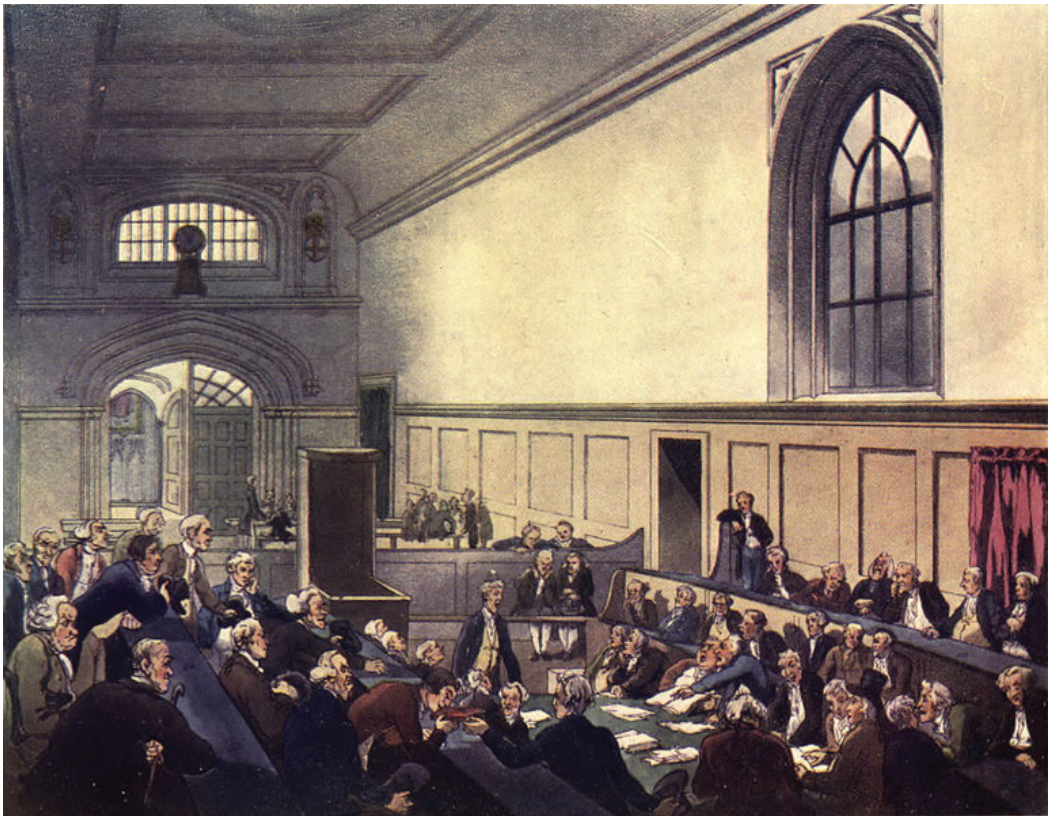
Edoardo Fregoso

Neither a Borrower Nor a Lender Be

IL COMODATO IN INGHILTERRA FRA *COMMON LAW* E *IUS COMMUNE* (secoli XII-XIX)



Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno
Monografie
7

Historia et ius

2020

"Historia et ius"
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Monografie

7

La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius,* pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.
Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco.
La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.
Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review.
The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

Direzione della Collana: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

Consiglio Scientifico: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojosso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Arnaud Vergne (Université de Paris) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu
Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina: William Henry Pyne, *Guildhall, Court of King's Bench,* 1904.
In The Microcosm of London or London in Miniature, Volume II, London.

ISBN: 978-88-944154-7-6 - ottobre 2020
ISSN: 2704-5765

Edoardo Fregoso

Neither a Borrower Nor a Lender Be

IL COMODATO IN INGHILTERRA FRA *COMMON LAW* E *IUS COMMUNE* (secoli XII-XIX)

"Historia et ius"
Associazione culturale - Roma

Ringraziamenti

La mia gratitudine va innanzitutto al Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro (DIGES) che è stato la mia "casa" accademica in questi anni e che mi ha dato la possibilità di portare avanti le mie ricerche.

Un debito di profonda gratitudine mi lega al Professor Lorenzo Sinisi che mi ha sempre aiutato, incoraggiato e che mi ha dato spunti preziosi, suggerimenti e consigli in questo ed altri lavori, oltre ad essermi stato umanamente sempre vicino. La sua disponibilità, la sua cultura e la sua gentilezza mi hanno sempre accompagnato nel mio percorso.

Un grazie anche ai colleghi della Cattedra di Storia del Diritto di Catanzaro, persone squisite che mi hanno accolto tra di loro con gentilezza ed amicizia.

Un grazie anche al personale del DIGES che ha costantemente risolto i miei dubbi burocratici con un sorriso ed efficienza.

Infine permettetemi di ricordare Frank Micolo, ormai lontano nel tempo ma vicino nel ricordo. Mi manca.

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro grazie ai fondi del Centro di ricerca "Laboratorio di Storia giuridica ed economica".

Indice

Introduzione 1

CAPITOLO I
LEGES ET CONSUETUDINES ANGLIAE
GLANVILL E BRACTON

1. Books of Authority, *la dottrina come precedente* 9
2. *Il* Chief Justiciar *che morì ad Acri: Glanvill ed il* Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae 12
3. Romanesque in form, English in substance*: Bracton scrive il* De Legibus 30
4. *I contratti in Bracton, una panoramica* 37
5. Commodata autem res dicitur ad commodum data 45
6. *Conclusioni* 66

CAPITOLO II
IUDEX IN VINCULIS
I "MINORI" (FLETA, BRITTON, HENGHAM, SAINT GERMAN)

1. *Nella prigione sulla riva del Fleet* 71
2. *Scrivere il diritto in* Law French*: Britton* 79
3. *Un manuale processuale: l'*Hengham 82
4. *Leggere Trovamala in Inghilterra: Saint German* 83
5. *Come scrivere il contratto. William West e la* Symboleography 85

CAPITOLO III
QUIA TOT ERUNT FORMULÆ BREVIUM QUOT SUNT GENERA ACTIONUM.
DEBT, DETINUE, ASSUMPSIT
PROCEDURA

1. Summoner ou attacher A. pur respondere al suit: *i* Writs 91
2. Quod ipse ei iniuste ei deforciat*: il* Writ of Debt 98
3. *Un concetto ancora fluido*. *Il* Writ of Debt *e lo* Statutum Walliae 109
4. Rei Vindicatio *e* Writ of Detinue 119
5. Slade's case, *il sorgere del* Writ of Assumpsit 120

CAPITOLO IV
BRANDY & BAILMENT
EVOLUZIONE

1. *Coggs* v. *Bernard. Il trionfo del* Writ of Assumpsit 129
2. *Il Comodato come* bailment 144
3. Liability *e* Adempimento 152

Conclusioni 173

Bibliografia 179

Introduzione

A vague and common appellation

Nell'Amleto, Atto I, Scena III, Polonio istruisce il figlio Laerte, in partenza per Parigi, fornendogli una serie di saggi consigli per il suo soggiorno all'estero. Una delle sue ammonizioni è quella di non dare né chiedere mai nulla in prestito[1]. Se il figlio non seguirà il suo consiglio, continua il padre, perderà sia gli amici sia il proprio denaro. Così la linea di Polonio «*neither a borrower nor a lender be*» ha fatto il proprio ingresso nel mondo della letteratura. La frase è probabilmente di derivazione proverbiale[2] e per quanto faccia espresso riferimento al prestito di moneta, può tuttavia applicarsi anche a quello di cose infungibili. I due verbi utilizzati *to borrow* e to *lend*, infatti, significano semplicemente prendere in prestito e dare in prestito. La tragedia shakespeariana è incentrata sulla pazzia, ma anche sulla insita sciocchezza di quelle che sono spesso ritenute sagge verità. La frase detta a Laerte da Polonio può essere vista sia come un valido consiglio che affonda le proprie radici nella saggezza popolare, sia come un vacuo luogo comune, in quanto è inserito in una lista di raccomandazioni che potrebbero essere dettate più dalla grettezza di Polonio che dalla sua lungimiranza. Questo effetto ambiguo è rafforzato dal fatto che chi pronuncia questo altisonante discorso di commiato al figlio è un personaggio comico. Il Bardo, il creatore di questi personaggi, è inoltre conosciuto perché dissemina le sue opere di interessanti riferimenti al diritto dell'epoca elisabettiana. Questo ha fatto ipotizzare che avesse avuto perlomeno modo di conseguire un'infarinatura in materia giuridica, magari durante una sua possibile frequenza di Oxford[3].

---

[1] *The Oxford Shakespeare. The complete works*, S. Wells G. Taylor (curr.). Oxford 2005[2], p. 687, ll.75-77.

[2] In un testo del 1670 veniva riportato un proverbio scozzese che recitava «*He is well provided within, that will neither borrow nor len*», J. Ray, *A Collection of English Proverbs: Digested Into a Convenient Method for the Speedy Finding Anyone Upon Occasion; with Short Annotations. Whereunto are Added Local Proverbs with Their Explications, Old Proverbial Rhythmes, Less Known Or Exotic Proverbial Sentences, and Scottish Proverbs*, Cambridge 1670, p. 275.

[3] Ci sono moltissime opere dedicate all'indagine del rapporto tra Shakespeare ed il diritto, ne citiamo alcune: cfr. B.J. Sokol, M. Sokol, *Shakespeare and the English Equity Jurisdiction:*

Se la "saggezza popolare" e la Letteratura mostravano queste ambiguità nei confronti del prestito, l'atteggiamento dei giuristi era sicuramente molto più illuminato. Scrivendo quasi un secolo dopo l'Amleto Thomas Wood (1661-1722), famoso per i suoi lavori sulle Istituzioni della *Civil Law* ma anche rispettato *common lawyer*[4], si riferirà al comodato affermando che:

> *This contract is of frequent use, and of absolute necessity in Society, for no one would buy or hire every day those things which he had occasion to use but a little time, and therefore by agreement Men will often supply each other for urgencies*[5].

Nella lingua inglese la parola *loan*[6] che significa prestito, ha un utilizzo comune nel linguaggio quotidiano ed è anche uno specifico termine tecnico giuridico. Come molte altre lingue, per esempio il francese, l'inglese non conosce la differenza tra le diverse fattispecie del prestito di cosa fungibile come il denaro e quello di una cosa infungibile, quest'ultimo destinato ad essere restituito in specie. Non possiede quindi una parola che renda la differenza tipica della lingua latina tra un mutuo ed un comodato[7]. Il temine *loan*, inoltre, non distingue tra un prestito

The Merchant of Venice and the Two Texts of King Lear, in The Review of English Studies, L, 200 /1999, pp. 417-439; M. A. Senn*, Shakespeare and the land law in his life and works*, in Real Property, Trust and Estate Law Journal, XLVIII, 1/2013, pp. 111-216; B. J. Sokol, M. Sokol, *Shakespeare's Legal Language: A Dictionary*, London 2000.

[4] Cfr. R. B. Robinson, *The Two Institutes of Thomas Wood: A Study in Eighteenth Century Legal Scholarship*, in The American Journal of Legal History, XXXV, 4/1991, pp. 432-458.

[5] Cfr. T. Wood, *A New Institute of the imperial or civil law. With notes, shewing in some principal cases amongst other observation, how the canon law, the laws of England, and the laws and customs of other nations differ from it*, London 1730[4], p. 215.

[6] *Loan* deriva dall'Anglosassone *Laen* che indicava una concessione di terra a vita, cfr. T. E. Scrutton, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge 1885, p. 23. *Loan* è inoltre etimologicamente collegato al tedesco *Lehen* che significa Feudo, ma che tuttavia sottintendeva l'idea della benevola concessione in uso di un territorio, subordinata alla volontà del concedente. Maitland è piuttosto chiaro sulla esatta traduzione di *Lehen*: *If in translating a German book we render Lehn by fief, feud, or fee, we should still remember that a Lehn is a loan*». F. W. Maitland, *Domesday Book and Beyond. Three Essays in the Early History of England*, Cambridge 1907 (rist.), pp. 301; P. H. Wilson, *Heart of Europe: A History of the Holy Roman Empire*, Cambridge Mas. 2016, p. 327. Grossi sottolinea il momento storico in cui quest'idea «del feudo come una "*jouissance précaire et passagè*re" del bene» venne rigettata. P. Grossi, *Un paradiso per Pothier. Robert Joseph Pothier e la proprietà 'moderna'*, in Quaderni Fiorentini, XIV (1985), p. 424.

[7] Come notava sconsolato Gibbon: «*The Latin language very happily expresses the fundamental difference between the commodatum and the mutuum, which our poverty is*

gratuito od un prestito ad interesse. Ancora nel XVIII secolo John Ayliffe (1676–1732), un giurista inglese dalla vita travagliata che sarà espulso da Oxford per le sue idee politiche[8], scriverà nella sua opera *«For the civilians make a distinction between a mutuum and a commodatum, though with us they denote the same things»*.[9]

Per questo motivo, per molto tempo dopo le prime opere scritte in latino dai giuristi inglesi medievali, i *common lawyers* si troveranno costretti ad utilizzare il termine *commodatum* per indicare il prestito gratuito di una cosa infungibile. Quest'uso di una terminologia romanistica, accanto a quella inglese, perdurò per un lungo periodo di tempo, con alterne fortune, per poi ripiegare, a partire dal fondamentale lavoro di William Jones sui *bailments*, su una traduzione del francese *prêt à usage*[10] - *loan for use* - per

reduced to confound under the vague and common appellation of a loan». E. Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London 1797, VIII, p. 84. Cfr. R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 220. La confusione che poteva portare l'uso contrattuale del termine *loan* senza specifiche era sottolineata anche dal fatto che il mutuo non era annoverato nella categoria dei *bailments*. Riferendosi al mutuo Street scriveva: «*We call it a loan, but the two terms are not coextensives, as loan also includes the commodatum, which is a true bailment*». T. A. Street, *The Foundations of Legal Liability: History and theory of English contract law*, Northport N.Y. 1906, II, p. 272.

[8] S. Leslie, *Dictionary of national biography*, New York 1885, II, pp. 279-281, *ad vocem* John Ailyffe.

[9] J. Ayliffe, *A New Pandect of Roman Civil Law: As Anciently Established in that New Empire; and Now Received and Practised in Most European Nations: with Many Useful Observations Thereon; Shewing, Wherein that Law Differs from the Municipal Laws of Great-Britain, from the Canon Law in General, and from that Part of it Now in Use Here with Us in England: Whereunto is Prefix'd, by Way of Introduction, a Preliminary Discourse, Touching the Rise and Progress of the Civil Law, from the Most Early Times of the Roman Empire: Wherein is Also Comprized a Particular Account of the Books Themselves Containing this Law, the Names of the Authors and Compilers of Them, the Several Editions, and the Best Commentators Thereon*, London 1734, p. 481. Una delle caratteristiche fondamentali di quest'opera è che in essa si sosteneva la sostanziale somiglianza tra la *Civil Law* - e quindi all'epoca il tardo Diritto Comune - e la *Common Law*. Cfr. Alfred William Brian Simpson, *Legal Theory and Legal History: Essays on the Common Law*, London & Ronceverte 1987, p. 298.

[10] Il termine prestito d'uso posto, in alternativa col classico comodato, secondo la terminologia adottata dal *Code Napoleon* all'articolo 1875, rimarrà presente anche nelle codificazioni italiane del XIX secolo. L'articolo 1874 della traduzione ufficiale in italiano del Codice Civile Francese nel definire il prestito utilizzava sia la terminologia di derivazione francese sia il classico comodato nella definizione del prestito di cosa infungibile. L'art. 1747 del Libro I del Codice delle Due Sicilie, compiva la stessa scelta e dava alternativi sia prestito d'uso sia comodato. Caratteristicamente l'ABGB nella traduzione ufficiale italiana utilizzava solo comodato (§971), lo stesso faceva il Codice Civile del Ducato di Parma, articolo 1958.

indicare lo stesso concetto incarnato dal negozio del comodato[11]. La scelta di Jones di sacrificare il termine *commodatum* per utilizzare al suo posto un calco del francese, era dovuto alla sua profonda conoscenza ed uso dei lavori sia di Domat sia di Pothier[12] e venne amaramente rimpianta da parte della dottrina successiva[13]. Soprattutto alla luce del fatto che il diritto scozzese, molto più debitore della tradizione continentale, aveva mantenuto il termine comodato, sia nella forma originale latina *commodatum* sia nell'anglicizzazione *commodate*, nel proprio linguaggio tecnico[14].

Il Codice Civile Unitario del 1865 manteneva la doppia denominazione del contratto (1805). Sulle traduzioni del Codice Napoleone in Italiano, cfr.: S. Solimano, *«Italianiser les lois françaises». Ancora sulle traduzioni del Codice Napoleone (1803-1809)*, in Rivista di Storia del Diritto Italiano, XCI, 2/2018, pp. 22-50; R. Ferrante*, Traduzione del codice e tradizione scientifica: la cultura giuridica italiana davanti al Codice Napoleone*, si veda E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione, Atti del convegno internazionale di studi*, Modena 2009, pp. 223-237; E. Dezza, *Giuseppe Luosi e il «Codice Napoleone Italiano»*, si veda E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione, Atti del convegno internazionale di studi*, Modena 2009, pp.239-264. In un formulario notarile veneziano del XVII secolo il termine prestanza – ivi usato indistintamente anche per il mutuo – viene proposto come alternativo a quello di comodato. Cfr. A. Facio, *Prattica d'instrumentare ad uso universale con le solennità, che ricercano gli instrumenti e testamenti del signor Attilio Facio nobile padovano. Tradotta in volgare dal sig. Ottavio Capellari dottor e notaro*, Venezia 1692, pp. 31-32.

[11] Il termine "prestito ad uso", era tipico anche della legislazione ottocentesca e viene utilizzato da Arangio Ruiz come sinonimo di *commodatum*. Cfr. V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 2006[14] rist., p. 313.

[12] «*Le prét à usage est un contrat par lequel un des contractants donne gratuitement à l'autre une chose, pour s'en servir à un certain usage; et celui qui la reçoit, s'oblige de la lui rendre après qu'il s'en sera servi. C'est ce contrat qu'on appelle en terme de droit commodatum*». Robert Joseph Pothier, *Traité sur différentes matières du droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence française*, Paris 1773, II, p. 669.

[13] «I*t is unfortunate, that our language has no word, which exactly expresses the meaning of the Roman word; for the term, loan, is often employed to signify a lending upon interest, or a lending to be returned in kind." It would have been well, if William Jones had not scrupled to naturalize the name by calling it a commodate, (as he has called Mandatum a mandate) and thus to have made it as familiar in our law, as commodate is in the Scottish Law, to express the same contract*». J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments: With Illustrations from the Civil and the Foreign Law*, Boston 1878[9], p. 230.

[14] Del resto il Diritto Scozzese anche dopo l'Unione con l'Inghilterra che vide una sempre più marcata influenza della *Common Law* e della sua dottrina nei territori oltre il Vallo, manteneva una sostanziale base continentale. Cfr. J. D. Stair, *The Institutions of the Law of Scotland: Deduced from Its Originals, and Collated with the Civil, Canon, and Feudal Laws, and with the Customs of Neighboring Nations: in IV Books*, Edinburgh 1693, pp. 102-108. Si veda sull'opera di Stair Kenneth: A.J.M. Steven, *Rights in Security over moveables*, si veda G. C. Reid R. Zimmermann (curr.), *A History of Private Law*

Sotto qualunque cielo giuridico il comodato è un contratto piuttosto intrigante. Infatti se pure è molto presente nella vita quotidiana di ogni persona non è di certo materia del contendere comune nei tribunali. La stessa origine del negozio di comodato può essere fatta risalire, come notava Wood, all'ambito dei rapporti interpersonali prima che al diritto[15].

Sotto molti aspetti, quindi, questo contratto è più che un negozio giuridico un fatto sociale, basato sulla stima, la solidarietà, l'amicizia[16] e cosa fondamentale, sulla fiducia[17], come avevano ben capito i giuristi del

in Scotland: Introduction and property, Oxford 2000, I, p. 353, dove si sottolinea che Stair affrontava il comodato in a «*very civilian manner*». In un testo giuridico scozzese del XVIII volto a risolvere sinteticamente, nella forma domanda-risposta, i principali quesiti che potevano sorgervi si specificava che non si poteva configurare un contratto di comodato «*nisi res intervenit*». In questi termini venivano ricomposti i due negozi che si dividevano la categoria generica del *loan*: il *mutuum* ed appunto, il *commodatum*. Cfr. J. Stewart, *Dirleton's Doubts and Questions in the Law of Scotland, Resolved and Answered*, Edinburgh 1715, p. 210. Lo stesso Erskine nelle sue Istituzioni utilizzava il termine *commodate*. Cfr. J. Erskine, *An Institute of the Law of Scotland. In Four Books. In the Order of Sir George Mackenzie's Institutions of that Law*, Edinburgh 1793[3], I, p. 449.

[15] «Il prestito ad uso, prima ancora che giuridico esiste da millenni. La terminologia relativa al prestito gratuito per l'utilizzo di cose (inizialmente solo) mobili non è stato introdotto dalla scienza del diritto, ma ebbe origine nell'ambito di una sfera di rapporti rilevanti sul piano meramente sociale e non ancora sanzionati giuridicamente». F. Scaglione, *Il comodato. Artt. 1803-1812*, Milano 2011, p. 4.

[16] Secondo alcune ricostruzioni, il comodato inteso come prestito gratuito di cose era in principio probabilmente confinato tra quelle che si potrebbero definire come relazioni di cortesia alla cui base si ritrovavano nessi sociali come quelli familiari, di amicizia. Sul rapporto tra prestito d'uso ed amicizia si veda: P. Cerami, *il comodato*, si veda F.J. Paricio Serrano (cur.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 304.

[17] All'origine il contratto era costituito dalla fiducia personale che intercorreva tra le parti in virtù delle loro relazioni interpersonali. Parrebbe quindi che nel suo momento genetico il *commodatum* non avesse una precisa rilevanza giuridica o nel caso l'avesse in quali forme questa si estrinsecasse. Cfr. A. Corbino, *Diritto privato Romano, Contesti, Fondamenti, Discipline*, Padova 2014[3], p. 654. A riprova della teoria che vede l'origine e lo sviluppo di questo negozio in ambito meramente sociale e non giuridico si è fatto notare come il termine *commodatum* apparirebbe essere più antico del contratto omonimo e ricomprenderebbe significati che nella costruzione del negozio giuridico e nella sua successiva evoluzione saranno perduti. Se si guarda alla letteratura l'utilizzo del termine *commodare* ricomprende anche il significato di prestare denaro contrariamente a quanto si considera un elemento fondamentale del comodato giuridico che si riferisce solo a beni infungibili. Questo dato d'uso è confermato da una commedia di Plauto. Nell'Asinaria si ritrova questa linea: «*Quid ego aliud exoptem amplius nisi illud cuius inopiast, viginti argenti commodas minas*» Plauto, Asinaria, 2, 4, 39. Negli scritti del commediografo il termine *commodare* si può riferire, alle volte, al mutuo come è il caso dell'Asinaria citato, mentre *utendum dare* viene utilizzato come sinonimo di *commodare*, nel suo significato successivo. Cfr. E. Costa, *Corso di Storia*

Diritto Comune. Nel lavoro di Pothier e nell'età delle codificazioni questa sua natura graziosa lo farà ricomprendere tra i contratti di *bienfaisance*[18].

La *Common Law* si troverà ad importare il termine giuridico *commodatum* all'epoca di Glanvill, nel XII secolo. Nel fare questo, di certo, i giuristi d'Oltremanica non crearono *ex novo* il prestito nella società medioevale inglese, ma lo regolarono seguendo la tradizione romanistica nella forma limitata da loro conosciuta, perché era ritenuta un modello efficiente.

La natura della *Common Law* inciderà abbastanza profondamente sul risultato finale di questa acquisizione. Infatti, se la definizione e la struttura del comodato vennero fatte derivare dalle *Institutiones* giustinianee, la peculiare procedura dell'ordinamento giuridico inglese che era imperniata sui *writs*, plasmerà il negozio, fino a farlo diventare una sorta di ibrido che recava ancora in sé le tracce della sua origine romana e frammenti di Diritto Comune ma che, sotto molti aspetti, presentava una evoluzione propria. Quest'ultima fu accentuata dal fatto che, svolgendosi in Inghilterra, risultò essere apparentemente tagliata fuori da ogni diretta influenza degli ordinamenti giuridici del Continente. Per quanto, come si vedrà, le influenze dei giuristi del Diritto Comune saranno piuttosto accentuate sulla dottrina basso medioevale inglese e dopo un periodo di quiescenza, su quella successiva, a partire dal XVII secolo[19]. Secondo la storiografia giuridica inglese il contratto di comodato nella *Common Law* è ritenuto essere uno di quelli, insieme al deposito, dove le influenze del Diritto Romano sono più marcate[20].

del Diritto Romano dalle origini alle compilazioni giustinianee, Bologna 1902, II, p. 269, n. 23. Ancora nel I secolo a.C un giurista come Cicerone utilizzava il verbo *commodare* nel senso apparentemente atecnico di conferire un beneficio: *utendum tradere*, e non in quello che avrebbe dovuto essere il proprio significato giuridico. In questo senso egli si valeva dell'espressione *commodare pecuniam*. Così nelle *Epistulae ad familiares* si ritrova: «*Quod scribis ad me de drachmum CCCI, nihil est quod in isto genere cuiquam possim commodare*». Cicero*, Ad Familiares*, II, XVII. Cfr. W.W. Buckland, *The main institutuions of roman private law*, Cambridge, 1931, p. 264; H. J. Roby, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902, p. 92. Questa ricostruzione spiegherebbe l'uso di *commodare* fatto da Cicerone nelle sue lettere.

[18] Nella succinta definizione di Pothier: «*Les contrats de bienfaisance sont ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes*». R.J. Pothier, *Traité* …cit., II, p. 669.

[19] Cfr. D. Ibbetson, *Common Law and Ius Commune. Selden Society Lecture delivered in the Old Hall of Lincoln's Inn, July 20th*, 2000, Buffalo NY 2001.

[20] Cfr. W.W. Buckland, A.D. McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge, 1952[2], p. 277. In questo lavoro quando si parla di Diritto Romano si intende specificamente il Diritto contenuto nella compilazione giustinianea. Caravale nota come tra Diritto Comune e *Common Law* esistano quelle che lui definisce "zone grigie" in cui le affinità tra le due famiglie giuridiche sembrano prevalere sulle loro

Nella ricostruzione dell'evoluzione del concetto di comodato nella *Common Law*, saranno esaminate quindi le grandi compilazioni di Glanvill e Bracton[21], per ricostruire come la dottrina affrontava la descrizione e l'inquadramento del contratto. Spazio sarà dato anche ad alcuni altri trattati medievali che dal punto di vista giuridico avevano un valore probatorio nei tribunali, oltre che altre opere di *legal literature* di *Common Law*.

Sarà quindi affrontata l'analisi dell'evoluzione della procedura imperniata su tre *writs* fondamentali: *debt*, *detinue* ed *assumpsit*, per ricostruire l'evoluzione dei *remedies* processuali dedicati a questo negozio.

Infine si tratterà del comodato come *bailment* che ne costituisce la sua definitiva evoluzione moderna. Con quest'ultimo termine nella *Common Law* si ricomprende ancora oggi, *grosso modo*, la categoria dei contratti reali. La definizione moderna della natura dei *bailments*, la loro enumerazione ed il loro elementi essenziali trovano la loro genesi ed il loro fondamentale *landmark*, nella decisione *Coggs v. Bernard* del 1703 che qui si esaminerà con riguardo allo stesso comodato.

differenze. Cfr. M. Caravale, *Lo spartiacque tra ius commune e common law*, si veda R. H. Helmholz, V. Piergiovanni (curr.), *Relations Between the Ius Commune and English Law*, Soveria Mannelli 2009, p. 56; sulle influenze della *Common Law* sulla *Civil Law* cfr.: A. Padoa Schioppa, *Common Law e Civil Law, uno scambio biunivoco*, si veda ivi pp. 123-128.

[21] Sui due giuristi Cfr. A. Padoa Schioppa, *Storia del Diritto in Europa*, Bologna 2016[2], pp. 231-232.

Capitolo I

Leges et Consuetudines Angliae
Glanvill e Bracton

Sommario: 1. *Books of Authority*, la dottrina come precedente. – 2. Il *Chief Justiciar* che morì ad Acri: Glanvill ed il *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae.* – 3. *Romanesque in form, English in substance*: Bracton scrive il *De Legibus.* – 4. I contratti in Bracton, una panoramica. – 5. *Commodata autem res dicitur ad commodum data.* – 6. Conclusioni.

1. Books of Authority*, la dottrina come precedente*

I *Books of Authority*[1] sono testi legali, identificati dalla dottrina e dalla giurisprudenza di *Common Law* che possono essere utilizzati nel corso dei processi, derogando in tal modo alla norma generale, analoga al divieto di allegazioni vigente nei Paesi di *Civil Law* che impone di utilizzare nelle Corti di Giustizia Inglesi, del Galles e di altre giurisdizioni di *Common Law*, solo *Statutes* – leggi scritte – o *Law Reports*. Questi testi hanno una funzione probatoria con riguardo alla legislazione in vigore all'epoca in cui vennero scritti, ma se la normativa non fosse cambiata nel lasso di tempo intercorso dalla loro pubblicazione al giudizio, essi assumono un valore vincolante[2]. Inoltre i precedenti giudiziari in essi riportati, sia per esteso sia eventualmente rielaborati o epitomizzati o resi in forma di dottrina, sono ritenuti vincolanti.

Questa particolare soluzione ermeneutica all'interno del sistema dello *stare decisis* che è fondato sulla relativa vincolatività delle *decisions* delle *Superior Courts*, si è venuta a creare in quanto risultava difficile ricostruire con

[1] Cfr. R. Pound, *The History and System of the Common Law*, New York, 1939, pp. 96-97.
[2] Quando Matthew Hale si trovò a dover spiegare che cosa si dovesse intendere per *customs* inglesi, trattando delle fonti del diritto e come se ne potesse provare l'esistenza, egli espresse un'idea piuttosto netta in risposta a questa domanda: «*I answer, It is not simply an unwritten Custom, nor barely, Orally derived down from one Age to another but it is a custom that is derived down in writing, and trasmitted from age to age, especially since the beginning of Edward I*». M. Hale, *The History of the Common Law of England*, London 1739, pp. 65-66.

esattezza la Giurisprudenza medievale o della prima età moderna, mancando del tutto *Law Reports* coevi, oppure essendo quelli rimasti incompleti o ritenuti di dubbia affidabilità. Raccolte di decisioni giurisprudenziali, spesso brevi appunti trascritti da persone presenti al processo e non necessariamente giuristi, datavano fin dal Regno di Edoardo II. A partire da Enrico VIII la prassi venne istituzionalizzata e le decisioni dei tribunali vennero raccolte e trascritte da funzionari incaricati e pubblicate annualmente, da qui il nome di *Year Books*[3]. Lo stesso principio della vincolatività del precedente giurisprudenziale si rafforzò lentamente con la crescita dell'affidabilità e credibilità delle raccolte di *decisions* e con il rafforzamento del prestigio delle Corti Regie[4].

[3] Sul ruolo delle raccolte di giurisprudenza nella formazione della dottrina del precedente Cfr. N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, p. 34. Coke nel suo lavoro aveva identificato svariate fonti per gli argomenti e le prove che potevano essere utilizzate nelle Corti di *Common Law* e riferendosi al lavoro del Littleton aveva attribuito alle opere di questo giurista un valore *ab authoritate*. Cfr. E. Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England: Or, A Commentary Upon Littleton, Not the Name of the Author Only, But of the Law it Self*, London 1718, p. 11. Si veda anche D. Freda, *Il law reporting nelle corti di Common Law (XIII-XVI sec.): un secolo di storiografia anglosassone*, in Quaderni Fiorentini, XXXII (2003), pp. 677- 702.

[4] Si ricorda il famosissimo passo dei *Commentaries* di Blackstone sui precedenti: «*For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation: as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from according to his private sentiments; he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one*». W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1768[3], I, p. 69. La regola che vedeva i precedenti giudiziali nacque intorno alla fine del XVII secolo in alcune opere dottrinali. Cfr. P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge Mas. 2009, pp. 231-232. Matthew Hale, tra i primi a parlare di *stare decisis*, identificava le seguenti fonti del diritto nella *Common Law*: usi e costumi che avevano ottenuto *vim legis*, *Acts of Parliament* e le *Judicial decision*. Il motivo per cui queste erano da ritenersi fonti del diritto era «*Because the Persons who pronounce those decisions, are Men chosen by the King for that Employment, as being of greater Learning, Knowledge, and Expedience in the Laws than others. 2dly. Because they are upon their Oaths to judge according to the Laws of the Kingdom. 3dly Because they have the best helps to inform their judgements. 4thly. Because they seat do sedere pro tribunali, and their judgements are streightened and uhpheld by the laws of the Kingdom, till are by the same law reversed or avoided*». M. Hale, *The History* ... cit., pp. 67-68. Baker ritiene che Hale portò avanti per primo l'idea del precedente vincolante. Cfr. J. Baker, *The Law's Two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford 2001, p. 85; sul punto si veda anche W.S. Holdsworth, *Essays in Law and History*, Union N. J. 1995 pp. 149-151. Dal punto di vista della giurisprudenza nella causa *Bole v. Horton*, decisa dal *Chief Justice* Vaughan, questi per primo differenziò i *dicta* che formavano la parte principale di una decision e

È lo stesso William Blackstone (1723-1780) la cui opera sarà anch'essa recepita in seguito nel catalogo dei *Books of Authority*, che fornisce un preciso elenco degli autori dei testi che ne compongono i metaforici scaffali quali erano ai suoi tempi:

> *Besides these reporters, there are also other authors, to whom great veneration and respect is paid by the students of the Common Law. Such are Glanvill and Bracton, Britton and Fleta, Hengham and Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert and Staundeforde, with some others of antient date; whose treatises are cited as authority, and are evidence that cases have formerly happened, in which such and such points were determined, which are now become settled and first principles. One of the last of these methodical writers in point of time, whose works are of any intrinsic authority in the courts of justice, and do not depend on the strength of their quotations from older authors, is the same learned judge we have just mentioned, Sir Edward Coke*[5].

Blackstone poteva limitarsi ad enumerare semplicemente i nomi dei giuristi le cui opere avevano valore di precedente vincolante, anche quando si riferiva ad opere di diritto scritte nel Medioevo, proprio in quanto si rivolgeva ad un pubblico di giuristi che già utilizzava quei testi nel proprio lavoro pratico quotidiano; così quando cita Glanvill rimanda, ovviamente, al suo *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus regni Angliae*, composto probabilmente intorno al 1189[6], mentre, per quanto riguarda Bracton, il testo di riferimento era il quasi omonimo del precedente ed altrettanto noto *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (1250 ca.). Di Britton si utilizzava il *Summa de Legibus Angliae que Vocatur Bretone*, un'opera composta nel tardo XIII secolo e dell'enigmatico Fleta il *Fleta seu Commentarius Juris Anglicani* (ca. 1290). A Ralph de Hengham erano attribuiti una vasta messe di lavori, incentrati in massima parte sulla procedura di *Common Law*, tra cui i cosiddetti *Hengham parva* e l' *Hengham magna*[7]. La scelta compiuta

che avrebbero potuto avere un'efficacia vincolante, anche se ammise che se un'altra corte li avesse ritenuti erronei quest'ultima non era obbligata a seguirli. Cfr. T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Union N. J., 2001, p. 258.

[5] W. Blackstone, *Commentaries* …cit., I, p. 72.

[6] Il Testo del *Tractatus* è stato anche attribuito a W. Hubert. Cfr. R.C. Stacey, *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford 2004, *ad vocem Hubert Walter* (d. 1205). Su Walter Hubert cfr. F. West, *Justiceship England 1066-1232*, Cambridge 2008, pp. 78-96. Come *Chief Justiciar* di Riccardo I, cfr. F. Barlow, *The Feudal Kingdom of England: 1042-1216*, London, 2014, p. 322.

[7] Altre opere a lui attribuite sono: *Cum sit necessarium*, *Exceptiones ad Cassandum Brevia*, *Fet Asaver*, *Judicium Essoniorum*, and *Modus Componendi Brevia*. Cfr. P. H. Winfield, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge Mas. 2014, p. 274.

da Blackstone fu rafforzata dal fatto che la sua stessa opera divenne parte dei *Books of Authority*, ma quando venne scritta lasciò piuttosto perplessi molti pratici proprio su molti dei nomi indicati. Al momento in cui vennero pubblicati i *Commentaries* pochi giuristi pratici inglesi conoscevano bene il latino e l'indicazione di lavori come quelli di Glanvill o Bracton che oltretutto erano ritenuti troppo vicini al Diritto Romano ed a quello Comune, soprattutto il secondo, suonava perlomeno strana ai frequentatori delle Corti di *Common Law*. Anche se come nota Ibbetson e come si dirà più oltre, all'epoca di Blackstone l'influenza del Diritto Comune sui giuristi inglesi più colti era una realtà, anche se difficile da quantificare. Infine due dei testi citati il Fleta ed il Britton erano poco più che compendi del lavoro di Bracton.

2. *Il* Chief Justiciar *che morì ad Acri: Glanvill ed il* Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae

Ranulf de Glanvill (ma anche Glanville o Granville, sono conosciute diverse versioni del cognome)[8], di famiglia normanna nacque probabilmente nel Suffolk, circa nel 1112 e morì intorno al 1190. Dopo essere stato Sceriffo successivamente dello Yorkshire, del Warwickshire e del Leichestershire divenne *Chief Justiciar*[9] d'Inghilterra durante il Regno di Enrico II (1154-1189). Alla morte del re il successore lo privò della carica e lo gettò in carcere, una sorte che come vedremo, i giudici inglesi affrontavano piuttosto spesso. Pagato un riscatto al re per ottenere la propria libertà, per riguadagnare il suo onore partì per le Crociate e morì ad Acri. A lui è attribuito il *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, scritto probabilmente in un lasso di tempo tra il 1187 ed il 1189. Come scrive Scrutton lo scopo dell'opera era quello di fornire un manuale procedurale alla Corte Regia, inoltre la prefazione del *Tractatus* dove ricorre la frase *Regiam Potestatem* è stata spesso posta in parallelo con l'*Imperatoriam Majestatem* che si ritrova nel Proemio

[8] Cfr. S. Leslie, *Dictionary* …cit., New York 1890, XXI, pp. 413-415, *ad vocem* Glanville (sic!) Ranulf; J. Bush, *Learning the Law: Teaching and the Transmission of English Law, 1150-1900*, London 1999, pp. 8-16; T.G. Barnes, *Shaping the Common Law: From Glanvill to Hale 1188-1688. Essays by Thomas Garden Barnes*, a cura di A. D. Boyer, Stanford 2008, pp. 11-22; F. West, *Justiceship England 1066-1232*, Cambridge 2008, pp. 54-63.

[9] Il *Chief Justiciar* del periodo di Glanvill era un funzionario con competenze paragonabili a quelle di un viceré. Aveva il potere di trattare le materie regie sia dal punto di vista amministrativo sia da quello giudiziario. J. H. Baker, An *Introduction to English Legal History*, Oxford 2007[4], p. 15.

delle *Institutiones* di Giustiniano[10].

La descrizione del comodato si è contenuta nel decimo Libro del *Tractatus de Legibus* di Glanvill[11] che è espressamente dedicato alla trattazione e risoluzione, di problemi di natura contrattuale e delle obbligazioni; s'intitola infatti «*De Debitis laicorum quæ debentur ex diversis contractibus, videlicet ex venditione, emptione, donatione, mutuo, commodato, locato, conducto, et de plegiis, et vadiis sive mobilibus sive immobilibus et de Cartis debita continentibus*». Il giurista apre questa parte della sua opera con una rivendicazione di giurisdizione piuttosto decisa, per cui[12]:

> *Placitum quoque de Debitis laicorum spectat ad Coronam et dignitatem domini Regis. Cum quis itaque de Debito quod sibi debetur Curiae queritur, si placitum illud ad Curiam Regis trahere possit, tale breve de prima summonitione facienda habebit* [13].

Questa apparente precisa e netta affermazione per cui la giurisdizione sui *debts* dei laici apparteneva unicamente alle Corti Regie[14] nascondeva però – come fa notare Ibbetson – un problema derivante dal fatto che la portata della giurisdizione regia, all'epoca del Regno di Enrico II (r. 1216-1272), non era ancora ben definita ed incontestata. Infatti lo stesso Glanvill ammetterà, nel corso della sua trattazione che le controversie derivanti da *privatae conventiones*, anche nel significato di *charters* contrattuali private, non erano, per la consuetudine vigente ai tempi in cui scriveva, necessariamente devolute alla Giustizia del Re[15]. Questo nonostante il fatto

---

[10] «*Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator*». Cfr. T. E. Scrutton, *The Influence of the Roman*…cit., p. 74. Sulla fortuna della formula giustinianea come asserzione di sovranità, cfr. F. delle Donne, *Il potere e la sua legittimazione: letteratura encomiastica in onore di Federico II di Svevia*, Arce 2005, p. 95.

[11] Maitland affermava: «*There is no Norman law book that can be traced beyond the very last of the twelfth century; there is none so old as our own Glanvill*», F.W. Maitland, *The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered*, Union N.J. 2001, p.7.

[12] D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford 2001, p. 17.

[13] Ranulf de Glanville, *Tractatus de legibus & consuetudinibus regni Angliae, tempore regis Henrici Secundi compositus*, London 1780, p. 154. Nel titolo è utilizzata una delle numerose varianti grafiche del nome di Glainvill. Glanville; d'ora in poi, per comodità nelle note sarà citato come Ranulf de Glanville.

[14] Sulla struttura delle Corti in Inghilterra, Cfr. J. Hudson, *The Oxford History of the Laws of England: 871-1216*, Oxford 2012, II, pp. 43-46.

[15] «*Super hoc notandum est, quod Curia domini Regis huiusmodi privatas conventiones de rebus dandis vel accipiendis in vadium, vel alias huiusmodi, extra Curiam sive etiam in aliis*

che le Assise di Clarendon del 1164 avevano riservato la giurisdizione regia in tutti i casi derivanti «*de debitis, quae fide interposita debentur, vel absque interpositione fidei*» [16], quindi apparentemente Glanvill ribadiva un dato di fatto.

L'interpretazione che è stata suggerita, per districare questa apparente aporia nel lavoro del giurista inglese, s'impernia su una distinzione tra azioni proposte per recuperare un *debt* ed azioni intraprese per l'esecuzione di una *privata conventio*. Sulle seconde le Corti Regie non avrebbero giurisdizione. Per alcuni in questo passo ritornerebbe incidentalmente la distinzione tipica del Diritto Comune che diversificava le conseguenze giurisdizionali del *pactum* da quelle del *contractus.* Ma questa interpretazione sembrerebbe piuttosto aliena dalle categorie ermeneutiche della *Common Law* dell'epoca[17]. In realtà la distinzione operata dal Glanvill serviva principalmente a delimitare e separare le competenze delle corti feudali separandole da quelle regie[18]. Il primo giurista inglese che, come vedremo sotto, identificò e recepì definitivamente il concetto secondo cui *ex nudo pacto non oritur actio*, fu Bracton[19]. Il disinteresse della giustizia del Sovrano per quelle che erano definite *privatae conventiones* viene fatto risalire ad uno specifico principio di diritto Angioino, per cui non era né prassi né tantomeno un obbligo, per le corte regie, di dare esecuzione a quanto era stato pattuito da privati[20].

Tralasciando elegantemente questo problema che però ritornerà nel corso del X Libro, Glanvill proponeva, quindi, nel prosieguo della sua trattazione uno specifico modello di *Writ of Debts*[21], espressamente concepito per dare la possibilità di adire alla *Curia Regis*. Lo schema di *writ*

Curiis quam in Curiâ domini Regis factas, tueri non solet nec warrantizare»; Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., p. 165.

[16] W. Stubbs, *Select charters and other illustrations of English constitutional history, from the earliest times to the reign of Edward the First*, Oxford 1921, p. 167.

[17] Cfr. D. Ibbetson, *A Historical Introduction* ... cit., p. 18.

[18] «*A broad interpretations of Glanvill thus might by teneable. Privatae convenctiones could for this purpose include many arrangements internal to a Lordship*». Cfr. P. R Hyams, *The Charter as a Source for the Early Common Law*, in Journal of Legal History, XII, 3/'91, p. 181. Cfr. sempre P. R Hyams, *Disputes and How to Avoid Them: Custom and Charters in England during the Long 12th Century*, si veda Andersson et al. (curr.), *Law and Disputing in the middle ages*, Copenhagen 2013, pp. 137-53.

[19] Cfr. C. G. Addison, *A Treatise on the Law of Contracts and Rights and Liabilities Ex Contractu*, London 1847, p.19.

[20] Cfr. P. R Hyams, *The Charter as a Source*…cit., pp. 180-181. A questo problema veniva data una risoluzione dai contraenti registrando i loro contratti privati nei *Pipe Rolls*, in maniera tale che divenissero pubblici.

[21] Sui *writs* come strumento processuale si veda *infra* il Capitolo III.

proposto da Glanvill prevedeva la richiesta di una somma di denaro, tuttavia poteva essere utilizzato anche, genericamente, per la restituzione di cose[22]:

> *Praecipe N. quod juste et sine dilatione reddat R. centum marcas quas ei debet, ut dicit, et unde queritur quod ipse ei injuste deforciat*[23].

Nel *writ* proposto come esempio da Glanvill non veniva indicata alcuna causa per cui gli ipotetici cento marchi, di cui si chiedeva la restituzione, fossero dovuti[24]. Le *causae* che potevano dare origine ad un'azione di *debt* saranno enumerate nel successivo terzo capitolo del libro, ma secondo lo schema di ricorso proposto, non era necessario specificarle espressamente in esso. Questa soluzione che si potrebbe definire minimalista se non rudimentale, aveva però il vantaggio di coprire un vasto ventaglio di negozi giuridici riconducendoli tutti alla giurisdizione regia. Subito dopo avere proceduto a delineare lo schema dell'*actio*, Glanvill proseguiva identificandone le cause. Per l'autore il *Writ of Debt* trovava la sua origine nel mutuo, nella compravendita, nel comodato, nella locazione e nel deposito. Come causa generale, quasi una valvola di sfogo del sistema, il giurista aggiungeva, infine, a questa lista – e questo potrebbe specificare il silenzio del *writ* sulla *causa petendi* - «*alia justa debendi causa*». Così se i primi contratti elencati erano nominati, l'ultima frase, apparentemente, apriva la strada a ricorsi fondati su contratti innominati, ampliandone, in tal modo, la portata processuale. In realtà il *writ* come era costruito da Glanvill, stante l'utilizzo del generico termine *debt*, era finalizzato non tanto alla mera tutela di quanto fosse stato dovuto contrattualmente, quanto piuttosto all'eventuale ottenimento di quanto fosse stato dovuto a qualsiasi titolo[25].

[22] Nel corso dell'evoluzione della *Common Law* al *writ of debt* si affiancherà il *Writ of Detinue*, con il primo riservato alle somme di denaro ed il secondo azionabile per la restituzione di cose. Come scrive Ferrante il *Writ of Detinue*, modellato ed ispirato dal *writ of debt* di cui ne rappresenta un'evoluzione era «[…] fondato sull'esigenza di recuperare non soltanto denaro, ma qualunque bene mobile (*chattel*), nei confronti di chiunque lo detenesse senza giusto titolo, fosse anche un terzo». M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano 2008, p. 77.

[23] Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., pp. 154-155.

[24] D. Ibbetson, *A Historical Introduction* ... cit., p. 18.

[25] Cfr. T.F.T. Plucknet, *A Concise History*…cit., p. 364. L'interpretazione della natura del *writ of debt* parrebbe trascendere la regola «*ex nudo pacto non oritur actio*» che nell'opinione dei giuristi medievali serviva a proteggere gli inesperti ed i malaccorti nella gestione dei propri affari. R. Zimmermann, *The Law of Obligations*…cit., p. 549. La regola è, come si è visto, di derivazione romana, ma non era di diritto longobardo: «[…] *et licet iure longobardo teneatur longobardus de nudo pacto*». C. Storti, *Stranieri ed "estranei" nelle legislazioni germaniche*, in *Le relazioni internazionali nell'alto medioevo*: Spoleto, 8-12 aprile 2010, atti,

Per questo motivo l'azione contro il comodatario sarebbe spettata solamente al proprietario della cosa.

Bisogna però anticipare che per la struttura della responsabilità contrattuale come si venne a configurare agli albori della *Common Law*, nel caso il comodatario fosse stato spossessato illegittimamente, sarebbe stato quest'ultimo l'unico ad avere un'azione contro l'autore, escludendo il proprietario. Il comodante, infatti, non avrebbe potuto citare direttamente chi aveva spogliato il comodatario del bene[26].

Nel *Tractatus* quindi venivano identificati sei contratti reali[27] e l'elemento unificante di questa categoria era che tutti questi potevano dare vita ad un unico *Writ of Debt*. Questi contratti venivano descritti da Glanvill utilizzando, con poche eccezioni, precisi termini mutuati dal Diritto Romano *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *locatio*, *vadium*[28](il pegno) e la compravendita[29].

L'impiego di una precisa terminologia giuridica di derivazione romanistica potrebbe essere fatta risalire da quella che è stata definita «*a more ruled base mentality*»[30]. Questa mentalità più rigorosa si sarebbe apparentemente fatta

LVIII, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 2011, p. 432. «[…] un principio che opponeva il nudo patto al solo contratto consensuale; con una vicenda culminata nella dottrina di Giason del Maino si arrivò a reimpostare il problema come lo avevano fatto Labeone ed Aristone, chiarendo che quel che fa di un accordo un contratto consensuale in opposizione al patto era la presenza della causa» C.A. Cannata, *Pugliese Precursore*, si veda Letizia Vacca (curr.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova 2008, p. 23. Sarà proprio nel XIII secolo i canonisti iniziarono a concepire ed ammettere la vincolatività dei *nuda pacta*, Cfr. A. Diurni, D. Henrich, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano 2006, p.185.

[26] Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 258

[27] Cfr. R. Glanivill, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Oxford 1993, a cura di D. G. Hall, p. XXXVIII. La natura reale di contratti che nel Diritto Romano erano consensuali deriva dalla soluzione processuale del *writ of debt*. Questo permetteva di rivendicare una cosa in possesso di terzi, sulla base di un contratto preesistente. Ma se la cosa non fosse stata consegnata non ci sarebbe stato motivo per l'emissione di un *writ of debt*. La *Common Law* del periodo, proprio per la struttura processuale insita nella sua natura, non conosceva quindi la categoria dei contratti consensuali. Street ricorda che sia Glanvill sia poi Bracton, ritengono reali contratti che nel Diritto Romano erano consensuali: «[…] *the contracts of sale and hiring which, as we have seen, were consensual contracts in Roman law, but which in Glanvill were treated as real contracts*». T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 15.

[28] T. F. T. Plucknet, *A Concise History*…cit., pp. 603-604.

[29] Cfr. T. A. Street, *The Foundations*…cit., II, p. 3; J. Beames, *A Translation of Glanville*, Washington D.C.1900, p. 246, nt.1.

[30] B. Brasington, *Order in the Court: Medieval Procedural Treatises in Translation*, Leiden 2016, p.174. Per quanto sia intrigante questa affermazione va inquadrata meglio cronologicamente, perché, come è stato fatto notare in realtà una precisa e distinguibile

strada tra i giuristi inglesi durante questo periodo del XII secolo. L'utilizzo di una specifica terminologia giuridica, attinta dal dritto romano, avrebbe trovato il suo fondamento nell'uso fattone, inizialmente, dalle Corti Ecclesiastiche. A partire da queste la terminologia giuridica latina si sarebbe diffusa, più o meno lentamente, anche tra i giudici regi, grazie alla sua indubbia efficacia ed utilità nell'affrontare il Diritto come un ordinamento complesso.

Glanvill utilizzò il termine *commodatum* in un periodo in cui questo, soprattutto in area francese settentrionale, era oramai quasi del tutto sconosciuto ed abbandonato a favore del più utilizzato *prestitum*[31]. L'utilizzo del nome latino del contratto e di alcune sue caratteristiche negoziali, soprattutto nel caso di perimento del bene, si riscontrava, però, ancora sparsamente in alcune opere legali francesi[32].

In Inghilterra il nome latino del contratto era già stato usato, coerentemente, nel *Liber Pauperum* di Vacario[33] che era stato compilato essenzialmente per finalità didattiche durante il periodo del suo insegnamento ad Oxford. Il testo di Vacario era saldamente ancorato ai *Digesta* ed al *Codex*, i cui frammenti venivano citati accuratamente[34] e rappresentò un breve momento che non andò oltre il XIII secolo[35], in cui il Diritto Romano in Inghilterra ricevette uno studio attento ed approfondito[36]. Il *Liber Pauperum* fu il mezzo attraverso cui alcune delle idee dei glossatori vennero

classe di giuristi professionisti inglesi comincerà a formarsi non tanto nel XII secolo quanto piuttosto nel successivo. Cfr. J. Hudson, *Land, Law and Lordship in Anglo Norman England*, Oxford 1994, pp. 273-274.

31 «*Dans le lois franques, l'operation du prêt à usage est appelée res prestita, prestitum* […]. *Le mot prestitum supplante dans l'usage courant, le mot commodatum*». J-F. Lemarignier, *A propos de deux textes sur l'histoire du droit romain au moyen âge (1008 et 1308)*, in Bibliothèque de l'école des chartes. CI (1940), pp. 163-164.

32 Cfr. ivi, p. 164.

33 Vacarius tratta del comodato nel libro IV, t. 12; Cfr. *The Liber Pauperum of Vacarius*, a cura di F. de Zulueta, London 1927, pp. 121-122. Il *Liber Pauperum* è stato definito «un'agile sintesi di principi romanistici tratti dal Codice e dal Digesto che il proemio dichiara composta per sovvenire agli studenti meno abbienti, impossibilitati a sostenere il costo elevato dell'intero *Corpus*». N. Sarti, *Il Medioevo dei diritti*, in *Tempi del diritto: Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2016, p. 65; cfr. F. Calasso, *Introduzione al Diritto Comune*, Milano 1951, p. 315.

34 Cfr. P. Stein, *Vacarius and the civil law*, si veda C. N. L. Brooke, D. E. Luscombe, G. H. Martin, D. Owen (curr.), *Church and Government in the Middle Ages*, Cambridge 1976, p. 120.

35 Cfr. R.W. Hunt, *Preface to the "Speculum Ecclesiae"*, in Viator Medieval and Reinassance studies, VIII (1977), p. 198.

36 Cfr. H. Brunner, *The sources of the law of England: an historical introduction to the study of English law*, Edinburgh 1888, p. 26.

veicolate in Inghilterra, in questa prospettiva Caravale lo inquadra bene come un tentativo di esportazione del Diritto Comune in Inghilterra[37], anche se questo tentativo non ebbe molto successo e forse fu, sotto alcuni aspetti, controproducente. Infatti alcuni autori videro nell'opera di Vacario una sorta di "vaccino" che impedì la recezione del Diritto Romano in Inghilterra. Secondo Brunner questa micro recezione del Diritto Romano operò come «*a sort of prophylactic inoculation and rendered the national law immune against destructive infection*»[38]. Nonostante ciò, grazie anche al *Liber Pauperum*, l'approccio al diritto ed ai suoi problemi tipico dello *Studium* bolognese, era comunque conosciuto in certi circoli inglesi soprattutto ecclesiastici e giudiziari[39].

Per quanto riguarda Glanvill il testo di riferimento romanistico da esso utilizzato, come traccia del suo lavoro, sembra essere stato quello delle *Institutiones*[40]. Tuttavia per quanto sia in effetti indicativo di una certa conoscenza delle fonti giuridiche di Diritto Comune da parte di Glanvill, non bisognerebbe enfatizzare eccessivamente l'utilizzo di termini

[37] Cfr. M. Caravale, *Diritto senza legge*, Torino 2013, p. 45, O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli 2000, p. 58

[38] H. Brunner, *The Sources of English Law*, in *Select Essays in Anglo American Legal History*, Boston 1908, II, p. 42. Per quanto l'idea sia risalente avrebbe tuttora qualche fascino; cfr: Thomas J. McSweeney, *Priests of the Law: Roman Law and the Making of the Common Law's First Professionals*, Oxford 2019, p. 9, nt. 25, dove rapidamente affronta la questione della permanenza delle idee di Brunner nella storiografia giuridica inglese; Peter Stein, *Vacarius*…cit., p. 119.

[39] G. Ferrari, *La glossa bolognese in Inghilterra: l'edizione Zulueta del Liber pauperum di Vacario*, in RSDI, III, 2/'30, pp. 3-24, M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico*…cit., p. 27.

[40] «*The author of Glanvill used Justinian's Institutes, a sixth-century legal textbook*». T. J. McSweeney, *Property Before Property: Romanizing the English Law of Land*, in Buffalo Law Review, LX (2012), p. 1153. Cfr. D. G. Hall, *The Treatise on the law and Customs of the Realm of England, Commonly Called Glanvill*, Oxford 2002 (rist. 1965), p. XXXVI. Inst. III, 14 «*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. At is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum*».

di derivazione romanistica. Per ricoprire la carica di giudice in Inghilterra non era necessario avere una formazione universitaria e per quanto vi siano dei riscontri dell'utilizzo di fonti romanistiche o canoniche nelle Corti, non esistono prove che i giuristi impiegati nei tribunali pensassero a se stessi come qualcosa di diverso da una mera branca dell'amministrazione regia[41].

Il *Tractatus* stesso che pure era in parte debitore, come si è detto, delle *Institutiones* giustinianee, utilizzava nelle sue pagine termini e distinzioni chiave per il Diritto Romano come *proprietas* o *possessio*, rispettivamente tre volte ed una sola[42]. L'autore nell'affrontare il comodato, come anche gli altri contratti, apparentemente, utilizzava la terminologia legale romanistica soprattutto per tracciare un breve schema negoziale che gli dava la possibilità di identificare l'azione esperibile davanti alla Corte Regia, seguendo le regole di una *Common Law* ancora in formazione.

Seguendo questo approccio processualistico[43] alla materia che era stato utilizzato fin dai primi capitoli del decimo libro del *Tractatus*, Glanvill affermerà che «*Ex causam quoque commodati solet res aliqua quandoque deberi*». In questo passo si identificava la causa del *writ* nel fatto che una determinata cosa fosse stata data in comodato. L'affermazione che un *Writ of Debt* poteva essere concesso per causa di comodato era, come si è già riportato sopra, di cruciale importanza perché portava il contratto nell'alveo della giurisdizione Regia. Tuttavia il cauto utilizzo dell'avverbio *quandoque* lasciava intendere che non sempre questo esito processuale era possibile e garantito; a riprova dell'effettiva esistenza del problema legale che era rappresentato dalla incompetenza giurisdizionale delle Corti Regie

[41] Cfr. T. J. McSweeney, *English Judges and Roman Jurists: The Civilian Learning Behind England's First Case Law*, in *Temple Law Review*, IV, 84/2012, p. 831.

[42] Cfr. T. McSweeney, *English Judges and Roman Jurists* …cit, p. 831. Precisa questo concetto della portata dell'influenza avuta dal Diritto Romano sulla *Common Law* degli inizi Finazzi quando scrive: «In un primo momento, anche l'Inghilterra subì l'influenza del Diritto Romano e tracce della terminologia e di forme concettuali romanistiche si rinvengono nella riflessione di alcuni giuristi tra il XII e il XIII secolo che fornì più solide basi al nascente sistema antagonista del '*Common Law*', connesso al prevalere, dopo la conquista normanna, di una forte identità nazionale alimentata dall'orientamento autonomista della monarchia». G. Finazzi, *Identità nazionali e identità europea alla luce del Diritto Romano e della tradizione romanistica*, in *Italian Review of Legal History*, III (2017), p.21.

[43] In questo si rimanda anche alle osservazioni di Savigny sulla natura dell'opera di Glanvill che, per quanto datate, hanno una certa solida fondatezza: «Il piano dell'opera fu di rappresentare la procedura usata nella *curia Regis*, e ciò è detto esplicitamente nel proemio e mei libri XII. 23. XIV. 8. Non ostante però il colore tutto forense del libro, non mancano qua e là dilucidazioni dottrinali. Una particolarità di rilievo si è che in molti luoghi traspare la conoscenza che aveva l'autore del Diritto Romano». F. C. von Savigny, *Storia del diritto Romano nel medioevo: Prima versione dal tedesco dell'avvocato Emmanuele Bollati con note e giunte inedite*, Torino 1854, III p. 463.

in materia di *privatae conventiones* che in quanto espressione di accordi individuali sfuggivano alla tutela dei tribunali regi.

Come era stato espressamente precisato fin già dal titolo del decimo libro il comodato era considerato come un contratto; come si è visto il primo approccio di Glanvill ad esso era di natura eminentemente processuale e partiva identificando la causa che dava fondamento all'azione. Glanvill non era molto lontano, come metodologia utilizzata, da come la disciplina del comodato veniva affrontata nelle *Institutiones*, dove la trattazione del negozio si apriva indicando quali fossero i rimedi processuali e vi si esordiva stabilendo: «*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione*»[44]. Ma come prima differenza rispetto al Diritto Romano, il *commodatum* descritto nel *Tractatus* non dava vita ad una propria specifica ed autonoma *actio commodati* ma ad un generico *Writ of Debts* che era di portata generale e geneticamente comune ad altri contratti.

Inquadrata la natura processuale del negozio il giurista inglese continuerà la sua esposizione procedendo a descriverne ed identificarne i tratti giuridici più salienti che lo caratterizzavano:

> […] *ut si rem meam tibi gratis commodem ad usum inde percipiendum in servitio tuo. Expleto quidem servitio, rem meam mihi teneris reddere sine deterioratione si extet: sin autem res ipsa interierit, vel perdita fuerit quocunque modo in custodiam tuam, omnino teneris ad rationabile pretium mihi restituendum. Sed sub quam vel cujus probatione praestandum; praeterea si quis usque ad certum locum rem suam usque ad certum tempus alii commodaverit, et is qui eam ita recipit ultra illum locum vel illud tempus eâdem re usus fuerit; in quantum id emendare debeat, vel sub quam probatione, vel cujus idem sit judicandum, quaero. A furto enim omnimodo excusatur, per hoc quod initium habuerit suae detentionis per dominum illius rei. Quaero item utrum dominus possit rem suam, ita alii commodatam, infra tempus vel locum revocare, praesertim si ejus usu ipsemet interim indigeat*[45].

Glanvill definisce il contratto di comodato seguendo una chiara, anche se alle volte piuttosto evanescente, traccia romanistica. Tuttavia la sua impostazione della disamina è eminentemente pratica; il *Tractatus* mirava a fornire una guida ai giudici più che ai giuristi, per l'esercizio del loro lavoro[46]. Il negozio veniva configurato dall'autore, essenzialmente, nei termini classici di una concessione gratuita di una cosa fatta dal *dominus*

[44] Inst. 3, 14.
[45] Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., p. 171.
[46] B. Brasington, *Order in the Court*…cit., p. 273.

ad un terzo, perché quest'ultimo ne facesse un preciso utilizzo.

La terminologia utilizzata da Glanvill «*si rem meam tibi gratis commodem ad usum*»[47] può essere accostata, in chiave meramente comparativa, a quella contenuta nel precedente *Brachylogus* (X-XI sec.), dove si specificava: «*Commodatum est quod datur utendum gratuito*»[48]. In quest'ultimo testo il significato del termine *commodatum* si ampliava fino ad arrivare a ricomprendere non solo il contratto ma anche la cosa oggetto di esso, questo fenomeno si può riscontrare anche nella legislazione della Gerusalemme normanna ed era probabilmente dovuto alla natura reale dello stesso[49].

La natura delle cose che potevano essere oggetto di comodato era desunta dalla lettura del passo in cui veniva riportato che: «*Ex causam mutui debetur aliquid, cum quis credit alii aliquid tale quod consistit in numero vel pondere, vel mensuram*»[50]. Per cui un prestito di cosa fungibile – per quanto questa idea di fungibilità sia piuttosto erratica in questo periodo - integrava il contratto di mutuo e dava causa di un *Writ of Debt*, basato su quegli specifici presupposti contrattuali, mentre uno di una cosa infungibile avrebbe configurato quello di comodato. Anche nella *Common Law* delle

[47] Per una disamina dell'*usus* cfr. P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti rea*li, Milano 1992, pp. 171 – 183. Dove si afferma che «Lo *ius utendi* è situazione concettualmente opposta all'*usus facti*». Ivi, p. 175. Sull'*usus facti* si rimanda a P. Grossi, *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, I (1972), pp. 287- 355.

[48] *Brachylogus Iuris Civilis*, a cura di E. Böcking, Berolin 1829, p. 84. Sui rapporti tra il continente e l'Inghilterra, nel X secolo e parlando di Thomas Becket Padovani, di sfuggita, afferma: «Da Bologna Tommaso passò ad Auxerre, dove vi era una scuola già resa celebre da Gilberto l'Universale, poi vescovo di Londra (1128-34). Li apprese, probabilmente, la dialettica e la teologia: ma l'ambiente poteva già essere attratto, in qualche modo, verso gli studi giuridici se è vero - come ipotizzato da Gouronu - che ad Auxerre (o nelle immediate vicinanze) fu scritto, verso il 1166-67, il Brachylogus». A. Padovani, *Roberto di Torigni, Lanfranco, Irnerio e la scienza giuridica anglo-normanna nell'età di Vacario*, in Rivista Internazionale di Diritto Comune, XVIII (2007), p. 102. Sulle connessioni tra Francia ed Inghilterra all'epoca di Glanvill si veda anche Vinogradoff: «*Probably at the same time as Glanvill's treatise, William Longchamp, a Norman peasant who was to become Bishop of Durham and Regent of England in the reign of Richard Coeur-de-Lion, composed his Practice of Laws and Decrees (Practica legum et decretorum). It is a short manualof procedure based on civil as well as on canon law, and intended for use primarily in the French possessions of the English Crown As the career ofthe writer demonstrates, however, there was no sharp cleavage between the English and the French parts of the Plantagenet dominions*». P. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, ed. riv. da Gerard Pacillo, Ampere 2015, p. 57.

[49] La definizione del *commodatum* usata nella fonte preazzoniana costituita dal *Brachylogu*s si ritrova anche nelle Assise del Regno Latino di Gerusalemme (1099-1291); Cfr. *Les Livres des Assises et des Usages dou Reaume de Jerusalem*, a cura di E.H. Kausler, Stuttgarde 1839, I, p. 74.

[50] Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., pp. 155-156.

origini, secondo alcune ricostruzioni, parrebbe esistere il *commodatum ad pompam*[51], cioè un prestito finalizzato non tanto all'uso della cosa quanto piuttosto alla sua ostentazione a fini di prestigio sociale.

Ma questa distinzione tra cosa fungibile o infungibile, per usare categorie definitorie moderne, rischia di essere puramente teorica e priva di conseguenze pratiche, quindi lontana dallo scopo del lavoro di Glanvill[52]; la sola base giuridica su cui appoggiava il *writ*, da lui delineato, era che fosse dovuta in un qualsiasi modo una cosa e come si è visto sopra, le *causae* potevano essere molteplici. Street scriveva infatti:

> *in legal theory there as been no severance between the money and chattel debt. They are both enforced by the same form of the action; and after all, money is only one sort of chattel. In ealry law it is clear that these two debts were mentally assimilated to each other*.[53]

Stando a questa osservazione la natura intrinseca della cosa oggetto del contratto appare quindi non avere nessun interesse e nessuna conseguenza, nella descrizione del negozio giuridico.

Il termine giuridico *chattel – catalla*[54] nel testo del *Tractatus* – aveva ed ha un significato molto più ampio rispetto a quello espresso da *good*; in quanto esso ricomprendeva sia le cose animate sia le cose inanimate, sia fungibili sia infungibili. Infatti il termine legale *catalla* spesso indicava specificamente il bestiame, mentre invece qualora si fosse dovuto parlare di denaro si usava il più specifico *pecunia*[55]. Nel Testo del Glanvill, parlando del mutuo, si affermava come fosse una procedura usuale quella di porre *catalla* a garanzia di un prestito di denaro e quindi apparentemente non di un comodato, anche se dalla lettura del testo non lo si potrebbe escludere con certezza. I *chattels*, nella loro generalità, erano annoverati da Glanvill nella categoria

[51] Cfr. F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law before the time of Edward I*, Cambridge 1898[2], II, p.179.

[52] Quest'idea la ritroviamo nelle considerazioni che si possono fare con riguardo alle differenze intercorrenti tra mutuo e deposito, ambedue contratti che potevano essere causa di un *writ of debt* ed ambedue contratti che potevano avere ad oggetto una somma di denaro: «*we shall see that a bailment of coins can hardly be distinguished for any practical purpose from what we ordinarly call a loan (mutui datio) of money. In one case the ownership in the coins has been, in the other has not been transferred; but how can the law mark this difference?*»: F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law*…cit., II, p. 179.

[53] T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 129.

[54] Ranulf de Glanville, *Tractatus*...cit., p. 159.

[55] J. Hudson, *The Oxford History* …cit., II, p. 376. I concetti di cosa mobile o immobile, fungibile o infungibile erano piuttosto fluidi nella *Common Law* degli inizi.

dei beni mobili[56]. Rientravano invece nei beni immobili che potevano essere chiesti in garanzia e che venivano enumerati a titolo esemplificativo, «*terrae, tenementa e redditus sive in denaris sive in aliis rebus consistentes*»[57]. Se pure Glanvill conosceva la differenza della disciplina giuridica che intercorreva tra beni mobili ed immobili, perlomeno come si stava sviluppando nel diritto inglese coevo e la utilizzava, è del pari vero, come si può agevolmente constatare dalla lettura delle sue pagine[58] che questa distinzione dogmatica,

[56] Houston scrive che a partire dalla conquista Normanna si comincia ad avere prova dell'esistenza della divisione delle cose tra mobili ed immobili, funzionale soprattutto in materia di eredità e successioni. In questa particolare materia si riscontrava anche l'influenza del Diritto Canonico sulle definizioni di cosa fosse mobile ed immobile. Cfr. J. Hudson, *The Oxford History* …cit., II, p. 376.

[57] Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., p.159. I *personal chattels* sono quei beni mobili che possono essere trasportati con sé dal proprietario, come ad esempio gli animali, monete, gioielli, pezzi d'arredamento e tutto ciò che può essere trasferito da un posto all'altro. I *real chattels* sono diritti collegati al possesso di determinati beni immobili. «*Catals realls sont ou tiels que ne apperteinont immediatament al person, mes a l'ascun aut chose per voy de dependancy; come un boxe oue chartes de terre, le corps d'un gard, les pommes sur l'arbre* […]. *Ou auterment tiels quae sont issuantes hors d'ascun chose immoveable, al person, come un Lease pur Rent ou terme d'ans. Personal poit essre issint appel en deux respects. L'un pourquoi […] ils appent immediatement al person d'un home, come un chival* […]. *L'autre pourquoi c'est que quant ils sont tortiousament deteigne, nous ne auom' pas ascun autre means pour lour recoverie forsque per personal actions*». J. Rastell, *Les termes de la ley: or Certaine difficult and obscure words and termes of the common lawes and statutes of this realme now in use expounded and explained*, London 1636, p. 52, *ad vocem Catals*; Cfr. J. Bouvier, *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union: With References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*, Philadelphia 1879, I, p. 260, *ad vocem Chattel*. Per una definizione contemporanea cfr. C. Rossini, *English As a Legal Language*, The Hague 1998, p. 67, *ad vocem Chattel*.

[58] Per quanto redatta successivamente al *Tractatus* la glossa *Simile* a D. 43, 26, 1, 3 identificava quelle che si ritenevano essere le fondamentali differenze tra i due negozi di mutuo e comodato, l'ultima differenza considerata riguardava la natura delle cose comodabili. Nelle parole della glossa: «*Item secundum quosdam differunt in quarto: quia commodatum in mobilibus, precarium in immobilibus frequenter sit. Unde praesumunt in dubio in re mobili commodatum et in immobili precarium*» Tuttavia vi era specificato anche che questa differenziazione non fosse condivisibile del tutto. Sulla problematica distinzione tra comodato e *precarium*: «In epoca tardo-repubblicana il precario si applicava anche alle cose mobili: si tratta di una concessione gratuita, i cui rapporti col comodato non sono chiari, ed in cui il concedente poteva sempre far conto sulla disponibilità del precarista a prestare determinati servigi (ma la sanzione per ciò consisteva, come in epoca risalente, soltanto nella revoca della concessione stessa)». M. Talamanca, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano 1990, p. 548. In età postclassica *precarium* e *commodatum* cominciarono ad essere assimilati. Cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano,* Milano, 1960, I, p. 214. Si veda anche P. Zannini, *comodato, comodato-precario: maneggiare con cura*, si veda F. M. d'Ippolito (cur.), *Filia scritti per Gennaro Franciosi*, Napoli 2007, IV, pp. 2865-2867. «*Commodatum as gratuitous transfer of a thing for use was different from fiducia cum amico contracta in that it did not involve the transfer of ownership; nor was it confinend to res mancipi. In this respect it*

a differenza che in altri casi[59], non venne impiegata nella definizione e nella descrizione del comodato. Non venne infatti specificato se il comodato riguardasse sia beni mobili ed immobili oppure solo una di queste categorie, segno che, probabilmente, non era fondamentale nella giustificazione del *Writ of Debt* da questo contratto dipendente.

La cosa concessa in comodato avrebbe dovuto essere restituita integra, qualora non fosse stata consumata nell'uso. Glanvill identificava un obbligo di custodia in capo al comodatario piuttosto ampio quando precisava che, qualora il bene comodato fosse stato distrutto o fosse andato perso, questi sarebbe stato tenuto a risarcire non tanto il valore della cosa quanto piuttosto un «*rationabile pretium*» che avrebbe dovuto essere fissato in giudizio, forse[60] e probabilmente sulla base delle prove fornite dal comodante [61]. In questo caso parrebbe acquisire forza la possibilità di assicurarsi l'adempimento del negozio attraverso la prestazione in garanzia di *catalla*. Street ritiene che il passo «*rationabile pretium*» debba leggersi interpretandone il significato nei termini di un mero sinonimo di valore del bene[62], tuttavia continua

was similar to precarium. In contrast to precarium, however, commodatum gave the borrower only detention of the thing and not the interdictal possession. On the other hand, precarium did not give rise to a legal relationship; it was a mere factum, revocable at any time. In commodatum the lender was bound to leave the thing with the borrower for whatever time the parties had agreed upon, otherwise until the object had been or could have been used in the way envisaged in the contract. If the lender claimed is thing back prematurely, could defend the action succesfully». R. Zimmermann, *The Law of Obligations*…cit., p. 190.

[59] La distinzione tra beni mobili ed immobili viene disegnata da Glanvill nel successivo capitolo XV, dove si tratta della compravendita. Qui infatti si differenzia tra la vendita di beni mobili e quella di beni immobili. Latinizzando un preciso concetto giuridico inglese Glanvill scriveva che «*Warrantizare autem venditor et haeredes ejus tenetur emptori suis rem venditam, si fuerit res immobilis* […]. *Si vero fuerit res mobilis quam quis petit versus emptorem, eo quod prius fuerit ei vendita vel donata, aut ex aliam justam causam adquisita, nec adjecta fuerit ab eo felonia, idem dicendum erit quod de re immobili praedictum est*». Nella vendita di bene immobile il venditore doveva fornire una garanzia – *warrant* – al compratore ed ai suoi eredi. Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., pp. 173-174.

[60] Il problema di quale prova potesse portarsi dall'attore in un processo di comodato è spinosa, stante la vaghezza delle affermazioni di Glanvill. Maitland sosteneva, con riguardo a questo specifico passaggio probatorio che il discorso di Glanvill in materia di comodato lasciava «[…] *an unanswered query as to the mode of proof that is applicable, and makes non suggestion that the question should go to a jury*». Limitandosi ad enunciare così il problema, senza ipotizzare alcuna soluzione, Maitland chiudeva la sua III lezione. F.W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law: A Course of Lectures*, Cambridge 1997, p. 32.

[61] In analogia quanto stabilito nella scozzese *Regiam Majestatem* L 3 c. 9. Cfr. J. Beames, *a Translation* …cit, p. 265, nt. 3.

[62] Holmes invece pare sposare la tesi che il testo del Glanvill debba intendersi nel senso letterale, per cui in caso di perdita o distruzione del bene fosse dovuto un prezzo ragionevole che avrebbe potuto essere diverso, in bene od in male, rispetto al valore effettivo della cosa. Cfr. O.W. Holmes Jr., *The Common Law*, Toronto 2011, p. 156.

sottolineando come il comodatario fosse obbligato a restituire il valore del bene ma che fosse «*free from negligence*»[63]. Quest'affermazione comportava che anche nel caso in cui il bene fosse stato distrutto o danneggiato il comodatario avrebbe parimenti soddisfatto alle proprie obbligazioni qualora avesse semplicemente pagato il valore del bene. La previsione appena vista rivestirà una fondamentale importanza nell'evoluzione del diritto processuale in materia di comodato, in quanto il pagamento del valore del bene verrà presto ad essere inteso anche come una legittima possibilità di adempimento del contratto. Glanvill riteneva che colui che avesse ricevuto la cosa in comodato fosse «*absolutely bound to restore the thing or its value*»[64], ponendo, caratteristicamente, questi due esiti contrattuali come alternativi tra di loro.

La responsabilità nei contratti reali sembra essere stata piuttosto ampia nel periodo del Glanvill, sicuramente più ampia di quella configurata nel Diritto Romano; infatti, apparentemente, il comodatario era comunque sempre tenuto alla restituzione del valore del bene o di una somma ragionevole, come si è detto questo passo è di dubbia interpretazione, qualora non potesse più renderlo. Un esempio dell'ampiezza della responsabilità nei contratti reali nella *Common Law* può essere rinvenuta in un caso successivo al *Tractatus*. Nel XIII secolo venne citato in giudizio un *bailee* – chiunque riceva un bene con un obbligo di restituzione -[65] a cui erano state affidate delle carte, in custodia; queste non vennero restituite nei termini pattuiti. Il contratto originario era quindi un contratto di deposito; cioè uno di quelli che davano adito ad un *Writ of Debt*s. Nel procedimento il convenuto sostenne a propria difesa che la casa in cui i documenti erano tenuti era stata data alle fiamme da dei ladri che, contemporaneamente, avevano sottratto quanto custodito. Nonostante l'arzigogolata giustificazione – o forse anche per questo - il *defendant* perse la causa, in quanto aveva ammesso che «*the charters had been lost out his custody*»[66]. L'ampiezza della responsabilità derivante dall'avere la *custody* di un bene altrui, a qualsiasi titolo contrattuale, costituiva la base della decisione che poteva essere applicata anche a tutti gli altri contratti reali. L'elemento comune che giustificava questa estensione

[63] T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 255-256.
[64] F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p.171.
[65] Il termine *bailment*, nella *Common Law*, ricomprende quasi tutti i contratti reali della *Civil Law*, con l'esclusione almeno inizialmente del mutuo. La loro disciplina è considerata sostanzialmente analoga ed è esaminata congiuntamente. Il *bailee* è colui che riceve il bene. Per una definizione contemporanea del termine *bailment*, Cfr. C. Rossini, *English As*…cit., p. 67, *ad vocem Bailment.*
[66] T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 15.

dell'interpretazione della responsabilità dell'accipiente era rappresentato dal fatto che tutti i contratti reali erano fonte di un'azione per debiti.

Continuando ad esaminare il discorso di Glanvill in materia di comodato, quando egli afferma «*ad certum locum rem suam* […] *alii commodaverit*», si può riconoscere la previsione di un obbligo di utilizzare la cosa comodata non solo per un tempo determinato, ma anche in un luogo preciso e pattuito. La stessa obbligazione dell'uso per un determinato tempo della cosa sembra essere configurata non tanto in uno specifico lasso di tempo, quanto piuttosto in relazione ad un preciso momento. Infatti gli inadempimenti contrattuali da parte del comodatario venivano identificati dall'autore o nell'uso del bene in un altro luogo, rispetto a quello che era stato pattuito o in un altro momento.

Nei casi di inadempimento quando la cosa non fosse stata restituita nei termini concordati, non vi sarebbe stata ragione per un'azione per furto contro il comodatario[67]. Questo in quanto il *dominus* aveva concesso, di sua volontà, la *detentio* – non si parlava esattamente di possesso - della cosa al *bailee*. Per cui il bene non era stato effettivamente sottratto al proprietario dal comodatario. Anche nella configurazione contrattuale del comodato in *Common Law* la proprietà della cosa rimaneva in capo al comodante[68], a differenza del mutuo. Per questo motivo il comodatario era sicuramente obbligato a restituire la cosa, o in alternativa a pagarne il prezzo, ma la struttura contrattuale assicurava che non potesse essere ritenuto responsabile di furto della cosa nel caso di ritardo nella riconsegna. Nel caso di furto della cosa il comodatario, per quanto fosse stato liberato dall'*actio furti*, rimaneva però soggetto al risarcimento per la perdita del bene.

In questa affermazione dove si nega la possibilità di intentare un *actio furti* contro il comodatario, apparentemente solo di cose mobili, per non avere restituito il bene nei termini contrattualmente pattuiti, alcuni però vedono anche la prova delle difficoltà per Glanvill e soprattutto dei giuristi inglesi di *Common Law* suoi contemporanei, di inquadrare precisamente le nozioni di possesso, proprietà o mera detenzione, in campo mobiliare[69].

[67] J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, London 1883, p. 130.

[68] Cfr. D. 13, 6, 8: «*Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus*». Ayliffe, scrivendo nel XVIII secolo, sottolineava come, in origine, secondo le leggi Anglo Sassoni col comodato si trasferivano sia la proprietà sia il possesso, ma osservava che, a suo giudizio, ciò non era poteva più essere osservato nella pratica. Cfr. J. Ayliffe, *A New Pandect* ... cit., p. 517.

[69] J. Hudson, *The Oxford History* …cit., II, p. 690. Holmes descrivendo la relazione che intercorreva tra comodante e comodatario, dopo aver ricordato che la cosa rimaneva in possesso del primo, notava come «[…] *a gratuitous bailee is quasi a servant of the bailor, and the possession of one is the possession of the other* [...]». O. W. Holmes, *The Common*…cit., p.

La negazione dell'azione per furto sembrerebbe configurare nel caso del comodato una particolare situazione giuridica in cui la natura possessoria del comodante non era totalmente chiara – in effetti il bene non era più fisicamente presso di lui - mentre il comodatario sarebbe stato titolare di una *true legal possession*[70]. Per cui se ne poteva dedurre che se quest'ultimo aveva un possesso legittimo della cosa era ovvio che non poteva averla rubata. Era però chiaro che la proprietà rimaneva in capo al concedente[71].

Il dibattito sulla natura e derivazione delle idee di possesso in Glanvill, se egli sia debitore nel *Tractatus* della tradizione romanistica o di quella germanica, è di lunga data nella storiografia giuridica anglosassone[72]. L'autore del Trattato sembra utilizzare concetti giuridici Anglo Normanni, e quindi per usare una terminologia storica un po' datata germanici, tra cui quello di *seisin*, rimodellandoli però sulla bipartizione romanistica *proprietas/ possessio*[73]. Tuttavia, nel corso dell'opera egli li trasforma, nuovamente, seguendo una bipartizione tipicamente inglese sia pure mantenendone i termini romanistici[74]. Al di là delle costruzioni teoriche e dogmatiche relative alla proprietà, Glanvill era più concentrato nel tentativo di dare un coerente fondamento giuridico ai *writs* da portare davanti alle Corti Regie che sull'idea di fornire un *corpus* dottrinale dogmaticamente coerente[75].

Glanvill concludeva la sua trattazione del comodato affermando che

154. La cosa non era diversa per gli altri contratti reali: «*Under the theory of the Common Law, every bailee has true possession as distinguished from mere custody*». T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 252. Si veda anche J.C. Tate*, Ownership and possession in the early Common Law*, si veda R. H. Helmholz, V. Piergiovanni (curr.), *Relations Between the Ius Commune and English Law*, Soveria Mannelli 2009, pp. 129-170.

70 T. A. Street, *The History and Theory of English Contract Law*, Washington D.C. 1999, p. 252.

71 Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 3. La difficoltà della *Common Law* di stabilire la natura del rapporto giuridico che intercorreva tra il comodatario ed il bene concessogli è sottolineata ulteriormente dalla già vista esclusione processuale di un'azione diretta del comodante contro chi avesse spossessato l'accipiente del bene.

72 Cfr. O. W. Holmes Jr., *The Common Law*…cit., p. 223.

73 Van Caenegem fa notare come in testi del XIII secolo la diade inglese *seisin-right* venga posta in analogia con la latina *possessio-proprietas*. Cfr. R.C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1988, p. 123, nt. 60. Tuttavia questi concetti giuridici non erano esattamente equivalenti anche se furono utilizzati in questa chiave interpretativa sia da Glanvill prima sia da Bracton poi. Cfr. R. Turner, *Judges Administrators and the Common Law*, London 1994, p. 60.

74 Cfr. T. J. McSweeney, *Priests of the Law*…cit., p. 116. «*The Author of Tractatus thus transforms the Roma binary into an English binary*», *ibidem*. Cfr. anche Cfr. W.W. Buckland, A.D. McNair, *Roman Law and Common Law*…cit., pp.71-88.

75 Bisogna sottolineare infatti che la parte dell'opera di Glanvill dove si nota una più marcata influenza romanistica era costituita proprio dal libro dedicato ai contratti. Cfr. T. E. Scrutton, *The Influence of the Roman Law*…cit., p. 75.

fosse dubbio il diritto, in capo al *dominus*, di richiedere in restituzione la cosa o di comodarla ad altri, prima delle scadenze di tempo ed uso pattuite, ma non escludeva assolutamente questa possibilità, né la valutava come un potenziale inadempimento contrattuale da parte del comodante. La base dell'esitazione di Glanvill è da ricercarsi, forse, nella considerazione che la cosa rimaneva pur sempre in proprietà del concedente e che questi aveva ogni diritto legale di disporne liberamente. In questo i giuristi inglesi si differenziavano dalla disciplina della materia come si svilupperà in seguito nel diritto scozzese che era, sotto molti aspetti, più vicino alle costruzioni dottrinali del Diritto Comune. Questo può essere notato dalla lettura della scozzese *Regiam Majestatem* (inizi XIV secolo). L'opera è uno delle prime raccolte di Diritto scozzese pervenuteci e deve il suo nome dal suo *incipit* – che riecheggia quello del *Tractatus*. La raccolta era di redazione successiva al *Tractaus* e nonostante fosse stata ispirata sotto molti aspetti da esso, in questo particolare frangente, si stabiliva espressamente, seguendo binari sicuramente più romanistici di quelli usati da Glanvill, che: «[…] *Commodatum non revocatur, nisi post usum expletum, cujus gratia, res fuerat commodata*»[76].

In questa affermazione finale del testo scozzese viene utilizzato, quasi di sfuggita, il concetto giuridico di *gratia* che nella costruzione del comodato nel Diritto Romano prima e nel Diritto Comune poi, avrebbe assunto un'importanza fondamentale, soprattutto nel delicato campo della configurazione delle responsabilità risarcitorie in caso di inadempimenti contrattuali. Il *commodatum* nel diritto continentale veniva ad essere rappresentato come un contratto in cui l'*utilitas*[77] era costituita dalla concessione al comodatario di fruire gratuitamente di una cosa che non era di sua proprietà[78]. Data questa premessa il *commodatum* veniva ad essere ritenuto, giuridicamente, una concessione fatta *gratia accipientis*. Questa ricostruzione del comodato come un contratto pensato e stipulato per recare vantaggio ad uno solo dei contraenti[79] aveva precise conseguenze in questa

[76] D. Hoüard, *Traités sur les coutumes anglo-normandes, publiés en Angleterre, depuis le onzième, jusqu'au quatorzième siècle: ouvrage qui supplée aux monuments de l'histoire & de la législation françoise, qui nous manquoient depuis la cessation des capitulaires, jusqu'aux premières ordonnances de nos rois de la troisième race*, Rouen Paris 1776, II, p. 191.

[77] L'*utilitas* poteva essere definita come: «*id quod nostra interest, id est damna et lucra complectitur*». S. Schardius, *Lexicon iuridicum iuris Romani et pontificii*, Basilea 1582, col. 2386.

[78] «Di regola il comodato rispondeva all'interesse del comodante (il quale usava gratuitamente la cosa del comodante)». A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto Privato Romano*, Torino 2014, p. 496.

[79] Poteva però anche accadere che il contratto fosse stato stipulato a vantaggio del

fondamentale materia negoziale. La *gratia accipientis*, infatti, costituirà uno dei cardini della costruzione giuridica della responsabilità contrattuale nel contratto di comodato. La diligenza nell'uso e nel mantenimento della cosa comodata che era richiesta al comodatario erano quindi superiore all'ordinaria. Anche se nelle sue parole il *Tractatus* sembrava accettare pacificamente che il negozio fosse vantaggioso solo per una delle parti e quindi parrebbe inquadrarlo nei termini di un contratto fondato sulla *gratia accipientis*, tuttavia, come si è visto, le conseguenze di un eventuale inadempimento contrattuale, anche a livello processuale, non rientravano precisamente nei canoni romanistici[80].

Come osserva Street, dal punto di vista dottrinale, Glanvill non approfondiva molto il discorso sulle eventuali differenze intercorrenti tra il comodato ed il mutuo[81]. Il problema della sostanziale indistinguibilità ai fini processuali dell'esistenza di un comodato o di un mutuo nel *Tractatus*, in quanto entrambi davano vita ad un *Writ of Debt,* viene affrontato da Pollock in maniera piuttosto sbrigativa e liquidatoria. Il celebre storico infatti fa notare che ogni differenziazione tra i due negozi all'atto pratico era ridotta ad un problema terminologico nel momento della redazione del *Writ of Debt*. Infatti se si fosse trattato di un mutuo di denaro il *writ* avrebbe dovuto usare il termine *debet*, mentre nel caso fosse stato d'orzo – nell'esempio del Pollock – il verbo corretto sarebbe stato *detinet*. Anche se c'è da rilevare che l'orzo dell'esempio è un bene fungibile esattamente come il denaro. Ma al di là di ogni questione terminologica, in tutti i casi, si trattava sempre di un *Writ of Debt*, l'unica cosa che contava per i *clercks* che si trovavano a registrare la richiesta nei loro r*olls*[82]. In sostanza, concludeva Pollock, le

concedente, attenuando quindi, proprio grazie alla presenza di questa circostanza che ne alterava la costruzione dottrinale, la responsabilità dell'accipiente. Sulla scorta del testo di un passo ulpianeo contenuto del Digesto, D. 13, 6, 5, 10, venivano identificati, a titolo esemplificativo, due particolari casi in cui il vantaggio che derivava dal contratto potevano essere ritenuti del concedente piuttosto che del comodatario.

[80] Nel *commodatum* gli eventuali lucri spettavano al proprietario concedente; i danni erano a carico del comodatario con un regime di responsabilità abbastanza rigido. Cfr. A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto Privato*…cit., p. 496.

[81] Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 3-4.

[82] Questo accadeva anche qualora, più tardi rispetto all'epoca in cui scrive Glanvill, ci si trovasse a chiedere la restituzione di una cosa precisamente identificata. In questo particolare caso si sarebbe potuto certamente utilizzare uno specifico *Writ of Detinue*, con cui una parte rivendicava determinati e precisamente identificati beni che erano, ingiustamente, detenuti da terzi. Ma come all'epoca di Glanvill che conosceva solo il *writ of debt*, anche in questa eventualità, i funzionari della cancelleria regia, avrebbero continuato a registrarlo nei termini di *de placito debiti*, ancora nel XIV secolo, essenzialmente per motivi di comodità. Cfr. F. Pollock F. W. Maitland, *The History of english law* …cit., I, pp. LIV.

distinzioni dottrinali tra questi contratti non avevano alcuna ricaduta nelle formalità processuali e quindi erano questioni di pochissima importanza[83]. Per quanto si tratti di una visione piuttosto datata quest'ultima ha tuttavia il merito di ribadire la natura essenzialmente pratica della *Common Law*, cosa da cui non si poteva assolutamente prescindere e con cui si doveva sempre confrontare una qualsiasi opera dottrinale.

Ad aggiungere ulteriore nebbia sulla materia, la natura sfuggente del comodato, per i giuristi inglesi, era dovuta anche al fatto che, sotto molti aspetti, questo era un contratto più sociale che economico, come dimostrano i *Rolls* dell'epoca del Regno di Edoardo I dove si riscontra che il *Writ of Debt* era utilizzato essenzialmente per contratti di natura pecuniaria[84].

3. Romanesque in form, English in substance*: Bracton scrive il* De Legibus

Come scriveva incisivamente Plucknett: «*Two generations after Ranulf de Glanvill we come to the flower and crown of English jurisprudence – Bracton*»[85]. L'esatta identità dell'autore del *De legibus et consuetudinibus Angliae*, redatto intorno ad un'epoca non meglio precisata, probabilmente intorno al 1235, è sempre stata un motivo di dibattito nel mondo della *Common Law*. Tradizionalmente egli è identificato nella figura di Henry de Bracton (…-1268). Probabilmente iniziò la sua carriera come *clerck* sotto l'ala di William de Raleigh, giudice della *Common Bench Court* ed egli stesso ritenuto essere uno dei tanti ipotizzati autori del *De legibus*. Quest'ultima ipotesi si basa essenzialmente sul fatto che, nel 1238, l'autore del testo risultava avere la possibilità di accedere direttamente ai *rolls* del giudice[86]. Nel 1245 Bracton era un Giudice regio itinerante, mentre dal 1247 al 1257 si ritrova sui banchi della *Coram Rege Court*[87], il tribunale che precede

[83] Cfr. ivi, I, pp. LIV-LV.

[84] «*Debt is at first used to recover money loaned. Soon it is brought for the price of goods sold. Even in the time of Edward I, the action of debt was very rarely emplyed save for five purposes: it was used to obtain 1) money lent, 2) the price of goods sold, 3) arrears of rent due upon a lease for years, 4) money due from a surety, and 5) a fixed sum promised by a sealed document*». R.R. Perry, *Common-law Pleading: Its History and Principles: Including Dicey's Rules concerning parties to actions and Stephen's rules of pleading*, Boston 1897, p. 50.

[85] T.F.T. Plucknett, *A Concise History* …cit., p. 258.

[86] Cfr. N. Vincent, *Henry of Bratton (alias Bracton)*, si veda M. Hill R. H. Helmholz (curr.), *Great Christian Jurists in English History*, Cambridge 2017, p. 21.

[87] M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico* …cit., p. 32, nt. 100. Cfr. M. Gobbo, *Il Leone a Guardia del Trono: da consigliere del re a interprete del diritto vivente. Considerazioni*

cronologicamente il *King's Bench*, che altro non è che la ridenominazione in inglese dell'antica *Curia Regis*. Attualmente si ritiene che Bracton non sia stato tanto il geniale autore del Trattato quanto, piuttosto, un compilatore attento ed un riordinatore indefesso dell'opera dei giudici suoi predecessori. Questa operazione venne facilitata dal fatto che si ritrovò in possesso, in ragione della sua carica, degli archivi contenenti i *rolls* e gli scritti dei suoi predecessori tra cui quelli di De Raleigh[88].

Dal testo del *De Legibus* traspare una discreta conoscenza del Diritto Romano, non solo a livello terminologico, ma anche, sia pure ad uno stadio più elementare, della sua dogmatica. L'autore dimostra anche una certa dimestichezza con il Diritto Comune coevo e con il Diritto Canonico[89]. Sono Maitland e Pollock a ricordarci che l'autore aveva una approfondita conoscenza del Diritto Romano, ma come questa non fosse riconducibile ad una specifica preparazione universitaria, in quanto spesso non utilizzava un linguaggio tecnico giuridico corretto; infine risultava aver studiato approfonditamente i lavori di Azzone[90]. Secondo alcuni studiosi sarebbe stata proprio la *Summa* azzoniana il veicolo per mezzo del quale il Diritto Romano sarebbe giunto nel *De Legibus*[91]. L'influenza del Diritto Romano e del Diritto Comune su Bracton è sempre stata vissuta in maniera ambivalente dalla storiografia giuridica anglosassone[92]. Il dibattito

sull'indipendenza dei giudici nella tradizione costituzionale anglosassone, si veda C. Murgia (cur.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino 2017, pp. 479 e ss., spec. p. 481.

88 Cfr. N. Vincent, *Henry of Bratton (alias Bracton)*, si veda Mark Hill R. H. Helmholz (curr.), *Great Christian Jurists in English History*, Cambridge 2017, p. 20. Mc Sweeney usa espressamente il termine *authors* al plurale quando si riferisce al *De Legibus*, Cfr. T. McSweeney, *Priests of the law*…cit., p. 87.

89 Riguardo al debito di Bracton con i canonisti, tra cui Tancredi da Bologna, soprattutto in materia di matrimonio e procedura, Bernardo da Pavia ed altri canonisti si rimanda a F. W. Maitland, *Select passages from the works of Bracton and Azo, edited for the Selden Society by Frederic William Maitland*, Buffalo N.Y. 1996, pp. XXIV-XXVI e 221-235. Cfr. T. McSweeney, *Priests of the law*…cit., p. 87

90 Cfr. Cfr. F. Pollock F. W. Maitland, *The History of english law* …cit., I, pp. 219 -220; S.E. Thorne, *The Text of Bractons De Legibus Angliae*, si veda B. Paradisi (cur.), *La critica del testo*. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Milano 1971, II, p. 812.

91 cfr. T. E. Scrutton, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge 1885, p. 81.

92 La valutazione dell'opera di Bracton fatta da Brunner, uno dei primi ad approfondire lo studio contemporaneo delle fonti del diritto inglese, era chiara «*The doctrines of the Roman Law have unquestionably influenced the older English Law-books, especially as to the precision of their juristic ideas and their method of treatment; but in no English jurist does the first freshness of this impulse make itself so distinctly seen as in Bracton. The definitions of the general legal ideas, the divisions of the Science, and the terminology of the subject, as found in Bracton, are related in many respects to the Roman and Canon Law, and he must*

s'incentrava, soprattutto, sul reale apporto ed applicabilità processuale, all'interno dell'ordinamento di *Common Law*, delle forme giuridiche di derivazione romanistica che erano state utilizzate nel testo dottrinale. La controversia verteva sul fatto se Bracton avesse, o meno, indebitamente tentato di introdurre canoni romanistici in un sistema che ne era totalmente privo, in questa ricostruzione i lavori di Vacario e Glanvill non venivano minimamente considerati. Per quanto non fosse un'immagine che rendeva la complessità del personaggio, Bracton veniva ad essere definito: «*Romanesque in form, English in substance*»[93].

Lo studio del sistema dei casi riportati sui *rolls of courts* era certamente fondamentale nella preparazione sia dei *clercks* che erano addetti alle varie corti e tribunali, sia degli stessi giudici che erano gli unici che necessitassero di una preparazione giuridica nell'Inghilterra del tredicesimo secolo. Questo in quanto all'epoca Oltremanica non esisteva un ceto di giuristi sostanzialmente autonomo rispetto al potere regio paragonabile a quella che si sviluppò, grazie al Diritto Comune, sul continente. Oltremanica infatti i *clerk*s si formavano presso le Corti Regie[94]. Tuttavia, come nota puntigliosamente Mc Sweeney riferendosi ai giudici:

> *These justices argued from individual cases, as we do in modern Common Law discourse; but they focused on how they could work the individual cases into a harmonious system, a preoccupation usually associated with the civil law today*[95]

Questo lavoro di ricostruzione sistemica – tratto distintivo dei *civilians* - era finalizzato a creare una rudimentale dogmatica razionale del diritto inglese medievale e si ritrovava in Glanvill, sia pure in forma molto embrionale e molto più chiaramente in Bracton. Tra le fonti utilizzate nel *De Legibus* per raggiungere gli scopi indicati da McSweeney, oltre a quelle accennate, si ritrova anche un precedente testo legale prettamente inglese intitolato *Leges Edwardi Confessoris*[96]. Questo era essenzialmente

have drawn his knowledge of them either directly from the Corpus juris civilis, the Decretum, and the Decretals, or from Azo's Summa of the Codex and the Institutions». H. Brunner, *The sources of the law of England*…cit., pp. 26-27.

[93] Cfr. F. Pollock F. W. Maitland, *The History of english law* …cit., I, p. 219.

[94] T. McSweeney, *English judges and roman jurists*…cit., p. 828.

[95] *Ibidem*.

[96] Con questo nome ci si riferisce ad una collezione di leggi in vigore all'epoca del Regno di Sant'Edoardo I, il Confessore (1042-1066), prima della Conquista normanna ma probabilmente scritte e raccolte quasi un secolo dopo, nella zona di Lincoln. Manoscritti conservati: British Library, MS Additional 24066, fos. 213r-219v, Cambridge, University Library, Kk. 5.5 33, fos. 69-77; Oxford, Bodleian Library, MS Douce 137, fos. 9v-94v;

una raccolta di consuetudini e leggi inglesi, vigenti durante il Regno del sovrano, poi canonizzato che vennero fatte raccogliere e trascrivere dal suo successore Guglielmo il Conquistatore. In esso si potevano riscontrare molteplici influenze. Come segnalava Maitland l'autore di questa raccolta aveva utilizzato la *Lex Salica*, i Capitolari dei re Franchi e fonti canoniche; un piccolo passo di esse poteva anche farsi risalire al *Codex Theodosianus*. Ma la struttura fondamentale della raccolta era contenuta da leggi Anglosassoni tradotte in latino.[97]

Bracton affrontava la trattazione del comodato nel secondo libro del *De Legibus* nella parte dedicata specificamente alle azioni. L'analisi della materia parte fornendo una prima definizione di che cosa sia un'*actio*. Il trattato la definisce quindi nei termini di un diritto ad agire per la propria tutela. Scrive infatti Bracton «*Quid sit actio? Et sciendum quod actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod alicui debetur*»[98], per poi continuare la

London, Law Society, MS 1 (L. 16), fos. 79v-87r. Cfr. sull'argomento: F. Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, Halle 1903, I, pp. 627–672; B. R. O'Brien, *God's peace and king's peace: the laws of Edward the Confessor*, Philadelphia 1999, pp. 128 e ss.; F. W. Maitland, *The Constitutional History*…cit., pp. 8 e ss.; F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., I, pp. 81-82.

[97] F. W. Maitland, *The Constitutional History* …cit., p. 8.

[98] Bracton, *On the laws and Custom of England,* a cura di George E. Woodbine, traduzione critica di Samuel E. Thorne, Cambridge Mas. 1968-77, II, p. 282. Questa risulta essere tuttora una delle migliori edizioni critiche dell'opera bractoniana; d'ora in avanti per comodità citata come Bracton. La *Bracton Online* dell'Harvard Law School, in http://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/ (consultato 06 febbraio 2020) e che si basa sul lavoro di Thorne ha pubblicato e ricostruito l'evoluzione dell'opera di Bracton basandola sulla prima edizione a stampa del 1569 e comparandola con diverse testimonianze manoscritte, per identificare eventuali modifiche e lacune. I manoscritti sono: Bodleian Library, MS. Digby 222. XIII-XIV sec.; Bodleian Library, MS. Bodley 170. Fine XIII sec.; Bodleian Library, MS. Rawlinson C. 159. XIII-XIV sec.; Bodleian Library, MS. Rawlinson C. 160. XIV sec; Bodleian Library, MS. Rawlinson C. 158. XIV sec; Bodleian Library, MS. Bodley 344. XIV sec.; Bodleian Library, MS. Tanner 189. Tardo XIII sec.; Merton College, Oxford, MS. CCCXX. XIV sec.; British Museum, MS. Add. 11353. Tardo XIII sec.; British Museum, MS. Stowe 380. Tardo XIII sec.; British Museum, MS. Reg. 9. E. XV. Circ. 1300; British Museum, MS. Harley 817. XIV sec.; British Museum, MS. Harley 656. Inizio XIV sec.; British Museum, MS. Harley 653. Inizio XIV sec.; British Museum, MS. Add. 24067. XIV sec.; British Museum, MS. Add. 21614. XIV sec.; British Museum, MS. Harley 3416. XIV sec.; MK. British Museum, MS. Harley 3422. XIV sec.; British Museum, MS. Harley 1242. XIV sec.; British Museum, MS. Harley 763. XIV sec.; CC. Cambridge University Library, MS. Ee. IV. 4. XIII-XIV sec.; Cambridge University Library, MS. Ee. I. 1. Una raccolta di testi legali, tra cui una parte di Bracton uniti ad una miscellanea di altri scritti proveniente da un monastero di Luffield. Inizi XIV sec; Pembroke College, Cambridge, MS. 298. Circ. 1300; Trinity College, Cambridge, MS. O. 9. 24. XIV sec.; Trinity College, Cambridge, MS. O. 3. 52. XIV sec.; Fitzwilliam Museum, Cambridge, McClean MS.

disamina del concetto di *ius* circoscrivendone il significato ed affermando che «*ius autem ponitur ad differentiam eorum quæ non sunt iuris vel eorum qui quamvis ius habeant et actionem, elidi tamen poterit per legitimam exceptionem contrapositam*». Chi aveva quindi un diritto ad agire si differenziava sia da colui il quale non l'aveva sia da chi vi aveva eventualmente rinunciato.

Per Bracton l'azione scaturiva sempre da un'obbligazione che veniva per questo definita *mater actionis*. Un'obbligazione poteva sorgere *ex contractu* o anche ex *quasi contractu*, oppure poteva anche originare *ex maleficio* o *ex quasi maleficio*[99]. Proseguendo la sua esposizione della materia, con una metodologia analoga, se non identica, a quella impiegata dai giuristi di Diritto Comune, l'autore specificava che l'obbligazione contrattuale poteva scaturire da diversi comportamenti prefissati definiti *modi*. Questi erano minuziosamente enumerati: «*ex conventione, per interrogationes et responsiones, verborum conceptione*» e servivano a provare «*voluntates duorum in unum trahit consensum*»[100] e quindi l'avvenuta legale stipulazione del negozio[101].

145. (precedentemente Phillipps MS. 8126.) Circ. 1300; Lambeth Palace Library, MS. 92. XIII-XIV sec.; Lambeth Palace Library, MS. 93. Inizi XIV sec.; Eton College Library, MS. 176. Bl. a. 5. XIII-XIV sec.; Lincoln's Inn Library, MS. Hale 135. tardo XIII sec.; Lincoln's Inn Library, MS. Cholmeley; XIV sec.; Gray's Inn Library, MS. Godbold; Circ. 1300; Library of the Middle Temple, MS. 6 Seat A. F. 15. XIII-XIV sec.; Bibliothèque Nationale, Paris, MS. Latin 4674. Inizio XIV sec.; Phillipps Library, Cheltenham, MS. 8842. XIV sec.; Worcester Cathedral Library, MS. F. 87. XIII-XIV sec.; Harvard Law School Library. (Precedentemente Phillipps MS. 136.) XIII-XIV sec.; Harvard Law School Library. (Formerly Phillipps MS. 3510.) XIII-XIV sec.

99 «*Obligatio autem quæ est mater actionis originem ducit et initium ex aliqua causa præcedente, sive ex contractu vel quasi, sive ex maleficio vel quasi. Ex contractu vero oriri poterit multis modis, sicut ex conventione, per interrogationes et responsiones, ex verborum conceptione quæ voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut sunt pacta conventa, quæ nuda sunt aliquando, aliquando vestita*». Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 283. Il modello teorico sottostante a questo passaggio dell'opera bractoniana può essere rintracciato in Inst. III, 13: «*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus*».

100 Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 283.

101 Volante afferma che i *vestimenta* erano «[...] lo strumento isolato per comprendere il profilo dell'esistenza del regolamento contrattuale, mediante la classificazione delle modalità di conclusione delle diverse ipotesi di accordo, cui si riconnette strettamente la questione relativa all'efficacia. Essa non fu né la prima, né l'unica via seguita dai glossatori». R. Volante, *Il sistema contrattuale del Diritto Comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo, glossatori e ultramontani*, Milano 2001, p.15. L'idea dei *vestimenta pactorum* venne ripresa da Bracton nella sua opera *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Cfr. R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008, p.15; K. Güterbock, *Henricus de Bracton und sein Verhältniss zum römischen Rechte: ein Beitrag zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Berlin 1862, p. 109. Nella traduzione

Piuttosto recisamente nel trattato si affermava che «*ex nudo pacto non nascitur actio*»[102]. Come si vede la base e lo sviluppo della teoria delle obbligazioni di Bracton è riconducibile, in gran parte, oltre che al Diritto Romano anche alla scuola della glossa e più specificamente all'opera di Azzone[103]. Perché quindi possa sorgere un'obbligazione che potesse essere

inglese: «*In the English law there was thus no room for the Roman Pacta nuda; pact law distinction of contractus and pacta. That circumstance, however, neither prevented the English lawyers from adopting a distinction of pacta nuda and pacta vestita, derived from the same source, for the purpose of discriminating between the non-actionable and the actionable conventions of their own law, nor deterred them from borrowing from the then Civilian school its list of the different vestimenta pactorum. The vestimenta pactorum are enumerated by Bracton in the following versus memoriales: "Re, verbis, scripto, consensu, traditione. Junctura, vestes sumere pacta solent". The most striking of these are traditio and junctura. Traditio is here, however, only another expression for Azo's rei interventus […]*». K. Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle ages*, Philadelphia 1866, p.140.

[102] Come noterà Zimmerman l'espressione *nudum pactum* era piuttosto ambigua e non venne solo interpretata come figura retorica in logica contrapposizione ad un *pactum vestitum*, ma, nel corso del tempo venne anche interpretato nel significato di *nudum a causa*. Cfr. R. Zimmermann, *The Law of Obligations*…cit., p. 552. Se un *contractus* è la fonte di *obligationes civilis*, il *nudum pactum* poteva dare vita solo ad obbligazioni naturali. Cfr. O. Bucci, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Milano 2007, p. 38. Tuttavia nota Astuti: «[…] per quanto già Piacentino ed Azzone asseriscano in termini generali che la *nuda pactio* o conventio è fonte di *obligatio naturalis*, e che la *fides pactorum* è fondata sul diritto o sull'equità naturale (Cfr. Ulp. D. 2, 14, 1pr.), a queste affermazioni di principio non è legato alcuno sviluppo teorico concreto, nel senso di una qualsiasi estensione dell'efficacia obbligatoria dei patti». G. Astuti, *Contratto (Diritto Intermedio)*, in Enc. dir., IX, Milano 1961, p. 771.

[103] Maitland svolse una approfondita ricerca sulle coincidenze e le ricorrenze riscontrabili nelle opere di Bracton ed Azzone. Cfr. F. W. Maitland, *Select passages*…cit. Qui il termine *vestimenta* vi ricorre alle pp. 84, 124, 141 e 143. Per quanto Bracton utilizzi Azzone fu Piacentino che giunse a disegnare una delle prime sistematicizzazioni compiute, dando così forma alla teoria dei *vestimenta*. Cfr. R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008, pp.14-15. Piacentino osservava che i *vestimenta* erano costituiti dal *nomen iuris* dalla *datio* e dal *factum*. Questa specificazione da parte del glossatore permetteva di fare ricadere all'interno dei confini disegnati dalla teoria dei *pacta vestita* anche contratti come la permuta, la donazione e tutti quei contratti innominati che avessero richiesto l'esecuzione di obbligazioni di *dare* o di *facere*. Piacentino, *Summa Codicis*, Moguntiae, 1536, L. II, t. III *de pactis*, p. 40. Cfr. L. Zhang, *Contratti innominati nel Diritto Romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, p, 25; E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto Comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937, p. 233, I. Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Vol. 1: Il Cinquecento*, Torino 1997, p. 51. Nella *Summa Codicis* Piacentino puntualizzava la sua idea: «*Pacta induta modis quinque vestiuntur: rebus ut mutuum, verbis ut stipulatio, litteris ut chirographum, consensu formato in nomen speciale transeunte ut venditio locatio* […]». Piacentino, *Summa*…cit., L. II, t. III *de pactis*, p. 44. Cfr. R. Volante, *Il sistema contrattuale*…cit., p. 122.

utilizzata in giudizio, era necessario che il *pactum* avesse gli opportuni *vestimenta*.

Al momento di analizzare le fonti delle obbligazioni Bracton si ricollega, in parte, all'approccio alla tradizione del Diritto Romano che lo stesso Glanvill aveva precedentemente avuto. Il Diritto Romano era visto, essenzialmente, come uno strumento che poteva ovviare alla necessità di identificare quali comportamenti potessero legittimamente generare un diritto e quindi portare ad una tutela giudiziale dello stesso. Ma, nello sviluppo dell'idea che si ebbe in Bracton, quello che colpisce ed è più interessante e sotto certi aspetti illuminante, è il ricorso fatto dal giurista inglese al concetto di *vestimenta pactorum* che è tipico della tradizione giuridica continentale, fondata sul Diritto Comune e che poteva essere ricollegata all'influenza del *Liber Pauperum* di Vacario, dove vi si faceva riferimento[104].

L'utilizzo fatto dall'autore del Diritto Romano e della dogmatica del Diritto Comune farebbe pensare che egli si rivolgesse ad un pubblico di specialisti, *justices* e *clercks*, i quali in ragione della loro carica avevano già una certa qual conoscenza di questi temi e concetti o che perlomeno non ne erano totalmente all'oscuro. La questione che si pone, come già notava Cavanna[105], è quanto ne conoscessero, ma soprattutto, quanto lo applicassero nella quotidianità delle Corti. Una risposta a questa domanda può, forse, trovarsi in una *decision* del 1801 della *Supreme Court* degli Stati Uniti, dove, tra le altre, si esaminava la questione giuridica se nella *Common Law* un *nudum pactum* potesse o meno produrre obbligazioni giuridicamente vincolanti. La Corte scriverà dirimendo la questione ed affermando che, in materia, le opinioni di Wilmot e Blackstone trovavano la loro validità in:

> *Bracton, who appears to be the first writer upon the English law, who has noticed the doctrine of nudum pactum. Bracton has certainly interwoven many of the principles of the civil law with his observations on the Common Law, but it is believed he has done it only in cases where the Common Law has recognised those principles*[106].

Quello che è da rimarcare è la parte finale di questo *obiter dictum*, dove si afferma che probabilmente Bracton aveva recepito nella sua opera quei principi della *Civil Law* – intendendo il Diritto Comune - che erano oramai

[104] Come nota Birocchi; cfr. I. Birocchi, *Causa e categoria generale*…cit., pp. 48-49.
[105] «Il diritto inglese non prese a prestito che alcuni modelli formali e metodici dello *ius commune*, di cui subì un'influenza ben circoscritta». A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, I, p. 536.
[106] W. Cranch, *Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States (August and December terms, 1801-February term, 1815)*, New York 1812², I, p. 447.

pacificamente riconosciuti dalla *Common Law* della sua epoca.

Quando scrive il *De Legibus* l'autore aveva avuto accesso ai *rolls of Court*[107], in quanto ne era stato un *clerck*. Conosceva quindi sia il meccanismo processuale sia il diritto che vi veniva applicato. Nel tredicesimo secolo i giudici inglesi avrebbero iniziato a trattare le decisioni giudiziali come se fossero *opiniones* di giuristi, ispirandosi in questo alla tradizione canonica e romanistica. Nel compiere questa operazione avrebbero utilizzato come modello le tecniche dialettiche ed ermeneutiche sviluppatesi nel Diritto Comune per plasmare un sistema basato sull'*auctoritas*[108].

4. *I contratti in Bracton, una panoramica*

Dopo aver definito quali fossero le fonti delle obbligazioni Bracton passava ad esaminare la materia contrattuale. In questo passaggio la costruzione del concetto di *vestimenta pactorum*, tipica del Diritto Comune, viene ripresa quasi fedelmente.

> *Cum autem nascantur actiones ex obligationibus quæ ex contractu vel quasi substantiam capiunt, et non ex maleficio vel quasi, videndum est imprimis quid sit obligatio, et qualiter contrahatur, et per quæ verba, et per quas personas adquiratur obligatio et qualiter dissolvatur et tollatur, et qualiter cum fuerit dissoluta, renovetur, et qualiter in aliam personam transfundatur, et qualiter una obligatio in aliam mutetur. Et sciendum quod obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut si quis ligatus fuerit et astrictus alicui ad aliquid, et ille alius ei ad aliud contraligatus. Est enim obligatio quasi contraligatio, et quatuor habet species quibus contrahitur et plura vestimenta. Contrahitur enim re, verbis, scripto, consensu, traditione, iunctura, quæ omnia dicuntur vestimenta*

[107] La disponibilità dei *rolls*, sempre più comune a partire dalla metà del XIII secolo, non può mai essere sottovalutato nella formazione della *Common Law*, accanto alla professionalizzazione del personale del giudiziario che spesso era composto da giuristi che avevano ricevuto una formazione canonistica. «*By the middle of the thirteenth century, justices and clerks in the royal courts were collecting records of cases from the plea rolls, their administrative records, and treating them as legal literature. This culture of case collecting became possible only after half a century of professionalization in the royal courts*». T. McSweeney, *English judges and roman jurists*…cit., p. 829.

[108] Quest'idea ritiene che le differenze tra il sistema di *Common law* e quelle del *Ius Commune* siano più percepite che effettivamente esistenti. T. McSweeney, *English judges and roman jurists*…cit., p. 828.

pactorum. Re autem contrahitur obligatio[109].

Il sistema contrattuale inglese veniva ad essere descritto e catalogato avendo riguardo alla fonte di produzione delle obbligazioni, cosa questa essenziale in quanto l'azione poteva nascere solamente da esse. Nel Diritto Comune continentale queste ultime derivavano da cause e figure tipiche. Sempre seguendo la via tracciata da Glanvill in questo campo, Bracton si appropria di questa idea e del concetto di *vestimenta pactorum* che ad essa è strettamente collegato. La strutturazione dell'idea dei *vestimenta pactorum* come fonte di obbligazioni legali rappresenta un concetto giuridico che viene identificato come uno dei «caposaldi della sistematica contrattuale medievale»[110], anche se, almeno all'inizio, non avrebbe fatto altro che:

> […] scomporre e poi ricomporre secondo la nuova categoria dei vestimenta le distinzioni che provenivano dalla sistematica gaiano-giustinianea dei contratti nominati (suddivisi nelle quattro categorie) e dei contratti innominati[111].

La scelta compiuta dall'autore del *De Legibus* di identificare e strutturare la sua descrizione delle fonti delle obbligazioni civili attraverso lo strumento dei *vestimenta pactorum* avrebbe comportato, come quasi necessaria conseguenza, l'assenza all'interno del sistema contrattuale inglese[112] del principio della genesi meramente consensuale delle obbligazioni contrattuali[113], alli-

[109] Bracton, *On the laws*…cit., II, pp. 283- 284. Gaio nelle Institutiones sottolineava come le obbligazioni sorgessero o *ex contractu* o *ex delicto*. In questo senso il termine *contractus* denotava: «[…] *any lawful juristic act capable of producing rights and obligations and enforceable by means of an action at law*». G. Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Auckland 2014, p. 127. Cfr. anche T. A. Street, *The Foundations* …cit., p. 15. Cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., p.14.

[110] A. Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel Diritto Comune (secoli XIV-XVI)*, Milano 2012, p. 211, n. 80.

[111] I. Birocchi, *Causa e categoria generale*…cit., p. 51. Infatti si può anche sostenere che: «Il sistema dei tardi glossatori rimane dunque soltanto una razionalizzazione delle fattispecie contrattuali romane, basata essenzialmente sui concetti di *pactum* e di *vestimentum*. In questa prospettiva, il *vestimentum* è un dato strutturale del consenso, mentre il patto nudo è un accordo non azionabile in giudizio perché incompleto». F. Scaglione, *Il comodato*…cit. p. 17; Cfr. R. Volante, *Il sistema contrattuale*…cit., p. 341.

[112] «[…] il principio «*solus consensus obligat*» ebbe applicazione concreta in Europa soltanto a partire dal XVII secolo, a seguito delle proclamazioni teoriche giusnaturalistiche, mentre era sostanzialmente in vigore sino ad allora il sistema dei *vestimenta* medievali della forma o della *res*». P. Carlini, *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in Digesto, discipline privatistiche, sez. civile, Torino 1989[4], IV, p. 86. Qui confuterebbe anche l'idea dell'esistenza del principio consensualistico nelle esperienze del diritto consuetudinario francese e del Diritto Comune.

[113] Per quanto Bracton utilizzi il termine *consensus* all'interno del *De Legibus*, parlando della

neandolo così alla contemporanea tradizione giuridica continentale. Poteva essere questa, in effetti, la conseguenza finale dell'accoglimento da parte di Bracton della distinzione tra patti nudi e vestiti[114]. Dalla lettura del Trattato era difficile concepire che l'espressione della nuda volontà delle parti potesse avere la forza di generare obbligazioni giuridiche, visto che ne era stato negato espressamente il valore di fonte legittima.

Bracton identificava sei modi per stipulare un contratto e quindi farne scaturire delle obbligazioni legalmente vincolanti: *re*, *verbis*, *scripto*, *consensu*, *traditione*, *iunctura*, sottolineando «*quæ omnia dicuntur vestimenta pactorum*»[115]. L'enumerazione del giurista inglese riprende quella Azzoniana. Nel sistema del Diritto Comune è con quest'ultimo giurista che si ha l'assetto definitivo del sistema dei *vestimenta*[116]. Nel suo lavoro le categorie divennero sei[117], di cui quattro corrispondevano ad altrettante categorie di contratti nominati, secondo l'elencazione di Gaio: *res*, *verba*, *litterae*, *consensus*. A queste quattro figure romane vennero aggiunte le ulteriori figure del *rei*

dote, della *confusio*, dei pascoli in comune, delle servitù, del matrimonio, della modifica delle leggi ed in altri casi e dopo averlo enumerato, seguendo il modello azzoniano, nelle categorie dei *vestimenta*, sorprendentemente non ne tratta quando passa ad analizzarli singolarmente. Cfr. M. Hogg, *Obligations: Law and Language*, Cambridge 2017, p. 275.

[114] Come si è visto Güterbock aveva già escluso che nel diritto inglese vi fosse spazio per l'idea della possibilità di azionare in giudizio un *nudum pactum*. Cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., p.140.

[115] Cfr. Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 284.

[116] Il «laboratorio sapienziale» medievale, così Grossi icasticamente rappresenta la contrapposizione tra il lavoro della glossa e l'«officina della prassi» dell'alto medioevo. scelse di porre i *pacta* come base fondante di ciò che è stato definito il «sistema contrattuale» del Diritto Comune. Giostrando attorno alla loro capacità di generare una *exceptio* o una *actio*_venne sapientemente costruita la teoria dei *vestimenta*. Cfr. P. Grossi, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, pp. 129 e ss. Così il lavoro dei glossatori diviene il momento in cui si può cogliere: «[…] l'emersione di corpose novità introdotte dai glossatori, nell'apparente massimo rispetto della lettera giustinianea» E. Stolfi, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»*, in Rivista di Diritto Romano, II (2002), p. 442. Azzone sia nella *Lectura Codicis* sia nella *Summa* diede la forma finale a quella che Volante definisce nei termini di una «sistematica esaustiva basata sui *vestimenta*» e lo fece pur non rifiutando la tradizione precedente ma anzi costruendo sopra le loro intuizioni. R. Volante, *Il sistema contrattuale*…cit., p. 131. In quest'ottica evolutiva il lavoro di Azzone rappresentava «Un'opera di razionalizzazione che procede portando l'accento su tonalità già presenti agli apparati precedenti, non negando le altre ma lasciandole, per così dire sullo sfondo, private di una vera efficacia sistematica. È così innanzitutto per il novero delle *vires pactorum*». Ivi, p. 131.

[117] Azzone specificava che poteva esservi un settimo *vestimentum*: «*Potest etiam addi septimus modus quodam mirabili intellectu f. rei principio ut ff. de pollicitationibus. L. j.*». Azo, *Summa Codicis*, Venezia 1566, col.66, n. 16. D. 50, 12, 1pr: «*Si pollicitus quis fuerit rei publicae opus se facturum vel pecuniam daturum, in usuras non convenietur: sed si moram coeperit facere, usurae accedunt, ut imperator noster cum divo patre suo rescripsit*». In questo particolare caso la promessa allo Stato costituirebbe un *vestimentum* da cui nascerebbero obbligazioni.

interventus[118] e della *coherentia contracti*[119]. Confrontando in parallelo le opere dei due grandi giuristi, si possono segnalare le seguenti corrispondenze:[120]

Bracton	Azzone
res	*res*
verba	*verba*
scripta	*litterae*
consensus	*consensus*
traditio	*interventus rei*
iunctura	*coherentia contracti*

Pollock e Maitland furono molto critici dell'approccio di Bracton al sistema dei contratti nel diritto inglese ed alla sua organizzazione secondo la dottrina continentale. Lo riterranno un maldestro tentativo di impiantare il

[118] Analizzando le due specifiche assenze che aiuterebbero a definire la nudità di un *pactum*, con riferimento alla seconda di queste Volante scrive che quest'ultima «[…] si individua nella *forma negotii*, il contenuto strutturale proprio di quella fattispecie riunite dalle opere precedenti nella tautologia del *nomen*. In questo criterio rimangono definiti quattro modelli contrattuali romani: la compravendita, la locazione, il deposito, il comodato. Non il mutuo che viene isolato nella presenza di un elemento, l'*interventus rei* che, misteriosamente non caratterizza le altre fattispecie reali. Chiude la catalogazione l'ipotesi del *pactum in continenti* accessorio ad un contratto precedente e novativo dei suoi termini». R. Volante, *Il sistema contrattuale* …cit, p.122. L'*interventus rei*, in questa ricostruzione caratterizzerebbe il mutuo. Per Bracton il *mutuum* è un contratto reale: «*Re autem contrahitur obligatio*». La *traditio* sarebbe quindi uno dei modi di acquisto della proprietà

[119] «*Vestitur aut pactum sex modis: re, verbis, consensu literis, contractus cohaerentia, rei interventu*». Azo*, Summa*…cit., 1566, col. 66, n. 15. L'*interventus rei* era quel *vestimentum* che ricomprendeva entro i propri confini concettuali i contratti innominati e quelle particolari fattispecie caratterizzate dal fatto che la fonte delle obbligazioni di adempimento fosse o una *datio rei* o l'esecuzione di una particolare prestazione convenuta come corrispettivo, secondo lo schema *datio vel factum*. Cfr. M. G. Fantini, *"Ius sine causa nasci non potest". La riflessione medievale sulla causa negoziale*, in Divus Thomas, C, 1/'97, pp. 89-168. Lo scopo dell'idea sottesa alla creazione del *pactum rei intervento* che prevedeva in sintesi una prestazione eseguita al fine di ottenere una controprestazione, era rappresentata dalla necessità di dividere il *pactum nudum* da quello vestito permettendo, nel contempo, di qualificare il contratto innominato; la divisione proposta da Azzone venne fatta propria anche dai glossatori successivi. Accursio nella *glossa causa* a D. 2, 14, 7, 2 ne è una conferma. Cfr. L. Zhang, *Contratti* …cit., pp. 25. La *coherentia contracti* descriveva quei patti che precedevano o seguivano un contratto nominato: i *pacta adiecta*. Ricomprendeva anche i casi in cui «*Pactum contractui nominato et vestito coherens, illi legem dare censetur et ediem inesse*». Cfr. come citato da Astuti in G. Astuti, *Contratto*…cit., p. 771. «*The vestimenta pactorum are enumerated by Bracton in the following versus memoriales: "Re, verbis, scripto, consensu, traditione. Junctura, vestes sumere pacta solent". The most striking of these are traditio and junctura. Traditio is here, however, only another expression for Azo's rei interventus* […]» K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., p.140. Il *Brachylogus* aveva in precedenza sottolineato come «*Contractuum vero alius re alius verbis, alius litteris, alius consensus contrahitur*». *Brachylogus*…cit., p. 82.

[120] Cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation*…cit., p. 140.

Diritto Comune nel corpo della *Common Law*, con risultati tutto sommato modesti. Scriveranno infatti:

> *Bracton makes a half-hearted attempt to engraft the theory of the legists upon the stock of English law. No part of his book has of late attracted more attention than the meager chapters that he gives to contract; none is a worse specimen of his work. It is a scholastic exercise poorly performed. Here and there half unwillingly he lets us see some valuable truth, as when, despite Justinian and Azo, he mixes up the mutuum and the commodatum and refuses to treat sale as 'consensual.' But there is no life in this part of his treatise because there is no practical experience behind it. The main lesson that we learn from it is that at the end of Henry II's reign [1154-89] our king's court has no general doctrine [of contract].*[121]

I motivi alla base della brusca liquidazione del pensiero contrattualistico bractoniano si fondavano, soprattutto, sul valore da attribuire al mero consenso nella disciplina negoziale dei contratti reali, come il mutuo ed il comodato, in contrapposizione col sistema dei *vestimenta* disegnato nel *De Legibus*. I critici inoltre accusavano l'autore, forse ingenerosamente, di non essere stato in grado, nella sua opera, di distinguere esattamente tra mutuo e comodato ma, soprattutto, di non avere considerato la vendita come un contratto consensuale, cosa questa che non aveva fatto nemmeno Glanvill. Per Pollock e Maitland la *Common Law* del periodo non sarebbe stata influenzata tanto dallo *Ius Commune* quanto piuttosto dal Diritto Canonico, dove si ammetteva un accordo orale come fondamento di obbligazioni corrispettive. I due grandi storici inglesi utilizzarono per fondare la propria tesi l'esempio del matrimonio. La loro critica mirava a dimostrare essenzialmente che nelle Corti inglesi, contemporanee di Bracton, non si impiegava, nel procedimento decisionale, alcuna teoria generale del contratto men che meno quelle di Diritto Comune fondate su un concetto alieno come quello dei *vestimenta*.

Tuttavia le loro accuse possono essere ridimensionate alla luce di alcune considerazioni, la prima è che alcuni manoscritti vennero scoperti dopo la pubblicazione della loro opera, riducendo la portata delle loro accuse. La seconda, più ficcante, è stata portata avanti, recentemente, da McBain che ha notato, piuttosto opportunamente che anche il diritto Anglo Sassone

> […] *had also required pre-requisites (vestments) to enforce contracts. Further, to exclude the need for delivery would have been to invite fraud*

[121] F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …, II, p. 194. Cfr. F. W. Maitland, *Select passages*…cit., p. 143.

> *on a grand scale. As it is - even in Anglo-Saxon (and Biblical) law - an oral agreement (even if accompanied by an oath, whether Christian or otherwise) without more ado would not have been enforceable in the commercial context. Further, had the secular courts permitted this at the time of Bracton, there would have been considerable problems in determining which of the contracting parties was telling the truth, especially, whether - and when - an agreement (consensus) had been reached. Further, Pollock and Maitland did not note that English law - by the time of Bracton - was more relaxed about the pre-requisites for making a contract than Anglo-Saxon law*[122].

L'identificazione dell'*agreement* con il consenso – fatta da Ma Bain - si può ritrovare nell'opera di John Rastell (c. 1475 – 1536), membro del Parlamento e *barrister* che morì probabilmente in prigione, sorte abbastanza comune per i giuristi inglesi, in quanto non solo probabilmente cattolico ma anche monarchico, ma di una linea dinastica sbagliata. Quest'ultimo faceva risalire l'etimologia di *agreement* alla crasi di due parole latine: *aggregatio* e *mentium*[123]. Nella critica di Mc Bain si sottolinea come lo stesso diritto Anglo Sassone prevedeva requisiti di validità contrattuale diversi dal mero consenso e necessari ai fini probatori dell'avvenuto accordo tra le parti. Quello che McBain nota, salvando parzialmente il fondamento delle critiche rivolte da Maitland e Pollock a Bracton, è che all'epoca della stesura del *De Legibus* le Corti erano più tolleranti sul valore vincolante da attribuirsi ai *vestimenta pactorum* ai fini della validità del contratto, ma che nondimeno questi requisiti continuavano ad esistere. La classificazione contrattuale disegnata da Bracton era sostanzialmente pensata per l'attività della *King's Court* e si appoggiava alle conoscenze giuridiche dei componenti della stessa; le critiche di Pollock e Maitland sembrano quindi perlomeno eccessive e dettate da un certo orgoglio nazionale[124].

Nelle parole di Bracton una obbligazione si poteva contrarre per mezzo di una cosa: «*Re autem contrahitur obligatio*» che rimanda nella sua formulazione ad Inst. III, 13[125]. C'è però sempre da ricordare che il termine

[122] G. Mc Bain, *Abolishing the Doctrine of Consideration - The Story of the Arra. Part 1*, in International Law Research, VII, 1/2018, pp. 54-55.
[123] J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p. 16, *ad vocem Agreement*.
[124] G. Mc Bain, *Abolishing the Doctrine*…cit., p 55.
[125] Nel *Ius Commune* il *commodatum* condivideva la stessa categoria giuridica del *depositum* e del *mutuum*: erano «*contractus qui re contrahuntur*». In Piacentino questi erano comodato, deposito, pegno. Piacentino, *Summa* …cit., L. II, t. XIII *de commodato*, p.155. Güterbock era stato piuttosto chiaro affrontando la genesi dei contratti reali nel *De Legibus*: «*The real contracts of the Roman law very naturally found an easy and early reception into a law, which had not developed rules of its own in such matters. Even*

obligations nel linguaggio giuridico inglese non era e non è, generalmente usato nel significato romanistico del termine. Nella terminologia di *Common Law* indicherebbe piuttosto «[…] *an undertaking subject to a requirement of a seal or a formal bond to pay money*»[126].

Un'obbligazione poteva infatti scaturire da un *deed* (un qualsiasi atto giuridico)[127] che, scritto e sigillato e consegnato avrebbe provato il consenso della parte ad obbligarsi. Piuttosto caratteristicamente in *Law French* il termine inglese *deed* era reso con *fait*[128]. Il *Contract under Seal* - che era un atto plurilaterale – costituiva quindi l'unico contratto formale[129] del diritto inglese, anche se non era l'unica forma contrattuale possibile e veniva usato solo per determinati contratti, sia per lo *status* dei contraenti ma anche per il valore del negozio. L'utilizzo della forma scritta e sigillata con valore probatorio nel diritto inglese derivava dalle previsioni del *Satute of Gloucester* del 1278, dove si era previsto che la prova delle pretese sulla terra doveva essere attraverso documenti o strumenti scritti e sigillati[130]. Un *deed under Seal*, come specifica Criscuolo, aveva una funzione garantista che era svolta *erga omnes* e riposava sulla ritualità formale. Un *contract under Seal* era strutturato per tutelare gli interessi e le legittime aspettative dei contraenti[131]. Derivando entrambi la loro validità solo dalla forma questa era quindi necessaria *ad substantiam*. Era quindi scritto, firmato e sigillato e scambiato o consegnato, tra le parti[132]. Per prima cosa la carta su cui era stato redatto il contratto doveva essere ritagliata (*indented*) irregolarmente

in Glanville we find that the commentary upon "causa mutui, commodati, pignoris"is chiefly made up of Roman principles, while Bracton's exposition of this class of contracts is nothing but an almost literal extract from the corresponding titles of the Institutes». K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., p.141. Azzone apriva la sua disamina del comodato puntualizzando «*de commodato qui re contrahitur dispiciamus*». Azo, *Azonis iurisconsultissimi In ius civile summa. Accessere, praeter Hieronymi Gigantis, Pardulphi Prattaei, & ex Martino veteres additiones, aliae quamplurimae. Caeterùm nostram in his omnibus diligentiam sequens pagina docebi*t, Lugduni 1564, p. 92.

126 M. Hogg, *Obligations*…cit., p. 31.

127 Un'interessante trattazione sulla definizione e natura giuridica del *Deed* si ritrova in testo del XVII secolo, redatto da William Sheppard (ca. 1595-1647) che ricoprì la carica di *Serjeant at Law* durante il Protettorato e che continuò ad essere utilizzato per un lungo periodo di tempo dai *common lawyers*. W. Sheppard, *The Touch-stone of Common Assurances*, Dublin 1785[6], pp. 49-72. Per fare un esempio un testamento era contenuto in un *deed*.

128 Cfr. J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p. 166, *ad vocem Deed/Fait*.

129 Cfr. W. R. Anson, *Principles of the English law of contract*, Oxford 1879, p. 39.

130 Cfr. M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico*…cit., p. 37; O. Ruffhead, *The Statutes at Large: From Magna Charta to the End of the, reign of king Henry VI*, London 1763, I, p. 64.

131 Cfr. G. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova 2001[2], p. 20.

132 Cfr. W. R. Anson, *Principles*…cit., p. 39.

in modo sia da garantire tante copie quanti erano i contraenti, sia da fornire un riscontro degli originali, in quanto in caso di necessità i tagli avrebbero dovuto coincidere. Nello scritto dovevano poi risultare i nomi dei contraenti, i loro titoli, dove abitavano, la causa del contratto e tutte le condizioni ed obbligazioni da questo derivanti. Doveva quindi essere firmato o contrassegnato – in caso di analfabetismo - dai contraenti. Quindi a fini probatori, dopo la formula «*in cuius rei testimonium*» veniva apposto il sigillo delle parti e di eventuali testimoni. Il passaggio finale di questo procedimento era costituito dalla *delivery* cioè la consegna materiale delle copie[133]. Quest'ultima formalità era di fondamentale importanza, perché se non vi fosse stata la *delivery*, anche se *under seal*, un contratto sarebbe stato nullo[134]. Come scrive Ferrante un *deed under seal* costituiva uno specifico *vestimentum* che garantiva la possibilità di adire in giudizio[135].

La differenza che intercorreva tra questo tipo di contratto ed uno senza sigillo era che il primo faceva sempre prova e del contratto e degli accordi presi, mentre il secondo poteva essere confutato da una semplice prova contraria. Nell'evoluzione della *Common Law* un contratto verbale ed uno scritto, ma senza l'apposizione del sigillo, erano assimilati nella stessa categoria dei *simple* o *parole contracts*[136]. La scelta se utilizzare un contratto formale od un *parol contract*[137] era lasciata alla decisione delle parti, per quanto, con l'evoluzione della *Common Law*, alcuni negozi avrebbero necessitato del *Contract under Seal* per essere correttamente stipulati ed avere quindi efficacia giuridica[138]. Seguendo questo schema una *gratuitous promise*, una promessa che non avesse avuto alcuna causa contrattuale, avrebbe potuto essere valida solo se redatta *under seal*, mentre sarebbe stata nulla se fatta verbalmente o per iscritto[139].

133 Cfr. J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., pp. 166-169, *ad vocem Deed/Fait*.
134 Cfr. W. Sheppard, *The Touch-stone*…cit., p. 222
135 Cfr. M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico*…cit., p. 83.
136 Cfr. J. Chitty, *A Practical Treatise on the Law of Contracts: Not Under Seal; and Upon the Usual Defences to Actions Thereon. The second edition greatly enlarged*, London 1834[2], p. 4; W.W. Story, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*, Boston 1844, p. 2.
137 In principio non vi era nessuna differenza tra un contratto orale ed uno per iscritto e venivano definiti entrambi *oral contract*, tuttavia nel corso della storia della *Common Law* sempre più *Statutes* contribuirono a differenziarne il valore probatorio. Cfr. J.P. Bishop, *The Doctrines of the Law of Contracts: In Their Principal Outlines, Stated, Illustrated, and Condensed*, St. Louis 1878, p. 2. La scrittura di uno *simple contract* era considerata un semplice mezzo per registrare le previsioni del contratto. Cfr. D. J. Whaley, D. Horton, *Cases, Problems, and Materials on Contracts*, New York 2018, p. 574.
138 Cfr. W. R. Anson, *Principles of the English* …cit., p. 39.
139 Cfr. W. R. Anson, *Principles of the English* …cit., p. 42; C. G. Addison, *A Treatise on the Law of Contracts and Rights and Liabilities Ex Contractu*, London 1847, p. 19.

Proprio sulla base di queste considerazioni Hogg sostiene che nella sua descrizione del sistema delle obbligazioni secondo uno schema di stampo romanistico, Bracton non rappresenterebbe in alcun modo la prassi ed il diritto utilizzato dalle corti inglesi sue contemporanee[140]. Se pure questa affermazione ha sicuramente molti elementi di verità, soprattutto per quanto riguarda l'attività processuale delle Corti che ci è nota attraverso i *rolls*, Bracton era pur sempre un giudice di quelle stesse Corti, quindi non era estraneo alle modalità decisionali delle stesse. Non solo, egli scriveva per giudici e *clercks*, conscio del fatto che lo avrebbero capito. Se poi il *De Legibus* fosse veramente un prodotto dell'opera di diversi giuristi, magari raccolta definitivamente in un secondo momento ed aggiornata da Henry de Bracton, l'obiezione di Hogg andrebbe ulteriormente sfumata o forse svanirebbe del tutto.

5. Commodata autem res dicitur ad commodum data

Il mutuo era il primo contratti reali[141] che veniva esaminato nel *De Legibus* e servirà come una sorta di ancora concettuale per lo schema tassonomico degli stessi che sarà disegnato da Bracton nel corso della sua esposizione. Il mutuo consisteva nella consegna – veniva usato il termine *datio* - di cose che potevano essere pesate, numerate o misurate «*in rebus quæ pondere, numero, mensura sunt*»[142]. Queste erano identificate a titolo esemplificativo in rame, argento od oro, non coniati oppure in monete[143] – lo stesso materiale di prima ma coniato veniva specificato -, in vino, olio o grano. L'elemento distintivo del contratto di mutuo era costituito dal passaggio della proprietà della cosa. Secondo il *De Legibus* infatti «*mutuum proprie dicitur id quod ex meo fit tuum*»[144]. La fungibilità delle cose prestate comportava la loro confusione nel patrimonio del mutuatario al momento

[140]Cfr. M. Hogg, *Obligations*…cit., pp. 31-32.
[141] Circa i contratti reali, *re autem contrahitur* nella catalogazione bractoniana, si veda anche quando si afferma che «*Bracton is fuller than Glanvill in his statement of the duties incident to the real contracts, and does not hesitate to use the text of the civilians to fill in where Glainvill, with greater fidelity to the actual state of English law, had refrained from speculation*». T. A. Street, *The Foundations*…cit., II, p. 15.
[142] Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 284.
[143] In un riconoscimento di un prestito di mille lire sterline («*librae sterlingorum*») in moneta, datato all'epoca del regno di Edoardo II (1284-1327) si utilizza espressamente il termine *mutuum*. Cfr. *Munimenta Gildhallæ Londoniensis: Liber albus, Liber custumarum, et Liber Horn*, a cura di H.T. Riley, London 1862, III, p. 434.
[144] Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 284.

della consegna e quindi il passaggio della proprietà. Ma la loro misurabilità permetteva di prevedere l'obbligazione della restituzione di una somma o misura equivalente a quella concessa.

La definizione degli elementi costitutivi del contratto di mutuo permette quindi a Bracton di affrontare il comodato, anche se questa scelta di organizzazione della trattazione della materia, per quanto potesse essere chiara agli occhi dei suoi contemporanei, gli costerà l'accusa di aver maldestramente mischiato i due contratti e quindi di non essere in grado di capirne a fondo le differenze. Accusa perfida questa, dato che si sosteneva che Bracton conoscesse sia il Diritto Romano sia il Diritto Comune.

Nell'affrontare la trattazione del comodato l'autore premette che questo negozio consiste essenzialmente nella concessione in uso di una cosa - «*res aliqua utenda datur*»[145] - e che anche questo era un contratto reale-. Tuttavia sottolineava, dimostrando una certa sagacia, che esisteva una grande e fondamentale differenza tra i due contratti di mutuo e comodato.

> *Is autem cui res aliqua utenda datur, re obligatur quæ commodata est. Sed magna differentia est inter mutuum commodatumque quia is qui rem commodatam accepit ad ipsam restituendam tenetur vel eius pretium, si forte incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, consumpta fuerit vel deperdita, subtracta vel ablata*[146].

Queste righe parrebbero confutare, almeno in parte, le successive accuse di aver mischiato i due negozi. Per quanto nel *De Legibus* Bracton conosca e fissi con una assoluta sicurezza la differenza che intercorre tra il comodato ed il mutuo, seguendo la partizione classica che vede il mutuo riferirsi alle cose fungibili ed il comodato a quelle infungibili, questa chiara distinzione tra i due negozi, però, non si riscontra nel *Notebook*. Questo era una raccolta di casi discussi davanti a diverse giurisdizioni superiori[147] durante il Regno di

[145] Sulla scorta di quanto indicato da Pomponio nel frammento in D. 13, 6, 8, Azzone affermerà: «*Ideo dico concessio, et non translatio: quia is qui commodat retinet dominium et possessionem*». Azo, *Azonis iurisconsultissimi. In ius civile summa*…cit., 1564, p. 92. Questa idea del comodato come concessione era presente in Bracton

[146] Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 284.

[147] Cfr. *Bracton's Note Book. A collection of cases decided in the King's courts during the reign of Henry the Third*, a cura di F.W. Maitland, Cambridge-Leipzig 1887, II, p. 441, *placitus* 568. In questo caso la convenuta Sibilla Haringod non aveva reso all'attore Henricus Parmentari la somma di cento soldi e 25 denari «*quos ei accomodavit*». Nella nota Maitland specifica che *accomodare* per Bracton rendeva il concetto di *to lend* (prestare), mentre *mutuum* quello di *to borrow* (ricevere in prestito). Lo stesso accade nel placito 830, ivi p. 639, dove ancora si parla espressamente di *accomodavit* riferendosi ad un prestito in denaro. Per l'idea del comodato di denaro si veda anche S.A. Fusco, «*Pecuniam*

Enrico III. Alcuni di questi casi presentano annotazioni che possono essere attribuite alla mano di Bracton stesso o comunque di giudici suoi colleghi. Nel *Notebook* molto spesso viene adoperata l'espressione *commodare* – o *accomodare* – *pecuniam*[148] per indicare un prestito di moneta. Questa scelta potrebbe essere spiegata ipotizzando che mentre il *De Legibus* costituiva una scelta didattica – i *clercks* si formavano presso la Corte - e quindi tendente alla costruzione di un sistema ordinato, il *Notebook* di contro rappresentava essenzialmente uno strumento pratico, dove si riportava la realtà della vita quotidiana nei tribunali superiori dell'Inghilterra alla metà del XIII secolo.

La cosa concessa in comodato non passava nella proprietà del comodatario proprio in quanto essa era stata data in uso, a differenza del mutuo in cui la dazione non era specificamente collegata ad un'attività. Il ricevente era quindi obbligato dalla natura stessa del contratto a restituire la stessa cosa oppure, come già era stato scritto da Glanvill, a versarne il valore che doveva essere stabilito nel momento genetico del contratto e ne costituiva un elemento essenziale[149]. Questa obbligazione alternativa in capo al comodatario che perdurerà a lungo nella *Common Law*, rappresentava un tratto caratteristico e differenziava il negozio come costruito nell'Isola da quello del Diritto Comune. Azzone ricordava chiaramente come l'*actio commodati*, l'azione dedicata del Diritto Comune, avesse come scopo la restituzione della cosa[150], un'analoga azione inglese mirava invece o alla restituzione della cosa o al pagamento del suo valore e questo esito processuale dipendeva più dal convenuto che dall'attore. Di probabile derivazione germanica l'alternativa concessa al comodatario di adempiere restituendo la cosa oppure pagandone il prezzo – e trattenendosela -, si estinguerà intorno agli inizi del XVIII secolo, quando la giurisprudenza, come vedremo, porrà le basi dottrinali che creeranno il punto d'avvio dell'evoluzione moderna dei *bailments*.

Commodare», aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d.C., Perugia, 1980. Se si guarda alla letteratura classica l'utilizzo del termine *commodare* ricomprendeva anche il significato di prestare denaro. Questo contrariamente a quanto si considera un elemento fondamentale del comodato giuridico che si riferisce solo a beni infungibili. Questo dato d'uso, come si è accennato, è confermato da una commedia di Plauto e da una epistola di Cicerone.

148 F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 177, nt. 531. Tuttavia come notano, sempre nello stesso testo, a partire dal Regno di Enrico III la Cancelleria di Corte, cesserà di registrare i prestiti in denaro dei mercanti italiani come comodati ed impiegherà termini come *mutuum tradere* o *mutuo liberare*. Cfr. ivi, II, p. 215, nt. 89.

149 Non saremmo quindi di fronte ad una previsione analoga a quella contenuta in D. 13, 6, 5, 3, dove si tratta del prestito di una cosa che viene stimata prima della tradizione. Questa disposizione dei *Digesta* non creava un'obbligazione alternativa in capo all'accipiente, ma era pensata per stipulare una diversa responsabilità contrattuale.

150 Cfr. Azo, *Summa* …cit., 1566, col. 334, n. 9.

Premessa quest'osservazione l'autore passava ad identificare i limiti della responsabilità contrattuale in capo al comodatario e le obbligazioni derivanti dal negozio:

> […] *qui rem utendam accepit, non sufficit ad rei custodiam quod talem diligentiam adhibeat qualem suis rebus propriis adhibere solet, si alius eam diligentius potuit custodire. Ad vim autem maiorem vel casus fortuitos non tenetur quis nisi culpa sua intervenerit, ut si rem sibi domi commodatam secum detulerit cum peregre profectus fuerit, et illam incursu hostium vel prædonum vel naufragio amiserit, non est dubium quin ad rei restitutionem teneatur*[151].

L'approccio di Bracton alla responsabilità in materia di contratto di comodato poteva essere posta in parallelo con quanto era stato previsto nelle *Institutiones* di Giustiniano[152]. L'enumerazione dei casi in cui una cosa oggetto del contratto poteva perire sono sostanzialmente simili e per quanto nella formulazione inglese il significato dato al concetto di *diligentia*, rispetto al passo romano, sia sicuramente molto più rudimentale, tuttavia vi si colgono ovvie assonanze. Come osserva Güterbock, il passo delle *Institutiones* citato sembra essere stata la fonte da cui Bracton avrebbe distillato la disciplina sia del mutuo sia del comodato[153].

La tradizionale etimologia del Diritto Comune che collegava l'origine del nome del contratto all'idea di un qualcosa che fosse stato «*commodo utentis dato*»[154], compariva anche in Bracton come giustificazione della sua

[151] Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 284.

[152] Inst, III, 14 «*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. At is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum*».

[153] Cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation*…cit., p.142.

[154] Si veda la definizione Piacentiniana del comodato: «*Diciturque commodatum; quasi commodo utentis datum*». Piacentino, *Summa* …cit., L. IV, t. XXIII *de commodato*, p. 155. Questa era molto simile a quella proposta da Rogerio nella sua *Summa*. Infatti, come unica differenza, nella etimologia proposta da Rogerio non appare l'avverbio *quasi*. Cfr. *Ugonis Summula de pugna; Rogerii Summa codicis; Quaestiones dominorum Bononiensium; Yrnerii Formularium tabellionum saeculo 13. ineunte in novam formam redactum / prodeunt*

natura gratuita:

> *Commodata autem res dicitur ad commodum data, et proprie intellegitur commodata cum nulla mercede accepta res utenda datur. Gratuitum enim debet esse commodatum, et si merces intervenerit potius dici debet locatio et conductio quam commodatum*[155].

La gratuità costituiva un elemento necessario del negozio che veniva enfatizzato dall'uso fatto da Bracton della derivazione etimologica del nome. Il termine comodato veniva collegato al risultato di una crasi dell'espressione «*commodo dare*»[156]. La scelta di questa particolare etimologia e l'impiego

curante Johanne Baptista Palmerio, a cura di G.B. Palmieri, Bologna 1888, p. 67. La rubrica XLII, *liber de Iusticia et Iure, Assises de la Baisse Court*, del Regno di Gerusalemme definiva espressamente il comodato: «[...] *est quod commodo utentis datur*», E.H. Kausler, *Les Livres des Assise*…cit., I, p. 74. Cfr. anche: E.F Rössler, *Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren, eine Sammlung von Rechtsbüchern, Urkunden und Alten Aufzeichnungen zur Geschichte des deutschen Rechtes. Herausgegeben und erläutert*, Prag 1852, II, p. 68. Qui nel capitolo dedicato al comodato viene riportato: «[...] *et dicitur commodatum, quia commodo utentis datur*». Nel diritto scozzese si differenzia il *loan* da quello che è definito caratteristicamente «[...] *the other kind of loan is called commodatum, quasi commodo utentis datum* [...]», J. S. More, *The Institutions of the Law of Scotland, Deduced from Its Originals and with the Civil, Canon, and Feudal Nations and with the Customs of Neighbouring Nations*, Edinburgh 1832, p.164. È interessante riportare quella che si può considerare come una successiva evoluzione della etimologia azzoniana risalente al XVII secolo. Qui l'autore, dopo aver specificato che «*definitionem nominis sequitur definitio rei*» scriveva: «*Et tunc vel generaliter et latissime pro concessione rei ad usum, quatenus commodare significat prodesse, et alterius commodis inservire*». H. C. Ehinger, *Disputatio Inauguralis de commodato*, Basileae 1671, *Thesis* III. Sull'utilizzo e la fortuna della definizione piacentiniana nel corso del tempo, sia nelle opere di diritto Canonico sia in quelle di diritto civile, si veda U. Santarelli, *Commodo utentis datum, ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto Comune*, Milano 1972, pp. 34 e ss. Santarelli ricollega questa definizione all'ambito della *communis opinio*, sia pure ammettendo alcuni contrasti. Ivi, p. 44. C'è da dire che Bracton non utilizza l'espressione in maniera chiaramente definitoria del contratto quanto piuttosto descrittiva.

[155] Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 284.

[156] Santarelli critica questa etimologia, la più seguita durante il periodo del Diritto Comune e scrive: «Non sembra dubitabile, infatti, che il sostantivo *commodatum* sia un deverbativo da *commodare*, e che il verbo trovi il suo ètimo naturale nel neutro *commodatum* correttamente riferibile a *commodus*, *-a*, *-um* […]». U. Santarelli, *Commodo utentis datum*...cit., p. 45. Dopo aver posto queste premesse l'autore continua rilevando come nella formazione del sostantivo *commodatum* non sia possibile trovare una traccia del participio *datum*, a differenza ed in contrasto, con quanto pensava quell'opinione comune che, tra i glossatori, aveva come suoi riferimenti i lavori di Rogerio e Piacentino. Santarelli fonda le sue osservazioni riguardo la correttezza dell'etimologia seguita dai glossatori su quanto riportato sul *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine,* di Ernout e Meillet, e sul *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, di Walde e Hofmann. Entrambe i lavori non hanno uno specifico lemma dedicato al *commodus*, né al *commodatum* né al *commodare*. Questi sono tutti riportati sotto la voce *modus* e si

fattone sono un'ulteriore conferma della sua formazione romanistica, anche se ovviamente non aiutano a stabilirne l'esatta natura. La non onerosità del comodato comportava come conseguenza un aumento della diligenza da tenersi dal comodatario ed aveva precise conseguenze in ambito di responsabilità contrattuale. Questa risultava più grave rispetto ad altri negozi nel caso di perdita, distruzione o danneggiamento dell'oggetto. In materia di responsabilità il comodatario non poteva sostenere a propria discolpa di aver avuto cura del bene comodato come se fosse suo. Proprio per la natura a lui favorevole del contratto il comodatario doveva porre in essere la massima attenzione sia nella custodia sia nell'uso del bene ed era considerato responsabile della più piccola negligenza[157]. Un dubbio però permaneva nel sistema di *Common Law* se la responsabilità fosse da escludersi per il caso fortuito[158] od il furto. L'esclusione di questa estensione della responsabilità dell'accipiente riposava sulla constatazione che il comodatario non avrebbe avuto alcun ruolo nella catena degli eventi che aveva portato alla perdita del bene, per cui non poteva essere a lui imputato un evento su cui non poteva avere alcun controllo[159]. Secondo Pollock e Maitland la riscrittura della responsabilità contrattuale in materia di comodato come era stata operata da Bracton secondo i canoni del Diritto Romano avrebbe alleviato notevolmente il peso ricadente sul comodatario, rispetto a quanto era stato previsto in Glanvill, limitandola sostanzialmente ai casi di *dolus*[160]. In effetti la

considerano, tutti, direttamente derivanti da questo termine come risultato della crasi intervenuta tra *com* (*cum*) e *modus*, escludendo, apparentemente, una possibile ulteriore derivazione dal verbo *dare*; come conseguenza di questa ricostruzione il nome del negozio sarebbe fatto derivare dalla sostantivizzazione del participio neutro del verbo *commodare*. Cfr. A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine, Histoire des Mots*, Paris 1960[4], II, p. 409; A. Walde, J. B. Hofmann, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1982[5], II, p. 100. Fusco affronta la questione etimologica del termine *commodatum* proponendone una ricostruzione che, ritornando alla tradizionale definizione invalsa tra i glossatori, afferma: «L'espressione rafforzata "*commodare ac dare*" conserva probabilmente traccia della distinzione, già presente in Nerva, Proculo e Marcello e poi ripresa anche da giureconsulti dell'età dei Severi, tra trasferimento diretto di fungibili con conseguente apprensione materiale (*dare*) e invece semplice messa a disposizione degli stessi (*commodare = commodo dare*)». S.A. Fusco, *«Pecuniam Commodare», aspetti economici*…cit., p. 85, n. 44.

157 Cfr. D. Ibbetson, *Coggs v. Bernard*, si veda C. Mitchell P. Mitchell (curr.), *Landmark Cases in the Law of Contract*, Portland 2008, p. 16. Cfr. J. Getzler, *Duty of Care*, si veda P. Birks A. Pretto (curr.), *Breach of Trust*, Portland 2002, p. 47.

158 La preazzoniana *Summa Trecensis* riteneva ammissibile, con delle limitazioni, la previsione della responsabilità per caso fortuito che poteva essere prevista «*ex pacto specialis*». Cfr. *Summa Codicis des Irnerius*, a cura di H. Fitting, Berlin 1894, p. 96.

159 Cfr. J. Getzler, *Duty of Care*…cit., p. 47.

160 «*Glanvill holds that the commodatary is absolutely bound to restore the thing or its value.*

previsione della responsabilità del comodatario per la perdita o la distruzione dell'oggetto sembrerebbe non estendersi ad avvenimenti che fossero oltre il suo controllo[161]. Tuttavia il tentativo portato avanti da Bracton di ridisegnare la responsabilità del comodatario per la perdita del bene secondo lo schema romanistico per quanto accolta da successivi Trattatisti, non appare essere stata pienamente recepita nella prassi delle corti[162].

Poiché il comodato era sempre a titolo gratuito[163] la previsione di una

Bracton, however, with the Institutes before him, seems inclined to mitigate the old rule. Apparently he would hold the depositary liable only in the case of dolus». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 178. Se effettivamente Bracton tenda ad essere più comprensivo nei confronti della responsabilità del comodatario, per la perdita del bene, in quanto aveva fondato il suo *Tractatus* sul diritto Romano, oppure se già vi fossero forme di mitigazione della responsabilità nel diritto inglese coevo, è sicuramente un tema risalente e dibattuto. Cfr. P. H. Winfield, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge 1931, pp. 92-93. Sulla responsabilità del comodatario cfr. Ulpiano in D. 13, 6, 5, 2 «*Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur*».

161 Cfr. D. 13, 6, 5, 4: Ulpianus 28 ad ed. «*Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*» e D. 13, 6. 20: Iulianus 3 ad urs. ferocem. «*Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepisse*». Oliver Wendell Holmes riteneva che Bracton avesse, scientemente, modificato le parole del *Corpus Iuris* riguardo alla responsabilità del comodatario, equiparando i doveri circa la conservazione della cosa concessa a quelle del *diligentissimus pater familias*. Cfr. O. W. Holmes Jr., *The Common* …cit., p. 156.

162 «*There is much in later history to make us believe that Bracton's attempt to state this part of our law in romanesque terms was premature*». F. Pollock F. W. Maitland, *The History of english law*…cit., II, p. 179. Perlomeno nel caso del deposito tuttavia sembrerebbe che le idee di responsabilità bractoniane siano state in parte recepite. Cfr. T.A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 256

163 Per Azzone il *commodatum* era quel negozio mediante il quale: «[…] *alicuius rei ad aliquem specialem usum gratuita facta concessio*». Azo, *Summa*…cit., 1566, col. 333, n. 3. Santarelli nota, nell'ottica di una storia dell'evoluzione della definizione di comodato: «Per quel che riguarda il comodato, il termine iniziale di questa tradizione è costituito dalla *Summa Codicis* di Azzone: proprio all'inizio del suo commento al titolo del *Codex* dedicato a questo contratto (C.4.23) il Glossatore pone la sua lucida e lapidaria definizione: *commodatum est alicuius rei ad aliquem specialem usum gratuita facta concessio*. In questa definizione – come lo stesso Azzone, e come coloro che dopo di lui si gioveranno di questa stessa e d'altre simili, non mancano di rilevare – è dato di cogliere

qualsiasi forma di pagamento ne avrebbe comportato la sua trasformazione in un contratto di locazione[164] od in uno di conduzione. Azzone stesso aveva sostenuto che qualora fosse stata prevista una qualche forma di corrispettivo per l'uso della cosa, non si sarebbe più ricaduti nella disciplina prevista per il contratto di comodato ma si sarebbe trattato o di una locazione della cosa o di un contratto innominato «*do ut facias*»[165]. Nel constatare questo trasformazione contrattuale e nel riportarla Bracton utilizzava una terminologia che ricordava molto da vicino quanto aveva scritto il giurista continentale proprio in materia della necessità della gratuità del contratto di comodato[166].

L'elemento temporale della durata dell'uso della cosa concessa, essenziale nella definizione del contratto di comodato nella dottrina di *Ius Commune*, veniva trattata in un'altra parte del *De Legibus*, in un successivo passaggio dedicato alla *gratia*[167]. Per quanto la ricostruzione del negozio si muovesse secondo tracce romanistiche la metodologia di trattazione seguiva percorsi diversi che sembrano essere guidati da necessità processuali più che da esigenze di sistematica civilistica. Il comodato non era infatti trattato in maniera esaustiva in un passaggio unico del testo ad esso espressamente dedicato e questo era uno dei motivi che avevano portato all'accusa, formulata da Maitland che il *Tractatus* aveva mescolato (*mixed*) insieme

puntualmente tutti gli elementi caratteristici della fattispecie: la specialità della cosa che ne forma l'oggetto, la determinatezza dell'uso (a cui sarà poi collegata la limitazione, esplicita o implicita, del tempo entro cui quell'uso dovrà essere contenuto), il fatto – infine – che il comodato non comporta nessun passaggio di proprietà o di possesso della cosa che ne forma oggetto, trattandosi d'una *concessio* e non d'una *translatio*». U. Santarelli, *Commodo utentis datum*...cit., pp. 33-34.

164 I problemi che sorgevano da questa distinzione erano essenzialmente di natura processuale. Come si è visto nella definizione del *precarium* Bracton affermava che questo poteva essere rinnovato annualmente; questa caratteristica lo rendeva molto simile ad un *husbandmen's lease* che era un affitto di terreno della durata di un anno. Spesso in queste circostanze, anche senza che si fosse in presenza di un *lease*, veniva anche a costituirsi un pegno (*invadiare*). Questo avveniva anche se il terreno era stato concesso in comodato o *precarium*. Cfr. M. M. Postan*, Essays on Medieval Agriculture and General Problems of the Medieval Economy*, Cambridge 1973, p. 142, nt. 76.

165 Azo, *Summa* …cit., 1566, col. 333, n. 3. Nel *Codi* provenzale, opera preazzoniana, stante la sua gratuità il contratto di comodato si situava in una posizione a metà strada tra una locazione ed una donazione. Cfr. *Lo Codi*, a cura di H. Fitting, Halle 1906, p. 97.

166 Azzone specificava che «*Quare autem dixerim gratis, patet: nam interveniente mercede, vel species transibit res in locationem vel in contractum innominatum, do ut facias*». Azo, *Azonis iurisconsultissimi. In ius civile summa*…cit., 1564, p. 92.

167 Il titolo dove si ritrova questo passo è "*De assisa si quis sine iudicio fuerit disseisitus de iis quae sunt de pertinentiis liberi tenementi sicut de iuribus, ut si sint servitutes quæ pertinent ex alieno fundo ad fundum vicini, sicut pastus pecorum scilicet communa pasturæ*" ed è nella parte del testo dedicata alla procedura.

l'esposizione di mutuo e comodato[168].

Nel Trattato la *gratia* dipendeva esclusivamente dalla volontà personale di colui che l'avesse concessa, era essenzialmente volontaria[169]. Proprio per questa sua caratteristica personale avrebbe potuto essere revocata da una volontà uguale e contraria, a quella che l'aveva costituita. L'autore nel corso della sua opera identificava ulteriormente la *gratia* come un concetto alternativo a quello di *ius*, come ad esempio quando afferma «*Et in hoc casu denotatur ius et non gratia*»[170]. La *gratia* era sostanzialmente definibile giuridicamente nei termini di un atto unilaterale di volontà[171] che poteva costituire la base di alcuni negozi giuridici[172]. Bracton affrontava l'argomento

[168] Bracton appare essere molto lontano dall'approccio alla materia fatto dal suo ipotetico ispiratore Azzone. Quest'ultimo procedeva nella propria esposizione del contratto di comodato seguendo l'impostazione precedentemente data dalle *Summae* sia di Rogerio sia di Piacentino. Azzone specificava, quindi, che avrebbe affrontato la materia del comodato trattando: «[…] *primo quod sit commodatum, et unde dicant, in quibus rebus constat, quis possit comodare, et cui, et quae actiones oriantur ex eo, quibus dentur, et in quos, et in quantum, et quales sint*»; un procedimento come si vede molto più rigoroso e sistematico di quello adottato dal giurista inglese e che potrebbe giustificare, in parte, gli strali di Maitland. Azo, *Summa* …cit., 1566, coll. 332-333.

[169] «*Gratia enim voluntaria est, et de voluntate contraria revocatur*». Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 157.

[170] Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 375.

[171] Nel Diritto Romano il contratto di comodato viene considerato un contratto imperfettamente bilaterale, in quanto da esso nascevano obblighi quasi soltanto a carico di una parte, l'azione contraria che spettava al comodatario a tutela dei propri diritti, era infatti eventuale e dipendeva dal presentarsi di alcune specifiche situazioni. Cfr. A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto Privato* …cit., p. 496; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni* ... cit., p. 313; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano 1990, p. 547. Il fatto che il comodato appartenesse alla categoria dei contratti reali indicava come il suo perfezionamento si attuasse «con il trasferimento della detenzione al comodante al comodatario». F. Pastori, *Comodato (Diritto Romano)*, in Nov.mo Dig. it., UTET, Torino 1967, III, p. 688. Pastori deduce da questa considerazione come fosse corretto ritenere che anche il mero possessore o addirittura il detentore potessero validamente costituire un comodato.

[172] In questo si discostava in parte dalla tradizionale visione del ruolo della *gratia accipientis* che era caratteristica della dottrina del Diritto Comune. Piacentino che avrebbe raccolto ed approfondito l'esame compiuto da Rogerio del concetto avrebbe affermato che «*Contrahitur commodatum interdum gratia accipientis tantum*» Piacentino, *Summa* … cit., L. II, t. XIII *de commodato*, p.155. Il termine *accipiens* per indicare il comodatario ricorreva in D. 43, 26,1, 3, nella locuzione «*in rem accipientis*». In questo frammento di Ulpiano si affermava che il *precarium* ed il *commodatum* erano simili: «*qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat*». In ambedue i negozi la cosa non poteva passare né in proprietà e nemmeno in possesso dell'*accipiens*. L'autore della *Summa Trecensis* chiariva come il *commodatum* fosse stipulato «*maxime cum et utilitas accipientis tantum versetur: gratia accipientis datum est*». H. Fitting, *Summa Codicis* …cit., p. 95. Il contratto veniva ad essere rappresentato come un negozio in cui l'*utilitas* che veniva ad essere identificabile nella fruizione gratuita della cosa di proprietà del comodante,

del significato giuridico da attribuirsi al termine *gratia* affermando: «[…] *autem quod de gratia est ad voluntatem concedentis revocari poterit quocumque tempore, quod quidem non est in commodato*»[173].

Il comodato veniva ad essere configurato come un contratto impostato sulla *gratia* del concedente, ma ne costituiva un'eccezione in quanto a differenza degli altri negozi che la comprendevano nella loro struttura e soprattutto a differenza del suo "gemello" il *precarium*[174], non poteva essere revocato prima della scadenza del termine previsto al momento della stipulazione.

Come si poteva apprendere dalla lettura di un altro passo dell'opera, pure

sarebbe passata in capo al comodatario. Data questa premessa il *commodatum* veniva ad essere, di conseguenza, una concessione fatta *gratia accipientis*. La *Summa Trecensis* nello specificare come il *commodatum* fosse un contratto che era stato stipulato *gratia accipientis* lo qualificava nei termini di un negozio che veniva ad essere fondato sull'esclusivo interesse del comodatario.

[173] Bracton, *On the laws*…cit., III, p. 163.

[174] Nella *Summa Trecensis* non risultava esplicitamente la previsione che il comodato dovesse essere destinato, per sua natura negoziale, ad un *usus certum* della cosa concessa, come verrà affermato in seguito dalla dottrina e se si esclude la fugace testimonianza di un comodato di buoi per dieci giorni, non era chiaramente previsto nemmeno un termine temporale per il negozio. Cfr. H. Fitting, *Summa Codicis* …cit., pp. 95-96. Nel *Brachyologus*, a differenza della *Summa Trecensis*, invece si poteva riscontrare la previsione dell'obbligatorietà di un *usus certum* della cosa concessa in comodato, per quanto non espressa con questi precisi termini, ma facilmente deducibile dalla lettura. Nel testo era stato previsto che si integrasse l'obbligazione alla restituzione della cosa qualora il comodatario l'avesse destinata: «*ad alium usum, quam cuius gratia sibi datum est*», *Brachylogus* …cit., p. 85. Lo stesso si poteva riscontrare nel *Codi*, dove la previsione di un *usus certum* si poteva estrapolare dal passo in cui era stato previsto che il prestito fosse concesso fintantoché l'accipiente: «*fecerit illud pro quo ei prestavit*». H. Fitting, *Lo Codi*…cit., p. 97.Trattando del *precarium* Roffredo Beneventano, coevo di Azzone, si era esplicitamente posto la domanda su quale fosse la differenza che doveva intercorrere tra il negozio di *precarium* ed il contratto di comodato. Si era quindi dato questa risposta: «*Sed quaeritur quid differat iste titulus a titulo commodati. In primis in hoc quod precarium ad certum tempus non constituitur. Imo si ad certum tempus concedatur etiam post tempus durat precarium. Commodatum autem semper ad certum tempus conceditur ut. C. eo tit. l. eum qui temporalis. Item precarium conceditur sine aliqua prefinitione certi usi: puta, quia dico, concedo rem istam tibi precario. Commodatum autem semper at usum certum vel locum*». R. Beneventano, *Tractatus in quo ordinis iudiciarij positiones libellique pertractantur. Opus praetereà libellorum in ius pontificium, atque 44. Sabbatinae quaestiones nunc recéns additae. Quibus ne huic alioquin difficillimae iuris parti quicquam deesset, D. Odofredi de libellis formandi summam, unaque Dn. Hennigi Goeden ordinis iudiciarij processum adiecimus. Cum indicibus tum rubricarum tum sententiarum locupletissimis*, Lugduni 1561, p. 120. Nelle parole del giurista il comodato veniva ad essere una concessione d'uso a cui, pattiziamente, venivano fissati dei precisi limiti contrattuali che ne avrebbero costituito le obbligazioni. Questi limiti che dovevano essere apposti al comodato e che quindi ne costituivano la natura, secondo Roffredo, potevano essere di tempo, d'uso o di luogo.

il *precarium* era fondato sulla *gratia*, tuttavia poteva essere sempre revocato dalla volontà concedente in qualunque momento, *quocumque tempore*,[175] anche se non era del tutto chiaro se si potesse considerare un contratto. La revoca *ad nutum* del negozio non era applicabile al comodato che per Bracton sulla scorta di Glanvill e della dottrina del Diritto Comune era sicuramente un contratto reale[176] da cui discendevano quindi obbligazioni corrispettive, per quanto quelle del comodante fossero molto più attenuate di quelle della sua controparte. Se l'elemento temporale del *commodatum* era ammesso come costituivo nel *De Legibus*, viceversa in esso non si ritrova alcun riferimento diretto ad un uso predeterminato contrattualmente, un *usus certum*[177], come si sarebbe detto nella dottrina dell'Europa del Diritto Comune, dove questo rappresentava uno degli elementi costitutivi del *commodatum*, eventualmente alternativo al termine temporale. A differenza di Bracton, Azzone aveva espressamente specificato che il negozio prevedeva la «*aliquem specialem usum gratuita facta concessio*»[178]. Ma, come si vedrà *infra* nel corso della trattazione, l'idea di un uso specifico del bene insito nel comodato poteva essere fatta derivare da una particolare interpretazione di un passo riguardante la responsabilità del comodatario[179].

Affrontando la questione del *precarium*[180] Bracton aveva identificato due

[175] «*Illud autem quod de gratia est ad voluntatem concedentis revocari poterit quocumque tempore, quod quidem non est in commodato*». Bracton, *On the laws* …cit., III, p. 163.
[176] *Ibidem*.
[177] Od *usus specialis* come avrebbe scritto Azzone. Cfr. Azo, *Summa* …cit., 1566, col. 333, n°. 3. Santarelli ripercorre, nel suo lavoro, l'evoluzione del concetto di *usus certus* nel *commodatum* a partire dal periodo romano per giungere fino al Medioevo. Nel compiere questa ricostruzione nota come risulterebbe mutato, dal trascorrere del tempo, l'abito mentale in materia di uso certo. I giuristi romani non portarono mai questo particolare elemento negoziale in primo piano, pur essendo riconosciuto pacificamente da loro tra gli elementi fondamentali del contratto. Viceversa: «Il Dottore del Diritto Comune, invece, si ripropone quel medesimo problema nell'atto in cui, posta la definizione del comodato, la vien come glossando, scomponendola nei suoi membri ed essi uno ad uno chiarendo a se stesso e al lettore. Ecco perché non sono numerose le pure e semplici riaffermazioni dell'*usus certus* senza ulteriori collegamenti deduttivi alla definizione di comodato; e non a caso esse sono presenti tipicamente nella letteratura più direttamente legata al notariato, per ciò stessa meno preoccupata d'avere una assoluta coerenza teorica, ma piuttosto tesa ad una corretta razionalizzazione dell'esperienza negoziale così come essa si veniva svolgendo nel movimentato vivere dei traffici». U. Santarelli, *Commodo utentis datum*...cit., p. 46.
[178] Azo, *Summa* …cit., 1566, col. 333, n°. 1.
[179] Nel Diritto Comune gli elementi fondamentali del contratto erano: una cosa, la sua concessione in uso, l'uso predeterminato della stessa e la gratuità. Cfr. U. Santarelli, *Commodo utentis datum*...cit., p. 34
[180] Per inquadrare meglio questa affermazione di Bracton bisogna ricordare che l'introduzione nel sistema del Feudalesimo inglese del negozio di *precarium* che era

momenti essenziali di questo che, per analogia, potevano applicarsi anche del comodato:

> *Item dare poterit quis alicui terram ad voluntatem suam et quamdiu ei placuerit, de termino in terminum et de anno in annum: et quo casu ille qui accipit nullum habet liberum tenementum, cum dominus proprietatis rem sic concessam repetere possit sicut precarium*[181].

La volontà del proprietario poteva concedere un terreno ad un terzo e rinnovarne la concessione quando più gli aggradava, anche annualmente; questo rinnovo avrebbe potuto avvenire, anche se non è del tutto chiaro dalla lettura del testo, sia espressamente sia tacitamente[182]. In questo approccio al *precarium* si ritrovava la *gratia* che era intesa come la volontà del proprietario di concedere una cosa gratuitamente[183], ma poteva essere

utilizzato soprattutto dalla Chiesa, era avvenuto attraverso la Francia. Il *precarium* aveva subito notevoli trasformazioni che ne avevano modificato radicalmente la natura. Era quindi nato un negozio denominato *precaria* che poteva durare per un periodo che spaziava dai cinque anni fino a molte generazioni e che poteva anche comportare il pagamento di un piccolo affitto. Il tratto essenziale era costituito dal fatto che non vi era un passaggio di possesso in capo al precarista e che poteva essere revocato dalla mera volontà del concedente. «*In the sixth century and onwards it is clear that the Church is a lavish grantor of precaria, and so the precarium passes to France and mingles with the general stream of influences which were finally to create feudal society. At the same time a number of changes take place. The precarium may be for life, or even for a number of generations; on the other hand, it may be merely for five years, although renewable on paying a very moderate rent, and this latter was generally called a precaria instead of a precarium. Its origin seems to lie in a different quarter from the true precarium*». T.F.T Plucknett, *A Concise History*…cit., pp. 512-513. Per una succinta descrizione di questa evoluzione, cfr. T.F.T. Plucknett, *Bookland and Folkland*, in Economic History Review, I, 6/'35, pp. 64-72. Per quanto riguarda il lato francese della questione: «*Dans certains precariae, en effet, à raison des conditions spéciales, dans lesquelles elles intervennient, le paiement d'un cens est formellement écarté. La concession devient purement gratuite, et les formules tout en conservant la qualification de precaria, disent alors que le concessionaire tenet per beneficium, ad beneficium*». A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, a cura di R. Génestal, Paris 1925, p. 127, nt. 302.

[181] Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 92.

[182] «[…] scaduto il periodo concordato, anche se il precarista non rinnova la *preces*, il rapporto prosegue tacitamente. Infatti il proprietario sembra concedere a precario, anche soltanto permettendo che il precarista continui a possedere e, quindi, non manifestando la sua volontà contraria». P. Biavaschi, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006, p. 326.

[183] Nella chiarissima definizione datane dal Digesto il *precarium* è «*quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*». D. 43, 26, 1 pr. Un negozio basato quindi su una forte interrelazione personale tra il concedente e l'accipiente che era sintetizzata dal fatto che uno potesse pregare l'altro di concedergli il bene. Questa liberalità, secondo il frammento successivo era un portato del diritto delle genti. Nella definizione di Bracton lo *ius gentium* era «*quo gentes humanæ utuntur, et quod a naturali*

anche letta nei termini di un elemento essenziale di un comodato – se pure il negozio era stato definito nel testo *precarium*. Si può osservare, infatti, che se la concessione poteva anche essere annuale – come scrive Bracton- allora questo voleva dire che avrebbe avuto un preciso limite di tempo, come era richiesto espressamente per il comodato[184]. Quello che in realtà non è chiaro è se il proprietario, dopo aver fissato un termine annuale, poteva richiedere lo stesso la restituzione del terreno in ogni momento anche prima del termine, senza per questo incorrere nell'inadempimento contrattuale, visto che il negozio era definito *precarium* e non *commodatum*.

In Bracton il passaggio relativo alla durata annuale del *precarium* si può comprendere meglio leggendo un ben preciso passaggio del terzo libro, dove venivano esaminate le azioni dividendole in reali e personali. Qui, quasi in apertura, trattando della *possessio sine iure* si specificava come il *precarium* ne costituisse un tipico caso. Il negozio si basava infatti sulla mera volontà del proprietario che poteva essere revocata *ad nutum*. Bracton però andava oltre nell'indicare quali fossero i casi in cui ci si trovava di fronte ad una *possessio sine iure*.

> *Est et alia possessio quæ parum habet possessionis et nihil iuris, sicut illa quæ precaria est et clandestina, sicut et violenta, et talis ex tempore numquam vestimentum sibi adquirit. Est et alia quæ aliquid possessionis habet et nihil iuris, sicut illa quæ conceditur ad terminum annorum, ubi nihil exigi poterit nisi usufructus*[185].

Come si può vedere l'ultimo caso di possesso senza titolo definiva un diritto reale di godimento: l'usufrutto. Questo era visto come una concessione, rinnovabile annualmente sulla base della volontà del proprietario che non avrebbe costituito alcun diritto con riguardo al possesso della cosa, ma solo al godimento dei frutti. Per Bracton usufrutto e *precarium* erano quindi costruiti su fondazioni analoghe.

Nel caso del *precarium* il concedente manteneva la proprietà della cosa, ma il concessionario non avrebbe avuto il *liberum tenementum*, non sarebbe stato cioè un *freeholder*. Il proprietario poteva sempre richiedere indietro il terreno proprio in quanto il titolo del concedente era definito come

iure recedit». Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 27. In questo il giurista inglese ricalca la definizione azzoniana del diritto delle genti contenuta nella *Summa*. Cfr. F. Micolo, *Diritto naturale, diritto delle genti, diritto civile*, Torino 1995.

[184] In questo caso è il *beneficium* che identificava un possesso precario, come nel Diritto Francese: «*Nobis ad beneficium usufructuario ordine excolendum tenere permisistis*». A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire*…cit., p. 127, nt. 302.

[185] Bracton, *On the laws*…cit., III, p. 13.

possessio precaria[186]. Era quindi chiaro che era la volontà del concedente a diversificare le condizioni ed i termini con cui il bene era stato concesso; era quindi la sua volontà che poteva decidere eventualmente *tempus* e *modus* del negozio[187], tuttavia se la *gratia* del concedente avesse integrato un contratto di comodato egli ne sarebbe stato vincolato.

Bracton nel corso della sua esposizione metodologica che probabilmente era volta a creare un organico sistema delle leggi inglese, si era quindi posto il problema della natura bilaterale o meno delle obbligazioni che scaturivano dai vari contratti da lui enumerati. L'aveva risolta con queste parole:

> *Et notandum quod in his contractibus nominatis uterque obligatur alteri, sed in mutuo vel litterarum obligatione et aliis casibus pluribus, sicut in commodato et deposito et aliis huiusmodi [unus tantum obligatur alteri]. Et si non a principio tamen postea potest uterque incipere alteri obligari vel ratione expensarum et huiusmodi*[188].

Nel *De Legibus* si distinguevano i contratti con obbligazioni bilaterali, dai contratti con obbligazioni ricadenti su di una sola parte, come il comodato

[186] Per Bracton la *possessio precaria* era «[…] *ut si quis concesserit alicui habitationem vel usumfructum in re sua ad voluntatem suam, quæ satis dicitur nuda, eo quod tempestive et intempestive poterit revocari, et si talis contra voluntatem veri domini seisinam retinere contenderit statim eiciatur, et si eici non possit, eiciatur per assisam. Item est possessio concessa*» Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 123. Cfr. D. 43, 26, 2, 3 «*Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat*».

[187] Cfr. D. 13, 6, 17, 3: «*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est*». In questo frammento Paolo aveva sottolineato come il dare qualcosa a prestito fosse più una questione di volontà del comodante piuttosto che una sua necessità, quindi sostanzialmente il comodato principiasse con un atto unilaterale. Stante il fatto che il concedere una cosa in comodato veniva percepito come un atto di volontà, non dettato dalla necessità se ne deduceva, per questa ragione che doveva spettare al comodante di fissare i limiti delle obbligazioni riguardanti il termine temporale e le modalità d'uso.

[188] Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 287.

ed il deposito[189] ed altri genericamente innominati (*aliis huiusmodi*). Il comodato era ritenuto geneticamente unilaterale in quanto le obbligazioni pesavano solo su uno dei contraenti. Tuttavia, eccezionalmente, potevano sorgere delle obbligazioni anche in capo al comodatario a cagione di eventuali spese straordinarie che fossero state sostenute dal comodante per il mantenimento o la conservazione della cosa. Accanto a queste obbligazioni eventuali potrebbe essere posta quella a carico del comodante di non richiedere il bene prima che fosse trascorso il tempo pattuito.

Che cosa potesse essere concesso in precario o comodato non era del tutto chiaro; definendo la *possessio precaria*[190] - non esisteva però un'analoga forma possessoria riguardante il comodato - l'autore aveva affermato che si sarebbe potuto concedere in precario sia un bene materiale come l'abitazione sia uno immateriale come l'usufrutto. Tuttavia non appare chiaro dal passaggio se ci riferisca all'abitazione od eventualmente al diritto di abitazione, un problema che si era già stato posto nell'evoluzione dei due

[189] Nel Diritto Romano il *depositum* era un contratto che presentava notevoli analogie con quello di comodato: «*Depositum was similar to commodatum in may ways. It was a contract re. It was a gratuitous transaction, and, like the commodatum, the depository did not have the possessory interdicts, but was a mere detentor*». R. Zimmermann, *The Law of Obligations*… cit., p. 205. In D. 16, 3, *depositi vel contra*, Ulpiano aveva definito il *depositum* in questi termini: «*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*». Come si può leggere nel frammento il giurista romano proponeva anche un'etimolgia del termine *depositum*: «*dictum ex eo quod ponitur*». Nelle *Pauli Sententiae* (2, 12, 2) si ritrovava proposta un'altra etimologia fondata sulla durata temporale necessariamente breve del contratto. Per Paolo l'etimologia del nome era costituita da: «*Depositum est quasi diu positum. Servandum est, quod ad breve tempus custodiendum datur*». Per identificare un deposito veniva anche utilizzato il termine *commendare* come si evince da D. 50,16,186 in cui Ulpiano aveva precisato che *«"commendare" nihil aliud est quam deponere*». Come specificherà Alberico Gentili, utilizzando il passo ulpianeo quasi *verbatim*, *commendare* «*nihil aliud significare quam deponere*». A. Gentili, *In Titulum Digestorum de Verborum Significatione Commentarius*, Hannover, 1614, p. 323. Cfr. P. Frezza, *Commendatio nelle carte notarili dell'alto medioevo*, in Iura, XX (1969), pp. 177 e ss. Sulla gratuità del deposito si veda il frammento di Ulpiano, in D. 16, 3, 1, 8: «*Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto*». Il *depositum*, nel Diritto Romano, costituiva un negozio piuttosto risalente: Cfr. R. Zimmermann, *The Law of Obligations*…cit., p. 216.

[190] Nella *Summa Trecensis* si parlava di «*precaria quidem possessio iusta est, quoad nititur voluntate domini. Sin autem contra domini voluntatem retineat, statim vitiosa est et iniusta*». H. Fitting, *Summa Codicis* …cit., p. 273. Savigny annotava sulla *precaria possessio*: «Nel precario possono verificarsi due casi: esso è, o una nuda detenzione, che solamente col rifiuto della restituzione si muta in un *injusta possessio*, ossivero è un giuridico possesso trasferito fin dal principio». F.C. von Savigny, *Il diritto del possesso: trattato civile. Tradotto dal Tedesco in italiano dall'Avv. Conticini*, Napoli 1840, p. 152.

negozi nel Diritto Romano[191]. La risposta a questa domanda poteva essere trovata in un passo del terzo libro dove si negavano, riprendendo concetti azzoniani, i diritti su cose incorporali[192]:

> *quia huiusmodi iura sine corporibus esse non poterunt, scilicet sine corporibus quæ serviant et sine corporibus quibus servitur. Et quia incorporalia traditionem non patiuntur nec possideri poterunt sed quasi, ita nec transferri poterunt sed quasi*[193].

Nel diritto inglese del XIII secolo era comunque possibile trasferire i diritti su una determinata cosa propria ad un terzo, senza però che intervenisse alcun cambiamento nel possesso che rimaneva in capo al

[191] Nel Diritto Romano era da escludersi la possibilità del *comodato di diritti* in quanto il contratto era concepito per avere come oggetto solo le cose corporali; la locuzione *commodare habitationem* avrebbe perciò integrato non tanto la costituzione di un diritto di abitazione ma, semplicemente, la concessione gratuita di un edificio da adibire ad abitazione. Cfr. A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto Privato* …cit., p. 496. Sul problema del comodato di abitazione si veda anche Zimmerman, quando scrive che pur essendo Labeone e Proculiano propensi dall'escludere dal comodato le cose immobili, tuttavia questa interpretazione non trovò seguito e quindi non prevalse. Per cui Cassio ammise il comodato di cose immobili e successivamente Viviano lo ritenne applicabile anche al caso costituito dall'*habitationem commodare*. Cfr. R. Zimmermann, *The Law of Obligations*…cit., p. 191. La soluzione di Viviano non era però pacificamente accetta e Pomponio, in D. 39, 5, 9pr., l'avrebbe configurato nei termini di una donazione. Il dibattito tra Labeone, Cassio e Viviano è riportato in un passo di Ulpiano in D. 13, 6, 1, 1: «*Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait*». Per quanto riguarda il frammento di Pomponio in D. 39, 5, 9pr: «*In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. Potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam*». Cfr. anche U. Santarelli, *Commodo utentis datum*...cit., p. 172, riguardo al pensiero azzoniano in materia di comodato di abitazione.

[192] Cfr. Azzone «*re incorporalia non possunt possideri: neque usucapi, neque tradi: sed tamen dicuntur quasi possideri*», Azo, *Azonis iurisconsultissimi. In ius civile summa*…cit., 1564, p.199.

[193] Bracton, *On the laws* …cit., III, p. 168. Bracton definiva le cose incorporali come quelle che *tangi non potest*. Per i rapporti tra questo passaggio di Bracton con il pensiero di Azzone in materia di *incorporalia* cfr. F. William Maitland, *Select passages* …cit., pp. 37-38. Su Azzone e la trattazione delle *res incorporalia* nei loro rapporti col diritto inglese medievale cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., pp. 123-124. Si veda anche E. Cortese, *La norma giuridica: spunti teorici nel Diritto Comune classico*, Milano 1962, I, p. 320.

concedente[194]. Non esisteva un termine giuridico preciso per identificare questo negozio che spesso veniva ricompreso nel vasto concetto del dono. Inoltre la terminologia che era usata nell'atto scritto, mediante il quale veniva concessa la cosa, era piuttosto variegata, usando verbi come: *concedere*, *reddere*, *remittere*, *dimittere*, *quietum clamare*[195].

Eccezionalmente la nuda volontà del proprietario poteva servire a trasferire la cosa senza la tradizione della stessa, qualora questa fosse già presso il terzo ma non in suo possesso, come nel caso appunti del comodato. Nel *De Legibus* si trattava questa materia armonizzando il diritto inglese vigente all'epoca[196] con quanto era stato previsto in un frammento del Digesto[197], scriveva infatti Bracton:

> *Quandoque sine traditione transit dominium et sufficit patientia; ut si tibi vendam quod tibi accommodavi, aut apud te deposui vel ad firmam vel ad vitam, et si quod ad vitam, vendo tibi in feodo, et sic mutaverim casum* [*rectius* causam] *possessionis, hoc si eri poterit sine mutatione possessionis*.[198]

Proceduralmente parlando in Bracton, come già in Glanvill non esisteva una autonoma *actio* per il comodato e di conseguenza neppure una *actio contraria*. In Bracton la materia procedurale era trattata partendo dalla

---

[194] La romanizzazione dei concetti di proprietà e di possesso in Bracton non era certo senza problemi. «*In trying to reconcile English practice with Roman law, however, the authors of Bracton discovered that it was difficult to make the Roman language of property fit with what they knew about the relationship between people and land. The Bracton authors twist Roman law to fit with their own perceptions of landholding*». T. J. McSweeney, *Property before*…cit., p. 1142.

[195] F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 95. *Quietum Clamare*, il termine identificato da Littleton ed usato da Coke, viene reso in inglese con *quit-claim*, significa rinunciare ad una pretesa nei confronti di un terzo. Cfr. A. M. Burrill, *A New Law Dictionary and Glossary: Containing Full Definitions of the Principal Terms of the Common and Civil Law: Tagete with Traslatino and Explanations of the Various Technical Phrases in Different Languages, Occurring in the Ancient and Modern Reports, and Standard Treatises, Embracing Also All the Principal Common and Civil Law Maxims: Compiled on the Basis of Spelman's Glossary, and Adapted to the Jurisprudence of the United States: with Copious Illustrations, Critical and Historical*, Union N.J. 1998, I, p. 857, *ad vocem Quit Claim*.

[196] Cfr. T. Littleton, *Littleton's Tenures*, London 1854, pp. 87-88. Dove si parla di una particolare situazione di diritto riguardante un *tenant at will*. Come utilizzato da Maitland; F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 95, nt. 244.

[197] D. 41, 1, 9, 5: «*Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*».

[198] Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 128.

definizione dei concetti di azioni personali in contrapposizione ad *actiones in rem*, identificando inoltre la possibilità dell'esistenza di ulteriori *actiones mixtae* e diversificando, ulteriormente, le azioni civili, nascenti da un contratto, da quelle criminali che scaturivano da un delitto [199]. L'autore, quindi, procedeva inquadrando la trattazione della materia delle azioni personali con questi termini:

> *Personales vero actiones sunt quæ competunt contra aliquem ex contractu vel quasi, ex maleficio vel quasi, cum quis teneatur ad aliquid dandum vel faciendum, et locum habent adversus eum qui contraxitet heredem suum, nisi sint pœnales. Et dicuntur actiones nativæ, eoquod nascuntur ex contractibus. Et omnes fere personales actiones sunt ex contractu, sicut mutui, commodati, depositi, mandati, ex empto vendito, locato et conducto*[200].

L'*actio nativa*[201] era dunque un'azione che scaturiva da un contratto[202]; tutte le azioni personali erano di derivazione contrattuale[203]. Nel successivo sviluppo della *Common Law*, trattando la questione di cosa fosse un'azione personale da un punto di vista molto più pratico, John Rastell le definì come quelle deputate espressamente al recupero di *personal chattels*[204].

---

[199] «*Et sciendum quod omnium actionum sive placitorum, ut inde utatur æquivoce, hæc est prima divisio, quod quaedam sunt in rem, quædam in personam et quædam mixtæ. Item earum quæ sunt in personam alia criminalia alia civilia, secundum quod descendunt ex maleficiis vel contractibus*». Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 290. Come osserva Maitland questa divisione tra azioni personali e reali era già apparsa, per quanto in una forma piuttosto embrionale, in Glanvill; tuttavia diventò definitivamente fondamentale solo col lavoro di Bracton che la modellò utilizzando, apparentemente, le *Institutiones*. Cfr. F.W. Maitland, *The Forms of Action* …cit., p. 59.

[200] Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 291. Bracton evidentemente conosceva ed utilizzava ampliamente concetti di Diritto Romano oltre che di Diritto Comune; Cfr. M. Hogg, *Obligations*…cit., pp. 30-31.

[201] Sul concetto di *actio nativa* Cfr. G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in Rivista di Storia del Diritto Italiano, III pt. 2 (1927), pp. 240 e ss.; A. K. von Hartitzsch, *Das römische Privatrecht: in ausführlicher tabellarischer Darstellung*, Leipzig 1831, p. 96; F. W. Maitland, *Select passages* …cit., p. 169; S. Parini Vincenti, *Transactionis Causa. Studi sulla transazione civile dal Diritto Comune ai Codici. Parte prima. La dottrina dei secoli XV e XVI*, Milano 2005, 247 nt. 148. «*Sunt tales, quae facto obligatorio nascuntur*», G. Schaefer, *Examinatorium in elementa juris civilis, secundum ordinem institutionum digestum respiciens Jus Canonicum et Germanicum*, Francoforte sul Meno, 1827, p. 170. Su *dominium nativum* ed *actio nativa*. cfr. E. Cortese, *La Norma Giuridica*, Milano 1962, I, pp. 311-313 e nt. 60;

[202] Nel *Brachylogus iuris civilis* il *contractus* che era alla base di questa divisione, veniva definito nei termini di un *pactum, quod parit actionem*. *Brachylogus* …cit., p. 79.

[203] Azzone scriveva identificando le *actiones personales* «*quoque reperiuntur multae civilis, ut certi condictio generalis*». Azo, *Summa* …cit., 1566, col.1125, n°. 32.

[204] Cfr. J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p. 52, *ad vocem Catals*.

La lista minuziosa di queste azioni contenuta nell'opera serviva[205] a chiarire e a semplificare il concetto definitorio espresso dall'autore. Il comodato, secondo Bracton, avrebbe dato origine ad un'azione nativa (originaria) e personale. Infatti una *actio* era definibile come personale quando poteva essere esercitata nei confronti di uno specifico individuo, allo scopo di ottenere l'esecuzione di un'obbligazione contrattuale da esso sottoscritta, oppure per richiedere il risarcimento in caso di *maleficio vel quasi*[206]. La divisione delle azioni in reali e personali e la struttura stessa della trattazione della materia che ne fa Bracton, seguiva quasi pedissequamente la partizione classica descritta nel libro IV, titolo VI delle Istituzioni Giustinianee [207]. Questo debito verso il testo del *Corpus Iuris*

[205] È sicuramente intrigante comparare la lista redatta da Bracton dove si identificano i contratti che danno origine ad un'azione personale con il disposto di D. 2.14.7 pr. Dove vengono enumerati le *conventiones iuris gentium*: «*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*». Cfr. E. Stolfi, *A proposito di un fondamentale*…cit., p. 443, n.15. «*Early on, the medieval jurists concluded that as matter of faith, equity and the ius gentium, agreement must be kept*». J. Gordley, *Good Faith in the medieval Jus Commune*, si veda S. Whittaker (cur.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2006, p. 96.

[206] Come scrive Maitland riferendosi al lavoro di Bracton: «*The leading division of actions whatsoever, wheter tried before a judge or a referee, is into two kinds, real and personal that is to say the defendant is either under a contractual or delictual obligation to the plaintiff in which case the action is personal, and the plaintiff's contestion is that the defendant ought to convey something or do something for him, or of a similar nature; or else, thought there is no legal obligation between the parties, the plaintiff asserts a ground of action against someone elese relating to some thing, in which case the action is real. Thus a man could be in possession of some corporal thing, in which Titus claims a right of property and which the possessor affirms belong to him; here if Titus sues for its recovery the action is real*», F.W. Maitland, *The Forms of Action* …cit.7, p. 59, nt. 1. Maitland in questo passo sta citando Moyle che, a sua volta, traduceva *Inst.* IV, 6.

[207] Inst. IV, 6, «*Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de qua re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. Aeque si agat, ius sibi esse re, fundo forte vel aedibus, utendifruendi vel per fundum vicini eundi, agendi vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum, veluti si agat, ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive vel proiciendi aliquid vel immittendi in vicini aedes. contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat, ius non esse adversario utendifruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi,*

era già evidente in Glanvill, sia pure in maniera spesso piuttosto velata e di difficile attribuzione[208], ma diviene sicuramente più chiaro in Bracton[209], a cui andrebbe il merito di avere definitivamente introdotto nel diritto inglese la divisione romanistica tra le *actiones in rem* e quelle *in personam*[210]. L'autore sarebbe stato influenzato dal lavoro di Azzone nel suo tentativo di offrire una sistematica delle *actiones* alla *Common Law* che però rimarrà piuttosto eccentrica rispetto a quella che si raffinerà nel Diritto Comune

Nel *De Legibus* le azioni *in rem* erano quelle che dovevano essere richieste contro colui che «*nomine proprio possideat ex quacumque causa et non alieno, quia habet rem vel possidet quam restituere potest vel dominum nominare*»[211]. Questa categoria, ma soprattutto la definizione datane, ha sempre lasciato perplessi molti giuristi di *Common Law*. Street ne sintetizzava i dubbi facendo rilevare le ambiguità dell'espressione stessa *actio in rem*. Con questo termine sembrava configurarsi un'azione non tanto mirata ad una specifica persona quanto a tutti, indistintamente (*the whole world*, è l'espressione usata), piuttosto che diretta contro una cosa, come etimologicamente sembrava suggerirsi[212]. Apparentemente, in questa sua opera di sistematicizzazione

proiciendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero qui possidet non est actio prodita per quam neget rem alterius esse. Sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris oppotunius apparebit». Sull'utilizzo dei termini *actio in personam* o *personalis* oppure di *actio in rem* o *realis* nel Diritto Comune, si rimanda a P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, Milano 2008, pp. 217 e ss.

208 «*Already a century prior of Bracton, Glanvill had described various forms of action which bore no relation to a roman taxonomy albeit that he too had demonstrated knowledge of Roman law, for instance, narration of underlying causae supportive of the action of debt which mirrored specific Roman actions*». M. Hogg, *Obligations*…cit., p.31. Glanvill aveva scritto nel titolo terzo del X libro, visto *supra*, che la causa di un'azione poteva essere un contratto di mutuo, uno di compravendita, oppure uno di comodato o di deposito oppure *ex alia justa causa*

209 Cfr. F.W. Maitland, *The Forms of Action* …cit., p. 59.

210 Come fa notare Getzler sia nel diritto Romano sia nella *Common Law* determinate *actiones* sarebbero *in rem* ma in effetti sono *in personam*, nel caso in cui un ordine del tribunale ingiunga di pagare al posto di restituire. Cfr. J. Getzeler, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford 2004, p. 60, nt. 62

211 Bracton, come si è visto, ammetteva anche l'esistenza di *actiones mixtae*. Bracton, *On the laws*…cit., II, p. 292.

212 «*The expression in rem, which is used in connection with the other grand division of Roman actions, is overlaid with perplexities. Primarly the action in rem lies to enforce such rights as are available not against a particular individual, but the whole world. But it has another meaning – that of an action directed against the thing itself*». T. A. Street, *The Foundations*…cit., II, p. 38.

delle Leggi Inglesi, spesso ritenuta rudimentale[213], Bracton stava cercando se non di creare perlomeno di consolidare un linguaggio tecnico e sotto certi aspetti colto, all'interno del sistema della *Common Law*, utilizzando a questo fine non solo il latino ma soprattutto il Diritto Romano ed il Diritto Comune e compiendo così la stessa operazione che stavano portando avanti i giuristi medievali nel Continente[214].

Nel titolo dedicato a *Quæ sunt actiones in rem de re mobili*, il *De Legibus* menziona espressamente il comodato quando affrontava la questione della rivendica di cose mobili. In questo caso l'attore avrebbe dovuto specificare nella sua domanda non solo il bene che era stato concesso in comodato, ma anche indicarne il valore. La mancata quantificazione del valore del bene comportava come conseguenza la nullità della domanda processuale.

> *Et ideo si quis rem mobilem vindicaverit ex quacumque causa ablatam vel commodatam, debet in actione sua definire pretium et sic actionem proponere, Ego talis peto quod talis restituat mihi talem rem tanti pretii, vel, Conqueror quod talis iniuste mihi detinet, vel robbavit, talem rem tanti pretii. Alioquin non valebit rei mobilis vindicatio, pretio non apposito. Idem erit si res mobiles petantur quæ consistunt in pondere, numero vel mensura, sicut massa pecunia vel triticum, vel aliae quae in liquido consistunt* […] [215].

---

[213] «*Bracton seems to have made but poor use of his material and was unable to make the English action fit into Roman classification*». T. A. Street, *The Foundations*…cit., 1906, II, p. 39. Scrivendo della divisione delle *actiones* bractoniana Maitland la criticava alla radice affermando che: «*These division of actions, however, never well fit the native stuff; they alwais cut across the form of the writs*». F. W. Maitland, *The Forms of Action* …cit., p. 59. Maitland sosteneva che la struttura delle *actiones* e la loro divisione, secondo le categorie romanistiche, come disegnata da Bracton non avesse una grande utilità pratica. Cfr. T. E. Scrutton, *The Influence of the Roman law*…cit., pp. 77- 78.

[214] Bracton svolgerebbe quindi una funzione analoga, sotto certi aspetti, a quella sottolineata da Calasso quando scriveva che «I giuristi medievali assolvevano la funzione di creare il linguaggio tecnico nuovo…» che costituirà il primo passo verso l'abbandono del latino. Cfr. F. Calasso, *Introduzione al Diritto Comune*, Milano 1951, p. 194. Del resto quest'idea è presente anche Oltremanica: «*Thought it is true that the greater part of the Treaties consists of a body of thoroughly English rules, it can be hardly denied that Bracton used Roman terms, Roman maxims, and Roman doctrine to construct, upon native foundations, a reasonable system of law out comparatively meagre authorities, Roma law supplied him with the intellectual outlook and technical language, which enabled him to mould native rules of costumary law into a reasonable system*». W. S. Holdsworth, *Sources and literature of English law*, Oxford 1925, p. 29. Per capire al meglio la portata di quest'affermazione Holdsworth quando scrive dell'apporto del Diritto Romano al lavoro di Bracton, sottintende anche il Diritto Comune. Cfr. anche J.B. Scott, *Influence of Roman Law*, Union N.J. 2002, pp. 252 e ss.; H. Lévy-Ullmann, *The English Legal Tradition: Its Sources and history*, London 1935, pp. 137-138.

[215] Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 292.

La domanda per essere quindi accolta doveva strutturarsi secondo il modello indicato dall'autore, dove l'attore chiedeva al convenuto di restituirgli una cosa da lui ingiustamente detenuta e di cui poteva vantare un legittimo titolo di possesso, nel significato romanistico. Nel caso del comodato o del *precarium* doveva essere specificato che la cosa aveva un valore di una determinata cifra. Bracton con queste parole indicava che il *writ* da utilizzarsi era quello del *debts of chattel*.

6. *Conclusioni*

La struttura data da Bracton nella sua trattazione del contratto di comodato era di chiara impostazione romanistica[216] e se ne riconoscono gli elementi essenziali e caratterizzanti. L'idea di Glainvill prima e Bracton poi, di utilizzare la terminologia e la dottrina romanistica, letta anche attraverso le lenti dei giuristi continentali loro contemporanei, aveva permesso di importare nel diritto inglese, tra gli altri, i concetti di *commodatum* e di *mutuum*. Questi ebbero una propria circolazione esterna al mondo delle corti, plasmando anche aspetti della vita quotidiana, come si può desumere dal loro specifico utilizzo in alcuni trattati di amministrazione patrimoniale[217]. Nel sottolineare i punti di contatto tra il comodato come era stato descritto in Glanville e in Bracton ed il suo corrispettivo regolato nel *Corpus Iuris* di Giustiniano, non si può che rimanere perplessi di fronte alla scarsissima attenzione ed approfondimento che vi dedicarono i due giuristi inglesi. Per comparazione si consideri che, nel *Corpus Iuris*, al *commodatum* che era sicuramente un contratto ampiamente secondario ma di grande importanza sociale, veniva dedicato un intero titolo dei *Digesta*, il VI del XIII libro, per un totale di una quarantina di frammenti, un titolo

[216] Questo sforzo di strutturazione del diritto inglese, secondo un approccio romanistico, può essere fatta risalire a Glanvill, come si è detto. Il lavoro di Glanvill prima e Bracton poi ha portato parte della dottrina di lingua inglese ad identificarli come i primi comparativisti della *Common Law.* «*The authors attempted to create a legal system using Roman law as their framework. They were heavily invested in showing that the practices of the English royal courts, practices which they themselves administered as royal justices, could be understood through the lens of Roman law. They wanted to prove that the work that they performed in the royal courts was part of an international system of ius commune. This made them, in a sense, the Common Law's first comparativists*». T.J. McSweeney, *Property before Property*…cit., p. 1142.

[217] Cfr. C. Desan, *Making Money: Coin, Currency, and the Coming of Capitalism,* Oxford 2014, p. 88. T.F.T Plucknett, *A Concise History* …cit., pp. 264-268.

del *Codex*, il XXIII del IV libro, con quattro costituzioni, oltre che vari passi delle *Institutiones*. Tra il XVI ed il XIX secolo in ambiente tedesco e olandese che erano le basi da cui s'irradiava l'influenza del Diritto Comune sull'Isola, nonostante la sua natura sotto certi aspetti residuale il tema del comodato venne spesso trattato in un certo numero di Dissertazioni e Disputazioni sia come negozio autonomo sia nell'ambito più vasto dei contratti reali[218], a dimostrazione dell'interesse che esso suscitava nella dottrina continentale. Lo stesso Johann Schneidenwin (Johannes Oinotomus) nel suo Commentario tardocinquecentesco sulle *Institutiones* giustinianee che sarà per lungo tempo uno dei testi universitari più utilizzati nelle università dell'europa continentale, dedicava al comodato una disamina abbastanza approfondita sia nella parte dedicata all'esame dei modi con cui si contraggono le obbligazioni sia in quella dove trattava delle azioni [219].

In Bracton il *commodatum* è quindi un contratto che viene ad essere fondato sulla *gratia*, questa assume nel diritto inglese il particolare significato di volontà del concedente. La gratuità ne è un elemento necessario, in quanto la previsione di un corrispettivo ne muterebbe la natura. Era un contratto reale[220] che si perfezionava con la materiale consegna della cosa e questo

[218] Per una rapida panoramica e senza pretese di completezza, cfr. L. Hackelmann, *Theses Disputationis Quintae Tertiae partis ff. De Commodato Precario Et Precaria Ex jure Pontificio*, Jena 1596; H. Braun, *Disputatio Juridica De Commodato*, Lipsia 1659; W. Leyser, *Dissertatio Iuridica De Commodato Et Ex Eo Descendentibus Obligationibus & Actionibus*, Wittenberg 1677; C. van Minnebeeck, *Disputatio Juridica Inauguralis, De Commodato*, Trajecti ad Rhenum 1688; B. Verheye, *Disputatio juridica inauguralis de commodato*, Trajecti ad Rhenum 1697; J. van Luchtenburch, W. van Paddenburgh, *Disputatio Juridica Inauguralis De Commodato & Precario*, Trajecti ad Rhenum 1681; J. Saegh, *Disputatio iuridica inauguralis, de commodato*, Lugduni Batavorum 1707; J. Vyvyan, *Disputatio juridica inauguralis De commodato*, Trajecti ad Rhenum 1723; M. Verwout Noiret, *Disputatio iuridica inauguralis de commodato*, Lugduni Batavorum 1725; H. Bosch, *Disputatio juridica inauguralis de commodato*, Trajecti ad Rhenum 1763.

[219] J. Oinotomus, *In quatuor Institutionum imperialium Iustiniani imp. libros, Commentarij. Nunc primum, tum iussu superiorum, tum ex eorum mente castigati, ac emendati prodeunt. Præterea hac editione suis propriis loci distribuimus ... cum allegationibus a textu, characterum varietate distinctis, nec non indice rerum omnium copiosissimo, tam ex ijsdem commentariis quam ex additionibus,* Venetiis 1673, pp. 170-171 e pp. 427-428, dove dava anche la formula del libello introduttivo dell'azione a tutela.

[220] Nel corso dell'evoluzione della *Common Law* si giunse a configurare due modi perché nascesse un'obbligazione di restituire i beni prestati: «*one that is called natural when the thing which is lent unto A. by B is delivered unto him by B or by some other in the name of B, the other is called Civil which is onely contracted by the confession and aknowledgement of the parties, as when a man confessed by word of mouth or writing that he had and borrowed so much of such a one*». W. Fulbeck, *A Parallele Or Conference of the Civil Law, the Canon Law, and the Common Law of this Realme of England: Wherein the Agreement and Disagreement of These Three Lawes, and the Causes and Reasons of the Said Agreement and*

implicava la non vincolatività della promessa di comodato. Non vi erano limitazioni rispetto all'oggetto del contratto che avrebbe quindi potuto essere sia un mobile sia un immobile anche se in questo particolare caso la *Common Law* del periodo non era assolutamente chiara ne conclusiva[221], per quanto nel caso di terreni fosse utilizzato, con più sicurezza, anche il *precarium*.

Una forma arcaica negoziale assimilabile, sotto alcuni punti di vista, al *precarium* di terreni era conosciuta nel diritto inglese come il termine *laen land*, letteralmente un prestito di terreno. Questo particolare istituto è stato descritto da Maitland nel suo lavoro sul *Domesday Book*[222]. Il *laen land* costituiva, inizialmente, uno strumento grazie al quale un Sovrano poteva aggirare il divieto di domandare benefici gravanti sulle terre appartenenti

Disagreement, are Opened and Discussed, London 1618, pp. 51-52.

[221] Il comodato di cosa immobile appare ammissibile nell'opera di Bracton, per quanto come si è visto per l'abitazione l'autore parli di *precarium*. Bisogna ricordare che lo stesso Digesto riportava in D. 13, 6, 1, 1 quella che può essere letta come l'esposizione sommaria dell'evoluzione storica del negozio». Arangio Ruiz introduceva una distinzione tra il prestito di cosa mobile che avrebbe avuto il nome di *commodatum* e quello di un bene immobile che sarebbe stato denominato *utendum datum*: «La denominazione primitiva dell'istituto è *utendum dare*, e, a quanto si può rilevare dal testo alquanto corrotto di D. 13, 6, 1 §1, questo nome si ripeteva negli editti annuali dei pretori repubblicani: il nome nuovo di *commodatum* (da *commodo datum*) sembrerebbe essere stato ufficialmente adottato la prima volta nella redazione di Giuliano, quantunque anche precedentemente fosse in uso ad indicare quel tipo prevalente di *utendum datum* che aveva oggetto una cosa mobile». V. Arangio Ruiz, *Istituzioni* ... cit., pp. 313-314.

[222] «*The analogous English institution was the lén or, as we now say, loan. If in translating a German book we render Lehn by fief, feud, or fee, we should still remember that a Lehn is a loan. And no doubt the history of our ancient land-loans was influenced by the history of the precarium. We come upon the technical terms of continental law when King Aethelbald forbids any one to beg for a benefit or benefice out of the lands that have been given to the church of Winchester. There was need for such prohibitions. Edward the Elder prayed the bishop of this very church to lend him some land for his life; the bishop consented, but expressed a fervent hope that there would be no more of such requests, which in truth were very like commands. It would seem that some of the English kings occasionally did what had been done on a large scale in France by Charles Martel or his sons, namely, they compelled the churches to grant benefices to lay noblemen. When bishop Oswald of Worcester declared how he had been lending lands to his thegns, he used a foreign, technical term: 'beneficium quod illis praestitum est'. But it is clear that the English conception of a land-loan was very lax; it would blend with the conception of a gift. To describe transactions of one and the same kind, if such verbs as commodare and lénan and létan were used, such words as conferre, concedere, tribuere, largiri and donare were also used. A loan is a temporary gift, and the nature of the transaction remains the same whether the man to whom the loan is made does, or does not, come under the obligation of paying rent or performing services*». F. W. Maitland, *Domesday Book* …cit., pp. 301-302. Cfr. T.E. Scrutton, *Land in Fetters*, Cambridge 1866, pp. 14-15. Il Diritto Anglosassone in materia di proprietà degli immobili è definito, in termini molto poco lusinghieri ma gustosi «*a confused mass of customs of which it is impossible to make any real system*». H.F. Barrell, *An outline of Anglo-Saxon law*, Holmes Beach, Fla., 1999 (rist.), p. 65

ad alcune specifiche diocesi inglesi, tra cui quella di Winchester. Il negozio permetteva al monarca di chiedere alla Chiesa di concedere in prestito un terreno ad un individuo indicato da lui. La principale difficoltà che presentava il *laen land* era data dal fatto che spesso si tendeva a confonderlo con una donazione. Il prestito veniva infatti inteso nei termini di un «*a gift for a time*»[223]. Inoltre nel Diritto Anglosassone sembrava esserci una differenza tra un *laen land booked*, sostanzialmente un prestito di un terreno registrato per iscritto attraverso una *charter*[224] ed uno *unbooked*. Quest'ultimo era configurabile come un normale prestito che sarebbe stato protetto solo dalle consuetudini, mentre il primo veniva tutelato dalle disposizioni dello strumento contrattuale[225].

Nella strutturazione del comodato l'elemento temporale era del pari necessario. La previsione di un ulteriore ed eventuale termine contrattuale collegato all'uso della cosa comodata che non era indicato direttamente nella trattazione dell'autore, poteva però essere dedotto da uno specifico passaggio dell'opera. In questo si affrontava la tematica della responsabilità contrattuale gravante sul comodatario. Nel passo, già citato *supra*, era stato infatti regolato il caso in cui: «*alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis*».

Dall'utilizzo di questo passaggio che era mutuato quasi letteralmente dalle *Institutiones*[226], si poteva argomentare che qualora la perdita od il danneggiamento, di un bene concesso in comodato fosse stato causato da un uso diverso da quello pattuito ciò avrebbe portato all'obbligo della restituzione della cosa, se meramente danneggiata, oltre che del risarcimento del suo valore da parte del comodatario inadempiente. Questo basterà alla giurisprudenza inglese successiva per ricostruire il concetto di

[223] Cfr. T.F.T. Plucknet, *A Concise*…cit., pp. 519-520. Gli stessi giuristi romani si erano posti il problema della somiglianza tra una donazione ed un precario; escludendola con le parole di Ulpiano, riportate in D. 43, 26, 1, 2: «*Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere*». Si veda anche F.W. Maitland, *Domesday Book*…ct., p. 302. C. R. Noyes, *The Institution of Property: A Study of the Development, Substance, and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law*, Union N.J. 2007, p. 266.

[224] Cfr. T.F.T. Plucknet, *A Concise*…cit., p. 518; parlando delle *charters* come una delle basi del diritto di proprietà anglosassone scrive: «*In spite of their lenght it is not always clear exactly what an Anglo-Saxon charter purports to convey. It will say, with a great deal of precise Roman terminology, that it conveys the ownership of land, but this very term is not free from ambiguity. In many cases it is clear that what passes under the charter is not land but rather rights and privileges over land which is, in fact, occupied by others*».

[225] H.C. Lodge, *The Anglo-Saxon land law, in Essays in Anglo-Saxon Law*, Boston 1876, p. 86.

[226] Inst. 3, 14.

uso determinato della cosa all'interno del contratto di comodato[227].

L'obbligazione principale era rappresentata dalla restituzione in termini della cosa e questa ricadeva sul comodatario, per quanto Bracton non usasse mai i termini *comodans* né *comodatarius*. Era riconosciuta l'obbligazione in capo al concedente di non richiedere il bene prima del temine pattuito. Le responsabilità contrattuali infine erano modellate su quanto era stato previsto nelle *Institutiones*, anche se non è chiaro fino a quale punto queste idee fossero seguite nella realtà delle Corti inglesi.

[227] Questa interpretazione rimarrà un punto stabile nella giurisprudenza di *Common Law*: «*As to the second sort of bailment, viz. commodatum, or lending gratis, the borrower is bound to the strictest care and diligence to keep the goods, so as to restore them back again to the lender; because the bailee has a benefit by the use of them, so as if the bailee be guilty of the least neglect he will be answerable: as if a man should lend another a horse to go westward, or for a month; if the bailee go northward, or keep the horse above a month, if any accident happen to the horse in the northern journey, or after the expiration of the month, the bailee will be chargeable; because he has made use of the horse contrary to the trust he was lent to him under; and it may be, if the horse had been used no otherwise than he was lent, the accident would not have befallen him. This is mentioned in Bracton, ubi supra: his words are, - Is autem cui res aliqua utenda datur, re obligatur, quae commodata est, sed magna differentia est inter mutuum et commodatum; quia is qui rem mutuam accepit, ad ipsam restituendam tenetur, vel ejus pretium, si forte incendio, ruina, naufragio, aut latronum vel hostium incursu, consumpta fuerit, vel deperdita, subtracta vel oblata. Et qui rem utendam accepit, non sufficit ad rei custodiam, quod talem diligentiam alhibeat, qualem suis rebus propriis alhibere solet, si alias eam diligentius potuit custodire; ad vim autem majorem, vel casus fortuitos non tenetur quis, nisi culpa sua intervenerit. Utsi rem sibi commodatum domi, secum detulerit cum peregre profectus fuerit, et illam incursu hostium vel praedonum, vel naufragio, amiserit, non est dubium quin ad rei restitutionem teneatur*». H.B. Wallace, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law*, Philadelphia 1847, I, p. 215. Nella ricostruzione dell'evoluzione del contratto di comodato nel Diritto Comune continentale bisogna anche tenere conto del fatto che, se pure la *Summa Trecensis* non parli, espressamente, nella sua disamina del negozio giuridico di comodato, di un *usum certum*, tuttavia non si deve ignorare che sono presenti nel Digesto diversi passi che permettevano di dedurre la possibilità dell'esistenza della previsione di un *usus certum* nel *commodatum*. Cfr. F. Pastori, *Comodato (Diritto Romano)*, in Nov.mo Dig. it., UTET, Torino 1967, III, p. 689. Questi frammenti del Digesto che avevano funzioni esemplificative sia in materia dell'attribuzione delle responsabilità contrattuali derivanti da questo contratto, sia della loro definizione, sono interessanti proprio perché proponevano fattispecie ricollegabili all'*usus certum*. Abbiamo così il passo contenuto in D. 13, 6, 5, 7, dove si trattava della responsabilità nel caso si fosse prestato un cavallo «*ut ad villam adduceres*» ed il comodatario l'avesse invece usato per andare in guerra, fattispecie quindi dove l'*usus certum* della cosa era stato chiaramente previsto. Oppure il caso delineato in D. 13, 6, 5, 8 dove era stato ritenuto sottoponibile ad un'*actio contraria commodati* chi avendo prestato un codice al preciso scopo che il comodatario vi potesse trascrivere una cauzione a proprio vantaggio e a propria garanzia, l'avesse successivamente cancellata. Come si vede l'idea dell'esempio per spiegare la natura del contratto permaneva come riconosciuta ed efficace, fonte di spiegazione di concetti giuridici e parimenti come creatrice di diritto.

Capitolo II

Iudex in Vinculis
I "minori" (Fleta, Britton, Hengham, Saint German)

Sommario: 1. Nella prigione sulla riva del Fleet. – 2. Scrivere il diritto in *Law French*: Britton. – 3. Un manuale processuale: l'*Hengham*. – 4. Leggere Trovamala in Inghilterra: Saint German. – 5. Come scrivere il contratto. William West e la *Symboleography*.

1. *Nella prigione sulla riva del Fleet*

Il *Commentarius Iuris Anglicani*, di cui sopravvive un manoscritto del XIV secolo ed il cui autore viene identificato col nome di Fleta che potrebbe essere un riferimento alle prigioni[1] in cui Edoardo I aveva rinchiuso alcuni giudici ribelli[2], era scritto in latino e si fondava principalmente sull'opera di Bracton a cui era chiaramente ispirato[3], anche se vi si possono riscontrare influenze di Glanvill[4]. Per quanto la trattazione del sistema delle Corti inglesi in esso contenuta si discostasse in maniera originale da quella del suo predecessore[5], anche per il semplice fatto del tempo trascorso tra le due

[1] Si tratterebbe della *Fleet prison*; come faceva notare Güterbock. Infatti nella sua prefazione ammetteva espressamente che «*tractatus iste, qui Fleta merito appellari poterit, quia in Fleta de jure Anglorum fuit compositus*». K. Güterbock, *Bracton and his relation* … cit., p. 72. Cfr. J.J.S. Wharton, *The law lexicon; or dictionary of jurisprudence*, London 1867[4], p. 400, *ad vocem Fleta seu Commentarius Iuris Anglicani*.

[2] Sul nome o perlomeno l'identità dell'autore ci sono solo delle speculazioni; Plucknett sottolinea come: «*There has been much speculation on the identity of the author; a recent study has made out a persuasive case for ascribing it to Matthew Cheker (or de Scaccario). It was printed by Selden in 1647 from the unique manuscript now in the British Museum*». T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., p. 265.

[3] Bracton non fu solo d'ispirazione per Fleta: «[…] *in many instances transcribed whole pages from him*». J. Reeves, *Reeves' history of the English law, from the time of the Romans, to the end of the reign of Elizabeth*, a cura di W.F. Finlason, London 1869, II, p. 171.

[4] *Ibidem*: «*He did not, however, confine himself to Bracton as his sole guide, but had also an eye to Glanvill*».

[5] Plucknett intitola il paragrafo in cui tratta di Fleta "*Bracton's imitators*", *tout court*, tuttavia ammette: «[…] *althought based largely upon Bracton, contains some new matter;*

opere, secondo molti questo lavoro costituirebbe una sorta di tentativo di rendere l'opera bractoniana consonante con il Diritto vigente durante il Regno di Edoardo I[6]. Pur con tutti i suoi limiti il *Commentarius* potrebbe essere considerato come il maggior trattato di Diritto Inglese medioevale, subito dopo il *De Legibus* di Bracton[7], anche se non è mai stato tenuto in grande considerazione dal punto di vista dottrinale[8], nonostante il fatto che venne sostanzialmente riscoperto ed ebbe una notorietà postuma grazie al lavoro di Edward Coke[9]. Molto spesso è stato ridotto al rango di una semplice epitome del testo più antico[10].

Malgrado tutte le critiche a cui è regolarmente sottoposto, il Fleta costituisce uno dei testi dottrinali ricompreso nei *Books of Authority* che molto spesso erano stati scritti da giudici regi e la cui attribuzione risultava essere dovuta più alla tradizione che ad una effettiva identificazione di chi ne

we have already mentioned his original and illuminating treatment of the courts of law, and the significant formula which he uses in describing them». T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., p. 265. Come si fa notare sia il lavoro di Bracton, sia quello di Fleta, sono dedicati alla descrizione del sistema giudiziario contemporaneo. Cfr.: G.R. Evans, *Law and Theology in the Middle Ages*, London 2002, p. 42.

[6] Fleta conosceva sicuramente le opere dei suoi due grandi predecessori e la sua opera è stata spesso vista come un tentativo di renderle più consone allo sviluppo del Diritto avvenuto sotto Edoardo I, specialmente con riguardo all'incremento della prodizione di norme scritte che venivano a comporre la *Statute Law*. «*It seems as if the author wrote with both these treatises, particularly Bracton's, before him, and that his design was to give a concise account of the law, with the alterations which had been made by parliament since Bracton wrote, supplying such parts as had been left untouched by him, and dilating upon others that had been passed over with too little attention. Thus Fleta serves as an appendix, and often as a commentary to Bracton*». J. Reeves, *Reeves' history*…cit., II, p. 171.

[7] Maggiore sia in senso materiale sia come influenza; dal punto di vista delle dimensioni del volume il *Commentarius* è circa un terzo o la metà, a seconda dei manoscritti di comparazione, del *De Legibus*. Cfr. J.B. Scott, *Influence*…cit., p. 255 nt. 34; K. Güterbock, *Bracton and his relation*…cit., p. 69. Reeves liquidava l'autore del Fleta come «*wholly an imitator*» di Bracton. J. Reeves, *Reeves' history*…cit., II, p. 171. Fleta veniva considerato, anche sulla scorta dei lavori di Lord Edward Coke, una mera appendice di Bracton. Cfr. J. Kent, *Commentaries on American Law*, Boston 1866[11], I, p. 543.

[8] «*Fleta was written in Latin. It was never a popular book—probably it was superseded by Britton. The only other book, comparable in size to these two books, is that incomprehensible work, the Mirror of Justices. No one seems to have taken it seriously till, as Maitland says, Coke's credulity gave it currency*». W. S. Holdsworth, *Sources and literature of English law*, Oxford 1925, p. 32.

[9] Cfr. J. Reeves, *Reeves' history* …cit., II, p. 171, nt. a.

[10] «*The so called Fleta is little better than an ill arranged epitome; what its author has not borrowed from Bracton, he has for the more part borrowed from some of those little tracts on husbandry and the economic management of manorial affairs which were becoming popular*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law*…, cit., I, pp. 222-223. Cfr. O. Hood Phillips, *A First Book of English Law*, London 1960[4], p. 188, nt. 12.

fosse l'originale effettivo autore. Per questo motivo, oltre che per il loro valore processuale, queste testi gettano una luce interessante sulla diffusione e sulla circolazione, di alcune opere ed idee giuridiche di tradizione romanistica o anche di Diritto Comune, nel momento degli albori e dello sviluppo della *Common Law*[11]. Fleta apparteneva, sotto molti aspetti, a quella schiera di giuristi che avevano lavorato per dare una sistematicità al Diritto Inglese[12].

Tuttavia bisogna sempre tenere in debita considerazione, in questi casi, i *caveat* della dottrina anglosassone, soprattutto quella del XIX secolo, l'età d'oro della storiografia giuridica inglese. Scrivendo del testo di Fleta Reeves puntualizza

> *The writer of this commentary seems to have followed his master, Bracton, in his acquaintance with the canon and civil law, though he is less frequent in the use of them, and then it is in a manner less likely to mislead the reader*.[13]

La tradizionale divisione dell'opera è in sei libri, questi sono ulteriormente ripartiti in capitoli e sezioni. Il primo libro esamina nei suoi primi quindici capitoli il diritto delle persone e per i restanti affronta argomenti di diritto criminale. Il secondo libro è dedicato alle *actionibus personalibus*, riprendendo così la classificazione già utilizzata sia in Glanvill, sia in Bracton. Il Terzo si occupa dei modi d'acquisto della proprietà (de *rerum acquisitionibus*). I restanti tre libri sono dedicati rispettivamente all'esame delle *actiones in rem*, alla successione testamentaria ed ai *writs of right*.

Se si guarda all'organizzazione del testo di Fleta in comparazione con quello di Bracton, si nota che la struttura degli ultimi tre libri segue, quasi pedissequamente, quella dell'opera precedente. Lievi differenze si riscontrano nel secondo e nel terzo libro. Nella parte che Fleta dedicava alle azioni personali si ritrova l'esame di tre istituti: testamenti, *emptio* e *locatio* che Bracton trattava nella parte relativa ai modi d'acquisto della proprietà (il suo terzo libro). Il terzo libro di Fleta, invece, corrisponde al secondo di Bracton[14]. Il fatto che alcuni istituti di diritto civile siano trattati nel

[11] Come sottolinea Marotta l'idea che il Diritto Romano fosse stato mai applicato in Inghilterra e che quindi fosse giunto al punto di influenzarne l'ordinamento giuridico, era sempre stata trattata con sospetto dai giuristi inglesi, alcuni dei quali arrivarono a respingerla, negando che questa avesse mai avuto alcun vigore nell'Isola. Cfr. V. Marotta, *Autocrazia o monarchia dinastica: usi ed abusi della lex quod principi (Ulp. 1 inst. D. 1.4.1) tra XVI e XVIII secolo*, si veda P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone (curr.), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani*, Torino 2019, p. 52.

[12] Cfr. A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Athens Geo. 1991, p.166.

[13] J. Reeves, *Reeves' history* …cit., II, p. 171.

[14] Cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation*…cit., p. 71.

Commentarius dal punto di vista processuale delle azioni, piuttosto che da quello sostanziale, a differenza di quanto faceva Bracton, parrebbe indicare una mentalità e di conseguenza un'opera, più rivolta alla prassi che ad una sistematica trattazione del diritto[15]. Come aveva già sostenuto Güterbock uno dei tratti che differenziano il *Commentarius* dal *De Legibus* e che parrebbero confermare la tesi che il primo fosse nato come una sorta di compendio del secondo, è data dal fatto che non vi si riscontrano citazioni dirette dei testi del *Corpus Iuris*. Quelle che vi possono essere identificate, insieme a quelle della *Summa* di Azzone anch'esse presenti, risultano essere state meramente ricopiate *verbatim* da Bracton.

La disciplina del comodato si ritrovava nel secondo libro nella parte dedicata alle azioni personali. La trattazione della materia iniziava con la descrizione di che cosa fosse un'obbligazione. Questa veniva definita, riecheggiando Bracton, con la familiare metafora della *mater actionis*[16]. Nelle parole del testo l'azione null'altro era che «*prosequendi in iudicio quod alicui debetur*»[17]. Il Fleta procedeva ad approfondire l'argomento delle obbligazioni, inquadrandole nei termini di una prestazione corrispettiva di dare o fare qualcosa:

---

[15] La materia procedurale in tema di azioni personali venne trattata da Bracton «*very meagerly*»; K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., p. 71, nt. f.

[16] L'idea dell'*obligatio* come *mater actionis* che aveva avuto il suo riconoscimento e recezione nel terzo libro di Bracton sarà ritenuta dalla dottrina di *Common Law* in quanto era riconosciuta un'idea utile e funzionale. Cfr. C.C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*, Boston, 1871, p. 176. Cfr. A.-J. Boyé, *Variations sur l'adage Obligatio Mater Actionis*, in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris 1965, II, pp. 815-833. Geoffrey nel suo lavoro sul diritto delle obbligazioni riconosce nell'espressione «[…] *a powerful metaphorical image*». G. Samuel, *Law of Obligations & Legal Remedies*, London 2001[2], p. 3. Si veda l'espressione come riportata nella *Summa Trecensis* «*Obligatio enim mater est personalium actionum*». H. Fitting, *Summa Codicis* …cit., p. 82. Cfr. anche D. 44, 7, 41 pr. «*Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere*», D. 44,7,51 «*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*» e D. 44,7, 53pr. «*Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est*».

[17] J. Selden, *Fleta, seu Commentarius juris anglicani sic nuncupatus: sub Edwardo rege primo, seu circa annos abhinc CCCXL, ab anonymo conscriptus, atque è codice veteri, autore ipso aliquantulùm recentiori, nunc primùm typis editus*, Londini 1685, p. 15. John Selden (1584 –1654) fu un giurista ed uno storico del diritto inglese. I suoi lavori di storia del diritto furono i primi ad utilizzare criteri moderni ed a dimostrare una profonda capacità di critica storica. Cfr. M. L. Oberg, *John Selden, 1584-1654: English legal historian*, si veda K. Boyd (cur.), *Encyclopedia of Historians and Historical Writing*, London 1999, II, pp. 1082-1083.

> *Obligatio autem est juris vinculum quo necessitate astringimur ad aliquid dandum vel faciendum ut si quis ligatus fuerit & astrictus alicui ad aliquid, & ille alius ei ad aliquid contraligatus; est enim obligatio quasi contraligatio*[18]

La terminologia latina utilizzata dal Fleta per cui «*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur*» proviene parola per parola, attraverso la mediazione del *De Legibus*, direttamente dal III libro delle *Institutiones*[19]. La trattazione continuava individuando quattro modi con cui si poteva contrarre un'obbligazione. Questi erano i quattro della tradizione romanistica ed erano ripresi direttamente da Bracton; per cui una *obligatio* veniva generata «*ex contractu vel quasi, sive ex maleficio vel quasi*». In questa introduzione alla materia delle obbligazioni nel Fleta si confermava l'idea che da un *nudum pactum*[20] «*non nascitur actio, oportet igitur ut habeat vestimenta*». Subito dopo venivano enumerati i sei *vestimenta pactorum* di Bracton, senza peraltro definirli specificamente con questo termine. Alla lista il Fleta apporta una novità aggiungendovi la donazione.

Fatte queste premesse il testo passa all'analisi dei singoli modi di contrarre le obbligazioni, partendo proprio dal mutuo che nel Fleta viene definito *mutui datione*. L'approccio alla trattazione della materia era analogo a quello già intrapreso da Bracton ed utilizzava le stesse parole di apertura: «*Re autem contrahitur obligatio*»[21]. Il mutuo viene trattato piuttosto velocemente dall'autore; si specificava che aveva come oggetto cose che potevano essere contate, pesate, misurate e che era possibile quindi restituire non le stesse cose ma bensì «*aliae ejusdem natura redduntur creditori*»[22]. In questa statuizione veniva utilizzato il termine generico di creditore per identificare il mutuante. Anche in questo caso, come in Bracton, la cosa data a mutuo passava in proprietà dell'accipiente, secondo il principio: «*quia mutuum proprie dicitur id quod ex meo tuum sit*»[23].

---

[18] Ivi, p. 120.

[19] Inst. III, 13: «*Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*».

[20] Nell'affrontare la materia il Fleta si muove sui binari della tradizione bractoniana e dietro di questi, azzoniana e della glossa in generale. «*Ex contractu vero oriri poterit multis modis, sicut ex conventione per interrogationes et responsiones, ex verborum conceptione quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut sunt pacta conventa, quae nuda sunt aliquando, & aliquando vestita; quae si nuda fuerinr, exinde non sequentur actio*». J. Selden, *Fleta, seu Commentarius* …cit., p. 120.

[21] *Ibidem*.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*. Come fa notare Simpson la regola impiegata dai giuristi di *Common Law* è molto simile a quanto era stato riportato nelle Istituzioni di Gaio sull'etimologia della

Nel Fleta l'esposizione del contratto di comodato era accorpata in una singola trattazione principale anch'essa strettamente intrecciata con quella del mutuo, a riprova della difficoltà dei giuristi inglesi di differenziare dogmaticamente i due negozi. Come anche in Bracton alcuni dei suoi elementi fondamentali dovevano essere ricercati in altre parti dell'opera. In questa scelta che rafforza ulteriormente l'idea che il Fleta altro non fosse che una sorta di epitome del *De Legibus*, appare, tuttavia, una lieve differenza rispetto alla struttura dell'opera di riferimento. Mentre nel lavoro di Bracton il comodato veniva affrontato in diversi punti dell'opera, in quanto era affrontato ed analizzato da un punto di vista più generale e sistematico, nel Fleta questa metodologia di trattazione della materia è, in un qualche modo, molto più sfumata.

Anche la trattazione della materia del comodato che che si ritrova nel *Commentarius* era ampiamente debitrice a quella del *De Legibus* e non poteva essere diversamente dato che non esistevano altri testi dottrinali ad esso comparabili. Le influenze romanistiche e di Diritto Comune appaiono essere state riportate in questo parte del testo più per copiatura dalle opere precedenti che per adesione o conoscenza delle fonti primarie stesse. Per quanto riguarda il comodato il *Commentarius* lo affrontava in questi termini:

> *Is autem cui res aliqua utenda datur, re obligatur quae commodata est; is enim qui rem commodata accipit ad ipsam restituendam tenetur vel ejus precium, si forte incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu consumpta fuerit vel deperdita, subtractaa vel rubata: Et qui rem utendam accipit, non sufficit ad rei custodiam quod talem diligentiam adhibeat qualem suis rebus adhibere solet, quia alius eam poterit diligentius custodire; ad vim autem majorem vel casus fortuitos non tenetur quis, nisi culpa sua intervenerit: sed si rem sibi domi commodatum secum detulerit quis, cum peregre profectus fuerit, & illam incursu hostium, vel praedonum vel naufragio amiserit, ad rei tenebitur restitutionem*.[24]

Il contratto di comodato era sempre qualificato nei termini di una concessione in uso di una cosa. Non vi era nel testo alcuna specificazione sulla sua natura di mobile od immobile, ma parrebbe doversi ritenere che

parola, cfr. Gaius Inst. III. 90. Qui si affermava che il termine *mutuum r*appresentasse una crasi tra *meuem* e *tuum* ad indicare, icasticamente, il passaggio di proprietà della cosa. Quest'analisi era conosciuta dai giuristi del XIV secolo, anche se non derivava necessariamente dalla conoscenza del diritto Romano o del Diritto Comune. A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford 1987, p. 147.

[24] J. Selden*, Fleta, seu Commentarius* …cit., pp. 120-121.

oggetto di un contratto di comodato fossero solo i beni mobili. Infatti le linee evolutive della *Common Law* si muovevano nella direzione dell'escludere dall'oggetto del negozio gli immobili. Il comodatario era tenuto a restituire la cosa o nel caso del suo perimento a corrisponderne il valore. In questa parte del testo non era espressamente previsto un limite temporale d'uso come caratterizzante il negozio.

Per trovare un riferimento al limite temporale del comodato come elemento essenziale del contratto bisognava fare riferimento al terzo ed al quarto libro dell'opera. Nel terzo libro, esaminando il concetto di *possessio precaria* la si definiva come «*quod tempestive et intempestive pro voluntate domini poterit revocari*»[25]. La portata di quest'affermazione in materia di comodato veniva raffinata in un successivo passo, contenuto nel quarto libro: «*Si autem precaria fuerit, id est, de gratia quae pro voluntate revocari poterit, non acquiritur jus ex longo tempo, secus tamen in comodato*»[26]. Quest'ultimo passo che Fleta e Bracton condividevano dal punto di vista

[25] Ivi, p. 200. Cfr. il frammento di Paolo in D. 13, 6, 17, 3«*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Et quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est*». Santarelli sostiene che l'idea vi fosse un limite temporale per il comodato, nel diritto medievale sia da ricollegarsi a Roffredo Beneventano, quindi nella seconda metà del XIII secolo. «Il primo affiorare di questo limite temporale è dato di coglierlo in un passo di Roffredo Beneventano, il quale, ponendo il problema della revocabilità anticipata del comodato, parla di una revoca – non già *ante completum usum*, com'era terminologia corrente – ma *ante completum tempus usus*». U. Santarelli, *Commodo utentis datum*…cit., pp. 51 – 52. Roffredo aveva scritto, trattando dell'azione di comodato che: «*adeo quod ante completum tempus usus illius rem illam avocare non possim, licet in precario sit secus: quia precarium conceditur sine praefinitiones alicuius usus*». R. Beneventano, *Tractatus in quo ordinis iudiciarij positiones*…cit., p. 255. Roffredo aveva identificato la differenza che intercorreva tra *commodatum* e *precarium* nel fatto che nel secondo non vi veniva predefinto alcun uso certo della cosa. Nel prosieguo della sua trattazione rilevava che siccome il contratto di comodato comportava una responsabilità più gravosa per il comodatario, rispetto alla responsabilità che derivava dal *precarium*, da ciò ne faceva derivare che «*iustum est, quod ante tempus non revocetur*». *Ibidem*.

[26] J. Selden, *Fleta, seu Commentarius* …cit., p. 252.

concettuale, ci interessa perché in esso si distingueva il *precarium* che poteva essere revocato *intempestive*, dal comodato. Questa differenziazione era però incidentale ed era tratta rapidamente, come una conseguenza minore di un discorso più ampio ed articolato. L'argomento affrontato riguardava infatti il problema della possibile usucapione di un diritto di servitù per mezzo dell'uso. Sia l'uno sia l'altro autore ne ammettevano l'esistenza nel diritto inglese e seguendo il Diritto Romano vi si affermava che l'uso avrebbe dovuto avere avuto luogo «*nec vi, nec clam, nec precario*»[27]. Questa soluzione, dove si escludeva l'usucapione nel precario, derivava dalla considerazione che questo particolare negozio non avrebbe integrato il possesso del bene da cui dipendeva il diritto. Analogamente lo stesso sarebbe avvenuto per il comodato.

In Fleta si ritrovava la definizione, già vista in Bracton, del *precarium* come un negozio strettamente collegato alla volontà del proprietario del bene, oltre che l'individuazione della differenza dovuta a questa caratteristica che intercorreva tra questo negozio ed il *commodatum*. Infatti pur essendo entrambi fondati sulla *gratia* - intesa come volontà del concedente - e pur non trasferendo né la proprietà né il possesso della cosa data in prestito, ma integrando solo una *possessio precaria*, tuttavia il primo negozio dipendeva meramente dalla volontà del concedente, mentre il secondo dalle pattuizioni contrattuali di tempo ed eventualmente di uso specifico della cosa.

La limitazione della responsabilità contrattuale era circoscritta ad una precisa e sotto certi aspetti vincolante, elencazione di fatti: incendio, crollo, naufragio, furto od incursione nemica. Anch'essi erano stati estratti dal *De Legibus*. Come accadeva nel testo del *De Legibus*, anche qui vi veniva specificato che la diligenza a cui era tenuto il comodatario doveva essere sicuramente superiore a quella impiegata per la custodia dei propri beni[28]. L'accipiente era tenuto responsabile per casi di forza maggiore o di caso fortuito se vi avesse avuto causa, anche solo per colpa.

La possibilità di ipotizzare la previsione di un uso determinato della cosa, come elemento costitutivo del contratto di comodato, era resa possibile dalla ripresa di una peculiare strutturazione della responsabilità contrattuale, già riportata in Bracton. Veniva infatti previsto l'obbligo di risarcimento di un eventuale danno alla cosa nel caso se ne fosse stato fatto un utilizzo diverso

[27] Cfr. K. Güterbock, *Bracton and his relation* …cit., p. 124.
[28] Cfr. D. 13, 6, 5,5 «*Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare*». Il Digesto aveva ampliato la custodia a tutti gli accessori della stessa. D. 13.6.5.9 «*Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt*».

da quello pattuito.

Fleta specificava che con il termine *commodata* s'intendevano le cose date in prestito, come nome collettivo e che il contratto doveva essere gratuito[29]. Se non lo fosse stato si sarebbe trasformato in una locazione od in una *conductio*. Bracton, come si ricorderà, aveva affermato che qualora fosse intervenuto un corrispettivo il contratto di comodato avrebbe mutato la propria natura in quella di una locazione, oppure in quella di un contratto di conduzione. Il Fleta quindi non apportava nessuna modificazione degna di nota alla struttura del negozio come si era sviluppata a partire da Glainvill, se non forse, una piccolissima rivoluzione a livello di trattazione sistematica della materia, dovuta non tanto ad una visione dottrinale diversa, quanto piuttosto al fatto che ci troviamo di fronte ad un riassunto di un'opera precedente, pensato soprattutto per fini pratici e processuali.

2. *Scrivere il diritto in* Law French*: Britton*

Il testo conosciuto come il Britton venne redatto intorno al 1290[30] ed era stato pensato in forma di codice, dove veniva raccolta anche la normativa promulgata dall'autorità regia[31]. Il Britton fu uno dei primi esempi di letteratura giuridica inglese scritti in francese, in realtà *Law French*[32], il cui uso si era diffuso nei tribunali dell'Isola a partire dalla conquista normanna,

[29] J. Selden*, Fleta, seu Commentarius* …cit., p. 121.

[30] Non è mai stato chiarito del tutto a chi potesse essere attribuito questo Trattato. Plucknett scrive al riguardo: «*Its authorship is still more obscure than Fleta's. It is only some of the manuscripts which call the work Britton, and the significance of that word is far from clear; it was long taken to mean that John le Breton, bishop of Hereford, was the author. Most scholars have agreed with F. M. Nichols, the editor of the admirable Oxford edition (1865), that there is no evidence to support that ascription*». T.F.T. Plucknett, *A Concise History*… cit., p. 266. John Le Breton, ipotizzato autore del Trattato, era il figlio di William Le Breton che aveva servito come giudice presso la *Court of Common Pleas* dal 1266 al 1268 e poi presso il *King's Bench* dal 1268 al 1269. Il figlio divenne Vescovo di Hereford intorno al 1269. Cfr. *Fasti Ecclesiae Anglicanae 1066-1300*, London 2002, VIII, pp. 1-7; K. Harvey, *Episcopal Appointments in England, c. 1214–1344: From Episcopal Election to Papal Provision*, London 2016, p. 253. La datazione è dedotta dal fatto che in esso è riportato lo statute *Quia Emptores*, risalente al regno di Edoardo I (18 Edw. 1 ch 1)

[31] Ivi, p. 265.

[32] L'utilizzo del latino e del *Law French* nelle corti inglesi cessò ufficialmente con uno *statute* del Parlamento anche se il declino di quest'ultimo nell'uso quotidiano dei tribunali e degli scritti dottrinali si trascinava oramai dalla metà XVII. A partire dal 1731 non fu più pubblicato alcun testo di diritto in questa lingua. Cfr. J.H. Baker*, Manual of Law French*, London 2016[2], p. 6.

sempre coesistendo però col latino[33]. Questa caratteristica lo rese molto più apprezzato del suo quasi contemporaneo *Commentarius Juris Anglicani*. Poiché quest'ultimo era redatto in latino rappresentava un discreto scoglio linguistico per i *common lawyers*[34], anche se perlomeno fino al Regno di Carlo II quasi tutti i testi giuridici erano scritti in una di queste due lingue. Come sir John Fortescue (1385 – 1476) affermava, nel suo *De laudibus legum Angliae*, in Inghilterra se pure il diritto veniva insegnato nelle università in latino – ed i giuristi pratici non avevano necessariamente una formazione universitaria-, tuttavia le leggi e la loro applicazione nei tribunali, dovevano essere studiate in tre lingue: latino, francese, inglese[35].

In materia di *loans* il Britton seguiva essenzialmente lo schema obbligazionario redatto da Bracton, ma utilizzava solo il denaro come fondamento di un'*actio of debt*, tralasciando, apparentemente, il comodato, anche se il testo ne riconosceva l'esistenza e lo trattava sommariamente, sotto il generico nome di *pret*. Il Britton dimostrava di non apprezzare affatto le finezze del *De Legibus* in materia di obbligazioni e di struttura contrattuale, limitandosi ad ignorarle o a riportarle in maniera alquanto approssimativa[36]. L'argomento del prestito è quindi esaminato nel primo libro, al capitolo 29, numero 3, dedicato al *Dette*. Sotto questa denominazione familiare che collegava l'obbligazione all'azione, si ricomprendevano ancora tutti quei contratti che potevano dare origine ad un *Writ of Debt*, tra questi anche il *commodatum*.

La trattazione iniziava esaminando la natura reale del contratto di comodato, anche se il suo *nomen iuris* latino non compariva mai nel discorso. Nell'*incipit* della breve digressione su questo negozio si poteva ritrovare, sia pure resa in un modo molto vago e quasi evanescente, la teoria dei *vestimenta* che nonostante tutto aveva fatto un po' di breccia nella dottrina e nella prassi giudiziaria inglese del XIII secolo. Così anche nel Britton si affermava infatti che «*Mes de obligacioun nue n'encrest nulli plee*»[37] che costituiva la traduzione, approssimativa, in *Law French* del principio *ex nudo pacto non oritur actio*. I *vestimenta* per il Britton erano sei: *chose*, *parole*, *escrit*, *unité de bone*, *joynture*[38].

[33] Cfr. P. M. Tiersma, *Legal Language*, Chicago 2000, pp. 20-36.
[34] T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., p. 266.
[35] Cfr. J. Fortescue, *De laudibus legum Angliae*, London 1616, p. 110; Cfr. J.H. Baker, *Manual*…cit., p. 1.
[36] C. Desan, *Making Money: Coin, Currency, and the Coming of Capitalism*, Oxford 2014, p. 89.
[37] F. M. Nichols, *Britton; the French Text Carefully Revised with an English Translation*s, Oxford 1865, I, p. 156.
[38] *Ibidem*.

> *Par chose est ele vestue, quant acune chose est presté et apromté de rendre a certayn jour; et par tels empomtz sunt les dettours obligez as creaunceors des mesmes les choses apromtez rendre en ausi bon point ou en mellior qe il les resceureunt, ou le pris, si par aventure de feu ou de ewe ou de robberie ou de larcyne ne les eynt perdues. Car encountre teles aventures de choses perdues ne deit nul respoundre, si noun par sa coupe ou pas sa neglicence. Mes si acun dettour porte sur ly deners, et il les moustre soulement entre larouns, et il en soit robbeé, ja par tant ne remeyndra qe il ne ert tenu al creanceour, pur ceo qe il ne mist mie sa diligence de les garder, car meuz les pout aver gardé.*[39]

Come in Bracton il *vestimentum* che viene esaminato in apertura della trattazione della materia dei *debts* è quello che dava vita alla classe dei contratti reali. L'azione alla base del contratto di prestito, come si può leggere non vi era distinzione chiara tra il mutuo ed il comodato, viene divisa in due momenti uno costituito da *presté* (in inglese *to loan*, prestare) e l'altro rappresentato dall'utilizzo del verbo *aprompté* (in inglese *to borrow*, ricevere in prestito). Il Britton stabiliva chiaramente l'obbligazione restitutoria nel giorno pattuito in capo all'accipiente, in maniera innovativa rispetto agli altri testi finora analizzati. A questa tipica obbligazione restitutoria temporale vi aggiungeva quella di riconsegnare le cose prestate nello stesso stato che avevano al momento del perfezionamento del contratto, oppure addirittura in uno stato migliore. Quest'ultima previsione sembrerebbe eliminare in radice la possibilità per il comodatario di richiedere un eventuale compenso per i miglioramenti fatti alla cosa durante il periodo che era presso di lui.

Qualora non fosse stato possibile restituire quanto era stato prestato si era obbligati al pagamento del suo valore. La responsabilità del comodatario era fissata entro i termini delle fattispecie già identificate sia in Bracton sia nel Fleta[40].

Vi era però un'eccezione a questa limitazione della responsabilità dell'accipiente che per quanto fosse strutturata avendo come esempio un contratto di mutuo, probabilmente poteva avere applicazione, per analogia, anche nel comodato[41]. Se infatti un debitore incauto avesse fatto balenare

[39] Ivi, pp. 156-157.

[40] Per quanto, come sottolinea Milsom, Britton possa pensare che, in un qualche modo, il debitore può essere esonerato dalla responsabilità per la perdita del bene, tuttavia non sembra attribuire una gran peso alla differenza che potrebbe assumere questa sua idea nel caso di un prestito di cosa fungibile rispetto, ad esempio, ad un caso in cui ci si trovi al cospetto di un contratto di comodato. S.F.C. Milsom, *Studies in the History of the Common Law*, London 1985, p. 177; S.F.C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969, pp. 222-223.

[41] Come nota Maitland in un particolare passaggio delle opere di Bracton vi era già

davanti agli occhi di alcuni malviventi il denaro ricevuto in prestito e come conseguenza lo avesse perso, la responsabilità sarebbe rimasta in capo a lui, proprio per il suo comportamento sventato. In questo veniva confermata, sia pure indirettamente, la regola secondo cui non vi era colpa per un caso fortuito o la forza maggiore, a meno che le azioni del debitore non fossero intervenute sul nesso di causalità.

3. *Un manuale processuale: l'*Hengham

Il Cosiddetto *Hengham Magna* era essenzialmente un manuale procedurale, scritto in latino e concentrato sulle azioni e sulle tecniche processuali[42]. Il testo era relativamente più breve rispetto ai precedenti lavori di Bracton e Glanvill, per quanto si basasse essenzialmente sul *De Legibus* bractoniano[43]. Si ritiene sia stato composto, nella seconda metà del XIII secolo da Ralph de Hengham[44], uno dei più famosi giudici regi dell'epoca che ricoprì la carica di *Lord Chief of Justice* tra il 1274 ed il 1290, ma che soprattutto ebbe sicuramente parte nell'elaborazione della *Statute Law* della prima epoca edoardiana[45]. Il lavoro di Hengham era costituito dalla

stata una certa confusione tra la responsabilità derivante da un contratto di *mutuum* e quella nascente da un comodato. Nel caso di Bracton questa viene identificata attraverso un'indagine comparata tra i vari manoscritti. «*We have examined many mss of Bracton's work for the purpose of discovering the true reading of the well-known passage on f. 99; but, so far as we can see, the vulgate text is right in representing him as applying to a case of commodatum the words which the Institutes apply to a case of mutuum*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 179, nt. 536. Cfr. anche: F.W. Maitland, *Select passages*…cit., p. 146.

[42] Cfr. P. Brand, *The Making of the Common Law*, London 1992, pp. 369-392. Il testo di cui sono sopravvissuti una cinquantina di manoscritti venne riscoperto e pubblicato da John Selden nel XVII secolo. Sulla manualistica processuale europea coeva ed i suoi rapporti con quella inglese, si rimanda al saggio introduttivo dell'edizione critica R. de Hengham, *Summae*, a cura di W.H. Dunham Jr., Cambridge 2003, pp. XVII e ss.

[43] Cfr. G. E. Woodbine, *Four Thirteenth Century Law Tracts: A Thesis Presented to the Faculty of the Graduate School of Yale University in Candidacy for the Degree of Doctor of Philosophy*, Union N.J. 1999, pp. 23 e ss. Dove si sottolinea che, pur dipendendo in una certa misura dal lavoro di Bracton, con molto spesso dei passaggi completi di brani da un testo all'altro, Hengham manteneva una certa qual libertà di spirito e di critica. Probabilmente dovuta alla sua profonda conoscenza del diritto statutario regio.

[44] Sull'ambiente in cui l'opera di Hengham venne alla luce, Cfr. T. J. McSweeney, *Priests of the Law*…cit., pp. 65 e ss.

[45] È citato un commento a lui attribuito e riportato negli Year Books: «*Do not gloss the Statute; we understand it better than you for we made them*». Si veda l'edizione critica R. de Hengham, *Summae*, …cit., p. LXV; Cfr. T. F. T. Plucknett, *The Statutes and their*

riunione di due opere distinte la *Summa Parva* che era costituita da una serie di lezioni impartite a studenti di legge e la successiva *Hengham Magna*.

All'interno *dell'Hengham n*on si ritrova una casistica o una trattazione metodologica del comodato come istituto autonomo di diritto sostanziale, questo in quanto il Trattato era dedicato essenzialmente alla procedura che sarà esaminata nel prossimo capitolo ed alla normativa regia.

4. *Leggere Trovamala in Inghilterra: Saint German*

Nel 1523 Cristopher Saint German (1460 ca, – 1540) laureatosi ad Oxford e membro dell'*Inner Temple*, scrisse un dialogo intitolato *Dialogus de fundamentis legum Anglie et de conscientia* che successivamente sarà tradotto in inglese, intorno al 1530, come *Doctor and Student: Or Dialogues Between a Doctor of Divinity, and a Student in the Laws of England*. Quest'opera venne per molto tempo ritenuta essere di fondamentale importanza per gli studi di *Common Law*, fino alla pubblicazione dei *Commentaries* Blackstone[46]. Il libro ebbe molta popolarità sia per l'accuratezza delle sue descrizioni delle varie fattispecie giuridiche, sia per il fatto, non disprezzabile all'atto pratico, che dimostrava avere una notevole conoscenza degli *Year Books* e della dottrina dei secoli precedenti. Il Dialogo offre inoltre un quadro dell'evoluzione della *Common Law* in un arco temporale immediatamente successivo alla fine del Medioevo[47].

Nella parte del testo in cui si trattava della responsabilità del *bailee* si dava una definizione, piuttosto accurata, di quella categoria di contratti che nella *Common Law* aveva appena cominciato ad essere, piuttosto genericamente, ricompresa sotto il concetto unitario di *bailments*. I *bailments*, in cui rientrava il comodato, venivano ad essere definiti non più solo dalla loro realità ma molto più praticamente identificavano tutte quelle particolari situazioni e casi in cui «*a man hath in his keeping that be not his own*»[48]. L'asse portante della qualifica di che cosa s'intendesse con il termine *bailment* non

Interpretation in the first half of the fourteenth century, Cambridge 1922, pp. 21, 49-52, 76, 94-95.

[46] Cfr. S. Leslie, *Dictionary* …cit., New York 1897, L, p. 127, *ad vocem* Saint-German Cristopher.

[47] Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 261.

[48] C. Saint German, *Doctor and Student: Or Dialogues Between a Doctor of Divinity, and a Student in the Laws of England, Containing the Grounds of Those Laws, Together with Questions and Cases*, London 1746, p. 241.

era più dovuta alla sua eventuale natura negoziale, derivava piuttosto dal mero fatto che un determinato individuo detenesse qualcosa che non era di sua proprietà. Da questa particolare fattispecie poteva derivare un ampio ventaglio di contratti, non necessariamente reali.

Il Dialogo del Saint Germain continuava enucleando le differenze tra il comodato e gli altri *bailments* fondandola, secondo una procedura oramai assimilata dal diritto inglese, sui diversi gradi di responsabilità delle parti. L'autore quindi affermava che se era stato prestato un carro od un'altra cosa infungibile, questa doveva essere utilizzata ragionevolmente, concetto questo che era espressamente specificato subito dopo. Un uso ragionevole era quello fatto entro i limiti costituiti dal normale impiego della cosa, oppure quello stabilito dalle pattuizioni contrattuali. Se le cose fossero perite perché ne era stato fatto un uso diverso da quanto era stato pattuito, allora la perdita sarebbe stata a carico del comodatario in «*Law and conscience*». Ma se le cose concesse in comodato fossero state impiegate propriamente e l'uso le avesse distrutto per fatti o motivi non imputabili al ricevente, questi non ne sarebbe stato responsabile in alcun modo e la perdita sarebbe stata posta a carico del proprietario.

È infine interessante vedere come Saint German affrontasse il ruolo del caso fortuito nella responsabilità contrattuale nascente da un comodato. Nel fare questo attingeva espressamente ad un esempio contenuto nella tardoquattrocentesca *Summa Rosella* del francescano Battista Trovamala[49]. Per quanto l'autore inglese conoscesse l'opera si deve tuttavia notare come nella sua trattazione confondesse il comodato che era stato usato nell'esempio originale, con il *depositum*[50]. In realtà questa confusione è spiegabile e può essere fatta risalire proprio all'accennata assimilazione di quasi tutti i contratti reali nell'ampia classe dei *bailments* che stava lentamente prendendo piede. St. German quindi scriveva:

In the said Sum, called Summa Rosella, the said Title Casus Fortuitus,

[49] Su Trovamala cfr. E. Bellone, *Appunti su Battista Trovamala e la sua "Summa casuum"*, in Studi Francescani, LXXIV, 3-4/1977, pp. 375-402. Sinisi sottolinea come le opinioni espresse dal Trovamala nel suo lavoro erano però «non poche volte sottoposte a severa critica e respinte» da parte di alcuni altri summisti tra cui Giovanni Cagnazzo da Taggia. L. Sinisi, *Un sommista ligure del primo Cinquecento: prime note su Giovanni Cagnazzo e la sua Summa Tabiena*, in Atti della Società Ligure di Storia Patria, nuova serie, XLVII, 1/2007, p. 104. Sulle *Summae* penitenziali cfr. P. Grossi, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in Annali della Facoltà giuridica, Università di Macerata, nuova serie, 1/1966, pp. 95-134.

[50] L'errore in cui incorse Saint German venne riconosciuto dalla successiva dottrina di *Common Law* ed il passo di Trovamala fu correttamente collegato al comodato. Cfr. C. Ellis, *A Treatise on the Law of Debtor and Creditor*, J. Londo 1822, p. 83, nt. c.

> *in the beginning, is put this case: if a man lend another a horse, which is called there a depositum, and a house by chance falleth upon the horse, wether in that case he shall answer the horse? And it is answered there, that is the house where like to fall, that then it cannot be taken as a chance, but as the default on him that had the horse delivered to him. But if the house were strong, and in no likehood and by common presumption in no danger of falling, but that it fell by sudden tempest, or such other casulty, that then it shall be taken as a chance, and that had the keeping of the horse shall be discharged.*[51]

Ma anche se i concetti esposti si erano discostati dalle trattazioni più organiche e dottrinali di Glanvill e Bracton, il comodatario era sempre considerato nei termini di *debtor* nei confronti del comodante ed era quindi soggetto alla specifica azione debitoria come si era sviluppata nella *Common Law*. Tuttavia l'utilizzo di fonti canonistiche da parte del Saint German e la fortuna di cui godrà il suo testo avranno una certa influenza nello sviluppo del successivo Writ *of Assumpsit*[52].

5. *Come scrivere il contratto. William West e la* Symboleography

Per quanto non siano mai stati inseriti nei *Books of Authority* in quanto esponenti di una branca minore della letteratura giuridica inglese fondata sulla prassi, gli estensori dei primi formulari di *Common Law* debbono nondimeno essere ricordati per le preziose indicazioni che le loro opere ci danno sul comodato.

La corporazione degli scrivani in Inghilterra era piuttosto piccola di numero ed era organizzata praticamente solo nella capitale, non essendoci molte notizie di associazioni di mestiere al di fuori di Londra. Solo gli scrivani londinesi avevano un qualche potere di supervisione sulla redazione di documenti legali, mentre molto spesso in provincia erano le parti che scrivevano autonomamente i contratti. Infine a partire dal XVII la centralizzazione della amministrazione della giustizia presso le corti centrali

[51] Ivi, p. 240. La *Summa Rosella* riportava questo passo: «*domus minabantur ruinam domum corruit, et interfecit equum tibi commodatum: certe non potest dici casus fortuitus. Quia diligentissimus reparasset domum; vel ibi non habitasset, si autem domus non minabantur, sed impetu tempestatis validae, vel terremotus: corruit non est tibi imputandum, et est casus fortuitus*». B. Trovamala, *Summa Rossella*, Venetiis 1495, rub. *Casus Fortuitus*, f. 58. Come si legge la *Summa Rosella* esaminava espressamente la responsabilità in un caso di comodato.

[52] Cfr. A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., p. 375-405.

del Regno comportò il definitivo passaggio della cruciale attività di redazione degli strumenti legali dagli scrivani agli esponenti delle professioni legali. Uno dei primi lavori dedicati ai documenti legali nel panorama giuridico inglese fu scritto da Thomas Phayer (ca. 1510 –1560) nel 1543. Phayer – la grafia del cognome utilizzata è quella più comune - fu un personaggio eclettico. Ricoprì la carica di membro del Parlamento e si dimostrò anche un discreto giurista; aveva studiato ad Oxford ed era stato ammesso al *Lincoln's Inn*, una delle quattro *Inns of Court* di Londra[53], ma deve la sua notorietà alla sua attività di medico, segnalandosi come uno dei primi pediatri inglesi. Fu anche un letterato di un certo pregio e nel 1558 tradusse l'Eneide in inglese. Il suo lavoro legale intitolato *Newe Boke of Presidentes* che conteneva una serie di formule scritte sia in inglese sia in latino, probabilmente non era che l'edizione a stampa di precedenti formule manoscritte che circolavano negli ambienti degli scrivani e dagli *attorneys*. L'opera aveva sia una funzione pratica sia una divulgativa e mirava a svelare i misteri del Diritto a chiunque sapesse leggere e scrivere [54] ed apparve in ben undici edizioni tra il 1543 ed il 1562.

Tra le formule riportate nel *Newe Boke* ve ne era una indicata come *The forme of making of all kindes of Obligations* che appare coprire tutta la gamma di obbligazioni contrattuali relative ai beni mobili. La formula è in latino e si riferisce ad un'obbligazione in denaro:

> *Noverint universi per praesentes me W. G. de R. in Comitatu S. gen, teneri et firmiter obligari W. G. in decem libris sterlingorum. Soluendum eidem W. aut suo certo Atturnato, vel executoribus suis, in festo Sancti Michaelis Archangeli proximo futur¯ post datum presentium. Ad quam quidem solutionem bene & fideliter faciendum, obligo me, haeredem, et execut. meos per praesentes Sigillo meo sigillatat. Datum tertio die Octob. Anno regni Regis Henrici octavi etc. tricesimo tertio*. [55]

[53] Le quattro *Inns of Court* sono: *Gray's Inn*, *Lincoln's Inn*, *Middle Temple* e *Inner Temple*. Queste sono associazioni professionali di *barristers* e giudici che hanno sempre svolto un ruolo fondamentale sia nella formazione sia nella vita professionale dell'avvocatura inglese. Cfr. R.R. Pearce, *A Guide to the Inns of Court and Chancery: With Notices of Their Ancient Discipline, Rules, Orders, and Customs, Readings, Moots, Masques, Revels, and Entertainments*, London 1855, pp. 1-40.

[54] L'opera di Phayer si situa in un momento importante della tradizione giuridica della *Common Law* rinascimentale, quando si dibatteva sull'utilità ma soprattutto sulla convenienza di stampare i testi giuridici, rendendoli così disponibili ad una platea molto più ampia rispetto a quella che poteva fruire – e leggere – i soli manoscritti. La posizione dell'autore era favorevole alla divulgazione a stampa del Diritto. Cfr.: R.J. Ross, *The commoning of the Common Law: the Reinassance debate over printing English Law*, 1520-1640, in University of Pennsylvania Law Review, CXLVI, 2/1998, pp. 323-461. Per il ruolo di Phayer – nel testo si usa la forma Phaer -, si vedano le pp. 332-333, soprattutto nt. 20.

[55] T. Phayer, *A booke of presidents, with additions of divers necessarie instruments, meete for all*

L'*instrumentum* proposto da Phayer è un *contract under seal* che rappresenta la particolare formalità tipica del diritto inglese, In questa formula la parte si obbliga a versare la somma di dieci sterline nel giorno di San Michele.

Tuttavia il testo fondamentale in materia di formule nel diritto inglese rinascimentale è rappresentato dalla *The First Part of Symboleography* di William West (ca. 1548-1598), pubblicata per la prima volta nel 1590[56]. West era stato ammesso all'*Inner Temple* ed aveva quindi una notevole esperienza pratica come *barrister*; la sua opera costituisce una ulteriore conferma dell'assunzione da parte della professione legale delle incombenze relative alla redazione degli atti, ma prova anche una certa qual conoscenza dell'autore perlomeno a livello terminologico del Diritto Comune.

Il giurista esordiva specificando che un *covenant* poteva essere inserito in diversi documenti legali per cui riteneva fosse giusto mostrarne svariati modelli a fini esemplificativi, come guida pratica per chi volesse correttamente redigerli. Per l'autore un *instrument of covenant* era un *formal deed* (un atto formale) in cui una parte prometteva o stipulava con un terzo di fare o non fare qualcosa o di pagare una determinata cifra a fronte di una prestazione[57]. Nelle sue premesse West definiva il comodato – l'autore utilizzava il termine latino - come un contratto reale in cui ad una parte era permesso di utilizzare gratuitamente la cosa appartenente ad un altro avendo l'obbligo di restituirla in specie. Oltre all'uso del nome latino del negozio è interessante anche il fatto che West identificasse le parti contraenti con i termini romanistici e di Diritto Comune di *commodans* e *commodatarius*[58]. La cosa concessa in uso era definita *commodatum*, una soluzione che abbiamo già visto ricorrere nel diritto inglese medioevale. La formula proposta per un contratto di *commodatum* da West che era scritta in inglese, era la seguente:

> *Be it knowen etc. That A.B. etc the day of the making hereof hath received and had by way of a frank and friendly loane of C.D. one Bible, contayning the old and new Testament in the Greeke tongue,*

such as desire to learne the manner and forme how to make evidences and instruments, &c. as in the table of this booke more plainly appeareth, London 1607, f. 58.

[56] Per un accurato studio di questa evoluzione si rimanda a R. H. Helmholz, C.R. Cheney, P. Stein, *Notai in Inghilterra prima e dopo la Riforma*, Milano 1991, pp. 325-342. La seconda parte del trattato dove si trattava dell'*equity* apparve successivamente nel 1594 e venne dedicata a Edward Coke.

[57] W. West, *The First Part of Symboleography, which May Bee Termed the Art, Or Description, of Instruments and Presidents. Lately Perused and Amended by William West of the Inner Temple Esquire, First Author Thereof*, London 1598, I, sec. 57.

[58] Ivi, I, sec.15.

bound in past and in black leather, to be used by him till etc, during which time the said A.B., doth by these presents for him, his esecutors, and administrators, and every of them covenant, promise and agree, to and with the said C.D., his etc. well and safely to keepe the said book, and it to restore and redeliver to the said C.D or his certain attorney, his esecutors, or administrators, in so good plight as the same now is, or then to pay to the said C.D. for the same booke r.l. s. of etc., for the performance of which covenant and agreement, the said AB doth by these presents bind himself, his esecutors, and administrators, and every of them in r.l. s. of lawfull English money, to be paied to the said C.D., his esecutors, or administrators, in witnesse whereof etc. [59]

Nella formula si identificano alcuni elementi fondamentali del contratto: la descrizione, piuttosto accurata del bene concesso in comodato, la previsione di un termine di restituzione, l'obbligazione di tenerlo bene ed al sicuro e di riconsegnarlo nelle stesse condizioni in cui era stato preso. Il tratto caratteristico del contratto di comodato inglese è rappresentato dalla previsione di una precisa cifra da versarsi in caso di mancata restituzione del bene. Questa previsione era eminentemente di natura processuale, permetteva infatti di impostare in caso di inadempimento un *Writ of Debt*, fornendo la necessaria identificazione del valore della cosa comodata. Mancando questo l'azione era improcedibile.

Se si confronta e compara la formula disegnata da West con quelle dei notai continentali, come quella contenuta nella *Summa Artis Notariae* di Rolandino[60], subito colpisce la relativa stringatezza dello "strumento" inglese. Esistono certamente punti di contatto tra le due formule, in ambedue i casi l'oggetto del prestito è un libro[61]. Caratteristicamente per il giurista

[59] Ivi, I, sec. 101.

[60] Cfr. l'*instrumentum commodati* come impostato da Rolandino. Rolandinus de Passageriis, *Summa artis notariae*, in *Summa totius artis notariae*, Venetiis 1574, *pars* I, cap. III *de debitis et creditis*, pp. 97-98. Su Rolandino e l'importanza della sua *Summa*, cfr. L. Sinisi, *Alle origini del notariato latino: la "Summa Rolandina" come modello di formulario notarile*, si veda G. Tamba (cur.), *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa: atti del Convegno Internazionale di Studi Storici sulla Figura e l'Opera di Rolandino; Bologna ..., 9 - 10 ottobre 2000*, Milano 2002, pp. 163-234.

[61] In un formulario notarile belga di inizio settecento, che era una traduzione di un precedente testo del XVII secolo scritto in fiammingo, accanto alla formula relativa al prestito di un cavallo vi è anche quella riguardante quella di un certo numero di libri legali che è interessante riportare a fini comparativi con quella di West: «*Ce jourd'hui…1703 est comparu Me…P…avocat au…lequel, atendu qu'il est dans l'obligation d'aller à Paris en commission pour le temps de deux ou trois mois, a declaré à la requisition amiable de N. Licentié en l'un & l'autre Droit, de lui avoir prêté les Ouvres de Cujas, & ceux d'Antoine Faber les uns & les autres en…volumes & en relivre de France, & plusiurs autres, suivant la liste ou le Catalogue qui en a été fait 6 signé desdits comparans, le second*

continentale è una copia del Digesto mentre per quello inglese una copia della Bibbia scritta in greco. Ma l'*instrumentum* concepito da Rolandino è mirato a proteggere il comodante da ogni possibile conseguenza per lui negativa derivante dal contratto. È un atteggiamento comprensibile poiché il comodato si basava su un atto di cortesia e di gentilezza – la *gratia* - per cui era logico che il comodante non dovesse perderci. Apparentemente un punto di contatto tra i due strumenti è rappresentato dall'attribuzione di un preciso valore economico al bene in sede di redazione dell'atto. Ma Rolandino prevedeva che la cosa fosse stimata prima della *traditio* secondo quanto disposto in D. 13, 6, 5, 3 come ulteriore tutela del concedente[62], mentre in West il valore del bene è indicato per potere adire validamente in giudizio. La stesura del contratto inglese appare essere plasmata molto di più dalla procedura che si doveva affrontare in caso di inadempimento piuttosto che da considerazioni dottrinali.

Molti dei formulari inglesi dei secoli successivi non riportarono specifiche formule di *instrumentum commodati*, pur presentando un vasto numero di modelli di atti relativi a vari istituti che spaziavano dal diritto penale a quello "costituzionale"[63]; ciò avveniva perché a meno che la cosa concessa in comodato non fosse stata di grande valore, era piuttosto raro che nella quotidianità si redigessero contratti scritti di comodato per i piccoli prestiti

comparant promettant de restituer les mêmes livres in specie avec remercirement au premier comparant lors de son retour, promettante de plus au premier comparans de l'indemniser de tous les dommages qui pourroient souvenir aux livres susdits, sous l'obligation prout in formam; constituant irrevocablement tous porteurs des presentes pour comparoître au nom du secon comparant pardevant le Conseil de Sa Majeste…& d'y faire declarer la condamnation volontaire contre lui avec dépens à defaut de l'exécution desdites presentes. Actun ut ante… coram N.N. testibus requisitis». J.B.J. Huygens, *Le Notaire Belgique ou la Science des Notaires Divisée en Théorie et Pratique*, Bruxelles 1706, p. 174-175.

[62]«*et in ipso servando et custodiendo summam et exactissimam diligentiam adhibere: et eundem librum eiusdem bonitatis, ut nunc est, restituere et consignare sibi, aut solvere et dare edidem nomine aestimationis et pro aestimatione eiusdem libri concorditer ab eis ibidem facta quinquaginta lib. Bono*.». Rolandinus de Passageriis*, Summa artis*…cit., p. 97.

[63] Anche nei formulari continentali successivi all'opera di Rolandino si trova riportato raramente l'*instrumentum commodati.* Una formula riguardante un contratto di comodato si rinviene nella *Compilatio plurimorum ad Tabelllonium officio pertinentium* di Giovanni Maggi, cfr. G. Maggi, *Compilatio plurimorum ad Tabelllonium officio pertinentium*, Brescia 1571, *pars* I, for. 102, nel citato lavoro del Facio, cfr. A. Facio, *Prattica d'instrumentare ad uso universale*…cit., pp. 31-32 e nel formulario del genovese Viceti pubblicato per la prima volta nel 1647, cfr. Giovanni Stefano Viceti, *Formularium instrumentorum testamentorum procurarum, actorum, & aliorum pro adolescentibus Notariatum profitentibus*, Genova 1743, pp. 54-55. Sui formulari come genere letterario giuridico e sul fenomeno della "regionalizzazione" così come si dispiegò soprattutto in Italia, cfr. L. Sinisi, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano 1997, pp. 23-86.

tra vicini e conoscenti. Questi minuscoli gesti di cortesia erano spesso privi di formalità e stipulati oralmente ed è difficile pensare che venisse stabilito espressamente il valore della cosa prestata, impedendo così la possibilità di agire giudizialmente per una eventuale restituzione.

Capitolo III

Quia tot erunt formulæ brevium quot sunt genera actionum. Debt, Detinue, Assumpsit
Procedura

Sommario: 1. *Summoner ou attacher A. pur respondere al suit:* i *Writs*. – 2. *Quod ipse ei iniuste ei deforciat*: il *Writ of Debt.* – 3. Un concetto ancora fluido. Il *Writ of Debt* e lo *Statutum Walliae*. – 4. *Rei Vindicatio* e *Writ of Detinue*. – 5. *Slade's case*, il sorgere del *Writ of Assumpsit*.

1. Summoner ou attacher A. pur respondere al suit*: i* Writs

La base del sistema processuale inglese medievale era costituita dal *writ*, parola che veniva resa nelle formule processuali con il termine latino *breve*[1]. Il *writ* era un ordine scritto che doveva necessariamente essere munito di sigillo a fini di validità e che veniva emanato dal Sovrano per i più svariati scopi. Il suo uso si era sviluppato durante la monarchia Anglo Sassone. In origine – e tuttora - non era necessariamente uno strumento processuale, ma piuttosto un ordine del monarca. Un'utile definizione di cosa fosse un *briefe* nel XVI secolo si ritrova nell'opera di Rastell che scrisse in *Law French*: «*Briefe (breve) signifie plus properment en nostre Ley, le process que issuist hors del Chancery ou autre Court, commandant le viscount de summoner ou attacher A. pur respondere al suit B*»[2].

In questa definizione figurano tutti gli elementi fondamentali di un *writ* che poteva essere riassunto, dal punto di vista processuale, come un ordine impartito al Visconte (Sceriffo) di una particolare località, spiccato dalla Cancelleria Regia, di convocare A per rispondere alla domanda giudiziale portata contro di lui da B.

Fu a partire dal Regno di Enrico II (1133-1189) che i *writs* divennero

[1] Per una ricostruzione del sistema dei *writs*, Cfr. A. Cavanna, *Storia* …cit., I, pp. 501-506, A. Padoa Schioppa, *Storia* ... cit., pp. 224-229.
[2] J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p. 46, *ad vocem Briefe*.

lo strumento per adire, previo il loro acquisto, le corti regie[3]. Nacque così il *writ of right*, o genericamente *breve de recto* che permetteva di adire una corte di giustizia. Glanvill costruì il suo sistema, in parte, proprio per identificare quale fosse la giurisdizione delle corti regie che diventeranno poi il *King's Bench* e successivamente, la *Court of Common Pleas*, ma che in quel momento storico erano ancora in fase embrionale ed in evoluzione. Il sistema fondato sui *writs* si ingrandì fino a divenire quello che Maitland definiva: «*the most important characteristic of English medieval law*»[4]. Lo stesso Bracton ne aveva sottolineato l'importanza quando aveva affermato la necessità della *formula brevis*[5] per potere iniziare un giudizio[6].

La formula di diritto veniva creata dalla Cancelleria del Sovrano, ricordiamo che era pur sempre un ordine regio e doveva essere acquistata. L'*actio* alla base del diritto doveva essere identificata dal compratore e successivamente veniva ad essere ricompresa nel testo del *writ* al momento della sua redazione da parte dei *clercks* della Cancelleria. Nel *writ* veniva quindi ad essere condensata una formula specifica che comprendeva sia la domanda processuale sia il *thema decidendum* della causa[7]. La *forma*

[3] Sull'evoluzione storica delle *Superior Courts* in Inghilterra, Cfr. J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2019[5], pp. 44-59.

[4] F. W. Maitland, *The Forms of Action* …cit., p. 1.

[5] Il fatto che il *writ* o breve utilizzasse formule latine non deve portare alla conclusione che vi fosse un'influenza del Diritto Romano nella procedura. «*The language that the writs used would eventually become a technical vocabulary of its own, but the royal councilors who drafted these writs drew on the languages that they already knew. There has been debate about whether Roman law played any part in the drafting of Henry II's writs. If it did, and I think it doubtful that it layed much of a role, it has left no mark on the language of the writs themselves. Despite the fact that the writs were written in Latin, the drafters took their inspiration from the Anglo-French vernacular*». T.J. McSweeney, *Property Before Property*…cit., p. 1150.

[6] «*quia tot erunt formulæ brevium quot sunt genera actionum, quia non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere*». Bracton, *On the laws* …cit., IV, p. 286.

[7] Per dare un'idea di un *writ* in particolare e della sua genesi, si riporta un passo sul regime patrimoniale della vedova e sui modi per recuperare le di lei proprietà, come stabilito nello Statuto di Westminster del 1285, 13 Edward I, St. 1. Questo *Statute*, denominato Westminster II, costituiva un primo tentativo di raccogliere la normativa inglese in un unico codice e regolava una serie di *writs* necessari allo scopo. La norma, dopo aver identificato una lacuna nel sistema dei *writs* che veniva a ledere i diritti della vedova, creava per risolvere la situazione un *breve de recto* pensato specificamente per la situazione: «*In casu quando vir amisit per defaultam tenementum quod fuit jus uxoris suae, durum fuit quod uxor post mortem viri sui non habuit per breve de recto. Propter quod dominus rex statuit quod mulier post mortem viri sui hbeat recuperare per breve de ingressu* […]». In T. F. T. Plucknett, *The Statutes and their Interpretation in the first half of the fourteenth century*, Cambridge 1922, p. 173. Sull'idea di Westminster II come un tentativo di codificazione del diritto inglese: «*The law of dower, of advowson, of appeal for felonies, is largely amended; the institution of justices of assize is remodelled, and the*

actionis così acquisita verrà ad essere denominata *original writ*, in quanto, di regola, costituiva l'inizio dell'azione civile[8] Tutti i *brevia originalia* dovevano essere acquistati dalla Cancelleria e dovevano essere muniti del Gran Sigillo d'Inghilterra[9]. Nel corso dell'evoluzione del sistema della *Common Law* l'*original writ* verrà contrapposto al *judicial writ* che era un ordine emesso da una corte[10]. Queste due tipologie di *writs* erano quelle conosciute ed utilizzati da Glanvill. Successivamente anche Bracton approfondirà l'esame dei *brevia* e la loro catalogazione. La tipologia dei *brevia orginalia*, già identificata da Glanvill, verrà quindi ulteriormente suddivisa nel *De Legibus* in cinque distinte classi[11]. La prima di queste era costituita da quei *writs* che *« sunt formata super certis casibus et de cursu et de consilio totius regni concessa et approbata, quæ quidem nullatenus mutari poterunt absque consensu eorundem et voluntate*»[12]. Accanto a questa erano identificate altre due classi di *brevia*: i *personalia* ed i *mixta*. Bracton quindi riprendeva il concetto di *judicial writ*, sostanzialmente confermando il pensiero del suo predecessore Glanvill. Ma l'innovazione più importante dell'autore era costituita da quella che veniva da lui definita come la classe dei *brevia magistralia*[13].

Il numero dei *brevia originalia* non era, almeno in teoria, infinito. Lo stesso Bracton dichiarava che questi *writs* su cui si fondavano le azioni e che

abuses of manorial jurisdiction repressed; the statute De religiosis, the statutes of Merton and Gloucester, are amended and re-enacted. Every clause has a bearing on the growth of the later law. The whole, like the first statute of Westminster, is a code in itself […]». W. Stubbs, *The Constitutional History of England in Its Origin and Development*, Oxford 1875, p. 118. Sul sistema dei *writs* cfr. Cfr. J. Baker, *Introduction* …cit., 2019[5], pp. 60-73.

[8] «*An original writ is a mandatory letter from the king in Chancery, scaled with his great seal; and, in the King's Bench, may be the means of commencing all personal actions, against every person not being an attorney or officer of the court, or a prisoner in the actual custody of the marshal. Formerly indeed, it was not usual to proceed in the King's Bench, by original writ, in debt, detinue, or other action of a mere civil nature*». W. Tidd, *The Practice of the Courts of King's Bench: And Common Pleas, in Personal Actions; and Ejectment: the which are Added the Law and Practice of Extents; and the Rules of Court, and Modern decisions, in the Exchequer of Pleas*, London 1828, I, p. 102.

[9] «*Les originals sont tojours de essre purchase hors de la Chancery, sous le grand seale d'Angleterre, esseant en la custody del Chanceller d'Angleterre*». S. Thelolall, *Le digest des briefs originals et des choses concernants eaux*, London 1687, p. 2.

[10] Era un *judicial writ* quello di *Habeas Corpus* che era un ordine dato da una corte ad un carceriere di portare davanti a lei un prigioniero, per sentire per quale motivo era tenuto in cattività. Anche il *Writ of Certiorari*, in determinati casi poteva rientrare nella categoria dei *judicial writs*. Cfr. W. Tidd, *The Practice of the Courts of King's Bench*…cit., I, p. 404.

[11] Cfr. W. Stubbs, *The Constitutional History* …cit., p. 390, nt.2.

[12] Bracton, *On the laws* …cit., IV, p. 285. Da cui il nome *brevia de cursu*. Cfr. Vittoria Barsotti Vincenzo Varano, *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law Common Law*, Torino 2014[5], p. 277.

[13] Cfr. W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, London 1923, II, p. 245

erano stati creati per dare una soluzione processuale a specifici casi, erano da intendersi come fissi ed immutabili nella forma, a meno che non intervenisse un provvedimento del Parlamento. Quest'organo nel *De Legibus* era definito come il *Consilium totius regni*. Ma i r*emedies* che la legge offriva ai tempi del *De Legibus*, non erano ancora stati limitati con precisione e non lo sarebbero stati ancora per qualche anno; per questo motivo non essendo chiaro quali fossero esattamente gli *original writs*, il loro numero continuava a crescere[14].

Questa proliferazione era una conseguenza del fatto che ne era stata definita solo la natura e la funzione, ma non erano mai stati né enumerati né indicati specificamente,

All'epoca di Bracton e di Fleta la Cancelleria poteva concedere, oltre a quelli che erano chiamati *brevia de cursu*[15] che erano redatti dai funzionari più giovani e la cui stesura non avrebbe dovuto presentare particolari difficoltà, in quanto la loro formula era già registrata, anche i cosiddetti *brevia magistralia*. Questi erano *writs* che venivano creati dalla Cancelleria ed erano redatti da uno dei *Masters of Chancery*, da qui la definizione di *magistralia*[16]. I *brevia magistralia* erano quindi creati *ex novo* dalla Cancelleria e variavano nella loro formulazione a seconda delle necessità particolari che il caso presentava. L'aumento del numero dei *brevia* e la conseguente confusione processuale era imputabile alla categoria dei *brevia magistralia* [17].

Piuttosto presto si intervenne in questa materia, con le *Provisions of Oxford* del 1258[18] con cui si mirava a mettere un freno alla moltiplicazione

[14] Cfr ivi, II, p. 243.

[15] «*There is now a large store of original writs which are writs of course (brevia de cursu), that is to say, they may be obtained from the subordinate officers of the royal chancery on payment of fees, the amount of which is becoming fixed*». F. W. Maitland, *The Forms of Action* … cit., p. 33.

[16] Contrapposta espressamente a quella *de cursu*. Cfr. J. Doddridge, *The English Lawyer: Describing a Method for the Managing of the Lawes of this Land and Expressing the Best Qualities Requisite in the Student, Practizer, Judges and Fathers of the Same*, London 1631, p. 45. «*Some are "brevia Magistralia, quae nec sunt 'de cursu nec formata, i. e. de aliqua certa "forma, sed saepius variant secundem varietatem ' casuum, factorum & querularum;' as are actions upon the case, &c. which have not any certain form, but are upon occasion drawn by the masters of the chancery, and from thence are called Magistralia; all this is by virtue of the words of the statute of W. 2. c. 24. 'concordant clerici in Cancellaria de brevi faciendo*». T. B. Howell, *A Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanors from the Earliest Period to the Year 1783*, London 1816, VI, col. 1088.

[17] Cfr. J. Reeves, *Reeves' History*…cit., II, p. 114.

[18] Cfr. R. Wickson, *The Community of the Realm in Thirteenth Century England*, London 1970, p. 53, pp. 81-82. Criscuoli ritiene, con una certa ragione che le *Provisions of Oxfords* resero sclerotico il sistema irrigidendolo. È anche vero che però le *Provisions* posero un necessario freno alla proliferazione di *writs*. Cfr. G. Criscuoli, *Introduzione allo*

incontrollata di *writs*. Le sue disposizioni vennero successivamente confermate, anche se rese meno rigorose proprio sul punto del divieto della creazione di nuovi *writs* nel Secondo Statuto di Westminster del 1285 (13 Edw. 1). In questo provvedimento si limitò il numero dei *writs* emanabili che vennero identificati specificamente e si stabilì che il Cancelliere poteva utilizzare solo le forme di azione più risalenti come erano state raccolte nel *Registrum Brevium*[19]. Per questo motivo i *writs* la cui forma era contenuta in questo Registro vennero ad essere denominati *brevia formata*[20]. Rimaneva

studio del diritto inglese: le fonti, Milano 1981, p. 158.

[19] Il *Registrum Brevium* era inquadrato come «[…] *the name of a most ancient booke, and of great authoritie in law, containing of all the originall writs of the Common Law; of which booke see Britton, more in the preface to the ninth part of my Reports, and conubi supra. Taineth also brevia judicialia, quae sapiis variantur secundum Regist. varietatem placitorum proponentis et respondentis*»; «*Register is a most ancient booke of the Common Law: and it is to two-fold, viz. a registrum brevium and registrum brevium iudicialium. It is a French word, and signifieth a memoriall of writs. Sometimes the register of originall writs is called registrum cancellariae; because all original writs do issue out of the chancery, as extra officinam justitiae; for the antiquity and estimation of which booke I referre the reader to the epistle before the Tenth Part of my Commentaries*». E. Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, a Commentary Upon Littleton: Not the Name of the Author Only, But of the Law Itself: Including Also the Notes of Lord Chief Justice Hale and Lord Chancellor Nottingham, and an Analysis of Littleton, Written by an Unknown Hand in 1658 – 9*, a cura di F. Hargrave, London 1832[19], I, Sect. 102, *ad vocem Escutage* e Sect. 233, *ad vocem Rents*. Una panoramica dell'evoluzione cronologica dei *writs* che erano contenuti nel *Register Brevium* è riportata nell'appendice V del lavoro di William Searle Holdsworth. W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, pp. 606 e ss.

[20] Sui *brevia formata* si veda: M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico* …cit., p. 34. Cfr. anche J. Chitty, *A Treatise on the Parties to Actions, the Form of Actions and on Pleading, with Second and Third Volumes, Containing Precedents of Pleadings*, London 1825, I, p. 82. Si veda anche F.W. Maitland, *The Forms of Action…cit.*, p. 5, dove si nota come un certo numero di *writs* identificati da Bracton erano in realtà da attribuirsi al suo maestro Raleigh. *Brevia formata* e *brevia de cursu* erano sostanzialmente sinonimi. Per un rapido sunto dell'evoluzione dei *writs* e dell'apporto della cancelleria alla loro creazione sulla base di situazioni pratiche: «*All original writs, without which an action could not anciently be commenced, issued from the chancery. Many of these were of ancient and established form, and could not be altered; others admitted of variation by the clerks according to the circumstances of the case. In obtaining a writ, a praecipe was issued by the party demandant, directed to the proper officer in chancery, stating the substance of his claim. If a writ already in existence and enrolled upon the Register was found exactly adapted to the case, it issued as of course (de cursu), being copied out by the junior clerks, called cursitors. If none was found, a new writ was prepared by the chancellor and subjected to the decision of the grand council, their assent being presumed in some cases if no objection was made. In 1250 it was provided that no new writs should issue except by direct command of the king or the council. The clerks, however, it is supposed, still exercised the liberty of adapting the old forms to cases new only in the instance, the council, and its successor (in this respect, at least), parliament, possessing the power to make writs new in principle. The strictness with which the common-law courts, to which the writs were returnable, adhered to the ancient form, gave occasion for the passage*

intatto il potere del Parlamento di creare nuovi *writs*[21]. Lo statuto di Westminster, al cap. 24, manteneva aperta la possibilità per la Cancelleria di impostare specifici *writs*, ma non di crearne *ex novo* come faceva prima, basandosi sempre su quelli precedenti. Lo *statute* se pure limitava i *brevia* emanabili ammetteva la possibilità di modificare la formula di quelli già esistenti, quando il principio di diritto della domanda fosse stato lo stesso di quello di un *writ* già in uso, ma ne differisse lo scopo[22].

Sotto certi aspetti la struttura del sistema dei *writs* potrebbe ricordare quello delle azioni nel Diritto Romano e si potrebbe ipotizzare un collegamento evolutivo tra di loro. Già Maitland era rimasto affascinato da quest'idea e riportava nella sua opera gli aspetti che presentavano una certa contiguità tra il sistema delle azioni inglese e quello pretorile romano[23].

of the stat. Westm. 2, c. 24, providing for the formation of now writs. Those writs which were contained in the Register are generally considered as preeminently brevia formata». John Bouvier, *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union: With References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*, Philadelphia 1879, I, p. 221, *ad vocem Breve*

[21] Una conseguenza di questa chiusura del sistema dei *writs* fu lo sviluppo, inaspettato, del *Writ of Trespass* che si gonfiò fino ad assumere funzioni ben oltre quelle che erano le sue originali: «*The subsequent development of forms will consist almost entirely of modifications of a single action, namely, Trespass, until at length it and its progeny-Ejectment, Case, Assumpsit, Trover-will have ousted nearly all the older actions*.» F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 564.

[22] In 13 Edw I ch. 24, in materia di *Entry*, era stabilito infatti il principio del *casu consimili* che permetteva alla Cancelleria, nel caso in cui una situazione non avesse un *writ* appropriato, ma ricadesse nell'ambito di un diritto già tutelato da un *writ* esistente, di formarne uno nuovo, prendendo come base quello già in uso. «*Et quotienseumque de cetero evenerit in Cancellaria quod in uno casu reperitur breve et in consimili casu cadente sub eodem iure et simili indigente remedio concordent clerici de Cancellaria in brevi faciendo vel atterminent querentes in proximo parliamento*». O. Ruffhead, *The Statutes at Large*… cit., I, p. 95. Fu questa previsione che portò alla moltiplicazione dei *writs* fondati su quello di *trespass* nella *Common Law*, ampliandone l'efficacia oltre i termini iniziali. Cfr. T. G. Watkin, *The Significance of 'In Consimili Casu',* in The American Journal of Legal History, XXIII, 4/'79, pp. 283-311. «*So that the wise and equitable provision of the statute Westm. 2,13 Edw. I. c. 24, for framing new writs when wanted, is almost rendered useless by the very great perfection of the antient forms. And indeed I know not whether it is a greater credit to our laws, to have such a provision contained in them, or not to have occasion, or at least very rarely, to use it*». W. Blackstone, *Commentaries* …cit., III, p. 184.

[23] «La *Common law* risulta singolarmente vicina allo spirito del Diritto Romano classico: analogamente a quest'ultimo, infatti, essa è fondamentalmente una *case law* non scritta, cioè una giurisprudenza che si fonda sulla decisione degli specifici casi concreti…Orbene, non era lo *ius civile romano*, appunto, un diritto non scritto, creato come metodo casistico dai giuristi? Uno *ius* che, secondo il celebre passo di Pomponio (D.I, 2, 2, 5), "*sine scripto venit compositum a prudentibus*"? Non stupisce dunque che Frederic William Maitland, il grande storico del diritto inglese, dica che i giuristi anglosassoni sono più romani dei romanisti». A. Cavanna, *Storia* …cit., p. 481.

Tuttavia in conclusione della sua riflessione ne aveva anche identificato, correttamente, la grande differenza:

> *For a moment our cancellarius with his registrum brevium looks very like the praetor with his album, but, while the praetor listens to both parties before he composes the formula, the chancellor when he issues the original writ has never heard the defendant's story, and in most cases the plaintiff obtains a writ ' as of course ' by merely saying that he wants it and paying for it.*[24]

Questa idea della vicinanza logica tra il sistema delle azioni pretorili romane e quello inglese dei *writs* ha sempre affascinato la storiografia giuridica anglosassone. Se effettivamente si possono evidenziare delle analogie tra i due ordinamenti processuali, soprattutto per quanto riguardava la parte relativa alla forma delle azioni[25], queste devono anche essere riportate entro i termini delle grandi differenze che intercorrevano tra di loro. Nel sistema romano era il solo pretore ad essere responsabile delle addizioni da lui fatte all'editto, nella *Common Law* era la Cancelleria come ufficio[26]. In effetti se potrebbe essere affascinante paragonare il *Registrum Brevia* all'Editto del Pretore, bisogna sempre ricordare che dal punto di vista della genesi delle *actiones*, nella *Common Law*, non era il giudice a crearle ma era un ufficio che risiedeva presso il Sovrano[27].

Secondo quanto era stato scritto da Bracton il *writ* doveva essere modellato ed inteso, nella sua natura, seguendo lo schema di una *regula iuris*[28], poiché succintamente e chiaramente doveva statuire l'*intentio* del richiedente. La brevità dello stesso non doveva andare a scapito della causa della domanda, questa doveva essere specificata insieme alla *vim intentionis*[29]. L'attore quindi doveva scegliere, al momento di intraprendere

[24] F. Pollock F.W Maitland, *The History of english law*…cit., II, p.560.

[25] «C'erano registri dei *writs* che elencavano quelli concessi d'abitudine, e i litiganti inglesi potevano ottenerli dalla cancelleria nello stesso modo in cui quelli romani sceglievano le loro formule dall'editto del pretore». P. Stein, *I Fondamenti di diritto europeo*, Milano 1987, p. 52.

[26] Cfr. W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, p. 519.

[27] In questo particolare caso, cioè nel momento iniziale del procedimento, non operava il dato caratteristico della *Common Law* che Padoa Schioppa ha identificato nel «il diritto come frutto della creatività dei giudici regi». A. Padoa Schioppa, *Storia* ... cit., p. 221.

[28] Cfr. C. McGuffey Hepburn, *The Historical Development of Code Pleading in America and England*, Union N.J. 2002, p. 84.

[29] «*Breve quidem, cum sit formatum ad similitudinem regulæ iuris, quia breviter et paucis verbis intentionem proferentis exponit et explanat, sicut regula iuris, rem quæ est breviter ennarat. Non tamen ita breve esse debet quin rationem et vim intentionis contineat*». Bracton, *On the laws* …cit., IV, p. 285.

una causa, quale specifico *writ* utilizzare. Ma con l'evoluzione del diritto e della procedura la scelta poteva presentarsi complicata, in quanto il numero di azioni disponibili presso la Cancelleria erano cresciute col passare del tempo, ne erano state create di nuove ed altre si erano specializzate[30].

> […] *English law knows a certain number of form of actions, each with its own uncouth name, a writ of right, an assize of novel dissesin or mort d'ancestor, a writ of entry sur dissesin, in the per and cui, a writ of besaiel, of quare impedit, an action of covenant, debt, detinue, replevin, trespass, assumpsit ejectment, case*.[31]

La scelta da parte dell'attore, da un certo momento in poi dal suo *solicitor*, di una particolare *form of actions* tra quelle che erano enumerate nel passo citato sopra e che sono indicate solo a titolo di esempio, non doveva limitarsi al mero dato nominalistico o tecnico. Bisognava sempre valutare altri aspetti, calibrandoli con le pretese dell'attore e con il risultato che si intendeva raggiungere. Infatti ogni singolo *writ* enumerato in quest'elenco, peraltro incompleto ripetiamolo, poteva comportare conseguenze processuali diverse, sia in materia di giurisdizione, sia di competenza, sia di struttura probatoria[32]. Una volta ottenuto il *writ* bisognava sempre ricordare che: «*The Chancery issued the writs; but the judges might quash a writ which they deemed to be inconsistent with legal principle*»[33].

2. Quod ipse ei iniuste ei deforciat*: il* Writ of Debt

Nonostante tutte le analogie, spesso solo apparenti che poteva avere con

[30] La stagione d'oro delle forme termina con Enrico II; quando Bracton poteva ancora affermare «*Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum*». Ma dopo di lui il discorso era cambiato e come notava Maitland l'affermazione di Bracton andava essenzialmente rovesciata in «*Tot erunt genera actionum quot sunt formulae brevium*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 564. Cfr. G. Criscuoli, *Introduzione*…cit., p. 143.

[31] F.W. Maitland, *The Forms of Action* …cit., pp. 1-2. Il sistema dei *writs* crebbe presto in complessità e questi «*were early framed, with a very remarkable degree of precision and system*». F.W.L. Dwarris, *A general Treatise on Statutes, their rules of construction, and the proper boundaries of legislation and of judicial interpretation. Including a summary of the practice of Parliament and the ancient and modern method of proceeding in passing Bills of every kind. By Sir F. D., assisted by W. H. Amyot*, London 1848², p. 728.

[32] Cfr. F.W. Maitland, *The Forms of Action* …cit., p. 2.

[33] W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, pp. 519-520.

il sistema processuale romano pretorile, la *Common Law* non possedeva una specifica azione come quella prevista in D. 13, 6, 1. Il comodato quindi non aveva una propria azione dedicata e non esisteva neanche la corrispondente azione contraria. Quando Glanvill scrisse il suo Trattato la sua idea principale era quella di plasmare la giurisdizione delle Corti Regie e di identificare mediante quali azioni queste potevano essere adite. L'azione che poteva applicarsi quindi al comodato era solo quella rappresentata dal *Writ of Debt*, un'azione piuttosto generale, naturale sbocco processuale di molti contratti e che presupponeva, fin dal suo nome, che fosse dovuto un generico qualcosa.

Come si è detto nel testo di Glanvill la causa di un *writ* di questo tipo poteva essere, tra le altre, quella nascente da un contratto di comodato stipulato tra le parti. Questo particolare breve, inizialmente, si differenziava da altri *writs*, come quello di *covenant*[34], perché poteva essere utilizzato come rimedio legale sia per le transazioni formali sia per quelle informali. Questo era possibile fintantoché da queste ne derivava un'obbligazione per una delle parti di pagare un *debt* che normalmente ma non necessariamente, era rappresentato da una somma di denaro[35].

Glainvill operava in un ordinamento giuridico che aveva già degli antecedenti storici. L'azione di *debt* fece la sua apparizione molto probabilmente nel XII secolo e fu la prima azione di natura contrattuale ad essere regolarmente concessa[36]. Nondimeno c'è da ricordare che, almeno in epoca anglosassone, un *Writ of Debt* non era solamente un istituto processuale. Il breve infatti poteva semplicemente contenere un ordine, paragonabile sempre con le dovute cautele all'*Interdictum* del Diritto

[34] Il *Writ of Covenant* non era citato da Glanvill, ma appare nei *plea rolls* intorno al 1194. Inizialmente si applicava ai *contract under seal* e sostanzialmente con questo si chiedeva l'esecuzione del contratto in caso di inadempimento. Il problema era dato dal fatto che non si poteva applicare nel caso di un'insolvenza contrattuale, come poteva essere un mancato pagamento o la non restituzione di un prestito, perché in questo caso, anche in presenza di un contratto formale, l'azione sarebbe stata quella di *debt*. Cfr. R. R. Perry, *Common-law Pleading*…cit., pp. 57-60. Il *writ* poteva avere diverse funzioni perciò in alcuni casi poteva essere un'azione reale, in altri personale, questa era l'azione che nasceva qualora «*a man by deed covenant with another to build him a house* […] *and he doth no the same according to the covenant*». Fitzherbert sottolinea la necessità di un *deed* formale perché l'azione possa fondarsi. A. Fitzherbert, *La Novel natura brevium du iudge tresreverend monsieur Anthony Fitzherbert dernierement revieu & corrigee per l'aucteur, avecques un table perfect, des choses notables contenus en ycel, nouelment compose per Guilliaulme Rastall*, Londini 1598, p. 145

[35] Il *Writ of Debt* è stato definito la più risalente forma d'azione della *Common Law*. Cfr. R. R. Perry, *Common-law Pleading*…cit., p. 48; A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., p. 53.

[36] *Ibidem*.

Romano, rivolto al detentore perché rilasciasse il bene che era presso di lui e che la controparte reclamava, sostenendo l'illegalità del possesso[37].

Nelle Costituzioni di Clarendon[38] di Enrico II si poteva ritrovare il seme del lavoro di Glanvill e della sua affermazione in materia di competenza delle corti regie in materia di *debts*. Qui al Capitolo XV era statuita piuttosto chiaramente la competenza in materia di debito: «*Placita de debitis quae fide interposita debentur, vel absque interpositione fidei, sint in iustitia regia*»[39]. Questa previsione può essere considerata la base legale della rivendica alla giurisdizione del Sovrano, come era stata operata da Glanvill, di tutte le competenze contrattuali. Infatti tutte le azioni che nascevano da un contratto erano da lui opportunamente inquadrate in un *Writ of Debt*.

La formula descritta da Glanvill che doveva essere garantita per una *action of debt*, era la seguente:

> *Rex Vicecomiti Salutem. Praecipi N quod juste et sine dilatione reddat R centum marcas quas ei debet ut dicit, et unde quaeritur quod ipse ei iniuste ei deforciat. Et nisi fecerit, summone eum per bonos ammonitores quod sit coram me vel justitiis meis apud Westmonasterium [Westminster] a clause Paschae in quindecim dies, ostenturus quare non fecerit. Et habeas ibi summonitores et hoc breve*[40].

Questo breve era applicabile non solo al comodato ma anche a tutti gli altri contratti, perciò la richiesta di una specifica somma di denaro deve essere interpretata come un mero esempio dello schema che bisognava utilizzare. La struttura del *writ* proposto da Glanvill testimonia che ci si trova ancora in una fase primordiale dell'evoluzione della procedura di *Common Law* e del suo sistema di *actiones*. Il *writ* esemplificato dal Trattato era stato modellato su quello *Praecipe in Capite*, di cui costituiva quasi una copia e che nello specifico, serviva al proprietario per rivendicare terreni occupati da terzi[41]. Il

[37] Cfr. W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, p. 172.

[38] Adottate nel 1164, in una fase politica che vedeva Enrico II limitare il potere ecclesiastico, avevano lo scopo di fissare i limiti tra la giurisdizione regia e quella della Chiesa. F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England: six essays*, London 1898, pp. 132–147.

[39] W. Stubbs, *Select charters*…cit., p. 167.

[40] Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit, p. 154.

[41] Il termine *Praecipe* identificava il *writ* come un ordine dato ad un *defendant* di fare quanto richiesto dal *plaintiff*. «*A writ praecipe in capite ordered the return of land (or a franchise) held directly from the king from which the plaintiff had been unjustly disseised*». J. A. Keen, *The Charters of Christ and Piers Plowman: Documenting Salvation*, New York 2002, p. 96. Cfr. W.T. Barbour, *The History of contract in early English equity*, Oxford 1914, IV, p. 26; F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 204;

Praecipe in Capite era un *writ of right*, si fondava quindi su di un diritto[42] e non su un contratto e poteva essere essenzialmente inquadrato nei termini di un'azione reale[43].

Il modello di *writ* disegnato da Glanvill conteneva due momenti precisi e distinti[44]. Il primo era rappresentato dall'ordine dato dal Sovrano ad N, attraverso lo sceriffo (*Vicecomes*), di pagare puntualmente e correttamente la somma di denaro dovuta e che era stata, ingiustamente si specificava, da lui sottratta al legittimo proprietario (*iniuste deforciat*)[45]. Solamente nel caso in cui N non avesse rimborsato R nei termini comandatigli, egli sarebbe stato convocato davanti alla Giustizia regia per esporre i motivi, eventualmente anche legali che l'avevano portato all'inadempimento[46]. L'ordine di comparire era alternativamente davanti al Sovrano stesso od ai suoi giudici; si trattava ancora di un procedimento *coram rege*. Dalla lettura di questa formula si può capire quella che era duplice natura di un *writ*. Questo era sia un comando, contenuto in un documento scritto, ma anche uno strumento processuale con cui si iniziava l'azione. Siamo in presenza, leggendo la formula proposta da Glanville, di quella che Simpson definisce correttamente ed incisivamente un «*hybrid transitional in form*»[47] che si situava a mezza strada tra un ordine del Monarca ed uno strumento processuale.

Per quanto riguarda la nostra materia Glanvill non distingueva affatto una rivendica di un prestito in moneta, od altro bene fungibile da un prestito di cose infungibili. Pur conoscendo la differenza tra mutuo e

A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., I, p. 173. Il *Praecipe in Capite* era una evoluzione del *writ of right* basilare che veniva definito *Praecipe quod reddat* e che si applicava alle proprietà immobiliari.

[42] Cfr. R. R. Perry, *Common-law Pleading*…cit., p. 41.

[43] Cfr. T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., p. 632. Blackstone avrebbe scritto con riguardo al *writ of right*: «[…] *is in its nature the highest writ in the law, and lieth only of an estate in fee-simple, and not for him who hath a less estate. This writ lies concurrently with all other real actions, in which an estate of fee-simple may be recovered* […]». W. Blackstone, *Commentaries* …cit., III, p. 193.

[44] Come notava Cavanna nell'affrontare il tema dei *writs*: «Formulando, secondo uno schema fisso e prestabilito la specifica pretesa del postulante che aveva invocato l'intervento del re, il *writ* ordinava allora che a costui venisse resa giustizia, con l'alternativa di una convocazione dei contendenti di fronte alla Corte centrale in caso di resistenza del lord o della controparte».». A. Cavanna, *Storia* …cit., I, p. 503.

[45] Gradualmente, nel corso del tempo, il termine *deforciat* scomparirà dall'*actio* ed il *plaintiff* si limiterà ad affermare che il *defendant* gli deve una certa somma. Cfr. W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 26.

[46] Sull'evoluzione di questo particolare *writ*, Cfr. R.C. Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill: Studies in the Early History of the Common Law*, London 1959, pp. 254-259.

[47] A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., p. 55.

comodato e pur utilizzando la terminologia giuridica latina ed alcuni concetti da essa derivanti per descrivere i due negozi, l'azione proposta è nondimeno la stessa. La ragione di questa apparente discrasia tra la costruzione contrattuale e la previsione delle tutele processuali è sotto molti aspetti solamente apparente. L'esame dei *plea rolls*, dove era riportata la quotidianità dei giudizi dei tribunali confermava quest'uso indifferenziato del *Writ of Debt* che veniva proposto indistintamente sia come rimedio per l'inadempimento di un contratto di mutuo sia per uno di comodato. Tuttavia come si può notare, anche dalla lettura della formula proposta da Glanvill, non emerge nella struttura del breve la dichiarazione esplicita di una determinata *causa debendi*[48]. Nel *writ* si dava apparentemente per scontato il fatto che esistesse un *debt*, le eventuali eccezioni venivano affidate alla successiva fase processuale. Come giustamente rileva Ibbetson la causa del *debt* poteva essere uno dei contratti enumerati da Glanvill, ma non era strettamente necessario che lo fosse per ottenere il *writ*, soprattutto in questa fase evolutiva della *Common Law*.

Se si legge la formula si vede infatti come il *plaintiff* (attore) rivendicava la cosa non tanto perché era stato stipulato un contratto e controparte era inadempiente, quanto piuttosto perché egli se ne dichiarava proprietario[49]. Questa linea interpretativa era anche rafforzata dalla constatazione che, nel testo, era impiegato il termine *deforciat* che poteva essere interpretato nei generici termini di un vero e proprio spossessamento illegittimo, più che nel senso – tecnico - di un inadempimento contrattuale[50]. L'utilizzo del termine *deforciat* da parte di Glanvill rimandava ad elementi che ne ricordavano la genesi come azione reale; il termine infatti veniva utilizzato anche in un *writ of right* che mirava al recupero di un terreno di cui il proprietario era stato spogliato [51]. Maitland osservava, esaminando le possibili conseguenze dell'uso del termine latino *deforciat* nel breve, come a complicare ulteriormente le

[48] «*The writ of debt states merely the amount claimed, and not the ground of the claim: this the plaintiff has to state in his count*». J. L. Barton, *Roman Law in England*, in Ius Romanum Medii Aevi, XIII (1971), p. 12.

[49] «*It would be an anachronistic mistake to try to categorize the action of debt as a 'contractual' action. The plaintiff is claming something as his due, his right; the form of the writ is close to the strongly proprietary writ of right (the fundamental action used to claim real property*) […]» D. Ibbetson, *A Historical Introduction* ... cit., p. 18.

[50] L'utilizzo di questo termine infatti non sarebbe stato ritenuto coerente con la causa del *writ* e presto sarebbe scomparso dalla formula. «*In the Thirteen Century the expression unde ei deforciat was dropped from the writ, presumably because it was felt to be inappropriate, and there was a progressive elaboration of the rules governing the writ form* […]» A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., p. 56.

[51] Cfr. R. R. Perry, *Common-law Pleading*…cit., p. 49.

cose c'era il fatto che qualora ci si fosse trovati ad affrontare il caso di una spoliazione illegittima di un bene, all'epoca di Glanvill, era ancora ammesso il ricorso al duello giudiziale[52]. L'idea che quindi il *writ of debt* fosse, almeno in origine e proprio per la sua struttura bipartita, più un'azione petitoria[53] che una contrattuale è stata sicuramente accolta dalla storiografia giuridica anglosassone più risalente: «*Debt represents an archaic conception. The active party appears at first as a demandant rather than a plaintiff, and the action itself is 'petitory'. One claims what is own*».[54]

Il problema che veniva a sollevarsi, per quanto riguardava l'interpretazione della natura del *Writ of Debt* in Glanvill e l'utilizzo amplissimo che se ne poteva fare nella prassi, derivava proprio dal significato da attribuire alla parola stessa che ne costituiva il fulcro: *debt*. Questo perché Glanvill non sembra distinguere assolutamente tra un'obbligazione di restituire una somma di denaro e quella di restituire un bene specifico.

Come si è visto il breve poteva trovare la sua causa nel comodato che quindi, diventava una *causa debendi* contrattuale e legittimava la richiesta dell'emissione di un *Writ of Debt*. Ma anche un mutuo la giustificava. La dottrina storiografica di *Common Law* si è spesso arrovellata su questo dilemma. Recuperando l'osservazione vista in precedenza per cui il *Writ of Debt* si poteva anche intendere come un'azione di rivendica della proprietà, è stato ipotizzato che nel caso di un'azione nascente da un mutuo si fosse in presenza di un'azione personale e quindi contrattuale, mentre invece nel caso di un comodato il *writ* si dovesse interpretare nel senso di una rivendica di proprietà[55]. Questa interpretazione aveva portato a ritenere che la differenza tra mutuo e comodato, per quanto esistente sulla carta e nella mente di Glanvill, fosse nella prassi confusa e talmente tanto sfumata da

[52] «*The creditor is being 'deforced' of money just as the demandant who brings a writ of right is being 'deforced' of land. There may be trial by battle in the one case as in the other*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 205; A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., p. 76. Cfr. E.J. White, *Legal Antiquities: A Collection of Essays Upon Ancient Laws and Customs*, St. Louis MO 1913, pp. 106-140.
[53] Si nota infatti lettura dei placiti più risalenti come l'attore in *debt* non richiedeva (*queritur*) ma piuttosto rivendicava il bene (*petit*). F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 207, nt. 1; W.T. Barbour *The History of contract* …cit., IV, p. 26. Cfr. pl. 645: «*Ada de Icumb petit versus Thomas Abbathem de Euesham quod ei reddat XIX marc. Quas ei debet* […]»; pl. 732: «*Thomas de Baskervilla petit versum Walterum de Paully LXXI et di. Quas ei debet per quandam convencionem inter eos factam* […]»; pl. 830 «*Joscesus de Cornhulla petit versus Rogerum de Daunteseia XXIIII lib. et XII sol. et VII den. Quos ei debet et inuste detinet ut dicit, et quos accomodavit in denariis*». *Bracton's Note Book*…cit., II, p. 496 *placitus* 645, p. 559 *placitus* 732, p. 639 *placitus* 830.
[54] W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 26.
[55] Cfr. ivi, IV, p. 39

risultare quasi impossibile discernere una distinta autonomia strutturale tra i due negozi[56].

Se si guarda alla mera realtà della formula del *Writ of Debt* come trascritta nel *Tractatus* si può constatare che l'azione avrebbe potuto essere considerata petitoria. Infatti il *plaintiff* rivendicava ciò che gli era dovuto ed apparentemente non reclamava giustizia. Si limitava ad asserire che era stato vittima di un torto che l'aveva privato di ciò che era suo con la forza[57]. La stessa formula usata per la stesura del *Writ of Debt* era stata modellata su quella di un *writ of right* che, a sua volta, era un'evoluzione di un'altra precedente azione, il *Praecipe quod reddat*. Quest'ultimo era un *writ* regio, dove si ingiungeva allo sceriffo di ordinare al possessore materiale di un terreno di restituirlo al proprietario che l'aveva rivendicato[58]. Il modello era costituito da un breve di natura reale, mirante alla restituzione di una proprietà terriera.

Ma la lettura della formula lasciava aperta anche la possibilità che il *defendant* avesse commesso un *wrong* in quanto, con il suo comportamento, aveva privato della cosa il legittimo proprietario (*deforciat*) semplicemente trattenendola oltre il dovuto. Per cui non se ne era esattamente impadronito contro la volontà del padrone fin dall'inizio e come conseguenza non aveva utilizzato alcuna forza per sottrargliela. Era stato violato quindi l'*agreement* alla base del contratto, ma non vi era stato uno spoglio della proprietà. C'era anche il problema non secondario, stante l'utilizzo del termine *deforciat* nella formula, che nel mutuo il bene era divenuto di proprietà del mutuatario, anche se questi aveva un obbligo contrattuale di restituzione. Cosa questa che non avveniva nel comodato, dove non avrebbe dovuto neanche passare il possesso della cosa in capo al comodatario, anche se è sempre complesso applicare i concetti di proprietà e possesso continentali alla *Common Law*,

[56] «*The bold crudity of archaic thought equates the repayment of an equivalent sum of money to the restitution of specific land or goods. To all appearance our ancestors could not conceive credit under any other form. The claimant of a debt asks for what is his own. After all, we may dolibti whether the majority of fairly well-to-do people, even at this day, realize that what a man calls 'my money in the bank' is a mere personal obligation of the banker to him'. The gulf that we see between mutuum and commodatum is slurred over*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 205.

[57] «*The very language of the writ is significant of the way in which our ancestors thought of contract. A debtor was not violating his agreement, he was deforcing his creditor of his due*». R.R. Perry, *Common-law Pleading*…cit., p. 49.

[58] Come sottolineava Plucknett, il *Praecipe quod reddat* era stato il modello utilizzato per quasi tutti i *writs* successivi sia reali sia personali. Cfr. T.F.T Plucknett, *A Concise History* …cit., p. 366. I *writs* di *praecipe* erano di quattro generi: *Praecipe quod reddat*, *Praecipe quod faciat*, *Praecipe quod permittat* ed infine *Praecipe quod non permittat*. Cfr. E. Coke, *The First Part of the Institutes*…, a cura di F. Hargrave, cit., I, sec. 145 *Of Omage Ancestral*.

soprattutto in epoca medievale.

Per uscire dall'*impasse* una soluzione potrebbe essere quella di cercare di capire quale fosse il particolare significato del termine *debitum*, come era impiegato da Glanvill. Quello che per l'autore contava era il concetto sotteso al termine *debt* che nella sua visione, includeva anche i *debts of chattel*; parlando della compravendita, infatti, egli scriveva: «*Debetur enim precium ipsi venditori et res empta emptori*»[59]. In questo passo impiegava il concetto di *causa debendi* sia con riferimento ad una somma di denaro sia ad una cosa mobile[60]. Nella ricostruzione di quali fossero le *causae debendi* egli aveva espressamente affermato che «*is qui petit pluribus ex causis debitum petere potest. Aut enim debetur ei quid ex causa mutui, aut ex causa venditionis, aut ex commodato, aut ex locato, aut ex deposito, aut ex alia justa debendi causa*»[61].

Nel contesto dell'ordinamento disegnato dall'autore il termine *debitum* dovrebbe quindi essere inteso non tanto come debito in senso proprio. Anche se sicuramente Glanvill conosceva il latino non era però detto che ne impiegasse i termini nel senso proprio datogli nel Diritto Romano. Qui il termine parrebbe indicare semplicemente i casi da cui poteva nascere l'azione di *debt*. L'elemento comune di ciascuno di questi è che sono tutti transazioni consensuali, contratti; quindi *debitum* sarebbe da intendersi come tutto ciò che è conseguenza di un inadempimento contrattuale. Il *Writ of Debt* sarebbe l'unica azione esperibile in questo caso e come conseguenza nulla avrebbe importato circa la natura dello stesso[62]; anche perché non era il comportamento delle parti la *causa debendi* ma il contratto stesso[63]. Quest'idea sarebbe anche rafforzata dall'utilizzo, già osservato nella prassi dei *placita*, del termine *accomodare pecuniam* al posto del teoricamente

[59] Ranulf de Glanville, *Tractatus* …cit., p. 172. Cfr. A. Cavanna, *Storia* …cit., I, p. 503.
[60] Ma non è l'unico passo del Glanvill in cui si poteva notare l'uso indiscriminato di *debt* con riferimento sia a cose fungibili sia ad infungibili. Del resto, ricordiamolo, tutti i contratti in Glanvill sono riportati all'idea di debito, per assicurare la giurisdizione regia. «*Again in listing the possible causa debendi he includes, along with transactions giving rise to money debts, both deposit and loan for use, which can only given rise to a chattel debt*». A.W.B. Simpson, A *History of the Common Law of Contract*…cit., I, p. 55.
[61] Ranulf de Glanville, *Tractatus*…cit., p. 155.
[62] Anche perché, in realtà, nulla importava agli stessi giudici: «*Still more modern is the belief that because many actions for land beginning with a writ in the form praecipe quod reddat are real actions, therefore all actions so commenced are real actions, and among them the action of debt. There are no historical grounds for this view. Twelfth-century lawyers in the King's Court were not given to metaphysical speculation, but were just practical administrators who saw a need for enforcing some of the commoner types of debt in the King's Court*». T.F.T Plucknett, *A Concise History* …cit., p. 363.
[63] A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., I, p. 77.

e tecnicamente più corretto *mutuum dare*[64].

C'è da sottolineare che nonostante all'epoca di Glanvill la *King's Court* rivendicasse la giurisdizione sui prestiti di qualsiasi natura, sottraendola così alle corti locali come le *manorial courts*, in realtà i suoi giudici non erano poi particolarmente ansiosi di approfondire l'argomento[65]. Inoltre una corte baronale in caso di azioni fondate su un *debt* poteva solo ordinare che il bene rivendicato fosse sottratto al convenuto e trattenuto, fintantoché questi non avesse dato soddisfazione al contratto[66]. Per questi motivi era prassi ricorrente che prima di cedere una cosa in prestito un creditore accorto si tutelasse dal pericolo di un inadempimento, sia attraverso un riconoscimento preventivo di debito scritto, mediante un *deed under seal*, sia attraverso un giudizio cautelare, ottenuto prima di consegnare la cosa, sia infine, soprattutto in caso di prestito di denaro, attraverso il pegno[67]. Una ulteriore considerazione che non deve essere sottovalutata era che, all'epoca di Glanvill, il *Writ of Debt* era piuttosto costoso; al tempo di Giovanni I "Senza Terra" la commissione dovuta al re poteva arrivare ad un terzo del valore della causa[68].

Con l'evoluzione del *Writ of Debts* in un'azione fondata su di un inadempimento contrattuale diventò fondamentale stabilire quando ed in che modo il contratto da cui scaturiva si era perfezionato sia come provarlo. L'assimilazione del sistema dei *vestimenta* nella *Common Law* da parte di Bracton poteva essere letto in quest'ottica probatoria, era infatti abbastanza semplice provare per mezzo di testimoni che una cosa era stata consegnata al comodatario e che questo solo atto aveva perfezionato il contratto. Come si è detto nel caso del comodato, qualora si fosse arrivati al giudizio davanti alla *King's Court*, le possibilità probatorie insite nel *writ* potevano anche portare come loro conseguenza ad un duello giudiziale. Molto spesso questa soluzione cruenta era evitata. Infatti il *defendant* qualora citato poteva scegliere di deferire la decisione al *wager of law*[69]. Questa

[64] Cfr. *Bracton's Note Book*…cit., II, p. 441 *placitus* 568, p. 639 *placitus* 830.
[65] Cfr. G.C. Cheshire, C.H.S. Fifoot, *The Law of Contract*, London 1960, p. 3; G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London 1969, pp. 87 e ss. «*Though Glanvill gives a writ of debt and though the action of debt occasionally appears on the very earliest plea rolls*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 205.
[66] Cfr. C. Viner, *A General Abridgment of Law and Equity: Alphabetically Digested Under Proper Titles, with Notes and References to the Whole*, London 1791[2], VII, p. 11.
[67] Cfr. R.R. Perry, *Common-law Pleading* …cit., p. 48; P. Schofield N. Mayhew, *Credit and Debt in Medieval England c.1180-c.1350*, Oxbow Books, Oxford 2002, p. 21.
[68] Cfr. T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., p. 632; Frederick Pollock Frederic William Maitland, *The history of english law* …cit., I, p. 554.
[69] Le azioni di *debts* erano quelle in cui più spesso si ricorreva a questo istituto processuale.

era una soluzione piuttosto comune, nel caso in cui il contratto per cui si agiva con il *Writ of Debt* non fosse stato registrato o non avesse previsto garanzie a tutela dell'adempimento[70] ed il comodato molto spesso ricadeva in questa fattispecie, stante la sua natura sociale e di piccola quotidianità. In questa eventualità il processo si sarebbe dovuto svolgere con l'intervento di *compurgatores*, normalmente sei, scelti dal *defendant*[71]. Questi avrebbero presenziato al giuramento del convenuto confermandone – o meno - le difese. Anche se nel corso dell'evoluzione storica del sistema giudiziario inglese l'utilizzo dei giurati, non più scelti dalle parti, si sarebbe stabilizzato come esito processuale comune di un *Writ of Debt*[72], tuttavia questi possibili sbocchi procedurali non potevano assolutamente essere sottovalutati, quando si trattava di decidere se intraprendere o meno l'azione.

Il processo avrebbe anche deciso dell'eventuale risarcimento in caso di perimento della cosa, anche se non è chiaro, dalla lettura del Glanvill, se un creditore vittorioso avesse avuto o meno il diritto al ristoro degli ulteriori danni eventualmente patiti a causa dell'inadempimento. La struttura dell'azione e soprattutto la forma della domanda, parrebbe negare questa possibilità. Questo particolare punto costituirà sempre un problema all'interno della procedura imperniata sul *Writ of Debt*[73]. Era soprattutto nel momento processuale in cui la struttura del contratto di comodato e delle obbligazioni da esso derivanti, come era stata disegnata da Glanvill, poteva essere utilizzata dalle parti, ma la procedura di *Common Law* poteva sempre invalidarne l'efficacia.

Successivamente a Glanvill, nell' opera di Bracton, venne prevista una formula alternativa di *Writ of Debt* che era stata pensata specificamente per il comodato, si trattava di un *Writ of Debt* strutturato ed indirizzato al recupero di beni infungibili. Nel *De Legibus* l'autore affermava che qualora si fosse agito per richiedere la restituzione di un bene concesso in comodato, mediante la soluzione di un *Writ of Debt*, nella formula di questo avrebbe dovuto essere indicato non solo l'oggetto di cui si richiedeva il ritorno,

Cfr. M. Bacon, *A New Abridgement of the Law*, Dublin 1793, V, p. 425.

[70] «*Wager of Law is a particular Mode of Proceeding whereby in an Debt are the Action of Debt brought upon a Simple Contract between the Parties, without Deed or Record, the Defendant may discharge himself by in which swearing in Court in Presence of Compurgators, that he oweth the Plaintiff, Defendant nothing in Manner and Form as he hath declared*». M. Bacon, *A New Abridgement* …cit., V, p. 425.

[71] Cfr. Harold Potter, *Potter's Historical Introduction to English Law and Its Institutions*, a cura di Albert Kenneth Roland, London 1958[4], p. 455 e ss.

[72] T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., pp. 363-364.

[73] Cfr. P. Schofield N. Mayhew, *Credit and Debt in Medieval England c.1180-c.1350*, Oxbow Books, Oxford 2002, p. 22.

ma anche il suo valore economico, quest'ultima previsione doveva essere esplicitamente fatta a pena di nullità dell'atto[74]. La scelta di obbligare l'attore ad indicare il valore della cosa nella formula dell'azione poteva avere molte spiegazioni. Poteva, infatti, essere un modo di ricomprendere, in una qualche maniera, il prestito di cosa all'interno della categoria del mutuo, ma era anche il sistema per fissare in anticipo i limiti di un eventuale risarcimento in caso di perimento del bene, dandone un'idea ai giudici. Questo avrebbe loro permesso di emettere un *placitum* condizionato o alla restituzione del bene specifico oppure al pagamento della somma indicata nella domanda[75].

Il *Writ of Debt* veniva quindi a strutturarsi, in questo caso particolare, come un ordine di restituire una determinata cosa, del valore di una certa somma, ingiunto a colui che la aveva presso di sé, in quanto la deteneva ingiustamente[76]. Grazie a questa particolare soluzione immaginata da Bracton, l'originario *Writ of Debt* veniva a modificarsi evolvendosi in quello che sarebbe stato definito un *Writ of Debt for a Chattel*[77]. Tenendo sempre presente che *chattel*, nel contesto si riferisce a beni mobili. Ma molto spesso il diavolo si nasconde nei dettagli ed accadde che, a causa della necessità di indicare nella domanda del nuovo breve la cosa unitamente al suo valore, l'obbligazione fondamentale gravante sul comodatario si trasformò in un'obbligazione alternativa, dandogli la possibilità di scegliere tra la restituzione della cosa oppure il pagamento della stessa nei limiti della cifra identificata nella domanda[78].

---

[74] Svariate formule di *Writ of Debt* si ritrovano in Ralph de Hengham. Cfr. R de Hengham, *Registrum brevium tam originalium, quam judicialium*, Londini 1687, p. 139 e ss.

[75] «[…] *the value of a chattel had to be stated since the court would not (and sometimes could not) insist upon specific restitution, but would only give a conditional judgement for the chattel or its value*». A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*… cit., p. 76.

[76] Il *writ* si si sarebbe strutturato su questa formula: «*Precipe A. quod juste sine delatione reddat B. unum saccum lanae pretii decem marcorum, quam si injuste detinet; et nisi fecerit* […]». La formula sarebbe iniziata con l'usuale intestazione «*Rex Vicecomiti N. salutem*». M. M. Bigelow, *Leading Cases on the Law of Torts*, Boston 1875, pp. 420-421. Si veda anche: J. Reeves, *Reeves' history* …cit., II, p. 158.

[77] M. M. Bigelow, *Leading Cases*…cit., p. 421.

[78] «*But just as in debt for a chattel, or detinue, as it came to be, the plaintiff might have to be content with the money value of the thing, since his execution ran in the alternative*». R. Pound, *Juristic Science and Law*, in Harvard Law Review, XXXI, 8/1918, p. 1054. Cfr. Gaius, Inst. IV, 48: «*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*».

3. *Un concetto ancora fluido. Il* Writ of Debt *e lo* Statutum Walliae

Questa prima evoluzione del breve di debito originario in uno specifico *Writ of Debt for a Chattel* avrebbe avuto una ulteriore svolta con lo *Statutum Walliae* del 1284[79] che venne emanato da Edoardo I (1239-1307) subito dopo la conquista definitiva del Galles. Lo statuto formalmente avrebbe dovuto garantire ai nuovi sudditi di San Giorgio la possibilità di utilizzare la *Common Law* e di conseguenza di poter adire le Corti Regie inglesi, mentre in realtà annichiliva l'autonomia e l'indipendenza dei principati gallesi. In questo testo di legge vi era contenuta una delle prime menzioni di quello che sarebbe poi divenuto l'autonomo *Writ of Detinue*. Tra le concessioni magnanimamente accordate alla popolazione del territorio, vi era la possibilità di utilizzare sia il *Writ of Debt* sia un nuovo *writ* formalmente innominato ma sostanzialmente della stessa natura. In questa nuova formula venne eliminato l'uso del termine *debt*, inteso nell'accezione di debito di moneta e venne sostituito da *detinue* che diventava il fondamento processuale della domanda. Lo *statute* riconosceva, quindi, sia pure in maniera piuttosto involuta, la differenza tra un'azione che poteva scaturire da un debito in moneta ed una che nasceva dalla mancata restituzione di cose determinate e vi provvedeva creando un apposito breve[80]. Nelle disposizioni relative a questo embrionale nuovo *writ* si cristallizzava definitivamente, in una legge scritta, l'obbligo di indicare il valore della cosa di cui si rivendicava la restituzione, ma nel contempo, come vedremo, veniva modificato un passaggio essenziale della formula.

Bisognerà sempre considerare che il *Writ of Detinue* derivava in linea diretta dal *Writ of Debt* a cui era indissolubilmente unito, almeno in origine e di cui costituiva una specifica evoluzione. Sotto certi aspetti potrebbe essere sostenuto che ne costituiva una forma più efficace e mirata. Sia pure nuovo di zecca risultava essere però strettamente collegato al più arcaico

[79] St. 12 Edw. I, ch. 1.

[80] «*After this there is a writ of dower unde nihil, a writ of debt, and a writ of the same nature in the detinet, instead of debet; which has since been called a Writ of Detinue. This is remarkable for being the first mention of such a writ. Writs of debt were not to be coram justitiario, if for a sum under forty shillings; but such small sums were to be sued for in the county court, and in commotes. In case a plaintiff chose to sue in the county, the form of a justicies is given by the statute; such suits might be removed, by pone, coram justitiario. To these succeed a writ of covenant, with a justicies and pone; a writ for appointing an attorney; a writ de coronatore eligendo*». J. Reeves, *Reeves' history of the English law, from the time of the Romans*…cit., II, p. 14. Cfr. R. W. Vick, C. F. Shoolbred, *The Administration of Civil Justice in England and Wales*, Pergamon press, Oxford 1968, p. 13.

Writ of Debt for a Chattel, come era già stato configurato da Bracton[81]. L'innovazione apportata dallo *Statutum Walliae* era da rinvenirsi nella diversa formulazione dei due *writs*, infatti un *Writ of Debt* dell'epoca di Edoardo I avrebbe dichiarato

> *Command A that justly and without delay, he render to B. One hundred shillings which he oweth to him and unjustly detaineth*[82].

Dove l'elemento fondamentale era costituito dalla dichiarazione che A doveva 100 scellini a B e che questi ingiustamente continuava a detenerli. La formula di quello che diverrà poi l'autonomo *Writ of Detinue*, anch'esso accordato dal sovrano, ma che valeva specificamente per le azioni di restituzione di cose infungibili, presentava una sfumatura innovativa di fondamentale importanza. Infatti il breve dichiarava

> *Command A that justly and without delay, he render to B. one sack of wool, of the value of ten Mark which he injustly withhold (detinet) from him*[83].

Dove si ingiunge la restituzione al proprietario di un sacco di lana del valore di dieci marchi ingiustamente detenuto. Nella formula è scomparsa l'idea che il comodatario debba il sacco di lana al comodante. Un'altra tra le prime formule che si possono ricondurre specificamente al momento della genesi di un autonomo *Writ of Detinue* e che era riportata da Ralph de Hengham, si riferiva alla mancata restituzione di una pisside in oro. Il breve, in questo caso, veniva ad essere riportato in questi termini:

> *Precipe A. quod juste sine delatione reddat B. unam pixidem cum tribus scriptis obligatoriis in eadem pixide contentis sub sigillo praedicti B. consignatis, quam ei injuste detinet ut diciti; et nisi fecerit* […] [84]

Nella formula si ritrovava permanere l'elemento fondativo dell'azione

[81] Non tutti sono d'accordo nel ritenere che l'azione di *detinue* rappresenti un'evoluzione di quella di *debt*. Tuttavia se ne riconoscono le indubbie similarità e connessioni. «*Debt and Detinue were intimately related and may profitably be considered togheter. While it would be venturesome to say that the latter action descended from the former, there was a close connexionbetween them which was recognized after they had become distinct forms of action*». W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 39.
[82] I. Bowen, *The statutes of Wales, collected, edited, and arranged*, London 1908, p.13.
[83] *Ibidem*.
[84] Cfr. R. de Hengham, *Registrum brevium* …cit.687, p. 159. Cfr. M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico* …cit., p. 77, nt. 228; J.H. Baker, *An Introduction* …cit., 2019[5], p. 542.

cioè l'*iniuste detinere*. Per quanto riguardava però il valore della cosa questo era asserito, nella formula, rimandando a quello assegnatole dalle parti in un *deed under seal* che poteva essere stato sia un vero e proprio contratto di comodato sia un atto di riconoscimento dello stesso e del valore dell'oggetto, prestato da parte del comodatario e solennizzato nelle forme. Anche se, come si è visto, per un contratto di comodato sarebbe stato sufficiente un *parole contract*, probabilmente il valore della pisside aveva spinto a prevedere forme cautelari più efficaci.

Quello che verrà poi chiamato *Breve de Detentione*, nello statuto gallese era impiegabile solo per cause del valore superiore a quaranta scellini[85], veniva quindi ad essere imperniato sull'utilizzo del concetto giuridico sotteso alla parola *detinue*. Con questo termine si indicava il fatto che un terzo detenesse presso di sé la cosa rivendicata dal *plaintiff*. In questa evoluzione del *writ* originario che fu piuttosto lenta e sotto certi aspetti caotica[86], non veniva più sostenuto che il detentore della cosa fosse, in un qualche modo, in debito con il proprietario della stessa. Questa fondamentale differenza che insisteva sulla *causa debendi* ne avrebbe sancito non tanto il distacco quanto piuttosto un autonomo sviluppo a fianco del *Writ of Debt*. Era accaduto che lentamente, con l'aumento dei traffici mercantili, l'idea che comodato e mutuo fossero due contratti diversi cominciò a divenire familiare, anche al di fuori dei ristretti circoli di coloro che avevano letto Glanvill o Bracton. All'epoca di Edoardo II (1284-1327) si distingueva ormai tra una domanda per la restituzione di una somma di denaro (*mutuum*) e quella per la restituzione di una cosa mobile infungibile (*commodatum*)[87] e si specificava che nel primo caso la formula petitoria avrebbe dovuto contenere il verbo *debere*, mentre nel secondo quello proceduralmente più appropriato era *detinere*[88]. Grazie a queste specificazioni riguardanti la terminologia da

[85] Nel caso il valore fosse inferiore non si potevano adire i tribunali regi. «*Writs of debt were not to be coram justitiario, if for a sum under forty shillings; but such small sums were to be sued for in the county court, and in commotes*». J. Reeves, *History of the English law from the time of the Saxons to the end of the reign of Philip and Mary*, London 1814[3], II, p. 98. Cfr. C. Viner, *A General Abridgment* …cit., VII, p. 9.

[86] «*Detinue was recognized has a separate actions as early as 1292*» W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 28; tuttavia ancora sotto il regno di Edoardo III (1312-1377) vi era una certa confusione tra i due *writs*. Si veda anche F.P. Tomlinson, *The judicature acts and rules of the Supreme court, 1883, with notes and index*, London 1883, p. 278.

[87] Negli *Year Books* dell'epoca del Regno di Edoardo II tuttavia compare ancora il termine *accomodare pecuniam* con l'obbligo di restituirla entro un giorno ben preciso. Cfr. *Year Books of Edward II*, a cura di F.W. Maitland, London 1903, II, p. 15.

[88] Cfr. Gradualmente, nel corso del tempo, il termine *deforciat* scomparirà dall'*actio* ed il *plaintiff* si limiterà ad affermare, semplicemente che il *defendant* gli deve una certa somma. Cfr. W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 27; *Year Books of Edward II*… cit., III, pp. LXXXVII-LXXXVII.

utilizzarsi nella formula della domanda, lentamente si sarebbe venuto a formare lo specifico *Writ of Detinue*. Questo *writ* era espressamente indirizzato, come rimedio processuale, contro chi avesse presso di sé beni altrui e si rifiutasse di consegnarli al legittimo proprietario quando dovuto[89]. Edoardo I probabilmente aveva semplicemente consolidato in una legge una risalente prassi della Cancelleria che era conosciuta da Bracton e che aveva visto, differenziare nei vari *rolls* il *Writ of Debt* in due distinte categorie, di cui una era venuta ad essere fondata sul concetto di *detinue*[90].

Almeno inizialmente la formula che ricomprendeva sia *debet* sia *detinet*[91] era quella che poteva sempre utilizzare il creditore originale contro il debitore originale, indipendentemente dal contratto, mediante un *Writ of Debt*[92]. Ma se fosse intervenuto il decesso di una delle due parti che avevano dato inizialmente vita al rapporto contrattuale, la formula petitoria non avrebbe più potuto contenere il termine *debet*. Questo perché l'erede del debitore o l'esecutore testamentario non dovevano nulla, almeno dal punto di vista formale, al creditore in quanto il debito era personale. Tuttavia questi detenevano una cosa che non era loro di cui il legittimo proprietario richiedeva la restituzione. Proprio sulla base dell'idea che il debito fosse personale qualora fosse stata richiesta in restituzione una somma di denaro, prestata al defunto[93], anche in questo caso ed in deroga con la regola generale, si sarebbe dovuto utilizzare la formula fondata sul concetto di *detinue*. Bisogna però specificare che apparentemente, almeno in origine, un *Writ of Detinue* avrebbe potuto essere esperito solo contro chi aveva ricevuto la cosa[94].

L'azione di *detinue* presentava però, fin dal suo nascere, alcuni problemi che si erano già manifestati nel *Writ of Debt of Chattel*. Il convenuto in caso di inadempimento che nel caso di un comodato consisteva nel non avere restituito la cosa nel termine pattuito, non poteva in alcun modo legale essere forzato a cedere la cosa per cui si agiva in restituzione. Era questo uno

[89] Cfr. J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p.125, *ad vocem Detinue* e la traduzione più moderna: J. Rastell, *Les termes de la ley: or, Certain difficult and obscure words and terms of the common and statute laws of England, now in use, expounded and explained*, J. Johnson, Portland 1812, p. 64.

[90] Parlando dell'evoluzione del *Writ of Debt* a partire dalla configurazione datane da Glanvill, Plucknett scrive: «*In the course of the succeeding half-century these are classified into two groups, one of which we have already described as the province of debt, while the remainder are allocated to detinue with a slight modification in the terms of the writ*». T.F.T Plucknett, *A Concise History* …cit., p. 364.

[91] Rastell definiva il *writ* come *debet et detinet*. Cfr. John Rastell, *Les termes de la ley*… cit., p.107, *ad vocem Debet et Detinet*.

[92] Cfr. R. de Hengham, *Registrum brevium* …cit., 87, p. 139.

[93] Cfr. W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 27.

[94] Cfr. W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, p. 367.

dei motivi per cui, nel formulare la domanda, il *plaintiff* avrebbe dovuto specificare anche il valore della cosa; così, se avesse vinto il processo avrebbe avuto diritto o alla restituzione della cosa o al pagamento del suo valore, in alternativa. Infatti nel caso in cui un *defendant* piuttosto testardo e pugnace, nonostante avesse perso il giudizio, continuasse ostinatamente a rifiutare la restituzione della cosa e non avesse nemmeno pagato il valore della stessa, lo sceriffo non avrebbe potuto togliergliela legalmente. Avrebbe però potuto procedere al sequestro ed alla vendita dei beni del debitore inadempiente, fino al raggiungimento della cifra indicata dal *plaintiff* nella domanda. Questa idea che tutte le azioni potessero risolversi anche e sempre in un pagamento del valore del bene, senza alcun obbligo di restituzione della cosa, anche nel caso di azioni derivanti da contratti come il comodato, rimase una costante per tutto il diritto medievale inglese ed oltre fino al XIX secolo. Solo nell'Ottocento infatti, con la stesura delle *Supreme Court Rules*, verrà stabilito, definitivamente, che in caso di cose mobili il detentore era tenuto non tanto al pagamento del loro valore, quanto alla specifica restituzione della cosa rivendicata[95].

Come si può intuire questa caratteristica del sistema processuale inglese si ripercuoteva immensamente sul contratto di comodato che se pure era conosciuto e praticato - soprattutto per le cose mobili - proprio a causa di ciò rischiava di perdere ogni suo significato giuridico nel momento della verità, cioè nel processo. Se infatti non c'era un obbligo di restituire la cosa, ma solo di pagarne il suo controvalore e come si è detto non era chiaro, anzi si tendeva ad escludere nel caso specifico di un *Writ of Debt* che fossero dovuti i danni per l'inadempimento, il comodato veniva snaturato in quanto, in pratica, uno dei suoi elementi costituitivi cioé l'obbligo di restituzione della cosa veniva *de facto* a cessare.

Persisteva ancora il vecchio problema che era già insito nel *Writ of Debt*, di stabilire se l'azione di *detinue* potesse essere contemporaneamente sia reale sia personale, stante l'utilizzo del termine *detinet*. La risposta che si giunse a dare a questa domanda si fondava su quanto aveva scritto Bracton quando aveva "inventato" il *Writ of Debt of Chattel*. Sulla base di questa posizione dottrinale il *Writ of Detinue* non avrebbe potuto essere considerato nei termini di un'azione reale, proprio in quanto il convenuto

[95] R.S.C., Ord. XLVIII: «*Where it is sought to enforce a judgement of order for any property other than land or money by writ of delivery, the Court or a judge may, upon the application of the plaintiff, order that the execution shall issue for the delivery of the property, without giving the defendant the option of retaining the property, upon payng the value assessed* […]». F.P. Tomlinson, *The judicature*…cit., p. 278. Cfr. W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 33.

non era assolutamente obbligato alla restituzione della cosa, ma poteva legittimamente scegliere se riconsegnarla oppure pagarne il controvalore al proprietario[96].

Un primo elemento fondamentale, per poter distinguere il *Writ of Detinue* da quello di *debt*, era dato dal fatto che nel primo vi si sosteneva che il convenuto detenesse ingiustamente presso di sé la cosa identificata nella domanda giudiziale[97]. È stato quindi ipotizzato, dal punto di vista della ricostruzione dottrinale, che la principale differenza intercorrente tra le due azioni, come si verrà a stabilizzare nel corso del tempo, fosse che mentre in un caso si tratterebbe di un'azione concernente la violazione di un diritto di proprietà nell'altro ci si troverebbe di fronte ad un'azione da esperire in caso di inadempimento contrattuale[98]. Sostanzialmente la linea di divisione tra questi due *writs* sarebbe da collocarsi proprio sul crinale che separava la natura del *mutuum* da quella del *commodatum*. Nel primo caso siccome veniva richiesta la restituzione di una somma di denaro si sarebbe trattato di un debito, nel secondo di un'illecita detenzione[99]. Era la differenza che intercorreva tra un'azione che nasceva da un inadempimento contrattuale

[96] Cfr. F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 174. «*Dictum est supra si res sit immobilis quæ petitur, nunc tamen sit res mobilis quæ petatur, sicut leo, bos, vel asinus, vestimentum, vel aliud quod consistat in pondere vel mensura. Videtur prima facie quod actio sive placitum esse debeat tam in rem quam in personam, eo quod certa res petitur, et quia possidens tenetur restituere rem petitam. Sed re vera erit in personam tantum, quia ille a quo res petitur non tenetur præcise ad rem restituendam, sed sub disiunctione, vel ad rem vel ad pretium. Et solvendo tantum pretium liberatur, sive res appareat sive non. Et ideo si quis rem mobilem vindicaverit ex quacumque causa ablatam vel commodatam, debet in actione sua definire pretium et sic actionem proponere, Ego talis peto quod talis restituat mihi talem rem tanti pretii, vel, Conqueror quod talis iniuste mihi detinet, vel robbavit, talem rem tanti pretii. Alioquin non valebit rei mobilis vindicatio, pretio non apposito*». Bracton, *On the laws* …cit., II, p. 292.

[97] Nella *Vieux Natura brevium* questa specificazione era ricordata come necessaria per il *Writ of Detinue* «*Et sciendum est, quod in brevi de Catalliae reddendum nunquam dicitur que ei debet*» ma soprattutto che bisognava che fosse sempre rimarcato che la cosa era *iniuste detinet*. *La Vieux Natura brevium*, Londini 1572, p. 63. *La Vieux Natura brevium* è il titolo di un trattatello, giuntoci anonimo, scritto durante il regno di Edoardo III, dove sono raccolti i *writs* più in uso a quell'epoca corredati di un breve commento esplicativo riguardante la loro natura e le loro funzioni e scopi.

[98] L'utilizzo del *Writ of Debt*, a causa della sua natura di rimedio per un inadempimento contrattuale divenne lo strumento impiegato prevalentemente in alcuni specifici casi. «*the cases in which it was most usually brought were chiefly five "To obtain money lent, the price of goods sold, arrears of rent due upon a lease for years, money due from a surety, and a fixed sum promised by a sealed document; to which may be added the recovery of a sum found due by arbitrators to whom a dispute had been submitted*». W.S. Holdsworth, *A History* … cit., II, p. 367.

[99] Cfr. W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, p. 368.

e una che scaturiva da un *tort*, definibile nei termini di una responsabilità extracontrattuale[100]. Molti *common lawyers* sostenevano però che l'origine dell'azione fosse sempre contrattuale, in quanto qualsiasi inadempimento, come ad esempio il rifiuto di riconsegnare la cosa nel tempo pattuito era di per sé anch'esso qualificabile nei termini di un inadempimento di un contratto legittimo e non tanto di una ingiusta detenzione.

Il problema che presentava quest'ultima ricostruzione era che in ogni caso in cui un terzo detenesse una proprietà altrui, questo mero fatto avrebbe dato origine ad un'azione di *detinue*. Bisogna sempre considerare che nel sistema del diritto inglese era il fatto che dava forma all'azione. Per cui l'azione di *detinue* offriva la tutela in tutte quelle situazioni in cui qualcuno tratteneva *unjust/iniuste*, una cosa altrui, proprio come recitava la formula. Nel caso del comodato la detenzione oltre il termine prefissato sarebbe stata illegittima, esattamente come nel caso in cui qualcuno avesse trattenuto presso di sé cose ritrovate per caso. In ambedue i casi l'azione prescritta sarebbe sempre stata quella di *detinue*, in quanto sarebbe stata basata proprio sul *detinet*[101], ma in un caso si avrebbe avuto un'azione contrattuale, nell'altro una extracontrattuale. L'*actio* presentava quindi due nature configgenti[102]. A

[100] Cfr. F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law*…cit., II, pp. 43 e ss. «*A tort does not include a breach of a contract*». B. Walston-Dunham, *Introduction to Law*, Clifton Park N.Y. 2008, p. 217. Come faceva notare Pollock nel diritto inglese medievale la totale mancanza di una sistematica aveva impedito che si formasse un'organica disciplina della materia. «*The ancient Common Law knew nothing of large classifications. There were forms of action with their appropriate writs and process, and authorities and traditions whence it was known, or in theory was capable of being known, whether any given set of facts would fit into any and which of these forms*». F. Pollock, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London 1886[4], p. 2. Essenzialmente il *tort* si riferisce all'ambito della responsabilità extracontrattuale, in materia civile.

[101] «*Y. B. 21 & 22 Ed. I [R. S.] 466. A reporter in a note says that one may count in Detinue by alleging that the defendant found the chattel which is claimed (. . . 'la ou meme cele chosse ly fut endire ... la vynt yl (the defendant) . . . e le trova').» It is difficult to see what notion of contract is present here*». W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 29.

[102] Problemi derivanti dalla struttura della formula usata nel *Writ of Detinue* nascevano anche nel caso del deposito. Qualora si fosse data in deposito una cassa chiusa a chiave il ricevente non sarebbe stato responsabile di quanto vi era contenuto. In questo caso l'azione di *detinue* sarebbe stata finalizzata solo al recupero della cassa. «*If A. leave a chest locked with B. to be kept, and take away the key, without acquainting B. with the particulars, the goods in the chest are in the possession of A.; for since A. keeps the key, the goods are locked out of the possession of B.; and B. not being acquainted with the particulars, cannot be supposed to have them under his custody; so that neither the possession nor use of the goods are in B. for though the possession of the box is in B., yet is he shut out from the possession of the goods in the box; for that cannot be said to be in his possession which he cannot take hold of and remove, or order, during the continuance of such possession*». M. Bacon, *A New Abridgement* …cit., I, p. 506. Alcuni autori di *Common Law* del XIX secolo ritenevano

conferma di questa duplice e sotto certi aspetti complessa natura del *Writ of Detinue* si nota che, almeno nei primi tempi, in un caso di comodato il convenuto non doveva solo contestare le disposizioni del contratto o al limite negarlo, ma doveva anche provare che il suo comportamento non violava, in un qualsiasi modo i diritti del proprietario legittimo, perché egli era comunque venuto legalmente in possesso del bene[103].

Per chiarire per quale motivo si arrivò ad interrogarsi su questi problemi si possono riportare le parole di Barbour, riferite a quando un giurista medievale inglese scriveva di diritto:

> *He talked in Roman terms, but when he came in to the courts, he dismissed any theories of substantive law and looked only at the procedure. It did not matter if Detinue sounded in contract or tort; the primary question was whether it would lie upon a given state of facts*[104]

La *Common Law* medievale, come si venne sviluppando a partire dall'epoca di Edoardo I non conosceva una precisa delimitazione tra responsabilità contrattuale ed una responsabilità derivante da un *tort*, si limitava a fissare, spesso in maniera piuttosto incerta, quale azione fosse da utilizzarsi in presenza di determinate circostanze di fatto. Questo derivava dal fatto che, a differenza di quanto avveniva nel Diritto Romano e nel Diritto Comune, non esistevano affatto azioni specifiche costruite appositamente per determinati contratti come, ad esempio, il deposito od il comodato[105]. Inoltre i giuristi anglosassoni medievali non sentirono mai il bisogno di costruire una vera e propria dogmatica autonoma in materia di contratti, sul modello di quella che si sviluppò nel Diritto Comune.

Anthony Fitzherbert (1470 – 1538), nel suo famoso trattato di diritto processuale *La Novelle Natura Brevium* del 1534, affermava che il *Writ of Detinue* trovava la sua origine nel caso in cui un individuo *delivet biens et chateux*[106] (nel significato di *chattel*) ad un terzo e quest'ultimo non li avesse restituiti nei termini previsti. Il breve così descritto avrebbe quindi potuto essere eventualmente utilizzato non solo nel caso di un contratto di

che l'azione di *detinue* potesse essere assimilabile all'*actio depositi* romana, Cfr. T.E. Tomlins, *The Law-dictionary, Explaining the Rise, Progress, and Present State of the British Law: Defining and Interpreting the Terms Or Words of Art, and Comprising Also Copious Information on the Subjects of Trade and Government*, London 1835, I, *ad vocem Detinue*.

[103] Cfr. W.T. Barbour, *The History of contract* …cit., IV, p. 30.

[104] Ivi, p. 32.

[105] Cfr. W.S. Holdsworth, *A History* …cit., II, p. 369.

[106] A. Fitzherbert, *La nouvelle Natura Brevium* …cit., p.138.

comodato, ma anche in quello di deposito[107]. L'azione che l'autore proponeva nel suo *Natura Brevium* era sempre incentrata sull'ingiusta detenzione di *catalla* (*chattels*), il cui valore doveva essere quantificato specificamente. Una delle caratteristiche più interessanti dell'opera di Fitzherbert è che l'autore, pur scrivendo più di due secoli dopo la morte di Edoardo I, non riconosceva ancora il *Writ of Detinue* come un'azione autonoma ed infatti continuava ad identificarla nei termini di un *debt of chattel*. Questo era un chiaro segno che ancora non veniva percepita l'autonomia del *Writ of Detinue* che quindi continuava a rimanere inestricabilmente connesso al *writ* originario ed ai problemi interpretativi sollevati da questo[108].

La formula che si ritrova in Fitzherbert era sempre quella conosciuta, in cui si comandava allo sceriffo di ordinare al convenuto di restituire «*quendam librum, quendam cyphum, vel quendam equum vel duos agnos*»[109] che valevano una certa cifra determinata e che erano ingiustamente da lui detenuti. Ma quello che risulta interessante è il fatto che, attraverso gli esempi utilizzati nella sua compilazione, ci viene fornito uno spaccato di quanto poteva essere dato in comodato normalmente: libri, una coppa, un cavallo. L'autore non solo ci regala un elenco di cosa era normalmente oggetto di un comodato ma riconferma, indirettamente, la lenta e inesorabile estinzione nella *Common Law* del comodato di immobili.

Ne *La Novelle Natura Brevium* rimaneva ancora aperta la questione che avrebbe tormentato il diritto inglese per secoli rappresentata dall'obbligo di domandare in alternativa o la restituzione della cosa o il pagamento del suo valore. Anche per Fitzherbert che cosa sarebbe accaduto nel caso di danni subiti dal bene rappresentava una questione complessa ed un problema di difficile soluzione. Se infatti si fosse proceduto con un *Writ of Detinue* il *bailee* poteva sempre liberarsi perfidamente della cosa danneggiata restituendola al proprietario e così costringendolo ad agire successivamente per il recupero dei danni. Il proprietario che avesse deciso di intraprendere questa strada

[107] Nel Trattato intitolato *Vieux Natura Brevium*, il contratto che veniva ritenuto essere caratteristico e tipico, per esperire l'azione di un *Writ of Detinue*, era quello di deposito. Descrivendone la genesi utilizzava queste parole: «*Cest brief gist lou alcun chatel est baile a un homme pour garder iesque a un certain iour a quel iour il vient a domander son chatel et l'auter detient*». Tuttavia questa struttura avrebbe potuto essere utilizzata anche per il comodato. *La Vieux Natura brevium*…cit., p. 63.

[108] A. Fitzherbert, *La nouvelle Natura Brevium* …cit., p. 119. Una tra le prime formule che si possono ricondurre specificamente ad un autonomo *Writ of Detinue* si riferiva alla già citata mancata restituzione di una pisside in oro. Cfr. R. de Hengham, *Registrum brevium*…cit., p. 159; M. Ferrante, …cit., p. 77, nt. 228; J.H. Baker, *An Introduction* …cit., p. 2019[5], p. 542.

[109] A. Fitzherbert, *La nouvelle Natura Brevium* …cit., p. 119.

avrebbe dovuto considerare non solo il valore della cosa e l'entità dei danni subiti dalla stessa ma soprattutto quali spese avrebbe dovuto sostenere per l'acquisto del *writ* idoneo. Una successiva azione per il risarcimento dei danni non sempre poteva essere conveniente per il proprietario. Se invece si fossero utilizzate fin dal principio altre azioni, cosa che non era vietata, infatti la scelta del *writ* era libera, tuttavia ci si sarebbe dovuti piegare alle conseguenze della domanda in esso contenuta.

Se ad esempio si fosse citato un comodatario per danni alla cosa attraverso un *Writ of Trespass*[110] che nelle sue varie incarnazioni era l'azione classica per il risarcimento della *Common Law* dell'epoca medievale ed anche successiva, si sarebbero tuttavia abbandonate tutte le regole sulla responsabilità contrattuale che erano connaturate al *Writ of Detinue*. Nel caso di un'azione di *trespass* che era portata davanti a giurati, prima che venissero riconosciuti i danni per una eventuale negligenza questa doveva essere provata. In questo caso il *defendant* poteva avanzare a propria discolpa tutte le giustificazioni che potevano escluderla e non si doveva limitare solo a quelle contrattuali che nel caso del comodato erano piuttosto stringenti per l'accipiente. In realtà la scelta di un'azione di *trespass* per una eventuale richiesta risarcitoria poteva rischiare di essere controproducente perché in questo giudizio le regole della responsabilità contrattuale venivano diluite[111].

Il *Writ of Debt* e successivamente quello di *detinue* avrebbero dovuto essere lo strumento processuale che avrebbe permesso il recupero di cose mobili o perlomeno, di agire nel caso che queste fossero l'oggetto di un processo. Anche se il *Breve de Detentione* era stato pensato come un rimedio per tutti i contratti reali, come il comodato ed il deposito, tuttavia la sua struttura aveva conseguenze spesso insoddisfacenti e sotto certi aspetti addirittura controproducenti. Infatti il principale problema che nasceva nel caso di un inadempimento del contratto di comodato era costituito proprio dalla difficoltà di ottenere in restituzione la specifica cosa concessa.

[110] Inizialmente il *Writ of Trespass* era mirato ad assicurare il ristoro dei danni subiti ad opera di terzi. Cfr. A. Fitzherbert, *La nouvelle Natura Brevium* …cit., p. 85. Etimologicamente la parola *trespass* che derivava attraverso il francese dal latino *transgressio*, significava ogni violazione della legge che non fosse *treason* o *felony* (includendo anche la mancata denuncia di questi reati). Elemento fondamentale del *trespass* era che la violazione ed i conseguenti danni fossero fatti con violenza. Tuttavia quest'ultimo termine doveva interpretarsi in senso non essenzialmente penalistico, in quanto anche l'ingresso senza invito in una proprietà altrui poteva configurarlo. Cfr. J.J.S. Wharton, *The law lexicon*… cit., p. 736, *ad vocem Trespass*.

[111] Cfr. T.A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 265.

4. Rei Vindicatio *e* Writ of Detinue

Il difficile inquadramento dell'azione di *debt* o di *detinue* all'interno di uno schema romanistico, imperniato sulla distinzione tra un'azione reale ed una personale derivava anche dal fatto che nella *Common Law* non esisteva un'azione paragonabile come concetto e come formulazione processuale alla *rei vindicatio* romana[112]. La struttura delle due azioni inglesi si basava su un preteso inadempimento contrattuale – un *wrong* – della controparte; mentre l'azione romana, specificamente, rivendicava un determinato bene in possesso di un terzo e non importava per quale motivo questo fosse giunto a lui. Questo problema era risalente nella *Common Law*. Come si è visto i due *writs* erano essenzialmente azioni contrattuali fin dalla loro genesi in Glanvill che scriveva appunto per delimitare quali negozi potessero essere portati innanzi alle Corti Regie. Tuttavia se questo era corretto all'origine per il *Writ of Debt*, in realtà il *Writ of Detinue* potrebbe essere inquadrato come una sorta di risposta alla lacuna della *Common Law* medievale. Anche se, nonostante tutto, presentava ancora il "fastidioso", ermeneuticamente parlando, dettaglio dell'obbligazione alternativa di riconsegnare il bene o pagarne il valore.

Originariamente il *Writ of Detinue* potrebbe avere svolto funzioni assimilabili a quelle di una *rei vindicatio*, in quanto era stato modellato sullo schema di un *Writ of Praecipe* e queste azioni «*did not have as their object the remedying of wrongs, but the vindication of rights*»[113]. Ma se questo poteva forse essere vero in origine, già partire dal XV secolo un *Writ of Detinue* non aveva più alcun valore processuale assimilabile a quello di una *rei vindicatio*, nel caso, ad esempio, in cui il *bailee* non fosse più in possesso dei beni affidatigli. Bisogna, inoltre sempre precisare che quando si utilizza una ricostruzione analogica come quella proposta che vede il *Writ of Detinue* assimilabile ad una *rei vindicatio* si deve sempre considerare l'obbligo della indicazione del valore che era intimamente connesso all'essenza del breve di *detinue* e che creava la già considerata obbligazione alternativa.

L'importanza dell'azione di *detinue* nella *Common Law* come strumento di risoluzione delle controversie relative ai contratti reali rimarrà incontestato, pur con tutte le sue pecche, per quasi tutto il Medioevo, proprio per la sua natura di rimedio basilare dedicato a quasi tutte le questioni di inadempimento contrattuale. Inoltre l'estensione della possibilità di

[112] Per una recente trattazione del problema, Cfr. N.J. McBride, *Vindicatio, the missing remedy,* in Singapore Academy Law Review, XVIII (2016), pp. 1052-1078.
[113] Cfr. ivi, pp. 1055-1056.

utilizzare la giuria[114] anche nei processi introdotti con un *Writ of Detinue* portò alcune protezioni in più ai diritti del comodante. La possibilità di richiederne l'intervento nei casi relativi a contratti di comodato sembrerebbe essere iniziata nelle Corti di Contea nella prima metà del XIII secolo, per poi estendersi anche ad altre giurisdizioni. La possibilità di adire una Corte di Contea poteva essere vantaggiosa per il *plaintiff* che avrebbe potuto acquistare un *writ* vicecomitale, per poi, eventualmente, attraverso un *pone* riportare il processo davanti alle Corti Regie[115]. Nel XVIII secolo l'azione di *detinue* era oramai incardinata stabilmente davanti ad una giuria, anche se rimaneva la teorica possibilità di *wager law*[116]. La giuria e questa era una novità che mutava il fronte processuale a favore del comodante avrebbe anche potuto deliberare sugli eventuali danni subiti dal *plaintiff*. Nella procedura davanti alle *jury courts* i danni, se non domandati direttamente, avrebbero potuto essere richiesti, successivamente, con uno specifico *Writ of Inquiry of Damages*[117] che ne permetteva la valutazione, deferendo la decisione ai giurati.

5. Slade's case*, il sorgere del* Writ of Assumpsit

L'azione di *detinue* rimarrà quindi fondamentale nel caso di comodato almeno fintantoché questa non venne lentamente sostituita da quella di *assumpsit*[118]. Questo accadde, a livello di giurisprudenza, a partire dal XVI secolo, ma solo nel 1602 con quello che viene chiamato *Slade's Case*[119]

[114] Sulla giuria, cfr. A. Padoa Schioppa, *Storia* ... cit., pp. 234-235.
[115] Cfr. R.C. Palmer, *The County Courts of Medieval England, 1150-1350*, Princeton University Press, Princeton N.J. 2019 pp. 216-217; A. Padoa Schioppa, *Storia* ... cit., pp. 223-224.
[116] Cfr. A. Padoa Schioppa, *Storia* ... cit., p. 226, dove è definito «il giuramento di solidarietà dei fiduciari».
[117] Cfr. *Trials Per Pais: Or, the Law of England Concerning Juries by Nisi Prius, &c: With a Complete Treatise of the Law of Evidence, Collected from All the Books of Reports; Together with Precedents, and Forms of Challenges, Demurrers Upon Evidence, Bills of Exception, Pleas, Puis Le Darrein Continuance*, a cura di G. Duncombe, Dublin 1793[9], I, Ch. 14.
[118] D. Ibbetson, *A Historical Introduction* ... cit., pp. 126-147. Dove si tratta della nascita di questo specifico *writ*; cfr. D. Ibbetson, *Common Law and Ius Commune*…cit., pp. 24-26. L'azione di *detinue* venne abolita in Inghilterra e Galles a partire dal 1 gennaio del 1978, ad opera del *Torts (Interference with Goods) Act*, 1977, c. 32.
[119] Cfr. E. Coke*, The reports of Sir Edward Coke in English, in thirteen parts complete; with references to all the ancient and modern books of the law*, London 1777, II, pp. 93-96. «*John Slade brought an action on the case in the King's Bench against Humphrey Morley (which plea*

che costituisce un *landmark* in materia, si ebbe un notevole cambiamento procedurale. In questa *decision*, presa in appello dalla *Court of Exchequer Chamber*, venne stabilito il precedente fondamentale secondo cui un *Writ of Assumpsit* poteva essere utilizzato al posto di quello di *debt*, fino ad allora considerato se non l'unico che poteva essere esperito in materia contrattuale, perlomeno il più corretto proceduralmente.

In estrema sintesi: un certo John Slade (*plaintiff*) aveva coltivato grano e segale e li aveva venduti ad un certo Humphrey Morley (*defendant*). Morley promise di pagare a Slade 16 *pounds* in cambio della merce, ma non lo fece. Così nel 1596 Slade intentò un'azione di *assumpsit* sulla base della promessa prestata da questi e non una di *debt* per l'inadempimento contrattuale, come sarebbe stato più corretto proceduralmente. A questo punto Morley eccepì che l'azione non fosse quella appropriata[120]. La giuria respinse l'eccezione

began Hil. 38 Eliz. Rot. 305.) and declared, that whereas the plaintiff, 10th of November, 36 Eliz. was possessed of a close of land in Halberton, in the county of Devon, called Rack Park, containing by estimation eight acres for the term of divers years then and yet to come, and being so possessed, the plaintiff the said 10th day of November, the said close had sowed with wheat and rye, which wheat and rye, 8 Maii, 37 Eliz. were grown into blades, the defendant, in consideration that the plaintiff, at the special in stance and request of the said Humphrey, had bargained and sold to him the said blades of wheat and rye growing upon the said close (the tithes due to the rector, etc. excepted) assumed and promised the plaintiff to pay him 16 l. at the feast of St. John the Baptist then to come; and for non-payment thereof at the said feast of St. John Baptist, the plaintiff brought the said action: the defendant pleaded non assumpsit modo et forma; and on the trial of this issue the jurors gave a special verdict, sc. that the defendant bought of the plaintiff the wheat and rye in blades growing upon the said close as is aforesaid, prout in the said declaration is alleged, and further found, that between the plaintiff and the defendant there was no other promise or assumption but only the said bargain; and against the main tenance of this action divers objections were made by John Dodderidge of counsel with the defendant». W. W. Cook, E. W. Hinton, *Cases on pleading at Common Law: Part I - Common Law actions*, Chicago 1920, pp. 196-197. Cfr. A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., I, p. 304; D. Ibbetson, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context*, in Oxford Journal of Legal Studies, IV, 3/' 84, pp. 295-317; J. Baker, *New Light on Slade's Case*, in The Cambridge Law Journal, XXIX, 1 /'71, pp. 51-67. Cfr. Adriano Cavanna, *Storia* …cit., I, p. 521.

[120] Cfr. J. Baker, *An Introduction* …cit., 2019[5], pp. 369-370. Le due eccezioni della difesa che furono rigettate, sono interessanti perché permettono di capire al meglio la portata del *writ of debt* nella prassi quotidiana delle Corti. In primo luogo si sostenne la nullità procedurale dell'azione, in quanto l'attore in quel particolare caso «*might have ordinary remedy by action of debt, which is an action formed in the Register, and there fore he should not have an action on the case, which is an extraordinary action, and not limited within any certain form in the Register; for ubi cessat remedium ordinarium, ibi decurritur ad extraordinarium, et numquam decurritur ad extraordinarium ubi valet ordinarium, as appears by all our books; et nullus debet agere actionem de dolo, ubi alia actio subest*». Il *Writ of Debt* era uno dei *brevia formata*, quindi costituiva l'azione ordinaria in campo contrattuale. Secondo la difesa quindi non si poteva utilizzare, senza alcun motivo, un'azione straordinaria come quella del proposto *Writ of Assumpsit*. La seconda

del convenuto, statuendo che Morley aveva con le sue promessa acquistato la merce e condannandolo al pagamento[121].

Nel giudizio finale dello *Slade's Case*, dibattuto nel 1602 davanti alla *Court of Exchequer Chamber*, Lord Popham - *Chief Justice of the King's Bench*, i cui giudici avevano diritto di voto nella Corte dello Scacchiere - nella sua *opinion* confermò la possibilità per il *plaintiff* di agire alternativamente e legittimamente, in materia contrattuale, sia in *debt* sia in *assumpsit*. Questo sulla base della considerazione che, nel momento stesso in cui si stipulava un contratto e così facendo si prestava il proprio consenso a versare o consegnare una cosa, questo solo fatto significava prometterne l'adempimento e da questa considerazione, nasceva la possibilità di agire anche con il *Writ of Assumpsit*. Scriveva Popham:

> *Every contract executory imports in itself an assumpsit, for when one agrees to pay money, or to deliver anything, thereby he promises to pay, or deliver it; and therefore when one sells any goods to another, and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration thereof promises to pay so much money to the other, in this case both parties may have an action of debt, or an action upon the case on assumpsit, for the mutual executory agreement of both parties imports in it self reciprocal action upon the case, as well as action of debt*[122].

La possibilità di utilizzare un *Writ of Assumpsit* veniva a modificare totalmente i presupposti processuali dell'azione rispetto a quella tradizionale impostata sul concetto di *debt*. Con esso, infatti, il *plaintiff* sostenne che una volta assunto volontariamente un debito il *defendant* aveva promesso di pagarlo, richiestone l'adempimento, non vi aveva provveduto e la giuria prima e la *Superior Court*, poi, appoggiarono questa ricostruzione[123]. John Rastell definiva l'*assumpsit* come una promessa verbale volontaria di fare o pagare qualcosa – quindi non avrebbe avuto valore una promessa di versare,

obiezione si basava sul preteso *vulnus* portato dalla scelta processuale del *plaintiff* ai diritti processuali del convenuto che gli appartenevano in quanto inglese. «*that the maintenance of this action takes away the defendant's benefit of wager of law, and so bereaves him of the benefit which the law gives him, which is his birthright*». W.W. Cook E.W. Hinton, *Cases on pleading*…cit, p. 198. Per quanto sotto molti aspetti queste fossero fondate tuttavia furono rigettate e la *Slade v. Morley* entrò nella storia della *Common Law.*

[121] Cfr. A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., I, p. 304; D. Ibbetson, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context*, in Oxford Journal of Legal Studies, IV, 3/' 84, pp. 295-317; J. Baker, *New Light on Slade's Case*, in The Cambridge Law Journal, XXIX, 1 /'71, pp. 51-67. Cfr. Adriano Cavanna, *Storia* …cit., I, p. 521.

[122] E. Coke, *The reports of Sir Edward Coke in English*…cit., II, pp. 94-95.

[123] D. Ibbetson, *A Historical Introduction* ... cit., p. 133.

senza alcuno scopo ma solo per generosità, una determinata somma di denaro -[124]. L'*assumpsit* poteva fornire una valida causa al negozio e quindi dava la possibilità di adire in giudizio. L'autore per rafforzare la propria tesi la collegava esplicitamente, con riguardo agli effetti ed all'efficacia, ad una serie di istituti di Diritto Comune che erano utilizzati dai *civilians*, come il patto, la sponsione, la pollicitazione, la promessa o il *constitutum*[125]. Le citazioni in comparazione di istituti di Diritto Romano e indirettamente di interpretazioni di Diritto Comune, con la *Common Law* punteggiavano l'opera di Rastell, nonostante questa mirasse ad un pubblico di pratici. Molto spesso queste citazioni si limitavano semplicemente a richiamare il nome dell'analogo istituto civilistico, questo farebbe supporre che i lettori fossero abbastanza colti da cogliere le varie corrispondenze, senza la necessità di spiegarle loro approfonditamente. La strutturazione di una responsabilità fondata su di una promessa di adempimento, come quella del *Writ of Assumpsit*, nella *Common La*w parrebbe essere stata influenzata dal Diritto Canonico, per le cui previsioni una promessa di adempimento poteva essere vincolante in determinati casi[126]. Lentamente la *Common Law* giunse quindi a riconoscere l'obbligatorietà di una promessa anche qualora questa non fosse stata redatta *under seal* quando questa fosse stata prestata in *consideration* – traducibile con le dovute cautele con "causa" [127]– di qualche cosa[128].

Inizialmente l'avvenuta richiesta di adempimento era considerata come un elemento essenziale, perché fosse configurabile la responsabilità del convenuto ed era quindi necessario provare specificamente che questa fosse occorsa. Ma, nel corso del tempo la giurisprudenza si limitò ad affermare che bastava una *general allegation* che questa fosse avvenuta, semplificando notevolmente l'onere della prova che ricadeva sull'attore. L'azione quindi non si basava tanto su di uno specifico contratto quanto piuttosto su accordi verbali intercorsi tra le parti[129]. Questa particolare scelta di strutturazione

[124] L'*assumpsit* come definito da Rastell, potrebbe anche leggersi, sotto certi aspetti, come un'ammissione di debito.

[125] Cfr. J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p. 19, *ad vocem Assumpsit*.

[126] Per una approfondita disamina della materia si rinvia a A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*…cit., p. 375-405. Soprattutto nella parte dove viene trattata la materia della relazione tra le *Summae* di Trovamala e di Clavasio nella definizione della dottrina che portò alla stabilizzazione del *Writ of Assumpsit*. Cfr. M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico*…cit., p. 84.

[127] Come nota Criscuoli l'evoluzione del significato del termine *consideration* apparso nella Common Law intorno agli inizi del XVI secolo rimane difficile da tracciare. Cfr. G. Criscuoli, *Il contratto*…cit., p. 32

[128] Cfr. R. Franceschelli, *Causa e consideration nel diritto privato italiano e anglosassone*, si veda G. Alpa, M. Bessone (curr.), *Causa e consideration*, Padova 1984, p. 106

[129] Cfr. W. Selwyn, *An Abridgment of the Law of Nisi Prius*, London 1845[11], I, p. 68.

della domanda aveva il vantaggio di non basarsi tanto sul contratto, cosa che avrebbe dato origine ad un *actio of debt*, ma di appoggiarsi invece alla non mantenuta promessa di saldare il dovuto (*indebitatus assumpsit*). Inoltre, circostanza da non trascurarsi, in questa particolare azione non era prevista la possibilità di usufruire della difesa del *wager of law*[130]. Un ulteriore punto favorevole per l'attore nel *Writ of Assumpsit* era rappresentato dal fatto che a differenza di quanto accadeva quando si doveva richiedere un *Writ of Debt*, in questa particolare azione non bisognava dichiarare quale specifica cosa fosse oggetto della domanda ma:

> *it is sufficient if the declaration state generally, that the defendant was indebted to the plaintiff for work and labour; for the agistment of cattle in the plaintiff's ground; for a premium upon a policy of assurance upon such a ship; upon an account stated* […][131].

I giudici inglesi, tuttavia, nonostante l'ammessa possibilità di utilizzare un *Writ of Assumpsit* in casi contrattuali continuarono a negare la validità giuridica ai *nuda pacta*. Per quanto riguardava invece i *deeds under seal* contenti una promessa dotati del caratteristico *vestitmentum* formale di *Common Law*, alla loro tutela era deputato lo specifico *Writ of Covenant*[132]. Nel continuare a negare validità obbligatoria ai patti nudi, i giudici inglesi apparentemente sembravano discostarsi dal Diritto Canonico, la cui influenza in questo particolare campo del diritto inglese appare e scompare come un fiume carsico. In realtà nello *Slade's case* la promessa tutelata dal *writ* è collegata ad una causa lecita, una obbligazione assunta liberamente da una parte di comprare una cosa e come sottolinea Ferrante, anche nel Diritto Canonico non sono tutelati i nudi patti che non abbiano una causa o che ne abbiano una turpe[133]. La ragione che fa dello *Slade's case* un *landmark*, un punto di svolta nel diritto inglese, è il fatto che l'accoglimento dell'ammissibilità processuale di un *Writ of Assumpsit* in questa particolare fattispecie, andava ad incidere sul secolare sistema processuale che vedeva

130 «*The general* indebitatus assumpsit (in corsivo nel testo) *is in the nature of an action of debt, and owed its introduction into general use to the circumstance of the defendant not having been permitted in this form of action to wage his law. It may be considered as a general rule, that an* indebitatus assumpsit (in corsivo nel testo) *will not lie in any case but where debt will*». W. Selwyn, *An Abridgment* …cit., I, p. 68.

131 *Ibidem*.

132 Ibbetson però nota come sia controverso che almeno agli inizi, un *writ of covenant* dovesse necessariamente fondarsi su un *deed under seal*; tuttavia a partire dalla fine del XIII secolo gli *Year Books* la ritengono una condizione necessaria. Cfr. D. Ibbetson, *A Historical* …cit., p.24.

133 Cfr. M. Ferrante, *L'apporto del diritto canonico*…cit., p. 86.

come unico rimedio agli inadempimenti contrattuali il *Writ of Debt* in una delle sue varie incarnazioni e poneva le basi per il successivo superamento di questa azione.

Rimaneva però un problema che non poteva essere risolto processualmente né dalla domanda contenuta nel *Writ of Debt* o di *detinue* né in quella dell'*assumpsit*. Era il peculiare caso in cui era stato concesso in comodato un piatto d'argento e questo dopo essere stato "tosato" era stato restituito in specie, ma manomesso. L'argento così indebitamente ottenuto era stato poi posto in vendita. Dal punto di vista del *detinue* la cosa era stata riconsegnata, mentre il comportamento del comodatario non era facilmente inquadrabile nell'idea della promessa di adempiere non mantenuta che era la chiave di volta della costruzione dell'*assumpsit*. L'azione che si venne a creare per ovviare a questa eventualità fu il *Writ of Trover*[134] che era *un action of the case*, finalizzata cioè al recupero dei danni in tutti i casi in cui si considerava turbata od invasa, la proprietà di un individuo.

Una *conversion* che nei suoi tratti essenziali consisteva nell'usare per i propri fini una cosa di terzi in proprio possesso[135] senza il consenso del proprietario, era considerata il nucleo fondativo (*gist – causa petendi*)[136] della domanda di un'azione di *trover* ed era il *wrong* che poteva dare origine all'azione. Quest'ultima era quindi definibile come «*an action on the case, for the recovering of the value of Goods or chattels*»[137] e veniva ad essere fondata sul fatto che qualcuno avesse utilizzato, in qualsiasi modo, una proprietà altrui senza permesso o illecitamente[138]. La formula con cui si richiedeva quindi il ristoro dei danni e che costituiva la *causa petendi* era così stutturata: «*pro*

[134] Cfr. J.B. Ames, *The History of Trover*, in Harvard Law Review, XI, 5/1897, pp. 277-289; J. W. Salmond, *Observations on Trover and Conversion*, in Law Quarterly Review, XXI, 1/1905, pp. 43 -54.

[135] Cfr. J.J.S. Wharton, *The law lexicon*…cit., 1860[2], p. 178, *ad vocem Conversion*.

[136] Cfr. W. Selwyn, *An Abridgment* …cit., I, p. 1370; Adriano Cavanna, *Storia* …cit., I, pp. 516-522.

[137] *A Treatise of trover and conversion: or, The law of actions on the case for torts and wrongs*, London 1721[2], p. 4.

[138] «*The defendant converted to his own use, or wrongfully deprived the plaintiff of the use and possession of the plaintiff's goods*». J. W. Salmond, *Observations on Trover and Conversion*, in Law Quarterly Review, XXI, 1/1905, pp. 43 -54. L'azione in questo caso sarebbe stata motivata dal *lien* che era la pretesa giuridica al corretto adempiemento dell'obbligazione che intercorreva tra comodante e comodatario e che scaturiva da un *agreement* tra le parti. «*The action of trover is a special action upon the case, which may be maintained by any person who has either an absolute or special property in goods, for recovering the value of such goods, against another, who having, or being supposed to have, obtained possession of such goods by lawful means, has wrongfully converted them to his own use*». W. Selwyn, *An Abridgment* …cit., I, p. 1354.

conversione et dispositione bonorum e catallorum ipsius quaerit ad valentiam 100 l.».[139]

L'azione pur essendo un'azione civile poteva ricoprire una fattispecie che presentava alcune analogie con l'appropriazione indebita, anche se in realtà era molto più ampia. Con essa si poteva richiedere il risarcimento dei danni, infatti riguardava non tanto la cosa concessa quanto piuttosto i guadagni che erano stati ottenuti mediante il comportamento illecito del *bailee*[140]. Questo *writ* infine comportava un processo con giuria. Un altro grande pregio di quest'azione era che permetteva di richiedere i danni subiti dalla cosa oltre alla restituzione della stessa, se non fosse già avvenuta, eliminando la possibilità di un adempimento alternativo.

Per quanto riguardava il comodato di beni immobili come i terreni che nell'evoluzione della *Common Law* verrà definitivamente escluso, si è già visto prima come in epoca medievale non solo esistesse la possibilità del negozio di *precarium* o perlomeno di uno molto simile concettualmente a questo e come la struttura del contratto, come era stata disegnata da Glanvill e Bracton, non ne escludesse a priori l'esistenza. In questo caso però l'azione necessaria per ottenere in restituzione il bene non avrebbe potuto essere un *Writ of Debt* o di *detinue*, ma sarebbe stata un *Praecipe Quod reddat*[141] che poteva essere utilizzato per richiedere cose ingiustamente detenute, per chiedere l'esecuzione di un *covenant* tra le parti e per ottenere un rendiconto delle somme di denaro prestate.

Il *Praecipe Quod Reddat* era un *writ of right*[142]; era cioè un'azione che

[139] *A Treatise of trover and conversion*…cit., p. 5.

[140] Sulla *conversion* e la sua evoluzione, Cfr. J. Baker, T*he Oxford History of the Laws of England: 1483-1558*, Oxford 2003, VI, pp. 802-803.

[141] Il *Praecipe quod reddat* era un'azione piuttosto risalente. Cfr. B. A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford 2001, p. 679, *ad vocem Praecipe*. «*A praecipe quod reddat." This is understood of the king's writ directed to the sherife* (sic!) *of the county where the land lyeth, whereby the sherife is authorised to command the tenant of the land to yield the same to the demandant; and of these words of the writ (praecipe quod reddat) the writ is so called. Writs or of praecipe be of foure kindes, praecipe quod reddat, praecipe quëd faciat, praecipe quod permittat, Regi and praecipe quod non permittat, &c. as appeareth by the Register*». E. Coke, *The First Part of the Institutes*…cit., I, Sect. 145 *Of Homage Ancestral*. Un caso di *Praecipe Quod Reddat* si ritrova in un affitto vitalizio durante il regno di Edoardo III. Cfr. *Year Books of the Reign of King Edward the Third*, a cura di L.O. Pike, Cambridge 2012, p. 166.

[142] Un *Writ of Right* era posto in parallelo con un *Writ of Detinue* per quanto riguardava il recupero di proprietà e non di somme di denaro o beni fungibili. «*The law started from entirely distinct conceptions of the mere detaining of property from the person entitled, and the spoiling or altering it to the prejudice of one in reversion or remainder, or a general owner. For the former case the Common Law provided its most ancient remedies - the writ of right (and later the various assizes and the writ of entry) for land, and the parallel Writ of Detinue (parallel as being merely a variation of the writ of debt, which was precisely similar*

si fondava sulla rivendica di un preciso diritto alla proprietà di un bene immobile che il ricorrente rivendicava essere suo o di diritto o per eredità[143]. Come indicava la formula era essenzialmente quindi un'azione a difesa della proprietà che poteva essere radicata dinnanzi alle Corti Regie. Nel caso l'attore avesse deciso di adire una *Seignorial Court* avrebbe dovuto utilizzare un *breve de recto tenendo*[144] che mirava ad ottenere la restituzione di un determinato terreno[145]. Il motivo che portava alla richiesta del provvedimento era esplicato nella parte della formula in cui si dichiarava che il convenuto doveva rendere il terreno in quanto «*in quam* [*terram*] *non habuit ingressum nisi per intrusionem quam ipse fecit*»[146].

La struttura del breve definiva la situazione del convenuto in termini che ne sottolineavano l'intrusione in una proprietà altrui e quindi l'ingiustizia ed illegittimità di questo suo comportamento. La formula del *writ* era sicuramente molto flessibile[147] e ne permetteva l'utilizzo in un svariato numero di casi e di situazioni di fatto a cui poteva fornire un rimedio giudiziario più efficace rispetto a quello offerto dal *Writ of Debt* prima e da quello di *detinue* successivamente, in materia di cose mobili. Le parole contenute nella stesura in lingua inglese della formula daranno vita alla successiva denominazione del breve come *Writ of Entry*.

A partire dal dodicesimo secolo vi sarà una costante evoluzione di quest'azione che veniva utilizzata nelle cause riguardanti beni immobili. Inizialmente questo breve conteneva il tradizionale ordine rivolto allo sceriffo di convocare il *defendant* per sentire per quale motivo non avesse compiuto una determinata azione, nel nostro caso restituire un terreno detenuto ingiustamente. Successivamente l'azione si modificò e la formula si trasformò da negativa a positiva richiedendo al convenuto di spiegare perché egli avesse compiuto una determinata azione[148]. Nel XVII secolo nei

in form to the writ of right) for goods; to this must be added, in special, but once frequent and important cases, replevin». F. Pollock, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London 1886[4], pp. 311-312.

143 F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english* …cit., II, p. 62. Cfr. J. J. Lawler, G. G. Lawler, *A Short Historical Introduction to the Law of Real Property*, Washington D.C. 2000, p. 254 e ss.

144 Cfr. F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 65.

145 «[…] *writ of Praecipe quod reddat, which is the commencement of a proprietary action. That writ bids the tenant give up the land which the demandant claims, or appear in the king's court to answer why he has not done so. All the new writs have this in common*». F. Pollock, F.W. Maitland, *The history of english law* …cit., II, p. 67.

146 T. E. Tomlins, *The Law-dictionary* …cit., I, *ad vocem Entry*. Cfr. F. Pollock, F.W. Maitland, *The history of english law* …cit., II, p. 67.

147 Cfr. F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of english law* …cit., II, p. 69.

148 Cfr. T.F.T. Plucknett, *A Concise History*…cit., p. 366.

testi legali pratici si ammetteva la possibilità di concedere beni immobili a qualcuno, per mantenere un predicatore, aiutare i poveri o i veterani, o in comodato di immobili o in usufrutto. Tuttavia si insisteva sul fatto che fosse sempre consigliabile prevedere un canone periodico, anche esiguo stante la natura caritativa dell'atto. Questa indicazione che avrebbe escluso la configurazione di un contratto di comodato, era prevista perché avrebbe permesso al concedente di utilizzare il *Writ of Debts* nel caso di eventuali inadempimenti[149].

[149] Cfr. G. Billinghurst, *Arcana Clericalia: Or, the Mysteries of Clerkship Explained*, London 1705, p.11.

Capitolo IV

Brandy & Bailment
Evoluzione

Sommario: 1. Coggs *v.* Bernard. Il trionfo del *Writ of Assumpsit*. – 2. Il Comodato come *bailment*. – 3. *Liability* e *Adempimento*.

1. *Coggs* v. *Bernard. Il trionfo del* Writ of Assumpsit

La situazione disegnata dal sistema dei contratti reali nella *Common Law* che si appoggiava principalmente sul *Writ of Debt* e su quello di *detinue*, continuò a sussistere fino agli inizi del XVIII secolo nonostante lo *Slade's case* e il comodato continuò a ricadere, come regola processuale generale, nell'ambito delle tutele che erano garantite dall'azione di *detinue*. Nel frattempo, seguendo una linea evolutiva abbastanza comune nella procedura di *Common Law*, anche questa si era ulteriormente specializzata se non frammentata, in una serie di *writs* "secondari" da essa derivati. Uno tra questi era quello di *detinue of charters* volto allo specifico recupero di documenti. Ma questa specializzazione del *writ* non aveva fatto altro che aumentare i problemi derivanti dall'esito processuale di una domanda di tale tipo [1]. L'efficacia di un'azione come quest'ultima che era mirata al recupero di documenti, dipendeva dal fatto che era dibattuto se fosse possibile emettere un successivo *Writ of Capias* in caso di inadempimento[2]. I *Writ of Capias* erano azioni esecutive contro il convenuto che prevedevano la sua cattura e detenzione fino al soddisfacimento dell'obbligazione[3]. Si giunse inoltre ad ammettere la possibilità processuale che un unico *writ* potesse contenere contemporaneamente una richiesta di restituzione in *detinue of charters and of chattels*[4].

Tutto cambiò nel 1703 quando un certo John Coggs citò William

[1] Cfr. C. Viner, *A General Abridgment* …cit., VIII, p. 28.
[2] Cfr. ivi, VIII, p. 29.
[3] T.E. Tomlins, *The Law Dictionary*…cit., I, *ad vocem Capias*.
[4] Cfr. C. Viner, *A General Abridgment* …cit., II, p. 40.

Bernard ed il loro caso finì davanti a Lord John Holt, all'epoca *Chief Justice* del *King's Bench*[5]. La *decision* che chiuse questa causa avrebbe costituito sia un *landmark* all'interno del sistema della *Common Law* inglese[6], sia come ricaduta incidentale una svolta nella definizione e nella natura del comodato che fino ad allora non si era molto discostata dalla strutturazione che gli aveva dato Bracton. Nel 1601 William Fulbeck (1560–1603?), l'allievo di Alberico Gentili descritto da Coquilette come l'ape bartolista[7], aveva incentrato il suo lavoro didattico intitolato *A parallele or conference of the civil law, the canon law, and the common law of this realme of England* sul dialogo di quattro personaggi[8]. Questi erano un curioso e ricco patrono illuminato (*Nomomathes)* un canonista (*Canonologus*), un civilista (*Codicgnostes*) ed infine un *common lawyer* (*Anglonomophylax*) ed avevano dedicato meno di due pagine[9] del loro dibattito al comodato. Inoltre i quattro pugnaci personaggi non avevano dimostrato un soverchio interesse in questa materia. Si erano limitati, piuttosto annoiati sembrerebbe, a ribadire concetti noti e risalenti sulla natura del contratto sulla sua analogia col mutuo e sulla responsabilità che era modellata secondo gli schemi del diritto continentale.

Ma nel 1703 un certo Bernard, il *defendant* (convenuto), si impegnò a trasportare, gratuitamente, diversi barili di brandy che appartenevano a Mr. Coggs da una cantina che si trovava in Brooks Marcket, ad un'altra, distante circa mezzo miglio e situata in una sorprendente, dato il carico, *Water Street*. Purtroppo nel corso del trasporto una botte cominciò a perdere ed il brandy, in essa contenuto, spillando fuori si sparse per la strada. Coggs citò mediante un *Writ of Assumpsit* Bernard, affermando che il convenuto aveva volontariamente accettato di trasportare i barili di brandy e che nel fare questo, a causa della sua negligenza, gli aveva causato un danno disperdendo il contenuto di una parte del carico affidatogli. Nella domanda i danni furono quantificati in dieci Sterline[10]. In punto di diritto il *thema*

[5] *Coggs v. Bernard* (1703) 2 Ld Raym 909, pp. 107-114.

[6] P. Pardolesi, *Il promissory Estoppel, la promessa unilaterale e la culpa in contrahendo: relazioni pericolose?,* si veda P. Pardolesi (cur.), *Seminari di diritto privato comparato*, Cacucci Editore, Bari 2011, pp. 357-358.

[7] Cfr. D. R. Coquilette, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History: Civilian Writers of Doctors' Commons, London: Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International Law*, Berlino 1988, p. 71. Sulla figura di Gentili si rimanda a G. Minucci, *Alberico Gentili iuris interpres della prima età moderna*, Bologna 2011.

[8] L'uso dei Dialoghi come strumento didattico ed espositivo da parte di Fulbeck può essere collegato all'esempio del suo maestro Alberico Gentili ed al suo *De Iuris Interpretibus Dialogi Sex*.

[9] Cfr. W. Fulbeck, *A Parallele or Conference*…cit., pp. 50-51.

[10] Cfr. D. Ibbetson, *Coggs v. Bernard*…cit., p. 2.

decidendum era se un individuo che non era un facchino di mestiere e che aveva accettato volontariamente e gratuitamente di trasportare in sicurezza determinati beni, ma proprio per questo non aveva formalmente assunto alcuna obbligazione contrattuale, sarebbe stato responsabile degli eventuali danni derivanti dalla sua negligenza, nonostante la sua fosse molto simile ad una prestazione di cortesia, senza causa legittimante un'azione.

Per rispondere a questa domanda preliminare e risolvendo così in parte il problema di quale valore legale dare ad una promessa uno dei primi principi che vennero stabiliti dalla *decision* che scaturì da questo caso, comportò una vera e propria rivoluzione nel sistema di *Common Law*, in materia sia della nascita delle obbligazioni sia processuale. I giudici del *King's Bench* infatti decisero in via preliminare che: «*The confidence induced by undertaking any service for another is a sufficient legal consideration to create a duty in the performance of it*»[11].

La *confidence* veniva quindi a costituire quello che era il fondamentale elemento implicito necessario per la nascita di un contratto e quindi per il sorgere delle successive obbligazioni. Questo elemento era rappresentato nella *Common Law* dalla *consideration*. Il concetto di *confidence* era assimilabile, sotto certi aspetti e con tutte le cautele del caso, all'affidamento ed alla buona fede nell'esecuzione di un accordo, alla fiducia reciproca. La base della decisione veniva ad essere incentrata sulla constatazione che il mero fatto di avere assentito ad assumersi volontariamente un'obbligazione di fare ed avere così indotto il terzo a confidare in questo, integrava la *consideration* e forniva una causa legittimante a quella che altrimenti, sarebbe stata solo una mera promessa. Come necessaria conseguenza di questa affermazione si creava un'obbligazione contrattuale di adempiere quanto promesso ed un conseguente obbligo legale di risarcimento, nel caso di danni, anche se non era stato stipulato formalmente nessun contratto[12]. Una mera cortesia od

[11] J.W. Smith, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law: With Notes*, London, 1841[2], II, p. 95.

[12] Questo era un problema perché non era ancora del tutto accettata la possibilità che da un *nudum pactum* potessero nascere obbligazioni vincolanti nella *Common Law*. Ma come scriveva Johnes rispondendo all'obiezione posta sulla validità di un *nudum pactum* «[…] *I answer that the owner's trusting him with the goods is a sufficient consideration to oblige him a careful management*». W. Jones, *An Essay on the Law of Bailments*, New York 1828, p. XVII. Sempre Jones definiva il *nudum pactum* come *naked contract*. Questo era definito come «*a contract made without consideration or recompense*». Ivi, p. 119. Il comodato era quindi, sostanzialmente, un contratto dove non si prevedeva alcun prezzo o ricompensa. Come aveva specificato Coke potevano sicuramente esistere contratti gratuiti, ma non senza alcun corrispettivo. Cfr. E. Coke, *The First Part of the Institutes*…cit., I, sec. 188 *Of Villenage*; J. Giles, *A Law Grammar, Or, Rudiments of the Law: Compiled from the Grounds, Principles, Maxims, Terms, Words of Art, Rules, and Moot-points of Our Law, in*

una prestazione gratuita però non integravano di per sé una *consideration* sufficiente per dare vita ad una obbligazione vincolante, era necessaria una *confidence* – un affidamento di una delle parti – che quanto promesso fosse portato a termine[13].

Nel diritto inglese qualsiasi *deed* (atto giuridico) che non fosse stata *under the seal* od un contratto che fosse *without consideration* non avrebbero dato causa ad alcuna azione[14]. Negli *Arcana Clericalia*, un testo del XVII secolo dal titolo latino ma redatto in inglese, la *Consideration* era definita essere la causa materiale[15] del contratto, senza di essa questo non sarebbe stato vincolante tra le parti. Ovviamente la *consideration* doveva essere lecita. Poteva essere sia esplicita, come nel caso di un accordo di pagare una certa cifra per un determinato bene, oppure implicita, come quando un viaggiatore a cavallo si fosse fermato in una locanda e avesse chiesto alloggio. In questo caso si presumeva che questi avesse intenzione di pagare sia per la stanza sia per la stalla[16]. Poteva essere quindi identificata anche come la ragione od i motivi che avevano spinto le parti a stipulare il contratto[17]. Sulla scorta della dottrina continentale si riteneva che una valida *consideration* si fondasse su obbligazioni corrispettive che sommariamente erano ritenute derivanti da *do ut des*, *facio ut facias*, *facio ut des* e *do ut facias*[18]. L'esistenza di una legittima *consideration* doveva essere sempre provata processualmente[19]. Un *deed* che era un qualsiasi atto giuridico e quindi anche una promessa, avrebbe potuto

a New, Easy, and Very Concise Manner: for the Particular Instruction of Students and Other Persons: Whereby They May Acquire Much Useful and Elementary Learning in the Law, London 1817, p. 245. Sull'eccezione del *defendant*: Cfr. M.G. Bridge, *Personal Property Law*, Oxford 2015, p. 62 e ss.

13 Cfr. T. Metcalf, *Principles of the law of contracts as applied by courts of law*, New York 1868, p.196.

14 Cfr. *Waine v. Warlters*, 1804, in *Reports of Cases Argued and Determined in the Court of King's Bench: With Tables of the Names of the Cases and Principal Matters*, a cura di E. H. East, London 1817, V, Easter Term, p. 20, d.

15 Nel 1904 la Corte Suprema della Colonia del Capo dove si utilizzava la *Roman Dutch Law*, in una propria *decision* affermò che la *valuable consideration* e la *causa*, come era configurata nel diritto olandese fondato sul Diritto Comune, erano concetti giuridici equivalenti. Cfr. J. H. Drake, *Consideration v. causa in Roman-American law*, in Michigan Law Review, IV 1/1905, p. 19.

16 Cfr. G. Billinghurst, *Arcana Clericalia*…cit., p. 6.

17 Cfr. T.E. Tomlins, *The Law Dictionary*…cit., I, *ad vocem Consideration*. Secondo un'altra definizione la *Consideration* era il prezzo, il motivo o ciò che aveva portato alla stipulazione del contratto. Cfr. J.J.S. Wharton, *The law lexicon*…cit., 1860[2], p. 167, *ad vocem Consideration*.

18 Cfr. J.J.S. Wharton, *The law lexicon*…cit., 1860[2], p. 167, *ad vocem Consideration*.

19 B.H. Haines, *A Digest of The American Law Register*, Philadelphia 1877, p. 208, *ad vocem Consideration*.

generare obbligazioni unilaterali solo se posto *under seal*, anche se in esso non fosse riscontrabile una precisa *consideration* dell'obbligazione assunta. La *Common Law* con questo strumento derogava al principio *ex nudo pacto non oritur actio*[20].

Una prima conseguenza processuale di questa decisione fu il progressivo abbandono dell'azione di *detinue*, in tutti i casi relativi ai *bailments*. Infatti un'azione per danni derivanti dalla negligenza dell'accipiente avrebbe dovuto portare ad un *Writ of Detinue* che però riposava sempre su un contratto che nel caso discusso innanzi al *King's Bench* in realtà apparentemente non esisteva. La dottrina consolidata in materia di contratto lo definiva come un «*bargain ou covenant perenter deux parties, lou un chose est done pur auter, que est appel Quid pro quo*»[21]. Se, come si è visto, nel caso non era stata prevista alcuna retribuzione per la prestazione, ne derivava che la responsabilità nei *bailments* riposava sulla violazione della *confidence* che l'incarico sarebbe stato portato a termine correttamente e ciò avrebbe giustificato l'emissione di un *Writ of Assumpsit*[22].

Quello che è però più interessante di questa *decision*, con riguardo al contratto di comodato, si ritrovava nella parte in cui vennero gettate le basi del moderno concetto di *bailments* nel diritto inglese. John Holt scrisse:

> *And there are six sorts of bailments. The first sort of bailment is, a bare naked bailment of goods, delivered by one man to another to keep for the use of the bailor; and this I call a depositum, and it is that sort of bailment which I mentioned in Southcote's case (1601) Cro Eliz 815*[23]*. The second sort is, when goods or chattels that are useful, are lent*

[20] Cfr. W. Sheppard, *The Touch-stone*…cit., p. 222.
[21] J. Rastell, *Les termes de la ley*…cit., p. 87, *ad vocem Contract*.
[22] Cfr. S.F.C. Milsom, *Historical Foundations* …cit., p. 324.
[23] Il precedente che utilizza Holt si riferiva ad un caso famoso che era stato deciso nell'Inghilterra elisabettiana. Southcott aveva citato, mediante un *Writ of Detinue*, un certo Bennet contestandogli il fatto che gli aveva affidato determinati beni perché li tenesse al sicuro ma che questi non avesse adempiuto perdendoli. Il convenuto ammise l'avvenuto *bailment* ma affermò che, dopo avergli consegnato i beni, un certo J.S. li aveva rubati, quindi si aprì il giudizio. Il testo della *decision* si trova in E. Coke, *The Reports of Sir Edward Coke, Kt. [1572-1617]: In English, Compleat in Thirteen Parts, with References to All the Antient and Modern Books of the Law. Exactly Translated and Compared with the First and Last Edition in French, and Printed Page for Page with the Same. To which are Now Added the Pleadings to the Cases, E. and R. Nutt, and R. Gosling*, London 1727, III, 84. Cfr. J. H. Beale Jr., *Southcott v. Bennett. Queen's Bench, Pasch. 43 Eliz. (1601)*, in Harvard Law Review, XIII, 1/1899, pp. 43-47; S.F.C. Milsom, *Historical Foundations* … cit., p. 231. La decisione costituì un precedente piuttosto interessante perché «*It was held in Southcote's case, that where a person received goods to keep safely, and they were stolen by one of his servants, he was responsible to the bailor for the loss. The reason of the decision was,*

to a friend gratis, to be used by him; and this is called commodatum, because the thing is to be restored in specie.

The third sort is, when goods are left with the bailee to be used by him for hire; this is called locatio et conductio, and the lender is called locator, and the borrower conductor.

The fourth sort is, when goods or chattels are delivered to another as a pawn, to be a security to him for money borrowed of him by the bailor; and this is called in Latin vadium, and in English a pawn or a pledge.

The fifth sort is when goods or chattels are delivered to be carried, or something is to be done about them for a reward to be paid by the person who delivers them to the bailee, who is to do the thing about them.

The sixth sort is when there is a delivery of goods or chattels to somebody, who is to carry them, or do something about them gratis, without any rewards for such his work or carriage, which is this present case. I mention these things, not so much that they are all of them so necessary in order to maintain the proposition which is to be proved, as to clear the reason of the obligation, which is upon persons in cases of trust[24].

Nelle sue motivazioni il *Chief Justice* enumerava sei tipi di *bailments*: *depositum*, *commodatum*, *locatio*, *vadium* ed il contratto di trasporto. Quest'ultimo caso metteva insieme elementi del trasporto di cortesia e di una prestazione d'opera gratuita. Il loro elenco poteva essere sovrapposto a quello dei contratti reali - escluso il *mutuum* - come si ritrovano nelle opere sia di Glanvill sia di Bracton, anche se non c'era una coincidenza perfetta. La voluta enumerazione dei negozi che erano da considerarsi *bailments* aveva come conseguenza di costituire un solido precedente giudiziale che è tuttora considerato un *landmark* nella C*ommon Law*, mediante il quale si garantiva al proprietario della cosa di tutelarsi mediante un *Writ of Assumpsit*.

that there was a special acceptance to keep safely, and the case afforded an inference that the bailee had not used that ordinary care and diligence which such a special acceptance required, and the goods were stolen by one of his own servants». J. Kent, *Commentaries on American Law*, New York 1844[5], II, p. 563.

[24] *Coggs v. Bernard* (1703) 2 Ld Raym 909, p. 109.

Il concetto di *bailment*[25] era risalente nella letteratura giuridica inglese[26], è un'idea che era già conosciuta da Bracton e veniva utilizzata soprattutto nella prassi. Con questo termine si ricomprendevano piuttosto genericamente quasi tutti i contratti reali, tuttavia fino al XVIII secolo non aveva avuto una propria specifica funzione dottrinale unificatrice della materia[27]. Dalla lettura delle parole di Holt si può evincere che questa era una delle parti del diritto inglese che più era debitrice, soprattutto nella terminologia, al diritto Romano[28]. L'affermazione del *Chief Justice* non era sicuramente casuale ma anzi sottintendeva molto. Holt nelle sue motivazioni attingeva infatti, piuttosto generosamente dai lavori di Arnold Vinnius (1588-1657)[29]. L'interesse per il Diritto Comune e per il Diritto Romano in Inghilterra aveva avuto una rinascita a partire dal XVI secolo, anche grazie alla successiva comparsa dei lavori del giurista dei Paesi Bassi che vennero non solo citati ma anche utilizzati da svariati giuristi inglesi nelle loro opere, tra questi Robert Atkyns, Thomas Wood e Geoffrey Gilbert[30], oltre che dallo

[25] *Bailment* deriva dal verbo francese *bailler* che significa consegnare. Cfr. W. Blackstone, …cit., II, p. 452.

[26] Per quanto in un dizionario legale del 1717 venisse riportato il termine *bail* nella doppia accezione di cauzione in diritto penale e pegno, ma non nel significato che avrà successivamente *bailment*. Cfr. T. Blount, *A Law-dictionary and Glossary: Interpreting Such Difficult and Obscure Words and Terms, as are Found Either in Our Common Or Statute, Ancient Or Modern, Laws. With References to the Several Statutes, Records, Registers, Charters, Ancient Deeds, Manuscripts, and Law-books, Wherein the Words and Terms are Used*, London 1717, *ad vocem Bail*.

[27] Jones se ne lamentava in questi termini: «*It seems, therefore, astonishing, that so important a branch of jurisprudence should have been so long and so strangely unsettled in a great commercial country; and that, from the reign of Elizabeth to the reign of Anne, the doctrine of bailments should have produced more contradictions and confusion, more diversity of opinion and inconsistency of argument, than any other part, perhaps, of juridical learning; at least, than any other part equally simple*». W. Jones, *An Essay*…cit., p. 2.

[28] Cfr. A. Dobie, *Handbook on the law of bailments and carriers*, St. Paul VA. 1914, p. 4.

[29] Cfr. W.S. Holdsworth, *A History of English Law: (1485-1700). The common law and its rivals*, London 1927[4], IV, p. 521.

[30] Uno dei veicoli di questa influenza fu certamente il testo di Arnold Vinnius, pubblicato nel 1642 che commentava le Istituzioni di Giustiniano. Filtrando il Diritto Romano attraverso la *Dutch Law*, il lavoro divenne un testo fondamentale che influenzò la dottrina di *Common Law* per tutto il XVIII secolo. Cfr. J. Rudolph, *Common Law and Enlightenment in England, 1689-1750*, Woodbridge 2013, p. 168. Cfr. D. Ibbetson, *William Jones as comparative lawyer*, si veda A. Murray (cur.), *William Jones, 1746-94: A Commemoration*, Oxford 1998, p. 39, nt. 82, proprio in materia di comodato. Su Vinnio, Cfr. P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, pp. 99-101. Holt stesso avrebbe affermato «*Inasmuch as the laws of all nations are doubtless raised out of the ruins of the civil law, as all governments are sprung out of the Roman empire, it must be owned that the principles of our law are borrowed from the civil law, and therefore grounded upon the same reason in many thing*». *Modern Reports: Or, Select Cases Adjudged in the Courts of*

stesso Holt nella *Coggs v. Bernard*. La scuola elegante olandese è il veicolo mediante il quale le idee del Diritto Comune vengono conosciute e diffuse Oltremanica.

Il *Chief Justice* motivò la scelta di servirsi dell'opera del giurista continentale negli stessi termini che aveva utilizzato per Bracton, poiché riteneva che questi autori fossero non solo delle autorità ma che soprattutto le loro argomentazioni in materia erano fondate razionalmente e solide[31]. Al momento dell'emissione della *decision* Bracton non era ancora pienamente accettato come autorità legale, come lo sarà poi all'epoca di Blackstone – la prima edizione dei suoi *Commentaries* è del 1765-, anche perché era scritto in latino, lingua poco conosciuta dai *common lawyers*; ancora più interessante è quindi l'uso di un giurista di Diritto Comune nella motivazione. Non senza ragione Ibbetson parla del XVI-XVII secolo come un momento di un ritorno (l'autore usa la forte immagine di *re-rooting* riradicarsi) della *Common Law* all'interno della storia giuridica continentale e quindi, in ultima analisi, nel Diritto Comune[32].Ibbetson indica come segni di questo interesse inglese per il Diritto Comune l'utilizzo dei lavori di giuristi olandesi[33] come Grozio ed Everard Van Bronkhorst (1554-1627), autore di una raccolta di *Regulae Iuris*[34]. Tuttavia alcuni grandi giuristi, soprattutto del periodo che corre tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, rivendicavano puntigliosamente le origini germaniche dello stesso concetto di *bailment*[35]. Per quanto quest'idea possa avere una certa fondatezza con riguardo alla genesi e ad alcuni elementi caratteristici di alcuni dei contratti da questo termine ricompresi, bisogna però notare che perlomeno partire da Holt per arrivare poi al nuovo elenco che ne fornirà in seguito Jones[36], i

King's Bench, Chancery, Common Pleas, and Exchequer ... [1663-1755], a cura di T. Leach, London 1796[5], XII, § 482; cfr. D. Irving, *An Introduction to the Study of the Civil Law*, London 1837[4], p. 95.

[31] Cfr. D. R. Coquilette, *Comparative Studies* …cit., p. 274.

[32] Cfr. D. Ibbetson, *Common Law and Ius Commune*…cit., p. 27.

[33] *Ibidem*.

[34] E. van Bronkhorst, *In Titulum Digestorum de diversis Regulis Juris antiqui Enarrationes*, prima edizione a Francoforte nel 1607

[35] Uno tra questi era il giudice statunitense Wendell Holmes. Cfr. O.W. Holmes Jr., *The Common* …cit., pp. 155-156.

[36] Jones contestò l'elenco di Holt, anche se piuttosto blandamente, poiché non era affatto preciso e aveva distinto situazioni che in realtà erano le stesse mentre ne aveva, improvvidamente, dimenticate altre. Ciò premesso passava a fornire un proprio elenco di *bailments*: «*1. Depositum, which is a naked bailment, without reward, of goods, to be kept for the bailor. 2. Mandatum, or commission, when the mandatary undertakes, without recompence, to do some act about the things bailed, or simply to carry them; and hence Sir Henry Finch divides bailment into two sorts, to keep, and to employ 3. Commodatum, or*

bailments verranno lentamente strutturati, per la massima parte, seguendo idee e forme molto vicine alla tradizione continentale, sia di Diritto Comune sia di Diritto Romano – con gli ovvi aggiustamenti derivanti da motivazioni spesso processuali -. Infine, almeno nel XVIII secolo, dottrina e giurisprudenza utilizzeranno sempre, con poche eccezioni, le denominazioni latine dei negozi e raramente quelle germaniche.

Gli elementi caratterizzanti i *bailments*, venivano a configurarsi nelle parole di questa decisione essenzialmente nella consegna, fondata sulla fiducia, di una o più cose ad un terzo, con l'aspettativa – la *confidence* - che il concessionario l'avrebbe debitamente utilizzata nei termini previsti per poi renderla. Lo scopo per cui il magistrato aveva stilato questo elenco era finalizzato essenzialmente alla questione pratica di determinare il livello di attenzione richiesta da chi riceveva la cosa altrui e di conseguenza della cura da prestarle intanto che questa era presso di lui. La *decision* procedeva operando sui vari livelli di responsabilità a cui un *bailee* doveva legalmente soggiacere[37].

Uno dei problemi che nascevano dalla lettura della *Coggs v. Bernard* era se il concetto di *bailment* fosse da intendersi limitato solamente ai contratti che vi erano elencati, sulla base del fatto che, nonostante tutto, era stata una *consideration* che nasceva dalla *confidence* a creare un'obbligazione di eseguirli correttamente. Oppure se dalla lettura della stessa si potesse dedurre anche una più ampia responsabilità extracontrattuale. La prima linea interpretativa riteneva quindi nulli tutti quei *bailments* innominati definiti gratuiti; negozi in cui i vantaggi erano solo per una delle due parti, o il *bailor* od il *bailee*. Questo poiché nel caso di un *bailment* di questo tipo non sarebbe stata presente alcuna *consideration* se non una di tipo morale[38]. Quindi, sulla base del principio *ex nudo pacto non oritur actio*, non ci sarebbe

loan for use: when goods are bailed, without pay, to be used for a certain time by the bailee 4. Pignori Acceptum; when a thing is bailed by a debtor to his creditor in pledge, or as a security for the debt. 5. Locatum, or hiring, which is always for a reward; and this bailment is either, 1. Locatio rei, by which the hirer gains the temporary use of the thing; or, 2. Locatio operis facienda, when work and labour, or care and pains, are to be performed or bestowed on the thing delivered; or, 3. Locatio operis mercium vehendarum, when goods are bailed for the purpose of being carried from place to place, either to a public carrier, or to a, private person». W. Jones, *An Essay*…cit., pp. 35-36. Cfr. G. McMell, *On the redundancy of the concept of bailment*, si veda A. Hudson (cur.), *New Perspectives on Property Law: Obligations and Restitution*, London 2013, p. 252.

[37] Cfr. S. Frisby, M. Jones, *National Reports on the Transfer of Movables in England and Wales*, si veda W. Faber, B. Lurger (curr.), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe. England and Wales, Ireland, Scotland, Cyprus*, Amsterdam 2009, II, p. 35.

[38] J. Chitty, *A Practical Treatise*…cit., p. 23.

stato alcuna obbligazione giuridica di adempiere[39]. Tesi contrapposta si chiedeva se il concetto di *bailment* fosse più ampio dei contratti elencati e se la responsabilità che ne derivasse fosse quindi di natura extracontrattuale[40]. Nel caso del comodato che era un *bailment* nominato[41], per quanto fosse gratuito, la necessaria *consideration* sarebbe stata costituita per il comodatario dalla possibilità di usare il bene e per il comodante dal diritto di riceverlo indietro al termine dell'uso o allo scadere del termine temporale[42]. La possibilità di utilizzare il *Writ of Assumpsit*, garantita nella decisione a tutti i *bailments*, costituiva una rivoluzione processuale per il contratto di comodato. Il *writ* avrebbe infatti permesso al proprietario di richiedere la restituzione della cosa basandosi sull'assunto che il comodatario lo aveva promesso ed egli aveva fatto affidamento su questo. Inoltre, particolare di cruciale importanza, il comodatario non si sarebbe più trovato di fronte alla possibilità di ottenere giudizialmente non tanto la cosa ma solo il suo valore come accadeva nel *Writ of Detinue*. La concessione dell'azione di *assumpsit* e quindi l'epocale cambiamento dottrinale che ne conseguì confermano l'idea che nella *Common Law* le regole di diritto sostanziale spesso si trovano nascoste nelle pieghe della procedura[43].

Se l'elenco ed il numero dei *bailments* era chiaro nella mente di Holt, la definizione di che cosa fossero rimaneva però piuttosto oscura. Infatti, nonostante la responsabilità nel *landmark*, come deciso dalla corte, nascesse

[39] Cfr. H. Broom, *Commentaries Of The Common Law*, London 1864[3], p. 802.

[40] La questione che scaturiva dalla definizione di che cosa fosse un *bailment* e che sotto certi aspetti ricorda l'eterno problema se la responsabilità da questo derivante fosse contrattuale o meno è affrontata da Paton: «*Many of the orthodox definitions have two faults (a) bailment is defined in terms of contract, whereas ex hypothesi in cases of gratuitous bailment there is no consideration and therefore no contract; (b) bailment is confined to cases, where there is an obligation to return the specific res. Thus William Jones defines bailment as "a deliyery of goods on trust, on a contract express or implied, that the trust shall be duly executed, and the goods re-delivered, as soon as the time or use for which they were bailed shall have elapsed or be performed"*». G. Paton, *Duty in Gratuitous Bailment*, in University of Queensland Law Journal, I, 1/'48, p. 18. Soprattutto da un punto di vista di storia giuridica, il problema è che il concetto di *consideration* abbraccia diverse idee e significati: «*deliberation, reason for making contract, and reason for enforcing it*». S. Waddams, *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts*?, Cambridge 2011, p. 60.

[41] «*The contract* [il comodato, ndr.] *must, of course, be of legal nature, or it is utterly void*». William Wait, *A treatise upon some of the general principles of the law, whether of a legal, or of an equitable nature, including their relations and application to actions and defenses in general, whether in courts of common law, or courts of equity; and equally adapted to courts governed by codes*, Albany N.Y. 1877, II, p. 267.

[42] Cfr. W.R. Anson, *Principles of the English* …cit., p. 70.

[43] Cfr. H.S. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, New York 1975, p. 389.

dalla *confidence* e non tanto da uno specifico contratto e che questa costituisse l'elemento unificante di tutta la teoria dei *bailments*, tuttavia Holt nella loro tipizzazione giurisprudenziale aveva pur sempre enumerato quelli che erano dei contratti conosciuti. Il problema era quindi di stabilire se il termine *bailments* ricomprendesse al suo interno solo quei contratti espressamente citati da Holt o se la costruzione di una responsabilità basata sull'interazione di *confidence* e *consideration*, come era stata strutturata nella *decision*, fosse applicabile eventualmente anche ad altri negozi, rendendo quindi l'elenco del *Chief Justice* un mero esempio.

A tentare di colmare i vari dubbi interpretativi che Holt con la sua *decision* aveva suscitato, intervenne il lavoro dottrinale di sir William Jones (Londra 1746 – Calcutta 1794)[44]. Di origini gallesi Jones fu un glottologo illustre, tra i primi a suggerire che il Sanscrito, il Greco ed il Latino potessero avere radici comuni, ricoprì inoltre la carica di magistrato in India. Oltre a vari lavori di diritto in campo costituzionale[45] e di ordine pubblico[46], nel 1781 pubblicò il suo lavoro fondamentale per lo sviluppo della materia dei *bailments* che venne intitolato *An Essay on the Law of Bailments*[47]. Erano trascorsi svariati decenni dalla *Coggs v. Bernard* ma la dottrina e la giurisprudenza - in materia di *bailments* - erano rimaste sostanzialmente ferme ai pochi scarni, dati forniti da Holt nel suo *landmark*.

Nelle parole di Jones un *bailment* era inquadrabile nei termini di una concessione di cose mediante consegna subordinata alla condizione essenziale, che poteva essere sia espressa sia implicita, che queste dovessero essere restituite dal ricevente al concedente, seguendo le direttive impartite da quest'ultimo, non appena lo scopo per cui la cosa era stata concessa fosse stato esaurito[48]. Ma con questa definizione Jones ampliava il numero dei *bailments* possibili oltre quelli che erano stati enumerati da Holt. La

[44] Per una biografia esaustiva di Jones si rimanda ai lavori contenuti in A. Murray (cur.), *William Jones, 1746-94: A Commemoration*, Oxford 1998, soprattutto D. Ibbetson, *William Jones as comparative lawyer*, ivi, pp. 19 e ss. Ibbetson ha curato anche una edizione dell'*An Essay on the Law of Bailments*, Bangor, Cardiff 2007.

[45] W. Jones, *The principles of government: in a dialogue between a scholar and a peasant, written by a member of the Society for Constitutional Information*, London 1783.

[46] W. Jones, *An inquiry into the legal mode of suppressing riots: with a constitutional plan of future defence*, London 1780.

[47] L'*Essay* è il primo Trattato inglese dedicato alla materia, dove «*history, analysis and comparative law are applied with great learning*». T.F.T. Plucknett, *A Concise History* … cit., p. 258. Come appare chiaro fin dalla prima lettura il lavoro di Jones è fondato sia sulla *Coggs v. Bernard* sia sulle opere di Pothier e di Domat. Cfr. S. G. Vesey-Fitzgerald, *William Jones, the Jurist*, in Bulletin of the School of Oriental and African Studies, XI, 4/'46, p. 807.

[48] Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p.1.

consegna della cosa rappresentava quindi un tratto essenziale del *bailment*. Scrivendo proprio con riguardo al comodato ma con una logica che come dimostra Jones si poteva tranquillamente applicare all'intera categoria dei *bailments*, Vinnio aveva affermato che una convenzione in cui si dichiarava che si sarebbe concesso un bene in comodato non sarebbe stata giuridicamente vincolante, perché era solo dalla consegna della cosa che scaturivano le obbligazioni contrattuali e non dal consenso[49]. Per molto tempo questa sarebbe stata l'idea dominante sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza di *Common Law*[50]. Tuttavia la definizione di *bailment* più corretta appare essere quella che sarà sviluppata successivamente da Pollock e Wright nel loro lavoro sul concetto di possesso nella *Common Law* che risale al 1888. In maniera piuttosto caratteristica Pollock nella parte dell'opera da lui scritta non definisce tanto il *bailment* quanto piuttosto chi debba essere considerato un *bailee* che era la parte vincolata dalle obbligazioni che scaturiscono da questo negozio, cioè l'accipiente. Secondo l'autore:

> *Any person is to be considered as a bailee who, otherwise than as a servant, either receives possession of a thing from another or consents to receive or hold possession of a thing for another upon an undertaking with the other person either to keep and return or deliver to him the specific thing or to convey and apply the specific thing according to the directions antecedent or future of the other person*[51].

La definizione dottrinale avanzata da Pollock risolveva incidentalmente il problema che era sempre presente nella *Common Law*, di stabilire se

[49] Cfr. A. Vinnius, *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius*, Amsterdam 1665[4], p. 585. Tuttavia c'è da ricordare che mediante un *deed under seal* si poteva promettere un comodato e che questa promessa sarebbe stata vincolante.

[50] Blackstone definiva il *bailment* come «[…] *a delivery of goods in trust, upon a contract expressed or implied, that the trust shall be faithfully executed on the part of the bailee*», ponendo l'accento sulla fiducia. W. Blackstone, *Commentaries* …cit., II p. 452. Kent successivamente avrebbe raffinato la definizione di Blackstone specificandola. Per lui un *bailment* era «[…] *a delivery of goods in trust, upon a contract expressed or implied, that the trust shall be duly executed, and the goods restored by the bailee, as soon as the purpose of the bailment shall be answered*». J. Kent, *Commentaries* …cit., 1844[5], II, p. 559. Entrambe queste definizioni vennero criticate da Story che con una prospettiva piuttosto americanocentrica, ritenne potesse essere messo in dubbio il fatto che una *faithful execution* od un uso particolare fossero condizioni necessarie perché si potesse parlare di *bailment*. Con riguardo a Kent sosteneva che il fondare il *bailment* sulla consegna e conseguente obbligo di restituzione della cosa fosse estenderne la definizione oltre a quelli che erano i termini della *Common Law*. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., pp. 3 (Kent), 4 (Blackstone). Cfr. P. T. Van Zyle *Elements of the law of bailments and carriers including pledge and pawn and innkeepers*, Chicago 1902, pp. 2-3.

[51] F. Pollock, *An Essay on possession in the Common Law*, Oxford 1888, p. 163.

l'azione nascente da un *bailment* fosse stata di natura contrattuale od extracontrattuale. Piuttosto elegantemente Pollock la imperniava sul mero possesso del bene altrui, da cui sarebbero derivate tutte le obbligazioni che ricadevano sul ricevente. Oltre a questo la precisa affermazione di Pollock affrontava anche la spinosa questione del possesso in caso del *bailment*[52].

La natura del rapporto giuridico che intercorreva tra il bene ed il *bailee* era stato anch'esso oggetto di diverse teorie, stante la vaghezza in questo particolare campo come in altri della decisione del 1703. In ognuno dei casi che erano stati puntualizzati da Holt, come avrebbe scritto Blackstone nei suoi *Commentaries*, la proprietà non sarebbe stata assoluta in capo a nessuna delle due parti negoziali: il *bailor* – concedente - ed il *bailee* –concessionario-. Per Blackstone il primo avrebbe sempre mantenuto il diritto di proprietà in capo alla cosa concessa, ma non ne avrebbe avuto il possesso immediato, mentre il secondo avrebbe avuto un possesso che era qualificabile come un diritto temporaneo sul bene. Questa interpretazione riposava sulla considerazione di natura processuale per cui erano entrambi titolari di un'azione nel caso di danni o di spossessamento. Il *bailor* in quanto il possesso in capo al *bailee* non aveva fatto cessare i suoi diritti proprietari sulla cosa che persistevano comunque. Il secondo perché avrebbe potuto agire sulla base del fatto che il bene era temporaneamente in suo possesso[53].

I *bailments* erano stati incentrati dalla *decision* di Holt su di un rapporto fiduciario[54] che sottendeva alla consegna di una determinata cosa. Da questa considerazione si facevano derivare delle ben precise obbligazioni reciproche. Nell'approfondire la materia del *bailment*, soprattutto per quanto riguardava il tema dell'estensione della responsabilità del *bailee*, la *Common Law* si basava su concetti ed idee che possono essere fatti risalire alla tradizione giuridica continentale e che vennero tranquillamente presi in prestito sia dal Diritto Romano sia da quello Comune.

Jones per primo arrivò a teorizzare una ulteriore e più funzionale

[52] La proprietà personale nella *Common Law* constava di tre elementi fondamentali: «*Three elements constitute at our law a perfect title: 1) possession;2) the right of possession; 3) the right of property and ownership. Of these elements bailments comprise 1 and 2, but not 3; and hence bailment may be said in a broad sense to consist in rightful possession of a chattel severed by its ownership*». J. Schouler, *The law of bailments, including pledge, innkeepers and carriers*, Boston 1905, p. 1.

[53] W. Blackstone, *Commentaries* …cit., II, p. 396. Pollock tuttavia scriveva «*possession is essentially indivisible. Two person cannot at the same time have the possession of a thing except jointly or in common*». F. Pollock, *An Essay*…cit., p.129.

[54] Cfr. W. Blackstone, *Commentaries* …cit., II, p. 452; J. Kent, *Commentaries* …cit., 1844[5], II, p. 559.

tripartizione classificatoria dei *bailments*[55]. Grazie a questa si portava un po' d'ordine nelle generiche classi contrattuali che erano state vagamente, identificate nei *motives* della *Coggs v. Bernard*. La suddivisione dei *bailments* veniva quindi ad essere fondata sulla constatazione e sulla valutazione, di quale tra le due parti contraenti ricevesse un vantaggio dal negozio. Dalla valutazione del grado dei vantaggi negoziali delle singole parti sarebbe derivata, come logica conseguenza, una diversa gradazione della responsabilità contrattuale secondo una metodologia che era nota sia al Diritto Romano sia ai giuristi di Diritto Comune. Le tre classi individuate da Jones poggiavano le loro fondamenta su assiomi che potevano essere ascritti a ragioni di diritto naturale, morale e buon senso[56], oltre che, incidentalmente, alla tradizione del Diritto Romano e del Diritto Comune[57], per cui

> *1. A bailee, who derives no benefit from his undertaking, is responsible only for Gross neglect.*
>
> *2. A bailee, who alone receives benefit from the bailment, is responsible for Slight neglect.*
>
> *3. When the bailment is beneficial to both parties, the bailee must answer for Ordinary neglect*[58].

Il *Gross Neglect* che caratterizzava la responsabilità della prima classe, era configurabile ed era integrato da una mancanza di attenzione superiore a quella che una persona comune, anche se distratta specificava Jones[59], avrebbe avuto nel prendersi cura delle sue proprietà. La responsabilità per *Slight Neglect* era rappresentata invece dall'omissione di quella diligenza che ogni «*very circumspect and thoughtful person*» prestava per rendere sicuri i propri averi. La differenza con la prima classe di responsabilità dei *bailments* era sintetizzata anche dall'utilizzo del concetto di *to take care* (prendersi

[55] Cfr. D. Ibbetson, *William Jones as comparative* …cit., p. 38.
[56] «*Considered as axioms flowing from natural reason, good morals, and sound policy*». W. Jones, *An Essay*…cit., p. 119.
[57] Se si legge Van Bronkhorst le cui *Regulae Iuris* ebbero una discreta fortuna nell'Inghilterra del XVII- XVIII, si incontra e si ribadisce questa regola, pacifica per un *civilians*: «*Quoties contractus celebratur tantum accipientis gratia, in eo praestatur dolus, et omnis culpa, etiam levissima.*». E. Van Bronkhorst, *In titulum digestorum de diversis regulis juris antiqui enarrationes*, Amsterdam 1657, p. 63. Il Giurista neederlandese continua seguendo il tradizionale binario che distingue la responsabilità contrattuale sulla base dei vantaggi reciproci dei contraenti.
[58] W. Jones, *An Essay* …cit., p. 119.
[59] «*how inattentive soever*». W. Jones, *An Essay* …cit., p. 118.

cura) utilizzato nella definizione dei limiti della responsabilità per *Gross Neglect*, contrapposto al *securing* (rendere sicuri) richiesto dalla *Slight Neglect*[60]. La terza classe qualificata come *Ordinary Neglect* era rappresentata dall'attenzione richiesta ad una persona di *common prudence* (buon senso) in grado di governare la propria famiglia; un concetto questo ricollegabile a quello della diligenza del buon padre di famiglia, anche se non erano del tutto sovrapponibili[61].

La responsabilità nel caso le cose fossero state restituite danneggiate non ricadeva sul *baileee* qualora il danno fosse avvenuto per un incidente od altre cause, non ricollegabili alla sua negligenza[62]. In caso di restituzione di cosa danneggiata il proprietario poteva rifiutarla solo nel caso lo fosse gravemente[63]. Dal punto di vista del risarcimento dei danni nel caso di mera *negligence* si sarebbe potuto agire per ottenere il solo ristoro di questi[64]. Qualora però i danni fossero derivati da *misfeance*[65] o *conversion of property*[66] si sarebbe potuto usare eventualmente un *Writ of Trover*, per ottenere sia il valore della cosa sia il risarcimento[67].

Utilizzando la divisione di Jones ne derivava che nel caso del deposito - e del mandato - siccome il negozio era a favore del concedente il *bailee* sarebbe stato responsabile solo nei termini di *Gross Neglect*. Invece nel comodato che era in una situazione esattamente speculare a quella del deposito, il comodatario sarebbe stato responsabile anche della più leggera negligenza. Infine per quanto riguardava il pegno siccome era stabilito a beneficio di entrambe le parti la diligenza richiesta sarebbe stata quella ordinaria[68].

---

[60] *Ibidem*.
[61] Cfr. ivi, p. 117.
[62] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p.272.
[63] Cfr. ivi, p. 273.
[64] L'azione in questo caso sarebbe stata motivata dal *lien*. Cfr. W. Selwyn, *An Abridgment of trover is a special action upon the case*, I, p. 425.
[65] Concetto equivalente all'omissione od all'inadempimento di un dovere giuridico.
[66] Corrispondente, circa, all'appropriazione indebita.
[67] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 273.
[68] Cfr. W. W. Story, *A Treatise on the Law of Contracts*, Boston 1874, II, p. 2; H. Broom, *Commentaries on the Common Law: Designed as Introductory to Its Study*, Philadelphia 1873, p. 809. Può essere interessante riportare in chiave comparatistica la divisione che Piacentino aveva teorizzato quando aveva affrontato i tre contratti reali di deposito, pegno e comodato. Basandosi sull'idea di *gratia* e partendo dal *depositum* il Maestro affermava come questo fosse: «[…] *interdum gratia dantis tantum ut depositum*», per poi proseguire affrontando i due contratti restanti e specificando che questi: «[…] *interdum gratia accipientis tantum, ut commodatum: interdum gratia utriusque, ut pignus*». Piacentino, *Summa* …cit., L. II, t. XIII *de commodato*, p.155.

2. *Il Comodato come* bailment

È difficile dare una definizione univoca di comodato nella *Common Law* successiva alla *Coggs v. Bernard* se non quella che era un *bailment* e per questo era fondato essenzialmente sulla concessione di una cosa. Il secondo tipo di *bailment* che veniva ad essere nominato nell'elenco stilato dal *Chief Justice* Holt era quello costituito dal comodato. Nella *decision* il giudice non parlava tanto di contratto di comodato, anche se ne usava il nome latino, ma si limitava a definirlo un *bailment* e nel farlo esemplificava enumerandoli quelli che sarebbero stati considerati nel successivo sviluppo sia giurisprudenziale sia dottrinale della *Common Law*, alcuni, ma non tutti, degli elementi essenziali del negozio. Questi per Holt erano: l'utilità delle cose date in prestito, la gratuità dello stesso[69], la concessione in uso[70] ed infine l'obbligo di restituirle in specie[71]. Vinnio che ricordiamolo era conosciuto ed era stato utilizzato da Holt, aveva indicato alcuni ulteriori elementi fondamentali del contratto di Diritto Comune, rispetto a quelli che si rinvengono nella scarna definizione della *Coggs v. Bernard*, ma Holt non ritenne necessario specificarli. Questi in parte coincidevano con quelli che vennero identificati in seguito da Jones, come l'elemento temporale che non era presente nelle motivazioni della *Coggs v. Bernard* [72].

La specifica differenza che intercorreva tra il deposito, il primo dei *bailment* ed il comodato era costituita dalla possibilità che il comodatario potesse utilizzare la cosa concessa. Muovendosi nel solco della tradizione di Diritto Comune, già Alberico Gentili aveva notato come anche nel comodato potesse intervenire la *commendatio* della cosa che costituiva

[69] Con riguardo all'elemento della gratuità, nella sua opera sulla responsabilità nel diritto inglese, successivamente Joseph Street avrebbe specificato, basandosi proprio sul precedente della *Coggs v. Bernard* che l'essenza stessa del comodato era rappresentata proprio dalla circostanza che doveva essere concesso senza la previsione di alcuna ricompensa. Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 281.

[70] L'idea del comodato come concessione si ritrovava in Ayliffe quando lo definiva «*a grant of something*» in quanto poteva esistere se non attraverso garanzia dell'uso di una cosa. J. Ayliffe, *A New Pandect* ... cit., p. 516. Come specificherà lo stesso autore nel prosieguo, il termine *grant*, veniva utilizzato per sottolineare che non vi era un trasferimento di proprietà della cosa

[71] Nel *loan for use* «*The property must be lent to be specifically returned to the lender at the determination of the bailment; and in this respect it differs from a Mutuum, or loan for consumption, where the thing borrowed, such as corn, wine, oil, or money, is to be returned in kind*». J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit. p. 207. Scrivendo del comodato Viner specificava che questo doveva il suo nome al fatto che «*the thing must be returned in specie*». C. Viner, *A General Abridgement* …cit., X, p.11.

[72] Cfr. A. Vinnius, *In quatuor libros Institutionum*…cit., p. 585.

l'elemento fondamentale del contratto di deposito. Gentili distingueva i due contratti proprio per il fatto che nel comodato «*commodandam rem commendamus*»[73].

L'elenco delle caratteristiche identificative di un comodato, stilato dal *Chief Justice*, era sicuramente sotto molti aspetti incompleto e fu tenuto per tale dalla dottrina e dalla giurisprudenza successivi. Era stato redatto più che altro a titolo esemplificativo, per costruire un argomento definitivo e decisorio all'interno di una motivazione processuale. Con essa si mirava a risolvere una precisa controversia relativa ad un carico di brandy che non aveva nulla a che fare con buona parte dei *bailments* identificati. Per questo motivo nel trattare velocemente il comodato, la *decision* non presentava alcun riferimento né ad un limite d'uso della cosa, né ad un limite temporale come elementi necessari ed essenziali.

Piuttosto interessante era la specifica, presente nella *decision* che il prestito era fatto ad un amico. Questa sembrerebbe casuale, ma era sicuramente indicativa della percezione del negozio come uno strumento quasi più sociale che giuridico. Inoltre rappresentava anche un indiretto ma chiaro, riferimento al *trust* sotteso al *bailment* in questione[74]. Quest'idea

[73] A. Gentili, *In Titulum Digestorum de Verborum Significatione* ...cit., p. 324. Gentili fu *Regius Profe*ssor ad Oxford in epoca elisabettiana. Per una biorgrafia cfr.: S. Colavecchia, *Alberico Gentili e l'Europa. Storia ed eredità di un esule italiano nella prima età moderna*, Macerata, 2018, pp. 21- 48; G. Minnucci, *Alberico Gentili*, in Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo), diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna 2013, pp. 967–969; A. de Giorgio, *Della vita e delle opere di Alberico Gentili*, Parma, 1876.

[74] È anche qui interessante notare la similitudine concettuale del ragionamento di Holt con la romana *fiducia cum amico*. Quest'ultima consisteva, nella sua forma elementare, in un formale trasferimento della proprietà di una cosa da un fiduciante ad un fiduciario con lo scopo di custodirla e col patto che il fiduciario l'avrebbe restituita a richiesta del fiduciante. La particolare forma che veniva ad assumere questa cessione fiduciaria aveva come scopo quello di creare un dovere di restituzione a carico di chi avesse avuto la cosa a fini di custodia o prestito. Sull'ammissibilità di questo tipo di patto. Cfr. R. Lamberini, *Testi e percorsi di Diritto Romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, p. 98, nt. 8; C. Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Soveria Mannelli 2002, p. 293; A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto Privato* …cit., p. 480. La *fiducia cum amico* rappresentava quindi una sorta di nucleo centrale da cui si evolveranno, in età classica diversi contratti che manterranno tra loro contatti più o meno stretti presentando alcuni elementi comuni. Questi contratti derivanti dal precedente erano: il comodato, il deposito ed il mutuo. Cfr. F. Betancourt, *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2007[3], p. 629; A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto Privato*..., cit., p. 480. Schiavone e Cantarella sottolineano la tendenza dei compilatori giustinianei ad accomunare deposito e comodato; cfr. A. Schiavone, E. Cantarella, *Diritto privato romano: un profilo storico*, Milano 2003, p. 398. Alcuni ritengono che in realtà *depositum* e *commodatum* abbiano sostituito la *fiducia cum amico* più che rappresentarne l'evoluzione: «*During the Classical*

di amicizia si trovava in assonanza con quanto era stato scritto da Thomas Wood nella parte dedicata alla natura dell'amicizia del suo *A new institute of the imperial or civil law* in cui se ne sottolineava sia la volontarietà, sia la fedeltà, sia la fiducia interpersonale[75] .

Nel suo libro che avrà una certa influenza nella dottrina inglese del XVIII secolo, Wood era stato molto più accurato nel distinguere i caratteri connotativi del contratto di comodato, seguendo la tradizione del Diritto Comune e del Diritto Romano. Per l'autore il comodato che era un contratto di Diritto delle Genti[76], si distingueva dal *mutuum* che non sarà ricompreso nella categoria dei *bailments*, perché con esso non si trasferiva la proprietà della cosa. Il *commodatum* – l'autore usava ancora il nome latino – consisteva nella concessione in uso gratis di una cosa a condizione che questa dovesse essere restituita dopo l'uso nelle stesse condizioni di quando era stata data. Da questa osservazione Wood faceva discendere che non si potevano dare in comodato cose fungibili. Proprio perché Wood seguiva lo schema del Diritto Continentale ne ammetteva la possibilità sia per i beni mobili, sia per gli immobili. La *Common Law* però giungerà a ritenere non utilizzabile il *loan for use* per questi ultimi. L'opera dava elegantemente anche una descrizione delle differenze che intercorrevano tra il *commodatum* ed il *precarium*. Il secondo sarebbe cessato *ad nutum* alla richiesta di restituzione da parte del proprietario od alla sua morte. Wood specificava che per quanto il *precarium* non necessitasse della previsione contrattuale regolante l'uso della cosa, anche se questo fosse stato eventualmente pattuito, tuttavia, la volontà del proprietario poteva sempre far cessare il prestito[77]. In questo si differenziava dal comodato che una volta stipulato comportava, anche per il *lender*, il rispetto delle obbligazioni assunte[78].

Il *nomen iuris* stesso del *bailment* non era di uso pacifico. Nell'*Essay on the Law of Bailments* Jones citava il nome *commodatum*, come era stato utilizzato da Holt nel 1703, ma poi specificava che questo indicava un

age, the fiducia cum amico was replaced by the contract of deposit (depositum) and loan for use (commodatus, sic!) and during the post-classical law, this contract disappeared completly». D. Ceccarelli Morolli, *A brief outline of roman law*, Roma 2014, p. 122.

[75] Cfr. T. Wood, *A New Institute of the imperial or civil law*…cit., pp. 19-22.

[76] Azzone scriveva nella glossa *Huius edicti* a D. 2, 14, 1pr che per *ius gentium* si doveva intendere ciò che «[…] *a naturali ingenio, vel industria homini introducta*». *Digestum Vetus, Digestorum seu Pandectarum Iuris enucleati ex omni iure veteri*, Porta, Lugduni 1551, p. 145.

[77] Le differenze tra *precarium* e comodato delineate da Wood rientrano nella tradizione del Diritto Comune. Cfr. Bartolo da Sassoferrato, *In primam Digesti novi partem commentaria*, Torino 1577, p. 164; dove si tratta del *precarium* e se ne identificano le differenze col comodato.

[78] Cfr. T. Wood, *A New Institute of the imperial or civil law*…cit., pp. 215 -217.

loan for use[79], un evidente calco dal francese confermato dal fatto che per il mutuo Jones utilizzerà il corrispettivo termine *loan for consumption*. La definizione che ne dava in quest'opera che come si è detto era il primo e fondamentale saggio sulla materia dei *bailments*, era ancora piuttosto minimalista. Il particolare *bailment* del *loan for use* consisteva nella gratuita concessione in uso di cose ad un terzo, perché le utilizzasse per un tempo prefissato[80], condizione contrattuale questa che non era presente nella *Coggs v. Bernard*, ma che ormai veniva considerata dalla dottrina essenziale per il contratto.

La concessione in uso verrà ad essere identificata, poi, come uno degli elementi necessari del contratto, se questa non fosse stata prevista ci si sarebbe trovati di fronte o ad un pegno o ad un deposito[81]. Anche se quest'ultima idea rimarrà maggioritaria nella dottrina di *Common Law* tuttavia, ancora nel corso del XIX secolo, rilevando le analogie che legavano la donazione al comodato alcuni giuristi di *Common Law* qualificavano il contratto nei termini di un *gift of the use*. Questa ricostruzione si fondava sulla considerazione che il contratto fosse a titolo gratuito e che trovasse la sua origine in un *act of kindness* come la donazione, ma che a differenza di questa non trasferisse la proprietà[82].

La sistematizzazione di una teoria dei *bailments* ebbe come conseguenza quella di risolvere definitivamente, rendendola insostenibile, l'opinione che ancora circolava tra i *common lawyers* del XVIII secolo per cui il mutuo ed il comodato erano la stessa cosa. I pratici inglesi spesso ignoravano ostentatamente quanto era stato scritto secoli prima da Bracton e Glanvill in materia[83]. Il mutuo infatti non poteva assolutamente essere annoverato tra i *bailments* in quanto comportava il trasferimento della proprietà delle cose prestate[84].

---

[79] Jones concosceva e citava Domat. Quest'ultimo nelle *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, aveva ammesso che non esisteva in francese una parola che traducesse esattamente il termine *commodatum* latino e che quindi si utilizzava la perifrasi *prêt à usage*. Cfr. J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1777, I, p. 107. Il comodato veniva anche chiamato, seppre più raramente, *lending gratis*, Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., *Appendix*, p. XI. Come scriverà successivamente Story riferendosi a Jones ed alla sua scelta di utilizzare la traduzione francese al posto del termine latino *commodatum* «*for the want of a more appropriate term, William Jones has, after the French jurists, called a Loan For Use (prêt à usage), to distinguish it from a Mutuum, or loan for consumption*». J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 204.

[80] Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., pp. 35-36.

[81] Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 22.

[82] Cfr. J. Bouvier, *Institutes of American law*, Philadelphia 1854[2], I, p. 438.

[83] Cfr. J. Ayliffe, *A New Pandect* ... cit., p. 481.

[84] È lo stesso Jones a porre l'accento sulla differente sorte della proprietà della cosa nel

Un contratto di comodato poteva essere stipulato da chiunque godesse della capacità giuridica, questo escludeva «*idiots, lunatics, and married women*»[85], le ultime avrebbero avuto bisogno dell'autorizzazione maritale ed il contratto sarebbe stato vincolante per il coniuge. Era ammesso che un minore potesse concedere cose in comodato, ma nel caso il contratto era considerato annullabile. L'oggetto del contratto non doveva essere «*immoral, or against law*», a pena di assoluta nullità[86]. Era dibattuto se fosse necessario che il comodante dovesse essere anche il proprietario del bene[87] o se fosse sufficiente che godesse o del possesso o di una «*qualified or special property*». Si arrivò a specificare che nel caso particolare di una *special property* (una sorta di possesso qualificato) su una cosa era ammissibile che questa fosse comodata in ritorno all'effettivo proprietario, in quanto era considerata una deroga del principio «*Commodatum rei suae esse non potest*»[88].

Con riguardo alla natura del rapporto giuridico tra la cosa concessa in uso ed il comodatario Blackstone aveva scritto che il comodato che chiamava *borrowing*, esattamente come la *locatio* (*hiring*) erano contratti

> *by which a qualified property may be transferred to the hirer or borrower: in which there is only this difference, that hiring is always for a price, or stipend, or additional recompense; borrowing is merely gratuitous. But the law in both cases is the same. They are both contracts, whereby the possession and a transient property is transferred for a particular time or use, on condition to restore the goods so hired or borrowed, as soon as the time is expired or use performed*[89].

Il primo dato interessante di questa definizione è che *locatio* e comodato vengono ritenuti condividere la stessa natura. Questa particolare interpretazione del rapporto intercorrente tra i due contratti derivava dalla lettura di Bracton[90] ed attraverso di lui trovava spazio nei *Commentaries*

mutuo e nel comodato e a specificare come questa sia il motivo per cui il mutuo non poteva essere considerato un *bailment*. Cfr. Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 35, nt. c.

[85] J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 208. Cfr. W. Fulbeck, *A Parallele Or Conference*…cit., p. 51.

[86] J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 208.

[87] D. 13, 6, 15 «*Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus*». Per l'ammissibilità si pronunciava Wood. Cfr. T. Wood, *A New Institute of the imperial or civil law*…cit., pp. 215-216.

[88] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 209.

[89] W. Blackstone, *Commentaries* …cit., II, p.454.

[90] Una variante di questa interpretazione del comodato, più vicina all'originale bractoniana, è quella avanzata da Ayliffe per cui: «*I have added the Words in a gratuitous manner, in order to distinguish a Commodatum from letting to hire. For whenever any Reward or Present is made for the Use of a Thing, or any Recompence intervenes, it then passes*

una tradizionale interpretazione di Diritto Comune della materia. Bracton, come si è visto, riteneva che qualora in un contratto di comodato fosse stato prevista una qualche forma pagamento si sarebbe qualificato nei termini di una *locatio*. Appoggiandosi a questa risalente autorità Blackstone, quindi, li poteva considerare contratti simili, il cui unico discrimine era appunto la gratuità dell'uno e l'onerosità dell'altro[91]. Ma postulando questa analogia ne derivava come conseguenza che in ambedue i casi il possesso ed una *transient property* (proprietà temporanea) venivano trasferiti per un periodo di tempo prefissato o per un uso determinato, al comodatario[92]. Sulla scorta quindi di questo contratto *mutual* (bilaterale) un *borrower* avrebbe acquisito una *temporary property* sul bene, accompagnata dalla condizione di «*to use it with moderation*»[93]. Ma nonostante questa barocca costruzione di Blackstone il quale in effetti non dedicava molto del suo tempo al contratto di *borrowing*, per la *Common Law* non vi sarà mai un passaggio di proprietà nel *loan for use*. Lo stesso termine di *temporary property* che si leggeva nei *Commentaries*, dovrebbe essere più correttamente intesa nel significato inglese di *possession*, come si sarebbe sviluppato tra il XVIII ed il XIX secolo. Questa *possession* si riferiva ad un diritto od interesse legale che esisteva ed aveva delle conseguenze legali, indipendentemente dalla titolarità della proprietà[94]. Per cui il possesso poteva essere acquisito o perso solo con certe specifiche e

into another Species of a Contract, and becomes an innominate Contract, or a letting to hire, for a commodatum of its own nature ought to be gratuitous». J. Ayliffe, *A New Pandect* ... cit., pp. 516-517.

91 «*Secondly. It must be lent gratuitously; for if any compensation is to be paid in any manner whatsoever, it falls under another denomination, that of hire." Therefore, if A. lends B. his oxen for a week, under an engagement, that B. shall lend A. his oxen in return for another week, this is not a Commodatum, but a contract for hire*». J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 231.

92 Quindi per Blackstone «*if a man hires or borrows a horse for a month, he has the possession and a qualified property therein durin that period; on the expiration of which his qualified property determines*». W. Blackstone, *Commentaries* …cit., II, p.454.

93 «*If a man lends another his sheep, oxen, or his cart, the borrower hath a qualified property in them, according to the purposes for which they were borrowed; and by force of this loan they may be used reasonably for these purposes and for the time agreed on; and if they perish in such occupation, it is at the peril of the lender; but if they perish in any other manner, the borrower must answer for them*». M. Bacon, *A New Abridgement* …cit., I, p. 513.

94 Per avere un'idea di quale fosse il significato di attribuire al concetto di possesso nella *Common Law* ci si può riferire a quanto scriveva Pollock. «*Further, possession in law is a substantive right or interest which exists and has legal incidents and advantages apart from the true owner's title. Hence it is itself a kind of title, and it is a natural development of the law, whether necessary or not, that a possessor should be able to deal with his apparent interest in the fashion of an owner not only by physical acts but by acts in the law, and that as regards every one not having a better title those acts should be valid*». F. Pollock, *An Essay*…cit., p. 19.

peculiari modalità[95].

Se non era quindi questionabile il fatto che la proprietà del bene comodato rimanesse in capo al comodatario, diverso era però il caso del possesso della cosa. La consegna della cosa rivestiva di un possesso legale il *bailee* che proprio per questo motivo acquisiva il diritto di citare direttamente chiunque lo avesse deprivato dei beni a lui concessi[96]. Per questo motivo si riteneva che il possesso permanesse in capo al *bailee* fino al momento della restituzione[97]. Il *bailment* e quindi il comodato, aveva infatti l'effetto di separare la proprietà di un *chattel* dal suo possesso[98]. Joseph Story (1779 -1845) *Associate Justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti nel suo *Commentaries on the Law of Bailments* del 1832, piuttosto pragmaticamente riteneva in linea generale che la mera concessione d'uso gratuita di una cosa fosse sufficiente, nella *Common Law*, per trasferire una *special property*[99] dal comodante al comodatario[100]. Nonostante ciò specificava che il comodatario avrebbe potuto avere un'azione contro un terzo solo nel caso che questi avesse danneggiato il bene e lo avesse così reso responsabile giuridicamente nei confronti del *lender*[101].

---

[95] Cfr. ivi, p. 21.

[96] Cfr. T A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 308-309.

[97] Cfr. ivi., II, p. 308.

[98] *Ibidem*. Questa interpretazione aveva però dei limiti nella prassi dei tribunali. Una decisione del 1473 aveva infatti condannato un corriere a cui erano state affidate delle balle di lana per portarle in un determinato posto. Questi, invece le aveva portate altrove e le aveva aperte. Come fece notare il giudice Coke della *Star Chamber*, chi avesse avuto in consegna, per mezzo di un *bailment* dei beni e quindi ne avesse avuto il possesso non poteva agire dolosamente anche se l'uso fatto del non fosse rientrato all'interno dei suoi diritti possessori. Il portare il bene in un posto diverso da quello pattuito avrebbe costituito solo un illecito contrattuale. Era l'eventuale apertura delle balle a lui affidate che non avrebbe potuto essere giustificata dal fatto che questi fosse in possesso del bene. Più propriamente questa decisione confermava la nebulosità e vaghezza del concetto di *bailment* nel XV secolo. Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 309-310.

[99] In questo si differenziava dal mutuo. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments…*cit., p. 250.

[100] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p.247.

[101] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., pp. 247- 248. Nel caso l'azione dedicata sarebbe stata una di *trover* che mirava al ristoro dei danni ad una proprietà di cui ci si era illegittimamente impossessati. Story lo ribadiva inoltre quando sosteneva: «*By the Roman Law the lender still retains the sole proprietary interest, and nothing passes to the borrower, but a mere right of possesion and user of the thing during the continuance of the bailment. Nay, the possession of the borrower is deemed the possession of the lender.* "*Rei commodata et possessionem et proprietatem retinemus; Nemo enim commodando rem facit ejus, cui commodat. Such is the doctrine of the Roman Law, as well as of the continental jurisprudence, founded on it, in modern times." The same rule seems to prevail in the Common Law*». Joseph Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 282.

Oggetto del comodato dovevano essere *chattel* o *goods*, una categoria vagamente riconducibile a quella dei beni infungibili[102] che si sarebbero dovuti restituire specificamente[103]. Questa interpretazione portava però alcuni giuristi di *Common Law* a concludere che non avrebbe potuto esistere un *loan for use* di cose che si consumassero con l'uso[104].

Se era pacifico che cose infungibili - concetto conosciuto al diritto scozzese[105] ma piuttosto ostico per la *Common Law*[106] - potevano essere concesse in comodato, non lo era altrettanto che potessero esserlo gli immobili. Scrivendo quando oramai la dottrina inerente ai *bailments* si era stabilizzata, Joseph Story negava, anche se in maniera sottilmente dubitativa, utilizzando il verbo *to seem* (sembrare), l'esistenza di contratti di comodato di beni immobili nella *Common Law*, appoggiando le proprie conclusioni al precedente della *Coggs v. Bernard*: «*In our law the contract seems confined entirely to goods and chattels, or personal property, and it does not extend to real estate. This is sufficiently apparent from the definition of Lord Holt* »[107].

Nella decisione quando si definiva la seconda classe di *bailments*, il *Chief Justice* aveva fatto riferimento espresso a *goods and chattels*, terminologia giuridica che non aveva alcuna attinenza con gli immobili. La specificazione secondo cui solo i beni mobili potevano essere oggetto di comodato, derivava molto probabilmente dal fatto che, a partire da Glanvill, il comodato dava vita ad un'azione contrattuale di *debt* e quest'ultima non tutelava i beni immobili. Come conseguenza, nel XIX secolo, quello che per un giurista di *Civil Law* sarebbe stato il normale comodato di uno *shed* (una rimessa, un magazzino), in una *opinion* inglese, destinata a divenire un fondamentale precedente vincolante, diveniva invece «[…] *a mere license to use the shed, revocable at any time*»[108].

---

[102]Ayliffe utilizza il termine *fungible*. J. Ayliffe, *A New Pandect of Roman* ... cit., p. 481.

[103] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 233.

[104] Cfr. ivi, p. 234.

[105]«*Hence those things only can be the subject of mutuum, which consists pondere, numero, et mensura; which may be estimated generically by weight, number, and measure; otherwise called fungibles, quae functionem recipiunt. By this description, pictures, horses, jewels, are not fungibles; for as their values differ in almost every individual, each must be rated by itself: But grain and coin are fungibles; because one guinea, or one bushel or boll of sufficient merchantable wheat, precisely supplies the place of another*». J. Erskine, *An Institute of the Law of Scotland*, Edinburgh 1828, II, p. 595.

[106] Story quando deve riferirsi all'idea di cosa infungibile rinvia espressamente al diritto scozzese. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 251.

[107] J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 205.

[108]«*The gratuitous loan of a shed for a particular purpose bears no analogy' to a bailment of personal chattels, but is a mere licence to use the shed, revocable at any time. Williams v. Jones, 3 H. & C. 256; 10 Jur'., N. S. 852; 12. R. 1007; 11 L. T., N. S. 108; affirmed on appeal,*

3. Liability *e Adempimento*

L'analisi del *bailment* del comodato condotta nel *Essay on the Law of Bailments* di Jones costituirà la base della sua evoluzione dottrinaria nella *Common Law*[109]. Tuttavia come tutte le opere inglesi del periodo anch'essa era focalizzata soprattutto sulla prassi. Dopo l'iniziale scarna definizione del comodato, si passava alla minuziosa disamina dei casi da cui poteva sorgere una eventuale responsabilità risarcitoria. Nel corso di questa, quasi di passaggio, venivano anche fornite preziose informazioni sugli elementi costitutivi del contratto. La natura giuridica di questo poteva essere ricostruita solo setacciando pazientemente le pagine del libro.

Nella trattazione della materia Jones utilizzava ampiamente come esempi e come guida dottrinale, sia passi del Digesto sia l'opinione di giuristi continentali come Pothier[110], Domat ed il *Tractatus de eo quod interest* del Dumoulin. Jones attingeva anche al lavoro di Pufendorf ma solo per rigettarne esplicitamente le tesi. Citava anche letteralmente[111] la *Summa Rosella* che conosceva attraverso l'opera di Saint German e segnalava l'errore compiuto da quest'ultimo d'avere attribuito al deposito un frammento dedicato alla responsabilità in cui si trattava del comodato[112]. A questo solido materiale dottrinale si aggiungevano precedenti e dottrina di *Common Law*. Durante l'analisi della responsabilità contrattuale nel comodato, Jones ammetteva in uno specifico passo che in questo particolare campo della materia molto spesso le norme di Roma – ed incidentalmente quelle di Diritto Comune - e quelle inglesi coincidevano[113]; la materia della

3 H. & C. 602». R. A. Fisher, *A Digest of the Reported Cases Determined in the House of Lords & Privy Council, and in the Courts of Common Law, Divorce, Probate, Admiralty & Bankruptcy: From Michaelmas Term, 1756, to Hilary Term, 1870: with References to the Statutes and Rules of Court. Founded on the Analytical Digest by Harrison, and Adapted to the Present Practice of the Law*, London 1870, I, pp. 570-571. Strett confermava questa conclusione: «*Permission to use real property is considered a mere license*». T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 281.

[109] Cfr. J. Oldham, *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill N.C. 2005, p. 283; D. Ibbetson, *William Jones as comparative* …cit., p. 21.

[110] Su Pothier ed il suo ruolo nel diritto moderno diritto di prorpietà, cfr. P. Grossi, *Un paradiso per Pothier*…cit., pp. 401-456. Sulle citazioni e l'uso di Pothier nella *Common Law*. Fondamentale nella parte in cui descrive l'influenza di Pothier sul valore delle promesse unilaterali, ma anche nell'analisi dell'influenza del giurista francese sulla *Common Law* D. Ibbetson, *A Historical Introduction* ... cit., pp. 222-23: cfr. J.C. Smith, J.A.C. Thomas, *Pothier and the Three Dots*, in The Modern Law Review, XX, 1/'57, pp. 38-43.

[111] Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 109.

[112] Ivi, p. 68.

[113] Ivi, p. 65.

responsabilità contrattuale nei *bailments*, in generale e nel comodato in particolare è effettivamente quella in cui le influenze continentali risultano essere più marcate. La scelta di Jones di come affrontare l'analisi della responsabilità contrattuale nel comodato doveva molto al fatto che Holt aveva deciso di impostare le motivazioni della *Coggs v. Bernard* anche sul lavoro di Vinnio. Per avere un'idea del compito che Jones si assunse nel momento in cui scrisse il suo lavoro, bisogna ricordare che nonostante la *Coggs v. Bernard* la materia dei *bailments* nella *Common Law* era considerata essere «*undoubdtedly obscure and in a mess*»[114]. L'opera di Jones contribuirà a districare questo groviglio oscuro.

Il punto da cui partire anche per quanto riguardava l'esame della responsabilità nel commodato era costituito dal *landmark* del 1703, precisamente nel passo dove Holt aveva affermato che il *bailee* era tenuto «*to the strictes care and diligence, to keep the goods*»[115]. Questa statuizione sulla responsabilità non era di certo una novità, infatti rimandava espressamente a Bracton[116] come ammetteva la stessa *decision*. Tuttavia che cosa questo significasse e soprattutto quali conseguenze giuridiche comportasse, non era totalmente chiaro nel sistema di *Common Law* del 1703.

Nell'*Essay* la materia della responsabilità nel *bailment* denominato *loan for use* veniva modellata principalmente prendendo spunto dall'opera di Pothier dedicata al *Traité du prêt à usage et du précaire*[117], tanto che in alcuni passaggi ne rappresentava un vero e proprio riassunto se non una traduzione, Jones era un discreto linguista. La struttura data dall'opera del giurista francese permetteva di costruire un coerente sistema di responsabilità contrattuale per il comodato; in questo modo facilitava l'ingesso – o forse il ritorno - nel negozio e nella dottrina della *Common Law* sua contemporanea, sia del Diritto Romano sia della tradizione giuridica continentale del tardissimo Diritto Comune.

Trattando dell'obbligazione di restituzione, fondamentale nel comodato, Jones affermava che il comodatario che avesse ricevuto in uso un bene infungibile, come un cavallo, un carro, un libro od altro era tenuto a restituirli quando pattuito. Il *bailor* poteva richiederne la restituzione

[114] D. Ibbetson, *William Jones as comparative* …cit., p. 40.
[115] *Coggs v. Bernard* (1703) 2 Ld Raym 909, p.111.
[116] Con riguardo ad un discorso introduttivo sulla responsabilità Holt aveva premesso: «*This Bracton I have cited is, I confess, an old author, but in this his doctrine his agreeable to reason, and to what the law is in other countries*». *Coggs v. Bernard* (1703) 2 Ld Raym 909, p.111.
[117] Sul Trattato di Pothier si veda D. Veillon, *De quelques digressions sur le commodat selon Robert-Joseph Pothier*, si veda M. Kambič, K. Škrubej (curr.), *Odsev dejstev v pravu. Da mihi facta, dabo tibi ius. Liber amicorum Janez Kranjc*, Ljubljana, 2019, p. 427-440.

qualora lo avesse ritenuto più opportuno[118] quando non fosse stato previsto uno specifico termine. Una situazione questa che per la *Common Law* del XIX secolo rimaneva sempre ricompresa nel concetto di comodato, in quanto non veniva più riconosciuta alcuna autonomia, od esistenza, al negozio di *precarium*[119], ricompreso oramai sotto il generico termine *loan*[120].

Successivamente venivano considerate tutta una serie di specifiche circostanze in cui il comodatario avrebbe potuto trattenere la cosa oltre i termini fissati, ma che non venivano a configurare un vero e proprio diritto di ritenzione, in quanto scaturivano piuttosto caratteristicamente da situazioni *de facto* più che *de jure*. Diversi autori di *Common Law* ritenevano che in alcune specifiche situazioni contingenti vi fosse una precisa obbligazione del *borrower* di non rendere il bene nei termini pattuiti. Era il caso in cui la restituzione avrebbe comportato il rischio di perdita o di danneggiamento del bene, oppure quando il ritardo dell'adempimento avrebbe permesso di evitare il compimento di un crimine[121]. La dottrina della *Common Law* in materia era modellata su quanto aveva scritto Pothier,

[118] In realtà Story aveva ritenuto ammissibile che, anche in un comodato con termine finale pattuito, fosse sempre nel potere del *bailor* richiedere indietro la cosa prima di questo. L'affermazione riposava sulla constatazione che siccome nel contratto non vi era previsto un qualsiasi vantaggio, soprattutto di natura economica -*consideration* -, per una delle due parti, questo non poteva essere considerato vincolante al punto da non ammettere la richiesta di restituzione della cosa, anche prima del termine.«*These principles are not supposed to have any general foundation in the Common Law, in which the loan is understood, as to its continuance, to rest upon the good pleasure and good faith of the lender, and to be strictly precarious. As the bailment is merely gratuitous, the lender may terminate it whenever he pleases*». L'affermazione veniva mitigata dal fatto che il comodatario in questo caso poteva richiedere eventuali danni. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., pp. 232- 233. La teoria non venne accolta anche se non vi fu una grande discussione dottrinale sul tema: «*But there can be no doubt that, if a time for the termination of the loan is fixed, both parties will be bound by reason of their respective promises, provided they intend to enter into a contractual relation. The promise to keep the chattel for the agreed period is sufficient to support the counter-promise to allow the borrower to retain the chattel for the time stated*». T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 281.

[119] Sul *precarium* assorbito nel comodato si legga Story, nel passaggio della sua opera dove ricomprende espressamente il *precarium* in un *loan for use* in cui non era stato stabilito un termine per la restituzione della cosa. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 233. Già in età postclassica *precarium* e *commodatum* cominciarono ad essere assimilati. Cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1960, I, p. 214. Si veda anche P. Zannini, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in "Rivista di diritto civile", LII-1 (2006), parte seconda, pp. 83-92. Le codificazioni sanciranno la sostanziale fusione dei due negozi in un unico contratto di comodato.
Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 207.

[120] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 207.

[121] Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 25.

ma caratteristicamente non lo seguiva ciecamente. Infatti alcuni dei casi identificati dal giurista francese che avrebbero ammesso di trattenere il bene oltre il termine contrattuale non erano assolutamente accettati nel diritto inglese. Specificamente Pothier aveva indicato che se l'uso per cui la cosa era stata comodata non fosse stato completato il comodatario poteva legittimamente ritenerla, a patto che nessun danno fosse causato al proprietario[122]. Ammetteva inoltre la possibilità di una restituzione ritardata, anche con pregiudizio del comodante, qualora il comodatario dovesse affrontare rischi maggiori del valore della cosa per adempiere alla sua obbligazione. In questo caso al comodante avrebbe dovuto essere versato un risarcimento. Pothier basava queste eccezioni sui doveri dell'amicizia che avevano indotto il comodante a prestare i propri beni[123]. La *Common Law* rigettava, rudemente, queste *nice distinctions* e ordinava in questi casi la restituzione della cosa nei termini pattuiti non fornendo alcuna giustificazione per l'inadempimento[124].

Le obbligazioni a carico del *lender* erano poche e meramente accessorie; si limitavano all'obbligo di garantire l'uso pacifico del bene concesso senza molestie e quest'obbligazione veniva desunta direttamente dal contratto di Diritto Romano[125]. Nel XVIII secolo era pacificamente ritenuta essere un'obbligazione del comodante quella di assicurarsi che la cosa ceduta in uso fosse priva di difetti; qualora avesse taciuto eventuali pecche della cosa la responsabilità per eventuali danni o per il suo perimento sarebbe ricaduta su di lui[126]. Questo perché tra gli elementi fondamentali del contratto, identificati nell'*Essay*, andavano annoverati come diretta derivazione della natura fiduciaria dello stesso, anche l'*openess* e l'*honesty*[127]. Qualsiasi violazione

[122] Pothier sembrerebbe postulare un dovere in capo al comodante, in questo particolare caso «*Quoique régulièrement celui à qui la chose a été prêtée, ne puisse pas la retenir après le temps pour lequel elle lui a été prêtée, néanmoins s'il avait besoin encore de quelques jours pour achever de s'en servir à l'usage pour lequel elle lui a été prêtée, et que le prêteur ne souffrît aucun préjudice du retard, le prêteur devrait lui laisser encore la chose pendant ce temps*». Cfr. R. J. Pothier, *Traité* …cit., II, p. 679. Probabilmente era l'uso del *devrait* che risultava alieno per le orecchie dei giuristi di *Common Law*.

[123] Cfr. R. J. Pothier, *Traité* …cit., II, p. 679.

[124] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 237.

[125] Cfr. ivi, p. 241.

[126] Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 23. In un caso del 1870 *Loop v. Lichtfield* deciso a New York una sega circolare che era stata data in comodato, si era rotta per un difetto di costruzione, ignoto al comodante. Il comodatario aveva citato in giudizio il costruttore della macchina per i danni. La richiesta venne respinta. M.A. Eisenberg, *La natura del Common Law*, Milano 2010, pp. 93-94.

[127] Principi che venivano inquadrati con riferimento alla portata del dovere di sincerità tra le parti rimandando alla definizione di *Fraud* contenuta in un precedente giudiziario:

di questi principi che erano prima di tutto d'ordine morale, avrebbe avuto ricadute sulla responsabilità contrattuale delle parti, oltre ad avere eventuali conseguenze di natura penale. Per fare capire l'effettiva portata di questa affermazione di Jones bisogna ricordare che per la *Common Law* del XVIII secolo il venditore non era obbligato a rilevare all'acquirente gli eventuali difetti della cosa venduta, un'applicazione molto stretta del principio *caveat emptor*[128]. In comparazione la *Roman Dutch Law* contemporanea invece prevedeva espressamente la responsabilità del comodante nel caso avesse taciuto i difetti della cosa comodata, oppure avesse concesso scientemente una cosa che non poteva servire all'uso pattuito[129].

La responsabilità come viene delineata da Jones riecheggia dunque per analogia non solo la *Roman Dutch Law* coeva, ma anche soprattutto il disposto di D. 13, 6, 18, 3[130]. Per Azzone, uno dei modelli di Bracton, un'azione contraria spettava al comodatario qualora gli fosse stata consegnata una cosa difettosa che gli aveva causato dei danni[131].

Il comodatario di contro sulla base del principio fiduciario alla base del negozio sarebbe stato responsabile nel caso in cui il comodato fosse stato concesso dopo che lui stesso aveva taciuto al comodante alcune circostanze che avrebbero potuto portare al perimento della cosa, oppure avesse mentito per ottenere il prestito. L'esempio che veniva utilizzato dalla *Common Law* per spiegare questa situazione era mutuato esattamente da Pothier. Qualora un soldato avesse chiesto in prestito ad un commilitone un cavallo per la battaglia del giorno successivo tacendo il fatto che lui stesso ne aveva a disposizione uno proprio ed atto al combattimento, il *borrower* sarebbe stato in ogni caso responsabile della perdita dell'animale. Ma, si specificava, se il comodante avesse avuto conoscenza della situazione, perché l'altro lo aveva correttamente informato allora la perdita dell'animale sarebbe stata a carico del proprietario[132]. Ancora per la precedente considerazione che

«*Fraud may consist "as well in the soppression of what is true, as in the representation of "what is fake*». Come riportato in W. Jones, *An Essay* …cit., p. 70, nt. 5.

[128] Cfr. ivi, p. 70, nt. 4.

[129] Cfr.: S. Van Leeuwen, *Commentaries on the Roman-Dutch Law, translated from the Dutch*, London 1820, p. 350.

[130] «*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est*».

[131] Cfr. Azo, *Summa* …cit., 1566, col.335, n. 14.

[132] Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 69; J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*… cit., p. 218. Pothier infatti aveva scritto «*Par exemple, j'ai emprunté à mon ami un cheval de bataille pour le mener au combat, en lui taisant que j'en avais un qui était aussi propre à mener au combat que le sien. Si ce cheval que mon ami m'a prêté est tué au combat, je dois être tenu de la perte; car c'est un dol de ma part d'avoir dissimulé à mon ami que j'avais un cheval dont je pouvais me servir à l'usage pour lequel lui demandais le sien à emprunter, et*

era di ordine sia morale sia giuridico, oltre che per la natura del contratto il comodatario sarebbe stato responsabile anche dei danni subiti dalla cosa quando fosse stato in mora e qualora la restituzione della cosa gli fosse stata richiesta legalmente. Su di lui gravava inoltre la responsabilità sia della cosa principale sia degli accessori che venivano consegnati con questa[133].

Il comodatario non sarebbe stato responsabile di quelle perdite o deterioramenti che fossero derivati dall'uso della cosa nei termini pattuiti dalle parti[134]. Era nella facoltà delle parti, al momento delle stipulazioni contrattuali, prevedere diverse forme di responsabilità contrattuale, maggiori o minori rispetto a quelle ordinariamente attribuite al contratto[135].

Allineandosi alla tradizionale dottrina romanistica in materia di comodato, anche nella *Common Law* era riconosciuta la regola per cui il comodatario non poteva assolutamente trattenere la cosa a garanzia di un suo credito verso il proprietario; in questo ci si discostava dal Diritto Scozzese che ammetteva una qualche forma di *right of retention*[136]. La ragione di questo divieto che riposava sul principio fissato nel *Codex*[137], era giustificata con la considerazione che quest'atto sarebbe stato una violazione della natura del contratto e delle tacite obbligazioni[138] – di natura più morale che giuridica – che ne derivavano. La vera e propria base giuridica

de l'avoir, par cette réticence, porté me prêter son cheval, qu'il n'aurait peut-être pas voulu me prêter, s'il eût su que j'en avais un. D'ailleurs, si je n'étais pas obligé d'indemniser mon ami, je m'enrichirais à ses dépens, en sauvant mon cheval aux dépens du sien: Hactenùs enim sum locupletior, quatenùs propriæ rei peperci; ce que l'équité ne permet pas. Neminem œquum est cum alterius jacturâ locupletari. Mais si j'avais avoué de bonne foi à mon ami, en lui empruntant son cheval, que je le faisais pour sauver le mien du risque du combat, n'ayant pas le moyen d'en acheter un autre si je le perdais, mon ami ayant, en ce cas, voulu exposer son cheval aux risques du combat pour lequel il me le prêtait, s'il y était tué, je ne serais pas obligé de l'indemniser; c'est une générosité qu'il a bien voulu exercer envers moi». R. J. Pothier, *Traité* …cit., II, p. 692. Lo stesso sarebbe avvenuto se il comodatario avesse richiesto il cavallo in prestito per il giorno dopo, omettendo di dire che vi sarebbe stata battaglia.

133 Per cui se veniva dato in comodato un orologio da taschino, il comodatario era responsabile anche per la catena dello stesso. Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 65. Cfr. D. 13, 6, 5, 9: «*Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt*».

134 Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 22.

135 Cfr. ivi, II, p. 23.

136 Cfr. A. J.M. Steven, *Rights in Security over moveables* …cit., I, p. 353, dove si indica la previsione di un *right to retain* della cosa, nascente in capo al *borrower*, a garanzia di eventuali spese straordinarie o di miglioramenti sopravvenuti.

137 C. 4, 23, 4 «*Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*».

138 Story usava la formula *tacit obligation* in questo senso contrapponendola alle ragioni giuridiche che si trovano espresse nella frase successiva. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 237.

di questoa proibizione era la considerazione che l'intenzione di favorire una persona concedendole un beneficio gratuito non poteva essere collegata, in alcun modo, ad un debito derivante da un altro contratto eventualmente intervenuto tra le parti; il prestito non poteva quindi dipendere da un precedente debito, perché doveva essere liberamente concesso in amicizia e non poteva nemmeno dipendere da un dovere, seppure morale[139].

Mentre era in possesso della cosa il comodatario era ritenuto responsabile di tutti i danni, compresa la perdita totale del bene, qualora fossero imputabili a fatti che potevano essere evitati da un individuo *very careful and vigilant* che era la caratteristica forma della responsabilità per *Slight Neglicence*. Il dovere di esercitare la più *great diligence* era strettamente connaturato al fatto che il contratto fosse a solo beneficio dell'accipiente[140]. Confermando le basi romanistiche e di Diritto Comune del negozio si ammetteva la possibilità di un comodato che fosse vantaggioso per entrambe le parti, una figura eccentrica rispetto alla stessa tipizzazione originaria dei *bailments* ma conosciuta dal coevo Diritto scozzese molto più "romanizzante" di quello a sud del Vallo[141]. In questo caso, in analogia con quanto avveniva in tutti gli altri *bailments* che fossero di vantaggio per entrambi i contraenti – come il pegno- la responsabilità era riportata nei termini dell'*Ordinary Negligence*[142].

[139] J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 237.

[140] Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 23.

[141] Partendo dal Diritto Romano per esaminare la questione della diligenza contrattuale, nell'ambito del contratto di comodato nel Diritto scozzese suo contemporaneo, Erskine scriveva: «*Where the contract is entered into for the benefit of both parties, each contractor is bound to employ a middle sort of diligence, such as a man of ordinary discretion uses in his affairs; the opposite of which is called culpa levis, or simply culpa. Where only one of the parties is benefited by it, such party is bound in that degree of diligence by which one of the most consummate prudence conducts himself; the neglect of which is called culpa levisima: and the other party, who is no gainer by the contract, is not accountable for any proper diligence; he is liable only de dolo, vel lata culpa, i. e. for dole, l. 5. § 2. l. 18. pr. Comm.; verb. sign. Where one bestows less care on the subject of any contract which requires an exuberant trust, than he is known to employ in his own concerns, it is accounted dole, though the diligence he hath actually employed be as exact as a man of ordinary prudence would have used, l. 32. Depos. These equitable rules have been adopted by us, and by most other civilized states; and agreeably thereto the borrower in commodate must be exactly careful of the subject lent, while in his possession, since he alone has the whole profit arising from the contract*». Con quest'ultima affermazione l'autore collegava strettamente la materia della diligenza contrattuale nei due diritti. J. Erskine, *An Institute* …cit.,1793[3], I, pp. 449-450.

[142] Per quanto l'esempio portato dall'autore per descrivere questa particolare situazione e cioè il prestito di alcuni piatti per l'organizzazione di una festa in comune col comodatario, sembrerebbe essere, come si ammette, più un contratto innominato di *do ut facias* che un vero e proprio comodato. Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 71. «*If a bailor does not participate in any benefit derived by the bailee from the use of the goods bailed, the latter is liable for slight neglect (q); but if there be a reciprocal advantage, the bailee is liable*

Qualora il comodato fosse stato ipoteticamente vantaggioso solo per il comodante si limitava la responsabilità dell'accipiente nei relativamente vasti parametri del *Gross Neglect*. Anche se i giuristi di *Common Law* a differenza dei loro colleghi continentali erano piuttosto dubbiosi sull'esistenza di una simile fattispecie particolare di comodato e ritenevano che in questo caso ci si sarebbe trovati di fronte ad una particolare figura di mandato[143].

La questione dell'onere della prova, in materia di responsabilità contrattuale nel comodato, proprio per la natura essenzialmente processuale della *Common Law* presentava alcuni punti interessanti. Se era ritenuto pacifico che nella maggioranza dei casi questo ricadesse sul *defendant*, tuttavia qualora la perdita fosse avvenuta in circostanze tali da scagionare il convenuto, esso si trasferiva in capo al *plaintiff* che doveva dimostrare, a quel punto, l'esistenza di una *negligence* del comodatario, come effettivo elemento causale dell'inadempimento o dei danni. Joseph Story faceva notare che a seguito delle linee difensive adottate dalle parti l'onere della prova «*may alternaly shift from a party to the other*» nei differenti stati e gradi del procedimento[144].

Come si è visto la rigorosa costruzione della responsabilità risarcitoria del comodatario derivava dal fatto che egli era la sola parte a ricevere un beneficio dal contratto. Nell'*Essay* si specificava chiaramente come anche una eventuale incapacità, di qualsiasi tipo, da parte del *borrower* di esercitare più dell'ordinaria attenzione non bastava a esentarlo, sulla base di una asserita sua impossibilità di adempimento delle obbligazioni di custodia[145]. Piuttosto seccamente Jones suggeriva che un comodatario dovesse sempre compiere un attento esame delle proprie capacità prima di chiedere un prestito ed assoggettarsi così alla pesante responsabilità giuridica che ne derivava.

Specularmente, con riguardo alla capacità di adempimento delle obbligazioni di cura della cosa da parte del *borrower* ci si poneva il problema se la conoscenza degli eventuali difetti dell'accipiente da parte del comodante servisse ad attenuarne la responsabilità. La risposta era sostanzialmente positiva, in quanto veniva fondata essenzialmente sulla *fairness* contrattuale che rappresentava un elemento chiave del contratto. Scriveva infatti Jones: «*If Paul lend a fine horse to a raw youth he cannot exact the same degree of management and circumspection, which he would expect from a riding master,*

only for ordinary neglect; and is responsible only for gross carelessness, if the goods be lent for the sole benefit of the lender». J. Chitty, *A Practical Treatise*…, p. 376.

143 Cfr. W. Jones, *An Essay*…cit., p. 71.

144 Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., pp. 246-247.

145 Story concordava. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 239.

or an officer of the dragon».[146]

Anche questa conclusione era però desunta dall'autore dalla lettura e dalla recezione delle considerazioni di Pothier ed attraverso di questi di quelle di Dumoulin[147], in materia di responsabilità nel comodato. Lo stesso esempio del prestito del cavallo ad un giovane inesperto è tipico del Diritto Comune per inquadrare la responsabilità contrattuale[148] e si ritrovava in Baldo degli Ubaldi nella sua trattazione dei diversi gradi di *culpa* nel suo commento a *Quae Fortuitis* (C.4.24.6)[149] .

Per quanto concerneva la questione derivante dalla responsabilità nel caso del furto della cosa concessa in comodato l'esposizione di Jones procedeva secondo una serrata analisi casistica. Come prima cosa veniva distinto il *theft* (furto) dalla *robbery* (rapina)[150]. Per cui se veniva rubata la cosa concessa in comodato, da chiunque era specificato e quindi non solo da individui su cui il comodatario aveva un controllo come i servitori, in questo caso il comodatario era tenuto a risarcire completamente il danno. A meno che non avesse provato che aveva preso le più straordinarie precauzioni per evitare il fatto.

La rapina era invece ordinariamente considerata una circostanza esimente

[146] W. Jones, *An Essay* …cit., pp. 64-65. Lo stesso esempio viene ripreso da Story. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 239.

[147] C. Dumoulin, *Tractatus de eo quod interest*, Venetiis 1574, p. 303, n. 185.

[148] Jones modificava lievemente l'esempio del prestito mutuato da Pothier del cavallo sostituendo al maresciallo ed allo scudiero dell'originale, un dragone. «*Suivant ce principe, quelque incapable que soit celui à qui la chose a été prêtée, du soin très exact que les règles du contrat de prêt à usage exigent de l'emprunteur, il n'est pas moins tenu de ce soin; parce que c'est sa faute d'avoir emprunté sans être capable du soin que les lois exigent des emprunteurs, et que le prêteur pouvait ne pas connaître le caractère d'esprit de l'emprunteur, qui le rendait incapable de ce soin. On doit néanmoins avoir égard à la qualité de la personne à qui la chose a été prêtée, pour régler l'étendue du soin qu'elle doit apporter à la conservation de la chose. C'est sur ce principe que Dumoulin, en son traité de eo quod interest, n° 185, décide qu'on ne doit pas exiger le même soin d'un écolier à qui on a prêté un cheval, que d'un écuyer ou d'un maréchal; car le préteur, ne pouvant ignorer que cet écolier n'a pas la connaissance des chevaux, qu'ont les gens du métier, ne peut être censé avoir exigé de lui d'autre soin que celui dont peuvent être capables des personnes qui ne sont pas du métier*». R. J. Pothier, *Traité* … cit., II, p. 686.

[149] Cfr. Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros Commentaria*, Venezia 1577, p. 69 n. 39. L'esempio era comunissimo nella letteratura giuridica settecentesca, di tutti i livelli «*Praeterea, ut Bartolus et Baldus constanter admonent, expendenda erit qualitas, personarum, quæ culpae nomine conveniuntur; qualem nimirum eiusdem sortis et conditionis homines in rebus suis, præcipue eiusdem generis, adhibere soleant aut possint diligentiam, ita, ut a scholari, cui equum commodavi, non eam requiram diligentiam, quam a summo et peritissimo equitatore*». F. J. C. Schlosgangl, *Tractatus Juridicus De Dolo, Culpa Et Casu*, Salisburgo 1726, p. 64-65.

[150] Cfr. Dumoulin, *Tractatus*…cit., p. 302, n. 184.

la responsabilità del *bailee*. La responsabilità contrattuale sarebbe però stata mantenuta nel caso in cui il comodatario si fosse messo negligentemente in una situazione di pericolo. Anche questo principio di derivazione romanistica aveva fatto il suo ingresso nella *Common Law*, quando l'azione impostata sul *debt* aveva smesso definitivamente di essere utilizzata nei casi di *bailments* [151].

Qualora la restituzione di un bene concesso in comodato fosse stata demandata ad una persona di fiducia del comodatario che rispettava tutti i requisiti di affidabilità ma questa fosse stata aggredita e derubata durante il tragitto per la riconsegna, ci si sarebbe trovati di fronte ad un caso di *damnum sine iniuria* (l'autore usa, per questo specifico caso, la terminologia latina) ed il comodante non avrebbe quindi avuto diritto al ristoro dei danni[152]. Il peculiare esempio riportato da Jones per spiegare la disciplina della fattispecie della responsabilità in caso di rapina era chiaramente modellato sul dettato del frammento di Giuliano contenuto in D. 13, 6, 20[153]. Quest'ultimo era un debito dottrinale che lui ammetteva tranquillamente[154].

In materia di danni derivanti dal perimento della cosa comodata per incendio o naufragio od altri incidenti inevitabili, Jones dichiarava di aderire all'opinione di Pothier e quindi sostanzialmente si allineava alla tradizione romanistica in materia di risarcimento. Tuttavia nel farlo respingeva incidentalmente in quanto dichiarava di non condividerle le tesi Pufendorf - di cui conosceva l'opera nella traduzione in inglese fattane da Barbeyrac[155] -. Piuttosto freddamente Jones liquidava le idee di quest'ultimo in materia di risarcimento danni nel comodato come *idle* (inutili)[156].

Il principio che il comodatario potesse essere responsabile anche nelle situazioni di caso fortuito o forza maggiore, qualora non avesse preso tutte le necessarie precauzioni, era però motivo di acceso dibattito nella

[151] L'avvenuta rapina nel caso di un *Writ of Debt* esimeva sempre dalla responsabilità. Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 282.
[152] Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 65.
[153] «*Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent*».
[154] «*The example given by Julian is the first and the best that occurs*». W. Jones, *An Essay* …cit., p. 65.
[155] Oltre alla traduzione in francese del testo di Pufendorf, Jean Barbeyrac ne diede alle stampe anche una in inglese agli inizi del XVIII secolo col titolo *The law of nature and nations: or, A general system of the most important principles of morality, jurisprudence, and politics*. Sul lavoro di Barbeyrac come traduttore cfr. D. Saunders, *The Natural Jurisprudence of Jean Barbeyrac: Translation as an Art of Political Adjustment*, in Eighteenth-Century Studies, XXXVI, 4/2003, pp. 473-490.
[156] W. Jones, *An Essay* …cit., p. 65.

Common Law. Come lo era anche la particolare fattispecie in cui, durante un incendio[157] od altra catastrofe, l'accipiente non avesse scelto di mettere al sicuro i beni affidatigli per salvare invece, i propri[158]. In queste particolari occasioni non sempre, come provava Joseph Story dando voce alle obiezioni dei *common lawyers*, le circostanze avrebbero integrato una *negligence* in capo al comodatario tale da renderlo responsabile secondo le regole della *Common Law*[159]. La critica di Story a quest'idea si concentrava sulla ben nota ipotesi di scuola dell'incendio in cui il comodatario salvava un proprio bene a scapito di quello comodato e quindi per avere sacrificato il bene altrui a vantaggio dei propri lo si riteneva obbligato al risarcimento del valore di quanto era stato perduto. Questo classico esempio era stato recepito anche da Jones direttamente dalla lettura di Pothier. Il problema di diritto era stato da quest'ultimo nella sua opera meticolosamente esaminato, enumerando i distinti casi derivanti da distinte situazioni e statuendone le conseguenze giuridiche sulla responsabilità del comodatario, secondo il tradizionale approccio dei giuristi continentali[160]. L'obiezione del *common lawyer* a questo modo di procedere si basava sul fatto che i casi prospettati dal giurista francese non erano stati pensati come elementi da sottoporre alle conclusioni di una giuria – cosa peraltro ovvia data l'inesistenza della stessa nella Francia di Pothier -, ma erano stati trattati come fonte di diritto. Qui risiedeva una delle grandi differenze che intercorrevano tra la *Common Law* e il Diritto Comune. Pothier scriveva di norme giuridiche che erano utilizzate dai giudici per definire le questioni portate loro innanzi e Jones apparentemente lo seguiva nella sua costruzione della responsabilità nel comodato. Ma questo costituiva un peccato capitale agli occhi di Story. Quindi Joseph Story reagendo a queste idee troppo continentali, rovesciava le carte facendo notare come tutti i casi, minuziosamente descritti dal giurista francese, non fossero di per se stessi prova dell'esistenza di una qualsiasi *negligence*, ma erano solo questioni che andavano sottoposte e risolte, da una giuria[161]. Per cui se un *borrower* era tenuto verso i beni del *lender* alla *very exactly diligence* che aveva per i propri, se egli avesse provato di avere adempiuto in questi termini anche nel caso dell'incendio sarebbe stato libero da ogni

[157] Cfr. D. 13, 6, 5, 4 «*si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*».
[158] Cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 69.
[159] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 218.
[160] Cfr. ivi, pp. 219- 224. Il passo bruscamente liquidato da Story, dal punto di vista del Diritto Continentale era molto dotto ed accurato; cfr. Robert Joseph Pothier, *Traité* … cit., II, p. 691.
[161] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 220.

responsabilità. Joseph Story quindi esaminava e confutava le idee di Pothier in questi termini[162], scrivendo da vero *common lawyer*:

> *the very case put by Pothier supposes that it is impossible to save both the lender's and the borrower's goods. In a case, then, confessedly of extreme necessity, the borrower is made responsible for an exercise of his natural right of choice. He saves the most valuable goods, which would seem to be a rational course; and yet he is bound to pay for the loss of the other goods. Pothier does not pretend, that, in such a case, there is any real negligence imputable to the borrower. His reasoning implies that there is none. But he assumes (what he does not prove), that, if the thing borrowed could by possibility have been saved, at however great a sacrifice, the borrower is bound to make that sacrific [...]Yet this cannot be, if there is any negligence in the case arising from the mere fact of leaving the borrowed goods to perish. If a party suffers his own goods to perish in the flames, it is no excuse for suffering the borrowed goods to perish in the same manner. It may afford some presumption against negligence, especially if the borrower's own goods are of a very superior value*[163].

La critica dell'*Associate Justice* si fondava sulla situazione stessa, descritta come una in cui non vi era alcuna possibilità di guadagno per il comodatario: se avesse salvato i propri beni sarebbe stato tenuto per il valore di quelli comodati, se avesse salvato questi avrebbe perso i propri. La conclusione è di una raffinata crudeltà, come si può addossare la responsabilità di una scelta solo sulla base di un determinato avvenimento, come fa Pothier, in una situazione in cui non è configurabile una *negligence* nel senso inglese del concetto, perché un individuo ha esercitato un suo diritto naturale di scelta. Formulando questa critica il giurista anglosassone riduceva le fattispecie di Pothier e Jones nei termini di questioni da presentarsi alla giuria e conseguentemente da provare. Nel fare questo respingeva le soluzioni del francese e quindi del Diritto Comune nel senso della loro vincolatività per il giudizio. Non diceva però che non erano valide, ne contestava l'astrattezza[164] e nel fare questo ricordava come, nella *Common Law*, queste fossero questioni che avrebbero dovuto essere valutate di volta in volta. La conclusione del ragionamento era piuttosto pragmatica: non era assolutamente vero che un individuo fosse contrattualmente obbligato a salvare i beni prestati a qualsiasi prezzo, anche in questo caso la *negligence* doveva essere provata e non poteva

[162] In premessa di ragionamento Story liquidava l'esempio portato dai *civilians*, Pothier in testa, «*come nice and curious*». J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 219.
[163] J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 222.
[164] Story puntuto come sempre osservava come queste fossero «*scarcerly more than a speculative proposition*». J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 220.

essere presunta dal suo comportamento[165]. Seguendo ancora quanto scritto da Pothier Jones riteneva inoltre ragionevole differenziare la responsabilità del comodatario qualora «*the loan was the occasion merely of a damage*» da quella in cui «*the loan was the sole efficient cause of the damage*»[166]. Nel primo caso, sposando il ragionamento di Pothier[167] e nel contempo respingendo quello di Pufendorf[168], Jones riteneva che non vi fosse motivo di chiedere un risarcimento stante la situazione di forza maggiore o caso fortuito[169] verificatasi. Jones spesso trova le posizioni di Pufendorf insostenibili; in questo caso lo accusa di affermare che il comodante avrebbe dovuto essere

[165] Cfr. ivi., p. 224. Il problema non si sarebbe mai posto se vi fosse stata una stipulazione contrattuale a regolare la materia.

[166] W. Jones, *An Essay* …cit., p. 67.

[167] «*Il n'y a lieu à la question que lorsque c'est le prêt qui a donné lieu à l'accident, auquel, sans cela, la chose prêtée n'aurait pas été exposée. On demande si, en ce cas, celui à qui la chose a été prêtée doit indemniser le prêteur de la perte causée par cet accident, qui est arrivé sans aucune faute de sa part? Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour faire un voyage, et que les voleurs m'aient attaqué dans une forêt, et l'aient tué ou emmené, serai je obligé de vous payer le prix de votre cheval, qui n'aurait point été perdu si vous ne me l'aviez pas prêté? Les jurisconsultes romains décident pour la négative: Is qui utendum accepit, dit Gaïus (en la loi 1, § 14, ff. de Oblig. et act.) si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incenduo, ruinâ, naufragio rem amiserit, securus est. La même décision se trouve dans plusieurs autres textes; et leur raison est, que les choses sont aux risques de ceux à qui elles appartiennent ; que le service que rend le prêteur à l'emprunteur, oblige bien l'emprunteur à avoir tout le soin dont un liomme est capable, pour la conservation de la chose qui lui est prêtée, mais qu'il ne doit pas l'obliger à se charger des cas fortuits, et de la force majeure; Casus enim fortuiti à nemine præstantur; que le prêteur, en consentant que la chose fût employée à l'usage pour lequel il l'a prêtée, s'est volontairement exposé aux risques qu'elle devait courir étant employée à cet usage ; que s'étant volontairement soumis à ce risque, on ne peut pas dire que le prêt qu'il a fait, lui ait fait aucun tort que la bonne foi doive obliger l'emprunteur de réparer; Volenti enim non fit injuria*». R. J. Pothier, *Traité* …cit., II, p. 688.

[168] Jones trova le posizioni di Pufendorf insostenibili e lo accusa di affermare che il comodante avrebbe dovuto essere risarcito anche in caso di perdite subite in un incendio od in un naufragio. In effetti Puffendorf proponeva di limitare la portata di D. 13, 6, 18 pr. e delle altre norme del Digesto che regolavano la responsabilità del comodatario, nel senso di prevedere un ristoro per il comodante. Cfr. S. Pufendorf, *Of the law of nature and nations: eight books*, London 1729[4], p. 486.

[169] Su questo punto concordava anche Street «*It is now established that loss by inevitable accident and by such catastrophes as cannot be provided against by human skill and foresight will relieve the commodatary*». T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, p. 282. La responsabilità in questo caso era quella sostanzialmente disegnata da Bracton nell'elenco che aveva mutuato dal Diritto Romano, a cui però Story aggiungeva «*also all such losses, as human prudence cannot by extraordinary diligence guard against, such as losses by pirates, by enemies, by mobs, by sudden inundations, by sudden sickness, and even by the frauds of strangers, against which the borrower could not guard himself*». Molto interessante il caso della frode commessa da stranieri come motivo di esenzione per forza maggiore. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 243.

risarcito anche nel caso di perdite subite in un incendio od in un naufragio. In effetti Pufendorf proponeva di limitare la portata di D. 13, 6, 18 pr. e delle altre norme del Digesto dove veniva regolata la responsabilità del comodatario, nel senso di prevedere sempre un ristoro per il comodante che avesse subito un danno originato da una propria prestazione di cortesia da cui non avrebbe ricavato alcun vantaggio[170].

Il secondo caso era quello che si presentava qualora il proprietario che aveva precedentemente dato in comodato il proprio cavallo durante la vigenza del contratto si fosse trovato nella necessità di affittarne uno. In questo caso, sulla base del principio per cui «*a benefit conferred should not be injurious to the benefactor*»[171] il comodatario avrebbe dovuto rimborsare la spesa del proprietario, a meno che non fosse stato espressamente pattuito il contrario.

L'uso certo non compariva tra gli elementi costitutivi del *commodatum* identificati dalla *Coggs v. Bernard*. In essa ci si limitava a dire che il *bailment* consisteva nel concedere in uso una cosa. La dottrina di *Common Law* arrivò presto a postularne la necessità, anche se non sempre in alternativa al limite temporale. Si arrivò quindi a configurare l'elemento dell'uso certo approfondendo la tematica della responsabilità della cosa derivante da un uso imprudente della stessa da parte del comodatario, esattamente come era già stato fatto con Bracton secoli prima. Questo era il caso dell'avere cavalcato fuori dalla strada regia su un terreno impervio. In esso Jones riconosceva l'esistenza di una responsabilità contrattuale e ampliandone la portata ne derivava quello che era uno degli elementi fondamentali del comodato, nella tradizione di Diritto Comune, cioè l'uso certo. Per cui in un esempio che è un classico per la trattazione del contratto, se Tizio avesse prestato a Caio un cavallo per andare a Londra e questo invece l'avesse danneggiato, in quanto si era diretto a Bath, il comodatario sarebbe stato responsabile, in quanto imprudentemente non ne aveva fatto l'uso pattuito[172]. L'approccio

[170] Cfr. Samuel Pufendorf, *Of the law of nature* …cit., p. 486.
[171] W. Jones, *An Essay* …cit., p. 67.
[172] Cfr.: D. 13, 6, 5, 7: «*Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis*». Un altro esempio della possibilità che il contratto di comodato, nella Common Law, si potesse basare su di un uso prefissato della cosa era ancora: «*if silver utensils be lent to a man for the purpose of entertaining a party of friends at supper in the metropolis, and he carry them into the country, there can be no doubt of his obligation to indemnify the lender, if the plate be lost by accident however irresistible*». Per l'esempio del viaggio a Bath: cfr. W. Jones, *An Essay* …cit., p. 69. Un altro esempio di uso certo del bene come fondamento di una responsabilità per danni per inadempimento era il caso citato da Street. Qualora fosse stata prestata una coppia di buoi per arare uno specifico campo, il comodatario era tenuto

di Jones era differente da quello di Blackstone, il quale nei *Commentaries* non deduceva il requisito dell'uso certo come obbligazione alternativa al limite temporale dalla struttura del risarcimento contrattuale, ma piuttosto riteneva insito nella natura stessa del contratto che la cosa dovesse essere restituita «*as soon as the time is expired or use performed*»[173].

La necessità di questo specifico requisito si sedimentò nella dottrina di *Common Law* e si arrivò a specificare che la cosa era concessa solo per l'uso del *borrower*, in quanto era collegata strettamente ad un favore personale[174], a meno che non fosse stato espressamente previsto la possibilità che ne facessero uso anche terzi[175]. Questa possibilità di un uso del bene anche da parte di altri poteva essere dedotta non solo dalle pattuizioni contrattuali ma anche dalle circostanze in cui era avvenuto il prestito. Per cui se era stata concessa in uso una carrozza era ritenuto implicito, stante la natura della cosa, che la potessero utilizzare anche i familiari del *borrower*, ma non gli estranei[176]. Era ritenuto un punto fermo però che se il comodatario avesse delegato l'uso della cosa ad un terzo, per esempio ad un proprio servitore, sarebbe stato tenuto responsabile per inadempimento; parte della giurisprudenza identificava la concessione dell'uso della cosa anche nei termini di una *license* personale che era data al comodatario e ad esso limitata[177].

La dottrina giunse presto ad affermare che l'uso della cosa prestata

a risarcire i danni se li avesse, invece, impiegati per estrarre le pietre dal campo, per poi caricarle su una barca. Cfr. T.A. Street, *The Foundations of Legal Liability: History and theory of English contract law*, Edward Thompson Company, 1906, II, p. 282; *A Common Sense Digest of American Negligence Cases:17 Volumes*, Chicago 1914, p. 815.

173 William Blackstone, *Commentaries* …cit., II, p.454.

174 Era il caso *Bringloe v. Morrice* riportato ed esaminato da Story. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 237; T. A. Street, *The Foundations* … cit., II, p. 282.

175 «*A gratuitous loan is to be considered as strictly personal, unless from other circumstances a different intention may fairly be presumed. Thus, if A. lends B. her jewels to wear; this will not authorize B. to lend them to C. to wear. So, if C. lends D. his horse to ride to Boston, this will not authorize D. to allow E. to ride the horse to Boston. But if a man lends his horses and carriage for a month to a friend for his use; there, a use by any of his family, or for family purposes, may be fairly presumed; although not a use for the benefit of mere strangers*» J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 237.

176 Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 23.

177 Tizio aveva ricevuto in comodato un cavallo perché lo montasse a suo piacimento. Tuttavia lo fece utilizzare anche al proprio servitore. Per questo motivo venne ritenuto responsabile sulla base dell'*immoderate riding* dell'uomo. La corte statuì «*The license is annexed to the person and cannot be communicated to another; for this riding is matter of pleasure*». Cfr. T. A. Street, *The Foundations* …cit., II, pp. 282; W. W. Story, *A Treatise on the Law of Contracts*, Boston 1874, II, p. 23.

doveva essere l'oggetto principale del contratto, differenziandolo così da un pegno che poteva eventualmente avere come accordo sottostante anche la possibilità di utilizzare la cosa data a garanzia[178]. Stante questo principio il comodatario avrebbe potuto fare qualsiasi utilizzo della cosa fosse stato pattuito, anche se per ipotesi non fosse stato quello naturale dell'oggetto[179]. Qualora il comodatario non avesse utilizzato il bene nei termini del contratto oltre ad essere responsabile dei danni, poteva essere condannato anche a pagare l'uso del bene. In questo caso la rottura dei termini contrattuali avrebbe trasformato il comodato in una locazione[180]. Joseph Story sempre tenendo come base la *Coggs v. Bernard*, ammoniva inoltre che il diritto all'uso pattuito del bene era strettamente limitato al tempo stabilito, collegando insieme indissolubilmente i due elementi[181].

Accanto a queste previsioni vi erano alcuni interessanti interdizioni riguardo alla richiesta di comodato di bestiame, in determinate situazioni. Ancora nel XVIII secolo nel caso di un *tennant* questi

> *shall not be at liberty to borrow a stranger's cattle and put them on the common, at least unless borrowed for a considerable time, so as to be employed, and be levant and couchant on the tenant's own land at other times*[182].

Il *tennat* per arare o fertilizzare i campi avrebbe sempre dovuto chiedere gli animali in prestito al proprietario del fondo. Solo se il bestiame gli fosse stato necessario per un uso prolungato, questo poteva essere chiesto ad estranei. Complesse ragioni in parte anche di ordine feudale poiché il *tennant* del caso lo era di un *manor*, sia legate alla struttura della proprietà nella *Common Law* inglese, sono alla base di questa opinione. Il proprietario

---

178 Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 233.

179 Sempre con l'accordo del proprietario, poiché senza di questo un eventuale uso inconsueto avrebbe comportato una responsabilità del comodatario. Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 218. L'autore inglese motivava questa sua affermazione rimandando a Domat, nella parte della sua opera dedicata al *prêt à* usage, in cui si affermava: «*Si l'usage qui doit être fait de la chose empruntée n'est pas réglé par la convention, il est borné au service naturel & ordinaire qu'on peut eu tirer. Ainsi celui qui prête un cheval est présumé le donner pour quelque voyage, & non pour la guerre*». J. Domat, *Les loix civiles*…cit., I, p. 108. La soluzione che sarebbe poi entrata nella *Common Law* era quella prevista in D. 13, 6, 5, 7 «*nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis*». Come principio generale la cosa doveva essere utilizzata secondo i suoi normali termini e modalità. Cfr. J. Bouvier, *Institutes*…cit., I, p. 439.

180 Cfr. I. Edwards, *A treatise on the law of bailments*, Albany N. Y. 1855, p. 36.

181 Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 233.

182 C. Viner, *A General Abridgement* …cit., X, p.11.

aveva il diritto di impedire a bestie altrui di pascolare sui propri terreni. Per questo motivo un *tennant* doveva chiedere prima al suo *landlord* il comodato del bestiame. Se il proprietario non avesse avuto il bestiame, oppure non se non avesse potuto impegnarlo troppo a lungo, solo allora si sarebbe legittimamente potuto chiederlo in prestito altrove. Rimaneva stabilito che le bestie avrebbero dovuto sostenersi sulla parcella di terreno che era stata data in affitto.

Jones affrontava anche la questione del comodato di una cosa di cui si conosceva in anticipo il valore o perché era stato dichiarato (*valued loan*), o perché questa era stata stimata (*estimated a certain price*). Si chiedeva se il comodatario, in quest'ultimo particolare caso, fosse obbligato in ogni circostanza a rendere, in alternativa, o la cosa o la cifra. Se si fosse seguita questa interpretazione il *borrower* sarebbe sempre stato obbligato a restituire il valore della cosa, anche in caso di perdita o danni della cosa avvenuti per cause di forza maggiore. La questione derivava dal frammento di Ulpiano in D. 13, 6, 5, 3 per cui

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

Jones notava come tra i giuristi continentali la portata di questa disposizione fosse argomento di un certo dibattito e si chiedeva se, anche nella *Common Law*, in questo particolare caso, nascesse una obbligazione di restituzione alternativa e come conseguenza, se il risarcimento sulla base del valore della stima avvenisse anche in caso di danni altrimenti non esigibili per la natura del contratto[183]. Sulla scorta di quanto era stato affermato da Pothier egli riteneva che il punto principale della questione fosse l'ambiguità della parola *periculum*, come era stata usata da Ulpiano. Nel commentarla egli faceva notare che essa poteva essere tradotta con il termine inglese, piuttosto generico, di *hazard* che però poteva significare sia un incidente capitato casualmente oppure uno derivante da negligenza[184].

[183] Questa parte del testo di Jones sui *bailmets* riporta, in riassunto, quanto già scritto da Pothier sulle diverse posizioni dottrinali continentali in questa particolare materia. Cfr. R.J. Pothier, *Traité* …cit., II, pp. 692-695.

[184] Le parole con cui Jones definisce l'utilizzo del termine *periculum*, fatta da Ulpiano come ambigua derivavano, quasi alla lettera, da quanto aveva sostenuto Pothier. «*periculum est en soi ambigu, et que s'il se prend pour le péril ex casibus fortuitis proveniens, il se prend aussi quelquefois dans les lois pour le péril ex culpâ duntaxat proveniens*». R.J.

Dopo avere inquadrato la questione, nella risoluzione da lui proposta Jones abbandonava, parzialmente, il sentiero dottrinale tracciato da Pothier e risolveva la situazione nei termini di quella che dichiarava essere la tradizione sia delle *Coutumes* francesi, sia della *Common Law*:

> *If William, indeed, had said to Paul alternatively "I promise, on my return to Oxford, either to restore your horse or to pay you thirty guineas," he must in all events have performed one part of this disjunctive obligation; but, if Paul had only said, "the horse, which I lend you for this journey, "is fairly worth thirty guineas," no more could be implied from those words, than a design of preventing any future difficulty about the price, if the horse should be killed or injured through an omission of that extraordinary diligence which the nature of the contract required*[185].

La prima fattispecie che veniva identificata in quest'esempio, era quella di un'obbligazione alternativa, in questo caso il comodatario sarebbe stato tenuto in ogni caso, in quanto l'*agreement* alla base del contratto era stato integrato dall'assunzione volontaria di un'obbligazione di pagamento nel caso non si fosse restiuita la cosa. Come si può notare dalla lettura della soluzione proposta e dalla struttura dell'esempio portato, anche questo passaggio dell'opera di Jones era modellato su un passo del giurista transalpino, col quale concludeva la trattazione della responsabilità nel caso di un comodato di *res aestimata*[186]. Se ci si riferisce alla dottrina del Diritto Comune si può osservare come l'*aestimatio* della cosa rendeva il comodatario responsabile anche per il caso fortuito[187].

Pothier, *Traité* …cit., II, p. 693.

[185] W. Jones, *An Essay* …cit., p. 70. Cfr. Robert Joseph Pothier, *Traité* …cit., II, pp. 692-693.

[186] «*Il n'y a lieu à cette question que lorsque le contrat porte simplement une estimation de la chose prêtée, comme lorsqu'il est dit simplement que je reconnais que vous m'avez prêté votre cheval, qui est de valeur de cinquante pistoles ». Ce n'est que pour ce cas que nous avons décidé, suivant la seconde des deux opinions ci-dessus rapportées, que l'estimation portée au contrat, ne faisait pas tomber sur l'emprunteur la perte de la chose prêtée, qui arriverait par quelque accident de force majeure. Il en serait autrement s'il était dit "que je reconnais que vous m'avez prêté Votre cheval, que je promets vous rendre dans un certain temps, ou la somme de tant, à laquelle nous avons estimé le prix du cheval". Par ces termes, je contracte une obligation formelle de payer la somme, si je ne rends pas le cheval. Mon obligation est une obligation alternative, ou de la restitution du cheval, ou du paiement de la somme. La perte du cheval, quoique causée par une force majeure, ne me décharge pas de mon obligation: elle subsiste pour le paiement de la somme, suivant les principes sur les obligations alternatives que nous avons établis en notre Traité des Obligations, n° 250*». R. J. Pothier, *Traité* …cit., II, pp. 695.

[187] Cfr. Bartolo da Sossoferrato, *In secundam Digesti vet. partem commentaria*, Torino 1577, p. 82, *Nuncuidendum*, n°. 3.

Nella seconda ipotesi la questione derivava semplicemente da come era stato verbalmente costruito il contratto. Nella *Common Law* la mera valutazione del valore di un bene non poteva di per se stessa significare che il comodatario si fosse accollato la responsabilità per ogni accidente potesse capitare. Infatti poteva anche interpretarsi nei termini di un semplice accorgimento negoziale mirante a circoscrivere un'eventuale richiesta di risarcimento, assegnando un valore alla cosa e quindi impegnandosi a versare solo quella specifica somma, se dovuta[188].

Le spese ordinarie del comodato erano a carico del *borrower*, mentre quelle straordinarie erano accollate al *lender*, così:

> *if a horse is lent for a journey, the ordinary expenses of the horse on the journey are to be borne by the borrower. But if the horse is taken sick, the extraordinary expenses of the cure are to be paid by the lender. So, if the horse is stolen, the extraordinary expenses of pursuit and recapture are to be paid by the lender*[189].

Mentre nel diritto continentale che per gli autori che scrivevano sui *bailments* e quindi sul comodato, molto spesso si identificava con quanto aveva scritto Pothier in materia, la questione del luogo dove dovesse avvenire la restituzione della cosa era stata oggetto di una analisi minuziosa, nella *Common Law*, di contro, non vi si annetteva soverchia importanza. Ci si limitava a demandarne la decisione alle speciali circostanze del singolo contratto[190]. In maniera piuttosto caratteristica era il contratto a fare la legge.

Il comodato sarebbe stato esattamente adempiuto anche se si fosse riconsegnata la cosa ad un rappresentante legalmente autorizzato dal *lender* e questa fosse andata successivamente persa per fatto dell'agente del proprietario[191]; in questo si ammetteva, nella *Common Law*, la regola fissata da Ulpiano come riportata nel frammento in D. 13, 6, 12, 1[192]. Tuttavia la mera circostanza di una consegna ad un agente del comodante che però non fosse stato espressamente incaricato di ricevere la cosa in restituzione, non avrebbe esentato del tutto il *borrower*. Questi ne sarebbe ugualmente rimasto responsabile fino al momento in cui la cosa non fosse effettivamente ritornata al proprietario, o ad un suo specifico incaricato[193].

---

188 Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 226.
189 Cfr. ivi, p. 242.
190 Cfr. ivi, pp. 234-235.
191 *Ibidem*.
192 «*Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est*».
193 Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 236.

Il *loan for use* sarebbe cessato di diritto, salvo speciali pattuizioni contrarie, in caso di morte di una delle due parti, oppure qualora nel corso dello stesso fosse intervenuto un mutamento di *status* personale di una di loro, come avveniva, ad esempio, quando si fosse contratto matrimonio[194]. Nel caso di morte del comodante e nel caso che il contratto avesse previsto la consegna della cosa personalmente a questi, la controparte avrebbe dovuto restituirla all'amministratore dei beni del defunto o al suo erede legittimo. Se non ne fosse ancora stato nominato uno o se si fosse ancora nella fase della presa di possesso delle proprietà del morto, il comodatario poteva legittimamente trattenere il bene fino a che non fosse chiaro a chi dovesse restituire[195].

Nel caso di matrimonio di una donna, poiché questa passava *alieni iuris*, la restituzione andava fatta al marito, anche se la cosa prestata fosse stata, in origine, di proprietà personale della moglie. Lo stesso capitava nel caso della nomina di un *guardian* (*tutore*) per il comodante[196].

[194] Cfr. W. W. Story, *A Treatise*…cit., II, p. 23.
[195] Cfr. Cfr. Joseph Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 237.
[196] *Ibidem*.

Conclusioni

Commodatum Anglicanum

La lunga strada che porta il comodato da Glanvill alla *Coggs v. Bernard* abbraccia più di cinque secoli, ma presenta degli interessanti tratti comuni. Infatti a partire da due grandi giuristi medievali per definire questo peculiare negozio giuridico si è utilizzato il Diritto Romano, cominciando dal nome stesso del negozio. La prima constatazione da farsi è che se è pur vero che nella *Common Law* vengono importati elementi della definizione contrattuale del comodato così come era stata data nel Diritto Romano, soprattutto nelle *Institutiones* ed alcuni concetti che si possono far risalire alla grande tradizione del Diritto Comune, non si può fare a meno di sottolineare che non viene recepito l'intero sistema. Permane infatti quella che Maitland riteneva una forte influenza del diritto germanico, inizialmente soprattutto nel caso della responsabilità contrattuale gravante sul comodatario[1].

Glanvill ricorse alla terminologia latina per identificare un particolare contratto che avrebbe permesso un'azione di *debt*, confermando la giurisdizione regia sulla materia e proprio per questo motivo, mantiene la sua definizione dei contratti piuttosto scarna. Bracton, pur tentando di dare un sistema coerente alla *Common Law*, utilizzando come base non solo il Diritto Romano ma anche l'opera di glossatori come Azzone, si limitò ad aggiungere pochi particolari al contratto.

Il nodo della questione era proprio il motivo per cui Glanvill aveva scritto la parte della sua opera riguardo ai contratti: l'identificazione dei negozi non era dovuta a questioni dottrinali o perlomeno questa necessità non era predominante nei suoi scritti, ma era principalmente una questione di procedura. Come scrive brillantemente Ibbetson a riguardo, riferendosi proprio alla classe dei *bailments* in generale in cui rientra il comodato: «*English law before the sixteenth century was far more a science of asking questions than to giving answers*»[2]. Una scienza giuridica pratica a cui le eleganti costruzioni dottrinali interessavano solo nei limiti in cui queste erano riconducibili al momento processuale.

Nel sistema della *Common Law* medioevale, era il *writ* infatti che

[1] F.W. Maitland, *Select passages*…cit., p.147.
[2] D. Ibbetson, *William Jones as comparative* …cit., p. 40.

plasmava il diritto, per cui nel caso del comodato bastava dipingerne solo alcuni tratti essenziali che sarebbero stati utili per stabilire quale fosse la domanda da fare alla Corte, in questo caso un debito di *chattels*. In più, come si è visto, la struttura del *Writ of Debt* prima e di quello di *detinue* successivamente, rendevano l'obbligo di restituzione della cosa alternativo al pagamento del suo valore, incidendo così pesantemente sulle modalità di adempimento del contratto – le famose influenze germaniche –. Già questa sola previsione modificava la natura stessa del comodato rispetto al modello romanistico, perché rendeva possibile al comodatario di adempiere legittimamente al contratto ritenendo il bene, ma pagandone il valore. La previsione di questa obbligazione alternativa riportava, praticamente, il comodato nella grande categoria della compravendita che sotto molti aspetti rappresentava la forma contrattuale primitiva da cui si sviluppavano tutte le altre. Per quanto si teorizzasse fin dagli esordi che in accordo con la tradizione continentale il *commodatum* fosse costruito intorno all'idea di *gratia* che nella *Common Law* veniva intesa come volontà del comodante di concedere in uso gratuito una cosa ad un terzo per spirito di cortesia, la previsione che la stessa potesse non essere restituita ma si potesse validamente adempiere pagandone il valore, trasformava in radice l'equilibrio delle parti nel contratto. La *gratia*, infatti, prevedeva e ciò era essenziale con riguardo all'adempimento contrattuale che si sarebbe dovuto restituire la cosa integra e nel tempo stabilito. Possiamo notare come, a seguito di questa modifica che è di cruciale importanza in quanto sancisce una profonda differenza con il negozio configurato dalla dottrina Diritto Comune, il comodatario nel diritto inglese fosse oggettivamente più tutelato giuridicamente del suo omologo continentale. Infatti se pure formalmente l'originaria struttura romana del contratto, per quanto scarnificata, era rimasta nella *Common Law*, è evidente che se nel momento processuale il comodatario si sarebbe potuto liberare legittimamente delle proprie obbligazioni consegnando al comodante *banco iudicis* il valore della cosa comodata, l'intero panorama giuridico si sposta. Non ci si trova più infatti dinnanzi ad un obbligo di restituire una determinata cosa in specie, ma di scegliere tra il restituirla ed il pagarla. Che poi era quanto era sotteso alla natura stessa del *Writ of Debt*. Vi era inoltre da considerare l'ulteriore ostacolo rappresentato della disciplina probatoria che era connessa al *Writ of Detinue* e che poteva dare vita sia ad un giudizio davanti a *compurgatores*, sia ad un *trial by combat*[3].

[3] All'epoca di Glanvill era il metodo di risoluzione delle controversie processuali ritenuto degno degli aristocratici. Cfr. E.J. White*, Legal Antiquities: A Collection of Essays*…cit., pp. 106- 140, soprattutto p. 128, dove si riporta il primo caso registrato (1077) *Wulfstan v. Walter* dove le parti si dichiararono pronte a provare le loro asserzioni «*by oath and*

Altra differenza di fondamentale importanza era che il comodato poteva avere per oggetto a partire da Glanvill e Bracton, *chattels*, quindi fin dall'inizio si stava sedimentando l'idea, poi confermata dalla giurisprudenza, per cui oggetto del contratto potevano essere solo beni mobili ed infungibili. La natura romanistica della definizione del contratto rimase però quasi immutata nel corso del tempo, anche perché negli *Year Books*, a partire dal XIV secolo, sono riportati pochissimi casi di *bailments* ed ancor meno di questi riguardavano il comodato[4]. Questo nonostante il comodato fosse, pacificamente, considerato un contratto d'uso quotidiano nella vita comune[5]. La spiegazione di questo fatto, piuttosto barocca e retorica, ma con un fondo di verità era fornita da Joseph Story che giustificava il raro ricorso ai tribunali e quindi la scarsa giurisprudenza in materia, attribuendole a:

> […] *reasons equally honorable to the parties, and to the liberal spirit of polished society. The generous confidence thus bestowed is rarely abused; and if a loss or injury unintentionally occurs, an indemnity is either promptly offered by the borrower, or compensation is promptly waived by the lender*[6].

A questi nobili motivi bisognerebbe però aggiungere che, nel Medioevo e fino alle riforme processuali del XIX secolo, un *Writ of Detinue* era piuttosto costoso ed anche dopo l'avvento del *Writ of Assumpsit*, nonostante tutto, la questione dell'esborso economico necessario per recuperare un bene o per richiederne i danni rimaneva elevato.

Probabilmente fu anche per questo motivo, cioè la scarsa giurisprudenza e quindi la conseguente scarsa attrazione che il negozio esercitava sui pratici, che la struttura fondamentalmente romana del contratto rimase nella *Common Law* come una sorta di fossile giuridico, dovuto in massima parte al disinteresse. Quando si trattò di costruire una teoria tassonomica dei *bailments* lo stesso Holt, un giurista abbastanza favorevole al Diritto

battle». L'ultimo caso in cui il *King's Bench* autorizzò *il trial by battle* fu nel 1818 in un processo per omicidio: *Ashford v Thornton* (1818) 106 ER 149. Il *trial by battle* fu abolito nel 1819. Cfr. M. Schoenfield, *Waging battle: Ashford v Thornton, Ivanhoe and legal violence*, si veda C. Simmons (cur.), *Medievalism and the Quest for the "Real" Middle Ages*, London 2001, pp. 61–86
R. Megarry*, Miscellany-at-law: A Diversion for Lawyers and Others*, London 1955, p. 234

[4] D. Ibbetson, *William Jones as comparative* …cit., p. 40. Anche agli inizi del XX secolo si scriveva: «*Cases involving the question of the degree of care of the commodatary seldom reach the courts*». Thomas Atkins Street, *The Foundations* …cit., II, p. 281.

[5] Cfr. J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments*…cit., p. 287.

[6] Ivi, p. 288.

Romano che i giuristi di *Common Law* avevano riscoperto grazie al lavoro di Vinnio e dei suoi epigoni d'Oltremanica, ammise di averne dovuto recuperare i concetti costitutivi da Bracton ed appunto dal giurista dei Paesi Bassi. Nel fare ciò riprese nella sua *opinion* anche la parte romanistica che permeava il *De Legibus* ed il Diritto Comune.

I lavori dei *civilians* inglesi del XVI e XVII secolo che erano spesso piuttosto avanzati e sicuramente i più solidi dal punto di vista dottrinale, riuscirono, in parte, nel loro intento che era, essenzialmente, quello di connettere – o di riconnettere, se si pensa all'influenza di Azzone su Bracton di secoli prima – il diritto inglese alla tradizione del Diritto Comune continentale. L'utilizzo degli scritti di Grozio o delle *Regulae Iuris*, come quelle redatte da Van Bronkhorst, non solo nei testi di dottrina ma anche alle volte nelle stesse *decisions* delle *Superior Courts* mostra come la tradizione giuridica continentale fosse ritenuta un'importante fonte di norme razionali e utili. Infatti come si è visto con la fondamentale *Coggs v. Bernard* le idee di un giurista ritenuto romanizzante come Bracton e di un esponente del Diritto Comune come Vinnio, vennero trasfuse in una *opinion* che costituirà un *landmark* nel diritto inglese. Ma ad una completa recezione si opponevano una serie di ostacoli che vanno imputati sia alle resistenze della professione legale la quale nella maggior parte non aveva una formazione universitaria, sia a considerazioni di ordine politico[7], sia di ordine isolazionista; infatti il Diritto Comune era spesso percepito come "papista" e soprattutto era il diritto dell'Impero. Tuttavia questo rigetto della tradizione di Diritto Comune continentale non fu totale[8] e la sua influenza rimase non solo nelle corti di *Equity* ma anche nella *Common Law*, soprattutto in quegli istituti che i pratici maneggiavano con meno sicurezza, sia perché residuali, sia perché piuttosto difficili da inquadrare giuridicamente senza uno schema dottrinale di riferimento.

La *Coggs v. Bernard* ricomprese il comodato all'interno della categoria giuridica dei *bailments*, ma soprattutto estese l'efficacia del rimedio processuale costituito dal *Writ of Assumpsit* oltre i limiti dello fissati nello *Slade's Case*, Nel compiere questa scelta il *King's Bench* rese obsoleto il *Writ of Detinue* e le rigide strutture processuali che imponeva al negozio. Divenne più semplice per un *plantiff* agire in restituzione ma paradossalmente, il processo con giuria diede anche strumenti di difesa piuttosto affilati in materia probatoria anche al convenuto; nonostante avesse perso la possibilità adempimento alternativa. Ma la *decision* pose solo le fondamenta

[7] Cfr. D. R. Coquilette, *Comparative Studies …cit.*, p. 44.
[8] Lo sottolinea, tra i tanti, Ibbetson. Cfr.: D. Ibbetson, *Common Law and Ius Commune*… cit., pp. 27.

dei *bailments* che rimanevano ancora abbastanza evanescenti sul piano dottrinale ed erano sostanzialmente una costruzione incompiuta.

Per dare risposte alle domande che la decisione di Holt aveva sollevato sia sulla natura sia sulla struttura dei *bailments*, il colto William Jones rispolverò con l'*Essay on the Law of Bailments*, non solo la tradizione romanistica ma soprattutto quella del tardo Diritto Comune, filtrata attraverso le lenti costituite dalle opere di Domat e Pothier. Ancora una volta questa operazione venne portata avanti perché il diritto continentale era razionale ed in grado di fornire utili spunti necessari per una soddisfacente sistemazione dottrinale dei *bailments*. Gli scritti dei due autori francesi andarono così a costituire l'ossatura portante di quella parte dell'*Essay* dedicata al comodato. Anche in questo caso la procedura costituì il limite fondamentale che impediva una completa recezione finale di un comodato non solo romanistico ma anche di Diritto Comune.

Per i *common lawyers* uno dei campi nel quale il confronto con la dottrina dei giuristi continentali era più acceso era costituito dal valore da attribuirsi ai singoli casi che nel Diritto Comune avrebbero fatto sorgere una precisa responsabilità contrattuale. Era l'obiezione di Joseph Story che percepiva come eccessivamente dogmatiche e vincolati le cause di responsabilità delineate da Pothier ed accettate da Jones. La ferrea casistica della responsabilità nel Diritto Comune sembrava avere, per i critici anglosassoni, effetti meccanici ed automatici. Ma ciò non poteva funzionare in una corte inglese, dove tutte le questioni minuziosamente esaminate dai giuristi continentali per attribuire la responsabilità diventavano solo mere questioni di fatto e come tali andavano discusse e provate davanti ad una giuria. Non aveva senso per un *common lawyer*, una statuizione come quella che imponeva la regola vincolante secondo cui il comodatario era sempre obbligato a salvare le cose comodate a scapito delle proprie[9]. Era invece

[9] «*Three cases are put by Pothier, and may readily be imagined; first, where the thing borrowed is of greater value than the borrower's own property; secondly, where the things are each of the same kind and value; thirdly, where the borrower's own property is of the greatest value. Pothier decides each of the cases against the borrower, admitting the last to be of chief difficulty. His reasoning on the last case is to this effect. It is true, that the borrower cannot be reproached with any want of fidelity; but still the borrower undertakes for extraordinary diligence (Tenetur adhibere eractissimam diligentiam); and by the nature of his contract he engages for all risks, except losses occasioned by the vis major. Praestat omne periculum, praeter casus fortuitos, seu vim majorem. Now, that alone is deemed to be vis major, which cannot be resisted; vis major, cui resisti non polest. Although the borrower could not save both his own and the borrowed goods; yet he could have saved the latter at the expense of his own; and therefore they could not be said to be lost by the vis major. He admits, that it would be otherwise, where the tumult is such, that the borrower has no choice, and saves what*

necessario, per il *plaintiff* provare davanti ai giurati che nel fare questo il *defendant* aveva dimostrato una *Gross Negligence*. Solo così avrebbe vinto la giornata. Già questo approccio pratico modificava la portata dell'influenza nella *Common Law* della responsabilità contrattuale nel comodato che era paradossalmente una delle parti in cui era essa era più debitrice del Diritto Comune e delle sue pazienti ricostruzioni.

Ma se si guarda al contratto come finalmente venne a strutturarsi nel XIX secolo, si può affermare che, pur con proprie e distinte idiosincrasie, tra cui appunto la non previsione di un comodato di beni immobili, tuttavia in esso rimane una precisa e riconoscibile anima romanistica e di Diritto Comune, un'anima che doveva confrontarsi con l'aliena procedura di *Common Law* per sopravvivere. Sotto certi aspetti ci riuscì, perché come afferma Buckland in materia di comodato le disposizioni della *Common Law* «*very largerly derived from the Roman Law*»[10].

comes to his hands first, without any opportunity to exercise his judgment». Joseph Story, *Commentaries on the Law of Bailments: With Illustrations from the Civil and the Foreign Law*, Boston, 1878, pp. 248 -249. Story rispondeva a Jones e quindi indirettamente a Pothier. Cfr. R. J. Pothier, *Traité* …cit., II, pp. 690-691.

[10] Cfr. W.W. Buckland, A.D. McNair, *Roman Law and Common Law*…cit., p. 277.

Bibliografia

Addison Charles Greenstreet, *A Treatise on the Law of Contracts and Rights and Liabilities Ex Contractu*, London 1847

Ames James Barr, *The History of Trover*, in Harvard Law Review, XI, 5/1897

Anson William Reynell, *Principles of the English law of contract*, Oxford 1879, p. 39.

Arangio Ruiz Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 2006[14]

Astuti Guido, *Contratto (Diritto Intermedio)*, in Enc. dir., IX, Milano 1961

Ayliffe John, *A New Pandect of Roman Civil Law: As Anciently Established in that New Empire; and Now Received and Practised in Most European Nations: with Many Useful Observations Thereon; Shewing, Wherein that Law Differs from the Municipal Laws of Great-Britain, from the Canon Law in General, and from that Part of it Now in Use Here with Us in England: Whereunto is Prefix'd, by Way of Introduction, a Preliminary Discourse, Touching the Rise and Progress of the Civil Law, from the Most Early Times of the Roman Empire: Wherein is Also Comprized a Particular Account of the Books Themselves Containing this Law, the Names of the Authors and Compilers of Them, the Several Editions, and the Best Commentators Thereon*, London 1734

Azo, *Azonis iurisconsultissimi In ius civile summa. Accessere, praeter Hieronymi Gigantis, Pardulphi Prattaei, & ex Martino veteres additiones, aliae quamplurimae. Caeterùm nostram in his omnibus diligentiam sequens pagina docebi*t, Lugduni 1564

Azo, *Summa Codicis*, Venezia 1566

Bacon Matthew, *A New Abridgement of the Law*, Dublin 1793

Baker John, *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2007[4]

Baker John, *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2019[5]

Baker John, *Manual of Law French*, London 2016

Baker John, *New Light on Slade's Case*, in The Cambridge Law Journal, XXIX, 1 /'71

Baker John, *The Law's Two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford 2001

Baker John, T*he Oxford History of the Laws of England: 1483-1558*, Oxford 2003

Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros Commentaria*, Venezia 1577,

Barbour Willard Titus, *The History of contract in early English equity*, Oxford 1914,

Barlow Frank, *The Feudal Kingdom of England: 1042-1216*, London 2014

Barnes Thomas Garden, *Shaping the Common Law: From Glanvill to Hale 1188-1688. Essays by Thomas Garden Barnes*, a cura di A. D. Boyer, Stanford 2008,

Barrell Harry Ferdinand, *An outline of Anglo-Saxon law*, Holmes Beach, Fla., 1999 (rist.)

Barsotti Vittoria Varano Vincenzo, *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law Common Law*, Torino 2014[5]

Bartolo da Sassoferrato, *In primam Digesti novi partem commentaria*, Torino 1577

Bartolo da Sossoferrato, *In secundam Digesti vet. partem commentaria*, Torino 1577

Barton John L., *Roman Law in England*, in Ius Romanum Medii Aevi, XIII (1971)

Beale Joseph Henry Jr., *Southcott v. Bennett. Queen's Bench, Pasch. 43 Eliz. (1601)*, in Harvard Law Review, XIII, 1/1899

Beames John, *A Translation of Glanville*, Washington D.C.1900

Bellone Ernesto, *Appunti su Battista Trovamala e la sua "Summa casuum"*, in Studi Francescani, LXXIV, 3-4/1977

Betancourt Fernando, *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2007[3]

Biavaschi Paola, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006

Bigelow Melville Madison, *Leading Cases on the Law of Torts*, Boston 1875

Billinghurst George, *Arcana Clericalia: Or, the Mysteries of Clerkship Explained*, London 1705

Birocchi Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Vol. 1: Il Cinquecento*, Torino 1997

Bishop Joel Prentiss, *The Doctrines of the Law of Contracts: In Their Principal Outlines, Stated, Illustrated, and Condensed*, St. Louis 1878

Blackstone William, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1768[3]

Blount Thomas, *A Law-dictionary and Glossary: Interpreting Such Difficult and Obscure Words and Terms, as are Found Either in Our Common Or Statute, Ancient Or Modern, Laws. With References to the Several Statutes, Records, Registers, Charters, Ancient Deeds, Manuscripts, and Law-books, Wherein the Words and Terms are Used*, London 1717

Böcking Eduard a cura di, *Brachylogus Iuris Civilis*, Berolin 1829

Bosch Henricus, *Disputatio juridica inauguralis de commodato*, Trajecti ad Rhenum 1763

Bouvier John, *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union: With References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*, Philadelphia 1879

Bouvier John, *Institutes of American law*, Philadelphia 1854[2]

Bowen Ivor, *The statutes of Wales, collected, edited, and arranged*, London 1908

Boyé André-Jean, *Variations sur l'adage Obligatio Mater Actionis*, in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris 1965

Bracton Henry, *On the laws and Custom of England*, a cura di George E. Woodbine, traduzione critica di Samuel E. Thorne, Cambridge Mas. 1968-77

Brand Paul, *The Making of the Common Law*, London 1992

Brasington Bruce, *Order in the Court: Medieval Procedural Treatises in Translation*, Leiden 2016

Braun Heinricus, *Disputatio Juridica De Commodato*, Lipsia 1659

Bridge Michael G., *Personal Property Law*, Oxford 2015

Broom Herbert, *Commentaries Of The Common Law*, London 1864[3]

Broom Herbert, *Commentaries on the Common Law: Designed as Introductory to Its Study*, Philadelphia 1873

Brunner Heinrich, *The Sources of English Law*, in *Select Essays in Anglo American Legal History*, Boston 1908

Brunner Heinrich, *The sources of the law of England: an historical introduction to the study of English law*, Edinburgh 1888

Bucci Onorato, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli 2000

Bucci Onorato, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Milano 2007

Buckland William Warwick, McNair Arnold Duncan, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge, 1952[2]

Buckland William Warwick, *The main institutuions of roman private law*, Cambridge, 1931

Burrill Alexander Mansfield, *A New Law Dictionary and Glossary: Containing Full Definitions of the Principal Terms of the Common and Civil Law: Tagete with Traslatino and Explanations of the Various Technical Phrases in Different Languages, Occurring in the Ancient and Modern Reports, and Standard Treatises, Embracing Also All the Principal Common and Civil Law Maxims: Compiled on the Basis of Spelman's Glossary, and Adapted to the Jurisprudence of the United States: with Copious Illustrations, Critical and Historical*, Union N.J. 1998

Bush Jonathan, *Learning the Law: Teaching and the Transmission of English Law, 1150-1900*, London 1999

Bussi Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto Comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937

A Common Sense Digest of American Negligence Cases:17 Volumes, Chicago 1914

Calasso Francesco, *Introduzione al Diritto Comune*, Milano 1951

Cannata Carlo Augusto, *Pugliese Precursore*, si veda Letizia Vacca (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova 2008

Caravale Mario, *Lo spartiacque tra ius commune e common law*, si veda Richard H. Helmholz, Vito Piergiovanni (curr.), *Relations Between the Ius Commune and English Law*, Soveria Mannelli 2009

Caravale Mario, *Diritto senza legge,* Torino 2013

Cavanna Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982

Ceccarelli Morolli Danilo, *A brief outline of roman law*, Roma 2014

Cerami Pietro, *il comodato*, si veda Francisco Javier Paricio Serrano (cur.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Madrid 1994

Cheshire Geoffrey Chevalier, Fifoot Cecil Herbert Stuart, *The Law of Contract*, London 1960

Chitty Joseph, *A Treatise on the Parties to Actions, the Form of Actions and on Pleading, with Second and Third Volumes, Containing Precedents of Pleadings*, London 1825

Coke Edward, *The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, a Commentary Upon Littleton: Not the Name of the Author Only, But of the Law Itself: Including Also the Notes of Lord Chief Justice Hale and Lord Chancellor Nottingham, and an Analysis of Littleton, Written by an Unknown Hand in 1658 – 9*, a cura di Francis Hargrave, London 1832[19]

Coke Edward, *The First Part of the Institutes of the Laws of England: Or, A Commentary Upon Littleton, Not the Name of the Author Only, But of the Law it Self*, London 1718

Coke Edward, *The reports of Sir Edward Coke in English, in thirteen parts complete; with references to all the ancient and modern books of the law*, London 1777

Colavecchia Stefano, *Alberico Gentili e l'Europa. Storia ed eredità di un esule italiano nella prima età moderna*, Macerata, 2018

Cook Walter Wheeler, Hinton Edward Wilcox, *Cases on pleading at Common Law: Part I - Common Law actions*, Chicago 1920

Coquilette Daniel R., *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History: Civilian Writers of Doctors' Commons, London: Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International Law*, Berlino 1988

Corbino Alessandro, *Diritto privato Romano, Contesti, Fondamenti, Discipline*, Padova 2014[3]

Cortese Ennio, *La norma giuridica: spunti teorici nel Diritto Comune classico,* Milano 1962

Costa Emilio, *Corso di Storia del Diritto Romano dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Bologna 1902

Cranch William, *Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States (August and December terms, 1801-February term, 1815)*, New York 1812[2]

Criscuoli Giovanni, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova 2001[2]

Criscuoli Giovanni, *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*, Milano 1981

Joseph Chitty, *A Practical Treatise on the Law of Contracts: Not Under Seal; and Upon the Usual Defences to Actions Thereon. The second edition greatly enlarged*, London 1834[2]

Delle Donne Fulvio, *Il potere e la sua legittimazione: letteratura encomiastica in onore di Federico II di Svevia, Nuovi Segnali*, Arce 2005

De Giorgio Alessandro, *Della vita e delle opere di Alberico Gentili*, Parma, 1876

Desan Christine, *Making Money: Coin, Currency, and the Coming of Capitalism,* Oxford 2014

Dezza Ettore, *Giuseppe Luosi e il «Codice Napoleone Italiano»*, si veda E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione, Atti del convegno internazionale di studi*, Modena 2009

Digestum Vetus, Digestorum seu Pandectarum Iuris enucleati ex omni iure veteri, Lugduni 1551

Diurni Amalia, Henrich Dieter, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano 2006

Dobie Armistead, *Handbook on the law of bailments and carriers*, St. Paul VA. 1914

Doddridge John, *The English Lawyer: Describing a Method for the Managing of the Lawes of this Land and Expressing the Best Qualities Requisite in the Student, Practizer, Judges and Fathers of the Same*, London 1631

Domat Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1777

Drake Joseph H., *Consideration v. causa in Roman-American law*, in Michigan Law Review, IV 1/1905

Dumoulin Charles, *Tractatus de eo quod interest*, Venetiis 1574

Duncombe Gile a cura di, *Trials Per Pais: Or, the Law of England Concerning Juries by Nisi Prius, &c: With a Complete Treatise of the Law of Evidence, Collected from All the Books of Reports; Together with Precedents, and Forms of Challenges, Demurrers Upon Evidence, Bills of Exception, Pleas, Puis Le Darrein Continuance*, Dublin 1793[9]

Duxbury Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008

Dwarris Fortunatus William Lilley, *A general Treatise on Statutes, their rules of construction, and the proper boundaries of legislation and of judicial interpretation. Including a summary of the practice of Parliament and the ancient and modern method of proceeding in passing Bills of every kind. By Sir F. D., assisted by W. H. Amyot*, London 1848[2]

East Edward Hyde a cura di, *Reports of Cases Argued and Determined in the Court of King's Bench: With Tables of the Names of the Cases and Principal Matters*, London 1817

Edwards Isaac, *A treatise on the law of bailments*, Albany N. Y. 1855

Ehinger Heinrich Christoph, *Disputatio Inauguralis de commodato*, Basileae 1671

Eisenberg Melvin Aron, *La natura del Common Law*, Milano 2010

Ellis Charles, *A Treatise on the Law of Debtor and Creditor*, Londo 1822

Ernout Alfred, Meillet Antoine, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine, Histoire des Mots*, Paris 1960[4]

Erskine John, *An Institute of the Law of Scotland*, Edinburgh 1828

Erskine John, *An Institute of the Law of Scotland. In Four Books. In the Order of Sir George Mackenzie's Institutions of that Law*, Edinburgh 1793[3]

Esmein Adhémar, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, a cura di Robert Génestal, Paris 1925

Evans Gillian Rosemary, *Law and Theology in the Middle Ages*, London 2002

Fantini Maria Grazia, *"Ius sine causa nasci non potest". La riflessione medievale sulla causa negoziale*, in Divus Thomas, C, 1/'97

Fasti Ecclesiae Anglicanae 1066-1300, London 2002

Ferrante Mario, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano 2008

Ferrante Riccardo*, Traduzione del codice e tradizione scientifica: la cultura giuridica italiana davanti al Codice Napoleone*, si veda E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione, Atti del convegno internazionale di studi*, Modena 2009

Ferrari Giannino, *La glossa bolognese in Inghilterra: l'edizione Zulueta del Liber pauperum di Vacario*, in RSDI, III, 2/'30

Finazzi Giovanni, *Identità nazionali e identità europea alla luce del Diritto Romano e della tradizione romanistica*, in *Italian Review of Legal History*, III (2017)

Fiorelli Piero, *Intorno alle parole del diritto*, Milano 2008

Fisher Robert Alexander, *A Digest of the Reported Cases Determined in the House of Lords & Privy Council, and in the Courts of Common Law, Divorce, Probate, Admiralty & Bankruptcy: From Michaelmas Term, 1756, to Hilary Term, 1870: with References to the Statutes and Rules of Court. Founded on the Analytical Digest by Harrison, and Adapted to the Present Practice of the Law*, London 1870

Fitting Hermann a cura di, *Lo Codi*, Halle 1906

Fitting Hermann a cura di, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894

Fitzherbert Anthony, *La Novel natura brevium du iudge tresreverend monsieur Anthony Fitzherbert dernierement revieu & corrigee per l'aucteur, avecques un table perfect, des choses notables contenus en ycel, nouelment compose per Guilliaulme Rastall*, Londini 1598

Fortescue John, *De laudibus legum Angliae*, London 1616

Franceschelli Remo, *Causa e consideration nel diritto privato italiano e anglosassone*, si veda Guido Alpa, Mario Bessone (curr.), *Causa* e *consideration*, Padova 1984

Freda Dolores, *Il law reporting nelle corti di Common Law (XIII-XVI sec.): un secolo di storiografia anglosassone*, in Quaderni Fiorentini, XXXII (2003)

Frezza Paolo, *Commendatio nelle carte notarili dell'alto medioevo*, in Iura, XX (1969)

Frisby Sandra, Jones Michael, *National Reports on the Transfer of Movables in England and Wales*, si veda Faber Wolfgang, Lurger Brigitta (curr.), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe. England and Wales, Ireland, Scotland, Cyprus*, Amsterdam 2009

Facio Attilio, *Prattica d'instrumentare ad uso universale con le solennità, che ricercano gli instrumenti e testamenti del signor Attilio Facio nobile padovano. Tradotta in volgare dal sig. Ottavio Capellari dottor e notaro*, Venezia 1692

Fulbeck William, *A Parallele Or Conference of the Civil Law, the Canon Law, and the Common Law of this Realme of England: Wherein the Agreement and Disagreement of These Three Lawes, and the Causes and Reasons of the Said Agreement and Disagreement, are Opened and Discussed*, London 1618

Fusco Sandro Angelo, «*Pecuniam Commodare», aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d.C.*, Perugia, 1980

Garner Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford 2001

Gentili Alberico, *In Titulum Digestorum de Verborum Significatione Commentarius*, Hannover 1614

Getzeler Joshua, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford 2004

Getzler Joshua, *Duty of Care*, si veda Peter Birks Arianna Pretto (curr.), *Breach of Trust*, Portland 2002

Gibbon Edward, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London 1797

Giles Jacob, *A Law Grammar, Or, Rudiments of the Law: Compiled from the Grounds, Principles, Maxims, Terms, Words of Art, Rules, and Moot-points of Our Law, in a New, Easy, and Very Concise Manner: for the Particular Instruction of Students and Other Persons: Whereby They May Acquire Much Useful and Elementary Learning in the Law*, London 1817

Glanville Rainulf, *Tractatus de legibus & consuetudinibus regni Angliae, tempore regis Henrici Secundi compositus*, London 1780

Glanville Rainulf, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, a cura di Derek G. Hall, Oxford 1993

Gobbo Maurilio, *Il Leone a Guardia del Trono: da consigliere del re a interprete del diritto vivente. Considerazioni sull'indipendenza dei giudici nella tradizione costituzionale anglosassone*, si veda Costantino Murgia (cur.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino 2017

Gordley James, *Good Faith in the medieval Jus Commune*, si veda S. Whittaker (cur.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2006

Grossi Paolo, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in Annali della Facoltà giuridica, Università di Macerata, nuova serie, 1/1966

Grossi Paolo, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti rea*li, Milano 1992

Grossi Paolo, *l'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995

Grossi Paolo, *Un paradiso per Pothier. Robert Joseph Pothier e la proprietà 'moderna'*, in Quaderni Fiorentini, XIV (1985)

Grossi Paolo, *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, I (1972)

Güterbock Karl Eduard, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle ages*, Philadelphia 1866

Güterbock Karl Eduard, *Henricus de Bracton und sein Verhältniss zum römischen Rechte: ein Beitrag zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Berlin 1862

Hackelmann Leopold, *Theses Disputationis Quintae Tertiae partis ff. De Commodato Precario Et Precaria Ex jure Pontificio*, Jena 1596

Haines Benjamin H., *A Digest of The American Law Register*, Philadelphia 1877

Hale Matthew, *The History of the Common Law of England*, London 1739

Hamburger Philip, *Law and Judicial Duty*, Cambridge Mas. 2009

Hartitzsch Adolph K., *Das römische Privatrecht: in ausführlicher tabellarischer Darstellung*, Leipzig 1831

Harvey Katherine, *Episcopal Appointments in England, c. 1214–1344: From Episcopal Election to Papal Provision*, London 2016

Helmholz Richard H., Cheney Christopher Robert, Stein Peter, *Notai in Inghilterra prima e dopo la Riforma*, Milano 1991

Hogg Martin, *Obligations: Law and Language*, Cambridge 2017

Holdsworth William Searle, *A History of English Law*, London 1923

Holdsworth William Searle, *Sources and literature of English law*, Oxford 1925

Holdsworth William Searle, *A History of English Law: (1485-1700). The common law and its rivals*, London 1927[4]

Holdsworth William Searle, *Essays in Law and History*, Union N. J. 1995

Holmes Oliver Wendell Jr., *The Common Law*, Toronto 2011

Hoüard David, *Traités sur les coutumes anglo-normandes, publiés en Angleterre, depuis le onzième, jusqu'au quatorzième siècle: ouvrage qui supplée aux monuments de l'histoire & de la législation françoise, qui nous manquoient depuis la cessation des capitulaires, jusqu'aux premières ordonnances de nos rois de la troisième race*, Rouen Paris 1776

Howell Thomas Bayly, *A Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanors from the Earliest Period to the Year 1783*, London 1816

Hudson John, *Land, Law and Lordship in Anglo Norman England*, Oxford 1994

Hudson John, *The Oxford History of the Laws of England: 871-1216*, Oxford 2012

Hunt Richard William, *Preface to the "Speculum Ecclesiae"*, in Viator Medieval and Reinassance studies, VIII (1977)

Huygens Jean-Baptiste-Joseph, *Le Notaire Belgique ou la Science des Notaires Divisée en Théorie et Pratique*, Bruxelles 1706

Hyams Paul R, *The Charter as a Source for the Early Common Law*, in Journal of Legal History, XII, 3/'91

Hyams Paul R., *Disputes and How to Avoid Them: Custom and Charters in England during the Long 12th Century*, si veda Andersson et al. (curr.), *Law and Disputing in the middle ages*, Copenhagen 2013

Ibbetson David, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford 2001

Ibbetson David, *Coggs v. Bernard*, si veda Charles Mitchell Paul Mitchell (curr.), *Landmark Cases in the Law of Contract*, Portland 2008

Ibbetson David, *Common Law and Ius Commune. Selden Society Lecture delivered in the Old Hall of Lincoln's Inn, July 20th, 2000*, Buffalo NY 2001

Ibbetson David, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context*, in Oxford Journal of Legal Studies, IV, 3/' 84

Ibbetson David, *William Jones as comparative lawyer*, si veda Alexander Murray (cur.), *William Jones, 1746-94: A Commemoration*, Oxford 1998

Irving David, *An Introduction to the Study of the Civil Law*, London 1837[4]

Jones William, *An Essay on the Law of Bailments*, New York 1828

Jones William, *An inquiry into the legal mode of suppressing riots: with a constitutional plan of future defence*, C. Dilly, London 1780

Jones William, *The principles of government: in a dialogue between a scholar and a peasant, written by a member of the Society for Constitutional Information*, London 1783

Kausler Eduard H. a cura di, *Les Livres des Assises et des Usages dou Reaume de Jerusalem*, Stuttgarde 1839

Keen Jill Averil, *The Charters of Christ and Piers Plowman: Documenting Salvation*, New York 2002

Kent James, *Commentaries on American Law*, Boston 1866[11]

Kent James, *Commentaries on American Law*, New York 1844[5],

Lamberini Renzo, *Testi e percorsi di Diritto Romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010

Langdell Christopher Columbus, *A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*, Boston, 1871

Lawler Joseph John, Lawler Gail Gates, *A Short Historical Introduction to the Law of Real Property*, Washington D.C. 2000

Leach Thomas a cura di, *Modern Reports: Or, Select Cases Adjudged in the Courts of King's Bench, Chancery, Common Pleas, and Exchequer ...*

[1663-1755], London 1796[5]

Lemarignier Jean-François, *A propos de deux textes sur l'histoire du droit romain au moyen âge (1008 et 1308)*, in Bibliothèque de l'école des chartes. CI (1940)

Leslie Stephen, *Dictionary of national biography*, New York 1885…

Lévy-Ullmann Henri, *The English Legal Tradition: Its Sources and history*, London 1935

Leyser Wilhelm, *Dissertatio Iuridica De Commodato Et Ex Eo Descendentibus Obligationibus & Actionibus*, Wittenberg 1677

Liebermann Felix, *Die Gesetze der Angelsachsen*, Halle 1903

Littleton Thomas, *Littleton's Tenures*, London 1854

Lodge Henry Cabot, *The Anglo-Saxon land law, in Essays in Anglo-Saxon Law*, Boston 1876

Lovato Andrea, Puliatti Salvatore, Solidoro Maruotti Laura, *Diritto Privato Romano*, Torino 2014

Maggi Giovanni, *Compilatio plurimorum ad Tabelllonium officio pertinentium*, Brescia 1571

Maine Henry Summer, *Dissertations on Early Law and Custom*, New York 1975

Maitland Frederic William a cura di, *Bracton's Note Book. A collection of cases decided in the King's courts during the reign of Henry the Third*, Cambridge-Leipzig 1887

Maitland Frederic William a cura di, *Year Books of Edward II*, London 1903

Maitland Frederic William, *Domesday Book and Beyond. Three Essays in the Early History of England*, Cambridge 1907 (rist.)

Maitland Frederic William, *Roman Canon Law in the Church of England: six essays*, London 1898,

Maitland Frederic William, *The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered*, Union N.J. 2001

Maitland Frederik William, *Select passages from the works of Bracton and Azo, edited for the Selden Society by Frederic William Maitland*, Buffalo N.Y. 1996

Maitland Frederic William, *The Forms of Action at Common Law: A Course of Lectures*, Cambridge 1997

Marotta Valerio, *Autocrazia o monarchia dinastica: usi ed abusi della lex quod principi (Ulp. 1 inst. D. 1.4.1) tra XVI e XVIII secolo*, si veda Bonin P., Hakim N., Nasti F., Schiavone A. (curr.), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani*, Torino 2019,

Massironi Andrea, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel Diritto Comune (secoli XIV-XVI)*, Milano 2012

McBain Graham, *Abolishing the Doctrine of Consideration - The Story of the Arra. Part 1*, in International Law Research, VII, 1/2018

McBride Nicholas J., *Vindicatio, the missing remedy,* in Singapore Academy Law Review, XVIII (2016),

McGuffey Hepburn Charles, *The Historical Development of Code Pleading in America and England*, Union N.J. 2002

McMell Gerard, *On the redundancy of the concept of bailment*, si veda Alistair Hudson (cur.), *New Perspectives on Property Law: Obligations and Restitution*, London 2013

McSweeney Thomas J., *Priests of the Law: Roman Law and the Making of the Common Law's First Professionals*, Oxford 2019

McSweeney Thomas J., *English Judges and Roman Jurists: The Civilian Learning Behind England's First Case Law*, in *Temple Law Review*, IV, 84/2012

McSweeney Thomas J., *Property Before Property: Romanizing the English Law of Land*, in Buffalo Law Review, LX (2012)

Megarry Robert, *Miscellany-at-law: A Diversion for Lawyers and Others*, London 1955, p. 234

Metcalf Theron, *Principles of the law of contracts as applied by courts of law*, New York 1868,

Micolo Frank, *Diritto naturale, diritto delle genti, diritto civile*, Torino 1995

Milsom Stroud Francis Charles, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969

Milsom Stroud Francis Charles, *Studies in the History of the Common Law*, London 1985

Minucci Giovanni, *Alberico Gentili iuris interpres della prima età moderna*, Bologna 2011.

Minnucci Giovanni, *Alberico Gentili*, in Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo), diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna 2013

More John Schank, *The Institutions of the Law of Scotland, Deduced from Its Originals and with the Civil, Canon, and Feudal Nations and with the Customs of Neighbouring Nations*, Edinburgh 1832

Mousourakis George, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Auckland 2014

Murray Alexander (cur.), *William Jones, 1746-94: A Commemoration*, Oxford 1998

Nichols Francis Morgan, *Britton; the French Text Carefully Revised with an English Translation*, Oxford 1865

Noyes Charles Reinold, *The Institution of Property: A Study of the Development, Substance, and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law*, Union N.J. 2007

Oberg Michael L., *John Selden, 1584-1654: English legal historian*, si veda Boyd Kelly (cur.), *Encyclopedia of Historians and Historical Writing*, London 1999

O'Brien Bruce R., *God's peace and king's peace: the laws of Edward the Confessor*, Philadelphia 1999

Oinotomus Johannes, *In quatuor Institutionum imperialium Iustiniani imp. libros, Commentarij. Nunc primum, tum iussu superiorum, tum ex eorum mente castigati, ac emendati prodeunt. Præterea hac editione suis propriis loci distribuimus ... cum allegationibus a textu, characterum varietate distinctis, nec non indice rerum omnium copiosissimo, tam ex ijsdem commentariis quam ex additionibus,* Venetiis 1673

Oldham James, *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill N.C. 2005

Padoa Schioppa Antonio, *Common Law e Civil Law, uno scambio biunivoco*, si veda Richard H. Helmholz, Vito Piergiovanni (cur.),

Relations Between the Ius Commune and English Law, Soveria Mannelli 2009

Padoa Schioppa Antonio, *Storia del Diritto in Europa*, Bologna 2016[2]

Padovani Andrea, *Roberto di Torigni, Lanfranco, Irnerio e la scienza giuridica anglo-normanna nell'età di Vacario*, in Rivista Internazionale di Diritto Comune, XVIII (2007)

Palmer Robert C., *The County Courts of Medieval England, 1150-1350*, Princeton University Press, Princeton N.J. 2019

Palmieri Giovan Battista a cura di, *Ugonis Summula de pugna; Rogerii Summa codicis; Quaestiones dominorum Bononiensium; Yrnerii Formularium tabellionum saeculo 13. ineunte in novam formam redactum / prodeunt curante Johanne Baptista Palmerio*, Bologna 1888

Pardolesi Paolo, *Il promissory Estoppel, la promessa unilaterale e la culpa in contrahendo: relazioni pericolose?,* si veda Pardolesi Paolo (cur.), *Seminari di diritto privato comparato*, Cacucci Editore, Bari 2011

Parini Vincenti Sara, *Transactionis Causa. Studi sulla transazione civile dal Diritto Comune ai Codici. Parte prima. La dottrina dei secoli XV e XVI*, Milano 2005

Pastori Franco, *Comodato (Diritto Romano)*, in Nov.mo Dig. it., UTET, Torino 1967

Paton George, *Duty in Gratuitous Bailment*, in University of Queensland Law Journal, I, 1/'48

Pearce Robert Richard, *A Guide to the Inns of Court and Chancery: With Notices of Their Ancient Discipline, Rules, Orders, and Customs, Readings, Moots, Masques, Revels, and Entertainment*s, London 1855,

Perry Richard Ross, *Common-law Pleading: Its History and Principles: Including Dicey's Rules concerning parties to actions and Stephen's rules of pleading*, Boston 1897

Phayer Thomas, *A booke of presidents, with additions of diuers necessarie instruments, meete for all such as desire to learne the manner and forme how to make euidences and instruments, &c. as in the table of this booke more plainly appeareth*, London 1607

Phillips Owen Hood, *A First Book of English Law*, London 1960[4]

Piacentino, *Summa Codicis*, Moguntiae, 1536

Pike Luke Owen a cura di, *Year Books of the Reign of King Edward the Third*, Cambridge 2012

Plucknett Theodore Frank Thomas, *A Concise History of the Common Law*, Union N. J., 2001

Plucknett Theodore Frank Thomas, *Bookland and Folkland*, in Economic History Review, I, 6/'35

Plucknett Theodore Frank Thomas, *The Statutes and their Interpretation in the first half of the fourteenth century*, Cambridge 1922

Pollock Frederick, Maitland Frederic William, *The history of english law before the time of Edward I*, Cambridge 1898[2]

Pollock Frederick, *An Essay on possession in the Common Law*, Oxford 1888

Pollock Frederick, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London 1886[4]

Postan Michael Moissey, *Essays on Medieval Agriculture and General Problems of the Medieval Economy*, Cambridge 1973,

Pothier Robert Joseph, *Traité sur différentes matières du droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence française*, Paris 1773

Potter Harold, *Potter's Historical Introduction to English Law and Its Institutions*, a cura di Roland Albert Kenneth, London 1958[4]

Pound Roscoe, *Juristic Science and Law*, in Harvard Law Review, XXXI, 8/1918

Pound Roscoe, *The history and system of the Common Law*, New York, 1939

Pufendorf Samuel, *Of the law of nature and nations: eight books*, London 1729[4]

Ralph de Hengham, *Registrum brevium tam originalium, quam judicialium*, Londini 1687

Ralph de Hengham, *Summae*, a cura di W.H. Dunham Jr., Cambridge 2003

Rastell John, *Les termes de la ley: or Certaine difficult and obscure words and termes of the common lawes and statutes of this realme now in use expounded and explained*, London 1636

Ray John, *A Collection of English Proverbs: Digested Into a Convenient Method for the Speedy Finding Anyone Upon Occasion; with Short Annotations.*

Whereunto are Added Local Proverbs with Their Explications, Old Proverbial Rhythmes, Less Known Or Exotic Proverbial Sentences, and Scottish Proverbs, Cambridge 1670

Reeves John, *Reeves' history of the English law, from the time of the Romans, to the end of the reign of Elizabeth*, a cura di William Francis Finlason, London 1869

Reeves John, *History of the English law from the time of the Saxons to the end of the reign of Philip and Mary*, London 1814[3]

Riley Henry Thomas a cura di, *Munimenta Gildhallæ Londoniensis: Liber albus, Liber custumarum, et Liber Horn*, London 1862

Robinson Robert B., *The Two Institutes of Thomas Wood: A Study in Eighteenth Century Legal Scholarship*, in The American Journal of Legal History, XXXV, 4/1991

Roby Henry John, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902

Roffredo Beneventano, *Tractatus in quo ordinis iudiciarij positiones libellique pertractantur. Opus praetereà libellorum in ius pontificium, atque 44. Sabbatinae quaestiones nunc recéns additae. Quibus ne huic alioquin difficillimae iuris parti quicquam deesset, D. Odofredi de libellis formandi summam, unaque Dn. Hennigi Goeden ordinis iudiciarij processum adiecimus. Cum indicibus tum rubricarum tum sententiarum locupletissimis*, Lugduni 1561

Rolandinus de Passageriis, *Summa artis notariae*, in *Summa totius artis notariae*, Venetiis 1574

Rolli Rita, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008

Rossini Christine, *English As a Legal Language*, The Hague 1998

Ross Richard J., *The commoning of the Common Law: the Reinassance debate over printing English Law*, 1520-1640, in University of Pennsylvania Law Review, CXLVI, 2/1998

Rössler Emil Franz, *Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren, eine Sammlung von Rechtsbüchern, Urkunden und Alten Aufzeichnungen zur Geschichte des deutschen Rechtes. Herausgegeben und erläutert*, Prag 1852

Rudolph Julia, *Common Law and Enlightenment in England, 1689-1750*, Woodbridge 2013

Ruffhead Owen, *The Statutes at Large: From Magna Charta to the End of the, reign of king Henry VI*, London 1763

Saegh Johannes, *Disputatio iuridica inauguralis, de commodato*, Lugduni Batavorum 1707

Saint German Cristopher, *Doctor and Student: Or Dialogues Between a Doctor of Divinity, and a Student in the Laws of England, Containing the Grounds of Those Laws, Together with Questions and Cases*, , London 1746

Salmond John W., *Observations on Trover and Conversion*, in Law Quarterly Review, XXI, 1/1905

Salvioli Giuseppe, *Storia della procedura civile e criminale*, in Rivista di Storia del Diritto Italiano, III pt. 2 (1927)

Samuel Geoffrey, *Law of Obligations & Legal Remedies*, London 2001[2]

Sanfilippo Cesare, *Istituzioni di Diritto Romano*, Soveria Mannelli 2002

Santarelli Umberto, *Commodo utentis datum, ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto Comune*, Milano 1972

Sarti Nicoletta, *Il Medioevo dei diritti*, in *Tempi del diritto: Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2016

Saunders David, *The Natural Jurisprudence of Jean Barbeyrac: Translation as an Art of Political Adjustment*, in Eighteenth-Century Studies, XXXVI, 4/2003

Savigny Friedrich Carl, *Il diritto del possesso: trattato civile. Tradotto dal Tedesco in italiano dall'Avv. Conticini*, Napoli 1840

Savigny Friedrich Carl, *Storia del diritto Romano nel medioevo: Prima versione dal tedesco dell'avvocato Emmanuele Bollati con note e giunte inedite*, Torino 1854

Scaglione Francesco, *Il comodato. Artt. 1803-1812*, Milano 2011

Schaefer Guilielmi, *Examinatorium in elementa juris civilis, secundum ordinem institutionum digestum respiciens Jus Canonicum et Germanicum*, Francoforte sul Meno, 1827

Schardius Simon, *Lexicon iuridicum iuris Romani et pontificii*, Basilea 1582

Schiavone Aldo, Cantarella Eva, *Diritto privato romano: un profilo storico*, Milano, 2003

Schlosgangl Franciscus Josephus Carolus, *Tractatus Juridicus De Dolo, Culpa Et Casu*, Salisburgo 1726

Schoenfield Mark, *Waging battle: Ashford v Thornton, Ivanhoe and legal violence*, si veda Simmons Clare (cur.), *Medievalism and the Quest for the "Real" Middle Ages*, London 2001

Schofield Phillipp Mayhew Nicholas, *Credit and Debt in Medieval England c.1180-c.1350*, Oxbow Books, Oxford 2002

Schouler James, *The law of bailments, including pledge, innkeepers and carriers*, Boston 1905

Scott James Brown, *Influence of Roman Law*, Union N.J. 2002

Scrutton Thomas Edward, *Land in Fetters*, Cambridge 1866

Scrutton Thomas Edward, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge 1885

Selden John, *Fleta, seu Commentarius juris anglicani sic nuncupatus: sub Edwardo rege primo, seu circa annos abhinc CCCXL, ab anonymo conscriptus, atque è codice veteri, autore ipso ipso aliquantulùm recentiori, nunc primùm typis editus*, Londini 1685

Selwyn William, *An Abridgment of the Law of Nisi Prius*, London 1845[11]

Senn Mark A., *Shakespeare and the land law in his life and works*, in Real Property, Trust and Estate Law Journal,

Sheppard William, *The Touch-stone of Common Assurances*, Dublin 1785[6]

Simpson Alfred William Brian, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford 1987

Simpson Alfred William Brian, *Legal Theory and Legal History: Essays on the Common Law*, London & Ronceverte 1987

Sinisi Lorenzo, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano 1997

Sinisi Lorenzo, *Alle origini del notariato latino: la "Summa Rolandina" come modello di formulario notarile*, si veda Giorgio Tamba (cur.), *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa: atti del Convegno Internazionale di Studi Storici sulla Figura e l'Opera di Rolandino; Bologna ..., 9 - 10*

ottobre 2000, Milano 2002

Sinisi Lorenzo, *Un sommista ligure del primo Cinquecento: prime note su Giovanni Cagnazzo e la sua Summa Tabiena*, in Atti della Società Ligure di Storia Patria, nuova serie, XLVII, 1/2007

Smith John Cyril, Thomas Joseph Anthony Charles, *Pothier and the Three Dots*, in The Modern Law Review, XX, 1/'57

Smith John William, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law: With Notes*, London, 1841[2]

Sokol B.J., Sokol Mary, *Shakespeare and the English Equity Jurisdiction: The Merchant of Venice and the Two Texts of King Lear*, in The Review of English Studies, L, 200 /1999, pp. 417-439

Sokol B.J., Sokol Mary, *Shakespeare's Legal Language: A Dictionary*, London 2000

Solimano Stefano, *«Italianiser les lois françaises». Ancora sulle traduzioni del Codice Napoleone (1803-1809)*, in Rivista di Storia del Diritto Italiano, XCI, 2/2018

Stacey *Robert C., Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford 2004

Stair James Dalrymple, *The Institutions of the Law of Scotland: Deduced from Its Originals, and Collated with the Civil, Canon, and Feudal Laws, and with the Customs of Neighboring Nations: in IV Books*, Edinburgh 1693

Stein Peter, *I Fondamenti di diritto europeo*, Milano 1987

Stein Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999

Stein Peter, *Vacarius and the civil law*, si veda Brooke C. N. L., Luscombe D. E., Martin G. H., Owen D. (curr.), *Church and Government in the Middle Ages*, Cambridge 1976

Stephen James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, London 1883

Steven Andrew J.M., *Rights in Security over moveables*, si veda G. C. Reid, Reinhard Zimmermann (curr.), *A History of Private Law in Scotland: Introduction and property*, Oxford 2000

Stolfi Emanuele, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»*, in Rivista di Diritto Romano, II (2002)

Storti Claudia, *Stranieri ed "estranei" nelle legislazioni germaniche*, in *Le relazioni*

internazionali nell'alto medioevo: Spoleto, 8-12 aprile 2010, atti, LVIII, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 2011

Story Joseph, *Commentaries on the Law of Bailments: With Illustrations from the Civil and the Foreign Law*, Boston 1878[9]

Story William Wetmore, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*, Boston 1844

Story William Wetmore, *A Treatise on the Law of Contracts*, Boston 1874

Street Thomas Atkins, *The Foundations of Legal Liability: History and theory of English contract law*, Northport N.Y. 1906

Street Thomas Atkins, *The History and Theory of English Contract Law*, Washington D.C. 1999

Stubbs William, *Select charters and other illustrations of English constitutional history, from the earliest times to the reign of Edward the First*, Oxford 1921

Stubbs William, *The Constitutional History of England in Its Origin and Development*, Oxford 1875

A Treatise of trover and conversion: or, The law of actions on the case for torts and wrongs, London 1721[2]

Talamanca Mario, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano 1990

Tate Joshua C.*,, Ownership and possession in the early Common Law*, si veda Richard H. Helmholz, Vito Piergiovanni (curr.), *Relations Between the Ius Commune and English Law*, Soveria Mannelli 2009

Thelolall Simon, *Le digest des briefs originals et des choses concernants eaux*, London 1687

Thorne Samuel E., *The Text of Bractons De Legibus Angliae*, si veda B. Paradisi (cur.), *La critica del testo*. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Milano 1971

Tidd William, *The Practice of the Courts of King's Bench: And Common Pleas, in Personal Actions; and Ejectment: the which are Added the Law and Practice of Extents; and the Rules of Court, and Modern decisions, in the Exchequer of Pleas*, London 1828

Tiersma Peter M., *Legal Language*, Chicago 2000

Tomlins Thomas Edlyne, *The Law-dictionary, Explaining the Rise, Progress, and Present State of the British Law: Defining and Interpreting the Terms Or Words of Art, and Comprising Also Copious Information on the Subjects of Trade and Government*, London 1835

Tomlinson Frederic Philip, *The judicature acts and rules of the Supreme court, 1883, with notes and index*, London 1883

Treitel Guenter, *The Law of Contract*, London 1969

Trovamala Battista, *Summa Rossella*, Venetiis 1495

Turner Ralph, *Judges Administrators and the Common Law*, London 1994

La Vieux Natura brevium, Londini 1572

Van Bronkhorst Everard, *In titulum digestorum de diversis regulis juris antiqui enarrationes*, Amsterdam 1657

Van Caenegem Raoul Charles, *The Birth of the English Common La*w, Cambridge 1988

Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill: Studies in the Early History of the Common Law*, London 1959

Van Luchtenburch Johan, Van Paddenburgh Willelm, *Disputatio Juridica Inauguralis De Commodato & Precario*, Trajecti ad Rhenum 1681

Van Leeuwen Simon, *Commentaries on the Roman-Dutch Law, translated from the Dutch*, London 1820

Van Minnebeeck Cornelius, *Disputatio Juridica Inauguralis, De Commodato*, Trajecti ad Rhenum 1688

Van Zyle Philip Taylor *Elements of the law of bailments and carriers including pledge and pawn and innkeepers*, Chicago 1902

Veillon Didier, *De quelques digressions sur le commodat selon Robert-Joseph Pothier*, si veda Marko Kambič, Katja Škrubej (curr.), *Odsev dejstev v pravu. Da mihi facta, dabo tibi ius. Liber amicorum Janez Kranjc*, Ljubljana, 2019

Verheye Bonifacius, *Disputatio juridica inauguralis de commodato*, Trajecti ad Rhenum 1697

Verwout Noiret Michael, *Disputatio iuridica inauguralis de commodato*,

Lugduni Batavorum 1725

Vesey-Fitzgerald Seymour Gonne, *William Jones, the Jurist*, in Bulletin of the School of Oriental and African Studies, XI, 4/'46

Viceto Giovanni Stefano, *Formularium instrumentorum testamentorum procurarum, actorum, & aliorum pro adolescentibus Notariatum profitentibus*, Genova 1743

Vick Richard William, Shoolbred Claude Frederick, *The Administration of Civil Justice in England and Wales*, Pergamon press, Oxford 1968

Vincent Nicholas, *Henry of Bratton (alias Bracton),* si veda Hill M. Helmholz R. H. (curr.)*, Great Christian Jurists in English History*, Cambridge 2017

Viner Charles, *A General Abridgment of Law and Equity: Alphabetically Digested Under Proper Titles, with Notes and References to the Whole*, London 1791[2]

Vinnius Arnoldus, *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius*, Amsterdam 1665[4]

Vinogradoff Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, ed. riv. da Gerard Pacillo, Ampere 2015 (ISBN: 9780991644568)

Voci Pasquale, *Diritto ereditario romano,* Milano, 1960

Volante Raffaele, *Il sistema contrattuale del Diritto Comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo, glossatori e ultramontani*, Milano 2001

Vyvyan Jan, *Disputatio juridica inauguralis De commodato*, Trajecti ad Rhenum 1723

Waddams Stephen, *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts*?, Cambridge 2011

Wait William, *A treatise upon some of the general principles of the law, whether of a legal, or of an equitable nature, including their relations and application to actions and defenses in general, whether in courts of common law, or courts of equity; and equally adapted to courts governed by codes*, Albany N.Y. 1877

Walde Alois, Hofmann Johann Baptist*, Lateinisches Etymologisches*

Wörterbuch, Heidelberg 1982[5]

Wallace Horace Binney, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law*, Philadelphia 1847

Walston-Dunham Beth, *Introduction to Law*, Clifton Park N.Y. 2008

Watkin Thomas Glyn, *The Significance of 'In Consimili Casu',* in The American Journal of Legal History, XXIII, 4/'79

Watson Alan, *Roman Law and Comparative Law*, Athens Geo. 1991

Wells Stanley Taylor Gary (curr.), *The Oxford Shakespeare. The complete works*, Oxford 2005[2]

West Francis, *Justiceship England 1066-1232*, Cambridge 2008

West William, *The First Part of Symboleography, which May Bee Termed the Art, Or Description, of Instruments and Presidents. Lately Perused and Amended by William West of the Inner Temple Esquire, First Author Thereof*, London 1598,

Whaley Douglas, J. Horton David, *Cases, Problems, and Materials on Contracts*, New York 2018

Wharton John Jane Smith, *The law lexicon; or dictionary of jurisprudence*, London 1860[2]

Wharton John Jane Smith, *The law lexicon; or dictionary of jurisprudence*, London 1867[4]

White Edward Joseph, *Legal Antiquities: A Collection of Essays Upon Ancient Laws and Customs*, St. Louis MO 1913

Wickson Roger, *The Community of the Realm in Thirteenth Century England*, London 1970

Wilson Peter H., *Heart of Europe: A History of the Holy Roman Empire*, Cambridge Mas. 2016

Winfield Percy Henry, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge Mas. 2014

Winfield Percy Henry, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge 1931

Wood Thomas, *A new institute of the imperial or civil law. With notes, shewing in some principal cases amongst other observation, how the canon law, the laws of England, and the laws and customs of other nations differ*

from it, London 1730[4]

Woodbine George Edward, *Four Thirteenth Century Law Tracts: A Thesis Presented to the Faculty of the Graduate School of Yale University in Candidacy for the Degree of Doctor of Philosophy*, Union N.J. 1999

Zannini Pierluigi, *comodato, comodato-precario: maneggiare con cura*, si veda Federico M d'Ippolito (cur. di), *Filia scritti per Gennaro Franciosi*, Napoli 2007

Zannini Pierluigi, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in "Rivista di diritto civile", LII-1 (2006), parte seconda

Zhang Lihong, *Contratti innominati nel Diritto Romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano

Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996

de Zulueta Francis a cura di, *The Liber Pauperum of Vacarius*, London 1927

Volumi pubblicati

Monografie

1. Alessandro Agrì, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di giustizia (1750-1786)*, 2019, 2 tomi, pp. XX–687 [ISBN 978-88-944154-0-7]

2. Claudia Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, 2020, pp. X-120 [ISBN 978-88-944154-1-4]

3. Federico Roggero, *«Uno strumento molto delicato di difesa nazionale». Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, 2020, pp. 303 [ISBN 978-88-944154-3-8]

4. Alessia Maria Di Stefano, *«Non potete impedirla, dovete regolarla». Giustizia ed emigrazione in italia: l'esperienza delle commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913),* 2020, pp. 235 [ISBN 978-88-944154-4-5]

5. Gustavo Adolfo Nobile Mattei, *«Ad meliorem frugem redire». Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, 2020, pp. 220 [ISBN 978-88-944154-5-2]

6. Jacopo Torrisi, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali otto-novecenteschi*, 2020, pp. 206 [ISBN 978-88-944154-6-9]

7. Edoardo Fregoso, *Neither a Borrower Nor a Lender Be. Il comodato in Inghilterra fra Common Law e Ius Commune*, 2020, pp. 204 [ISBN 978-88-944154-7-6]

Collettanee

1. *Dialogues autour du nihilisme juridique*, sous la direction de Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, 2020, pp. 186 [ISBN 978-88-944154-2-1]