STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

ANNO LXXXVII - 2020 NUOVA SERIE A - N. 71, 3-4

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 3-4

ANNA MARIA GIOMARO, *Pagina introduttiva*, 425

ULRICO AGNATI, *La* culpa latior *di Celso, la* culpa lata *dei Glossatori e il* dolus praesumptus *di Bartolo da Sassoferrato*, 429

CECILIA ASCANI, *L'evoluzione della colpa nel campo della responsabilità dei sanitari. Il regno delle c.d. sfumature intermedie*, 463

MARIA LUISA BICCARI, *Colpa grave nel diritto penale e criminale romano: riflessioni a margine della lettura dei* libri terribiles *del Digesto,* 481

MARCO CASSIANI, "*Il risveglio della colpa*", 501

ANNA MARIA GIOMARO, *Breve rassegna di '*culpa lata*' e 'colpa grave'*, 533

PAOLA LAMBRINI, *Il paradosso del dolo colposo*, 579

CARLO PELLOSO, *La 'latitudine' della* culpa *e l'*utilitas contrahentium. *Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche,* 595

VALERIA PIERFELICI, *La* culpa lata *nel diritto sammarinese*, 623

STEFANIA PIETRINI, *La* culpa lata *nelle costituzioni del* Codex *giustinianeo*, 657

SALVATORE PULIATTI, Omnem operam et laborem sine dolo et sine ulla fraude… suscepturum esse*: sulla responsabilità dei funzionari in età tardoimperiale*, 679

EDOARDO ALBERTO ROSSI, *Spunti problematici in tema di rilevanza della colpa nel diritto internazionale privato*, 699

GIANNI SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano. Minime note introduttive*, 717

DOMENICO SCALZO, *Il momento della colpa tra diritto, teologia e filosofia. Alcune riflessioni intorno a* Karman *di Giorgio Agamben*, 743

ALESSANDRO SEMPRINI, *Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, D.L. N. 6/2020*, 759

ANDREA TRISCIUOGLIO, *Oltre la colpa grave per il* magistratus rei publicae. *Spunti storico-comparatistici sulla responsabilità dell'amministratore pubblico (dal diritto romano al diritto italiano attuale)*, 775

Direttore responsabile: Giorgio Calcagnini

Comitato scientifico: Ulrico Agnati, Franco Angeloni, Licia Califano, Piera Campanella, Marco Cangiotti, Antonio Cantaro, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Anna Maria Giomaro, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Rossella Laurendi, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini (†), Maria Paola Mittica, Lucio Monaco, Paolo Morozzo della Rocca, Paolo Pascucci, Elisabetta Righini

Redazione: Maria Luisa Biccari, Maria Morello, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur), Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303200

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Maggioli Spa - Santarcangelo di Romagna (RN)

Anno LXXXVII - 2020 Nuova Serie A - N. 71,3-4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

DALLA "*CULPA LATA*" ULPIANEA AL CONCETTO DI "COLPA GRAVE" DELLA LEGISLAZIONE CODICISTICA ATTUALE

(*a cura di* M.L. Biccari)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

PAGINA INTRODUTTIVA

Quello della responsabilità colposa e delle sue graduazioni è certamente un problema da sempre dibattuto nella scienza giuridica e che, con i suoi chiaroscuro, attraversa alla grande tutti i campi del diritto.

Forse, la principale causa di tale situazione è la mancanza di un terreno fertile e solido, in termini generali, in materia di colpa, su cui gioca in modo pesante l'intersecarsi del tema con i più vari ambiti del diritto, dovendosi o potendosi riscontrare in sede di illecito civile, come in sede di illecito amministrativo e di illecito penale. Troppi dubbi suscita ancora questo concetto, con la sua definizione, il suo contenuto, i suoi limiti, la sua applicazione. Perché il vero problema della colpa è la carenza di tipicità, perché i suoi contenuti devono essere di volta in volta forniti attraverso l'interpretazione giuridica, valutando di volta in volta alla luce di fattori diversi la gravità di certi atti e comportamenti.

E non è senza significato che tale problema la scienza giuridica se lo sia portato dietro nei secoli. Le fonti romane propongono varie diversificazioni della *culpa*, considerando in termini diversi l'atteggiamento psicologico dell'uomo dii fronte al proprio agire, e vanno dalle ipotesi di *culpa levissima* a quelle di *culpa lata*.

Ritornare col pensiero alle radici romane, settore per settore, significa non soltanto avere riprova della stabilità delle attuali posizioni e della tranquillante conferma di principi che possono ben dirsi fondamentali, ma anche ritrovare spunti di riflessione ulteriori.

Già anni or sono in ambito di diritto penale si è parlato dell'attuale società come di una "società del rischio" considerando i problemi di responsabilità in ordine, per esempio, all'attività d'impresa e di lavoro, all'attività medica, alla circolazione stradale, e si è assegnato un proprio ruolo alle "regole cautelari", che, in determinate situazioni e in previsione di un pericolo, suggeriscono il comportamento da tenere per fronteggiare lo stesso o, addirittura, per evitare che questo insorga. Ma c'è da chiedersi se non sia così per tutti i rami del diritto, se la vita di una società non comporti all'uomo accorto di dover valutare in anticipo quali saranno gli effetti di un proprio comportamento e regolarsi di conseguenza assumendone in proprio le

conseguenze. A questo, in fondo, ci richiama il *non intelligere quod omnes intellegunt* che è la definizione ulpianea della *culpa lata*. La previsione del danno che arreca all'altro un nostro illecito di diritto privato o un illecito penale è sicuramente da riprovare, ma in un civile consesso anche l'esporre l'altro a quel rischio diventa riprovevole, e allo stesso modo la mancanza di quella minima accortezza che ci fa comprendere il pericolo sotteso a certe nostre azioni per noi e per gli altri.

Di qui è derivata l'iniziativa di un percorso che indagasse la presenza e le modalità della *culpa lata* dal diritto romano all'oggi nei vari settori della scienza giuridica, ideato in forma seminariale da tenersi a intervalli regolari di tempo, una settimana, quindici giorni, col concorso degli studenti e degli ordini professionali secondo il calendario che si riporta:

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

PRIMO SEMINARIO DI STUDIO (progetto di Ricerca)
«Dalla *culpa lata* alla "colpa grave" della legislazione codicistica attuale»

Venerdì 28 febbraio 2020 ore 15.00
Aula Magna Italo Mancini - Via Matteotti, 1 – Urbino

Anna Maria Giomaro, Università degli Studi di Urbino
Breve rassegna della culpa lata *e della "colpa grave"*

Agli studenti verranno riconosciuti 0.25 CFU

Domenico Scalzo, Università degli Studi di Urbino
Per un'interpretazione filosofica del concetto di colpa

Gianni Santucci, Università degli Studi di Trento
Culpa: *i dati fondamentali*

Accreditato dall'Ordine degli Avvocati di Urbino per 3 CFU

Carlo Pelloso, Università degli Studi di Verona
Utilitas contrahentium *e* culpa lata

La Presidente della Scuola
Prof.ssa Maria Paola Mittica

Il Direttore del Dipartimento
Prof. Paolo Morozzo della Rocca

Il Ciclo di Seminari (completo)

1° SEMINARIO (28 febbraio 2020, ore 15): Radici romanistiche e meditazione filosofica
Anna Maria Giomaro, Università degli Studi di Urbino
Domenico Scalzo, Università degli Studi di Urbino
Gianni Santucci, Università degli Studi di Trento
Carlo Pelloso, Università degli Studi di Verona

2° SEMINARIO (6.3.2020, ore 15): Diritto penale **Maria Luisa Biccari**, Univ. degli Studi di Urbino **Gabriele Marra**, Univ. degli Studi di Urbino **Cecilia Ascani**, Univ. degli Studi di Urbino	***4° SEMINARIO (27.3.2020, ore 15): Diritto processuale*** **Anna Maria Giomaro**, Univ. degli Studi di Urbino **Stefania Pietrini**, Univ. degli Studi di Siena **Marco Cassiani**, Univ. degli Studi di Urbino **Maria Grazia Coppetta**, Univ. degli Studi di Urbino
3° SEMINARIO (13.3.2020, ore 15): Diritto intermedio e civile **Ulrico Agnati**, Univ. degli Studi di Urbino **Paola Lambrini**, Univ. degli Studi di Padova **Alessandro Semprini**, Univ. degli Studi di Milano Bicocca **Valeria Pierfelici**, Univ. degli Studi di Urbino **Edoardo Rossi**, Univ. degli Studi di Urbino	***5° SEMINARIO (23.4.2020, ore 15): Diritto amministrativo*** **Salvatore Puliatti**, Univ. degli Studi di Parma **Andrea Trisciuoglio**, Univ. Studi di Torino **Matteo Gnes**, Univ. degli Studi di Urbino
SESSIONE CONCLUSIVA (24 aprile 2020, ore 11) **Andrea Baldanza**, Vice Procuratore Generale presso la Procura della Corte dei conti del Lazio; Vice Capo di Gabinetto del MEF	

Le drammatiche vicende sanitarie che hanno scosso il mondo in questo anno 2020 ne hanno impedito la realizzazione fin dal primo programmato incontro. Se ne possono proporre tuttavia le tracce: abbiamo infatti chiesto ai Relatori – che vivamente ringrazio – di quei mancati seminari di riportare per iscritto le loro riflessioni, rimandando ad altri momenti le conseguenti imprescindibili discussioni.

Onde evitare qualche disequilibrio nei contenuti dei diversi settori, a causa di qualche intervento che è venuto meno o qualcuno aggiunto, si è preferito seguire nella pubblicazione un mero ordine alfabetico, che lascia modo a ciascuno di organizzare al meglio la propria lettura.

Urbino, 2 dicembre 2020 Anna Maria Giomaro

ULRICO AGNATI*

LA CULPA LATIOR *DI CELSO, LA* CULPA LATA *DEI GLOSSATORI E IL* DOLUS PRAESUMPTUS *DI BARTOLO DA SASSOFERRATO*

a Carlo Beduschi
tra Parma e Urbino

SOMMARIO: 1. Introduzione con *hápax*. Il frammento del giurista Celso (D. 16.3.32) – 2. L'*hápax* normalizzato dai Glossatori – 2.1. Azzone – 2.2. Viviano Toschi – 2.3. Accursio e la *Magna glossa* – 3. La valorizzazione dell'*hápax* nei *Commentaria* di Bartolo da Sassoferrato – 3.1. I *Commentaria* di Bartolo da Sassoferrato – 3.2. La *lectura* di Bartolo sulla *lex quod Nerva* (D. 16.3.32) – 3.3. La *repetitio* di Bartolo sulla *lex quod Nerva* (D. 16.3.32) – 4. Osservazioni conclusive

1. Introduzione con *hápax*. Il frammento del giurista Celso (D. 16.3.32)

La ricca eredità della giurisprudenza romana – selezionata, ritagliata e collocata nei *Digesta Iustiniani* – comprende un frammento (D. 16.3.32) di Giuvenzio Celso (P. Iuventius Celsus Titius Aufidius Hoenius Severianus), tratto dai suoi *Digesta* composti intorno al 130 d.C. Il testo celsino contiene un *hápax* di grande rilevanza per il tema della responsabilità: *culpa latior*.

> D. 16.3.32 (Cels. 11 *dig.*): Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

Il testo, che pone problemi di interpretazione[1], può essere tradotto come segue: «Ciò che diceva Nerva, che una colpa molto grave (*culpa latior*) è dolo, non trovava d'accordo Proculo, ma a me (Celso) sembra verissimo.

---

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

[1] C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1933, p. 43: «croce secolare degli interpreti»; M. BRETONE, *Note minime su Celsus filius*, in *Labeo* IX.3, 1963, pp. 331-345; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979; C. BEDUSCHI, *Le azioni da deposito*, Trento 1989.

Infatti, anche se qualcuno non è diligente al modo che la natura degli uomini richiede – a meno che si prenda cura della cosa depositata nel modo che gli è usuale – non manca di frode. E infatti non potrà adottare in buona fede per le cose depositate una minore diligenza che per le proprie».

La tradizione medievale indica questo frammento come *lex quod Nerva*; alcune riflessioni dei giuristi medievali, di grande rilevanza per la tradizione giuridica occidentale, sono oggetto del presente contributo[2].

L'*hápax culpa latior* apre ampi spazi alla rielaborazione successiva, della quale, in questa sede, analizzo due differenti sviluppi.

Il primo percorso mostra la normalizzazione progressiva dell'*hápax* (*infra* § 2): la *culpa latior* diviene *culpa lata*, la specifica responsabilità del depositario viene inglobata nella responsabilità del debitore in generale, la *diligentia quam in suis rebus* confluisce e si stempera nella diligenza media

[2] In merito ai profili palingenetici e alle proposte interpolazionistiche segnalo appena quanto segue. Pernice e Lenel, tra gli altri, ritengono che il frammento provenga dalla trattazione dedicata da Celso alla tutela e quindi l'inserimento nell'ambito del deposito e il correlato adattamento sia dovuto ai compilatori; vd. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), p. 142, nt. 91. G. Santucci, *Diligentia quam in suis*, Trento 2008, p. 71 ss. argomenta l'ipotesi che il modello di diligenza delineato in D. 16.3.32 possa riferirsi alla *fiducia*. Usualmente è considerata postclassica o frutto delle interpolazioni giustinianee la presenza nel testo del criterio della *diligentia quam in suis*. Pernice considera non celsina la porzione di testo *nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*, rilevando l'impiego della congiunzione *nisi*, stilema attribuito ai compilatori giustinianei. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano*, Catania 1996, p. 28 e p. 46 nt. 116, ritiene da espungere *nisi tamen … praestat* e la chiusura *nec enim … praestabit*. Per B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe der Berliner juristichen Fakultät für O. Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910*, II. *Privatrecht. Zivilprozessrecht*, Breslau 1910 (rist. Frankfurt a.M. 1969) p. 248, i compilatori sono intervenuti in modo non individuabile, ma nel testo vi è un nocciolo genuino; vd. anche M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, p. 510; II², München 1975, p. 356, ntt. 70-72 e C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, p. 171. Vd., inoltre, P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali*, in *SDHI* LVI, 1990, pp. 29-143; F. Mercogliano, *'Diligentia quam in suis' per i giuristi romani classici*, in *Index* XIX, 1991, p. 379 ss. (= Id., *Fundamenta*, Napoli 2007, p. 115 ss.); R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano 1995, p. 434; J.D. Harke, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, p. 128 ss.; L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, pref. di G. Negri, Milano 2006, p. 7 ss. e p. 99 ss.; A. Völkl, *Zur diligentia quam in suis des Verwahrers*, in *Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien 2006, p. 293 ss.; M. Varvaro, *«Latior culpa dolus est»*, in *Index* XXXV, 2007, pp. 233-239.

per cui dalla diligenza in concreto si passa alla diligenza misurata secondo un parametro astratto. In sostanza l'*hápax*, che riguarda *in primis* la locuzione, ma che coinvolge anche in parte il contenuto, viene quindi progressivamente normalizzato e standardizzato e la *Glossa* di Accursio riveste in questo processo evolutivo un ruolo centrale (*infra* § 2.3).

Il secondo percorso che intendo porre in rilievo riguarda, invece, la valorizzazione del medesimo *hápax* (*infra* § 3). Bartolo, in particolare, si applica in questa direzione, dando rilievo e centralità alla *culpa latior*, sebbene nominata soltanto una volta nelle fonti romane. A partire dunque da una base potenzialmente fragile e limitata, egli identifica un criterio di responsabilità che funge da gradino intermedio tra colpa e dolo in una costruzione complessa e dettagliata, che il giurista di Sassoferrato espone in una celebre *repetitio* (*infra* § 3.3). L'eredità romana, anche in questo caso, viene manipolata, esaltando la peculiarità al di là di quanto presente nella fonte.

2. L'*hápax* normalizzato dai Glossatori

2.1. Azzone

Il frammento celsino contenuto nei *Digesta Iustiniani* è trattato nella *Summa codicis* di Azzone († post 1229/1230?)[3]. Nell'affrontare i singoli isti-

[3] La *Summa codicis* prende spunto dal *Codex Iustinianus*, ma tratta del *Corpus Iuris*, riordinandone il materiale 'per problemi' connessi agli istituti e producendo una sorta di manuale per l'udienza di straordinario successo, comprovato anche dal numero di edizioni, di poco inferiore a quello della *Glossa* accursiana e dell'opera di Bartolo. Nel libro IV del *Codex Iustinianus*, libro dedicato ai rapporti contrattuali, il titolo riservato al deposito contiene appena dodici costituzioni imperiali. Da questo punto di partenza esiguo e disorganico, Azzone elabora una trattazione del deposito in cui rifonde il contenuto dei *Digesta*. La *Summa* supera perciò il semplice compendio, trattando il singolo tema con sistematicità e mirando alla completezza. Sull'ampio tema delle *summae* ci si limita a segnalare: *Summa Codicis des Irnerius*, ed. H. Fitting, Berlin 1894; E.M. Meijers, *Sommes, lectures et commentaires (1100 à 1250)*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Bologna e Roma, 17-27.04.1933) I, Pavia 1934, pp. 431-490 = *Études d'histoire du droit*, III, (publiées par les soins de R. Feenstra et H.F.W.D. Fischer), Leyde 1959, pp. 211-244; Jacobus de Ravanis, *Summa feudorum*, a c. di C. Pecorella, Milano 1959[2]; P. Weimar, *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrischts der Glossatorenzeit*, in *Ius commune* II, 1969, pp. 43-83; A. Gouron, *L'elaboration de la 'Summa Trecensis'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* VIII, Napoli 1985, pp. 3681-3696; L. Loschiavo, *Summa Codicis Berolinensis. Studio ed edizione di una composizione a mosaico* (Ius Commune 89), Frankfurt am Main 1996. Su Azzone: E. Conte, L. Loschiavo, *Azzone*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XI-*

tuti Azzone si distacca dal *Codex* in quanto a sequenza dei problemi, come mostra anche la sezione pertinente il deposito, suddivisa in 42 punti, diversi dei quali articolati in sotto-problemi. L'istituto del deposito è trattato nella prospettiva dell'azione (non del contratto) senza aderire neppure alla successione di temi che si ritrova nei *Digesta*. Azzone risponde, infatti, alle esigenze concrete del suo tempo e mira a organizzare in un discorso unitario le varie glosse. Il tema della responsabilità nel rapporto di deposito è svolto nei paragrafi (o numeri) da 25 a 31, considerando i criteri di imputazione che rilevano, le *species* della *culpa*, il caso fortuito[4]. La *lex quod Nerva* viene trattata specificamente nei paragrafi 25-27[5], nella parte iniziale della sezione pertinente la responsabilità:

> 25. Venit autem in actionem istam dolus tantum, ut ff. eo. l. I § si quis in fi. (D. 16.3.1.40)[6]. Subaudi et lata *culpa*, quam latam *culpa*m, vel latiorem Nerva dixit dolum esse; quod sic intelligo id est dolum praesumi, ut ff.

I-XX secolo) I, Bologna 2013, pp. 137-139.

[4] Egli esamina cosa sia il deposito e come si perfezioni, quando si possa esperire l'*actio depositi*, in qual caso si ritenga che il deponente acconsenta tacitamente a che il depositario usi la *res deposita*, l'origine del nome 'deposito' e quali *res* possano essere oggetto del deposito (§ 1-5). Analizza poi il sequestro (§ 6-8). Segue la disamina dei legittimati ad agire con l'*actio depositi* (§ 9), con riferimento al *fur* e al *praedo* (§ 10-12) e ad altre ipotesi particolari (§ 13-19), oltre a quella dell'eventualità che il depositario opponga la compensazione al deponente (§ 15). Dopo aver detto dell'azione utile di deposito (§ 20) Azzone tratta dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere con l'*actio depositi*, prendendo in considerazione tra l'altro il *pupillus*, il *filius familias*, il *servus*, l'erede del depositario (§ 21-22). Segue il tema della responsabilità (§§ 25-31) e vengono anche esaminate alcune situazioni particolari; Azzone tratta anche dell'*actio depositi in duplum* (§ 36) e, infine, dell'*actio depositi contraria* (§ 42). Per approfondimenti rimando a U. Agnati, *Responsabilità del depositario e del debitore. D. 16.3.32 (lex quod Nerva) nelle interpretazioni di Azzone e Accursio*, in *SDHI* LXXV, 2009, pp. 322-356, ricerca alla quale mi rifaccio in questa sede.

[5] L'edizione trascritta è *Summa Azonis, locuples iuris ciuilis thesaurus. Hactenus deprauatissima, nunc autem iugi sedulitate & exquisito studio d. Henrici Dresij ll. licentiati, in octies mille, & amplius loci, ex fide emendata ... Accessere insuper eiusdem Azonis quaestiones, quae Brocardicae appellantur, a doctissimis diu desideratae, & tenebris iam erutae, nunc primum in lucem editae ...,* Venetiis, apud Gasparem Bindonum, 1584, coll. 383-384.

[6] D. 16.3.1.40 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem an et pondus complecti debeat? Et magis est, ut utrumque complectatur, scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo et materiam et pondus addendo. Sed et si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adiciendum salvo eo, ut, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur*.

mand. l. si fideiussor I responso (D. 17.1.29 pr.)[7]. 26. Nec enim vere potest dici quod lata *culpa* sit dolus cum et in eadem lege dicatur ipsam prope dolum esse et alibi dicatur eam dolo comparari, ut ff. si mensor fal. mo. di. l. prima § lata (D. 11.6.1.1)[8]. Si enim similis est dolo ergo impossibile est eam dolum esse. Nam et Aristoteles ait 'nihil est id, cui ipsum sit simile'. Alibi dicitur quod lata *culpa* in doli crimen cadit, quod cum praedicta determinatione est intelligendum, ut ff. de actio et obliga. l. I § is quoque (D. 44.7.1.5)[9]. Alibi dicitur quod *culpa* dolo proxima dolum repraesentat, ut ff. si quis testamento liber esse ius. l. I § non autem (D. 47.4.1.2)[10]. Alibi dicitur quod magna negligentia sit dolus, ut ff. de verborum signi. l. magna (D. 50.16.226)[11]. Et illud eodem modo expono, ut diximus: nam si vere esset dolus ergo veniret in legem Corneliam, quod lex negat, ut ff.

---

[7] D. 17.1.29pr. (Ulp. 7 *disp.*): *Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.*

[8] D. 11.6.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire.*

[9] D. 44.7.1.5 (Gai. 2 *aur.*): *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. Magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere.*

[10] D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiter dederit. Habet itaque certum finem ista actio, ut et dolo fecerit iste et post mortem domini et ante aditam hereditatem. Ceterum si sine dolo, aut dolo quidem, verum vivo domino, non tenebitur hac actione: quin immo et si post mortem post aditam hereditatem, cessabit actio: nam ubi adita hereditas est, iam quasi liber conveniri potest.*

[11] D. 50.16.226 (Paul. 1 *manual.*): *Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.*

ad leg. Cornel. de sica. l. in lege (D. 48.8.7)[12]. Comparatur ergo dolo lata *culpa*, quia si in pecuniaria causa aliquis teneatur mihi de dolo tenebitur et de lata *culpa*; et eius ponitur unum exemplum, ut si non intelligat aliquis, quod omnes intelligunt, ut ff. de verbo. significatio. l. latae *culpa*e (D. 50.16.223pr.)[13]. Et quilibet multa exempla potest assignare ex ingenio suo. Nam et si depositarius, vel sequester hominem apud se depositum, ut quaestio haberetur de eo, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum, solverit misericordia ductus, dolo proximum est, quod factum est: quia cum sciret cui rei praestaretur intempestive misericordiam exercuit, ut ff. eod. l. si hominem (D. 16.3.7pr.)[14]. 27. Praesumitur autem lata *culpa* dolus circa depositarium, quia licet non sit adeo diligens ut natura desiderat vel ut homines consueverunt esse diligentes, si tamen curam in deposito non praestet ad modum suum, id est, quem observat in rebus suis propriis, fraude non caret; nec enim salva fide minorem depositis rebus diligentiam praestabit quam suis. Abesse enim praesumitur bona fides, cum res suas habet salvas et res depositae non apparent, ut infra eodem l. quod Nerva et infra locati. l. I (D. 19.2.1)[15]. Exemplum pone si res suas reponebat in arca bene clausa, res autem depositas relinquebat in domo super bancas[16].

La discussione si apre enunciando l'ampliamento della responsabilità per dolo del depositario, allegando la *lex quod Nerva*. Azzone parla così di responsabilità anche per colpa grave (*lata*) e molto grave (*latior*), unificandole preliminarmente e *de plano* entro la categoria della *culpa lata*[17].

---

[12] D. 48.8.7 (Paul. *l. s. de publ. iudic.*): *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.*

[13] D. 50.16.223pr. (Paul. 2 *sent.*): *Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.*

[14] D. 16.3.7pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si hominem apud se depositum ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

[15] D. 19.2.1 (Paul. 34 *ad ed.*): *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*

[16] Nella seconda parte qui non riportata il § 27 contiene anche riflessioni in merito alla *culpa levissima*, al caso fortuito etc.

[17] La *culpa* per i Glossatori presenta tre *species*, *culpa lata*, *levis* e *levissima*. M. Tala-

Azzone critica l'identità tra dolo e *culpa lata* e, mediante un'interpretazione evolutiva, o correttiva[18], basata su una visione delle *leges* nel loro complesso, sostiene che nella *lex quod Nerva* la *culpa lata* si presume dolo.

Il *dictum* della *lex quod Nerva* afferma *dolum esse* – riferito dai glossatori alla *culpa lata* (si ricordi che la *culpa latior* è un *hápax*) – e contraddice altri testi di legge (*alibi*) nei quali si legge *dolo aequiparatur*. Azzone allora argomenta facendo leva su principi logici di ascendenza aristotelica e sostiene che, se negli stessi *libri legales* troviamo che la *culpa lata* è 'vicina' o 'equiparata' al dolo, tale *culpa* non potrà essere dolo, dal momento che non potrà essere uguale a ciò che è simile[19]. Questo è un approccio corrente: contestualmente all'identificazione della *culpa latior* con la *culpa lata* si dà maggior peso alle affermazioni, assai più numerose e sistematicamente meglio gestibili, della equiparabilità della *culpa lata* al dolo, isolando e togliendo rilievo all'identità colpa-dolo asserita nella *lex quod Nerva*[20].

Sia Azzone che la *Glossa* accursiana trattano la *lex quod Nerva* come un passo da normalizzare; e la soluzione comune consiste nel (a.) ridurre la *culpa latior* a *culpa lata*, (b.) ridurre l'identificazione di *culpa latior* e dolo ad un'equiparazione tra *culpa lata* e dolo.

MANCA, s.v. *Colpa. Colpa civile a) Diritto romano e intermedio*, in *ED* 7, 1960, p. 524: «Con Azzone la tripartizione della *culpa* è pienamente e costantemente applicata [...] ed essa è accolta dalla *Glossa* ordinaria». Vd. anche D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei Glossatori. Saggi*, Milano 1957; M. BELLOMO, s.v. *Diligenza b) Diritto intermedio*, in *ED* 12, 1964, p. 528 ss.; G. DOLEZALEK, *Tractatus de diligentia et dolo et culpa et fortuito casu. Eine Abhandlung über die Haftung für Beschädigung oder den Untergang von Sachen aus dem zwölften Jahrhundert* in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing zum 70. Geburstag*, in *Ius commune* 17, 1982, pp. 87-121; I. BIROCCHI, U. PETRONIO, s.v. *Responsabilità contrattuale b) Diritto intermedio*, in *ED* 49, 1995, p. 1064 s.

[18] Approccio condiviso, espresso *apertis verbis* nella gl. *interpretatione, ad l. sive ingenua I, ad sen. Tertull.* (D. 38.18.1): *Interpretor, idest corrigo [...] item verbum apertius exprimo [...] item arrogo, item prorogo, sed econtra corrigo id est addo*. Vd. *amplius* V. CRESCENZI, *Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei glossatori bolognesi: 'interpretari', 'interpretatio'*, in *Vocabulaire des écoles et des méthodes d'enseignement au moyen âge* (Actes du colloque, Rome 21-22 oct. 1989), ed. O. Weijers, Turnhout 1992, pp. 112-129; vd. anche *infra* § 4 nt. 62.

[19] Azzone cita D. 11.6.1.1, ma i passi avrebbero potuto essere più numerosi, come mostra la *Glossa* accursiana.

[20] Vd. anche Odofredo, che nella gl. *dolum esse* a *l. quod Nerva* afferma: *id est dolo comparari, ut supra si mensor falsum modum dixerit l. I § lata* (D. 11.6.1.1). *Unde ubi quis de dolo tenetur et de lata culpa ut hic: ex quibus apparet latam culpam non esse dolum, quia nemo est id ipsum quod est ei simile* (ODOFREDUS, *Lectura super Digesto Veteri* II, Lugduni 1552 (rist. anast. Bologna 1968, p. 81).

Azzone passa quindi a trattare delle ipotesi di equiparazione della *culpa lata* al dolo, da intendersi come dolo presunto[21], osservando che se tale *culpa* fosse veramente dolo anche la *lex Cornelia* ne dovrebbe tenere conto, ciò che non accade per espressa disposizione legislativa[22]. L'equiparazione è possibile invece *in pecuniaria causa*.

L'intento pratico dell'equiparazione tra colpa grave e dolo emerge nel prosieguo: rendere perseguibili i casi configuranti una colpa/negligenza così grave da non poterli lasciare senza sanzione. Per addurre un esempio di negligenza di tale gravità Azzone menziona la *magna neglegentia* di chi si comporta come chi non tiene conto di ciò di cui tutti tengono conto. Un altro esempio riportato è quello del depositario o sequestratario che, impietositosi, libera lo schiavo affidatogli in vista di un interrogatorio nel quale si procederà, come di regola, con la tortura; egli propriamente non vuole danneggiare il deponente, però è consapevole di venir meno all'impegno assunto.

Azzone torna direttamente a considerare la *lex quod Nerva* nel § 27, parafrasando a suo modo il testo celsino, lasciando spazio a una valutazione della responsabilità in concreto, che può essere meno rigorosa della valutazione misurata sulla *natura hominum*. La diligenza a proprio modo, quella che si riserva alle cose proprie (*diligentia quam suis*[23]), vale come scusante

---

[21] Si rileva la novità della categoria dogmatica del dolo presunto, accolta poi nella *Glossa*; vd. M. Talamanca, s.v. *Colpa* cit., p. 527; L. Maganzani, *La «diligentia quam suis»* cit., p. 24 ss.; J.A. Obarrio Moreno, *La responsabilidad del depositario y su recepciòn en las fuentes y en la doctrina medieval*, in *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno. IV congreso internacional y VII congreso iberoamericano de derecho romano*, coord. A. Murillo Villar, Burgos 2001, pp. 591-602.

[22] Azzone rimanda al differente ambito criminale, citando la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, dell'81 a.C., che persegue l'omicidio e la predisposizione di mezzi idonei a tal fine. La *quaestio* giudica tenendo come criterio di imputazione della responsabilità il dolo manifesto, e la gravità delle conseguenze della condanna giustifica l'assunzione di tale criterio, che comporta la necessità di allegare prove più solide e incontrovertibili che non per il dolo presunto. La *lex* richiamata da Azzone (D. 48.8.7) asserisce tra l'altro: *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.*

[23] La *diligentia quam in suis rebus adhibire solet debitor*, la mancata adibizione della quale configura la *culpa in concreto* (secondo un'espressione in uso già nella scuola dei Culti; vd. H.J. Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlassigkeit in der Rechtsgeschichte: Unter besonderer Berucksichtigung der culpa levissima*, Berlin 1968, p. 91), è il criterio che misura la responsabilità del debitore sul metro del modo nel quale egli stesso si prende cura dei propri beni ed interessi. Si contrappone usualmente, nelle fonti romane, ad un modello astratto e medio, quello della *diligentia (diligentis) patris familias*; questo modello astratto, in D. 16.3.32,

per il depositario che sia diligente meno della media o delle attese degli uomini; viceversa è la disparità nel trattare le proprie cose e quelle ricevute in deposito che fa sorgere la presunzione di dolo[24]. Quindi, nel deposito, varrà la regola dell'equiparazione della colpa *lata* al dolo, salvo che il depositario sia altrettanto negligente verso le cose proprie[25].

La trattazione che segue nella *Summa codicis* in merito alla responsabilità del depositario non riporta ulteriori richiami alla *lex quod Nerva* e Azzone passa a considerare le altre gradazioni della *culpa*.

è rappresentato dal comportamento la cui osservanza è richiesta dalla *natura hominum*. Il criterio della *diligentia quam suis* trova applicazione soltanto nell'ambito della responsabilità contrattuale; vd. C.A. Cannata, *Sul problema* cit., p. 6.

[24] Così la mancata adibizione della *diligentia quam suis* può divenire per il depositario il contenuto del criterio di imputazione; vd. quanto Azzone scrive trattando di *bona fides* e della responsabilità del *socius* a confronto con quella del *depositarius* nel titolo *pro socio* della *Summa super Codicem*: *In depositario autem non spectatur praeteriti temporis consuetudo, sed praesentis quod est post depositionem ut ad minus adeo sit diligens in depositis ut in suis, ut diximus supra depositi*. Vd. L. Maganzani, *La «diligentia quam suis»* cit., pp. 22-23.

[25] Considera la *lex quod Nerva* e vi legge la *culpa lata* come mancanza di diligenza ordinaria, ma non elimina la funzione di esimente della *diligentia quam suis* François Douaren (Franciscus Duarenus, 1509-1559) nel contesto del commento che dedica alla *lex si mora* del titolo *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur* (D. 24.3.9): «*Dicitur autem culpa quaedam lata esse, alia levis, alia levissima, de quibus tractatum est a nobis fusius in commentario de in litem iurando. Culpa lata dicitur, ut crassius aliquanto, sed apertius rem explanemus, cum quis non ad eum modum, quem communis hominum natura desiderat, diligens est. d.l. Quod Nerva. Et in eo peccat atque errat quod omnes homines vulgo intelligunt l. latae de verbor. signific.* (D. 50.16.223pr.) *ut si quis rem ideo amiserit, quod nocturno tempore eam dimiserit in via publica, et causetur, se non putasse quenquam ablaturum esse. Haec enim culpa, licet machinatio non sit, fraudandi, decipiendique alterius causa adhibita ideoque a dolo distingui soleat l. I. de dolo malo* (D. 4.3.1). *Tamen adeo dissoluta ac intolerabilis est ut merito comparetur dolo malo, et aeque ac dolus malus praestetur. Et quia a communi hominum natura abhorret, vix creditur fraude, et malo animo carere, qui huius culpae arguitur. Sed si appareat ex conjecturis dolum malum abesse, ut, exempli gratia si forte nihilo diligentior esse soleat in suis rebus, etc. quamlibet lata negligentia pro dolo non habebitur. d.l. Quod Nerva*». (*Francisci Duareni ... Opera omnia diligenter emendata & aucta opportunis notis. Volumen primum*, Lucae, typis Josephi Rocchii, 1765, 506-507). L. Maganzani, *La «diligentia quam suis»* cit., p. 56 s. scrive al riguardo: «La terza corrente di pensiero [tra le interpretazioni della *lex quod Nerva* fornite dai giuristi culti] risale ad un'originale intuizione di Francesco Duareno, che si distacca talmente dalla comune linea interpretativa da rimanere, salvo poche eccezioni, ignorata: nel commento a [...] D. 24.3.9, Duareno adotta una definizione unitaria di *culpa lata* che richiama sia la *lex latae* che la *lex quod Nerva*».

2.2. Viviano Toschi

ll *casus*, l'esempio pratico formulato per chiarire la norma, riportato nella *Magna glossa* è attribuito a Vivianus Toscus[26] e dice:

> Si deposui apud te rem meam, et eam per latam *culpa*m dimisisti extra clausuram tuam: dicit Nerva hanc latam *culpa*m esse dolum: quod negat Proculus. Celsus non consentit, dicens, quod non caret fraude, qui rem apud se depositam non custodit sicut suam, vel quemadmodum quilibet diligens rem suam custodiret, quia non minor diligentia adhibenda est in re deposita quam propria. Tunc enim negligentia dolo comparatur: quia non caret fraude qui est minus diligens in rebus alienis quam in suis: sive ultra communem modum sit diligens in suis et non alienis, sive e contra: et sic utroque modo hic ponitur casus. Vivia(nus Toscus).

Si può tradurre come segue: «Poniamo il caso che io ti abbia dato in deposito un mio oggetto e che tu, per colpa grave, lo abbia lasciato fuori casa. Nerva dice che questa colpa grave è dolo; Proculo dice di no. Celso non è d'accordo dicendo che non manca di frode chi non custodisce la cosa ricevuta in deposito come custodisce la cosa propria, o nel modo in cui ogni persona diligente avrebbe custodito la propria cosa, perché non si deve impiegare verso la cosa depositata una diligenza inferiore rispetto a quella riservata alla cosa propria. Allora infatti la negligenza si compara al dolo: perché non manca di frode chi è meno diligente nelle cose altrui che nelle proprie, sia che egli applichi alle cose proprie una diligenza superiore alla media e non la applichi alle cose altrui, sia viceversa. E così in entrambi i modi qui si pone il caso».

Il *casus* presenta la piena coincidenza tra *culpa latior* e *culpa lata*; la prima scompare sostituita dalla seconda, coerentemente con l'approccio complessivo dei Glossatori che considera rilevanti soltanto tre *species* della *culpa*: *lata*, *levis* e *levissima*.

Viviano trae dalla mancata applicazione della *diligentia quam suis* alla *res deposita* la presunzione che motiva l'equiparazione tra la *neglegentia* (*lata culpa*) e il dolo. La disparità di trattamento tra le proprie cose e quelle

---

[26] Su Viviano Toschi, attivo tra il 1228 e il 1259, vd. G. Rossi, *Glossatori*, in *NNDI* 7, Torino 1961, p. 1140 nt. 8. Per il *casus* e per il testo della *Glossa* si prende come riferimento *Corpus Iuris Civilis prudentum responsa Caesarumque rescripta complectens…*, Lugduni (Compagnie des Libraires de Lyon) 1600, coll. 1340-1341.

ricevute in deposito dà luogo alla presunzione che non manchi *fraus* in due ipotesi: (a.) se il depositario è più diligente di quanto avviene normalmente; (b.) se il depositario è meno diligente di quanto avviene normalmente.

In sostanza, pur non mancando il richiamo ad un modello astratto di diligenza – *quemadmodum quilibet diligens rem suam custodiret* –, è dato rilievo all'aspetto concreto della condotta, all'eventuale differenza (che fa presumere il dolo) tra comportamento tenuto verso i propri beni e verso le *res depositae*. Si può concludere che Viviano Toschi rispecchi una posizione riconducibile più ad Azzone che non ad Accursio, nonostante il suo *casus* sia allegato alla *Glossa* accursiana – e questa allegazione è spia di stratificazioni e della pluralità di apporti nella *Glossa*.

Nell'itinerario registriamo perciò la normalizzazione dell'*hápax culpa latior*, ma la persistente rilevanza della diligenza in concreto per valutare la responsabilità del depositario.

2.3. Accursio e la *Magna glossa*

Leggendo la *Glossa* accursiana[27] si colgono le difficoltà incontrate dai

[27] In mancanza di un'edizione critica delle glosse preaccursiane e della *Glossa* accursiana, come pure di un confronto sistematico con le *Summae* e le altre opere di Glossatori precedenti e contemporanei, è in qualche misura aleatoria ogni affermazione sulla paternità di Accursio di determinate soluzioni. Nel caso della *lex quod Nerva* è riscontrabile una differenza tra le interpretazioni di Azzone e Accursio; è dunque possibile affermare che Accursio, formulando o accogliendo nella *Glossa* tale soluzione, opera una scelta originale rispetto al maestro. Le *subscriptiones* delle singole glosse alla *lex quod Nerva*, di contro, non possono essere di per sé addotte come 'segnale di paternità' accursiana dei contenuti delle stesse. Il valore della sigla Ac. a chiusura di una glossa è relativo; Savigny segnalava che la presenza della sigla si deve al fatto che Accursio ne era semplicemente il collettore. Torelli, nell'edizione critica da lui curata della *Glossa* al I libro delle *Institutiones*, ha apposto la sigla Ac. a tutte le glosse; scriveva, inoltre: «questa sigla, purtroppo, apposta o tralasciata a capriccio, non ha pressoché mai un valore per attribuire proprio ad Accursio la paternità d'una glossa – non ne ho io trovate molte, in un manoscritto Parigino (n.a. 2122), siglate col nome di Giustiniano imperatore? – né d'altra parte ci aiuterebbe nel frequentissimo caso di aggiunte intercalate in una glossa preesistente. Tuttavia proprio quelle anonime contaminazioni ebbero [...] l'onore della stampa» (P. Torelli, *La Codificazione e la Glossa: questioni e propositi*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)* I, Pavia 1934 (= Id., *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano 1959, p. 275). Vd. anche G. Astuti, *La Glossa accursiana*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. Diurni, Napoli 1984, p. 307 ss.; S. Caprioli, *Satura lanx 10. Sigle e strati. Nota sugli usi aggiuntivi di una edizione*, in *Studi Medievali* XIX.2, 1978, pp. 763-768; P. Peruzzi, *Pietro Torelli edito-*

Glossatori e gli adattamenti del senso della *lex quod Nerva* da loro operati. Accursio accoglie l'equiparazione tra *culpa latior* e *culpa lata*, cancellando la prima e rimpiazzandola con la seconda, seguendo la linea di Azzone e di Viviano Toschi. Tuttavia Accursio, pur facendo tesoro di quanto precede, non si uniforma alla posizione del suo maestro Azzone, tutt'altro[28]. Accur-

---

re e la Glossa di Accursio, in *La Cultura* II, 1982, pp. 366-389; G. Diurni, *La Glossa Accursiana: stato della questione*, in *El dret comú i Catalunya. Actes del Ier Simposi Internacional* (Barcelona, 24.26.5.1990), ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona 1991, p. 82: «non sono significanti i tratti attributivi e di paternità, vera o presunta in base alle sigle, delle singole glosse e degli apparati e delle serie continue di glosse». Vd. anche *Glosse preaccursiane alle istituzioni. Strato azzoniano, Libro secondo*, a cura di S. Caprioli, V. Crescenzi, G. Diurni, P. Mari, P. Peruzzi, Roma 2004, con segnalazioni bibliografiche nell'Avvertenza. Su Accursio: G. Morelli, *Accursio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)* I, Bologna 2013, pp. 6-9.

[28] Accursio adotta con regolarità le impostazioni dei problemi e le soluzioni sostenute dal suo maestro Azzone. Nel caso dell'interpretazione della *lex quod Nerva*, però, le letture proposte dai due giuristi non mancano di differenze e rappresentano due modalità alternative di misurare la responsabilità del debitore. Ha scritto G. Astuti, *La 'Glossa'* cit., p. 321: «L'unica osservazione su cui mi sembra non possa esservi dubbio, concerne la particolare influenza dell'opera e del pensiero del suo maestro, Azzone, evidente anche ad un sommario esame della *Glossa* accursiana, in ogni sua parte». Astuti non manca di segnalare sporadiche e puntuali divergenze tra Accursio e Azzone, pur affermando l'adesione della *Glossa* ordinaria nella maggior parte dei casi al pensiero della scuola bulgariana dominante, cui appartengono Giovanni Bassiano e Azzone, maestri di Accursio (G. Astuti, *La 'Glossa'* cit., p. 335 nt. 36). La costante rilevata dagli studiosi è dunque quella di una forte coincidenza tra quanto sostenuto da Azzone e da Accursio. Tra i vari esempi, si può addurre un caso specifico approfondito da P. Stein, *Regulae iuris*, Edinburgh 1966, p. 146, il quale ha affermato: «The gloss to D. 50.17 was basically an amalgamation of the apparatus of Johannes Bassianus and that of Azo». Continuità tra Giovanni Bassiano, Azzone e Accursio, pur con lievi differenze, viene rilevata sul tema dell'*arbor actionum* da A. Errera, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologna 1995, in part. pp. 279-363. È utile ricordare alcuni risultati conseguiti A. Padovani, *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano 1983, p. 91, che riconosce «la glossa accursiana largamente influenzata, qui come altrove, dal precedente azzoniano»; tuttavia osserva che «la dottrina che Accursio enuncia in tema di sostituzioni risente in eguale misura dell'influenza di Azzone, come dello sforzo prolungato di superarne le conclusioni attraverso una indagine personale» (*Ivi,* pp. 102-103). Per un'evoluzione che differenzia Azzone e Accursio vd. anche R. Fiori, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, pref. L. Capogrossi Colognesi, Napoli 2003, p. 191 ss. Ha scritto F. Mancuso, *La teorica della simulazione nell'esperienza dei Glossatori. Da Irnerio ad Accursio e da Graziano a Giovanni Teutonico*, Bologna 2004, p. 87, che ad Azzone «va riconosciuto il ruolo di creatore di quell'imponente scheletro attorno al quale il suo discepolo Accursio costruì la cosiddetta Magna *Glossa*: gli apparati azzoniani, infatti, costituiscono senza dubbio il tessuto che Accursio rifinì, ampliò, modificò e corresse per farne l'opera che tutti conosciamo».

sio si spinge oltre, incidendo anche sul parametro di diligenza in base al quale è chiamato a rispondere il depositario, parte contrattuale che viene di fatto assorbita nella più generale e aspecifica figura del debitore. Proprio per questa 'sostituzione' del debitore al depositario Accursio muove verso una valutazione differente della responsabilità del depositario, che egli confronta con la diligenza comune (parametro astratto) facendo prevalere quest'ultima sulla *diligentia quam in suis*.

La glossa iniziale[29] attesta l'adesione al *dictum* di Nerva, ma, come si confermerà valutando le glosse successive, tale adesione si riferisce all'interpretazione creativa che i glossatori adottano riguardo al frammento celsino, in quanto l'identificazione di *culpa latior* e *dolus* è sostituita dall'equiparazione tra *culpa lata* e dolo, con il superamento del dato testuale. Infatti la gl. *Latiorem* esplicita: *id est latam, cuius finis est non intelligere quod omnes intelligunt, ut infra de verbo. sign. late* (D. 50.16.223pr.[30]).

Le parole *culpa latior* sono spiegate con *culpa lata*, assorbendo e annullando nella *culpa lata* l'*hápax* della *culpa latior*, come già visto in Azzone, a conferma della sostituzione delle glosse al *textus*. Bartolo criticherà puntualmente questa scelta[31].

La glossa *dolum esse*[32] enuncia in apertura una sorta di regola: se qualcuno è tenuto per dolo lo sarà anche per colpa grave. Prosegue sostenendo che, nonostante questa regola che li accomuna, i due criteri di imputazione si differenziano, dal momento che il dolo presenta un profilo volontario mentre la colpa grave è connotata dalla mancanza di diligenza. A queste osservazioni seguono le allegazioni in contrasto con la lettera della *lex quod Nerva* e un'argomentazione più legata alla logica, con il richiamo ad Aristotele. Ciò per operare un'altra sostanziale rettifica della lettera del frammento romano: 'essere dolo' viene considerato 'essere equiparato al dolo'. Il problema dei Glossatori è conciliare la lettera del frammento celsino con

---

[29] *Dicit. et bene. Accursius.*

[30] D. 50.16.223pr. (Paul. 2 *sent.*): *Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.*

[31] Vd. *infra* § 3 e U. Agnati, *Il Commento di Bartolo da Sassoferrato alla Lex quod Nerva (D. 16, 3, 32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino 2004, p. 131 ss.

[32] Gl. *dolum esse. id est dolo comparari: ut est, ubi quis de dolo tenetur, ibidem teneatur et de lata culpa. Non autem est idem, cum dolus sit ex fraude, et lata culpa ex fatuitate. Praeterea dicitur similis esse, ut infra si quis testamento liber esse iussus l. 1 § secundo* (D. 47.4.1.2) *et infra ad Trebellia. l. mulier § si heres* (D. 36.1.23.2-3) *et supra si men. fal. mo. di. l. 1 § penulti.* (D. 11.6.1). *Ergo non est idem, cum dicat Aristoteles: nihil est idem cui id ipsum simile est.*

altri testi romani richiamati (D. 47.4.1.2, 36.1.23.2-3, 11.6.1[33]), che sostengono la somiglianza e l'equiparabilità di colpa grave e dolo. E, applicando il principio aristotelico, la glossa afferma che non possono tra loro essere identiche cose simili e dunque corregge il testo della *lex quod Nerva*. Anche questo passaggio corrisponde a quanto si legge nella *Summa codicis* di Azzone[34].

---

[33] D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiterqualiter dederit. Habet itaque certum finem ista actio, ut et dolo fecerit iste et post mortem domini et ante aditam hereditatem. Ceterum si sine dolo, aut dolo quidem, verum vivo domino, non tenebitur hac actione: quin immo et si post mortem post aditam hereditatem, cessabit actio: nam ubi adita hereditas est, iam quasi liber conveniri potest.*

D. 36.1.23.2-3 (Ulp. 5 *disp.*): *Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fidei commissum sit, deducta quarta restituet: fructus enim qui percepti sunt neglegentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub condicione vel in diem rogatus fuerit: tunc enim quod percipitur summovet falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta facit et quartae fructus: nam fructus, qui medio tempore percepti sunt, ex iudicio testantis percepti videntur. Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet: culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est. Et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia, huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem. Praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. Sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. Quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.*

D. 11.6.1.1-2 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire. Is autem tenetur hac actione qui renuntiavit: sed renuntiasse et eum accipere debemus, qui per alium renuntiavit.*

[34] La *Glossa*, Azzone e Bartolo si riferiscono ad Aristotele e al medesimo principio logico; tuttavia Azzone e Accursio lo impiegano per inglobare la *culpa latior* nella *culpa lata*, mentre Bartolo per sostenere la differenza tra *culpa lata* e *culpa latior*. Scrive Bartolo nella *repetitio* sulla *lex quod Nerva*: *Opponitur: nullum simile est idem, secundum Philosophum, et probatur supra, de legibus, lex non possunt* (D. 1, 3, 12) *et C. de episcopis et clericis, lex ad similitudinem* (C. 1, 3, 21) *et de codicillis, lex si idem* (C. 6, 36, 7). *Sed lex dicit quod lata culpa dolo assimulatur, ergo non est idem, ut supra, si mensor falsum modum dixerit, lex I* (D. 11, 6, 1) *et infra, si quis testamento liber esse iussus fuerit, lex I § II* (D. 47, 4, 1, 2), *et infra, ad Trebellianum, lex mulier § si heres* (D. 36, 1, 23, 2). *Si assimulatur dolo ergo non est idem quod*

La glossa *nam et si quis*[35] prospetta due differenti logiche che possono fare ipotizzare un dibattito del quale Accursio, che ha la sua soluzione da sostenere, lascia percepire solamente un'eco. La prima sezione va dal principio a *in deposito*, e rispetta il dettato del frammento celsino, seguendo un'impostazione che coincide sostanzialmente con quella di Azzone; vi si afferma che il depositario meno diligente dell'ordinario si presume in frode, ma non risponde per inadempimento se applica la *diligentia quam suis* alle *res depositae* – e dunque la *diligentia quam suis* funge da esimente.

La seconda sezione, che va da *sed quid* alla fine, si inquadra nella prospettiva di Accursio e contraddice quanto sostenuto nella prima sezione. Il caso sul quale ci si interroga è il medesimo – è soltanto invertita nell'esposizione la successione delle due *diligentiae* – e considera l'applicazione di una *diligentia quam suis* inferiore alla diligenza ordinaria, richiesta dalla natura degli uomini. La soluzione di Accursio è ritenere responsabile anche chi applica la *diligentia quam suis* alle cose depositate, nel caso tale *diligentia* sia

---

dolus, sed textus hoc dicit, ergo male. Solutio. Dicit glossa: expone hanc "latiorem culpam" "id est latam", et quod dicit "dolum esse" expone "id est dolo comparari"; sicut enim operae diversorum hominum saepe propter omnimodam similitudinem [quam] habere videntur dicuntur eadem - argumentum infra, de duobus reis, lex nemo est qui nesciat (D. 45, 2, 5) *- ita hic propter omnimodam similitudinem lata culpa dicitur esse dolus, tamen vere et proprie non est idem*. Bartolo, mediante il principio aristotelico, sostiene la lettera della *lex quod Nerva* e la differenza tra *culpa latior* – che è appunto dolo – e *culpa lata*, che è invece soltanto equiparata al dolo. Vd. U. Agnati, *Il commento* cit., p. 76 e p. 137 ss.; A. Errera, *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo: il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano 2003; Id., *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino 2006; A. Padovani, *Modernità degli antichi: breviario di argomentazione forense*, Bologna 2006.

[35] Gl. *nam et si quis. Quasi dicat et si forte aliquis non sit ita diligens sicut homines solent esse, fraude non caret: nisi ad suum modum, quem scilicet tenet in rebus suis, curam praestet in deposito. Sed quid si tantum praestet in deposito quantum in rebus suis: sed in suis non tantum quantum natura hominum desiderat? Respon. tenetur: quia est lata culpa, ut infra soluto ma. l. si constante § si maritus* (D. 24.3.24.5). *Accursius*.

Le diverse edizioni della *Glossa* presentano nelle righe appena citate la variante *fraude non caret* e *fraude caret* (questa seconda si veda, ad esempio, in *Pandectarum seu Digestorum iuris civili … tomus primus … cum Accursii Commentariis…*, Venetiis, apud Nicolaum Bevilaqua, 1569, col. 1094). L'edizione scelta in questa sede come riferimento riporta il *non*, e questa ci pare la redazione corretta; la mancanza del *non*, rovesciando il senso della frase, ne fa venire meno la logica giuridica. L. Maganzani, *La «diligentia quam suis»* cit., p. 27, non tratta la questione, ma conferma la lettura qui proposta accogliendo *non caret*, in quanto considera per la sua ricerca un'edizione che presenta tale versione, cioè *Accursii Glossa in Digestum Vetus*, in *Corpus Glossatorum iuris civilis*, VII, cur. M. Viora, Torino 1969, p. 503.

inferiore alla media. La *diligentia quam suis* non opera da esimente e rileva soltanto l'applicazione di una diligenza inferiore all'ordinario, che ha come risultato la responsabilità del debitore.

Per sostenere tale tesi Accursio ricorre alla *lex si constante § si maritus* (D. 24.3.24.5). Tralasciato l'aspetto soggettivo – quello che consente di dare rilievo alla presunzione del dolo – Accursio rileva che la condotta è oggettivamente negligente, essendo inferiore alla diligenza media, e dunque il depositario va considerato in colpa grave in base alla *lex si constante*.

D. 24.3.24.5[36] affronta il caso del marito che, abituato a maltrattare i propri schiavi, maltratta anche gli schiavi dotali, sui quali la moglie ha delle aspettative di restituzione: la condotta del *maritus saevus in servos dotales* non è, nel rapporto in esame, giustificato con il fatto che egli sia altrettanto crudele verso i suoi, perché *saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus*[37]. Nel caso particolare considerato in questo frammento l'applicazione della *diligentia quam suis* non funziona da esimente della responsabilità. Attingendo alla *lex si constante*, Accursio può annullare, allegando appunto una diversa legge, l'esimente trovata nella *lex quod Nerva*[38].

---

[36] D. 24.3.24.5 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exiget, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.*

[37] In diritto romano classico e, in sostanza, anche nel diritto giustinianeo, il marito diviene proprietario dei beni dotali, in qualsiasi modo sia avvenuta la costituzione della dote, per cui può usarne e goderne, percepirne i frutti e alienarli (nel caso dei fondi italici serve il consenso della moglie all'alienazione, stando alla c.d. *lex Iulia de fundo dotali*). In costanza di matrimonio la moglie ha solamente un'aspettativa alla restituzione della dote; in caso di scioglimento del matrimonio il marito è obbligato (*actio rei uxoriae*) alla restituzione della *dos*, ma tale obbligo varia in relazione alla causa dello scioglimento e a chi avesse costituito la dote. Sul tema: M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006. Cfr. G. Santucci, *Diligentia* cit., p. 44 s.: «l'incrudelire nei confronti di un servo costituisce un comportamento talmente grave da non poter essere iscritto entro i termini di giudizio propri della *diligentia quam in suis* e pertanto esso appare comunque riprovevole se esercitato rispetto ai propri servi e certamente sanzionabile mediante l'azione di dote (*actio rei uxoriae*) nel caso che ciò avvenga nei confronti di quelli dotali».

[38] La *lex quod Nerva* ricorre nelle glosse *exhibet* e *culpanda est* alla *lex si constante § si maritus, ff. soluto matrimonio* (D. 24.3.24.5). In *exhibet* si cita letteralmente la *lex quod Nerva* (*nec enim salva fide* etc.). La glossa *culpanda est* è più articolata e nella nostra prospettiva rileva quanto segue: [...] *in bono scilicet diligentia exigitur et sufficit paritas in suis et in dotali-*

L'interesse di Accursio non è rivolto unicamente alla responsabilità del depositario. Richiamando un caso assai differente come quello del rapporto intercorrente tra marito e moglie riguardo ai beni dotali, Accursio amplia in modo rilevante i confini del proprio ambito di analisi, superando il profilo specifico del contratto di deposito.

Questa glossa è emblematica di come Accursio costruisca un apparato di forzature del testo e imponga un mutamento di prospettive per giungere a pronunciare la risposta che ritiene importante a livello sistematico e pratico: *tenetur* – il debitore deve rispondere.

La glossa *ad eum modum*[39] prospetta due ipotesi: (a.) un soggetto è meno

---

bus, sed in malo non toleratur paritas. Nam saevitia in suis toleratur, quod non sit in dotalibus, et hoc si in faciendo, si autem in negligendo, idem si modo est magna neglegentia: nam quamvis in suis sit negligens ultra naturam hominis, non sic debet esse in dotalibus, ut supra deposi. l. quod Nerva (D. 16.3.32) *et infra ad Treb. l. mulier § sed* (D. 36.1.23.3). Nella gl. *culpanda est* si mostra l'applicazione della *lex quod Nerva*, che ha qui la funzione di addossare la responsabilità del danno risentito dai beni dotali al marito-debitore abitualmente negligente: l'applicazione della *diligentia quam suis* ai beni dotali non scusa il marito che sia (anche per natura e dunque abitualmente) meno diligente di quanto richiede la *natura hominis*. La *diligentia quam suis* si conferma irrilevante come esimente in contrasto con la funzione che svolge invece nella logica giuridica di D. 16.3.32. Anzi, alla *lex quod Nerva*, come dimostra la glossa *culpanda est*, viene attribuito – coerentemente con l'interpretazione che nella *Glossa ordinaria* stessa viene data a D. 16.3.32 – il valore di regola che sanziona il debitore il cui comportamento sia inferiore alla diligenza che ci si attende per natura da un uomo normale. La *Glossa ordinaria* presenta in questo caso una sostanziale coerenza interna, come dimostra il confronto fra singole glosse a leggi diverse.

[39] Gl. *ad eum modum. Aut minus est diligens in suis, quam alii homines: et tunc non minorem quam in suis, ut hic, aut e contra plus est diligens in suis quam alii homines, et tunc similiter quantum et in suis, ut hic. Et secundum hoc dic non ad eum, quia minus vel plus diligens est in suis quam alii. Sed in primo casu etiam si fuerit ut in suis teneatur adhuc per l. si constante* (D. 24.3.24.5) *et non per hanc legem. Accursius*.

Anche la parte finale della gl. *ad eum modum* presenta varianti e si tratta nuovamente di un *non*. Mentre le edizioni di Lione 1569 e Lione 1600 riportano *teneatur adhuc per lex si constante* (D. 24.3.24.5) *et non per hanc legem* (D. 16.3.32), in alcune edizioni veneziane (ad es. Venetiis, apud Nicolaum Bevilaqua, 1569 e ancora Venetiis, Societas Aquilae renovantis, 1581) si legge *teneatur adhuc per lex si constante* (D. 24.3.24.5) *et per hanc legem* (D. 16.3.32). A sostegno delle edizioni di Lione che riportano il *non*, oltre all'argomento logico-giuridico interno alla *Glossa*, è possibile richiamare un passo della *repetitio* di Bartolo sulla *lex quod Nerva* (§ 4): *dicitur hic in secundo responso secundum unam expositionem, quod si in rebus suis est minus diligens quam hominum communis natura desiderat, quod deberet adhibere tantam diligentiam in rebus depositis quantam in rebus suis. Sed contra, quia etiam tunc quando adhibet tantam diligentiam si in suis est negligens punitur, ut lex si constante § si maritus*, *soluto matrimonio* (D. 24, 3, 24, 5). *Dicit glossa* [da identificare con gl. *ad eum modum*] *quod tunc*

diligente dell'ordinario e applica tale sua diligenza inferiore alla media; (b.) un soggetto è più diligente della media e deve applicare tale *diligentia quam suis* alle *res deposita*e.

In merito al caso (a.) si sostiene la responsabilità del depositario in base all'allegazione della *lex si constante*; proprio per questa allegazione si può porre nel nulla l'applicazione della *diligentia quam suis* da parte del depositario. Ne deriva una conferma dell'irrilevanza *in bonam partem* del profilo soggettivo accompagnata dalla sistematica valutazione oggettiva della condotta del debitore.

In merito al caso (b.) il depositario più diligente dell'ordinario deve applicare la *diligentia quam suis* nell'adempiere per non essere chiamato a rispondere in base alla *lex quod Nerva*; questa ipotesi è ripresa nella glossa *minorem*.

Quanto affermato in relazione all'ipotesi (a.) appena considerata risulta più evidente leggendo la successiva glossa *ad suum modum*[40]. Dove il testo romano si riferisce al modo personale (la diligenza in concreto) con cui il depositario tratta le proprie cose (*suum modum*), la glossa chiosa che si deve intendere il comportamento del depositario tenuto secondo quanto prescrive la comune natura degli uomini (parametro oggettivo di diligenza media). Si tratta di una interpretazione che orienta e modella il contenuto.

La glossa *fraude*[41] si ricollega alle glosse *latiorem* e *dolum esse*, equiparando la colpa grave al dolo.

La glossa *minorem*[42] procede nella 'riscrittura' della *lex quod Nerva*, interpretando tutti i rimandi a una responsabilità misurata in base al singolo depositario (*culpa* valutata *in concreto*) come rimandi ad una diligenza media (*culpa* valutata *in abstracto*). La comparazione contenuta nell'ultimo periodo della *lex quod Nerva* (oggetto della glossa *minorem*) è per il frammento ro-

---

punitur, quia est lata culpa, sed hoc per legem illam, non per legem istam. Credo glossa optime dicere: nam hic tractatur de culpa latiori, id est de dolo praesumpto, qui non praesumitur si tantam diligentiam adhibet rebus alterius quantam suis; sed si in suis esset ita negligens, quod cadit in culpam latam, punitur non per hanc legem sed per illam legem si constante § si maritus coniuncta legi II Codicis eodem titulo (C. 5, 18, 2). *Nam in deposito venit verus dolus et praesumptus, hoc est latior culpa, ut hic, et etiam lata culpa, ut supra, eodem titulo lege III* (D. 16, 3, 3). Vd. *amplius* U. Agnati, *Il commento* cit. 78 ss.

[40] Gl. *ad suum modum. quem habet sicut hominum natura desiderat. Accursius*.

[41] Gl. *fraude. id est lata culpa, quae fraudi comparatur. vel dic fraude scilicet praesumpta*.

[42] Gl. *minorem. quam debet: ut si in suis non est diligens ut alii homines. Sed quid si in suis est diligentissimus in depositis est ut alii homines? Videtur esse in fraude: ut ibi, nisi tamen et cetera*.

mano da effettuarsi tra la condotta del depositario verso le cose depositate e la condotta dallo stesso tenuta verso le proprie (*diligentia quam suis*); per la glossa la condotta tenuta dal depositario va confrontata con la diligenza ordinaria. L'esimente non scusa più il depositario meno diligente della media, ma in buona fede, perché maltratta le cose depositate come maltratta le proprie (*diligentia quam suis*). La regola che viene enunciata dalla *Glossa* accursiana è che il depositario è in ogni caso responsabile se non applica la diligenza media (*ut alii homines*; o *diligentia quam natura hominum desiderat*).

La glossa *minorem*, però, torna anche sull'ipotesi (b.) cui era stato fatto cenno nella glossa *ad eum modum*: il depositario che applica usualmente alle cose proprie una diligenza superiore alla media (*diligentia quam suis* superiore alla media) ma non lo fa per le *res depositae*, è responsabile per dolo; ciò viene sostenuto proprio allegando il testo *nisi tamen etc.* del frammento celsino.

Il meccanismo per cui dalla disparità di trattamento si desume l'atteggiamento psicologico funziona quindi solo *in malam partem* e aggrava la responsabilità del depositario, che non può limitarsi ad applicare alle cose depositate la diligenza media se la sua diligenza abituale è superiore. L'esimente, capace di mitigare le conseguenze dell'affermazione *culpa latior dolum esse* sul depositario la cui *diligentia quam suis* sia inferiore alla media, viene interpretata in modo creativo, cosicché trova applicazione soltanto come presunzione di dolo nel caso del depositario più diligente della media. Viene sfruttata *in malam partem* la flessibilità funzionale della *diligentia quam suis*[43].

L'interpretazione della glossa accursiana, dunque,

– privilegia la *culpa in abstracto* per chiamare a rispondere il debitore la cui diligenza abituale è inferiore alla media e
– considera la *culpa in concreto* quando il debitore più diligente della media applica all'oggetto del contratto una diligenza ordinaria.

---

[43] F. Mercogliano, '*Diligentia quam in suis*' cit., p. 394: «Una flessibilità funzionale caratterizza la *diligentia quam in suis*, che di volta in volta rappresenta un aggravamento o un'attenuazione della responsabilità per *culpa*». Il dibattito scientifico della seconda metà dell'Ottocento e degli inizi del Novecento aveva considerato il fatto che la *diligentia quam suis* poteva rappresentare, rispetto alla diligenza del buon padre di famiglia, un criterio più severo per valutare il comportamento del depositario; così V. Polacco, *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, Padova 1894 (Memoria letta alla R. Acc. di scienze, lettere ed arti in Padova il 10 giugno 1894 ed inserita nel vol. X dispensa IV degli *Atti e Memorie*), p. 15 ss. e Id., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* I², Roma 1915, p. 419 ss.

La distanza dal contenuto del frammento celsino è rilevante, ma si può forse spiegare in ragione del fatto che per diritto romano il deposito normalmente è un contratto da cui il deponente solo trae utilità e il deponente, se affida liberamente le proprie cose a una persona di fiducia poco diligente, *de se queri debet*[44]. Di contro la *Glossa* parla di depositario ma, in effetti, come abbiamo provato a illustrare, affronta il problema della responsabilità: la prospettiva è più generale e astratta e non si intende concedere giustificazioni a comportamenti negligenti, cioè sotto la media della diligenza comune, come pure si intende imporre al debitore l'applicazione della *diligentia quam suis* se essa è sopra la media.

La glossa *diligentiam*[45] argomenta che se le cose del debitore sono salve, significa che egli è capace di un comportamento diligente; per cui egli ha tenuto un comportamento difforme rispetto alle proprie cose e rispetto a quelle ricevute, che sono invece perite o che, comunque, non sono disponibili per la restituzione. Vengono al riguardo allegati C. 4.65.1 e D. 13.6.5.4[46] e si osserva che se manca buona fede – e la disparità di trattamento prova la mancanza della buona fede – c'è il dolo e, in quanto sono tra loro opposti, è egualmente vero il viceversa[47].

---

[44] Si veda D. 44.7.1.5 (Gai. 2 *aur.*): *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere*. Cfr. ancora, in quanto a scelta poco avveduta e alle sue conseguenze, D. 17.2.72 (Gai. 2 *cott. rer.*): *Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet*.

[45] Gl. *diligentiam. quae adesse praesumitur: cum res suas habeat salvas alienis non apparentibus: ut C. loc. l. 1* (C. 4.65.1) *et sup. commo. l. si ut certo § quod vero senectute* (D. 13.6.5.4). *Et si abest bona fides dolus inest, et e contra. Nam contraria sunt: ut C. de rescindenda venditione l. si dolo* (C. 4.44.5 pr.).

[46] C. 4.65.1 (Imp. Antoninus A. Iulio Agrippino) *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet.* (PP. prid. non. Ian. Antonino A. IV et Balbino conss.) [a. 213].

D. 13.6.5.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*.

[47] In chiusura della glossa è allegato C. 4.44.5 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA.

Accursio avverte la necessità di non lasciare che nella gestione concreta di una controversia la responsabilità del depositario rimanga fuori dall'ambito della *culpa*. Il diritto romano, però, aveva tramandato che il depositario rispondesse principalmente per dolo. Le esigenze pratiche del diritto contemporaneo inducono Accursio a prendere le distanze dal diritto romano, operando gli adattamenti sostanziali che abbiamo esaminato. La responsabilità per dolo del depositario avrebbe rappresentato un'eccezione nel contesto sistematico di una generale responsabilità per colpa del debitore. Accursio manifesta una sensibilità per la tenuta del sistema che discende dalla consapevolezza delle esigenze della pratica.

Il dolo presunto, del quale scrive Azzone e che sarà teorizzato da Bartolo, è un criterio di imputazione utile a livello concettuale, importante per gestire l'ampia e complessa area della colpevolezza mediante una sistemazione onnicomprensiva e astratta, appunto come quella di Bartolo (vd. *infra* § 3.3). Di contro, nella pratica, il dolo presunto comporta difficoltà notevoli in relazione a una sua univoca applicazione nella dialettica delle parti. La *culpa lata*, invece, rappresenta un criterio di imputazione più efficace per chiamare a rispondere il debitore. Accursio, ben cosciente di ciò e intento a perseguire il suo obiettivo sistematico/pratico, accentua nell'interpretare la *lex quod Nerva* il profilo della *culpa*, misurata secondo un parametro medio e astratto.

L'allegazione della *lex si maritus* (D. 24.3.24.5) mostra l'apertura sistematica della *Glossa Magna*, che contempla un orizzonte ben più ampio rispetto al solo depositario, il cui regime della responsabilità rappresenta un'eccezione che va limitata o addirittura superata.

La *lex quod Nerva* è *sedes materiae* della responsabilità; Accursio, dunque, nel compiere la sua opera di sintesi con una sensibilità spiccata per il sistema nel suo complesso, mira a regolare la responsabilità non soltanto in relazione al depositario della *lex romana* che viene glossata, ma considerando il debitore in generale. La sua interpretazione della legge produce una regola che vuole essere una risposta semplice e unitaria a problemi concreti.

La soluzione di Accursio giova alla 'certezza del diritto' e alla celerità

---

et CC. Claudio Rufo) *Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadvertit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit. 1. Quod si iure perfecta venditio est a maiore viginti quinque annis, intellegere debes consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse.* (D. xv k. Nov. Sirmi AA. conss.) [a. 293].

dei processi: non considerare una scriminante l'applicazione della *diligentia quam suis* facilita e accelera la definizione giudiziale della controversia, non essendo tenuto il giudice a valutare la responsabilità secondo un parametro individuale, difficile da provare e che varia da persona a persona[48]. Ciò risponde alle esigenze di un contenzioso in aumento, di una giustizia che deve fronteggiare casi più numerosi di quelli sottoposti ai giuristi romani ai tempi dell'elaborazione delle opinioni confluite in D. 16.3.32. Accursio prepara un testo che riassume un'esperienza giuridica al fine di consentirne l'impiego pratico ai suoi contemporanei, operazione così efficacemente compiuta che la *Glossa* sopravanza nell'applicazione il testo romano dal quale prende le mosse, facendosi nuova regola prioritariamente consultata e applicata.

La soluzione accursiana comporta il superamento della peculiarità della *culpa latior*, che porta con sé nella *Glossa* anche l'assorbimento della responsabilità del depositario nella generale responsabilità del debitore, con

[48] Confrontando l'impegno diverso del giudice nel valutare il dolo e la colpa (misurata sul modello astratto e medio del *diligens* e *bonus pater familias*), Santucci ha scritto: «Per affermare che un soggetto abbia commesso un danno o non abbia adempiuto alla prestazione dovuta per colpa, il giudice non deve indagare la volontà del soggetto come nel caso del dolo, dove si pone la necessità di un'indagine sul suo legame volontario con il pregiudizio causato alla controparte. Nel valutare la colpa, il giudice dovrà svolgere una semplice operazione intellettuale: verificare la coerenza del comportamento concretamente tenuto dal soggetto con quello attribuibile ad un modello. Tale semplice operazione di confronto avviene oggettivamente: ha il debitore adempiuto la propria prestazione secondo i criteri e le regole previste oggettivamente dal modello scelto? Prima possibile risposta: sì, allora il debitore non è responsabile. Seconda possibile risposta: no, allora il debitore è responsabile per colpa» (G. Santucci, *Diligentia quam in suis* cit., p. 19). Se il modello per misurare la responsabilità per colpa non è astratto, ma è il modello concreto fornito dalla diligenza che il debitore chiamato in causa applica alle cose proprie, il lavoro del giudice torna indubbiamente a complicarsi. La soluzione proposta da Accursio ammette, però, la valutazione della *diligentia in concreto* nel caso del depositario/debitore più diligente della media. È necessario fermarsi brevemente su questo aspetto, in quanto in questa ipotesi il giudice sarà dunque chiamato a valutare la *diligentia in concreto*, in contrasto con la scelta di semplificarne il lavoro mediante l'imposizione al debitore del rispetto di uno *standard* uniforme e facilmente accertabile (la diligenza media) e senza esimenti. Si deve osservare, al proposito, che è rara la situazione del debitore più diligente della media; inoltre il creditore sarà usualmente soddisfatto (salvo che nell'ambito di rapporti specifici, tutelati dalla previsione accursiana) dell'applicazione da parte del debitore di una diligenza media. Dunque l'interpretazione come aggravante della mancata applicazione della *diligentia quam suis* non peserà, se non in misura ridotta, sul lavoro dell'organo giusdicente e, in positivo, garantirà quei rapporti nei quali il creditore fa affidamento sulle qualità proprie di una controparte particolarmente diligente.

il correlato prevalere della diligenza valutata secondo un parametro astratto (e quindi marginalizzando o dismettendo la considerazione della *diligentia quam in suis rebus*). Tale impostazione ottiene un duraturo successo, che si riflette in numerosi codici moderni e contemporanei, come pure nella prassi anche al di là della lettera codicistica[49].

3. La valorizzazione dell'*hápax* nei *Commentaria* di Bartolo da Sassoferrato

3.1. I *Commentaria* di Bartolo da Sassoferrato

Il secondo itinerario che si illustra in questa sede muove in direzione differente, pur partendo dallo stesso *hápax culpa latior* contenuto nel frammento di Celso (*supra* § 1). Bartolo da Sassoferrato[50] studia tale dato testuale, obiettivamente esiguo in quanto presente una volta soltanto nelle fonti disponibili del diritto romano, e lo valorizza (anche amplificandone la portata), dando alla *culpa latior* una funzione specifica all'interno di una complessa costruzione speculativa che intende ordinare l'intero ambito della responsabilità.

Nei *Commentaria* che Bartolo dedica al *Corpus Iuris Civilis* – *Commenta-*

---

[49] Vd. U. Agnati, *Responsabilità* cit.

[50] Bartolo da Sassoferrato, giudice, docente di fama, avvocato, amministratore pubblico, muore nel 1357 a Perugia, a quarantaquattro anni, secondo la testimonianza di Tindaro Alfani (giurista quattrocentesco, suo pronipote). Della vasta bibliografia su Bartolo segnalo appena: J.L.J. Van de Kamp, *Bartolus de Saxoferrato 1313-1357. Leven – Werken – Invloed – Beteekenis*, Amsterdam 1936 (parziale trad. it. in *Studi Urbinati* IX, 1935, pp. 1-165); B. Paradisi, *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza*, in *SDHI* XXVI, 1960, pp. 1-70; G. Rossi, *La 'Bartoli vita' di Tommaso Diplovataccio secondo il Codice Oliveriano 203*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario* II, Milano 1962, pp. 441-502; F. Calasso, *Bartolo da Sassoferrato*, in *DBI* VI, Roma 1964, pp. 640-669; Id., *Bartolismo*, in *Ann. di storia del diritto* IX, 1965, pp. 409-414 (anche in *Enciclopedia del diritto* V, pp. 71-74); M. Ascheri, *Saggi sul Diplovatazio*, Milano 1971, pp. 28-73; P. Mari, *Problemi di critica bartoliana. Su una recente edizione dei trattati politici di Bartolo*, in *Studi medievali* XXVI, 1985, pp. 907-940; D. Quaglioni, *Un tetrafarmaco per il filologo. A proposito di alcuni esercizi di critica bartoliana*, in *Studi medievali* XXIX, 1988, pp. 785-803; P. Peruzzi, *Prime note sulla vita e sull' opera scientifica di Francesco Tigrini da Pisa*, in *Studi Medievali* XXXI, 1990, pp. 853-899; O. Condorelli, *"... Homo parve stature et coloris turgidi et gibbosus ..." Bartolo da Sassoferrato nell'anonima descrizione del ms. Napoli, Biblioteca Nazionale,* VII.D.77, in *RIDC* VI, 1995, pp. 357-364; M. Bellomo, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Medioevo edito e inedito, III. Profili di giuristi*, Roma 1998, pp. 181-193.

ria che influenzeranno la scienza giuridica nei secoli successivi[51] – sono contenuti un commento (*lectura*) e un approfondimento (*repetitio*) che hanno come oggetto specifico la *lex quod Nerva*[52] e, al suo interno, la *culpa latior*.

Nello svolgere le proprie argomentazioni Bartolo si pone in dialogo con numerosi giuristi. Da un lato si distacca dai Glossatori, muovendo critiche radicali a interpretazioni specifiche e rifiutando la sistematizzazione tripartita della *culpa*; dall'altro si connette, pur facendo numerosi appunti, e, in sostanza, superandoli, agli apporti di alcuni giuristi quali Jacques de Révigny e Jean de Blanot[53].

---

[51] Nell'Università di Padova, nel 1544, fu istituita una cattedra destinata alla *lectura textus, Glossae et Bartoli*; a Bologna, nel 1587, venne attivato un corso avente ad oggetto le *repetitiones Bartoli*. Seguirono tali esempi altre università, quali Torino, nel Cinquecento, e nel Seicento Macerata, Perugia, Napoli. Segnalo un recente e importante contributo di Rosalba Sorice sui profili della responsabilità penale e della *culpa* in Bartolo: R. Sorice, *La rilevanza penale della colpa nel Medioevo. Ricerche sulla* Doctrina Bartoli, in *RIDC* XXXI, 2020, pp. 199-229.

[52] Seguo Bartolus a Saxo Ferrato, *In secundam Digesti veteris partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1570. La più rinomata edizione curata da Tommaso Diplovatazio e pubblicata a Venezia (1516-1529) – *Commentaria*, ed. Baptista De Tortis, cum additionibus Thomae Diplovatatii, Venezia 1516-1529 (rist. a cura di G. Polara, Roma 1996) –, è stata usata per collazionare i passi critici, riscontrando una sostanziale identità contenutistica e formale tra i due testi.

[53] Jacques de Révigny teorizza la *culpa* come una categoria tanto ampia da ricomprendere il dolo e la *culpa* in senso stretto e identifica *dolus* e *culpa latior.* Vd. Jacques de Révigny, *Comm. in Inst. de obl. q. quasi ex del.*, *§ si iudex* (J. 4.5 pr.), in part. § 6: *unde ego dico quod dolus est latior culpa; unde sicut verum est quod latior culpa est culpa et secundum hoc est verum quod dolus est culpa, quidem ita sit de latiori culpa probant ff. depositi l. quod Nerva in prin. ff. de ver. si. l. magna negligentia*. In questa riflessione il giurista non chiarisce il contenuto specifico della *culpa latior* in particolare rispetto alla *culpa lata* (equiparata al dolo presunto). Attingendo dalle citazioni di Bartolo nella *repetitio* di nostro interesse, vediamo che Jean de Blanot riprende e sviluppa la posizione di Jacques de Révigny (anche in Bartolomeo da Saliceto, *Comm. in l. quod Nerva (D. 16.3.32)*, § 3 si trovano notizie sulle sei *species* della *culpa*). Anche per Jean de Blanot la *culpa* è il *genus* che ricomprende il *dolus* e le *species* di *culpa*: 1. *latissima*, 2. *latior*, 3. *lata*, 4. *levis*, 5. *levior*, 6. *levissima*. Si deve accennare a questi precedenti per inquadrare, pur celermente, il contributo di Bartolo la cui trattazione specifica e unitaria ci è pervenuta nella *repetitio* sulla *lex quod Nerva*. Vd. Thomas Diplovatatius, *De claris iuris consultis, pars posterior*, edd. F. Schulz, H. Kantorowicz, G. Rabotti, in *Studia Gratiana* X, 1968; E.M. Meijers, *L'université d'Orléans au XIIIe siècle*, ora in *Etudes d'histoire du droit* III, (publiées par les soins de R. Feenstra et H.F.W.D. Fischer) Leyde 1959, pp. 3-133; B. Paradisi, *La scuola di Orléans. Un'epoca nuova del pensiero giuridico*, in *SDHI* XXVI, 1960, pp. 347-362 (anche in *Studi sul medioevo giuridico* II, Roma 1987, pp. 970 ss.); M. Talamanca, *Colpa* cit.; M. Bellomo, *Dolo* cit.; C.H. Bezemer, *Les répétitions de Jacques de Révigny. Recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire*, Leiden 1987; R. Feenstra, *L'Ecole de droit d'Orléans au treizième siècle et son*

3.2. La *lectura* di Bartolo sulla *lex quod Nerva* (D. 16.3.32)

La *lectura* di Bartolo esamina le questioni trattate dalla *Glossa*, mentre la *repetitio*, approfondimento didattico riservato a *leges* particolarmente difficili o ricorrenti o male interpretate, analizza la *lex quod Nerva* in modo approfondito. La *lectura* ne è un presupposto che merita di essere considerato brevemente.

In questo commento esplicativo ordinario Bartolo segnala che vi è divergenza fra la *Glossa* e i Moderni e imposta il discorso mediante una *divisio legis* o *partitio*[54] finalizzata alla corretta interpretazione della legge e scandita in tre fasi: la individuazione del *dictum*; la sua giustificazione (*ratio*); la convalida della giustificazione (*ratio rationis*). Questo approccio si applica perfettamente alla *lex quod Nerva* che viene ripartita nel *dictum (latiorem culpam dolum esse*), nella *ratio* (*nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est… fraude non caret*) e nella *ratio rationis* (*nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*).

Questa chiarezza si offusca nel prosieguo, in quanto Bartolo affronta i problemi e le contraddizioni sollevati dalla *Glossa* e dai Moderni nel tentativo di raccordare la *lex quod Nerva* con le altre *leges* che trattano della *culpa*. In sintesi va segnalato in questa sede che Bartolo critica una interpretazione corrente della *lex quod Nerva*, che pare un compromesso fra la *Glossa* ed i Moderni. Secondo tale interpretazione la *culpa lata,* equiparata al dolo, viene presunta se non si adotta per le cose altrui la stessa diligenza che si adotta per le proprie. Bartolo osserva che la *lex quod Nerva* non parla di *culpa lata*,

---

rayonnement dans l'Europe mèdièvale, in *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la science juridique* XIII, 1992, pp. 23-42.

[54] Essa è parte di un metodo più articolato. Scrive Cino da Pistoia: *In lectura huius legis taliter procedam. Primo dividam legem istam per partes, et ponam casum, et literalia expediam. Secundo signabo contraria, et dissolvam. Tertio formabam quasdam quaestiones et earum solutionem subiiciam. Quarto et ultimo colligam quaedam argumenta ad haec utilia* (*Comm. in* D. 12.1.40). Si ricordi il distico di Matteo Gribaldi Mofa (m. 1564): *Praemito, scindo, summo casumque figuro. / Perlego, do causas, connoto et obiicio* (*De methodo ac ratione studendi libri tres*, Lugduni 1544). Tale *modus in legendo* è in continuità con quanto teorizzato e applicato dai Glossatori; si legga Ugolino (inizio del XIII secolo): *primo casum simpliciter et nude ponimus; secundo contraria assignamus et solutiones adhibemus; tertio argumenta ad causas de facto annotamus, quae loci generales vel generalia vel vulgariter brocarda appellantur; ad ultimum quaestiones movere et discutere consuevimus, vel statim in lectione, vel in vesperis pro sui difficultate prolixiori disputationi reservare differendo* (su questo passo si veda C. Pecorella, *Lezioni di storia del diritto italiano*, Padova 2000, 40 ss.).

ma di *culpa latior*, e non parla di colpa che viene equiparata al dolo, ma di colpa che è dolo. Bartolo porta in evidenza la lettera per inficiare *radicitus* le opinioni precedenti e, sgombrato il campo, si pone l'obiettivo di comprendere questa colpa che è dolo e di dare ad essa un corretto inquadramento dal punto di vista concettuale e sistematico.

3.3. La *repetitio* di Bartolo sulla *lex quod Nerva* (D. 16.3.32)

Bartolo svolge l'approfondimento nella *repetitio*, divisa in 38 punti, che possiamo suddividere in tre sezioni tematiche[55].

La prima (§ 1-5) riprende in modo più approfondito i problemi già evidenziati nella *lectura* della *lex quod Nerva*, conservandone a grandi linee l'ordine espositivo, ma arricchendone i contenuti. Così, ad esempio, la *divisio legis* in tre parti è ampliata con la *casus positio* e sono registrati due interventi di allievi (*instat iuvenis quaerens*).

La seconda sezione, introdotta con le parole *expeditis contrariis venio ad materiam nostrae legis examinandam*, comprende i § 6-29 ed affronta la trattazione sistematica della colpa. Inizia qui l'applicazione dello strumento esegetico e speculativo della *quaestio*, con il quale ci si distacca dalla lettera della legge per considerare la materia alla quale si accede per il tramite della legge stessa (che è appunto *sedes materiae*). In questa sezione sono contenute sette *quaestiones* principali, che riguardano la gradazione della *culpa*.

La terza e ultima sezione (§ 30-38) contiene altre *quaestiones* (dall'ottava alla quindicesima) che trattano dell'applicazione delle varie figure di colpa nei singoli rapporti contrattuali.

Tra i temi più rilevanti per la presente indagine, contenuti nella prima sezione individuata, porto in evidenza i seguenti. Nella *lex quod Nerva* (D. 16.3.32) si parla di *culpa latior*; ma nelle fonti romane si trova con frequenza che la *culpa lata* è equiparata al dolo. Come veduto (*supra* § 2.1, § 2.2, § 2.3) per i Glossatori *culpa latior* e *culpa lata* si equivalgono. I Moderni, invece, colgono una differenza tra le due, che Bartolo rimarca: se la *culpa latior* è dolo presunto, essa non può coincidere con la *culpa lata*. Ciò viene affermato in base all'insegnamento aristotelico, per cui ciò che è simile non è identico; e viene affermato anche in ragione del contenuto: la colpa grave, che consiste nel non comprendere ciò che tutti comprendono, deriva dall'i-

[55] Riporto gli esiti di un'indagine da me condotta (U. Agnati, *Il Commento* cit., p. 31 ss.), cui rimando per ulteriori dettagli e per approfondimenti.

gnoranza, e dunque si distingue dalla frode presunta (o dolo presunto), che deriva dalla consapevolezza.

Bartolo accenna anche a un inquadramento concettuale e sistematico che riprenderà in seguito: il dolo è un genere (*genus*) che contiene numerose specie (*species*), quali *dolus bonus* e *dolus malus*, e, inoltre, dolo manifesto e dolo presunto. Ricorda poi che il genere è rappresentato in ogni sua specie; e le specie, dotate di tale caratteristica comune (generica), si distinguono tra loro in forza di differenze specifiche. Applicando questi principi, Bartolo può affermare che "il dolo presunto è dolo", e non che "viene equiparato al dolo", come invece sostiene la *Glossa*.

Bartolo, come già nella *lectura*, considera alcune possibili obiezioni. Dapprima sottolinea il dato testuale, l'*hápax culpa latior* che egli non intende appiattire sulla *culpa lata* e cancellare, tutt'altro; e infatti afferma che nella *lex quod Nerva* si parla di *culpa latior* e non di *culpa lata*. Una seconda obiezione riguarda il caso di chi verso le sue cose è meno diligente di quanto prescrive la comune natura degli uomini e quindi danneggia il deponente pur applicando la *diligentia quam suis*; per non lasciare impunito questo comportamento si ricorre ad un'altra legge (D. 24.3,24.5[56]), come già suggerito dalla *Glossa* con la quale Bartolo concorda. Una terza obiezione pertiene chi è normalmente più diligente della media, ma nelle cose depositate applica una diligenza ordinaria, sufficiente dunque ma non corrispondente alla *diligentia quam suis*, richiesta dalla *lex quod Nerva*; esaminate le varie soluzioni, Bartolo sostiene che il depositario è responsabile, nonostante abbia applicato la diligenza dell'uomo medio, in quanto non ha impiegato la diligenza che gli è usuale. La soluzione di Accursio che abbiamo trovato nella Glossa viene approvata (vd. *supra* § 2.3)[57].

Nella seconda sezione (§ 6-29) Bartolo propone una sistemazione originale del tema del dolo e della colpa. Per governare l'intero campo della

[56] Come già veduto (*supra* § 2.3) D. 24.3.24.5 afferma che i maltrattamenti del marito sugli schiavi dotali non si giustificano con il fatto che egli sia altrettanto crudele verso i suoi, proprio in vista dell'eventualità di una restituzione degli stessi alla moglie in caso di scioglimento del matrimonio.

[57] Di minore importanza le altre questioni affrontate da Bartolo. Infatti, la quarta obiezione riguarda alcune leggi per le quali la mancata applicazione della *diligentia quam suis* configura colpa lieve; e la quinta e ultima obiezione tratta di chi porta in salvo le sue cose più preziose, trascurando quelle ricevute in comodato (in questo caso la mancata applicazione della *diligentia quam suis* non comporta la presunzione del dolo, tenuto conto del diverso valore delle cose).

responsabilità è necessario individuare un principio capace di fungere da riferimento per il dolo e per la colpa; così Bartolo rinviene il principio della responsabilità nella *deviatio a bono*. La deviazione da ciò che è buono è designata con il significante *culpa* e rappresenta il *genus* supremo, dal quale si sviluppano due *genera* intermedi, il dolo e la colpa. La *deviatio a bono* è dunque predicabile dei *genera* subordinati e specifici; essi si distinguono perché il dolo è *machinatio*, raggiro intenzionale, e perché la colpa consiste nella mancata previsione disattenta (*incircumspecta*) di ciò che si sarebbe potuto prevedere[58].

Come si è visto, il nome *culpa* è impiegato sia per il *genus* supremo (*deviatio a bono*), sia per il *genus* intermedio (la colpa in senso stretto), dal quale, a sua volta, si dipartono le *species* della *culpa lata*, *levis* e *levissima*. Il *genus* intermedio della *culpa* è sinteticamente definito da Bartolo come *deviatio ab eo quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit praevideri* (§ 7). La definizione consente da un lato di contemplare condotte commissive e omissive, e dall'altro di escludere la responsabilità per caso fortuito (mediante il requisito della prevedibilità)[59].

La *repetitio* affronta nel prosieguo le specie della colpa. La *Glossa* ne

[58] La sistemazione teorica che descrivo nel testo è fondamentale nella costruzione di Bartolo, ma essa non è esplicitata unitariamente nei termini che propongo. I tasselli di questa mia ricostruzione della struttura fondante della sistemazione bartoliana della *culpa* sono da ricercare in diversi passi della *repetitio*. Ho dunque desunto la definizione di *culpa* genere supremo affiancando le seguenti affermazioni di Bartolo. Bartolo riconosce la *deviatio* quale *nomen generale* per ogni colpa: *quod enim dico 'deviatio' istud est nomen generale ad omnem culpam* (§ 17). Bartolo identifica una *culpa* genere intermedio, con definizione bipartita che contempla il *genus* superiore (*a*) e la parte specifica della *culpa genus* intermedio (*b*): (*a*) *culpa est deviatio ab eo quod bonum est,* (*b*) *quod per diligentiam hominis potuit praevideri* (§ 7; vd. anche *infra* nt. 59). Bartolo propone un'osservazione incidentale riguardo al dolo, ma essa è di grande importanza per la nostra ricostruzione, in quanto il giurista stabilisce che chi commette dolo, devia da ciò che è buono: *ille qui committit dolum deviat a bono* (§ 10).

[59] La definizione che Bartolo propone della colpa genere intermedio (§ 7) è un raffinato prodotto di tecnica giuridica e di logica. Si può bipartire in una parte generale (*a*) e una specifica (*b*); (*a*) la colpa (genere supremo) è deviazione da ciò che è buono; (*b*) ciò che è buono avrebbe potuto essere previsto mediante la diligenza propria dell'uomo (colpa genere intermedio). Si rilevi la tensione tra (*a*), che contiene un assoluto (*bonum*) e (*b*), che richiama il dato di esperienza (la prevedibilità *per diligentiam hominis*). Mediante (*a*) c'è la connessione al sistema di valori non definito, ma definibile, proprio dell'epoca di Bartolo e l'apertura del genere supremo ai vasti contenuti di dolo e colpa; mediante (*b*) c'è la connessione alla vita, nella quale il diritto trova la sua concretezza e dove si colloca la differenza specifica (prevedibilità non prevista, ma senza intenzionalità di nuocere) del genere intermedio della *culpa*.

riconosce tre: grave, lieve e lievissima. Bartolo, invece, accogliendo sotto la *culpa summum genus* anche il dolo – cioè *culpa latissima* (dolo manifesto) e *culpa latior* (dolo presunto) – riconosce cinque specie di *culpa*.

La sistemazione teorica della materia della responsabilità che Bartolo propone non è astratta né sprovvista di incidenze pratiche. Infatti se la colpa fosse soltanto il genere intermedio, cioè colpa grave, lieve e lievissima, come vogliono i Glossatori, si lascerebbero scoperte diverse situazioni. Bartolo porta il caso di uno studente che prende a servizio un *famulus* e per questi si accorda con un garante perché lo tenga indenne da colpa del *famulus*; se il *famulus* commette un furto il garante, secondo i Glossatori, non è tenuto a coprire i danni, perché il furto ricade nel dolo. Bartolo dissente perché *dolus est culpa latissima*, e aggiunge: *dolus continetur sub appellatione culpae* (§ 10), argomentandolo per il fatto che chi commette dolo *deviat a bono*, ciò che rientra nella definizione sopra esposta di colpa in generale.

Bartolo introduce in questo modo la sua disamina delle cinque *species* della *culpa*, prendendole in considerazione dalla più grave alla meno grave (§ 11): *culpa latissima*, *latior*, *lata*, *levis*, *levissima*.

Il *dolus manifestus* (o *culpa latissima*) è definito, seguendo il diritto romano, una macchinazione manifestamente volta a ingannare e trarre in errore l'altro (§ 12). Bartolo sottolinea l'avverbio 'manifestamente', in quanto il dolo manifesto (*culpa latissima*) è distinto dal dolo presunto (*culpa latior*). Queste indagini sulla *culpa latissima* e sulla *culpa latior* sono tratti originali della riflessione dei Moderni e di Bartolo.

La *culpa latior* (o dolo presunto) è anch'essa *machinatio* volta a ingannare, ma la sua differenza specifica rispetto al dolo manifesto è nell'avverbio *praesumptive* (§ 13). Vengono dunque in rilievo gli aspetti psicologici del reato (§ 14): in mancanza di confessione essi vanno provati tramite presunzioni, in quanto fatti interni a chi agisce: nel *dolus manifestus* (o *culpa latissima*) le *praesumptiones* sono *manifestae*, nella *culpa latior* sono *non manifestae*.

Viene affrontato il problema di come dare rilevanza alla *magna neglegentia*. I giuristi romani non intendevano lasciare impunita la grave negligenza nemmeno in caso di azioni che perseguissero soltanto il dolo (come nel caso del deposito); per questo vengono attratte nell'ambito del dolo alcune forme particolarmente gravi di colpa (*lata* o *latior*). Nella speculazione di Bartolo tale problema passa dalla prospettiva dell'azione a quella dei concetti. Egli elabora perciò una specie di colpa che sia perseguita come dolo, sebbene non si tratti manifestamente di dolo; questa *species* è la *culpa latior*, o dolo presunto proprio in base alla gravità della negligenza del debitore.

A tal fine nel § 8 Bartolo cita anche la *lex magna* (D. 50.16.226): *magna*

neglegentia culpa est: magna culpa dolus est. Questo frammento giurisprudenziale fornisce l'appoggio per il passaggio dall'evidenza obiettiva della *magna neglegentia* (che ha causato il mancato o non completo soddisfacimento del creditore e la conseguente azione) alla intuizione dell'elemento soggettivo che ne sta alla base: data la *magna neglegentia* ne consegue il *dolus*. Il collegamento è la *magna culpa* e il dolo così identificato è il dolo presunto, la specie più prossima alla *culpa*, dolo che, in quanto *deviatio a bono*, può anche essere denominato *culpa* e l'aggettivo che ne indica la differenza specifica è *latior*: *culpa latior*. La lettera del frammento di Celso, D. 16.3.32, dal quale abbiamo preso le mosse in questa indagine (supra § 1), è salvata, sfruttandone appieno le potenzialità all'interno di un'ampia costruzione sistematica.

Riguardo alla *culpa lata* Bartolo, criticati i Glossatori e richiamati altri autori, propone che essa consti in una *deviatio incircumspecta* dalla diligenza che comunemente applicano gli uomini della stessa professione e condizione. Il vocabolo 'deviazione' riprende una caratteristica del *genus culpa* e abbraccia sia la colpa commissiva che quella omissiva, ciò che è di particolare interesse per Bartolo. Con l'aggettivo *incircumspecta* viene varcato il confine tra i generi intermedi di *dolus* e *culpa* e si entra nell'ambito della *culpa* in senso stretto.

La *culpa levis* per la *Glossa* è negligenza e inattività[60]; esse, però, possono ricadere tanto nella colpa grave che nella colpa lievissima. Per questo è importante una definizione, che neanche i Moderni, secondo Bartolo, sono riusciti a dare. A questo scopo Bartolo propone un approfondimento complesso, sostenendo (§ 26) che la colpa lieve vada valutata sotto tre profili, a seconda che incida su beni esclusivamente altrui o beni incidentalmente comuni oppure comuni per convenzione, per accordo bilaterale. Tale complessità, giustificata dai numerosi profili del tema, penalizza però la sua concezione di *culpa levis*; essa viene messa da parte già da Baldo e da Bartolomeo Saliceto, che adottano la concezione della *culpa levis* quale mancanza della *diligentia diligentis*, secondo i il sistema della *Glossa*.

La *culpa levior* non viene a costituire una *species* per Bartolo, che la vede coincidente con la *culpa levissima*, che è deviazione disattenta dalla diligenza propria degli uomini diligenti e diligentissimi *eiusdem condicionis et professionis* (§ 27). Nel ragionamento di Bartolo non ha rilievo il fatto che *culpa levior* non compare nel *Corpus Iuris Civilis*; ciò mostra, ancora

[60] Vd. gl. a J. 3, 14, 3: *Aliud levem, ut desidiae et negligentiae ut hic.*

una volta, la considerazione strumentale di Bartolo per la lettera delle leggi romane, che finisce sullo sfondo rispetto alla logica interna al sistema che egli va edificando.

Bartolo, infine, analizza come le figure della *culpa* ricorrano nei diversi contratti (§ 30-38); sono così valutati sotto il profilo della responsabilità contrattuale il deposito, il mandato, le prestazioni di avvocati e medici, la tutela e la revoca del tutore, la gestione di affari altrui, il comodato, il precario, i contratti innominati e l'azione da testamento. Bartolo sistematicamente distingue chi sia colui che trae beneficio o vantaggio patrimoniale dall'esecuzione del contratto: emerge dunque il criterio dell'*utilitas contrahentium*[61]. Alle parti viene richiesta, in ragione del vantaggio e in proporzione ad esso, una determinata diligenza: il vantaggio che consegue la parte e la severità con la quale viene valutata la sua condotta sono, in sostanza, direttamente proporzionali.

4. Osservazioni conclusive

Abbiamo illustrato due percorsi interpretativi che muovono in direzioni assai differenti, pur partendo entrambi dal frammento celsino D. 16.3.32, che contiene – unico passo nel *Corpus Iuris Civilis* – la locuzione *culpa latior*.

Il primo percorso (*supra* § 2 ss.) ha riscontrato la normalizzazione progressiva dell'*hápax culpa latior*, che è divenuta *culpa lata*, insieme ad alcuni passaggi: dalla specifica responsabilità del depositario alla responsabilità del debitore in generale, dalla *diligentia quam in suis rebus* alla diligenza media, dalla diligenza in concreto alla diligenza misurata secondo un parametro astratto. L'*hápax*, in sintesi, viene normalizzato e standardizzato.

Infatti sia Azzone che la *Glossa* accursiana trattano D. 16.3.32 – la *lex quod Nerva* – come un passo da normalizzare; e la soluzione comune consiste nel ridurre la *culpa latior* a *culpa lata*, e nel ridurre l'identificazione di *culpa latior* e dolo a una mera equiparazione tra *culpa lata* e dolo.

In Azzone, però, in parte viene mantenuta la peculiarità del deposito, lasciando spazio alla valutazione della diligenza in concreto, per cui il de-

[61] M. Navarra, *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo* L, 2004, pp. 84-134; Ead., *Utilitas contrahentium e sinallagma*, in L. Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* II, Padova 2007, pp. 225-255; G. Santucci, *Utilitas contrahentium*: *note minime su una regula che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in R. Fiori (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* III, Napoli 2008, pp. 277-311. Sul tema, in questo volume, si veda il contributo di Carlo Pelloso.

positario non sarà chiamato a rispondere se abitualmente negligente verso le cose proprie quanto verso la *res deposita*. Se Azzone cancella l'*hápax* rappresentato dalla locuzione *culpa latior*, conserva però la sostanza della *diligentia quam in suis rebus*, legata alla natura del contratto di deposito e all'equilibrio delle obbligazioni tra le parti misurata in ragione dell'utilità che ciascuna trae da tale specifico rapporto. Anche Viviano Toschi, il cui *casus* è ospitato nella Glossa accursiana, procede alla normalizzazione dell'*hápax culpa latior*, ma dà rilevanza alla diligenza in concreto.

Accursio procede utilizzando le basi già poste, *in primis* la sostituzione di *culpa latior* con *culpa lata*. Il dato testuale è di fatto emendato. A ciò la glossa accursiana aggiunge alcune innovazioni di sostanza: amplia il quadro dalla responsabilità del depositario a quella del debitore, toglie al depositario le proprie specificità che derivano dalla natura del contratto di deposito (con un peculiare equilibrio in ragione dell'*utilitas contrahentium*), neutralizza la funzione di esimente della *lex quod Nerva* mediante l'allegazione di altre *leges* (in particolare la *lex si constante § si maritus*). La Glossa accursiana, guardando al debitore, crea un regime della responsabilità che da un lato considera la *culpa in abstracto* per chiamare a rispondere il debitore la cui diligenza abituale è inferiore alla media e dall'altro considera la *culpa in concreto* quando il debitore più diligente della media applica all'oggetto del contratto una diligenza ordinaria.

La Glossa, in sostanza, nella *sedes materiae* inerente la responsabilità, che si è venuta a creare intorno all'interpretazione del difficile passo celsino (D. 16.3.32, *lex quod Nerva*), affronta il problema della responsabilità in una prospettiva generale, con l'intento di non concedere giustificazioni a comportamenti più negligenti della media, valorizzando il parametro astratto, assai più agevole da applicare nella valutazione della patologia del rapporto contrattuale.

Abbiamo veduto un percorso interpretativo assai diverso nelle pagine di Bartolo (*supra* § 3 ss.). In esse l'*hápax* è fortemente valorizzato in una costruzione complessa. L'eredità romana, anche in questo caso, viene manipolata, esaltando la peculiarità al di là di quanto presente nella fonte e al di là dell'unicità all'interno del *Corpus Iuris* della locuzione esaminata.

Impiegando gli strumenti della logica e della dialettica, Bartolo edifica sulla locuzione *culpa latior* di D. 16, 3, 32 una *species* della colpa: la colpa molto grave coincidente con il dolo presunto; essa rappresenta un elemento cardine della sua elaborazione teorica complessiva in tema di colpa e dolo, mirante a creare una griglia *a priori* nella quale inserire ogni possibile fatto giuridicamente rilevante.

In tale griglia la mancata adibizione di *diligentia quam suis* si conferma un elemento perturbatore delle simmetrie sistematiche: si tratta, infatti, di diligenza in concreto, propria di ciascun individuo e passibile di differenti contenuti anche in relazione alle situazioni nelle quali ricorre.

Nella *repetitio* Bartolo sostiene, in quanto utile alla propria argomentazione, la necessità di non allontanarsi dalla lettera della legge, ma aggiunge anche un assai eloquente "se ci è possibile": *Nam si possumus, non debemus a verbis legum recedere* (§ 3). Pur nel rispetto formale, la libertà di interpretazione è ampia[62]. I rinvii ai passi del *Corpus Iuris Civilis* a volte suonano artificiosi, come l'appello formale a un'autorità dal naso di cera, della quale si sfrutta il prestigio e si manipolano i contenuti. Nell'analisi proposta si è veduto che ciò a volte dipende anche dall'intento di ricondurre il diritto a schemi generali ed astratti, una prospettiva differente da quella dei giuristi classici, prospettiva che verrà adottata dal pensiero giuridico moderno.

Come veduto, l'eredità della giurisprudenza romana permane radice vitale in entrambi i filoni interpretativi e, in quanto viva, nel tempo conosce inevitabili mutamenti.

---

[62] Bartolo ha teorizzato tale libertà nel breve commento che dedica alla *lex omnes populi* (D. 1.1.9): l'interpretazione è dapprima indicata come restrittiva o derogativa, poi secondo l'*expositio verborum* o declarativa, poi additiva o estensiva. Vd. Bartoli a Saxoferrato, *In primam Digesti veteris partem, ad l. omnes populi, de iustitia et de iure*, n. 53: *interpretatio sumitur quandoque pro arctatione seu derogatione, quandoque pro verborum expositione seu declaratione, quandoque pro additione seu ad novum casum extensione*. Sull'*interpretatio* come fatto normativo e sulla distanza che intercorre tra essa e l'esegesi moderna, vd. V. Crescenzi, *Problemi dell'interpretatio nel sistema del diritto comune classico*, in *Bull. dell'Ist. Stor. It. per il Medio Evo e Arch. Muratoriano* IIC, 1992, pp. 272-322; S. Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, X *Civile*, Torino 1993, p. 13 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2006², p. 162 ss. Vd. anche *supra* § 2.1. nt. 18.

CECILIA ASCANI*

L'EVOLUZIONE DELLA COLPA NEL CAMPO DELLA RESPONSABILITÀ DEI SANITARI. IL REGNO DELLE C.D. SFUMATURE INTERMEDIE

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi – 2. L'evoluzione storica del concetto di colpa addebitabile al sanitario – 3. L'apparente innovazione normativa della Legge Balduzzi – 4. La Gelli-Bianco e la scomparsa della colpa lieve dal panorama normativo – 5. Il contrasto interpretativo in tema di Gelli-Bianco e il concetto di colpa cd. intermedia cristallizzata dalle Sezioni Unite n. 8770 del 22 febbraio 2018

1. Profili introduttivi

La storia della medicina è storia dell'uomo, della società e della civiltà. Fino a circa metà del secolo scorso il rapporto medico-paziente era stato caratterizzato da una sostanziale fiducia del paziente nel medico, accompagnata da una sorta di sudditanza psicologica verso quest'ultimo.

Gradualmente il medico ha abbandonato i panni autorevoli e impunibili del sacerdote della salute, per indossare quelli del tecnico che stipula un contratto con il proprio cliente. Il medico non poteva più intervenire sul corpo di una persona senza il suo permesso, pertanto il paternalismo medico lasciava in qualche modo spazio alla necessità di autorizzazione del paziente all'intervento medico, previa sua informazione.

Il concetto di colpa che si impernia sui profili di responsabilità dei sanitari è caratterizzato da un altissimo grado di incertezza e gravato da numerose insidie, e può assumere innumerevoli sfumature intermedie tra la mera ascrizione e il rimprovero per una condotta mancata ma umanamente esigibile, a concretizzazione del principio di colpevolezza[1].

Nelle pagine che seguono verrà affrontata l'evoluzione storica dell'isti-

---

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

[1] R. BLAIOTTA, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in Onore di Mario Romano*, Napoli 2011, p. 767.

tuto della colpa nel campo dell'agire medico, l'indagine proseguirà poi con l'esame degli interventi legislativi che a partire dal 2012 hanno riportato in auge istituti da tempo abbandonati in tema di responsabilità dei sanitari, fino al contrasto giurisprudenziale instauratosi a seguito dell'introduzione della Gelli-Bianco e il dirimente intervento delle Sezioni Unite della Cassazione del 2018.

2. L'evoluzione storica del concetto di colpa addebitabile al sanitario

Il problema che da sempre affligge talune fattispecie colpose è il *deficit* di contenuto che la regola cautelare manifesta, soprattutto in quei settori, quale l'attività medico-chirurgica, dominati spesso dall'impossibilità di prevedere la progressione degli eventi e la limitata conoscenza umana della scienza stessa.

A ciò vanno aggiunti peculiari fattori dell'attività sanitaria che rendono particolarmente complessa l'indagine dell'elemento soggettivo quali: la compassione per la sofferenza della vittima e dei suoi familiari, l'azione di rivendica di chi ragionevolmente o meno ritiene di aver subito un pregiudizio, l'irrealistico affidamento al ruolo prodigioso del medico, l'incertezza delle leggi scientifiche e la complessità della scienza medica che propone (impone) al professionista un lungo *iter* formativo, la complessità estrema dell'agire che spesso e volentieri coinvolge ambiti di alta specializzazione, carenze organizzative e situazioni emergenziali che assiduamente limitano e inevitabilmente condizionano l'atto terapeutico, le stesse relazioni gerarchiche presenti all'interno delle strutture sanitarie e da ultimo la sovrapposizione degli aspetti risarcitori con quelli sanzionatori[2].

Fin dagli esordi dello studio di questo tema è stata avvertita l'esigenza di determinare la sfera di responsabilità dei sanitari in ambito penale e, in una prima parte evolutiva dell'elaborazione giurisprudenziale, la ricostruzione della colpa medica si è avvalsa di taluni parametri propri dell'ordinamento civile, in particolare l'art. 1176 c.c. il quale al secondo comma dispone che «*nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*».

Ma il vero protagonista del dibattito che ancora oggi tiene impegnate giurisprudenza e dottrina è il ricorso al principio di cui all'art. 2236 c.c., in

[2] R. Blaiotta, *op. cit.*, p. 769 ss.

ragione del quale il sanitario risponderà soltanto in caso di dolo o colpa grave qualora la prestazione richiesta presenti problemi tecnici di particolare difficoltà.

Per decenni una parte della giurisprudenza ha sostenuto che l'attività posta in essere dai sanitari andasse trattata con certo tasso di indulgenza a differenza di altri campi d'azione della sfera umana, ritenendo che soltanto in presenza di una colpa grave potesse ammettersi una responsabilità dell'operatore sanitario.

Questo particolare grado di colpa veniva ravvisato ogni qualvolta una condotta si dimostrava incompatibile con l'esperienza propria del soggetto che svolge la professione medica, pertanto al compimento di grossolane violazioni delle regole di cultura e perizia tecnica. Questo indirizzo interpretativo ha trovato spazio fino a che quella componente di diritto vivente elaborato da parte della giurisprudenza è stata tacciata di illegittimità costituzionale. L'applicazione dell'art. 2236 c.c. nelle ipotesi di responsabilità penale di una determinata categoria di soggetti ha creato un'intollerabile sfera di privilegio, limitando la responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave.

Nel 1973 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 del codice penale, esplicitando l'esigenza di coniugare una forma di indulgenza verso l'esercente la professione sanitaria senza creare un'area di privilegio intollerabile e incompatibile con l'art. 3 della Costituzione[3]. Al tempo stesso ha avvertito l'ulteriore necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista per timore di ingiuste rappresaglie, con deriva nella meglio nota medicina difensiva. La Consulta, pur ammettendo l'applicazione dell'art. 2236 c.c. in sede penale, nella parte in cui pretende la gravità della colpa per poter muovere un rimprovero al sanitario, al contempo ha precisato che la suddetta disciplina possa essere impiegata solo qualora quest'ultimo incorra in colpa per imperizia, ossia per inosservanza di regole aventi natura tecnica orientative dell'attività del sanitario, cd. regole di adeguatezza professionale.

Pertanto, a partire dal 1973, è stata inaugurata una nuova fase nell'evoluzione del concetto di colpa medica caratterizzata dalla circostanza che l'applicazione della disciplina maggiormente favorevole *ex* art. 2236 c.c. sarebbe stata limitata ai soli casi di colpa per imperizia, lasciando del tutto inalterata l'indagine nei casi di colpa per negligenza e imprudenza, il cui accertamento sarebbe avvenuto secondo i criteri classici del diritto penale.

---

[3] Corte Costituzionale n. 166 del 28.11.1973, relatore V. M. Trimarchi.

La terza e ultima fase dell'evoluzione giurisprudenziale si è sviluppata con un orientamento andato oltre il *dictum* della Corte Costituzionale e, nonostante l'art. 2236 c.c. abbia trovato applicazione in un numero di casi notevolmente circoscritti, questi non sarebbero mai potuti entrare nell'ordinamento penale per due ragioni: *i)* l'art. 2236 c.c. è concepito quale criterio di ascrizione della responsabilità civile, pertanto per la verifica di pregiudizi di tipo economico-patrimoniale conseguenti all'inadempimento civilistico, ragione per la quale non può trovare applicazione in sede penale dove, viceversa, i beni da presidiare hanno tutt'altra natura; *ii)* nell'ordinamento penale il grado della colpa rileva ai soli fini della commisurazione in concreto della pena, *ex* art. 133 c.p., e mai quale criterio di verifica della responsabilità, ossia della perimetrazione dell'area del penalmente rilevante. Per queste ragioni si è giunti nuovamente alla conclusione di escludere la "trapiantabilità" nell'ordinamento penale del canone di cui all'art. 2236 c.c. per l'individuazione della colpa del sanitario.

Nonostante tale rinnovata presa di posizione in senso negativo, la giurisprudenza ha ammesso l'applicazione dell'art. 2236 c.c. a ipotesi eccezionali in cui il medico si fosse, per esempio, trovato al cospetto di un caso clinico del tutto inedito, non previsto dalla letteratura scientifica, ovvero in presenza di una sintomatologia oggettivamente equivoca, oppure ancora in casi di eccezionale peculiarità o di particolare difficoltà.

3. L'apparente innovazione normativa della Legge Balduzzi.

Con il d.l. n. 158 del 13 settembre 2012 convertito in legge n. 189 del medesimo anno, il legislatore italiano ha ridato vita al concetto di irrilevanza della colpa lieve nell'ambito sanitario, ancorandolo al rispetto delle linee guida nell'accertamento della colpa medica[4].

Come in precedenza evidenziato, prima della novella 2012 la giurisprudenza di legittimità era per lo più orientata a escludere che il rispetto di queste regole potesse mandare esente da responsabilità il medico che con la sua condotta cagionava l'evento lesivo al paziente.

Con una pronuncia del 2012 la Cassazione ha sostenuto che un compor-

[4] Per una puntuale panoramica del dibattito instauratosi a seguito della sua introduzione di veda O. Di giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Archivio Penale* 1, 2014.

tamento conforme alle linee guida potrebbe risultare ugualmente contrario alle regole dell'arte, che in una particolare ipotesi imporrebbero una condotta diversa[5].

Il decreto Balduzzi all'art. 3 co. 1 prevedeva che «*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma*».

Attraverso tale introduzione legislativa le linee guida sono entrate a pieno titolo fra i criteri che il giudice doveva utilizzare per sindacare l'attività professionale svolta da sanitario. In un'accezione più ampia, la legge Balduzzi ha escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve collocabili all'interno dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché avessero ricevuto la validazione da parte della comunità scientifica internazionale. Per questa via il legislatore ha reintrodotto nell'ambito della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie il concetto di colpa lieve che, secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, non poteva trovare applicazione nelle ipotesi di colpa professionale, neppure limitatamente ai casi in cui la prestazione implicasse la soluzione di problemi di particolare difficoltà, *ex* art. 2236 c.c.

Con la suddetta introduzione è stata, pertanto, riportata all'attualità la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, destinate a intrecciarsi con l'ulteriore questione posta dalla novella del 2012, avente a oggetto l'impiego, in sede giudiziaria, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

---

[5] Cass. Pen. Sez. IV, dell'11.07.2012 (dep. 19.09.2012), n. 35992. Ove si è sostenuto che «*Le linee guida non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale responsabilità del sanitario, sia per la libertà di cura, che caratterizza l'attività del medico, in nome della quale deve prevalere l'attenzione al caso clinico particolare e non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga causa cognita di coltivare una soluzione terapeutica non contemplata nelle linee guida, sia perché, come già evidenziato da alcuna delle sentenze citate, in taluni casi, le linee guida possono essere indubbiamente influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari oppure si palesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia* [..] *La verifica circa il rispetto delle linee-guida va, pertanto sempre affiancata ad un'analisi – svolta eventualmente attraverso perizia – della correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire*».

Non è mancato chi ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale della Legge Balduzzi[6], sostenendo che la nuova disciplina – nella misura in cui escludeva la responsabilità per colpa lieve del sanitario che si attenga a *guidelines* e a *good practices* accreditate – introdurrebbe «*una norma* ad professionem *delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e buone prassi*». Il Tribunale di Milano ha eccepito come «*la formulazione, la delimitazione, la* ratio essendi*, le conseguenze sostanziali e processuali di tale area di non punibilità appaiono stridere con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.*». Con ordinanza n. 295 del 2013 la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione proposta non avendo il giudice *a quo* descritto compiutamente la fattispecie concreta, mancando così la motivazione della rilevanza della questione[7].

Assieme a questi primi dubbi di legittimità costituzionale il dibattito dottrinario e giurisprudenziale si è concentrato poi sulla individuazione delle linee guida applicabili al fine dell'operatività della legge Balduzzi[8]. A tale riguardo si è ritenuto che, affinché le linee guida potessero avere rilievo nell'accertamento della responsabilità, fosse necessario che le stesse indicassero standards diagnostico terapeutici conformi alle regole dettate dalla miglior scienza medica a garanzia della salute del paziente e che non risultassero, invece, ispirate a esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente.

Pertanto, non era sufficiente che il sanitario dimostrasse di aver osservato una qualsiasi linea guida affinché venisse meno la rilevanza penale della colpa lieve. Era, viceversa, necessario che in sede processuale emergesse

---

[6] Trib. Milano, Sez. IX, 21.03.2013.

[7] Corte Costituzionale, ordinanza n. 295 del 6.12.2012, redattore G. Frigo.

[8] Si vedano senza pretesa di esaustività D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 4, 2013, pp. 73-85; P.F. Poli, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 4, 2013, pp. 86-98; C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 4, 2013, p. 51 ss.; G.M. Caletti, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 dicembre 2014; G. Civello, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 1 ss.

la coerenza del gesto medico con protocolli metodologici elaborati dalla scienza medica con la finalità della più adeguata tutela e cura del paziente. Diversamente, la limitazione di responsabilità introdotta con la legge Balduzzi non avrebbe trovato applicazione quando la linea guida – seppur osservata dal medico – fosse consistita in un protocollo che la struttura sanitaria aveva elaborato per ragioni economiche di *spending review*.

Secondo parte maggioritaria della giurisprudenza[9], un'ulteriore delimitazione dell'estensione applicativa della nuova disciplina si sarebbe sostanziata nella circostanza che la perizia sarebbe stato il suo unico terreno d'elezione. Ciò avrebbe implicato una limitazione di responsabilità in caso di colpa lieve soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia, non estendendosi agli errori connotati da negligenza o imprudenza. Alla base di questo orientamento vi sarebbe il convincimento che le linee guida contengano sole regole di perizia: seguendo questo ragionamento si sarebbe dovuto, da ultimo, affermare come la nuova disciplina non avrebbe, viceversa, introdotto alcuna novità per le ipotesi di negligenza o imprudenza, destinate ad assumere rilevanza penale sulla scorta degli ordinari criteri penali di valutazione della colpa. Secondo alcuni autori[10], ciò avrebbe comportato il rischio di una sostanziale *interpretatio abrogans* della nuova disciplina, dovuta alla limitazione del suo ambito applicativo alle sole ipotesi di imperizia e all'estensione dei confini propri di quest'ultima nozione, in modo da ricomprendervi casi di autentica negligenza o imprudenza. Per altro orientamento interpretativo[11], la limitazione di responsabilità per colpa lieve di cui all'art. 3, d. l. n. 158 del 2012, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, poteva, tuttavia, venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente fosse stato quello della diligenza[12]. Tale indirizzo è stato sostenuto da chi osservava che non potesse escludersi che le linee guida ponessero raccomandazioni rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta del soggetto agente fosse quello del-

---

[9] Cass. Pen. Sez. IV, del 24.01.2013 (dep. 11.03.2013) n. 11493; Cass. Pen. Sez. IV, del 20.03.2015 (dep. 23.04.2015) n. 16944; Cass. Pen. Sez. IV, del 27.04.2015 (dep. 25.06.2015) n. 26996.

[10] P. Piras, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in archivio.dpc.dirittopenaleuomo.org.

[11] Cass. Pen. Sez. IV, dell'11.05.2016 (dep. 6.06.2016), n. 23283.

[12] Cass. Pen. Sez. IV, del 9.10.2014 (dep. 17.11.2014), n. 47289, con nota di A. Roiati, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 1, 2015, pp. 231-240.

la diligenza, come nel caso in cui venissero richieste prestazioni riguardanti la sfera dell'accuratezza piuttosto che quella dell'adeguatezza professionale. Con una pronuncia del 2014, la Corte di legittimità ha fornito, in estrema sintesi, i passaggi salienti del percorso argomentativo utilizzato per giungere a tali conclusioni: nelle linee guida non mancherebbero raccomandazioni attinenti ai parametri della diligenza, ovvero all'accuratezza operativa della prestazione delle cure; da tempo nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale si registrava un'intrinseca opinabilità nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentissero di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità nelle regole di cautela. L'art. 3 del d.l. Balduzzi non conteneva alcun richiamo, nella perimetrazione dell'ambito applicativo della disciplina introdotta, al canone della perizia, né alla particolare difficoltà del caso clinico; da ultimo è stata posta l'attenzione su come lo stesso art. 3 riguardasse il solo canone del grado della colpa, costituente l'impianto normativo delineato dal decreto Balduzzi. In altra pronuncia coeva[13], i giudici di legittimità, chiamati a pronunciarsi su di un caso di isterectomia per via laparoscopica, nel corso della quale era stato leso l'uretere con conseguente indebolimento permanente della parete addominale nonché della funzione addominale, hanno pronunciato una sentenza che rappresenta una delle prime aperture giurisprudenziali al profilo della diligenza. In particolare, la Cassazione ha ritenuto, per un verso, accertata la presenza di una condotta colposa, mentre per l'altro, ha censurato la supposta inapplicabilità dell'art. 3, co. 1, l. n. 189 del 2012 al caso di specie, in quanto la valutazione della condotta in questione sarebbe attenuta alla sfera della diligenza del terapeuta, a ciò aggiungendo che la nuova normativa non potesse ritenersi applicabile esclusivamente in riferimento ai casi di speciale difficoltà. Contrariamente a quanto sostenuto in precedenza da altro orientamento, gli stessi giudici hanno ritenuto opportuno precisare che, per quanto tale disciplina trovasse il suo terreno d'elezione nell'ambito della perizia, non poteva, tuttavia, escludersi che «*le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella dell'adeguatezza professionale*». Nel percorso motivazionale gli ermellini hanno, altresì, ribadito che il rilievo probatorio delle linee guida era indubbio ma non esaustivo, e la loro applicazione non poteva avvenire in maniera del tutto meccanicistica, in quanto

[13] Cass. Pen. Sez. IV, del 9.10.2014 (dep. 17.11.2014), n. 47289.

l'osservanza delle linee guida non escludeva di per sé la responsabilità del medico. In un altro caso di responsabilità di un sanitario per un'imprudente manovra di inserimento della guida metallica di un catetere vascolare di tesio, con conseguente morte del paziente per tamponamento cardiaco, la Corte ha fatto proprio l'orientamento contrario.

Nel caso di specie si è affermato, infatti, che in tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità per colpa lieve prevista dall'art. 3, l. 189 del 2012, operava soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida, e non si estendeva agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee guida contenevano solo regole di perizia[14]. Ad avviso della Corte, i giudici di merito avrebbero adeguatamente motivato il proprio convincimento sull'esistenza di una manovra impropria posta in essere dal medico imputato, durante l'operazione di incannulazione del catetere vascolare da sostituire, che di fatto era risultato parzialmente occluso. Proprio a causa della situazione del precedente presidio, secondo la ricostruzione del perito del PM e dei consulenti nominati dal Gup, il sanitario aveva forzato eccessivamente e incautamente la guida metallica strumentale a tale intervento, che aveva urtato con la sua estremità distale la parete atriale perforandola. Tale manovra ha violato la regola generica di prudenza che consigliava di non forzare eccessivamente l'introduzione della guida metallica a fronte di una riscontrata resistenza e, prima ancora, di tentare tutto il possibile per operare nella massima sicurezza. Nel caso in esame, pertanto, il fondamento della colpa del sanitario non è stato individuato nella violazione delle linee guida ma nella imprudente manovra dallo stesso posta in essere durante l'intervento, mentre è stato fatto richiamo all'eventuale violazione delle linee guida solo con riferimento alla fase preparatoria all'operazione, sottolineandone comunque l'irrilevanza ai fini della decisione.

4. La Gelli-Bianco e la scomparsa della colpa lieve dal panorama normativo

Con legge n. 24 dell'8 marzo 2017 il legislatore è intervenuto nuovamente nel campo della responsabilità penale del sanitario con l'art. 6 che a breve vedremo, mentre al successivo art. 7 ha modificato anche il campo della responsabilità civile, riconducendola al paradigma aquiliano *ex* art. 2043 c.c., e disattendendo così l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che da anni la riconduceva all'alveo della responsabilità contrattuale[15].

---

[14] Cass. Pen. Sez. IV, del 20.03.2015 (dep. 23.04.2015), n. 16944.

[15] Cass. Civ. Sez. III, del 22.01.1999, n. 589, la quale stabilì che l'obbligazione del me-

Come anticipato, l'art. 6 si è occupato dei profili penali della responsabilità del medico. Lo ha fatto introducendo al comma primo l'art. 590 *sexies* c.p., mentre con il comma 2 si è abrogato l'art. 3 della legge Balduzzi. Tale abrogazione si è dimostrata un intervento significativo in considerazione dell'elaborazione che è stata eseguita sull'ambito di operatività e di applicabilità di quella disciplina. All'approvazione della Gelli-Bianco si è accompagnata l'introduzione di una nuova disciplina articolata in due passaggi normativi. Il primo, ritenuto dalla dottrina, del tutto privo di autentico significato innovativo, è la proposizione secondo cui nel caso di lesioni e omicidi colposi commessi nell'esercizio dell'attività sanitaria troveranno applicazione le pene previste agli artt. 589 e 590 c.p.

La reale portata innovativa è stata quella introdotta con il secondo passaggio dell'art. 590 *sexies* con cui si è disposto che la punibilità è esclusa in caso di lesione (art. 589 c.p.) o morte (590 c.p.) che si siano verificate a causa di imperizia. Secondo parte della dottrina formatasi nell'immediatezza della sua introduzione, la legge Gelli-Bianco avrebbe tenuto conto del dibattito sviluppatosi in merito all'estensione applicativa della regola Balduzzi, in particolare a partire dalla pronuncia Cantore, delimitandone l'operatività alla sola colpa per imperizia[16].

Certo è che, quando l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa. Quindi il legislatore ha previsto un esplicito esonero di

---

dico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Consegue che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale, in *Foro Italiano*, vol. 122, n. 11, novembre 1999. Si vedano anche Cass. Civ., Sez. III, dell'1.02.2011, n. 2334; Cass. Civ. Sez. III, del 19.05.2011, n. 11005; Cass. Civ., Sez. III, del 20.03.2015, n. 5590.

Con la successiva pronuncia della Cass. Civ. SS. UU., del 20.11.2007 (del. 11.01.2008), n. 577, si affermò definitivamente l'inquadramento della responsabilità del singolo medico operante nella struttura sanitaria nella sfera della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporti la conclusione di un contratto. La fonte del rapporto che si instaura tra paziente ed ente ospedaliero (o casa di cura privata) è un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente) pubblica o privata, accanto a quelli di tipo *latu senso* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze (assistenza sanitaria).

[16] Cass. Pen. Sez. IV, del 29.01.2013 (del. 9.04.2013), n. 16237.

punibilità quando sono state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero in mancanza di queste le buone pratiche clinico-assistenziali, e sempre che queste raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto.

Prima di illustrare le posizioni dottrinarie formatesi sul punto[17], è bene evidenziare che l'art. 590-*sexies* c.p. si è caratterizzato dal fatto che è venuto meno ogni riferimento alla distinzione fra colpa grave e colpa lieve. Non si è riscontrato più alcun riferimento alla colpa lieve come nella legge Balduzzi, la quale prevedeva che non potesse essere ritenuto responsabile il medico che aveva osservato le linee guida o le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nei casi in cui fosse a lui contestata una colpa "solo" lieve; era bensì necessaria la colpa grave perché l'area del penalmente rilevante potesse ipotizzarsi. Con la legge Gelli-Bianco la distinzione tra colpa lieve e colpa grave è scomparsa.

Le condizioni alla cui presenza l'art. 590-*sexies* c.p. ha consentito l'operabilità della causa di non punibilità sono essenzialmente tre:

a) che il medico sia incorso in colpa per imperizia;
b) che abbia nel suo operato osservato determinate tipologie di linee guida;
c) che queste linee guida siano risultate adeguate alle specificità del caso concreto.

In presenza di queste tre condizioni opererà la clausola di non punibilità; qualora queste condizioni non ricorrano non potrà applicarsi né l'art. 590-*sexies* c.p. né la legge Balduzzi in quanto abrogata, con conseguente ritorno del dibattito ante-Balduzzi, ossia quello svoltosi dalla giurisprudenza dal 1973 alla successiva Cassazione che riteneva l'art. 2236 c.c. non applicabile alle ipotesi di responsabilità medica, salvo i casi eccezionali.

Prima di procedere con l'esame delle condizioni di fruibilità della clausola di non punibilità di cui alla legge Gelli-Bianco, è importante segnalare che l'art. 590-*sexies* c.p. ha introdotto una novità di significativa importanza laddove ha previsto che l'osservanza delle linea guida determina, al ricorrere delle altre condizioni, un esonero da punibilità solo ove si tratti di linee guida e raccomandazioni definite e pubblicate ai sensi della legge.

Ciò è avvenuto mediante il rinvio operato dall'art. 590-*sexies* all'art. 5 della legge Gelli-Bianco, che si occupa delle linee guida, prevedendo che

[17] P. Piras, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 marzo 2017; G. Di Biase, *La riforma della responsabilità medica: profili di diritto penale e processuale penale*, in www.neldiritto.it.

gli esercenti delle professioni sanitarie nell'esercizio della loro attività con finalità diagnostiche, terapeutiche, riabilitative, medico-legali si debbano attenere alle linee guida pubblicate ai sensi dell'art. 3 e rielaborate dalle istituzioni pubbliche e private, nonché da società scientifiche e associazioni iscritte in un apposito elenco, regolamentato con decreto del Ministro della Salute. L'espresso riferimento alle specificità del caso concreto è il chiaro frutto del consapevole esame che la giurisprudenza in passato ha fatto sulla scelta delle linee guida rilevanti ai fini della colpa. Ancora, l'art. 5, comma 3 ha previsto che queste linee guida e i loro aggiornamenti siano integranti nel sistema nazionale delle linee guida disciplinate con decreto del Ministro della Salute. In particolare, la pubblicazione avviene a cura dell'Istituto superiore di sanità previa verifica della conformità della metodologia adottata dall'elaborazione delle linee guida da parte degli enti privati pubblici, società scientifiche e associazioni a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto.

In sostanza si è affermato che, in costanza della legge Balduzzi, le linee guida la cui osservanza determinava implicazioni in punto di definizione del regime di responsabilità penale del medico erano quelle di cui si lamentava un deficit in termini di tassatività e certezza. Potenzialmente esse potranno essere elaborate da qualunque ente, società scientifica, struttura ospedaliera, associazione, di società scientifiche ecc., con conseguente deficit di tassatività della fattispecie penale. La loro osservanza poteva incidere nella descrizione del precetto penale determinando sotto la legge Balduzzi il rilievo della sola colpa grave e l'irrilevanza della colpa lieve.

Alla luce della legge Gelli-Bianco, soltanto l'osservanza delle linee guida elaborate e pubblicate ai sensi della legge, *ex* art. 5, può escludere una responsabilità dei sanitari, previa verifica circa la coerenza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida con gli standard definiti dallo stesso Istituto superiore di sanità, contestualmente alla verifica delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni contenute nelle stesse[18].

[18] Il Ministero della Salute, con decreto del 27 febbraio 2018 ha aggiornato il Sistema Nazionale delle Linee guida (SNLG), che era stato istituito nel 2004. Il SNLG è istituito presso l'Istituto Superiore della Sanità e la sua gestione è attribuita ad un Comitato strategico composto da varie figure professionali, tra le quali il direttore della ricerca e dell'innovazione in sanità e il direttore generale dell'Agenzia italiana del farmaco. Il Comitato, in base a quanto indicato nel Decreto, definisce le priorità del SNLG in merito alle tematiche cliniche, di salute pubblica e organizzative, tenendo conto di una serie di criteri. Gli enti pubblici e privati, così come le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle profes-

All'Istituto è stato pertanto demandato il compito di dichiarare quali siano le linee guida la cui osservanza è obbligatoria per il medico, condizione per l'invocabilità della causa di non punibilità contemplata dall'art. 590-*sexies* c.p.

Non è mancato chi in dottrina ha sostenuto che tale novità legislativa abbia in qualche modo risposto alle critiche mosse alla legge Balduzzi nella parte in cui assegnava rilievo a qualsiasi linea guida[19]; in tal senso la Gelli-Bianco è parsa orientata a soddisfare le esigenze di certezza e tassatività rimaste insoddisfatte con la precedente Balduzzi.

Al contempo, la nuova disciplina, che prevede che debbano essere osservate solo le linee guida pubblicate previa verifica dell'Istituto superiore di sanità quale condizione per l'invocazione della causa di non punibilità, rischia di portare all'affermazione di una "medicina di stato" suscettibile di frenare il progresso scientifico e di andare a detrimento degli stessi pazienti[20].

Alla luce della novella legislativa i medici non potranno più attenersi a linee guida di generica diffusione, ma esclusivamente a quelle vagliate dall'Istituto superiore di sanità, trovando così soddisfazione le ragioni di certezza, da un lato, e rischiando, dall'altro, di contribuire a una medicina eccessivamente burocratizzata, coordinata tanto nelle raccomandazioni fornite a medici e a pazienti quanto alle metodologie da seguire dall'Istituto.

La causa di non punibilità è invocabile a condizione che ricorrano i tre richiamati fattori, cioè che il soggetto sia incorso in colpa per imperizia, che abbia osservato le linee guida elaborate e pubblicate ai sensi dell'art. 5, e che le linee guida siano risultate adeguate alla specificità del caso concreto. Diversi autori[21] hanno affermato che questa regola sia volta a escludere la punibilità al ricorrere delle suddette condizioni, ma all'atto pratico non potrà mai trovare applicazione poiché lo spazio concreto di applicabilità percepibile *ex ante* mancherebbe. Si è, infatti, sostenuto che ferma la necessità delle tre condizioni: colpa per imperizia, osservanza delle linee guida e

---

sioni sanitarie iscritte nell'elenco contenuto in un apposito decreto, possono elaborare delle proposte di linee guida le quali saranno successivamente valutate dal Comitato.

[19] P.F. Poli, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2017; P. Piras, *Imperitia* cit.

[20] G. Di Biase, *La riforma della responsabilità medica: profili di diritto penale e processuale penale*, commento alla Legge Gelli-Bianco, www.neldiritto.it, 2017.

[21] G. Di Biase, *La riforma* cit., e P. Piras, *Imperitia* cit.

adeguatezza delle linee guida alla specificità del caso concreto, la presenza delle ultime due comporterebbe l'inevitabile assenza della prima condizione. Gli autori hanno sostenuto che qualora un medico osservi le linee guida e queste siano adeguate alla specificità del caso concreto, non ci può essere colpa intesa nel più ampio concetto di colpa *tout court* perché, come si è potuto osservare nella vigenza della Legge Balduzzi, la colpa sussiste qualora il medico abbia osservato le linee guida ma se ne sia dovuto discostare in considerazione delle specificità del caso concreto, che gli suggerivano una condotta diagnostica e terapeutica diversa[22]. Se le linee guida risultano adeguate alle specificità del caso concreto come pretende l'art. 590-*sexies* c.p., perché si possa invocare la causa di non punibilità manca una colpa ravvisabile: a fronte di una condotta sanitaria coerente con la linea guida consistente nel non essersi discostato dalla linea guida in considerazione del caso concreto, la valorizzazione del fatto che la linea guida sia risultata adeguata alla specificità del caso concreto elimina in radice una colpa ravvisabile.

Dopodiché, se questa causa di non punibilità non avesse spazio di concreta operatività o se anche la giurisprudenza dovesse riuscire a ricostruire uno spazio di concreta operabilità relativamente alla colpa per imperizia, la colpa in senso ampio (prima ipotesi) o la colpa per negligenza e imprudenza (seconda ipotesi) rimarrebbero in ogni caso escluse. Tutti gli altri casi, una volta abrogata la legge Balduzzi, non potrebbero che tornare a essere disciplinati dagli orientamenti pretori cui si è dato conto con riferimento alla Balduzzi e che rivivrebbero nella loro rinnovata attualità.

Con la legge Gelli-Bianco si è altresì creato un problema intertemporale, perché una volta abrogata la legge Balduzzi che conteneva una regola di limitazione della responsabilità e una regola volta, oltre a escludere il rilievo penale della colpa lieve, a riconoscere rilievo penale solo alla colpa grave con conseguente parziale *abolitio criminis*, come la giurisprudenza di cassazione sotto la vigenza della legge Balduzzi ha sostenuto[23]. Alla luce

---

[22] A tale riguardo si veda C. Ascani, *La responsabilità penale del medico in relazione all'omessa diagnosi differenziale*. Nota a Cassazione penale, Sez. V, 5 maggio 2016 (ud. 3 febbraio 2016), n. 18895, in *Cultura giuridica e Diritto vivente* 4, 2017 e P. Piras, *La diagnosi differenziale in medicina: principi giurisprudenziali*, nota a Cass. Pen. Sez. IV, del 12.07.2011 (dep. il 26.09.2011) n. 34729 e Cass. Pen. Sez. IV, del 27.09.2011 (dep. il 14.10.2011) n. 37043.

[23] Si veda tra le tante Cass. Pen. Sez. IV, dell'11.03.2014 (dep. il 7.04.2014), n. 15495, in cui si è affermato che la norma, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'a-

dell'abrogazione della legge n. 189 del 2012, rivive la regola per cui anche la colpa lieve assume per così dire rilevanza penale. È una regola che, potenzialmente, potrebbe portare all'introduzione di una nuova incriminazione della condotta del medico che incorra in colpa lieve pur nell'osservanza delle linee guida, destinata, tuttavia, a essere applicata per l'effetto dell'art. 25 comma 1 Cost e dell'art. 2 comma 1 c.p. solo ai fatti commessi dopo il 17 marzo 2017, data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge Gelli-Bianco. Rimarrà esclusa ogni possibilità di applicazione retroattiva ai fatti verificatisi sotto la vigenza della legge Balduzzi, nonché ai fatti verificatisi prima della Balduzzi, anche se coperti dal giudicato. La Cassazione ha affermato che ci si trova in presenza di un'*abolitio criminis* parziale[24], e in quanto tale si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 2 c.p. e non dell'art. 2 comma 4 c.p.

5. Il contrasto interpretativo in tema di Gelli-Bianco e il concetto di colpa cd. intermedia cristallizzata dalle Sezioni Unite n. 8770 del 22 febbraio 2018

I dubbi circa la portata innovativa della legge Gelli-Bianco hanno aperto un contrasto interpretativo all'interno della Suprema Corte di Cassazione[25], sfociato, da ultimo, nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 8770 del febbraio 2018, il cui intervento ha messo la parola fine alla discussione con evidente volontà di oltrepassare il dato normativo a favore di superiori istanze concrete.

La mancanza di chiarezza e linearità del nuovo art. 590-*sexies* c.p., ha dato luogo a differenti e contrapposte letture, in seno alla quarta sezione penale della Corte di Cassazione.

In particolare, con la pronuncia del 20 aprile 2017 n. 28187, Tarabori,

---

gente sia quello della diligenza. Ha affermato che la norma esclude, limitatamente al profilo dell'imperizia, la rilevanza penale della colpa lieve, e non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee guida contengono solo regole di perizia, con nota di G. Amato, *Responsabilità del medico: in caso di colpa grave deve essere esclusa la non punibilità della condotta*, in *Guida al diritto* 25, 2014, p. 84.

[24] Cass. Pen. Sez. IV, del 20.04.2017 (dep. 7.06.2017), n. 28187, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. P.C. Tarabori; Cass. Pen. Sez. IV, del 16.03.2017 (dep. 30.03.2017), n. 16140, Pres. Romis, Rel. Montagni.

[25] Fra i primi contributi sul punto si veda C. Cupelli, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 11, 2017, pp. 244-249.

la Corte di legittimità ha fornito un'interpretazione particolarmente restrittiva della riforma "Gelli-Bianco", affermando che «*la lettura della nuova norma suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili, subito messi in luce dai numerosi studiosi che si sono cimentati con la riforma. Si mostrano, in effetti, incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo. Ancor prima, si ha difficoltà a cogliere la ratio della novella". Infatti, una interpretazione letterale dell'art. 590-sexies cp, avrebbe portato ad escludere la punibilità "anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento tipico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata*». Tale sentenza ha sancito, quindi, che ai fini dell'esclusione della punibilità, non assumono alcun rilievo le condotte mediche viziate da errori manifesti nell'applicazione delle seppur corrette linee guida. In questa circostanza si era arrivati a ipotizzare l'incostituzionalità del nuovo art. 590-*sexies* c.p. sia rispetto all'articolo 32 Cost. «*implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge, di protezione del diritto alla salute*», sia riguardo all'articolo 3 Cost., poiché si sarebbe venuto a instaurare, rispetto alla responsabilità professionale del sanitario, un regime normativo «*irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili*».

Inoltre, riferendosi alla successione temporale delle leggi penali, i giudici hanno sostenuto che il nuovo regime si applichi solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma, mentre per i fatti anteriori, quando pertinenti, possa trovare applicazione la (ritenuta) più favorevole normativa del decreto Balduzzi.

A pochi mesi di distanza, sempre la medesima sezione quarta, è intervenuta nuovamente sul punto con la sentenza del 19 ottobre 2017, n. 50078, Cavazza, nella quale ha adottato una soluzione ermeneutica di segno contrario. Tale decisione ha proposto, infatti, la piena valorizzazione delle finalità della legge attraverso una lettura strettamente letterale dell'articolo 590-*sexies* c.p. riconoscendo la presenza di una causa di "esclusione della punibilità" applicabile alle sole ipotesi di imperizia, subordinata al rispetto delle linee guida ufficiali. Ciò che si potrebbe porre al di fuori dell'area di punibilità sarebbe solo l'errore nella fase esecutiva, «*in punto di responsabilità emerge, infatti, con chiarezza che il profilo di colpa è stato individuato nella imperizia nella concreta esecuzione dell'intervento e non nella scelta dello stesso*».

Con l'introduzione della non punibilità, il fine del legislatore sarebbe quello di prevenire il ricorso alla c.d. medicina difensiva, ossia la tendenza dei medici a modificare il loro comportamento professionale nel timore di procedimenti giudiziari.

Per risolvere questo conflitto interpretativo si è giunti, ai sensi dell'art. 610 comma 2 c.p.p. alle Sezioni Unite, affinché le stesse potessero chiarire «*quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte e lesioni, l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-sexies cod. pen. introdotta dalla legge 8 marzo 2017, n. 24*».

All'esito di una complessa motivazione, con sentenza n. 8770 in data 21 dicembre 2017, il più alto consesso della Cassazione ha affermato che «*l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica nei seguenti casi:*

a) se l'evento si è verificato per colpa anche lieve dettata da imprudenza o negligenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa anche lieve dettata da imperizia quando (nell'esecuzione dell'intervento) il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa anche lieve dettata da imperizia nella individuazione e nella scelta della tipologia di intervento e delle relative linee guida (imperizia in eligendo) che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa grave dettata da imperizia nell'esecuzione dell'atto medico quando il medico abbia comunque scelto e rispettato le linee guida adeguate al caso concreto».

Dunque, secondo le Sezioni Unite l'ipotesi di non punibilità, ex art. 590-*sexies*, comma 2 c.p., non sarebbe mai applicabile ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né in ipotesi di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse.

Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite ha ripristinato, seppur parzialmente, la situazione normativa nel campo della responsabilità medica allo status successivo all'entrata in vigore del decreto Balduzzi del 2012, avendo, di fatto, reintrodotto la distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

MARIA LUISA BICCARI*

COLPA GRAVE NEL DIRITTO PENALE E CRIMINALE ROMANO: RIFLESSIONI A MARGINE DELLA LETTURA DEI LIBRI TERRIBILES *DEL DIGESTO*

SOMMARIO: 1. "*Crimina*" e "*delicta*": precisazioni terminologiche – 2. La *culpa* nei *libri terribiles* del Digesto – 3. La *culpa lata* nei *libri terribiles* del Digesto

1. "*Crimina*" e "*delicta*": precisazioni terminologiche

La prima difficoltà che si incontra accostandosi allo studio del diritto penale romano è quella di valutarne l'"autonomia concettuale e scientifica"[1].

Ci si trova, infatti, inevitabilmente trascinati in un dibattito che ha radici molto lontane e che ha visto da sempre gli studiosi interrogarsi sulle ragioni per cui, pur di fronte all'affermazione di principi e norme specifiche per la repressione dei fatti illeciti, la scienza giuridica romana non sia mai riuscita ad elaborare un "diritto penale" autonomo rispetto ad altri sistemi giuridici di riferimento, quali, per fare degli esempi, *ius civile*, *ius privatum*, *ius publicum*, etc.[2].

---

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

[1] La bibliografia sul punto è sterminata: mi limito ai recenti lavori di F. PULITANÒ, *Sull' "autonomia" del diritto penale romano. Prime considerazioni*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* XI, 2018 (cui si rinvia anche per l'ampia discussione e la letteratura indicata); S. GALEOTTI, *'Delictum' e 'crimen': la qualificazione dell'illecito nell'esperienza giuridica romana*, in *LEGAL ROOTS* 7, 2018, p. 3 ss.; L. GAROFALO (a cura di), '*Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli 2019.

[2] In tal senso non devono stupire le parole di TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899), rist. Aalen 1990, p. 525, il quale avvertiva che «la costruzione di un diritto penale romano, concetto che la scienza giuridica romana stessa non ha stabilito, non può che essere realizzata senza un certo arbitrio». Il giudizio dello stesso Ferrini, che pure dedicò molto interesse al diritto penale romano, non fu dei più positivi: «il diritto punitivo romano per la mancanza di coesione, per le molteplici lacune, che sotto l'impero lasciavano larga parte

Si deve subito chiarire un punto: il significato che oggi si è soliti attribuire all'espressione "diritto penale" non trova riscontri, se non in minima parte, nella realtà di Roma antica; anzi il confronto con la nozione attuale potrebbe addirittura condurre a fraintendimenti nella ricerca romanistica[3].

Nella dottrina moderna, il diritto penale viene infatti sostanzialmente definito come quella branca del diritto pubblico che mira a punire i comportamenti lesivi di valori di interesse collettivo e che si caratterizza per la previsione di una pena: alla voce "Diritto penale" si legge che il «diritto penale è quella parte del diritto che ha comunque per oggetto delle pene», trattandosi di un insieme di norme che si qualificano per il fatto di stabilire una pena come conseguenza di un illecito[4]. È, dunque, l'elemento dell'offesa e della lesione di un bene giuridico che rappresenta un valore per la società, connesso ad una sanzione, a definire oggi la categoria del diritto penale.

Invero – scrive Ugo Brasiello – i Romani «si sono prima convinti della necessità di impedire o reprimere un fatto, che accertare che quel fatto costituiva un crimine e rappresentava la violazione di una norma»[5]. Proprio questo approccio alla materia, senz'altro opposto a quello odierno,

---

all'arbitrio, per la diversa natura della procedura non ha potuto offrire materia ad un'elaborazione scientifica pari a quella del diritto privato e non ha potuto a sua volta risentire in così larga misura l'influsso benefico della scienza», per quanto – dato questo che merita di essere valorizzato – lo studioso non nascose l'importanza di simile materia, appunto «tale da meritare l'attenzione e lo studio dei moderni e da offrire notevoli insegnamenti» (C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (1902), rist. Roma 1976, p. 9).

[3] Sul punto in particolare G. Bassanelli Sommariva, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della sacertà)*, in *BIDR* 89, 1986, p. 327, che mette ben in evidenzia come le categorie concettuali moderne siano inadatte per la comprensione del diritto penale romano, e F. Zuccotti, *'Furor' e 'eterodossia' come categorie sistematiche della repressione criminale romana*, in *Studi economico-giuridici IV. Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di O. Diliberto, Napoli 1993, p. 273 ss.

[4] Cfr. F.P. Gabrieli, R. Dolce, "*Diritto penale (Diritto vigente)*", in *NNDI* 5, Torino 1960, p. 967; ma anche G. Delitala, "*Diritto penale*", in *ED* 12, Milano 1964, p. 1095, dove è scritto che il diritto penale si caratterizza per «la particolarità della sanzione, o meglio la specificità delle misure che conseguono alla realizzazione delle fattispecie descritte da questo gruppo di norme». Anche nei manuali contemporanei si fa riferimento all'attinenza del diritto penale con le sanzioni, tanto che «le sue norme non si individuano in base alla materia regolata dal comando o dal divieto, bensì in base al tipo di sanzione comminata per la sua inosservanza»: così T. Padovani, *Manuale di diritto penale*[11], Milano 2017, p. 1 s.

[5] U. Brasiello, "*Diritto penale (Diritto romano)*", in *NNDI* 5 cit., p. 961.

imperniato dapprima sull'imposizione della pena poi sulla definizione del comportamento da vietare e da reprimere, caratterizzerebbe, come è stato osservato, il diritto penale romano.

Peraltro, come noto, l'evoluzione dei fatti illeciti ha avuto nel corso della storia di Roma vicende molto particolari, sullo sfondo delle quali si è andata formando – come è altrettanto noto – la distinzione fra *delicta* e *crimina*.

Il tema rimanda indubbiamente alla fase protostorica di Roma, quando la repressione dei reati era lasciata, in una pluralità di situazioni, alla reazione personale dell'offeso: dall'uso della violenza per rispondere all'ingiusta lesione subita, secondo la famosa massima del *vim vi repellere licet*[6], all'utilizzo della forza direttamente contro altri privati per rimuovere uno stato di fatto contrario al proprio interesse[7]. E questa prospettiva, dell'autotutela e della difesa privata, è particolarmente interessante, perché è da essa che prese avvio la "storia" del processo civile romano, deputato a punire quei comportamenti – poi stigmatizzati nei *delicta privata* (furto, rapina, danneggiamento, *iniuria*) – che incidevano su interessi privati della persona lesa[8].

In questo processo di progressiva repressione dell'esercizio arbitrario

---

[6] Il divieto del ricorso all'uso della forza trova un certo riscontro nella disciplina degli interdetti, dove al singolo è data la possibilità di tutelare la propria situazione possessoria da atti violenti altrui, mediante una pronuncia d'interdizione da parte del pretore: «è quello della tutela interdittale, dunque, – in particolare quello degli interdetti più risalenti fra tutti: proprio i proibitori – il settore in cui per la prima volta fu attribuito rilievo giuridico negativo alla *vis*», L. Labruna, *Vim fieri vero. Alcune radici di una ideologia*, Napoli 2012, p. 13.

[7] Sul tema A. Biscardi, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti*, Milano 1973, p. 5 ss.: l'analisi dello studioso circa le ipotesi in cui era riconosciuta l'autotutela dimostra chiaramente come per un lungo periodo di tempo nella società romana, all'utilizzo della forza e più in generale della vendetta privata dell'offeso o dei suoi familiari non venne attribuito alcun rilievo giuridico di tipo negativo. E gli esempi sono noti, dall'omicidio volontario (*lex Numae* 16, *si qui nomine liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*); al furto flagrante notturno (Tab. 8.12, *si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*) e diurno con resistenza armata (Tab. 8.13, *luci ... si se telo defendit ... endoque plorato*); ed ancora la distruzione del raccolto altrui, *fruges aratro quaesitae* (Tab. 8.9, *suspensum Caereri necato*); l'incendio doloso (Tab. 8.10, *igni necato*); etc.

[8] In merito all'emersione dell'azione penale privata (e dunque della categoria dei *delicta*) rinvio, fra i tanti, a F. De Visscher, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in *RHD* VII, 1928, p. 335; P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, p. 10 ss.; E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*[2], Milano 1955, p. 176; B. Albanese, v. "*Illecito (storia)*", in *Scritti giuridici* I, a cura di M. Marrone, Palermo 1991, in part. p. 815 ss.; M. Talamanca, v. "*Obbligazioni (storia) a) Diritto romano*", in *ED* XXIX, Milano 1979, p. 3 s., 13 s.; G. Valditara, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino 2015, p. 27.

della forza e della vendetta privata, come strumenti per tutelare interessi individuali, va segnalata una certa sempre maggiore invadenza delle esigenze sociali dello Stato, nella misura in cui la commissione di un fatto illecito veniva a rappresentare un pericolo per la sopravvivenza e il benessere dell'intera comunità cittadina: ciò portò a trasformare in *crimina* molti dei più comuni reati. E in questa logica si generò, a partire dall'età repubblicana, la distinzione fra *delicta* e *crimina*, entrambi indirizzati alla punizione per il reo, ma variando la modalità di persecuzione processuale, che nel caso dei *delicta* era per l'appunto il processo privato, mentre per i *crimina* il processo pubblico.

Sullo sfondo di queste considerazioni, andare alla ricerca del contenuto e del ruolo della *culpa*, in specie della *culpa lata*, nel diritto penale e criminale romano potrebbe essere impresa non facile. Il tema è d'altra parte così ampio che non potrebbe essere svolto se non a grandi linee, tra l'altro note nella letteratura.

Già Arangio-Ruiz rilevava come il concetto di *culpa lata* fosse ravvisabile solo nel campo del diritto privato, con ciò comprendendo comunque, nell'ottica degli antichi Romani, sia il torto civile sia il torto penale[9]. Rispetto a questa estraneità della *culpa lata* dal diritto criminale si potrebbe replicare, seguendo l'insigne studioso, che l'elemento soggettivo richiesto nei *crimina* sarebbe stato sempre e soltanto il dolo; ma se la *culpa lata* deve qualificarsi come un "dolo attenuato" o, per dirla con i medievali[10], un "dolo presunto", non si vede perché non potrebbe sussistere anche in ambito criminale. Circostanza, questa, che comunque deve essere verificata.

Propongo qui qualche spunto di riflessione sul possibile contenuto "criminale" della *culpa lata*, attraverso la lettura e l'analisi di alcuni testi dei libri 47 e 48 del Digesto, i cosiddetti *libri terribiles*.

---

[9] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Napoli 1933, p. 220 ss.

[10] Sulla categoria dogmatica del "dolo presunto", elaborata da Azzone nella *Summa codicis* ed accolta poi nella *Glossa*, si rimanda alle riflessioni di U. Agnati, *Il commento di Bartolo di Sassoferrato alla 'lex quod Nerva' (D. 16.3.32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino 2004 e *Responsabilità del depositario e del debitore. D. 16.3.32 (lex quod Nerva) nelle interpretazioni di Azzone e Accursio*, in *SDHI* LXXV, 2009, p. 322 ss. Ed altresì, sulla sua scia, ai lavori di L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, pref. di G. Negri, Milano 2006, in particolare p. 24 ss.; M. Varvaro, *«Latior culpa dolus est»*, in *Index* 35, 2007, p. 233 ss.

2. La *culpa* nei *libri terribiles* del Digesto

Nella settima ed ultima parte del Digesto, che complessivamente comprende cinque libri, dal 45 al 50[11], trovano spazio – come noto – i due *libri terribiles*. In essi si parla delle diverse fattispecie di reato, tendenzialmente criminali ma con riferimenti anche ai *delicta*, del modo di punirli, dei compiti del giudice, etc.[12]:

> C. 1.17.2.8a: *Imperator Justinianus*. Et post hoc duo terribiles libri positi sunt pro delictis privatis et extraordininari nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarumque atrocitatem. quibus permixta sunt et ea quae de audacibus hominibus cauta sunt, qui se celare conantur et contumaces existunt: et de poenis, quae condemnatis infliguntur vel conceduntur, nec non de eorum substantiis. (*Data septimo decimo kalendas ianuarius Constantinopoli dn. Iustiniano PP. A. III consule*) (533).

L'imperatore dice che *duo terribiles libri positi sunt pro delictis privatis et extraordininariis nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarumque atrocitatem* («ci sono poi i due libri terribili sui delitti privati e straordinari e sui reati pubblici, che includono tutti pene severe e atroci»). Così risulta, già da un primo spoglio delle rubriche, del libro 47: dopo il titolo D. 47.1 dedicato ai delitti privati (*De privatis delictis*), si legge infatti una lunga elencazione di reati in cui rientrano anche alcune situazioni che potrebbero integrare fattispecie di tipo più propriamente

---

[11] Il riferimento è alla suddivisione in sette parti del Digesto, attuata dallo stesso Giustiniano nella costituzione *Tanta* (§§ 2-8), che – come noto – prevedeva nella prima parte (*prota*, libri 1-4) i principi generali sul diritto e sulla giurisdizione; nella seconda (*de iudiciis,* libri 5-11) le nozioni riguardanti la dottrina generale delle azioni e la tutela della proprietà e degli altri diritti reali; nella terza (*de rebus*, libri 12-19) la trattazione delle obbligazioni e dei contratti; nella quarta (*umbilicus*, libri 20-27) le questioni sui rapporti giuridici di famiglia; nella quinta (*de testamentis*, libri 28-36) le tematiche di eredità, legati e fedecommessi; nella sesta (libri 37-44) il discorso sull'eredità pretoria ed altri istituti come il possesso; ed, infine, nella settima (libri 45-50) l'analisi della *stipulatio* ed istituti connessi, diritto penale, *appellatio*, diritto municipale.

[12] Per un'analisi dettagliata della struttura dei *libri terribiles* si rinvia, per tutti, a A.M. Giomaro, *Il Codex repetitae praelectionis*, Roma 2001, in particolare, nell'ambito del capitolo terzo, il paragrafo "Considerazioni su un'ipotesi di derivazione dei *libri terribiles* del Digesto", p. 235 ss.

"civile". Sono il furto (47.2, *De furtis*), il danneggiamento di edifici o della vigna (47.3, *De tigno iuncto*), la sottrazione dell'eredità prima dell'adizione della medesima da parte dello schiavo, chiamato alla libertà per testamento (D. 47.4, *Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur*); e ancora il furto commesso da armatori, locandieri e titolari della stazione di cambio degli animali o da loro sottoposti (D. 47.5, *Furtis adversus nautas caupones stabularios*); il furto commesso dai servi (D. 47.6, *Si familia furtum fecisse dicetur*); l'abbattimento furtivo di alberi (D. 47.7, *Arborum furtim caesarum*). La rassegna continua con la rapina (D. 47.8, *Vi bonorum raptorum et de turba*), l'incendio della nave (D. 47.9, *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*), l'ingiuria (47.10, *De iniuriis et famosis libellis*). Seguono poi i reati straordinari (D. 47.11, *De extraordinariis criminibus*), secondo una articolata trattazione: la violazione del sepolcro (D. 47.12, *De sepulchro violato*); la concussione (D. 47.13, *De concussione*); il furto di bestiame (47.14, *De abigeis*)[13]; la *praevaricatio* (D. 47.15, *De praevaricatione*)[14]; la *receptatio* (D. 47.16, *De receptatoribus*); il furto nei bagni (D. 47.17, *De furibus balneariis*); l'effrazione (D. 47.18, *De effractoribus et expilatoribus*); il furto dell'eredità giacente (D. 47.19, *Expilatae hereditatis*); lo stellionato (D. 47.20, *Stellionatus*); il *crimen termini moti* (D. 47.21, *De termino moto*)[15]; le associazioni illecite (D. 47.22, *De collegiis et corporibus*). Infine, a

[13] Da ultimo L. Minieri, *Abactum animal. Sulla repressione dell'abigeato in diritto romano*, Napoli 2018, il quale riflettendo sulla scelta dei compilatori del Digesto di dedicare un autonomo titolo *De abigeis*, con pochi brani, tra l'altro non particolarmente lunghi, all'ipotesi di furto di bestiame (piuttosto che continuare ad utilizzare la rubrica *De abactoribus* che sin dalle *Pauli Sententiae* aveva incluso anche il reato di abigeato), suppone che i commissari siano stati indotti da una «sorta di arcaismo o comunque di attenzione alle origini» che li avrebbe spinti ad inserire il termine *abigeus* pure nella rubrica.

[14] Per un inquadramento di questa fattispecie di reato cfr. R. Scevola, *La collusione nella prospettiva della giurisprudenza classica*, in L. Garofalo (a cura di), '*Crimina' e 'delicta'* cit., p. 335 ss., secondo il quale rappresenterebbe «l'antecedente storico, logico e tecnico della collusione» (*ivi*, p. 336). Per uno sguardo ai profili più propriamente criminalistici della *praevaricatio* si rimanda a B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*[2], Milano 1998, p. 181 ss. e S.A. Cristaldi, *La praevaricatio e la sua repressione dinanzi alle quaestiones perpetuae*, in *Revista general de derecho romano* 18, 2012, p. 1 ss.

[15] La fattispecie in esame prospetta una delle ipotesi di furto – per così dire – "qualificato", sicuramente molto frequente in materia di proprietà fondiaria, e cioè lo spostamento dei segni di confini: cfr. L. Minieri, *Il furto di terra nel tardo antico*, in *Iura and Legal System* 4, 2017, p. 6 ss.; L. Minieri, F. Lucrezi, *Sul furto di terra nel tardo antico*, in *AARC* XII, 2017, p. 235 ss.; e, con uno sguardo particolare all'ambito ebraico in cui risulta altresì particolar-

chiudere il libro, il titolo *De popularibus actionibus* (D. 47.23), dedicato alle azioni popolari.

Spostando l'attenzione sul libro 48 del Digesto, questo si apre con la rubrica *De publicis iudiciis* (D. 48.1) in cui vengono fissate le prime nozioni sulla natura dei delitti e dei giudizi pubblici, cui segue la descrizione di specifiche e particolari figure criminali che erano state disciplinate dalle leggi repubblicane, per poi passare in rassegna tutta una serie di contenuti più strettamente processuali. Pertanto si dice anzitutto degli atti che precedono il giudizio, ovvero dell'accusa e dell'iscrizione della causa (D. 48.2, *De accusationibus et inscriptionibus*)[16], della custodia e della presentazione del reo (D. 48.3, *De custodia et exhibitione reorum*). Vengono analizzati poi i singoli delitti pubblici in una serie di titoli che riguardano la lesa maestà (D. 48.4, *Ad legem Iuliam maiestatis*); l'adulterio (D. 48.5, *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*); la violenza pubblica (D. 48.6, *Ad legem Iuliam de vi publica*); la violenza privata (D. 48.7, *Ad legem Iuliam de vi privata*); l'omicidio e il veneficio (D. 48.8, *Ad legem Corneliam de sicaris et veneficis*); il parricidio (D. 48.9, *De lege Pompeia de parricidiis*); il falso (D. 48.10, *De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*); il *crimen repetundarum* (D. 48.11, *De lege Iulia repetundarum*); l'incetta di generi alimentari (D. 48.12, *De lege Iulia de annona*); il peculato (D. 48.13, *Ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegis et de residuis*); il *crimen ambitus* (D. 48.14, *De lege Iulia ambitus*)[17]; il plagio (D. 48.15, *De lege Fabia de plagiariis*). Si prosegue con tre titoli dedicati al procedimento criminale: l'*Ad senatus consultum Turpillianum et de abolitionibus criminum* (D. 48.16), il *De requirendis vel absentibus damnandis* (48.17) e il *De quaestionibus* (48.18), e altrettante tre rubriche sulle pene criminali e le loro conseguenze nel patrimonio del reo, D. 48.19, *De poenis*, D. 48.20, *De bonis damnatorum* e D. 48.21, *De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt*. Un titolo speciale riguarda poi la pena dell'interdizione e

---

mente attestato questo crimine, F. Lucrezi, *Il furto di terra e di animali in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* VII, Torino 2015.

[16] Sempre importante lo studio di M. Bianchini, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, che nell'analizzare gli atti introduttivi del processo penale romano dell'ultima età classica, a proposito di quell'attività del magistrato che è la *inscriptio* scrive che «costituisce l'intervento autoritativo, la vera ed efficace manifestazione di volontà del magistrato, nelle mani del quale sono ormai le redini del processo, sia stata o meno presentata un'accusa», *ivi*, p. 102.

[17] Sull'evoluzione del *crimen ambitus* dall'età repubblicana all'epoca imperiale si veda A. Trisciuoglio, *Studi sul crimen ambitus in età imperiale*, Milano 2017.

della relegazione (D. 48.22, *De interdictis et relegatis et deportatis*), per chiudere, infine, con i titoli sulla *restitutio* del condannato, anche sotto il profilo patrimoniale (D. 48.23, *De sententiam passis et restitutis*) e sulla sepoltura dei cadaveri dei condannati (D. 48.24, *De cadaveribus punitorum).*

Due libri, dunque, che contano complessivamente 47 titoli. Di fronte a questa importante rassegna relativa a fonti di natura squisitamente penale e criminale, colpisce il numero, davvero esiguo, di occorrenze della parola *culpa*: i passi interessati sono 18 nel libro 47[18] e 12 nel libro

[18] I testi del libro 47 del Digesto che citano il termine "*culpa*" sono:

D. 47.2.14.6 (Ulp. 29 *ad Sab.*), dove il termine compare tre volte, in tema di furto di schiavi dati in pegno;

D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*), relativamente al problema se il padre, al cui figlio è stata comodata la cosa, possa agire con l'*actio furti*;

D. 47.2.14.11 (Ulp. 29 *ad Sab*), che considera la connessione tra il "*culpam praestare*" dopo che è stato emanato l'interdetto e la legittimazione attiva all'*actio furti* del precarista;

D. 47.2.14.12 (Ulp. 29 *ad Sab.*), a proposito della responsabilità del conduttore per il furto della *res* locata;

D. 47.2.23 (Ulp. 41 *ad Sab.*), dove, in tema di responsabilità per furto dell'impubere, si formula la nozione di 'capace di colpa' (*cum impubere culpae capace*);

D. 47.2.54.3 (Paul. 39 *ad ed.*), riguardante alcune problematiche sulla *negotiorum gestio*;

D. 47.2.62.5 (Afric. 8 *quaest.*), che parla di responsabilità del mandatario (termine citato due volte); cui si aggiunge, dello stesso Africano e ancora in tema di mandato, D. 47.2.62.7 (Afric. 8 *quaest.*);

D. 47.2.77pr. (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*), dove, con l'espressione "*in culpa aestimatio erit*", si fa riferimento alla circostanza che, ai fini della qualificazione come ladro, il comodatario sapesse di essere in colpa nel fare un diverso uso della cosa comodata;

D. 47.2.81pr. (Pap. 12 *quaest.*), per il caso dello schiavo venduto, rubato prima della consegna, di cui si dirà *infra* nel testo;

D. 47.2.86 (Paul. 2 *manual.*), in cui Paolo nega al *negotiorum gestor* e al tutore l'esercizio dell'*actio furti*;

D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*), in tema di tutela aquiliana (termine citato due volte);

D. 47.6.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*), dove l'illecito sanzionato dalla *lex Aquilia* viene espresso nei termini di *damnum culpa datum*;

D. 47.8.2.23 (Ulp. 56 *ad ed.*), in particolare su alcune problematiche legate all'esercizio dell'*actio vi bonorum raptorum* da parte del depositario;

D. 47.9.7 (Call. 2 *quest.*), che riproduce un editto dell'imperatore Adriano dove si legge *pro modo culpae*, di cui si dirà *infra* nel testo;

D. 47.9.11 (Marc. 14 *inst.*), per l'espressione *lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima*, di cui si dirà *infra* nel testo;

D. 47.10.1pr. (Ulp. 56 *ad ed.*), per il particolate significato di *iniuria* come *damnum culpa datum*;

D. 47.10.15.46 (Ulp. 77 *ad ed.*), in cui, richiamando anche Labeone, Ulpiano fa una riflessione sull'elemento soggettivo della responsabilità richiesto dalla *lex Aquilia*.

48[19] e – dato questo ancor più significativo – solo in D. 47.9.11 (Marc. 14 *inst.*) e in D. 48.8.7 (Paul. *l.s. de publ. iudic.*) il riferimento è alla *culpa lata.*

Guardando all'impiego del termine *culpa*, la lettura dei testi dei *libri terribiles* del Digesto sembra suggerire in particolare due diversi significati "penalistici" del vocabolo[20].

---

[19] Nello specifico "*culpa*" ricorre in:

D. 48.3.12pr. (Call. 5 *de cogn.*), che considera la pena per quei *milites* che, violando i propri doveri di *custodia*, abbiano permesso l'evasione di detenuti (termine citato due volte);

D. 48.3.14pr., unito ai testi di D. 48.3.14.2; D. 48.3.14.3 e D. 48.3.14.6, tutti del giurista Modestino dal quarto libro *de poenis*, dedicati sempre alle pene da comminare ai *milites* in ipotesi di violazione del dovere di *custodia reorum*;

D. 48.5.12.3 e D. 48.5.12.13 (Pap. *l.s. de adult.*), a proposito del divorzio avvenuto per colpa della donna (rispettivamente *culpa mulieris dirempto matrimonio* e *culpa mulieris facto divortio*);

D. 48.5.30.4 (Ulp. 4 *de adult.*), in cui si parla del marito che tollera il tradimento della moglie per negligenza, o per colpa, o per una sorta di tolleranza, o per eccessiva credulità (*neglegentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem*);

D. 48.8.7 (Paul. *l.s. de publ. iudic.*), per l'espressione *culpa lata pro dolo accipitur*, di cui si dirà *infra* nel testo;

D. 48.16.7.1 (Ulp. 8 disp.), con riferimento ai poteri del giudice di stabilire la pena, ovvero *officio iudicis culpa eius coercebitur*;

D. 48.18.1.22 (Ulp. 8 *de off. proc.*), per l'espressione *non interrogationis culpa*, di cui si dirà *infra* nel testo;

D. 48.20.7pr. (Paul. *l.s. de port., q. lib. dam.*), che tratta il problema della confisca dei beni dei genitori e, conseguentemente, dei diritti successori dei figli.

[20] Si segnalano anche passi in cui *culpa* rileva quale criterio di responsabilità contrattuale. Tra i tanti, per esempio, D. 47.2.81pr. (Pap. 12 *quaest.*), in cui si dice che il venditore, che non ha consegnato all'acquirente la *res* oggetto del contratto di compravendita (nello specifico il servo), in quanto questa è stata a lui sottratta non per sua colpa, può esperire l'*actio furti* contro il ladro: *Si vendidero neque tradidero servum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio: et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor.* Così la *culpa* viene a caratterizzarsi quale criterio di imputazione della responsabilità basato sulla mancanza della diligenza – oggi si direbbe – del "buon padre di famiglia": il venditore non ha concorso con un proprio comportamento attivo e consapevole a cagionare l'inadempimento, ma il non aver prestato nello svolgimento dell'obbligazione la diligenza dovuta, lo rende responsabile del perimento della *res*. E si potrebbero allora richiamare alcune considerazioni di Arangio-Ruiz che nel descrivere le varie accezioni che il termine *culpa* assumerebbe nell'ambito della compilazione giustinianea, ricorda in particolare quella di *culpa* quale negligenza, sulla base della quale valutare l'attribuzione della responsabilità civile (contrattuale) o penale (extracontrattuale). V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 220 ss.; ma sul tema anche C.A. Cannata, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., p. 73 s.

Talora la parola *culpa* viene impiegata per indicare il fatto illecito:

D. 47.9.7 (Call. 2 *quaest.*): Ne quid ex naufragiis diripiatur vel quis extraneus interveniat colligendis eis, multifariam prospectum est. nam et divus hadrianus edicto praecepit, ut hi, qui iuxta litora maris possident, scirent, si quando navis vel inficta vel fracta intra fines agri cuiusque fuerit, ne naufragia diripiant, in ipsos iudicia praesides his, qui res suas direptas queruntur, reddituros, ut quidquid probaverint ademptum sibi naufragio, id a possessoribus recipiant. de his autem, quos diripuisse probatum sit, praesidem ut de latronibus gravem sententiam dicere. ut facilior sit probatio huiusmodi admissi, permisit his et quidquid passos se huiusmodi queruntur, adire praefectos et ad eum testari reosque petere, ut pro modo culpae vel vincti vel sub fideiussoribus ad praesidem remittantur. a domino quoque possessionis, in qua id admissum dicatur, satis accipi, ne cognitioni desit, praecipitur. sed nec intervenire naufragiis colligendis aut militem aut privatum aut libertum servumve principis placere sibi ait senatus.

Nel testo, raccolto dai Compilatori nel titolo *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, Callistrato riferisce il contenuto di un editto dell'imperatore Adriano (*Divus Hadrianus edicto praecepit*) che, in considerazione dei sempre più frequenti episodi di sciacallaggio, intervenne per vietare a coloro che avessero avuto possedimenti lungo la riva del mare di saccheggiare le navi che fossero naufragate nella costa entro i confini territoriali di loro competenza, impedendo loro di impossessarsi di quanto fosse ivi arenato[21].

Sono rilevanti le parole *ut facilior sit probatio huiusmodi admissi, permisit his et quidquid passos se huiusmodi queruntur, adire praefectos et ad eum testari reosque petere, ut pro modo culpae, vel vincti vel sub fideiussoribus ad praesidem remittantur*. Nel discutere delle norme procedurali dirette ad ottenere la prova della commissione del fatto, si dispone che coloro che hanno subito il saccheggio possano adire i prefetti e denunciare l'accaduto, chiedendo che i colpevoli, in base all'entità della *culpa* (*pro modo culpae*), vengano arrestati o consegnati al governatore sotto fideiussione.

[21] Sul testo e sulle problematiche legate al naufragio in Roma antica si veda il recentissimo lavoro di S. Galeotti, *Mare monstrum. Mare nostrum. Note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I secolo a.C. – III secolo d.C.)*, Napoli 2020, p. 208 ss. Per un'accurata esegesi di D. 47.9.7 sicuramente S. Puliatti, *Callistratus. Opera* (Scriptores Iuris Romani 5), Roma 2020, p. 106 s. e 219 ss.

La parola *culpa* – scrive Arangio-Ruiz – «è usata sì in relazione al problema del torto, ma non già per esprimere una forma particolare, bensì per indicare in genere l'azione antigiuridica»[22].

La *culpa* sta, dunque, nel fatto del saccheggio delle navi naufragate, nell'appropriazione dei rottami derivanti da un naufragio: *culpa* è il fatto illecito in sé, un fatto nello specifico che si connota per essere un delitto pubblico.

Peraltro l'espressione *pro modo culpae*, e in particolare il richiamo espresso al *modus*, spingerebbe piuttosto a pensare ad una "modulazione" del fatto, nel senso che non comportassero sempre la stessa punizione tutti gli spiaggiamenti e i recuperi di relitti, ma che, dati i tempi e la pratica orribile – costantemente ripetuta in tutto il periodo antico – di indurre al naufragio per poi aver agio di recuperare, il diritto di Roma avesse previsto anche situazioni diverse[23]. Dunque è la gravità della colpa a guidare la decisione del prefetto; questo – si deve presumere – nella sua attività di controllo dei litorali era impegnato a punire gli atti di brigantaggio che si verificavano in occasione di naufragi delle navi e nel farlo doveva tener conto specificatamente dell'azione antigiuridica commessa.

Ma *culpa* può rilevare anche come causa del comportamento commesso.

In quest'ottica va letto un passo di Ulpiano, tratto dall'ottavo libro sull'ufficio del proconsole:

> D. 48.18.1.22 (Ulp. 8 *de off. procons.*): Divus Hadrianus Calpurnio Celeriano in haec verba rescripsit: "Agricola Pompei Palentis servus de se potest interrogari. si, dum quaestio habetur, amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogationis culpa".

Il caso riferisce di un tale Agricola, servo di Pompeo Valente che, sottoposto ad interrogatorio sulla propria responsabilità, finisce per rilasciare dichiarazioni anche su altri fatti o addirittura sulla posizione di altre persone[24]: l'imperatore Adriano con suo rescritto stabilì che simili informazioni

---

[22] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 224.

[23] È significativo in tal senso anche che dei testi contenuti in D. 47.9 la gran parte riguardi proprio casi di naufragio: D. 47.9.1.5; D. 47.9.3pr.; D. 47.9.3.6; D. 47.9.3.8; D. 47.9.4pr.; D. 47.9.4.1; D. 47.9.5; D. 47.9.7; D. 47.9.8; D. 47.9.10; D. 47.9.12pr. Gli altri brani del titolo sono riferiti all'incendio, quale situazione agevolante di episodi di brigantaggio e sciacallaggio (D. 47.9.1.2; D. 47.9.1.4; D. 47.9.3.7; D. 47.9.5; D. 47.9.9; D. 47.9.11; D. 47.9.12.1).

[24] Sull'interpretazione di "*amplius dixerit*" e più in generale sull'esegesi di D. 48.18.1.22

dovessero avere lo stesso valore nell'ambito di quel giudizio. Non vi è alcuna *interrogationis culpa* spiega il testo, che quelle parole che dicono anche di più di quanto si era domandato non sono da attribuirsi meramente al dolore provocato dalla tortura, alla violenza dell'estorcere, e la ragione sembrerebbe doversi individuare nel fatto che la confessione resa dal servo sotto tortura non integra gli estremi di una forma di responsabilità per *culpa*.

Riguarda questo problema ed è particolarmente suggestivo anche un altro passo di Ulpiano, che è collocato al di fuori dei *libri terribiles*:

> D. 16.3.7pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): Si hominem apud se depositum ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.

Qui si descrive il caso del *sequester* che, spinto da una certa misericordia, liberò uno schiavo legato che doveva essere sottoposto a tortura. Secondo il giurista, il comportamento del *sequester* non integrerebbe perfettamente una condotta dolosa, come se l'impulso misericordioso che ha determinato l'azio-

---

cfr. il commento di A. Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna 2011, p. 153 ss. Il testo apre a numerose riflessioni sulle problematiche legate ai rapporti tra verità e tortura: se è ampiamente attestato l'utilizzo dei *tormenta* nei confronti degli schiavi, la cui testimonianza non aveva tendenzialmente valore alcuno se non fosse stata estorta tramite questo mezzo violento di indagine fisica per conoscere la verità, più discusso è se agli organi preposti alla repressione criminale fosse consentito utilizzare la tortura anche sugli uomini liberi. Alcuni ritengono che almeno fino al II secolo d.C. la tortura fosse ammessa solo nei confronti degli schiavi e che con l'avvento del Principato avrebbe cominciato a diffondersi il suo utilizzo anche sui liberi (così in particolare G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *JUS* 11, 1960, p. 405 ss.; U. Vincenti, *Duo genera sunt testium. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, p. 120 ss.; P. Cerami, *Tormenta pro poena adhibita*, in *AUPA* 41, 1991, p. 33 ss.). Ma una tesi diversa è stata di recente avanzata da C. Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano 2002, secondo la quale la tortura degli uomini liberi sarebbe esistita anche prima, anzi già in età repubblicana sarebbe stata "legislativamente disciplinata" «almeno per quei reati che più mettevano in gioco interessi fondamentali per la vita dello Stato, come il *crimen maiestatis* e l'incesto», *ivi*, p. 125. Su tutto, più in generale, anche C. Cascione, *Linee per una storia della veritas nell'esperienza giuridica romana*, II. *Diritto tardoantico*, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, p. 118 ss.

ne del sequestratario limitasse in un certo senso la valutazione del dolo[25]. In effetti di questo comportamento *dolo proximum esse* si legge testualmente nel testo; e il riferimento ben potrebbe essere alla *culpa lata* (che – come si vedrà – è qualificata *dolo proxima*, per esempio in D. 47.9.11).

Va da sé, dunque, che su questa possibile equiparazione, anche in campo criminale, della *culpa lata* col dolo si deve soffermare il nostro pensiero.

3. La *culpa lata* nei *libri terribiles* del Digesto

La *culpa lata* viene identificata con il *non intelligere quod omnes intellegunt*[26]: si avrebbe, dunque, "colpa grave" quando non si è osservato quel livello di diligenza e di attenzione minima richiesta all'uomo medio per prevedere quanto poteva accadere. Una situazione questa che, quanto agli effetti, è equiparata al dolo: *culpa lata dolo aequiparatur* ricorre spesso nelle fonti, proprio per alludere al fatto che il comportamento commesso con colpa grave sarebbe perseguibile come se perpetrato a titolo di dolo[27].

Questa nozione di *culpa lata* sembra assumere una rilevanza tutta particolare nell'ambito del diritto criminale romano.

---

[25] L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano 2006, p. 113 s. e nt. 234, osserva che Ulpiano parla di dolo con un «certo imbarazzo», rilevando altresì come in casi analoghi sia stata sempre esclusa una responsabilità per dolo (per esempio, in D. 4.3.7.7, Ulp. 11 *ad ed.*). Sul testo gravano pesanti sospetti di interpolazione, in particolare con riferimento all'espressione *dolo proximum esse quod factum est arbitror*. Per un quadro delle diverse proposte si rinvia, da ultimo, a G. Luchetti, *La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane*, in *AUPA* 60, 2017, p. 317 ss., in specie 325 s. e nt. 21.

[26] D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*): *'Lata culpa' est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*; D. 50.16.223pr. (Paul. 2 *sent.*): *Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt*. Si deve almeno segnalare che se entrambe le definizioni, ulpianea e paolina, mettono ben in evidenza il riferimento ad un grado di intelligenza media universale, nelle parole del giurista Paolo si legge un *id quod* che sembra voler, ulteriormente, rafforzare il parametro rispetto al quale va valutata la "colpa grave", ovvero il "ciò che tutti gli uomini sono in grado di comprendere".

[27] È il caso, per esempio, di D. 11.6.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur*; D. 43.26.8.3 (Ulp. 71 *ad ed.*): *culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit*; D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*): *sed culpa dolo proxima dolum repraesentat*. Secondo la tesi di A. De Medio, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR* 17, 1905, p. 5 ss. e *BIDR* 18, 1908, 260 ss., i testi in cui si parla di *culpa lata* nella sua equiparazione al dolo, sarebbero stati interpolati dai compilatori giustinianei. *Contra*, tra gli altri, P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa. I dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, p. 29 ss.

Due sono nello specifico i testi dei *libri terribiles* che citano espressamente la *culpa lata*.

Il primo frammento, collocato nel libro 47 del Digesto sotto la rubrica *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, è un passo di Ulpiano in tema di incendio:

> D. 47.9.11 (Marc. 14 *inst.*): Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.

Merita indulgenza l'incendio che è avvenuto per caso fortuito, a meno che non si sia generato per la sventatezza di qualcuno e che questa sia stata tale da doversi considerare eccessiva, cioè così grande da avvicinarsi alla follia o al dolo. Dalle parole del giurista Marciano sembra emergere che nelle ipotesi di incendi cagionati con una "colpa leggera" *venia indiget*: per cui rileverebbe da un punto di vista criminale soltanto la colpa grave in quanto *luxuria aut dolo sit proxima*.

Nonostante la sua brevità, il testo consente di qualificare con una qualche precisione un concetto di *culpa lata* valevole anche in ambito criminale. Colpa grave – lo si è detto – è quella particolare gradazione di colpa che si avvicina, è *proxima* appunto, al dolo; ma la colpa grave può integrarsi altresì in rapporto al connotato della *luxuria*, che può definirsi come quel comportamento deplorevole e fuori regola riscontrabile quando il soggetto avesse agito mosso da impulsi immodici e incontrollati.

Di questa *luxuria* possono fornire alcune indicazioni i testi – in verità non molti – che ne parlano[28].

Spicca anzitutto D. 39.2.40pr., un passo di Ulpiano tratto dal commento all'opera di Sabino, in cui, in tema di *stipulatio damni infecti*, si dice che nella richiesta di risarcimento dei danni non vanno computate le spese di puro lusso, ma che la stima va fatta attenendosi ad un *honestus modus*: *honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda*[29].

Usa ancora il termine *luxuria* Ulpiano in D. 15.3.3.6, quando riferisce il

---

[28] Cfr. v. *luxuria*, in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* 3, p. 1715. Ai riferimenti citati nel testo si può aggiungere "*Atque luxuriam ferre debem*" di Vat. Fr. 37.4, relativamente alla *emptio venditio.*

[29] D. 39.2.40pr. (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.*

caso del servo che, con i soldi presi a mutuo, acquistò beni di consumo voluttuosi, nello specifico unguenti, per volontà del *dominus* (*mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam unguenta forte)*: rifacendosi al parere del giurista Labeone, Ulpiano riconosce che il *dominus* debba rispondere nei confronti del mutuante nei limiti dell'arricchimento conseguito[30].

Sempre ulpianeo è l'impiego di *luxuria* in D. 40.2.16 (Ulp. 2 *ad l. Ael. Sent.*), dove, a proposito della questione della *probatio causae* nella manomissione da parte di un minore di venti anni, si precisa che rappresenta una *iusta causa manumissionis* il legame affettivo tra il manomesso e il suo manomissore: così la liberazione del servo dettata dall'eccesso, dall'intemperanza, dalla lussuria appunto, del *dominus* non è idonea a concedere la *iusta libertas* (*non ex luxuria, sed ex affectu descendentes causas probent*)[31].

Altra applicazione significativa è quella che si legge in D. 21.1.1.10 relativamente all'azione per vizi della cosa venduta: qui il riferimento è al servo che continua ad aggirarsi attorno ai templi dando anche strani responsi. Questi, anche se agisse per *luxuria*, non potrà essere oggetto di *actio redhibitoria* ma il compratore sarà legittimato ad agire con l'*actio ex empto*, in quanto si tratta di un difetto dell'animo (*per luxuriam id factum est, vitium tamen esse*, *sed vitium animi, non corporis*)[32].

Sulla scia di tali considerazioni, l'equiparazione tra *culpa lata* e *luxuria* che propone il giurista Marciano in D. 47.9.11 è senz'altro di tutto rilievo: la *luxuria* verrebbe vista come un fattore che può connotare la *culpa lata* quando il comportamento è derivato da una intemperanza che fa venir meno – si potrebbe dire – il senso di prudenza e moderatezza dell'agire umano[33]. Ed

---

[30] D.15.3.3.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus sumministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini.*

[31] D. 40.2.16 (Ulp. 2 *ad l. Ael. Sent.*): *Illud in causis probandis meminisse iudices oportet, ut non ex luxuria, sed ex affectu descendentes causas probent: neque enim deliciis, sed iustis affectionibus dedisse iustam libertatem legem Aeliam Sentiam credendum.*

[32] D. 21.1.1.10 (Ulp. 1 *ad ed. aedil. cur.): Idem Vivianus ait, quamvis aliquando quis circa fana bacchatus sit et responsa reddiderit, tamen, si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse: neque eo nomine, quod aliquando id fecit, actio est, sicuti si aliquando febrem habuit: ceterum si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis, ideoque redhiberi non posse, quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur: attamen ex empto actionem admittit.*

[33] Su questa suggestione si può richiamare quella lunghissima tradizione che, a parti-

è altresì significativo che la *luxuria* non si riscontri, a quanto pare, nella descrizione di nessun altro criterio di imputazione della responsabilità, quasi a rappresentare un connotato esclusivo della *culpa lata*. In tal senso farebbe pensare anche la formulazione marcianea, *lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima*, con l'impiego della congiunzione *aut* che sembra suggerire la possibilità di un'alternativa tra due ipotesi di *culpa lata*: così si potrebbe ravvisare la *culpa lata* tanto nell'azione "prossima alla lussuria" quanto in quella "prossima al dolo"; possibilità di un'alternativa che propone, tra l'altro, di dover distinguere tra *luxuria* e dolo.

Il testo di Marciano può essere messo in collegamento con un passo di Ulpiano, derivato dall'ottavo libro del *de officio proconsulis*, riportato nella *Collatio*, in cui si dice: *Sed eis qui non data opera incendium fecerint plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit* (Coll. 12.5.2, Ulp. 8 *de off. proc.*)[34]. Ulpiano invero non parla espressamente di *culpa lata* ma – come già il Lenel aveva sottolineato[35] – il concetto che esprime se ne avvicina molto: in caso di incendio accidentale e senza scopo gli autori del fatto sono perdonati, a meno che non siano stati mossi da una grave ed eccessiva negligenza o trascuratezza (*lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit*). «Nur wird Marcian, statt von lata neglegentia, im selben Sinn von lata culpa, und, statt von lascivia, von luxuria gesprochen haben»: l'Ulpiano di Coll. 12.5.2 e il Marciano di D. 47.9.11, commenta il Lenel, avrebbero attinto dalla stessa fonte, con la sola differenza che Marciano,

---

re dalla *Repubblica* di Platone, attraverso l'elaborazione di Aristotele e degli Stoici, giunge a Tommaso d'Aquino, distinguendo quattro fondamentali virtù morali, ovvero la prudenza, la fortezza, la temperanza e la giustizia. Il senso di equilibrio e di misura che contraddistingue la temperanza dovrebbe garantire ad ogni uomo di agire in modo prudente, giusto, "temperante" appunto, insomma il comportamento che – si potrebbe dire – si attende dall'"uomo medio".

[34] Entrambi i passi si occupano della responsabilità dell'autore di un incendio; e il rapporto, anche dal punto di vista della formulazione testuale, è particolarmente forte: e cioè D. 47.9.11 (Marc. 14 *inst.*): *Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima*; Coll. 12.5.2, Ulp. 8 *de off. proc.*: *Sed eis qui non data opera incendium fecerint plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit.*

Su quest'ultimo testo, tra gli altri, G. MacCormack, *Criminal liability for Fire in Early and Classical Roman Law*, in *Index* 3, 1972, p. 386; B. Sitek, *Criminal liability incendiarii in ancient Roman Law*, in *Diritto@Storia* 6, 2007; R.M. Frakes, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum in Late Antiquity*, New York 2011, p. 291 s.; L. Minieri, *Sul "quasi incendiarius"*, in *RIDA* 58, p. 262; F. Lucrezi, *Il procurato incendio in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* VI, Torino 2012, p. 14.

[35] O. Lenel, *Culpa lata und culpa levis*, in *ZSS* 38, 1917, p. 288.

invece di *lata neglegentia*, usa l'espressione *lata culpa*, e, invece di *lascivia*, parla di *luxuria.*

Ora. Se il passo marcianeo di D. 47.9.11 – come si è visto – pone in evidenza una certa affinità tra dolo e *culpa lata*, qualificando quest'ultima (*luxuria aut*) *dolo proxima*, altrove simile rapporto non sembra così indubbio, seppure il contesto generale di riferimento sia sempre quello criminale.

Espressamente in D. 48.8.7 si dice infatti che per la legge Cornelia la colpa grave non rientra nel dolo:

> D. 48.8.7 (Paul. *l.s. de publ. iudic*): In lege cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.

Il passo, tra i più noti in materia di omicidio, si colloca nel libro 48 del Digesto e contiene il secondo riferimento alla *culpa lata* che si legge nei *libri terribiles*.

Qui il giurista Paolo discute del criterio soggettivo in base al quale l'omicidio era punibile *ex lege Cornelia*, se fosse rilevabile solo il dolo o anche la colpa, *culpa lata* nello specifico. Ed invero, dopo aver affermato che "il dolo si desume dal fatto", nega (*neque*) che nell'ambito di applicazione della *lex Cornelia* possa rientrare il comportamento di chi avesse agito con colpa grave[36].

La casistica che Paolo propone ad esemplificazione del suo assunto è davvero interessante: si cita l'ipotesi di chi, cadendo (o buttandosi) dall'al-

[36] Per un quadro delle ipotesi criminose contemplate dalla legge Cornelia si rinvia al passo di Marciano di D. 48.8.1pr.-1 (Marc. 14 *inst.*): *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret*. Sul dettato della *lex Cornelia*, fra gli altri, G. Polara, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, in *BIDR* 77, 1974, p. 89 ss. e in particolare 99 ss.; U. Brasiello, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI* 42, 1976, p. 254 ss.; J.L. Ferrary, '*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*', in *Athenaeum* 79, 1991, p. 420 ss.; B. Santalucia, *Omicidio*, in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p. 125 ss.

to, cagiona la morte di un altro uomo e di colui che, nel potare un albero, uccide, colpendolo con un ramo, un passante: simili comportamenti – stando al ragionamento del giurista severiano – non assumono alcuna rilevanza ai fini della punibilità *ex lege Cornelia* in quanto non integrano la fattispecie descritta dalla legge[37].

Il testo è talora richiamato a conferma dell'estraneità della *culpa lata* in ambito criminale[38]. In verità, dall'affermazione di Paolo *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*, sembrerebbe piuttosto ricavarsi che solo per certe ipotesi di illecito criminale, nello specifico le situazioni di omicidio *ex lege Cornelia*, la *culpa lata*, intesa proprio come una particolare colpa o, meglio, come una particolare graduazione della stessa, non sia idonea a determinare la imputabilità del fatto commesso. Seguendo Botta, deve cioè intendersi che «per il perfezionamento del *crimen ex lege Cornelia* il dolo è il criterio minimo di imputazione soggettiva della responsabilità per omicidio, non essendo idonea a questa nemmeno la *culpa lata*, esemplificata dai casi del suicida che precipitandosi dall'alto uccida un passante e del potatore di alberi che non preavvertendo della caduta del ramo determini la morte di chi sta transitando»[39].

Ma la stessa espressione *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur* sembrerebbe suggerire un altro importante elemento di riflessione: il giurista, nel mettere in rilievo la rilevanza del dolo, richiama esplicitamente la colpa grave; il che potrebbe lasciare intendere che i giuristi romani avessero comunque in mente una qualche idea di *culpa lata* di contenuto anche cri-

---

[37] Sono situazioni che fuoriescono dall'applicazione della *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, proprio perché quest'ultima – come noto – richiedeva un'azione volontaria diretta all'assassinio. Piuttosto, gli esempi addotti dal giurista Paolo rimandano a casi simili a quelli trattati in materia di danno aquiliano; ed allora si può porre il problema – per così dire – della "concorrenza" tra le ipotesi previste dalla *lex Aquilia* e quelle della *lex Cornelia*. Una riflessione su queste questioni può farsi attraverso le pagine di M. Miglietta, *Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra «actio legis aquiliae» e «iudicium ex lege Cornelia de sicariis»*, Napoli 2001, il quale indagando il rapporto tra l'azione prevista dalla *lex Aquilia* ed il *iudicium publicum* instaurabile sulla base della *lex Cornelia* nell'ipotesi dell'uccisione del servo altrui, giunge ad affermare che sarebbe stato Ulpiano ad introdurre il principio del concorso cumulativo tra i due mezzi processuali (*ivi*, p. 193 ss.).

[38] K. Binding, *Le norme e la loro violazione* II.2, 1916, p. 753 ss.; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 2, Roma 1928, p. 163 e nt. 2; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 252.

[39] F. Botta, *Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell' 'homicidium' in diritto romano classico*, in *Diritto@Storia* 12, 2014.

minale. Sicuramente, in considerazione della particolare gravità dell'omicidio, del disvalore sociale dell'illecito in sé e della riprovevolezza delle sue conseguenze, il dolo era il criterio di primo rilievo nella valutazione della fattispecie criminale ma – forse – ci potrebbero essere i presupposti per ipotizzare che anche alla *culpa lata* sia stato attribuito un reale significato criminale[40].

Se anche la lettera della *lex Cornelia* escludeva una responsabilità diversa da quella per dolo, e se anche il caso del *putator* descritto da Paolo lo viene a confermare, non va trascurato come in tema di *posita et suspensa* il diritto romano prevedesse comunque un'imputazione per quasi delitto (*quasi ex delicto*) a danno di chi avesse anche soltanto posto altri al rischio di un danno, collocando o lasciando un oggetto in luogo da cui potesse cadere e arrecare nocumento: *nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit*[41].

[40] Per avvalorare questa ipotesi si potrebbe richiamare il testo delle *Pauli Sententiae* in cui si parla della repressione criminale del cosiddetto "omicidio colposo". Il riferimento è particolarmente significativo perché viene richiamato proprio il caso del *putator* che non rientrava nelle fattispecie punite dalla *lex Cornelia* di D. 48.8.7: *Si putator, ex arbore cum ramum deiceret, non proclamavit, ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu perierit, etsi in legem non incurrit, in metallum datur* (*Paul. Sent*. 5.23.12).

[41] D. 9.3.5.11 (Ulp. 23 *ad ed*.): *Praetor ait 'Cuius casus nocere posset'. Ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere: nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit.* Si veda A.M. Giomaro, *Ipotesi di anticipazione della tutela nel diritto romano*, in *Diritto romano attuale* 21-22, dicembre 2009, p. 53 ss., in particolare il § "*La situazione* de posito et suspenso *come reato di pericolo*", 61 s.

MARCO CASSIANI*

"IL RISVEGLIO DELLA COLPA"

Ebbene sì, il titolo – il cui senso verrà disvelato in corso d'opera – può sembrare originale e forse anche un po' bizzarro.

Ma certo si giustifica con il tenore "semiserio" del presente contributo, che muove, però, dal lodevole intento di rinvenire, tra le pieghe del diritto processuale civile, le possibili manifestazioni di un istituto che, storicamente, l'ortodossia processualcivilistica ha relegato entro gli angusti limiti dettati dall'art. 96 c.p.c.

Nella locuzione onnicomprensiva di "*temerarietà della lite*" si sostanzia e si compendia, infatti, l'istituto della colpa nel processo civile.

Traducendosi, il tutto, nell'agire e nel resistere con "*malafede e colpa grave*" sia nell'ambito del procedimento ordinario sia, ai sensi del secondo comma della norma in commento, nell'utilizzo di provvedimenti cautelari, nella trascrizione di domande o nell'iscrizione di ipoteche giudiziali, suscettibili di arrecare conseguenze pregiudizievoli a chi ne subisca gli effetti, oppure nel promovimento di forme di esecuzione forzata di vario genere pur in pendenza di opposizione, ugualmente realizzabili in virtù dell'efficacia incondizionata del titolo esecutivo utilizzato.

Ben diverso è il suggestivo scenario prospettato dal diritto romano che, intendendo generalmente la colpa come imputabilità del fatto illecito, distingueva la colpa grave da quella lieve e, più tardi, da quella *levissima,* infine introdotta dalla *lex Aquilia*.

La prima ("*lata culpa, magna neglegentia*") che si sostanziava in una negligenza tanto grave da essere superiore alla media comune, così definita dal Digesto: "*lata culpa est nimia neglegentia id est non intelligere quod omnes intelligunt*".

Nulla a che vedere, dunque, con la "*culpa levis*", determinata dall'assenza della normale diligenza richiesta al *bonus pater familias*.

---

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

Insomma, un variegato contesto, arricchito dalla *culpa levissima* e dalla *culpa in concreto,* per il cui approfondimento non si può che rimandare il lettore ai puntuali e rigorosi contenuti dell'articolo pubblicato in questa stessa Rivista, a cura di Anna Maria Giomaro[1].

Men che meno si riscontra, nel diritto processuale civile, quella molteplicità di sfumature del concetto di colpa presente nel diritto penale: il cui codice, dopo averne fornito un'esaustiva definizione all'articolo 43, introduce tutta una serie di classificazioni che vanno dalla colpa generica (derivata da negligenza, imprudenza o imperizia) alla colpa specifica, caratterizzata dalla dirimente distinzione tra *culpa propria* (nell'ipotesi in cui l'agente non abbia voluto il prodursi dell'evento dannoso, che però ha, in realtà, cagionato) o impropria (quale ipotesi che si verifica eccezionalmente, in caso di eccesso colposo nelle contravvenzioni, di erronea supposizione della sussistenza di cause di giustificazione o di errore di fatto sul fatto costituente reato).

Una disciplina accuratamente modellata[2], che contempla anche la *colpa cosciente* o *incosciente*, fino a spingersi alla previsione della colpa c.d. "*eventuale*" come nuova ed emergente forma di responsabilità, in cui l'oggetto del giudizio di prevedibilità ed evitabilità non è più l'evento concreto, bensì il rischio del verificarsi di un evento che, nel contempo, non può né prevedersi né escludersi da parte dell'agente[3].

Non meno articolato è il concetto di colpa nel diritto civile, fondato sia su un modello astratto del comportamento riconducibile al buon padre di famiglia, che sul diverso criterio basato su una reale graduazione della colpevolezza in cui l'attenzione dell'interprete si sposta dalla verifica dell'inadempimento alla valutazione dell'azione colpevole, graduando la colpa secondo la peculiarità dei casi in rapporto alla maggiore o minore doverosità del comportamento tenuto dal soggetto rispetto all'entità del danno dallo stesso provocato.

Appare così, anche in questo caso, un variegato orizzonte che contempla varie ipotesi di colpa: contrattuale o extracontrattuale, *in vigilando* o

---

[1] Sul tema v. A.M. Giomaro, *Breve rassegna di '*culpa lata*' e 'colpa grave'*, pubblicato su questa stessa Rivista.

[2] Per la migliore dottrina v. A. Pagliaro, *Il reato*: *parte generale* II, Milano 2007; G. Fiandaca, E. Musco, *Il diritto penale*. *Parte generale*, VII° ed., Bologna 2014; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI° ed., Milano 2003.

[3] Sul punto cfr. G. Civello, "*La colpa eventuale nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e verità soggettiva della colpa*", Torino 2013.

in eligendo e via via si estende ad altre categorie, tutte rientranti nel novero della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. sino alla fattispecie contemplata dall'art. 2049 c.c., individuata come ipotesi di responsabilità oggettiva di natura eccezionale e riconosciuta in capo ad un soggetto per i fatti illeciti commessi da altro e diverso soggetto: al pari di quanto avviene per genitori e sorveglianti e per i fatti illeciti commessi dai minori di cui agli artt. 2047 e 2048 c.c., o da quelli derivanti dall'esercizio di attività pericolose (art. 2051 c.c.) o dalle cose in custodia (art. 2052 c.c.); dagli animali ex art. 2053 c.c. o dalla rovina degli edifici di cui all'art. 2054, oltre che le conseguenze dannose derivanti dalla circolazione dei veicoli.

Nel diritto processuale civile tale "varietà" di concetti non esiste.

Essendo, infatti, il processo civile preordinato alla formazione della pronunzia giurisdizionale dalla quale la parte attende la tutela del proprio diritto, esso può solo connotarsi come rapporto tra "parti": alle quali è riservato il potere di dare inizio al processo, di assicurarne la prosecuzione, di fornire la prova dei fatti affermati in attuazione del principio della domanda di parte sancito dall'art. 2907 del codice civile e ribadito dall'art. 99 del codice di rito.

L'iniziativa della parte si traduce, dunque, nel potere di promuovere il processo, di determinarne il contenuto, di delimitare la materia sulla quale questo dovrà essere deciso: e a ciò risponde un correlativo dovere del Giudice di pronunciare sull'oggetto della domanda e non oltre il limite di essa: doveri sintetizzati dai brocardi *ne procedat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petita partium.*

In un tale contesto è evidente che la colpa non possa che configurarsi come violazione del comportamento processuale imposto ad una parte nei confronti dell'altra.

Si tratta, ovviamente, di una "colpa" legata all'esercizio di un potere processuale: la quale si traduce, quindi, nel concetto di responsabilità processuale disciplinato dall'art. 96 del codice di rito.

Considerata in questi termini, la responsabilità processuale risulta regolata solo dalle norme che la prevedono, senza la possibilità di riferimenti alla normativa più generale che disciplina, ad esempio, l'illecito civile.

In realtà, l'ambito di "operatività" del concetto di colpa ben potrebbe estendersi a tutto il capo quarto del libro primo intitolato, appunto, "*Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali*" e ben potrebbe involgere, così, anche i concetti di condanna alle spese per soccombenza, passando per il criterio compensativo dei c.d. "*giusti motivi*" per giungere poi all'istituto della responsabilità aggravata, recentemente "vivacizzato" dall'introduzione del terzo comma dell'art. 96.

Se, tuttavia, ci si attenesse al concetto di colpa così come concepito nella lingua italiana, l'orizzonte potrebbe aprirsi anche a nuove e diverse applicazioni del tema qui trattato.

Nella lingua italiana la colpa è rappresentata, in genere, da "*ogni azione od omissione che contravviene ad una disposizione di legge o ad un precetto della morale o che, per qualsiasi motivo, è riprovevole o dannosa*", con la precisazione, poi, che con il termine "colpa" viene anche, di regola, definita "*la responsabilità che ne deriva a chi la commette*" e con la puntualizzazione, infine, secondo la quale "*in diritto, si intende per colpa, in senso specifico, un comportamento (anche negativo) dal quale derivi un danno a carico di un altro soggetto, o per effetto di negligenza, imprevidenza, imperizia o per la violazione di norme di legge o di regolamenti*"[4].

Partendo, dunque, da questa più ampia definizione potremo allora individuare, nell'ambito del processo civile, almeno altre due specifiche manifestazioni della colpa: l'una, rinvenibile nel comportamento delle parti (o, meglio, dei loro difensori) nei confronti delle regole del processo; l'altra, con riferimento al comportamento delle parti nei confronti del Giudice.

Rimanendo, così, relegato al concetto di responsabilità aggravata solo il comportamento posto in essere dalle parti nei reciproci confronti.

Sotto il primo profilo si potrà, dunque, individuare la colpa in altrettante violazioni della legge processuale e nelle conseguenze da esse derivate.

E così, ad esempio, la negligenza nell'individuazione del Giudice comporterà, quale sanzione, una declaratoria di difetto di giurisdizione o di incompetenza.

Una negligente redazione dell'atto introduttivo del giudizio, irrispettosa della disciplina sancita dall'art. 163 c.p.c., determinerà la nullità dell'atto stesso così come comminata dall'art. 164 del codice di rito.

Il mancato rispetto di un termine processuale (cioè la negligenza nell'operare il deposito di un atto o nell'effettuare un certo tipo di attività entro il termine previsto) comporterà l'inammissibilità dell'atto stesso o dell'iniziativa ad esso correlata.

---

[4] Si veda l'Enciclopedia Treccani che, alla voce "Colpa" definisce tale sostantivo femminile come «in genere, ogni azione o omissione che contravviene alla disposizione di legge o ad un precetto della morale o che per qualsiasi motivo è riprovevole o dannosa; anche la responsabilità che ne deriva a chi la commette; … in diritto si intende per colpa in senso specifico un comportamento (anche negativo) dal quale derivi un danno a carico di un altro soggetto, o per effetto di negligenza, imprevidenza, imperizia o per violazione di norme di legge o di regolamenti».

La genericità (che altro non è se non un aspetto della negligenza) nella redazione di un atto di impugnazione determinerà l'impossibilità di giovarsi di quel grado di giudizio.

La tardività nella deduzione di un vizio di nullità relativa comporterà la sanatoria di quel vizio e, dunque, un pregiudizio per la parte rappresentata: così come il ritardato disconoscimento della sottoscrizione apposta nella scrittura privata comporterà l'attribuzione di efficacia di prova piena alla scrittura stessa.

La negligenza nella riattivazione del rapporto processuale comporterà, invece, addirittura l'estinzione del processo.

La negligente gestione del titolo esecutivo – sotto il profilo della spedizione o dell'apposizione della formula esecutiva – comprometterà inesorabilmente l'esito dell'esecuzione forzata.

E si potrebbe continuare.

Gli esempi citati riguardano, sotto un primo profilo, la violazione di termini perentori per lo svolgimento di un'attività processuale che comporta, alla scadenza del termine stesso, l'insorgere di una preclusione che colpisce quello specifico tipo di attività processuale ai sensi dell'art. 153 c.p.c. e che determina, sostanzialmente, la decadenza della parte dal potere di esercitare tale tipo di facoltà[5].

Quella delle preclusioni è, invero, una disciplina di ordine pubblico processuale tesa ad assicurare la concentrazione ed il sollecito svolgimento del processo, per garantire i quali la legge talora stabilisce (o, a volte, autorizza il Giudice a stabilire) dei termini per il compimento di determinati atti processuali.

Tale esigenza – dettata e recentemente sollecitata dall'art. 111 della Costituzione a seguito delle modifiche ad esso apportate – comporta per le parti – o, meglio, per i loro difensori – uno specifico onere, che può avere diversa intensità a seconda delle note distinzioni tra termini perentori e ordinatori[6].

Dunque, il primo profilo caratterizzante gli esempi sopra citati deriva dall'inosservanza dei termini perentori, che produce la decadenza e cioè l'impossibilità di porre in essere quell'attività processuale per il cui compimento era stato stabilito il termine: tanto che detta attività non potrebbe più essere compiuta dopo la scadenza e, ove fosse ugualmente compiuta, sarebbe priva di efficacia[7].

---

[5] Sul punto cfr. P. Biavati, *Iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, p. 490 ss.

[6] In tema v. C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile* I, Torino 2011, p. 484 ss.

[7] G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale* II, Napoli 1936, p. 379.

Il secondo profilo al quale gli esempi citati sono riconducibili è quello che concerne l'inosservanza delle forme prescritte dalla legge processuale per il compimento di atti, che impone che essi debbano essere formati in modo idoneo a produrre l'effetto preordinato e conforme a particolari regole stabilite dalla legge[8].

L'inosservanza delle forme prescritte per il compimento di un atto processuale può avere quale conseguenza la nullità dell'atto difettoso.

Dunque, anche la negligenza nella redazione di un atto e la mancata osservanza dei requisiti di forma-contenuto che esso deve possedere determinano l'insorgere di una "colpa" in capo alla parte, da cui deriva l'inefficacia dell'atto stesso, nonché di tutti quelli ad esso comunque correlati e/o dallo stesso dipendenti[9].

Sotto tale, specifico profilo occorre, dunque, che l'atto redatto dalla parte possieda una forma adeguata al raggiungimento del suo scopo e cioè alla funzione cui esso è preposto nel processo o, detto in altri termini, al fine oggettivo per il quale la norma processuale lo ha programmato[10].

A prescindere, però, dai due profili sopra lumeggiati va, comunque, osservato come gli esempi citati integrino, tutti, una forma di colpa nella gestione del processo prevalentemente ascrivibile al difensore ma, in ultima analisi – e quanto alle conseguenze – riconducibile alla parte, che determina una sanzione rappresentata da una preclusione prevalentemente correlata all'esercizio di attività assertive o asseverative, suscettibile di pregiudicare – a volte in modo irrimediabile – gli esiti del giudizio[11].

Individuata, così, una prima forma di colpa rinvenibile nella negligenza con cui viene curata la gestione processuale, si potrà ora spostare l'attenzione sulle conseguenze pregiudizievoli che derivano alla parte per il suo negligente comportamento nei confronti del Giudice.

Numerose sono le ipotesi – tutte, invero, riconducibili invariabilmente al disposto dell'art. 116 c.p.c. – nelle quali l'"atteggiamento" della parte incide sulla valutazione del suo comportamento processuale, che dovrà essere operata dal Giudice ai sensi del secondo comma dell'articolo in commento, in guisa tale che egli possa desumere argomenti di prova dalle risposte che

---

[8] P. Calamandrei, *Studi sul processo civile* I, Padova 1930, p. 168 ss.

[9] S. Satta, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*. 1956, 337.

[10] Sul punto cfr. C. Furno, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di Redenti* I, 1951, p. 429 ss.

[11] Per la conclusione che si è prospettata v. C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 484 ss.

le parti gli danno in sede di interrogatorio non formale, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

Fermo restando, dunque, il principio della libera valutazione delle prove, che consente al Giudice di apprezzare e valutare le risultanze dell'istruzione probatoria da porre alla base della decisione[12], esiste nel nostro ordinamento un secondo criterio, correlato al primo e ad esso complementare, che gli consente di desumere argomenti di prova da tutta una serie di comportamenti – apparentemente "neutri" – della parte nel corso del giudizio o anche al di fuori dello stesso.

Sul punto si è detto che, tra i limiti che incontrano i c.d. "*argomenti di prova*", vi sarebbe anche quello del valore da attribuire alle presunzioni, che costituirebbero un semplice metro per l'apprezzamento e la valutazione di altre prove, non avendo, di per sé considerate, né valore, né efficacia di prova[13].

Secondo altri Autori, gli argomenti di prova sarebbero, in realtà, fonti di presunzioni semplici[14].

Secondo altri, ancora essi si sostanziano in semplici elementi di valutazione di altre prove, integrativi o – se si vuole – aggiuntivi, ma mai in grado di costituire da soli l'unico fondamento della decisione[15].

E sono queste, sostanzialmente, le tesi dominanti in dottrina, che escludono ogni possibilità, per gli argomenti di prova, di poter essere, da soli, reputati idonei a fondare l'accertamento del fatto e che portano, invece, ad interpretare gli stessi come "*elementi di giudizio accessorio, secondari e non dotati di autonoma efficacia, di cui il Giudice potrebbe servirsi solo per integrare e completare la valutazione delle prove vere e proprie, ma di cui non potrebbe servirsi in mancanza di prove e, tantomeno, per contrastare l'esito di prove in senso proprio*"[16].

Va detto, però, che la giurisprudenza è molto meno rigorosa sul punto e finisce per ammettere che l'accertamento dei fatti possa fondarsi anche soltanto su argomenti di prova, almeno quando questi assumano particolare chiarezza ed appaiano sostanzialmente "robusti".

---

[12] Sul punto cfr. C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 106.

[13] Si veda, al riguardo, L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale di diritto del processo del lavoro*, Napoli 1996, p. 131.

[14] Così, M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, p. 92 nt. 27.

[15] Cfr. V. Andrioli, *Diritto Processuale Civile* I, Napoli 1979, p. 272.

[16] Così C. Ferri, L.P. Comoglio, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1995, p. 466.

Curiosa è, sul punto, la ricostruzione "matematica" di Picardi[17], secondo il quale l'argomento di prova sarebbe simile al segno "*zero*".

Di talché "*in presenza di uno o più argomenti di prova il Giudice non può ritenere dimostrato il fatto (uno o più zeri fanno sempre zero), ma l'argomento di prova può dar forza ed attendibilità ad una prova che, di per sé, non ne avrebbe a sufficienza*".

In pratica, "*si immagini il caso del teste X che abbia detto cose diverse dal teste Y; in tal caso l'argomento di prova a conforto del primo lo farebbe preferire al secondo, come lo zero a destra di una cifra la differenzierà dalla stessa cifra, che non ne sia seguita*"[18].

Invero, non esistono ragioni teoriche che possano escludere in assoluto la circostanza che la prova dei fatti possa derivare anche soltanto da una serie di inferenze formulate dal Giudice: a condizione, però, che esse siano sempre logicamente corrette, razionalmente orientate, formulate sulla base di criteri conoscitivi adeguati e pertinenti e che siano comunque controllabili attraverso la motivazione correlata[19].

Sotto tale specifico profilo assumerà, dunque, rilievo negativo il "colpevole" comportamento della parte, che non solo si sia rifiutata di rendere l'interrogatorio libero disposto dal Giudice ai sensi dell'art. 117 c.p.c. o che lo abbia reso in maniera reticente, non fornendo compiutamente la risposta alle domande che le sono state poste.

Ma rileverà, anche, il suo ingiustificato rifiuto di consentire le ispezioni ugualmente ordinate dal Giudice ex art. 118 c.p.c.

E sarà, in ogni caso, rilevante qualunque altro tipo di contegno negativo tenuto dalla parte nel processo, che porti la stessa a sottrarsi in qualche modo e senza alcun plausibile motivo a richieste che le fossero state mosse dal Giudice ovvero dalle altre parti.

Ad esempio – pur non essendo contemplato nel secondo comma dell'art. 116 c.p.c. – la stessa valutazione negativa assumerà il comportamento ostruzionistico della parte di fronte ad un ordine di esibizione che le venga rivolto ai sensi dell'art. 210 c.p.c., o la sua mancata adesione al tentativo di conciliazione fissato dal Giudice ai sensi dell'art. 185 del codice di rito, magari espressa con il rifiuto della proposta di conciliazione da questi formulata ai sensi dell'art. 185-*bis*.

---

[17] La suggestiva teoria è di N. Picardi, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano 2019, p. 151.

[18] Id., *Codice di procedura civile* I, Milano 2010, p. 885.

[19] Sul punto cfr. C. Ferri, L.P. Comoglio, M. Taruffo, *Lezioni* cit., p. 466.

Ma, anche il semplice comportamento assunto dalla parte in veste di convenuto ed in punto di assolvimento dell'onere, di cui all'art. 416 c.p.c., di prendere precisa posizione circa i fatti affermati dall'attore potrà essere negativamente valutato, oppure la mancata comparizione della parte o la mancata conoscenza, da parte del suo difensore, dei fatti di causa nella prima udienza di trattazione, in base alle disposizioni del novellato ex art. 183 o dell'art. 420 per quanto riguarda il processo del lavoro.

Atteggiamenti ugualmente valutabili dal Giudice saranno quelli cristallizzati nella dichiarazione che la parte ha reso al C.T.U. e che il Consulente ha riportato nella propria relazione ex art. 200, c. 2 c.p.c.

Per giungersi, infine, addirittura, alla valutazione del comportamento extraprocessuale delle parti in relazione, ad esempio, al contegno tenuto innanzi all'Ispettorato Agrario in sede di tentativo di conciliazione[20].

Si tratta, a ben vedere, di atteggiamenti assai differenziati tra loro, taluni correlati al mancato assolvimento di determinati oneri, altri solo liberamente apprezzabili; altri, infine, addirittura tenuti in ambito extragiudiziale.

Ma si tratta, invariabilmente, di situazioni nelle quali la parte, per sua colpa – e cioè, come si è visto nella discrezionalità del concetto, per via di un suo comportamento, anche negativo – determina una conseguenza di tipo processuale ad essa pregiudizievole.

Ebbene, si sono sin qui esaminati – in maniera per vero assai poco ortodossa – alcuni aspetti pregiudizievoli derivati dal comportamento della parte direttamente – ovvero del suo difensore – idonei, entrambi, ad incidere (negativamente) sullo sviluppo e sugli esiti del rapporto processuale.

Ma si è trattato, ovviamente, di una forzatura: giacché – come si è già detto all'inizio – il codice di procedura civile circoscrive all'istituto della responsabilità aggravata disciplinato dall'art. 96 c.p.c., il vero e proprio tema della "*colpa processuale*"[21].

Prima di procedere, tuttavia, ad una esegesi della norma richiamata ai fini qui rilevanti, sarà opportuno passare rapidamente in rassegna tutte quelle norme che introducono il concetto di responsabilità aggravata e che sono contenute nel capo quarto del titolo terzo del codice di rito, rubricato "*Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali*"[22].

Il titolo in questione, dopo l'abrogazione dell'art. 90 da parte dell'art. 299

---

[20] Su tale tipo di valutazione si veda quanto riportato in Cass. Civ., 22.06.2001, n. 8596.

[21] Si veda, *ex plurimis*, in tema C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 484 ss.

[22] Sull'argomento si veda E. Grasso, *Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da Allorio I, Torino 1973, p. 1030.

del DPR 30.05.2002, n. 115, inizia con il disciplinare la condanna alle spese, stabilendo che il Giudice, con la sentenza che definisce il processo, debba condannare la parte soccombente al rimborso delle stesse in favore dell'altra parte e ne debba liquidare l'ammontare insieme con gli onorari di difesa.

Parrebbe, quindi, trattarsi di una sanzione, comminata dall'ordinamento, in danno della parte che, anche a prescindere da ogni rilievo sul comportamento processuale, è risultata semplicemente soccombente.

L'impressione di trovarsi di fronte ad una sanzione derivata dalla "colpevolezza" si avverte ancor più proseguendo nella lettura del comma: laddove si prevede una vera e propria sanzione per la parte che abbia rifiutato senza giustificato motivo la proposta di pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta conciliativa del Giudice.

Una ancor più chiara valenza condannatoria assume, poi, l'art. 92 del codice di rito, che prevede la condanna alle spese per i singoli atti, esonerando il Giudice dal pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente per quanto attiene alle spese sostenute dalla parte vincitrice, quando le stesse siano reputate eccessive o superflue: dunque, anche indipendentemente dalla (colpa per la) soccombenza, il Giudice può condannare la parte (ancorché incolpevole e) vittoriosa a non ottenere la rifusione delle spese, anche non ripetibili che, per trasgressione al dovere di cui all'art. 88, essa abbia causato all'altra parte.

Ma, a ben vedere, anche tutte le altre disposizioni contenute nell'art. 92 parrebbero essere informate ad un criterio di graduazione della colpa: giacché la norma prevede l'ipotesi di soccombenza reciproca e quella di "*assoluta novità della questione trattata*", oppure quella di "*mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti*": circostanze, tutte, che consentono al Giudice, invariabilmente, di compensare le spese tra le parti in considerazione del fatto che l'eventuale soccombenza non debba ascriversi alla (colpa della) parte, bensì ad una serie di contingenze difficilmente prevedibili, che si sono verificate e che si trovano al di là e al di fuori delle disponibilità della parte stessa (non potendosi dunque ascrivere a sua specifica colpa).

Ebbene, si deve ritenere che tale impressione sia assolutamente fallace alla luce del costante ed immutato orientamento della dottrina e della giurisprudenza volto ad illustrare la *ratio* sottesa all'istituto della condanna alle spese processuali non come forma di sanzione, ma quale semplice esigenza di salvaguardia del contendente vittorioso, che implica la necessità e l'inevitabilità di dover porre il carico definitivo delle spese giudiziali in capo al soccombente[23].

---

[23] Per una conferma dell'orientamento citato v. G. Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali*, Camerino 2013, p. 247.

E ciò in quanto l'agire o il resistere in giudizio rappresenta una facoltà, un potere o un diritto costituzionalmente garantito[24].

Dovendosi, così, reputare la condanna ex art. 91 del codice di rito come mera conseguenza, obiettiva ed ineludibile, della soccombenza, da comminarsi sulla base del fattuale riscontro della stessa[25].

Non mancano, tuttavia, Autori che, sulla scorta della c.d. "*teoria della causalità*", hanno ritenuto che il fondamento della condanna debba ricercarsi nell'antigiuridicità della pregressa, complessiva condotta della parte, di cui la soccombenza sarebbe il primo degli indici rivelatori[26].

Se, dunque, per soccombenza in senso oggettivo si intende la difformità tra la domanda della parte e la pronuncia, oppure la conformità tra la domanda della controparte e la decisione finale, per soccombenza in senso causale si dovrà, invece, intendere la difformità tra la pronuncia e la pretesa della sola parte che abbia reso necessario il processo, altrimenti evitabile, oppure che abbia tenuto nel processo stesso un comportamento rivelatosi poi ingiustificato.

Nel primo caso, di fronte ad una obiettiva irrealizzabilità di una soluzione diversa, l'ordinamento si vede costretto a ripiegare su un espediente, fondato sul ragionamento per esclusione: che è quello secondo il quale, se le spese della parte vittoriosa dovessero gravare sulla stessa, essa dovrebbe ritenersi "parzialmente" vittoriosa.

Non resterebbe, allora, che addossare le stesse alla parte soccombente, ma solo per via del fatto che non ci sarebbe altra soluzione praticabile e, dunque, non a titolo di risarcimento dei danni per un comportamento che non può ritenersi assolutamente illecito (sostanziandosi nell'esercizio di un diritto costituzionalmente riconosciuto), ma solo come conseguenza obiettiva della soccombenza e senza alcuna natura e finalità sanzionatorie[27].

Viceversa, nell'ottica di un'interpretazione in senso "*causalistico*" dell'art. 91 c.p.c., la condanna alle spese, conseguente alla soccombenza, sanzionerebbe l'antigiuridicità della condotta processuale della parte, così giustificandosi

---

[24] Così C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 349 ss.

[25] Per una ricostruzione sistematica del problema della condanna alle spese v. F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padova 2000, p. 156 ss.

[26] Per una articolata ed esaustiva disamina della teoria della causalità v. A. Gualandi, *Spese e danni nel processo civile*, Milano 1962, p. 263; P. Pajardi, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano 1959, p. 213.

[27] In tal senso v. C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 349 ss. e anche G. Chiovenda, *La condanna* cit., p. 247.

anche la condanna al rimborso delle spese giudiziali poste a carico del convenuto contumace sul presupposto che questi non abbia fatto nulla per soddisfare l'altrui pretesa, rendendo, così, inevitabile il ricorso all'Autorità Giudiziaria e, comunque, rendendo necessaria l'instaurazione del procedimento[28].

D'altra parte, che la c.d. "*regola della soccombenza*" assuma sovente profili sanzionatori è circostanza confermata anche da altre regole dettate in tema di ripartizione delle spese giudiziali, quali sono quelle contenute, ad esempio, nell'art. 92 c.p.c.

La disposizione in questione introduce, infatti, diversi "correttivi" rispetto alla finalità risarcitoria della rifusione delle spese di lite, ove si consideri che detta sanzione può trovare dei limiti, ad esempio, quando la parte vittoriosa abbia violato i doveri di cui all'art. 88 del codice di rito, oppure vi siano "*giusti motivi*" che rendano meno "colpevole", la soccombenza nella quale essa è incorsa.

D'altra parte, che il comportamento *endo o extraprocessuale* della parte, ove possa configurarsi come scorretto o sleale, non possa che influenzare inevitabilmente le statuizioni in tema di spese esaltandone, talvolta, la natura sanzionatoria, è conseguenza tipica anche di altre situazioni, sempre contemplate nel titolo terzo del primo libro ma, questa volta, al capo terzo del codice di rito.

Si tratta del c.d. "*dovere di lealtà e di probità*" delle parti e della previsione di un trattamento sanzionatorio per le "*espressioni sconvenienti od offensive*" usate dalle parti negli scritti processuali.

Quanto alla prima delle due situazioni va osservato come, secondo alcuni Autori, il principio secondo il quale "*le parti ed i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità*" porrebbe semplicemente, in termini moraleggianti, un mero richiamo ad un comportamento corretto sul piano etico e rispettoso delle cosiddette "*regole del gioco*", pur essendo la norma priva di un autentico contenuto giuridico/precettivo[29].

In realtà, il principio sancito dalla norma in commento altro non è se

[28] Sul punto la S.C. ha stabilito che «poiché, ai fini della distribuzione dell'onere delle spese del processo tra le parti, essenziale criterio rivelatore della soccombenza è l'aver dato causa al giudizio, la soccombenza non è esclusa dalla circostanza che, una volta convenuta in giudizio, la parte sia rimasta contumace o abbia riconosciuto come fondata la pretesa che aveva prima lasciato insoddisfatta, così da renderne necessario l'accertamento giudiziale» (così Cass. Civ., sez. VI, 29/05/2018, n. 13498); ma v. anche, conformi, Cass. Civ., sez. VI, 25/05/2020, n. 9599; Cass. civ., sez. VI, 29/05/2018, n. 13498.

[29] Si veda, in proposito, E. Redenti, *Diritto processuale civile* I, Milano 1957, p. 188 ss.

non un corollario del già visto secondo comma dell'art. 116 c.p.c. e, al pari di esso, comporta conseguenze sanzionatorie che, in questo caso, postulano l'applicazione dell'art. 92 c.p.c. e proprio per via del fatto che tale norma non possa che sanzionare espressamente un comportamento "colpevole" della parte, va osservato come ben diverse siano le conseguenze della violazione del secondo comma dell'art. 88 da parte dei difensori, che risponderanno autonomamente per la propria "colpa" in sede disciplinare.

Analoga sorte è riservata alle disposizioni di cui al successivo art. 89 c.p.c., che vieta alle parti e ai loro difensori di usare, negli scritti difensivi e nei discorsi pronunciati davanti al Giudice, espressioni sconvenienti ed offensive, salvo che esse rispondano ad imprescindibili esigenze di difesa della parte.

Tali espressioni (sconvenienti ed offensive) possono non solo essere espunte dal Giudice, ma possono anche comportare, per la persona offesa, il diritto ad ottenere, a titolo di risarcimento, una somma di denaro a ristoro del danno anche di natura non patrimoniale.

Va, però, osservato, al riguardo, che l'evoluzione interpretativa dell'art. 598 del codice penale ha finito per limitare fortemente l'antigiuridicità di tali espressioni, relegandone la sanzionabilità ai soli "*casi-limite*" di offese squisitamente gratuite e totalmente avulse dal *thema decidendum.*

Né, d'altra parte, al di fuori di tali casi potrebbe apparire opportuno sanzionare espressioni (anche "forti") che appaiano comunque funzionali alle esigenze di difesa.

Ed invero, se si sostiene che taluno si sia impossessato della cosa altrui sottraendola a chi la deteneva al fine di trarne profitto, quel taluno non potrà che essere definito come "ladro".

E se poi costui avesse posto in essere artifici o raggiri per indurre in errore la controparte, non si potrebbe che definire come "truffatore".

Del pari, il soggetto che si sia manifestato incapace di pagare e non sia, dunque, solamente inadempiente, ma sia, purtroppo, insolvente, non potrà che definirsi "fallito".

Né a diverse conclusioni potrà portare l'uso di perifrasi eufemistiche, quali quelle di descrivere una circostanza come "*contraria al vero*": è, infatti, evidente che, se la circostanza è contraria al vero, essa è falsa: e menzognero o bugiardo non potrà che essere chi l'ha consapevolmente riferita.

Detto ciò, pare dunque chiaro come, anche gli articoli contenuti nel capo terzo, nel sanzionare i comportamenti che ne determinano la violazione, si riverberino tutti invariabilmente sulle modalità di graduazione della condanna alle spese.

Certo è che, a prescindere da ogni disquisizione sull'inevitabilità (secon-

do la teoria oggettiva), ovvero sulla causalità (che individua il fondamento della condanna nella antigiuridicità della pregressa complessiva condotta della parte soccombente), appare evidente come il concetto di "*colpa*" nel processo civile determini un generico diritto ad un risarcimento di natura pecuniaria: risarcimento che maggiormente si accentua nell'ipotesi – veramente ed assolutamente tipica del processo civile – in cui si incorra nel concetto di responsabilità aggravata disciplinato dall'art. 96 c.p.c.

È questa, in effetti, l'unica vera norma di riferimento che individua, disciplina e sanziona la "colpa" all'interno del processo civile.

La regola della soccombenza che – per i motivi anzidetti – può comportare delle attenuazioni o addirittura essere in tutto o in parte derogata, può invece, in altri casi, essere applicata in maniera più rigorosa, con una trasformazione del suo fondamento giuridico sino al punto di trasformare l'inevitabilità della condanna alla rifusione delle spese di lite facendole assumere i caratteri propri di un autentico risarcimento del danno.

L'assunto parrebbe confliggere con il diritto di agire o resistere in giudizio costituzionalmente riconosciuto a tutti i cittadini.

Occorre, dunque, che il risarcimento del danno presupponga un fatto illecito che, prescindendo dal torto o dalla ragione che sia stata attribuita a chi ha ritenuto di affidarsi alla tutela giurisdizionale, integri gli estremi di un comportamento che, per le particolari modalità con il quale si è svolto, abbia assunto i caratteri dell'illiceità.

E ciò, ovviamente, vertendosi in tema di esercizio di un diritto, non può che verificarsi quando si ponga in essere un abuso di quel diritto o se lo stesso venga esercitato al di fuori del suo schema tipico oppure al di là dei limiti determinati dalla sua funzione[30].

Orbene, se l'agire o il resistere in giudizio è riconosciuto come diritto anche a colui al quale il Giudice darà poi torto, perché si configuri responsabilità aggravata occorrerà che, nel momento in cui il soggetto decide di agire o resistere, non possa che risultare, per la parte, del tutto certa la circostanza della consapevolezza del suo torto, dovendosi ritenere che essa abbia agito o per spirito di emulazione, oppure per altre ragioni analoghe, oppure resistito con intenti meramente dilatori e/o defatigatori, tanto da integrare la situazione di "malafede".

In questo caso la sanzione comminata dall'ordinamento si trasforma in un autentico risarcimento dei danni, del tutto equiparato alla "*colpa grave*",

[30] V. sul punto E. Grasso, *Della responsabilità* cit., p. 1031 ss.

ossia alla mancanza della pur minima avvedutezza e consapevolezza delle conseguenze del proprio atto.

E questa "*colpa grave*", in tali specifiche ipotesi, viene equiparata al dolo, tanto da essere espressamente sanzionata.

Costante è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità formatosi sul punto, in base al quale "*la condanna per responsabilità processuale aggravata, per lite temeraria, quale sanzione dell'inosservanza del dovere di lealtà e probità cui ciascuna parte è tenuta, non può derivare dal solo fatto della prospettazione di tesi giuridiche riconosciute errate dal giudice, occorrendo che l'altra parte deduca e dimostri nell'indicato comportamento dell'avversario la ricorrenza del dolo o della colpa grave, nel senso della consapevolezza, o dell'ignoranza, derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle suddette tesi*" (così Cassazione civile, sez. I, 02/04/2015, n. 6675[31]).

Peraltro, sul punto, anche la migliore Dottrina ha avuto cura di precisare che "*per questo comportamento del soccombente, che risulta aver agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave (comportamento che si suole qualificare come temerarietà della lite) la norma in esame configura la c.d. "responsabilità aggravata" ossia una responsabilità che, andando oltre la veduta normale responsabilità di rimborso come pura conseguenza obiettiva della soccombenza, si aggrava in quanto, essendo fondata su un illecito, dà diritto ad un più pieno risarcimento di tutti i danni, che conseguono all'aver dovuto partecipare ad un giudizio obiettivamente ingiustificato*" (così Mandrioli ineccepibilmente sintetizza l'istituto di cui si parla[32]).

In realtà, il concetto richiama quello di "*abuso del diritto*" che sta alla base anche della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 96 del codice di rito, nel quale l'istituto della responsabilità aggravata – pur così come connotato dal primo comma – viene applicato quale conseguenza del temerario esercizio dell'azione esecutiva o dell'azione cautelare o di altre iniziative e/o trascrizioni di provvedimenti che abbiano effetti pregiudizievoli sulla parte che li subisce.

Anche in questo caso, detti comportamenti presuppongono un'illiceità di fondo, giacché nessuna di queste iniziative sarebbe possibile instaurare se non in forza di un titolo esecutivo o di un provvedimento cautelare che sia attuabile.

Verrà, dunque, in rilievo, in questi specifici casi, il rapporto esistente

---

[31] Per un'ampia disamina della teoria, si veda l'orientamento consolidatosi in sede di legittima, da Cass. Civ. 22.10.1976, n. 3752 sino alle più recenti Cass. Civ., sez. I, 02/04/2015, n. 6675; Cass. Civ., sez. III, 30/12/2014, n. 27534; Cass. Civ., sez. lav., 11/12/2012, n. 22659; Cass. Civ., sez. III, 30/06/2010, n. 15629.

[32] Per la migliore dottrina, v. C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 409.

tra la possibilità incondizionata di agire esecutivamente e la "realtà giuridica" che implica un certo grado di affidamento all'auto-responsabilità di chi possiede lo strumento per realizzare coattivamente un diritto che potrebbe rivelarsi inesistente o venire meno nel corso del giudizio, sino a non esistere più alla fine del giudizio stesso.

Ciò che verrà colpito, in questo caso, non sarà, dunque, un certo tipo di comportamento che si deve ritenere implicitamente lecito, ma le implicazioni che possono derivare da tale comportamento quando esso venga declinato con l'ulteriore accorgimento che sempre la norma riporta, ossia quello dell'agire "*senza la normale prudenza*".

Consegue da ciò il fatto che la parte che, in virtù dell'efficacia incondizionata del titolo posseduto e, magari, anche in presenza di rituale e tempestiva opposizione ad opera di controparte, abbia ugualmente eseguito un provvedimento cautelare o trascritto la domanda giudiziaria o iscritto ipoteca giudiziale oppure abbia iniziato o compiuto l'esecuzione forzata, nell'ipotesi in cui ne venga poi dichiarata la soccombenza, su istanza della parte danneggiata, dovrà essere condannata al risarcimento dei danni, dovendosi ritenere che essa abbia agito "*senza la normale prudenza*".

Ebbene, alla luce delle considerazioni suesposte, si dovrebbe ritenere che una norma così apparentemente chiara – che, addirittura, al secondo comma, tipizza specificatamente le situazioni sanzionabili e le modalità attraverso le quali esse debbono essere sanzionate – rappresentando, tra l'altro, l'unico strumento di repressione della colpa processuale contenuto nel codice di rito, non potrebbe che trovare vasta e costante applicazione.

E invece no.

La realtà, infatti, è ben diversa: tanto da potersi affermare con certezza che l'applicazione dell'istituto della responsabilità aggravata nel processo civile sia stata, per lunghi anni, desueta così come la relativa norma sia rimasta, di fatto, inapplicata.

Ciò almeno sino all'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c., avvenuta ad opera dell'art. 45, c. 12 della Legge 18.06.2009, n. 69, in vigore al 4.7.2009 ed applicabile ai procedimenti instaurati successivamente a tale data: norma che ha fornito nuova linfa ad un istituto che, come sopra si è detto, risultava ormai quasi di fatto disapplicato[33].

---

[33] Sulla portata e sugli effetti dell'innovazione introdotta con il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. si vedano A. Dondi, A. Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 2007, p. 193 ss.

Per rendersi conto dello scarso successo ottenuto dalla disposizione in commento prima della "rivoluzionaria" modifica intervenuta nel 2009 dovranno essere approfonditi alcuni specifici profili che ne caratterizzavano e condizionavano l'operatività in passato.

Nella sua originaria formulazione l'art. 96 c.p.c. prevedeva, nei suoi due commi, due distinte ipotesi di abuso del processo.

Con la prima si sanzionava – come ancor oggi si sanziona – la responsabilità del soccombente per i danni derivati dall'abuso dell'agire o del resistere in giudizio, ovvero da un comportamento illecito che concerneva il rapporto di diritto sostanziale in quanto proiettato in sede processuale attraverso l'agire ed il resistere[34].

La responsabilità derivata dall'abuso, in questo caso, veniva inquadrata tra le sanzioni derivanti dalla violazione del generico dovere di buona fede cui ciascuna parte era ed è tenuta in ordine all'instaurazione ed allo svolgimento del procedimento, non ultimo quell'obbligo di lealtà e probità disciplinato dall'art. 88 di cui sopra si è parlato.

Ovviamente, il primo comma della norma in commento si occupava esclusivamente della lite temeraria relativa al procedimento cognitorio, anche se ormai da tempo si riteneva che essa potesse riguardare anche la mera irritualità finalistica della procedura e, cioè, il ricorso ad un determinato strumento processuale operato, però, in maniera distorta e soprattutto a fini dilatori[35].

Il secondo comma, invece, presupponeva – così come ancor oggi presuppone – l'insorgere di responsabilità aggravata in costanza di determinate situazioni, correlate all'uso più o meno scorretto dello strumento cautelare o del titolo esecutivo, ovvero legata alle attività di trascrizione ed iscrizione di domande o di ipoteche giudiziali che la parte abbia fatto pur risultando, all'esito del giudizio, soccombente.

In tali, specifiche ipotesi, gli abusi da prendere in considerazione potevano e possono derivare anche dalla mera colpa lieve.

Come si diceva, malgrado l'art. 96 sia sempre stato dotato di una struttura che, almeno all'apparenza, risulta snella e facilmente intellegibile, non poche sono state, in dottrina così come in giurisprudenza, le difficoltà applicative che l'hanno riguardato.

Infatti, affinché si possa giungere alla declaratoria di responsabilità per

---

[34] Per una esaustiva disamina della norma v. C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 356 ss.

[35] Sul punto v. E. Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus* 1968, p. 273.

colpa grave e dolo occorre, innanzitutto, che sussista la totalità della soccombenza dell'avversario[36].

Occorre, inoltre, che la parte fornisca la prova dell'altrui malafede nell'agire o nel resistere in giudizio[37].

Occorre, infine, la prova della sussistenza di un danno subìto in conseguenza della condotta temeraria della parte[38].

Non solo, ma un'analisi ancor più penetrante dovrà essere condotta in ordine all'elemento soggettivo, da intendersi come consapevolezza dell'infondatezza delle proprie tesi o, addirittura, come ignoranza colpevole dell'infondatezza delle stesse[39].

A ciò si aggiunga che l'attribuzione di un comportamento temerario nei confronti della controparte non potrà essere circoscritto alle sole slealtà compiute negli atti del processo, né alla semplice prospettazione di teorie giuridiche che siano state riconosciute come errate dal Giudice.

Né potrà rilevare, ai fini della prova della temerarietà, il rilievo della proposizione di teorie di diritto che siano state precedentemente negate in sede di legittimità, essendo pur possibile un ripensamento della Suprema Corte sul punto in base ad una diversa interpretazione delle norme disciplinanti la materia.

Cosa che potrebbe verificarsi anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale assolutamente pacifico[40].

Né si potrà ritenere, ai fini della configurabilità della colpa grave o del dolo, che la riproposizione di teorie, ancorché disattese dalla S.C., possa integrare un comportamento atto, di per sé, ad ingannare il Giudice[41].

---

[36] Su tale specifico problema v. C. Mandrioli, *Corso* cit., p. 357 ss.

[37] Sull'esigenza di fornire la prova in tal senso v. Cass. Civ., SS.UU., del 20/04/2004, n. 7583; Cass. Civ, sez. III, 27/10/2015, n. 21798; Cass. Civ., sez. III, 19/10/2015, n. 21079; Cass. Civ., sez. lav., 15/04/2013, n. 9080; per l'iniziale conferma dell'attuale orientamento v. Cass. Civ., 17.3.1982, n. 1722.

[38] Sulla necessità del requisito della prova del danno v. Cass. Civ., 14 settembre 2016 n. 18057; Cass. Civ., sez. III, 19/10/2015, n. 21079; Cass. Civ., sez. I, 30/07/2010, n. 17902; per l'iniziale conferma dell'attuale orientamento v. Cass. Civ., 29.5.1984, n. 3274.

[39] Sulla differenza intercorrente tra la coscienza dell'infondatezza della domanda e la colpevole ignoranza in ordine a detta infondatezza, v. Cass. Civ., sez. III, 30/12/2014, n. 27534; Cass. Civ., 12 gennaio 2010, n. 327, sez. II; Cass. Civ., sez. III, 14/10/2005, n. 19976; Cass. 8 gennaio 2003, n. 73; Cass. Civ., sez. I, 08/09/2003, n. 13071; Cass. Civ., 19.3.2003, n. 4052; Cass. Civ., 2 giugno 2000, n. 7358.

[40] V. anche Cass. Civ., 16.2.1998, n. 1619.

[41] Sul punto v. Cass. Civ., 15.2.1985, n. 1316.

Se, dunque, da un lato, non basta tutto ciò ad integrare i presupposti dell'applicazione della responsabilità aggravata di cui al primo comma dell'art. 96 c.p.c., non di meno sarà onere di chi ne invoca l'applicazione fornire la prova del pregiudizio subìto in conseguenza del comportamento asseritamente temerario tenuto dalla parte soccombente: dovendosi ritenere impraticabile una liquidazione d'ufficio, anche sulla base di mere nozioni di comune esperienza o in via equitativa, ove il Giudice non possa ricavare dagli atti di causa elementi idonei ad identificare il danno stesso[42].

Ovviamente – e come si diceva – la responsabilità aggravata per temerarietà della lite può essere anche riconosciuta in generale per l'utilizzo del processo per scopi diversi da quelli al cui assolvimento esso è preordinato, trovando così applicazione anche in fasi processuali incidentali rispetto al giudizio di merito, destinate comunque ad essere definite con decisione finale ad opera del Giudice e con conseguente condanna alle spese[43].

Si pensi alle ipotesi di surrettizia proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione oppure del regolamento di competenza, finalizzata solamente ad ottenere il differimento della definizione del giudizio di merito (malgrado l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. non sia oggi più automatica).

Né meno problematica appariva, come si è già visto, l'applicazione del secondo comma dell'art. 96, che costituisce una norma di natura eccezionale rispetto alla previsione generale di cui al primo comma.

In questo caso dottrina e giurisprudenza hanno individuato il presupposto per l'irrogazione della prevista sanzione non tanto nella colpa grave o nel dolo quanto, invece, nell'assenza di normale prudenza – e cioè nella sussistenza della mera "*colpa lieve*" – nel comportamento della parte[44].

Anche qui non mancano interpretazioni discordanti sia in dottrina che in giurisprudenza, che hanno finito per rendere problematica l'applicazione anche di tale comma della norma in commento.

Alcuni Autori hanno, infatti, ritenuto che per le ipotesi di procedimenti aventi natura c.d. irrituale – e cioè instaurati in mancanza dei requisiti specifici procedurali – l'unica sanzione applicabile fosse quella di natura sostanziale prevista dall'art. 2043 c.c.[45].

---

[42] Così Cass. Civ., SS.UU. 20.4.2004, n. 7538; Cass. Civ., 09.09.2004, n. 18169.

[43] Sul tema v. E. Grasso, *Della responsabilità* cit., p. 10.

[44] V. Cass. Civ., 08.07.2004, n. 12545.

[45] In tal senso v. C. Calvosa, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 393.

Per altri, il ricorso all'art. 2043 c.c. sarebbe ipotizzabile solo nel caso di procedure rituali inficiate da vizi di forma[46].

Vi sono, poi, Autori che hanno ritenuto subordinata l'applicabilità del secondo comma dell'art. 96 del codice di rito non solo alla sussistenza di procedure irrituali, ma anche di procedimenti che si appalesano chiaramente ingiusti.

Registrandosi, infine, anche un orientamento che sostiene l'esclusione di ogni tipo di sanzione per le procedure rituali ed il ricorso al secondo comma dell'art. 96 solamente in tema di procedure ingiuste[47].

Non solo ma, sempre in sede di interpretazione del secondo comma dell'articolo in questione, si è da più parti ritenuto che la sanzione dallo stesso contemplata fosse applicabile alla sola ipotesi di inesistenza del diritto per il quale è stato eseguito il provvedimento latamente cautelare o esecutivo e non quindi per vizi diversi[48]; mentre per altri il presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 96, c. 2 non sarebbe solo l'assoluta, ma anche la relativa inesistenza del diritto fatto oggetto della cautela o dell'esecuzione[49].

Si consideri, ancora – e per le residuali ipotesi di trascrizione della domanda giudiziale – la necessità, da più parti avvertita, che, prima di poter ravvisare un'ipotesi di sussistenza di responsabilità aggravata, il Giudice provveda ad operare un'accurata indagine sull'uso della normale prudenza o meno da parte del trascrivente, da compararsi con la prevedibilità dell'esito definitivo della controversia relativa al diritto per il quale era stata conferita la facoltà della trascrizione della domanda giudiziale[50].

Se a tutte le problematiche interpretative che si sono succintamente illustrate si aggiunge, inoltre, la necessità che intervenga istanza di parte in entrambi i casi e si considera, infine, la – sempre mal digerita da chi è chiamato a giudicare – obbligatorietà che parrebbe assumere il verbo "*condanna*", con ciò escludendosi ogni discrezionalità, da parte del Giudice, nella irrogazione della sanzione, tale da implicare per lo stesso quasi un dovere – parola ugualmente sgradita – di applicarla ben si comprende, allora, la scarsa fortuna che per lunghi anni ha caratterizzato l'applicazione e la vita stessa dell'istituto in questione.

---

[46] Di tale avviso è F. Carnelutti, *Limiti alla responsabilità processuale delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 134.

[47] Si veda, al riguardo, A. Gualandi, *Spese* cit., p. 297.

[48] Sul punto si veda Cass. Civ., 22.06.1990, n. 6349.

[49] Si veda l'opinione espressa da Cass. Civ., 10.02.1983, n. 2672.

[50] In tal senso Cass. Civ., 05.08.1983, n. 5265.

Che è quindi rimasto sopito – ed è stato, per lo più, scarsamente applicato se non talvolta addirittura disapplicato – almeno fino alla "ventata" di novità portata dalla legge di riforma n. 69 del 1999, con la quale è stato aggiunto alla norma in commento quel terzo comma che pare averla improvvisamente rivitalizzata se non, addirittura, del tutto rivoluzionata.

Per gli amanti del cinema di fantasia, la situazione non può che riportare alla mente quanto accaduto nel fortunato *sequel* ideato dal visionario George Lucas (*Star Wars*) nel quale la "Resistenza", ormai da lungo tempo rassegnata a dover convivere con il dispotico "Primo Ordine", ritrova improvvisamente la *spada-laser* lampeggiante, simbolo della "Forza" e riesce, così, a sopraffare il nemico infondendo nuove motivazioni e regalando inaspettate opportunità a tutti coloro che, soggiogati dal ritrovamento della spada fiammeggiante, inneggiavano al "*Risveglio della FORZA*"[51].

Analogamente, nel nostro ordinamento, con l'introduzione del 3° comma dell'art. 96 c.p.c., si è assistito al "*Risveglio della COLPA*" – ecco spiegato lo stravagante titolo del presente lavoro – che ha totalmente rivoluzionato quella "soporifera" coesistenza tra "temerari" impuniti e "timorati" rassegnati, fornendo nuova linfa – e non solo – a tutti coloro che da tempo invocavano la doverosa repressione di ogni ingiustificata forma di abuso del processo e condannavano impietosamente ogni artificio dilatorio (o come tale avvertito) ed ogni *escamotage* defatigatorio.

La genesi "formale" della responsabilità sanzionatoria introdotta dal 3° comma dell'art. 96 c.p.c. va individuata nell'art. 45 della L. 18.6.2009, n. 69, Legge con la quale il Legislatore, da un lato, ha ritenuto di rendere ancor più stringente l'obbligo di motivare la compensazione delle spese mentre, dall'altro, ha deciso di estendere tale nuovo tipo di responsabilità anche ai giudizi di merito.

Lo strumento prescelto per l'introduzione del nuovo istituto è rappresentato dall'aggiunta di un 3° comma alla norma già intitolata alla "*Responsabilità aggravata*", che trovava sicura ascendenza nell'art. 385, 4° comma del codice di rito, dotandola di una prevalente autonomia rispetto alla responsabilità risarcitoria disciplinata dai primi due commi.

Recita la nuova disposizione: "*In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91 il Giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare al*

[51] Il film, uscito nelle sale per la prima volta nel 2015, è il primo della trilogia che rappresenta il *sequel* della serie iniziale di *Star Wars* (*Guerre Stellari*), scritta e prodotta da George Lucas. Il titolo originale era "*Star Wars: The Force Awakens*".

pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

La *ratio* sottesa alla nuova disciplina è evidente, e muove dal rilievo che l'abuso del processo causa un danno indiretto all'Erario (a causa del protrarsi del tempo generalmente necessario per la trattazione dei processi e, di conseguenza, l'insorgenza dell'obbligo al versamento dell'indennizzo *ex lege* 89/2001 e Legge 24.03.2001, n. 89), ma anche un danno diretto al litigante (per il ritardo che provoca nell'accertamento della verità): ed è questo il motivo per cui il Legislatore ha, a più riprese e con diverse iniziative, provveduto a sanzionarlo.

In tale contesto ben si comprende come il Legislatore, con la legge n. 69/2009, abbia voluto introdurre un danno tipicamente punitivo nell'art. 96 c.p.c., aggiungendo il 3° comma al fine di scoraggiare l'abuso del processo e di preservare la funzionalità del "*Sistema Giustizia*".

La norma, introdotta dalla legge 18.06.2009, n. 69, nel 3° comma dell'art. 96 c.p.c., non ha, infatti, natura solamente risarcitoria, ma persegue anche finalità marcatamente sanzionatorie, introducendo nell'ordinamento una forma di danno punitivo finalizzata a scoraggiare l'abuso del processo e a preservare la funzionalità del "*Sistema Giustizia*" traducendosi, dunque, in una vera e propria "sanzione d'ufficio".

Va dunque condannata la parte soccombente alla rifusione delle spese di lite avendo anche riguardo al rallentamento dell'attività di Giustizia oltre che alle spese legali imposte alle altre parti, nella misura che sarà equitativamente determinata.

Ma quali sono i criteri per rendere equa la somma di cui alla sanzione in commento?

Come è noto, la S.C. ha ritenuto che la condanna ex art. 96, c. 3 c.p.c. sia applicabile anche d'ufficio in tutti i casi di soccombenza, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, ma anche semplicemente in presenza di una condotta oggettivamente temeraria.

La condanna in questione configura, infatti, una sanzione di carattere pubblicistico che è autonoma ed indipendente rispetto alle (già note) ipotesi di responsabilità aggravata di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 96 del codice di rito ed è, anzi, una sanzione con queste cumulabile in quanto preordinata a garantire il contenimento dell'abuso dello strumento processuale.

Per la sua applicazione, dunque, non è richiesto, quale elemento costitutivo della fattispecie, il riscontro dell'eventuale elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, ma è sufficiente ravvisare, nel comportamento della parte soccombente, una condotta oggettivamente valutabile alla stregua

di "*abuso del processo*" per integrare il quale è sufficiente l'aver agito o resistito pretestuosamente e, cioè, nell'evidenza di non poter vantare alcuna plausibile ragione[52].

Va osservato come, sempre la Corte di Cassazione, abbia anche escogitato un criterio per determinare la misura della sanzione individuandola, in termini di proporzionalità, nella metà del massimo dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa[53].

I segnali premonitori delle criticità correlate con l'introduzione della disciplina sanzionatoria del danno punitivo erano, peraltro, nell'aria già da quando, a dodici anni dall'introduzione dell'art. 385, quarto comma c.p.c., si era inaspettatamente attivato un vivace dibattito tra le Sezioni Semplici della Suprema Corte, sul quale erano poi intervenute anche le Sezioni Unite per superare il contrasto.

Era, infatti, avvenuto che la Terza Sezione, con ordinanza n. 15209 del 12.06.2018, richiamando la sentenza n. 16601 del 07.07.2017 delle Sezioni Unite[54], aveva stabilito che la condanna ex art. 96, c. 3 c.p.c. fosse applicabile d'ufficio in tutti i casi di soccombenza, sostanziandosi in una sanzione di carattere pubblicistico che risultava autonoma ed indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata disciplinata dai primi due commi della norma in commento.

E non necessitando, dunque, della sussistenza del riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, ma semplicemente ascrivibile *tout court* alla parte anche solo in presenza di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di "*abuso del processo*": esaltandosi, così, la necessità di creare strumenti dissuasivi rispetto ad azioni meramente dilatorie e defa-

---

[52] Sul punto si veda il recente arresto della III Sezione Civile della S.C., ordinanza 29/5 – 10/9/2018, n. 21943.

[53] In ordine alla determinazione della sanzione da comminarsi in caso di "*abuso del processo*" v. Cass. Civ., sez. III, 14/10/2016, n. 20732; Cass. Civ., sez. 03, del 20/10/2014, n. 22226. Vedi anche: Cass. Civ., sez. 06, del 22/02/2016, n. 3376; Cass. Civ., sez. 03, del 20/01/2015, n. 817; Cass. Civ., sez. 03, del 12/03/2015, n. 4930.

[54] Va segnalato, al riguardo, un aspetto inusuale della pronuncia in questione, rappresentato dal fatto che la Terza Sezione, con l'ordinanza n. 15209 del 12.06.2018, ha espressamente dichiarato di voler riesaminare, senza che vi fosse stata al riguardo alcuna sollecitazione da parte del Pubblico Ministero ovvero ad opera della parte risultata vittoriosa, la questione relativa alla funzione sanzionatoria della condanna per lite temeraria con specifico riferimento ai contenuti della sentenza n. 16601 del 05.07.2017 delle Sezioni Unite, che aveva ritenuto compatibile con l'ordine pubblico il risarcimento punitivo previsto dall'ordinamento statunitense così confortando, anche sul piano dogmatico, la condanna sanzionatoria.

tigatorie al fine di evitare la dispersione delle risorse della giurisdizione e di consentire, così, l'accesso alla tutela giudiziaria ai soli soggetti meritevoli e nel solo caso di diritti effettivamente violati[55].

La stessa Sezione, tuttavia, con ordinanza n. 7901 del 30.03.2018, aveva però adottato un orientamento del tutto opposto, sostenendo che, per la comminatoria della condanna di cui all'art. 96, c. 3 c.p.c. fosse necessaria la prova della sussistenza di un fatto illecito, qual è l'abuso del processo, richiedendosi, pertanto, il necessario riscontro dell'elemento soggettivo della mala fede o della colpa grave[56].

Interveniva, poi, la sentenza n. 22405 del 13.09.2018 con la quale le SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione statuivano che la condanna di quel terzo comma dell'art. 96 c.p.c. doveva ritenersi "*volta a salvaguardare finalità pubblicistiche, correlate all'esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi, nonché degli interessi della parte vittoriosa e a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., realizzati attraverso un vero e proprio abuso della "potestas agendi", con una utilizzazione del potere di promuovere la lite, di per sé legittimo, operato per fini diversi da quelli ai quali esso era preordinato*".

Ma è solo con la sentenza n. 9915 del 20.4.2018 che le Sezioni Unite hanno ritenuto di prendere le mosse dall'art. 385, quarto comma c.p.c. ritenendo che il contenuto dello stesso fosse stato, di fatto, trasfuso nel disposto – di ben più ampia e generale portata – dell'art. 96, terzo comma c.p.c.

La norma richiamata era stata, dunque, considerata in stretta correlazione con la responsabilità sanzionatoria disciplinata dall'art. 385, quarto comma, c.p.c. dovendosi, così, ritenere, secondo alcuni Autori, che la "svolta" effettivamente sanzionatoria fosse rappresentata dall'art. 13 D.Lgs. 40/2006 con il quale era stato introdotto l'art. 384 quarto comma c.p.c.

Così delineato, il sistema creato per sanzionare i c.d. "danni punitivi" (i noti *punitive damages*, di matrice anglosassone) pareva armonizzarsi perfettamente con la previgente disciplina, tracciata, in tema di "*colpa processuale*", dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c.: il tutto con buona pace di parte dell'Avvocatura, perplessa nel condurre un'analisi comparata tra le esigenze sottese alla nuova disciplina e gli ineludibili diritti posti a presidio del diritto di difesa e dell'autonomia delle strategie processuali da parte del

[55] Sul punto v. anche Cass. Civ., SS.UU., n. 12310/2015 e Cass. Civ., n. 10177/2015.

[56] Si vedano, di analogo tenore, Cass. Civ., n. 27623 del 21.11.2017 e n. 2040 del 26.01.2018.

difensore e preoccupata, altresì, per la concreta possibilità dei magistrati di operare uno spiacevole ed imbarazzante sindacato sulle scelte suggerite dai Difensori ai propri clienti[57].

E salutata, invece, al tempo stesso, con notevole soddisfazione, da parte della Magistratura, che vedeva nella riformata disciplina un utile "correttivo" per scongiurare improvvide e surrettizie iniziative, infondate nel merito e caratterizzate, in rito, da comportamenti spesso dilatori da parte degli Avvocati.

Una riforma notevolmente apprezzata, soprattutto, da alcuni rappresentanti dell'Ordine Giudiziario, che consideravano l'introduzione del 3° comma del'art. 96 c.p.c. come l'avvento di una disciplina che permetteva loro finalmente di sanzionare comportamenti sgraditi tenuti da taluni Avvocati, sia pure in maniera indiretta – giacché le conseguenze negative della condotta temeraria e dilatoria sarebbero sempre ricadute sulla parte – ma con l'imputazione diretta, in capo a costoro, delle responsabilità derivate dall'infausto esito del giudizio, additando finalmente il Professionista quale responsabile, in via immediata e diretta, della *débâcle* processuale.

Sotto il primo profilo si è dunque osservato come la norma in questione precludesse indebitamente al difensore di operare le più opportune scelte nell'interesse del proprio assistito in tutte quelle ipotesi – purtroppo spesso ricorrenti – nelle quali una condotta processuale dilatoria avrebbe consentito al proprio cliente di mitigare l'entità, gli effetti ed i termini di una ingiunzione di pagamento, rinviando l'adempimento del debito (ancorché incontestabile) ad un momento successivo nel quale il ripristino delle condizioni patrimoniali aziendali gli avrebbero consentito di estinguere più tranquillamente l'obbligazione, magari decurtata in virtù di una "posizione contrattuale" più vantaggiosa, determinata proprio dall'incertezza sugli esiti del rapporto processuale surrettiziamente promosso[58].

---

[57] Del tema, particolarmente dedicato, si occupa G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Judicium.it*, il quale, nel procedere alla interpretazione del concetto di abuso del processo, sottolinea giustamente come l'uso dello strumento processuale debba essere anche parametrato alle esigenze di difesa della parte che sta in giudizio, ricordando come non esista «un dovere del difensore di completezza … né un dovere del difensore di verità». Appare, dunque, del tutto giustificata la preoccupazione, avvertita dall'Avvocatura, che ogni forma di repressione dell'abuso del processo, pur perseguendo lodevoli finalità, possa astrattamente comportare delle limitazioni e compressioni al diritto di difesa della parte.

[58] Si è acutamente osservato, al riguardo, che va, innanzitutto, assolutamente sfatata l'immagine dell'Avvocato considerato quale ausiliario del Giudice e, in quanto tale, obbli-

Nella diversa ottica dei Giudici (o, meglio, solo di alcuni di loro), la nuova normativa consentiva, invece, agli stessi di togliersi qualche "sassolino" dalle scarpe al momento della pronuncia finale, utilizzando la preziosa formula sintetizzata dal noto proverbio: "*parlare a nuora perché suocera intenda*"[59].

Con ciò registrandosi tutto un fiorire di premesse motivazionali stereotipate quali: *"un'adeguata lettura delle norme codicistiche avrebbe consentito alla parte soccombente di avvedersi dell'assoluta temerarietà dell'iniziativa assunta"*; oppure "*solo alla disinvolta e poco oculata gestione del rapporto processuale, così come operata dalla parte, deve ascriversi l'integrale reiezione delle pretese dalla stessa azionate*". O, ancora, "*una corretta esegesi degli istituti sostanziali e processuali avrebbe scongiurato l'instaurazione di una iniziativa giudiziaria totalmente sfornita del ben che minimo fondamento*". E così via.

Affermazioni, tutte, che non avrebbero che potuto sollecitare alla parte sostanziale soccombente di porre e di porsi l'inevitabile domanda "retorica" su chi avrebbe avuto l'onere di operare "*l'adeguata lettura delle norme codicistiche*" o di procedere con la "*corretta esegesi degli istituti sostanziali e processuali*", o, infine, di scongiurare la "*disinvolta e poco oculata gestione del rapporto processuale*": e di rispondersi, giungendo all'altrettanto inevitabile conclusione, che la responsabilità esclusiva del naufragio processuale dovesse necessariamente addebitarsi al proprio difensore. Con tutte le conseguenze di ordine risarcitorio ed anche disciplinare che dalla risposta alla domanda retorica sarebbero necessariamente derivate.

In realtà, a parte le curiose (ma a volte anche pesanti e spiacevoli) conseguenze della prassi applicativa testé lumeggiate, il "risveglio della colpa"

---

gato anch'esso a collaborare a compiti che sarebbero, in realtà, propri solo del Giudice. Ciò premesso, poiché la relazione tra Giudici ed Avvocati è dialettica e non di subordinazione, si deve ritenere che il difensore, diversamente dal Giudice, non abbia alcun obbligo di perseguire gli interessi generali, ma abbia il preciso dovere solamente di tutelare la parte che assiste nel rispetto della legge e della deontologia professionale. Ne consegue che ogni situazione che si ponga in contrasto con il diritto di difesa non possa essere condivisa (sul punto cfr. anche A. Dondi, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 794).

[59] Si tratta del noto proverbio ("*parlare a nuora, perché suocera intenda*") che si usa tipicamente quando il messaggio che si vuole dare consiste in una critica che potrebbe offendere la persona alla quale esso è realmente indirizzato. In tali casi non ci si rivolge a quest'ultima direttamente, ma si fa in modo che comunque il destinatario comprenda che il messaggio è in realtà indirizzato a lui.

non ha mancato di sollevare tutta una serie di perplessità – anche in termini di legittimità della nuova norma – emerse soprattutto in epoca successiva rispetto alla sua emanazione e che non hanno ancora trovato una definitiva soluzione.

Sta di fatto che le criticità dell'art. 96, 3° comma c.p.c. testé menzionate sono state oggetto di un vivace ed approfondito dibattito tra le varie Sezioni della Suprema Corte che si è, ovviamente aggiunto a quello sviluppatosi all'interno della Terza Sezione e di cui sopra si è parlato.

Tant'è che la Seconda Sezione[60], dopo aver rilevato che contemplare la sussistenza dell'elemento soggettivo per l'applicazione della disposizione prevista dall'art. 385, 4° comma c.p.c. costituisce una "*interpretazione manipolativa della norma, contrastante con i dati testuali*" ha ritenuto che "*il fatto che non sia più necessario l'accertamento di un profilo soggettivo di responsabilità significa semplicemente che il Giudice, nel verificare la sussistenza delle condizioni per pronunciare la condanna ex art. 96, 3° comma c.p.c., deve prescindere dal compiere alcune indagini sulla sussistenza dell'elemento psicologico colposo*". Dovendosi da ciò ricavare la conclusione secondo cui "*la condanna può essere pronunciata ogni volta che "oggettivamente" risulti che si sia agito o resistito in giudizio in modo pretestuoso, con abuso dello strumento processuale*". Ricordando, infine, come, pur non sussistendo "*nessun limite quantitativo – né massimo né minimo – previsto dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c. il Giudice, tuttavia, nella determinazione della sanzione, deve osservare il "criterio equitativo", potendo la sanzione essere calibrata anche sull'importo delle spese processuali o su un loro multiplo, e non può – in nessun caso – superare il limite della ragionevolezza*".

Tali conclusioni non erano state, però, condivise dalla Terza Sezione la quale, con ordinanza n. 7901 del 30.03.2018, aveva invece rilevato che la condanna ex art. 96, c. 3 c.p.c. avrebbe dovuto presupporre l'accertamento di un fatto illecito, qual è l'abuso del processo, e richiedere, pertanto, il necessario riscontro dell'elemento soggettivo della malafede o della colpa.

Il contrasto interno alle varie Sezioni della Suprema Corte non avrebbe

---

[60] Confronta, sul punto, la decisione n. 27623 del 21.11.2017 della Seconda Sezione della Suprema Corte.

Per una accurata disamina dei concetti testè espressi v. R. Russo, *L'interpretazione salvifica dell'art. 96 terzo comma c.p.c.*, in *Judicium.it*. Sempre dello stesso autore *Contributo per l'inaugurazione dell'anno 2017*, pubblicato sul sito ufficiale della Suprema Corte. E, ancora, del medesimo Autore, *La condanna aggravata alle spese. Il "gran rifiuto" della Suprema Corte ?*, in *Judicium.it*.

potuto che mettere in luce la rilevata incompletezza dell'art. 96, c. 3 c.p.c., dividendo i Giudici di legittimità sul modo con cui completare od integrare la disposizione: se facendo capo ad un elemento ritenuto esclusivamente oggettivo, quale l'abuso dello strumento processuale, oppure se considerare anche l'elemento soggettivo, sempre rinvenibile nella malafede o colpa grave, collegato sì all'abuso del processo, ma qualificato autonomamente come fatto illecito.

Dal vivace dibattito è emersa solo l'autorevole presa di posizione delle Sezioni Unite, le quali hanno segnalato la necessità della sussistenza del requisito soggettivo collegandola, tuttavia, alla violazione dei doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., così come realizzata attraverso un vero e proprio abuso di "*potestas agendi*".

Tale interpretazione pare essere stata avvalorata anche dalla sentenza n. 152/2016 della Corte Costituzionale la quale, pur occupandosi dell'art. 96 c. 3 c.p.c. con esclusivo riferimento al beneficiario della condanna sanzionatoria, non ha mancato di osservare in maniera più che significativa che tale disposizione appare "*modellata sullo schema dell'art. 385, 4 ° comma c.p.c.* (v. nota 30)".

Ma, se si esclude il vago riferimento al concetto di "ragionevolezza" – che in realtà è un "principio" e non una regola di diritto, richiamata soltanto dalla sentenza n. 27623/2017 delle S.C. – si deve concludere che in nessun modo possa ritenersi colmata la lacuna di previsione sull'entità della sanzione[61].

Sulla scorta delle considerazioni che, sia pure senza alcuna pretesa di completezza, sono state sin qui svolte ed in base alle opinioni – spesso di segno opposto – che sono state riportate si può, dunque, certamente concludere che "*il risveglio della Colpa*" non è stato certo immune da censure: né si può sostenere che il nuovo istituto non presti il fianco a serie e motivate critiche, tali da far fondatamente ritenere persino che il 3° comma dell'art. 96 c.p.c. presenti più o meno evidenti profili di incostituzionalità – spesso rilevati ma, almeno sino ad ora, mai ritenuti fondati dal Giudice delle Leggi – soprattutto con specifico riferimento ai parametri equitativi di

[61] In questo senso cfr.: Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902; Cass. civ., sez. VI-II, 11 febbraio 2014, n. 3003; Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2016, n. 20732; Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2016, n. 19285; Cass. civ., sez. V, 14 settembre 2016, n. 18057; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2016, n. 15017; Cass. civ., sez. lav., 19 aprile 2016, n. 7726;; Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3311; Cass. 8 gennaio 2018, n. 182.

liquidazione del c.d. "danno punitivo" e all'evidente vuoto precettivo che inficia la norma in punto di condotta sanzionata, che appare oggettivamente incolmabile.

Per il resto, la disposizione in commento, almeno secondo un primo orientamento, prevederebbe una vera e propria pena pecuniaria, poiché la sua applicazione prescinderebbe sia dalla domanda di parte che dalla prova del danno determinato dalla condotta processuale dell'avversario[62].

Secondo un diverso orientamento, la condanna officiosa per responsabilità processuale aggravata assolverebbe ad una funzione sanzionatoria/indennitaria dell'abuso del processo civile, essendo volta, da un lato, a sanzionare e prevenire le liti temerarie e, dall'altro, ad indennizzare la parte vittoriosa del pregiudizio subìto per essere stata coinvolta in un giudizio che non avrebbe dovuto essere promosso.

A sua volta la Corte Costituzionale, investita del problema, con sentenza del 23 giugno 2016, n. 152 non ha mancato di sottolineare la natura ibrida dell'istituto, evidenziando a tal fine che esso assolve ad una funzione esclusivamente o prevalentemente sanzionatoria; non ha natura esclusivamente risarcitoria poiché tutela un interesse che trascende, o non è, comunque, esclusivamente, quello della parte vittoriosa in giudizio; analoga funzione sanzionatoria e, al contempo, indennitaria, è ravvisabile nella condanna del ricorrente (o resistente) in Cassazione, con colpa grave, prevista dall'abrogato art. 385, comma 4, c.p.c., il quale disponeva che: "*Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave*".

Da parte sua, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, con sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, ha riconosciuto la natura polifunzionale della tutela risarcitoria approntata dalla norma in esame, stabilendo che essa può assolvere ad una funzione sanzionatoria oltre a quella compensativa ed includendola, nel contempo, tra le ipotesi, contemplate nel nostro ordinamento, di rimedi

[62] Sul punto il Supremo Collegio ha, infatti, testualmente osservato, con la sentenza n. 16601/2017 che «Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».

risarcitori con funzione non riparatoria o almeno non esclusivamente riparatoria, ma sostanzialmente o congiuntamente sanzionatoria, quale quella svolta in tema di "danni punitivi".

La predetta, concorrente finalità, secondo la Suprema Corte, sarebbe però ammissibile solo nella misura in cui la fattispecie risarcitoria fosse disciplinata in termini sufficientemente dettagliati e tali da permettere di prevederne le conseguenze anche quantitative, in modo da garantire effettività alla tutela riparatoria[63].

Da tale premessa consegue, in concreto, che, sempre per usare le medesime parole delle Sezioni Unite, a livello normativo "*deve esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)*".

Tipicità e prevedibilità costituirebbero, pertanto – secondo l'orientamento citato – i presupposti indefettibili affinché la componente afflittiva del risarcimento possa essere contemplata nell'ordinamento giuridico.

Orbene, tali principi verrebbero in rilievo anche qualora si aderisse all'ulteriore orientamento che attribuisce alla condanna ai sensi dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. una funzione esclusivamente sanzionatoria e la norma, valutata alla luce di essi, risultasse in contrasto con i parametri costituzionali sopra citati.

Infatti, se le condotte che integrano la responsabilità processuale aggravata paiono, per le ragioni già più volte illustrate, sufficientemente determinate mediante il richiamo all'elemento soggettivo che deve connotarle, non altrettanto può dirsi per le conseguenze di esse.

La norma, infatti, non contempla limiti quantitativi minimi e massimi che, se devono essere prevedibili e prefissati *ex ante* per i danni punitivi, a maggior ragione dovrebbero esserlo per le pene private.

Del resto, appare fin troppo evidente la difformità intercorrente, sul punto, tra il disposto dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. e la norma che costituisce, indubbiamente, il suo antecedente, ovvero l'art. 385, comma 4, c.p.c., abrogato dalla L. 69/2009.

Quest'ultimo, infatti, stabiliva un contenimento del massimo della condanna nel doppio dei massimi tariffari; e se quel limite, o altro simile, fosse stato previsto anche per il *quantum* della pronuncia ai sensi dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., essa sarebbe stata immune dalle censure qui svolte.

Va segnalata, inoltre, l'ulteriore opinione di chi non ha mancato di evi-

[63] Sul punto cfr. Trib. Verona, sez. III, 23.1.2018.

denziare come l'attuale formulazione della norma determini un'estrema incertezza in ordine all'entità della condanna adottabile, tenuto conto che nella prassi sono stati individuati vari criteri per quantificarla[64].

Infatti, secondo un simile indirizzo, occorre far riferimento, a tal fine, ad una percentuale del valore della controversia[65].

Secondo altra autorevole opinione, la somma potrebbe anche essere parametrata all'indennizzo da irragionevole durata del processo[66]. Mentre, secondo un ulteriore e non meno autorevole indirizzo essa sarebbe determinabile in una percentuale della somma liquidata in concreto a titolo di spese di lite, esclusi gli accessori di Legge.

È, infine, doveroso menzionare anche quelle pronunce che, pur addivenendo a condanne per lite temeraria di importo elevato, non hanno utilizzato un criterio oggettivo per pervenire a tale quantificazione.

Così, ad esempio, Cass., sez. II civile, 29 settembre 2016, n. 19285, ha affermato come l'unico limite al *quantum* della sanzione debba essere costituito dall'equità, da intendersi come sinonimo di ragionevolezza[67]. È evidente come questa difformità di soluzioni, e la conseguente, inevitabile disparità di trattamento per situazioni che possono risultare analoghe, finisca per pregiudicare la funzione deterrente dell'istituto, risultando impossibile, a fronte di essa, valutare preventivamente le conseguenze economiche della proposizione di una causa temeraria.

È, inoltre, altrettanto evidente che i limiti quantitativi mancanti non potrebbero certo essere recuperati in via interpretativa, poiché la fissazione degli stessi compete solamente al legislatore.

La norma parrebbe, dunque, risultare in contrasto con gli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., che, come ha avuto cura di precisare la Suprema Corte a SS.UU. nella sentenza n. 16601/2017, costituiscono i parametri ai quali soggiace ogni imposizione di una prestazione personale.

Nella complessiva incertezza interpretativa che si è, in qualche modo, evidenziata in queste pagine ed in assenza – almeno allo stato – di decisivi arresti sulla questione che siano suscettibili di chiarire le numerose criticità

---

[64] Trib. Milano, sez. VIII, 13 giugno 2012.

[65] Si veda, al riguardo, Trib. Roma, 18 ottobre 2006; Trib. Milano, 22 marzo 2006; Trib. Modena, 24 aprile 2009, Cass. Civ., sez. II, 18 febbraio 2011, n. 3993.

[66] Si vedano, a questo proposito: Trib. Pordenone, 18 marzo 2011; Trib. Milano, 25 novembre 2014; Trib. Milano, 21 ottobre 2014; Trib. Padova, 10 marzo 2015 e nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre, Cass. civ., 30 novembre 2012, n. 21570.

[67] V. Cass., sez. civ. II, 29 settembre 2016, n. 19285.

dell'istituto in esame, non resta che operare una valutazione complessivamente positiva del fenomeno scherzosamente etichettato come "*il risveglio della colpa*" ricordando l'insegnamento di Natalino Irti[68] secondo il quale "*L'esigenza di certezza è basata sulla sicurezza che all'individuo ne deriva e, dunque, non tanto e non solo sulla calcolabilità economica del futuro, quanto sulla garanzia dell'azione, in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà. La prevedibilità dei comportamenti, cioè la loro valutazione, è il motivo per il quale la Legge non ragiona di cose particolari e presenti, ma di cose future e generali, secondo la geniale intuizione di Aristotele*".

[68] Così N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, p. 3, nell'articolo di R. Russo, *L'interpretazione salvifica dell'art. 96 terzo comma c.p.c.*, in *Judicium.it*.

ANNA MARIA GIOMARO*

BREVE RASSEGNA DI 'CULPA LATA' *E 'COLPA GRAVE'*

SOMMARIO: 1. Un'occasione per riflettere sui criteri e i gradi della responsabilità – 2. Sulla definizione di *culpa lata*: Ulpiano e Paolo – 3. La *culpa lata* e la sua equiparazione al dolo – 4. La *culpa lata* intesa come un dolo attenuato dalle motivazioni – 5. La *culpa dolo proxima* – 6. La *culpa lata* intesa come una colpa, aggravata dalla rilevanza dell'attività del soggetto responsabile – 7. Alcuni cenni di dottrina – 8. La presenza di "colpa grave" nell'attuale legislazione

1. Un'occasione per riflettere sui criteri e i gradi della responsabilità

Un discorso sulla 'colpa grave', di cui si dice in molti articoli delle nostre leggi, e sulla sua identificazione col concetto ulpianeo di *culpa lata* nasce, per esempio, da una giurisprudenza ormai consolidata della Corte Suprema in tema di riparazione per ingiusta detenzione. L'inizio di tale vicenda rimonta ad una sentenza del 1996, nella quale, dopo aver definito il dolo sulla base dell'art. 43 c.p., la Cassazione conclude che «*è colposo il comportamento cosciente e volontario, al quale, senza volerne e senza rappresentarsene gli effetti (anche se adottando l'ordinaria diligenza essi si sarebbero potuti prevedere) consegue un effetto idoneo a trarre in errore l'organo giudiziario*»[1]; da cui il riferimento espresso a Ulpiano: «*Invero, per quanto testualmente stabilito dalla legge, la colpa valutabile al fine di escludere il diritto a detta riparazione deve essere grave, connotata, cioè, da macroscopica, evidente negligenza, imprudenza, trascuratezza, ecc., tale da superare ogni canone di comune buon senso, secondo l'enunciazione di Ulpiano: Culpa lata est nimia neglegentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*».

---

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

[1] E specifica: «*La condotta del soggetto, pur tesa ad altri risultati, pone in essere, per (e con) negligenza, imprudenza, trascuratezza, inosservanza di leggi, regolamenti, norme disciplinari, ecc., una situazione tale da dare una non voluta ma prevedibile (l'essenza della colpa sta sempre nella prevedibilità) ragione di intervento dell'autorità giudiziaria con l'adozione del provvedimento cautelare, ovvero di omessa revoca della privazione della libertà*».

Il problema – com'è noto a chi ha avuto modo di imbattervisi – deriva dalla disposizione dell'art. 314 c.p.p. che al suo 1° comma dispone: «Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave».

Le sentenze successive sul tema della riparazione per ingiusta detenzione si riferiscono dichiaratamente a quella, ripetendone in forma pedissequa il tenore compresa la citazione digestuale.

Solo nel 1998 la Cassazione ha ulteriormente esplicitato il suo pensiero sulle parole di Ulpiano:

«*Essa* <la culpa lata> *comporta la mala fede (art. 1147 c.c.) e consiste in omissioni o in comportamenti positivi tali da porre in essere un meccanismo di imputazione praticamente non dissimile dal dolo, dovendosi prescindere, nella colpa grave, dalle categorie della diligenza media, della prevedibilità ed evitabilità con l'uso di tale (media) diligenza per entrare nel campo della conoscenza della causa o concausa foriera del danno, pur senza, peraltro, giungere alla volizione dell'evento, propria del dolo. La "culpa lata", insomma, è propria di colui che conosce il pericolo del danno o che devesi ritenere lo conosca proprio perché tutti lo conoscono e, quindi, si considera come se lo avesse voluto o è equiparato a chi lo ha voluto secondo il noto brocardo "culpa lata dolo aequiparatur". Il giudice della riparazione, esaminati tutti gli elementi a sua disposizione, deve trarre con logica argomentazione, il convincimento della sussistenza della colpa e motivarne il grado tra i vari conosciuti, valutando la gravità della negligenza quale appare dal complesso delle circostanze del caso, allorché prenda in esame una condotta asseritamente causativa o concausativa della detenzione sofferta*»[2].

Così dunque, a partire dal 1996, e, a maggior ragione, dal 1998, tutte le sentenze in tema di riparazione per ingiusta detenzione si ripetono passivamente: col richiamarsi all'art. 43 c.p. e al concetto di dolo e di colpa; col ribadire che «*è colposo il comportamento cosciente e volontario, al quale, senza*

[2] Possiamo dunque considerare come 'sentenza madre' la 43/1996 (Sezioni Unite) e come 'figlia' la 1745/1998 (IV Sez. Penale). La prima ha consacrato per la prima volta l'applicazione del concetto della *culpa lata* ulpianea nel diritto processuale penale, mentre la seconda ha delineato più nello specifico quel criterio, chiarendo i termini per i quali presso gli antichi maestri del diritto valesse che "*culpa lata dolo proxima est*", e quindi, anche in relazione alle conseguenze, "*culpa lata dolo equiparatur*".

volerne e senza rappresentarsene gli effetti (anche se adottando l'ordinaria diligenza essi si sarebbero potuti prevedere) consegue un effetto idoneo a trarre in errore l'organo giudiziario»; col concludere che «*"in tal caso, la condotta del soggetto, connotata da profili di colpa volta a volta rinvenibili (negligenza, imprudenza, trascuratezza, inosservanza di leggi, regolamenti, ecc.) pone in essere una situazione tale da dare una non voluta ma prevedibile (...) ragione di intervento dell'autorità giudiziaria con l'adozione del provvedimento cautelare, ovvero omessa revoca della privazione della libertà"(Cass., Sez. Un., n. 43/1996). Ed in tal ultimo caso, la colpa deve appunto esser 'grave', come vuole la norma, "connotata, cioè, da macroscopica, evidente negligenza, imprudenza, trascuratezza, ecc., tale da superare ogni canone di comune buon senso, secondo l'enunciazione di Ulpiano: culpa lata est nimia neglegentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt" (Cass., Sez. Un., n. 43/1996, cit.)*»[3].

2. Sulla definizione di *culpa lata*: Ulpiano e Paolo

Per definire i termini della colpa grave la Cassazione già nel 1996 aveva fatto riferimento preciso ed esplicito a Ulpiano e alla sua '*culpa lata*'.

Com'è noto, relativamente alla responsabilità soggettiva di valenza minore rispetto al dolo (che è la decisa intenzionalità dell'atto), il Digesto giustinianeo, senza distinguere fra la sua configurazione penale e quella civile, suggerisce una graduazione, distinguendo una *culpa lata* e una *culpa levis*,

[3] Sulla base di tutto ciò la Corte di Cassazione ha stabilito che la riparazione per ingiusta detenzione, non essendo un diritto di tutti gli imputati assolti, va esclusa nei confronti di chi abbia imprudentemente accettato il rischio, per esempio di avere contatti con un'organizzazione criminale e quindi, di conseguenza, di apparire coinvolto negli affari illeciti (Cass., IV Sez. Penale, sent. n. 35030/2009); di chi nei reati in concorso, essendo consapevole dell'attività criminale altrui, abbia tenuto comportamenti idonei ad essere percepiti all'esterno come una sua contiguità (Cass., IV Sez. Penale, sent. n. 15745/2015); di chi abbia agito con violenza e percosse contro la moglie e/o i figli, ottenebrando nella propria mente quel sentimento di amore e rispetto che è comune sentire verso la consorte, verso i propri nati (Cass., IV Sez. Penale, n. 26436/2007); di chi abbia dichiarato il falso durante l'interrogatorio (Cass., IV Sez. Penale, n. 3571/2012), ecc. Ma le frasi illustrative della "colpa grave" (riportate *supra*, nel testo) si ripetono uguali (col copia-incolla) in pressoché tutte le sentenze successive al 1996 (al 1998), talora – ma non sempre – introdotte da un «Quanto alle valenze definitorie delle espressioni "dolo" e "colpa grave" è stato chiarito (Sez. U. n. 43 del 19/12/1995, dep. 1996, Sarnataro, Rv. 203636) che …» o simile. Si veda ancora Cass., IV Sez.Penale, sent. n. 10749/2018. Cfr. C. Buonauro, *Responsabilità da atto illecito dannoso*, Milano 2012, p. 722 ss.

ed anche una *levissima*, il che comporta di conseguenza la conferma dell'esistenza di una *culpa* tout court. Le fonti definiscono poi la *culpa lata* come *dolo proxima* e la equiparano al dolo[4].

Due sono le definizioni di *culpa lata* che si ritrovano nelle fonti.

Una prima definizione, più generale e lineare, si deve ad Ulpiano secondo cui è *lata* quella colpa che consiste nella 'massima negligenza', cioè (*id est*) nel non comprendere ciò che tutti comprendono (che è poi quanto ripetono le sentenze della Cassazione):

> D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*): Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.

> «*Culpa lata* è la negligenza eccessiva, vale a dire non comprendere ciò che tutti comprendono».

Va però rilevato che il primo dato definitorio proposto dal giurista non è quello che spiega il comportamento negativo, bensì quello che, aprendo la strada ad altri e altrettanto arruffati e gravi problemi interpretativi, pone l'equiparazione netta con altro concetto rilevante in tema di criteri della responsabilità, la *neglegenti*a, ulteriormente complicandolo col collegamento con un particolare qualificativo che è il *nimia*. Accantonando per ora l'equiparazione con la *nimia neglegentia*[5], è sul rap-

---

[4] Vi sono poi altre graduazioni interne, su cui non ci si sofferma. In generale sul tema della responsabilità da contratto e sulla configurazione dei singoli criteri si veda V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958, in part. il cap. VIII, «*Culpa lata e diligentia quam suis*», p. 251 ss.; P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, p. 29 ss.; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, e in part. Id., *Una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI* XVIII, 1992, p. 413 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, in particolare i capitoli VIII, «Celso figlio, la delimitazione del *praestare* e la risistemazione dei suoi contenuti: *dolus*, *culpa*, *diligentia* e *custodia*», e il X, «La risistemazione dei contenuti del *praestare* e l'insegnamento di Gaio». Per dire solo di alcune voci. Per aspetti specifici all'interno della visione generale, anche oltre il III sec. d.C., *infra*, nt. 8, e poi nt. 20.

[5] La corrispondenza della *neglegentia* con la *culpa* è ricorrente nelle fonti. In verità la negligenza, ovvero la trascuratezza nella conduzione del proprio comportamento verso gli altri e verso le cose, rappresenterebbe soltanto un aspetto dell'atteggiamento colposo, cui all'occorrenza aggiungere secondo i casi l'*imprudentia* (incosciente sventatezza e malaccorta risoluzione che così spesso è indicata nelle fonti come modalità di comportamenti condotti appunto *per imprudentiam*: D. 2.2.2; D. 3.5.20.3; D. 12.6.32.1; D. 35.1.32; D. 44.4.4.3; ecc.), e l'*imperitia*, là dove si richieda una particolare competenza professionale (Ulpiano, 32 *ad*

porto con l'intelligenza delle cose che si vuole soffermare l'attenzione.

Questo concetto è ripetuto in una seconda definizione che appartiene a Paolo, ed è – potremmo dire – per certi aspetti ripetitiva rispetto a quella di Ulpiano e per altri più precisa e al contempo più lacunosa:

> D. 50.16.223pr. (Paul. 2 *sent.*): Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.
>
> «Essenza della *culpa lata* è non comprendere ciò che tutti comprendono».

Per un verso manca nel testo paolino il riferimento alla *neglegentia*, ma ciò che connota il pensiero di Paolo e ce lo rende più intenso è l'aver qualificato la mancata comprensione della più assoluta evidenza (che tale deve considerarsi il *non intellegere quod omnes intellegunt*) come *finis*, come essenza del concetto di *culpa lata*. Con il sostantivo '*finis*' il giurista indica che il confronto con quello che "gli altri capiscono" è il metro con cui misurare la responsabilità soggettiva quando non vi sia dolo, che quindi quel confronto con la possibilità di comprensione umana generale (media?)[6] rappre-

---

ed. in D. 19.2.9.5, cita Celso: *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit*; e, 18 *ad ed*. in D. 9.2.7.8, cita Proculo: *Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem*; e, ancora 18 *ad ed*. in D. 9.2.27.29, aggiunge: *Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur*; ecc.). Si veda S.D. Martin, *Imperitia: The Responsability of skilled Workers in classical Roman Law*, in *American Journal of Philology* 122, 2001, p. 107 ss.

Ma sono aspetti che talora vanno considerati e valutati autonomamente l'uno dall'altro, come risulta per esempio a proposito del *mensor* dalle riflessioni ulpianee *si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur* (D. 11.6.1.1).

[6] Vale riportare qui l'annotazione di Celso, in D. 16.3.32, Cels. 9 *dig*. (ancorché il testo sia per altri versi molto discusso, come poi si dirà), dove sembrerebbe che il dolo possa ravvisarsi (*fraude non caret*) anche soltanto quando non si ispiri il nostro comportamento alla diligenza *ad eum modum quem hominum natura desiderat*. Dice Celso: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit* («Mi sembra verissimo quello che diceva Nerva, e che a Proculo non sembrava giusto, cioè che una colpa particolarmente grave è dolo. Infatti, anche se qualcuno non è diligente nel modo che la natura umana richiede, non va esente da frode (dolo), a meno che

senta il limite oltre il quale la responsabilità si aggrava fortemente, e infine che se quello del "non capire ciò che gli altri capiscono" è il confine della *culpa lata,* evidentemente esistono altre graduazioni di *culpa* che sussistono pur se si capisce o si può capire invece quello che tutti comprendono[7].

---

tuttavia in rapporto alla cosa depositata non presti la cura che è secondo il suo modo di comportarsi: infatti non manterrà la buona fede prestando una diligenza minore di quella che gli è abituale nelle sue cose»).

[7] In particolare i testi del Digesto in cui compare la locuzione *culpa lata* (la prima organica trattazione del problema nel senso della origine tarda della sua equiparazione al dolo si deve a A. De Medio, *Studi sulla «culpa lata»*, in *BIDR* XVII, 1905, p. 5 ss. cui si rimanda) non sono molti e – se escludiamo la definizione paolina – appartengono praticamente tutti a Ulpiano. Si devono citare:

D. 50.16.213.2, la definizione ulpianea;

D. 50.16.223pr., la definizione paolina;

D. 11.6.1.1, relativo ai comportamenti del *mensor*;

D. 17.1.8.9-10, riguardante gli obblighi del mandatario;

D. 47.4.1.2, per il caso dello schiavo liberato che trattiene beni dell'eredità;

D. 17.1.29pr.-3, che tratta del fideiussore e dei suoi impegni sia in rapporto alla conduzione del processo, sia nei confronti del garantito;

D. 36.1.23.3, in particolare sul perimento delle cose ereditarie;

D. 2.13.8pr., relativo all'*editio rationum* dell'argentario;

D. 26.10.7.1, in ipotesi di un'*actio suspecti tutoris*;

D. 11.1.11.11, sull'*interrogatio in iure*;

D. 43.26.8.3, circa il *precarium*;

D. 18.4.2.5-6, relativamente ad alcune problematiche in tema di vendita dell'eredità;

D. 16.3.7, nel caso della liberazione dello schiavo destinato alla tortura;

D. 30.47, che tratta degli impegni dell'erede circa le cose legate;

D. 34.3.24 (di Papiniano, 8 *resp.*), che, ancora in tema di restituzioni ereditarie, parla di *quod … dolo proximum erit*;

D. 26.7.7.2, in tema di tutela;

D. 21.1.31.12, relativamente all'omicidio colposo;

D. 48.8.7 (Paul. *de publ. iud.*), ove si affronta il problema della responsabilità *in lege Cornelia*;

D. 50.8.8, che impegna i magistrati a tener conto della *culpa lata*.

A questi testi bisognerà aggiungere quelli in cui l'atteggiamento colposo si esprime attraverso il termine *neglegentia*, sottolineandone in qualche modo la gravità, con la qualificazione di *lata* o *nimia* o *crassa*, con avverbi rafforzativi o con le forme del comparativo assoluto. E sono (o potrebbero essere):

D. 1.15.3.1 (Paul. *ls. de off. praef. vig.*), che considera la pena per *qui neglegentius ignem habuerunt*;

D. 1.18.14 (Macer, 2 *de iud. pub.*), che riproduce un'*epistula* imperiale dove il comportamento negligente dei custodi del pazzo che ha commesso un delitto è più volte indicato con rafforzativi (*diligentius custodiendus*, *tantae neglegentiae*, *neglegentiores*);

D. 9.2.7.2 (Ulp. 18 *ad ed.*), dove si considera *neglegentius* il transitare per luoghi scivolosi quando ne sia derivata la morte del servo;

Va da sé che questo "non comprendere ciò che tutti comprendono", che si ripete in Paolo come in Ulpiano, presuppone comunque un suo specifico atteggiamento psicologico.

Infatti in astratto sembrerebbe avere una valenza oggettiva, e quindi qualificare come colpa grave vuoi il comportamento derivato da una semplicità dell'intelletto (quando poi non si tratti di una vera e propria incapacità mentale) vuoi quando si debba presumere una coscienza, una consapevolezza completa o non completa della situazione[8]. Ma è appunto all'interno

---

D. 13.6.5.7 (Ulp. 28 *ad ed.*), che tratta della cattiva manutenzione dei macchinari adibiti ai posti di lavoro (*neglegentius machinam colligavit*);

D. 17.1.29 pr. (Ulp. 7 *disp.*) per l'espressione *dissoluta enim neglegentia prope dolum est*;

D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 ad Sab.), dove Pomponio qualifica *neglegentius* certe amministrazioni patrimoniali;

D. 22.6.6 (Ulp. 18 *ad leg. Iul. et Pap.*), in cui Ulpiano richiede una *scrupolosa inquisitio* relativamente ad una eventuale *supina ignorantia*, a *neglegentia crassa*, ad una *securitas satis expedita*, a *delatoria curiositas*;

D. 22.6.9.2 (Paul. *ls. de iur. et fac. ign.*), che parla di *summa neglegentia*, qualificandola – sembra – con le parole *si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat*;

D. 26.10.7.1 (Ulp. 1 *de omn. trib.*), che parla di *lata neglegentia*;

D. 36.1.23.3 (Ulp. 5 *disp.*) dove, relativamente al *reddere rationem*, Ulpiano sembrerebbe distinguere la *lata culpa* dalla *levis et rebus suis consueta neglegentia*;

D. 48.3.12pr. (Call. 5 *de cogn.*), che equipara in poche righe la *nimia neglegentia* e la *culpa nimia*, trattandone in rapporto agli obblighi di custodia dei *milites*;

D. 50.8.8 (Ulp. 1 *ad ed. praet.*), che stigmatizza ugualmente il dolo e la *lata neglegantia* nel comportamento dei magistrati;

Coll.12.5.2 (Ulp. 8 *de off. proc.*), per la frase *… sed eis, qui non data opera incendium fecerint, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit*;

D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*), la definizione ulpianea di *culpa lata* come *nimia neglegentia*;

D. 50.16.226 (Paul. 1 *manual.*), la definizione paolina, *magna neglegentia culpa est; magna culpa dolus est*, che non deve essere letta a contraddire l'identificazione della *culpa lata* con la *neglegentia* nella sua forma più grave, ma come affermazione dell'esistenza di forme più lievi di negligenza, che non comportano responsabilità.

[8] Lauretta Maganzani precisa che *culpa lata* significa – e tale significato è tratto sulla base di *Bas.* 13.2.32, e di uno scolio, *sch.* 3, di Stefano – non sfruttare «appieno le proprie capacità naturali» (L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano 2006, p. 33) intendendo con ciò la trascuratezza della propria intelligenza: chi è nel pieno delle sue capacità è in grado di capire il comune senso della giustizia e distinguere ciò che è bene da ciò che è male. Il che significherebbe che la persona che non abbia tale intelligenza o che si trovi in situazioni in cui non può disporre al meglio delle sue capacità, può essere considerata "pericolosa" dall'ordinamento giuridico per sé e per gli altri, perché spreca e mal dirige il suo pensiero e il suo raziocinio, e quindi, se dannosa, deve essere necessariamente repressa. La gravità delle condotte di questi soggetti risiede quindi nella loro 'amoralità': per vivere in una società civile è necessario che ognuno rispetti

di questo range di elementi psicologici che va valutato il significato della *culpa lata*.

Ulpiano, e con lui la giurisprudenza antica di età per lo meno severiana, propone (o si deve dire "conferma") una particolare graduazione di responsabilità da collocarsi fra la *culpa*, così come normalmente concepita, "*consueta*" per ripetere una qualificazione che usa Ulpiano per la *neglegentia* (in D. 36.1.23.3), e il dolo. E di questa *culpa lata* fornisce qualche connotato, non solo attraverso gli episodi concreti della quotidianità, ciascuno da considerarsi e interpretarsi indipendentemente l'uno dall'altro, ma anche con qualche ponderazione circa la possibilità di valutare gli impulsi psicologici e di pensiero che stanno alla base del comportamento umano.

Ne sono espressione le domande retoriche che sottolineano l'affermarsi del pensiero del giurista in senso conforme all'equità, ma certamente contrario a quello che di stretto diritto sarebbe logico aspettarsi. Così nel caso di perimento (o comunque mancata produzione) della cosa oggetto di *petitio hereditatis*:

> D. 30.47.5 (Ulp. 22 *ad Sab.*): Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est? An numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.
>
> «Ma vediamo quale colpa debba essere valutata, se soltanto quella prossima al dolo, o anche quella che è lieve. O forse si deve persino esigere dall'erede anche la diligenza? E questo è più vero»[9].

E ancora in tema di tutela:

> D. 26.7.7.2 (Ulp. 35 *ad ed.*): Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? Recte quis dixerit solam latam neclegentiam eos praestare in hac parte debere.
>
> «Contro i tutori compete l'azione della tutela se avranno concluso male un contratto, come nel caso in cui avranno comprato per motivi sordi-

delle regole e contemporaneamente esiga che anche gli altri le rispettino.

[9] Lo riprendo *infra*, p. 558 s.

di o per favoritismo dei fondi che non meritavano di essere acquistati. Cosa si deve ritenere dunque se non lo fecero né per motivi sordidi né per favoritismo, ma per aver compiuto una scelta non buona? Correttamente qualcuno potrebbe dire che essi in questo caso devono rispondere solo di *lata neglegentia*»[10].

Due sono dunque gli aspetti su cui è opportuno soffermare innanzi tutto il pensiero: cioè l'insistenza delle fonti sulla equiparazione della *culpa lata* col dolo, e parallelamente le possibilità di significato della *culpa lata* attraverso una semplice rassegna delle ipotesi in cui le fonti ce la attestano.

Ma il discorso sulla *culpa lata* proviene da età più risalente. Pur se nel codice meno si legge di diritto privato in ispecie contrattuale pure è documentata, per esempio, in un rescritto degli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla, C. 5.54.1, dell'anno 197, che, raccomandando una particolare attenzione per la 'negligenza' del tutore *quae non latae culpae comparari possit*, ci conferma chiaramente come la valutazione della gravità del comportamento inadempiente dell'amministratore dell'altrui patrimonio dovesse considerarsi con riguardo per ammettere il vaglio, accanto al dolo, anche di un atteggiamento eventualmente soltanto gravemente colposo:

C. 5.54.1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Fusciano*): Heredes tutoris ob neglegentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit (*pp. VI id. Mart. Laterano et Rufino conss.*).

«Gli eredi del tutore non devono essere condannati per una negligenza che non sia comparabile alla *culpa lata*, a meno che non sia stata intrapresa azione contro il pupillo, ovvero non ne abbiano derivato un lucro ottenuto artatamente o anche gratuitamente con danno del pupillo».

3. La *culpa lata* e la sua equiparazione al dolo

Il passo in cui si dice esplicitamente che "la *culpa lata* è certamente equiparabile al dolo" si legge – sempre da Ulpiano – in un precedente libro 11 del Digesto, nel titolo *Si mensor falsum modum dixerit*:

[10] Lo riprendo *infra*, p. 543 s.

D. 11.6.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*): 1. Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire.

«Questa azione <come suo presupposto> postula soltanto il dolo: infatti è sembrato del tutto sufficiente punire l'agrimensore, se soltanto se ne rilevi il dolo, perché secondo il diritto civile non è obbligato. Pertanto, se si è comportato con imperizia, deve imputarlo a se stesso colui che se ne è servito; ma anche se <si sarà comportato> con negligenza, l'agrimensore sarà ugualmente libero <da responsabilità>; chiaramente la colpa grave sarà equiparata al dolo. Anche se poi ha ricevuto una mercede, per le parole dell'editto non risponde di ogni colpa: il pretore infatti è di certo a conoscenza del fatto che gli agrimensori prestano la loro opera anche dietro mercede».

Ulpiano dice dell'azione che bisogna utilizzare per tutelarsi da comportamenti dolosi dell'agrimensore. Contro il dolo del *mensor* è necessario valersi dell'azione corrispondente creata ad hoc dal pretore, analoga in ogni caso all'*actio doli*[11] il cui limite della sussidiarietà sarebbe superato dal fatto

[11] D. 26.1.11pr. (Ulp. 24 *ad ed.*): *Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit. A quo falli nos non oportet: nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor, cuius modi ager veneat. Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem* («Contro l'agrimensore il pretore ha previsto un'azione modellata sul fatto. Non dobbiamo essere ingannati da costui: infatti è nostro interesse non essere ingannati nella dichiarazione della misura, nel caso in cui vi sia controversia sui confini ovvero il compratore o il venditore voglia conoscere di quale estensione sia il campo in vendita. <Il pretore> poi ha previsto quest'azione per ciò, perché gli antichi <giuristi> non hanno ritenuto che con tale persona vi fosse locazione conduzione, ma piuttosto che la sua opera sia prestata come beneficio, e quanto gli si dà sia dato per remunerarlo, e perciò si chiami 'onorario'. Nel caso in cui invece si sarà agito in base ad una locazione conduzione, si dovrà dire che la pretesa non lo vincola»). Sul *mensor* si veda L. Maganzani, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma 1997, in part. per il problema p. 107 s.

che – come dice lo stesso Ulpiano nel *principium* del frammento in questione – il rapporto con l'agrimensore non è inquadrabile sotto le tipologie dei normali rapporti contrattuali, e non comporta di conseguenza una tutela azionabile contrattualmente – nemmeno, sembrerebbe, quando lo si voglia contrabbandare come locazione conduzione – perché il compenso all'agrimensore ha comunque la natura di un onorario[12]. Di qui l'esperibilità dell'azione costruita sulla falsariga dell'*actio doli.*

Tuttavia anche se non si è verificato dolo, ma c'è stato comunque un comportamento del soggetto caratterizzato da *imperitia* (*proinde si imperite versatus est*), questa può essere talmente grave, da essere equiparata al dolo.

Di conseguenza essendo le due situazioni, dolo del *mensor* e sua *culpa lata,* pressoché uguali (poiché *lata culpa plane dolo comparabitur*), si potrà esperire l'azione anche nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito colposamente se il suo comportamento può essere qualificato come colpa grave. E – ci dice ancora Ulpiano – questa equiparazione fra dolo e *culpa* nella sua espressione più grave è un dato che emerge dalla comune interpretazione giurisprudenziale, qui richiamata da quell'avverbio "*plane*".

Altro sicuro attestato dell'utilizzo della stessa azione prevista per il dolo anche in ipotesi di *culpa lata* è nel frammento qui di seguito riportato, in tema di tutela:

> D. 26.7.7.2 (Ulp. 35 *ad ed.*): Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? Recte quis dixerit solam latam neclegentiam eos praestare in hac parte debere.
>
> «Contro i tutori spetterà l'*actio tutelae* se avranno concluso male un contratto, come nel caso in cui avranno comprato per motivi sordidi e per favoritismo dei fondi che non meritavano di essere acquistati. Cosa si deve ritenere dunque se non <lo fecero> né per motivi sordidi né per favoritismo, ma per aver fatto una scelta non buona? Correttamente

[12] Sulla valutazione dell''onorario' quale compenso relativo alle arti liberali si veda G. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994; ma ora anche T. Faitini, *Il lavoro come professione: una storia della professionalità tra etica e politica*, Ariccia 2016, p. 95 ss. (che riporto più ampiamente in A.M. Giomaro, *Quattro passi fra le scuole (e le scuole di diritto) nella Tarda Antichità*, Urbino UniversityPress 2020, in part. p. 28 nt. 44).

qualcuno potrebbe dire che essi in questo caso devono rispondere della sola negligenza grave».

Nel paragrafo in esame non vi è un esplicito richiamo al 'dolo', né ricorre espressamente la dizione '*culpa lata*': ma quel *si male contraxerint* è facilmente rapportabile al dolo che risulta in apertura del passo ulpianeo, nel suo *principium* (*Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur*), e al comportamento doloso si rapportano in genere le situazioni di cui Ulpiano dice a seguire; così di certo si deve ravvisare la *culpa lata* nella *lata neglegentia* finale. Dice dunque il giurista che come spetta l'*actio tutelae* contro il tutore che ha concluso un contratto con dolo nei confronti del minore, così spetta la stessa azione anche contro il tutore che ha tenuto un comportamento colposo in caso di *culpa lata* ovvero di *lata neglegentia*: "*recte quis dixerit solam latam neclegentiam debere*".

Il giurista pone un confine fra il dolo e la colpa grave individuando il primo nella presenza di motivi turpi o di collusione con il terzo. Quindi, se il tutore tiene invece consapevolmente (l'*elegerint* del testo lascia supporre la scelta cosciente da parte del tutore) un comportamento pregiudizievole nei confronti del minore, in cui non risultino la collusione o le motivazioni turpi ma comunque una determinazione sicura ancorché non volutamente indirizzata al male del pupillo, risponde di sola *culpa lata.*

Nello specifico si narra l'ipotesi di un tutore che non ha gestito diligentemente il patrimonio del soggetto da tutelare. La sua condotta non si è concretizzata nella distruzione volontaria e consapevole dei beni da amministrare, né in un fraudolento accaparramento delle sostanze del pupillo, né in accordi truffaldini con terzi contraenti: egli semplicemente ha lasciato che il trascorrere del tempo facesse deperire i beni in sua amministrazione, una semplice "inerzia" (ma che comunque nel caso specifico della tutela, per gli scopi della tutela che consistono nella buona resa del patrimonio pupillare, è di per sé gravemente riprovevole).

Anche nel D. 26.10.7.1, sempre in tema connesso all'amministrazione pupillare, viene prospettato un caso simile:

D. 26.10.7.1 (Ulp. 1 *de omn. trib.*): Si fraus non sit admissa, sed lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet[13].

[13] Ci si riconnette al *principium* per inquadrare la situazione: *Impuberibus quidem non*

«Se non si verifica una vera e propria frode (dolo), ma una *lata neglegentia*, poiché questa è rapportabile alla frode, <il tutore> deve essere rimosso come sospetto».

Data per presupposta un'equiparazione fra dolo e frode, o comunque un'appartenenza della seconda alla gamma delle ipotesi di dolo[14], se ne deduce quella della *culpa lata* al "dolo-frode". Il caso analizzato è quello di un tutore che ha agito *culpa lata* nell'amministrazione dei beni del pupillo, e – dice il giurista – è come se avesse agito con frode in quanto la *lata neglegentia* è equiparata alla frode[15].

Ugualmente in D. 17.1.8.10 Ulpiano richiama l'equiparazione della *culpa lata* al dolo:

D. 17.1.8.9-10 (Ulp. 31 *ad ed.*): 9. Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: 10. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum. Sed et si restituas, et tradere debes. Et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis.

«Si considera che si comporti con dolo colui che non restituisce ciò che può restituire; 10. pertanto, se ti ho conferito mandato di comprarmi un servo e tu lo hai comprato, sarai tenuto verso di me a restituirlo. Ma anche se con dolo tu hai trascurato di comprarlo (per esempio se per denaro ti sei ritirato così che altri lo comprasse) o con colpa grave (per

---

permittitur suspectos facere: adulescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant (D. 26.10.7pr.: «Agli impuberi non è consentito accusare i tutori come *suspecti*; ai minori di venticinque anni, che chiaramente lo vogliano, è permesso accusare i propri curatori di essere sospetti, purché lo facciano col parere dei parenti»). Il tema è dunque quello dell'*actio suspecti tutoris*.

[14] D. 4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*).

[15] Come se al posto dell'espressione "*culpa lata dolo equiparatur*" si utilizzasse quella di "*culpa lata fraudi equiparatur*".

esempio, se indotto da spirito di cortesia, hai lasciato che altri lo comprasse) sarai <comunque> tenuto. Ma anche se il servo che comprasti fuggì, sarai tenuto se lo fece per tuo dolo; se non ci fu né dolo, né colpa, non sarai tenuto se non a prestare stipulazione di garanzia che lo restituirai, se sarà pervenuto in tua potestà; se poi lo restituisci, devi farne anche consegna traslativa; e, se fu prestata la garanzia per l'evizione o se tu puoi richiedere che te la si presti, reputo che sia sufficiente che tu mi ceda questa azione, in modo da rendermi procuratore per un mio affare, e che tu non sia tenuto a prestare più di quanto avresti conseguito».

Un soggetto incaricato di un acquisto è ugualmente responsabile vuoi che con dolo sia venuto meno al suo impegno (ed è impegno contrattualmente definito), vuoi che abbia agito *culpa lata.* Nel passo l'equiparazione delle due posizioni giuridiche è resa incontestabile per il tramite delle proposizioni coordinate dalla disgiunzione '*aut*'.

Anche in questo caso il giurista esemplifica cosa deve intendersi per comportamento doloso (in quel *forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret*) e cosa, all'opposto, per comportamento gravemente colposo (*forte si gratia ductus passus es alium emere*) relativamente alla stessa ipotesi di mancato acquisto dello schiavo. Il risultato pratico è lo stesso: il soggetto deputato mediante mandato si è reso inadempiente: conseguentemente dovrebbe essere esperibile contro di lui l'*actio mandati*[16]. Si fa differenza, però, relativamente alle ragioni che hanno determinato, o accompagnato, questo mancato adempimento. Se il mandatario ha ricevuto denaro per ritirarsi dalla competizione onde favorire qualcun altro, si prospetta un'ipotesi dolosa. Se invece la sua rinuncia è stata determinata da un moto di compassione o benevolenza verso altri che era interessato, magari emotivamente, all'acquisto[17], allora non si

[16] Il risultato pratico è lo stesso, ma non nelle intenzioni. Con riferimento al diritto attuale scrive Elga Turco che: «si reputa gravemente colposo, il comportamento, cosciente e volontario, che, pur teso ad altri risultati, pone in essere una situazione di fatto omologa a quella in riferimento al dolo, seppure diversamente qualificabile sotto il profilo della rappresentazione e della volizione» (E. Turco, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano 2007, p. 223 ss., in part. p. 229). Certamente la distinzione tra dolo e colpa grave è molto labile: secondo l'orientamento della Cassazione dolo e colpa grave preclusivi del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione si differenziano in quanto nel primo il soggetto prevede e vuole l'evento dannoso e le sue conseguenze; nella seconda prevede e vuole l'evento dannoso ma non prevede e non vuole le sue conseguenze.

[17] Quel *gratia ductus* riporta l'attenzione sulle motivazioni che hanno determinato il soggetto agente a 'non comprendere ciò che tutti comprendono', motivazioni che si possono

tratterà di dolo, ma di colpa grave: il mandatario è ben consapevole di mettersi in condizione di inadempienza, ben consapevole di non rispondere alle aspettative del mandante e alle esigenze contrattuali, ma ritiene più importanti le motivazioni che lo inducono al suo comportamento contrario[18].

4. La *culpa lata* intesa come un dolo attenuato dalle motivazioni

Data la comparazione tra le due situazioni, a volte la *culpa lata* si pone come l'alternativa della responsabilità soggettiva quando il comportamento tenuto non sia così spregevole quanto quello doloso:

> D. 18.4.2.5-6 (Ulp. 49 *ad Sab.*): 5. Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est: fecisse autem dolo malo quo minus perveniat videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur vel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur: deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur. 6. Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendidisset, praestare debeat emptori. Et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.

---

porre sul piano della volontarietà indirizzata da un moto dell'animo e quindi su questo piano dovranno essere valutate; perché importa una differenza (sia pure in certi casi colmabile) fra il cedere perché corrotti dal denaro altrui e il cedere per benevolenza, per bontà, come forma di cortesia, dove il valore negativo della consapevolezza delle conseguenze dannose per la controparte (che allora 'si comprende'!) viene attenuato (quasi posto in raffronto) dal sentimento che ispira la condotta. Ne accenno qui, ma è considerazione che riprendo fra breve.

[18] È su questa suggestione che si basa l'opinione del Binding (K. Binding, *Le norme e la loro violazione* [*Die Normen und ihre Ubertretung, Eine Untersuchung über die Rechtmassige Handlung und die Arten des Delikts*, 1872 e 1877, II.2, p. 763] che, per dirla nella lettura di Arangio Ruiz (V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit., p. 253), «la *culpa lata* si distinguerebbe non già per la mancata coscienza del torto che si commette, ma per il motivo meno volgare (cioè meno riprovevole moralmente) al quale s'ispirerebbe la condotta dell'agente: così se a non adempiere egli sia spinto da un sentimento di compassione, o dal desiderio di far cosa grata ad un terzo, o dalla convinzione di non fare gran male approfittando di circostanze che consentano un facile guadagno». Ed è contro questa tesi che si appuntano le critiche del Lenel (*Culpa lata und culpa levis*, in *ZSS* 38, 1917, p. 263 ss.), secondo il quale «la *culpa lata* dovrebbe essere il dolo e nient'altro» (V. Arangio-Ruiz, *ibidem*).

> «Ma se qualche cosa è stato fatto con dolo malo da parte loro <*cioè del venditore dell'eredità e/o dell'erede nei confronti dell'acquirente dell'eredità stessa*> in modo tale che avessero di meno, anche questo deve essere valutato nei confronti del compratore: e si è ritenuto che abbia fatto in modo con dolo che comperasse di meno <per esempio> se ha alienato qualcosa o ha dato liberazione per un credito o ha brigato con dolo affinché non pervenisse nell'eredità ovvero non ha conseguito il possesso che avrebbe potuto acquisire. Ma se ha perduto qualcosa non per dolo malo ma per *culpa lata* ugualmente è tenuto: i beni perduti senza il dolo malo del venditore non comportano responsabilità. 6. E questo si chiede, se il venditore dell'eredità debba dare garanzia al compratore per il debito <contratto> dal figlio che ha in potestà o dal proprio servo nei confronti di colui la cui eredità è venduta. E si è ritenuto che debba garantire fino al limite del peculio del figlio o del servo ovvero di quanto risulti il suo vantaggio».

Ulpiano dice infatti che se qualcuno deve una cosa alla controparte di un rapporto giuridico ma poi l'ha perduta per sua colpa, non può essere paragonato di certo a colui che dolosamente non ha consegnato la cosa per fare in modo che la controparte dovesse ricevere di meno o nulla di quello che gli spettava (per esempio Tizio doveva a Caio 100, ma dolosamente gli ha consegnato 10; oppure Tizio ha venduto i beni del *de cuius* affinché Caio non li ricevesse in eredità). La stessa responsabilità gli è però addebitata se il suo comportamento è dovuto a grave colpa (*sed lata culpa admiserit*).

Anche qui il giurista ci mette di fronte a due possibili comportamenti psicologici a fronte di un unico risultato: se la condotta che ha comportato un torto è scaturita da una decisa ed empia volontà di arrecarlo, allora la strada da intraprendere per la valutazione del fatto è quella della responsabilità per dolo; se invece la condotta ha cagionato un torto non specificamente voluto o, comunque, non connotato dalla protervia e dalla cattiveria proprie del dolo, ma ispirato, per esempio, dalla compassione o dalla pietà, è allora opportuno diversificare la valutazione giuridica di tale comportamento, non si parlerà più di dolo bensì di colpa, seppure nella sua configurazione più grave che è quella della *culpa lata.*

È forse eccessiva, invece, la contrapposizione che Ulpiano prospetta in D. 36.1.23.3 fra la *culpa lata* e la *levis et rebus suis consueta neglegentia*:

> D. 36.1.23.3 (Ulp. 5 *disp.*): Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum

reddere quod non habet: culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est. Et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia, huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem. Praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. Sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet. Quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.

«Infatti se a qualcuno è richiesto di restitutire l'eredità e i servi sono morti o altre cose sono perite si ritiene giusto che non sia costretto a restitutire quello che non ha: il *"recidere rationem"* <cioè la resa dei conti> risponde ai criteri della colpa ma di quella che è *proxima* al dolo. E così scrive Nerazio nel libro primo dei *Responsa*. Ma anche se nell'ipotesi che dovesse vendere al minuto non lo fece per *culpa lata* non per colpa lieve o per la consueta negligenza che usava nelle cose sue, anche di questo deve dare conto. Ma anche se le cose sono state bruciate per sua colpa darà conto anche di questo. Inoltre se vi sono dei parti e parti dei parti, perché questi non rientrano tra i frutti ma anche se ha fatto una qualche spesa per le cose ereditarie lui stesso, ne faccia detrazione. E se senza suo intervento degli immobili sono stati deteriorati per il passaggio del tempo è giusto che lui non debba rispondere dal momento in cui manca la sua colpa"».

La frase "*et rebus suis consueta neglegentia*" posta subito dopo la *culpa lata* e la *culpa levis,* sembra alludere alla *diligentia quam suis.*

Di fronte all'emergere di considerazione circa la *diligentia quam suis* i bizantini non paiono inquadrarne i vari riferimenti in un ripensamento completo e consapevole della problematica giustinianea circa la responsabilità contrattuale, né si sforzano di superare le contraddizioni che la compilazione presenta al riguardo[19]. La dottrina la considera generalmente di origine tarda, conservando molte perplessità circa i suoi rapporti con la *culpa*, e nello specifico con la *culpa lata*.

In particolare, leggendo del suo coinvolgimento nella *lex quod Nerva*

[19] Sul punto in particolare D. Nörr, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München 1960, p. 32 ss.

(D. 16.3.32, Cels. 11 *dig.*: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*)[20] si è rilevato in generale che se esiste una differenza fra i due criteri, così come sottolineata dalla profonda differenza delle locuzioni di denominazione, questa si rivela in termini esclusivamente storici, o quasi: si tratterebbe cioè di principi praticamente identici[21] che verrebbero a proporsi in tempi diversi, in quanto nascenti in epoche diverse. La *culpa lata* per la maggior parte si ritiene appartenere all'età classica (e a riprova si cita il fatto che in nessuno scritto d'epoca giustinianea se ne riscontra riferimento specifico); la *diligentia in suis*, invece, come dice Arangio-Ruiz, «si rivela parte integrante del sistema proprio dei compilatori giustinianei»[22], se non addirittura una figura intermedia bizantina[23]. Nata per decongestionare il sistema classico del dolo, la *culpa lata* doveva correggere e integrare quelle fattispecie in cui una responsabilità

[20] Il testo è tradotto *supra*, nt. 6: vi si parla di *culpa latior* («particolarmente grave»), di un dover essere *diligens ad eum modum quem hominum natura desiderat*, di un *praestare diligentiam quam suis rebus*. La *diligentia quam in suis* è stata oggetto di specifica attenzione, da parte di ampia dottrina. Fra gli altri si citano qui D. Nörr, *op. cit.*, p. 32 ss., nonché F. Sitzia, *Sulla responsabilità del depositario nel diritto bizantino*, in *BIDR* LXXIV, 1971, p. 189 ss.; F. Mercogliano, '*Diligentia quam in suis' per i giuristi romani classici*, in *Index* 19, 1991, p. 379 ss. = *Fundamenta*, Napoli 2007, p. 115 ss.; A. Völkl, *Zur 'diligentia quam in suis' des Verwahrers*, in *Festschrift für H. Hausmaninger*, Wien-Mainz 2006, p. 293 ss.; L. Maganzani, *La diligentia* cit.; G. Santucci, *La diligentia quam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, p. 243 ss. (ma anche Id., *«Diligentia quam in suis e valutazione della responsabilità «con minor rigore» nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2006, p. 355 ss.); U. Agnati, *Responsabilità del depositario e del debitore. D. 16-3-32 (lex quod Nerva) nelle interpretazioni di Azzone e Accursio*, in *SDHI* 75, 2009, p. 649 ss.

[21] Sulla *diligentia* in generale e sulla connotazione *quam in suis* si veda anche F.M. de Robertis, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, Bari 1962, p. 32 ss., e, ulteriormente, Id., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* I, Bari 1983, p. 295 ss.

[22] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit., p. 257.

[23] Insomma «mentre la *culpa lata* è, nel *Corpus luris,* un istituto già tradizionale, ben accolto per la possibilità che offre di estendere i limiti, troppo angustamente intesi, della responsabilità per dolo, la *diligentia quam suis* è un criterio tutto nuovo, e come tale prediletto dovunque si vogliono portare al sistema ulteriori ritocchi e delucidazioni» (V. Arangio-Ruiz, *loc. cit.*).

per dolo sarebbe risultata eccessiva; la *diligentia quam suis* invece sarebbe venuta a crearsi quando il sistema della responsabilità si era già decisamente assestato divaricandosi nelle due direzioni del dolo e della colpa, ma a connotare la stessa situazione[24].

Una più recente dottrina, anche alla luce delle elaborazioni interpretative dei giuristi medievali, ha rivendicato anche alla *diligentia quam suis* se non una sua propria autonomia per lo meno una particolare rilevanza definitoria proprio in funzione della colpa grave, e ne ha valutato le caratteristiche distintive in vario modo.

Infatti, a partire dalle *Exceptiones legum romanarum Petri*[25], la colpa grave viene definita dai giuristi sempre in rapporto al comportamento abituale nelle proprie cose: in particolare con riferimento alla responsabilità del comodatario è *gravis* la *culpa* di chi *tam caute et tam studiose debet adhiberi diligentia … ut numquam ab alio suo pare, qui sapientior esset eo, melius posset custodiri*); e passando attraverso, per esempio, il *Brachilogus iuris civilis*[26], la *culpa lata* si definisce quasi negli stessi termini, poiché *esse videtur si minus rem depositam sua propria custodierit: qui vero huiusmodi custodiam in deposito adhibuit, quocumque modo res amissa vel deteriorata fuerit, securus erit.*

D'altra parte è con la glossa che si recupera anche l'aspetto soggettivamente più riprovevole della definizione di *culpa lata* e che più l'assimila al dolo, quello, cioè – evidenziato nella definizione di Ulpiano e poi di Paolo – di quella "inescusabile negligenza", che per certi versi si distingue

---

[24] E servì a rendere non troppo gravoso il distacco tra il nuovo sistema e quello precedente che, nell'insegnamento di Arangio-Ruiz, era fondato sui criteri del dolo e della *custodia* fra cui *tertium non datur*, dove, però, si doveva comunque riconoscere una particolare ampiezza al campo degli atteggiamenti dolosi. Questo spiega anche la difficoltà su cui si involge il *ius commune* nell'interpretare la *lex quod Nerva*, e nel rielaborare un tema il cui studio può ben considerarsi «un importante ponte di passaggio tra la riflessione dei giuristi romani e quella delle esperienze moderne e contemporanee» (così M. Varvaro, «*Latior culpa dolus est*», in *Index* 35, 2007, p. 238).

[25] Le *Exceptiones legum romanarum Petri* (in *Scritti giuridici preirneriani*, Milano 1938, cur. Mor, rist. Torino 1980, p. 111 s.) parlano di tre tipi di colpa, *gravis*, *mediocris* e *levis*, con riferimento alla responsabilità rispettivamente del comodatario (è *gravis* la *culpa* di chi *tam caute et tam studiose debet adhiberi diligentia … ut numquam ab alio suo pare, qui sapientior esset eo, melius posset custodiri*), del conduttore (è *mediocris* la *culpa* che il *bonus pater familias in re sua habere solet*), e del depositario gratuito (è levis la *culpa* del depositario che non restituisce anche seguendo l'insegnamento gaiano).

[26] Cfr. *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, nella lettura di E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, p. 246 ss.

nettamente dal dolo e per altri vi si riconnette, "di chi *ex fatuitate* non è nemmeno in grado di capire la stupidità e la pericolosità del proprio comportamento"[27].

Si giunge così a colorare di eticità il comportamento sociale degli uomini: una differenza nel modo di fare o di agire per ciò che ci riguarda direttamente rispetto a quello che attiene alla sfera giuridica altrui è indice di una amorale sopravalutazione di sé e di un altrettanto amorale spregio degli altri, che non è assolutamente accettabile nella società civile: che è la via per la quale si perverrà poi a parlare di "dolo presunto".

> Azo, gl. ad D. 17.1.29pr.: Venit autem in actionem istam dolus tantum et lata culpam quam latam culpam et latiorem Nerva dixit dolum esse, quod sic intellego i. dolum praesumi, ut ff. man. l. si fideiussor primo responso. Praesumitur autem lata culpa dolus circa depositarium qui licet non sit adeo diligens ut natura desiderat vel ut homines consuerunt esse diligentes si tamen curam in deposito non praestet ad modum suum, idest quem observet in rebus suis propriis, fraude non caret nec non salva fide minorem depositis rebus diligentiam praestabit quam suis. Abesse nam praesumitur bona fides cum res suas habet salvas et depositae non apparent …
>
> «In questa azione vengono ad avere rilevanza soltanto il dolo e la *culpa lata*, quella *culpa lata* (o *latior*) che Nerva disse essere dolo, e che io così interpreto, che il dolo si presume come in D. 17.1.29pr. E si presume la colpa grave nel depositario che, benché non sia così diligente come vorrebbe natura o come diligenti sono generalmente gli uomini, tuttavia se non presta nel deposito quella cura che gli è abituale, cioè quella che osserva nelle sue cose, non è esente da frode, e non offrirà minor diligenza riguardo alle cose depositate che alle proprie conservandosi in buona fede. Infatti si presume che manchi la buona fede quando si fan salve le cose proprie e non le depositate altrui …».

Superando le contraddizioni fra i testi, la glossa perviene a rilevare, talora isolandoli e talora facendoli confluire insieme, due significati di *culpa lata*, quello che commisura il comportamento del soggetto nei confronti degli altri all'atteggiamento tenuto nelle proprie cose, e quello che valuta secondo un connotato minimamente etico l'obiettiva riprovevolezza del

[27] Così L. Maganzani, *La diligentia* cit., p. 10.

comportamento in esame alla luce di "ciò che tutti comprendono": appare palese la connaturata malizia di un tale comportamento[28].

Azzone e la sua Glossa erano giunti ad equiparare i due criteri (e «l'intento pratico dell'equiparazione fra colpa grave e dolo emerge <chiaramente>: rendere perseguibili i casi configuranti una colpa/negligenza così grave da non poterli lasciare senza sanzione»[29]).

Su questa base si inserisce l'ulteriore elaborazione del Commento. Si deve a Bartolo una chiara prospettazione della *culpa* intesa in senso molto ampio, «come *deviatio a bono*, e che ricomprende anche il *dolus*. All'interno di questo *summum genus* si può distinguere, secondo il sistema aristotelico, fra cinque diverse gradazioni di *culpa*: da un lato, quella *latissima* (= *dolus verus,* fondato su indizi diretti) e quella *latior* (= *dolus praesumptus*, ossia non manifesto, fondato su indizi indiretti), entrambe riconducibili al *dolus* inteso come *machinatio*; e, dall'altro, quella *lata*, quella *levis* e quella *levissima*, riconducibili alla *culpa* intesa come *deviatio incircumspecta*. Queste gradazioni sono considerate in relazione alla natura del rapporto considerato e delle diverse conoscenze dei soggetti in esso coinvolti (persone *eiusdem professionis et conditionis*)».

E se l'elaborazione dei secoli successivi spinge verso una valutazione di concretezza, consiglia di valutare caso per caso, rielabora dalle fonti romane e dalle riflessioni degli interpreti immediatamente successivi il concetto di *diligentia in concreto*, contrapponendovi poi quello di *diligentia in abstracto*[30] che aprirà la strada al concetto della "diligenza del buon padre di

---

[28] Emblematica in questo senso la posizione di Bartolo (cfr. U. Agnati, *Il commento di Bartolo di Sassoferrato alla 'lex quod Nerva' (D. 16.3.32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino 2004, *passim*, su cui M. Varvaro, *op. cit.*, p. 233 ss., in part. p. 237).

[29] Così U. Agnati, *Responsabilità* cit., p. 654. Con Accursio si hanno alcuni sicuri ripensamenti. Scrive Agnati (p. 665): «Il dolo presunto, del quale scrive Azzone e che sarà teorizzato da Bartolo, è un criterio di imputazione utile a livello concettuale, importante per gestire l'ampia e complessa area della colpevolezza mediante una sistemazione onnicomprensiva e astratta, appunto come quella di Bartolo. Di contro, nella pratica, il dolo presunto comporta difficoltà notevoli in relazione ad una sua univoca applicazione, ad una sua gestione nella dialettica delle parti. Diverso è quanto si può affermare per la *culpa lata*, criterio di imputazione più efficace per chiamare a rispondere il debitore. Accursio, ben cosciente di ciò e intento a perseguire il suo obiettivo sistematico/pratico, accentua nell'interpretare la *lex quod Nerva* il profilo della *culpa*, misurata secondo un parametro medio e astratto».

[30] Non è qui il caso di farne lungo discorso. Scrive L. Maganzani: «la forza della tradizione prevale ed è proprio con la scuola culta che comincia a diffondersi la contrapposizione tra *culpa in concreto* e *culpa in abstracto* che tanta fortuna avrà nella dottrina civilistica fino ai nostri giorni» (e cita Gotofredo, Corasio, Cocceio, e cita Eineccio, e Cuiacio, e Donello (*La diligentia* cit., p. 25 ss. e ntt. relative).

famiglia", è invece sull'*intelligere quod omnes intelligunt* che si appunta la dottrina per definire episodi posti al confine del dolo, e diventa addirittura il parametro sul quale misurare la stessa diligenza: «Si presume inoltre che chiunque abbia l'uso della ragione sia capace di quel grado di diligenza, e di attenzione, che suole impiegarsi da chi non manca delle comuni, ordinarie facoltà intellettuali. Quegli che non impiega questo grado di diligenza o di attenzione negli atti che ledono il diritto altrui, è colpevole» (così il § 1297 dell'ABGB).

5. La *culpa dolo proxima*

Mentre in alcuni casi – come si è visto – le fonti romane propongono dichiaratamente l'equiparazione al dolo della *culpa* qualificata come *lata* o come *nimia negligentia*, in altri casi, invece, tale equiparazione non viene esplicitata, ma il contesto pone comunque un rapporto fra quella situazione e paralleli comportamenti dolosi.

Allora, seppure astrattamente, si dovrà forse tener distinti i due tipi di situazioni.

Nel primo caso (quello di aperta equiparazione al dolo) siamo avvertiti che anche dal punto di vista giudiziale a seguito del comportamento gravemente colposo si determineranno esattamente gli stessi risultati che si avrebbero in ipotesi di dolo; nel secondo caso, invece, l'equiparazione implicita potrebbe significare anche soltanto una differenziazione concettuale rispetto alle altre situazioni di *culpa* per le quali potrebbe essere esclusa quella grave responsabilità, senza però commisurare le conseguenze a quelle che si prospettano in ipotesi dolose. Si potrebbe forse dire che mentre nei primi casi il processo di emersione del nuovo criterio ha trovato definitiva concretezza, gli altri casi lasciano scorgere ancora il faticoso progredire ed affermarsi del pensiero.

Si potrebbe essere indotti allora a ritenere che la *culpa lata* sia nata come criterio suppletivo cui il giudice poteva ricorrere quando non era proprio convinto che il comportamento della parte fosse stato posto in essere con dolo, ma allo stesso tempo non riscontrava quell'atteggiamento di negligenza non decisamente voluta, quella colpevole ingenuità, sempliciotta, quella lieve imprudenza che non è temerarietà, quella imperizia non così marcata che connota la colpa.

Direttamente in D. 2.13.8pr. si parla di *culpa lata dolo proxima*:

D. 2.13.8pr.-1 (Ulp. 4 *ad ed.*): Ubi exigitur argentarius rationes edere,

> tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit. 1. Is autem, qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.

Dice Ulpiano che quando si richiede ad un argentario di esibire i conti e lui non lo fa con dolo, sarà punito per questo; non sarà invece punito quando agisce *culpa* a meno che questa non sia *dolo proxima*. Tuttavia, continua il giurista, la valutazione del danno non verrà fatta sulla base di quello che è il mio interesse allo stato attuale, coincidente con quello che si rivela al momento in cui chiedo tutela al giudice (oggi si direbbe al momento della domanda), ma sulla base di quello che il mio interesse era al momento in cui ho chiesto l'esibizione dei conti. Inizialmente infatti, nel diritto romano, la valutazione del danno veniva fatta in base al valore di mercato del bene e quindi al valore che il bene aveva al momento della richiesta dell'azione al pretore, e per questo poteva accadere che il prezzo fosse cambiato rispetto a quello che la cosa aveva quando il torto si era verificato[31].

Va rilevato che il giurista si preoccupa di chiarire – e lo fa in maniera

[31] Come rileva Valditara sulla base del capo terzo della *Lex Aquilia* originariamente la valutazione del danno non è lasciata al libero apprezzamento del giudice e finisce per coincidere con il *pretium corporis* (e ciò allo scopo di tutelare la proprietà, o meglio uno specifico bene danneggiato appartenente al suo proprietario). Successivamente si venne ad affiancare al concetto di risarcimento come prezzo, anche la *causa rei* che permetteva di aggiungere all'ammontare della liquidazione anche l'ulteriore valore che quel bene avesse per il suo proprietario (cosa che permetteva di valutare in maniera particolare il caso di uccisione di un servo istituito erede). Infine, abbandonato il concetto arcaico del risarcimento del danno come costituito dal *pretium corporis* più la *causa rei*, si venne ad affermare una concezione più ampia di danno, che tiene conto dell'*utilitas* della cosa danneggiata, cioè dell'interesse che quella cosa aveva per il proprietario. Dice Valditara che «così facendo si poneva l'interesse come oggetto immediato e diretto della *aestimatio aquiliana,* non più dunque necessariamente legata ad una *aestimatio rei*». «L'interesse – continua l'autore – appare pertanto come quella "*gesamte Vermogensdifferenz*" di cui ha parlato certa dottrina tedesca, così come la differenza tra quella che sarebbe stata la situazione patrimoniale del danneggiato senza l'illecito del terzo e la situazione determinatasi a causa di esso». La *lex Aquilia* insomma puniva con una pena privata, commisurata al massimo valore della cosa entro un certo lasso di tempo o ad un suo multiplo, un delitto specifico quale il danneggiamento di cose (G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino 1996, p. 90).

molto netta e oggettiva – cosa debba intendersi per esibizione dolosa, ricomprendendovi l'assoluto rifiuto all'esibizione stessa e l'esibizione maliziosa, fraudolenta, mendace. Nulla dice invece a proposito della *culpa lata*, la quale dunque, forse, andrà valutata in un confronto da un lato con la *culpa* tout court dall'altro col dolo.

A questo punto i testi scivolano con immediata naturalezza verso la rappresentazione di casi, situazioni, episodi che i giuristi romani sembrerebbero proporre come *culpa lata*.

Si consideri per esempio D. 17.1.29.

Secondo Ulpiano, esiste un atteggiamento che, pur mancando d'intenzionalità dolosa, è caratterizzato da tale "negligenza", "*dissoluta neglegentia*" (una negligenza senza freni) che si raccosta al massimo esempio del *dolus malus* ("*dissoluta enim neglegentia prope dolum est*"), e che potrebbe definirsi come un "dolo" (l'elaborazione medievale parla di "dolo presunto") per cui viene definita come *prope dolum*, come *dolo proxima*. È quanto si legge in:

> D. 17.1.29pr.-3 (Ulp. 7 *disp.*): pr. Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. [...]. 3. Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. Et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.

> «Se il fideiussore istituito ignorando che al debitore non era stato pagato il denaro, ha restituito in base alla fideiussione si chiede se possa riottenere con *l'actio mandati* quello che ha pagato. E se invero consapevolmente ha trascurato di inserire l'eccezione del denaro non corrisposto (*non numeratae pecuniae*), si è ritenuto che avesse agito con dolo

(infatti la totale negligenza è assimilabile al dolo): se invece la ignorò non c'è niente che possa essergli imputato... [...]. 3. Allo stesso modo si deve ritenere nei confronti del fideiussore se, avendo lui pagato, non ne rese edotto il convenuto, e così successivamente anche il convenuto pagò quello che era necessario che lui pagasse. E io ritengo che se potendo dargliene contezza non lo fece, non si dovrà dar soddisfazione al fideiussore che voglia agire con l'*actio mandati*: infatti è comportamento prossimo al dolo il fatto che dopo aver pagato non ne abbia dato comunicazione al debitore: e allora il debitore principale deve cedere al fideiussore l'azione per la ripetizione dell'indebito affinché il creditore non riceva il pagamento due volte».

Nel *principium* del frammento Ulpiano considera il fideiussore che ha agito con totale negligenza, per affermare che è come se avesse agito con dolo. L'ipotesi di base è quella del mancato inserimento di un'eccezione nella formula processuale, un'*exceptio non numeratae pecuniae* o un'*exceptio doli*, per rispondere giudizialmente come si conviene al non avvenuto pagamento di una certa somma al debitore per il quale presta garanzia. Distingue, il giurista, il caso in cui il *fideiussor* ignorasse il mancato versamento al suo garantito (per cui ha calcolato la somma relativa nel suo impegno fideiussorio) da quello in cui, pur sapendo, "consapevolmente ha trascurato di inserire l'eccezione del denaro non corrisposto (*non numeratae pecuniae*)". Sembrerebbe, quest'ultima, un'ipotesi di *dissoluta neglegentia*[32], per la quale Ulpiano si affretta a dire che *prope dolum est*. La situazione così come presentata preclude al soggetto per cui è prestata garanzia, così come al fideiussore stesso, di giovarsi dell'eccezione: l'assoluta sventatezza per cui il garante ha trascurato le normali procedure che gli avrebbero consentito la tutela (si tratta dunque di errori nello svolgimento dei dovuti atti rituali dei quali pure sarebbe stato bene a conoscenza) viene considerata come

[32] Direi che il tenore generale del passo e la descrizione che del caso fa il giurista inducano a lasciare in presupposto il comportamento intenzionale, doloso (per il quale non ci dovrebbe essere problema) per concentrare l'attenzione su un comportamento parallelo che potrebbe suscitare qualche perplessità. Il giurista si sofferma particolarmente sulla trascuratezza eccessiva del fideiussore il quale ha omesso con assoluta incuria e menefreghismo di assolvere con coscienza il suo compito di garante. Va da sé che se ha agito con dolo sarà responsabile delle conseguenze, ma anche se non vi era intenzionalità, bensì una sbadataggine eccessiva – in considerazione del rapporto contrattuale che lega le parti – il tutto va valutato *prope dolum*.

atteggiamento negativo perfettamente cosciente e consapevole, e dunque da valutarsi secondo il regime del dolo. Ma comunque va tenuto distinto un per certi versi analogo comportamento – nel senso che medesimi sono i risultati – che si ha nell'ipotesi di ignoranza dei fatti (ma direi anche degli atti del rito e della loro rilevanza): *ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur*.

Il paragrafo 3 dello stesso frammento considera all'opposto l'ipotesi in cui il fideiussore abbia pagato il debito per cui prestava garanzia ma non ne abbia avvertito il debitore principale, il quale, dunque, è indotto a pagare a sua volta.

È logico che se si può constatare un'intenzione specificamente diretta al nocumento del debitore (che, pur avendo pagato personalmente, sarebbe poi responsabile nei confronti del fideiussore che, a sua volta, ha pagato per lui), il fideiussore stesso non potrà poi valersi contro di lui dell'*actio mandati*, o comunque, quando l'avesse esperita, non ne avrebbe vittoria (*oportere mandati agentem fideiussorem repelli)*. Ma Ulpiano dice la stessa cosa anche quando il fideiussore ha agito con un comportamento "prossimo al dolo": ed è in ogni caso comportamento prossimo al dolo il fatto che dopo aver pagato non se ne sia data tempestiva comunicazione al debitore per evitare che si muovesse a pagare a sua volta (e quindi una seconda volta): *dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori*. Pertanto – ma è consiglio del giurista che in questa sede non interessa[33] – il debitore principale dovrà cedere al fideiussore l'azione per la ripetizione dell'indebito affinché il creditore non riceva il pagamento due volte.

Discorso analogo può essere condotto a proposito del passo seguente:

> D. 30.47.4-5 (Ulp. 22 *ad Sab.*): Item si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit vel non compareat, nihil amplius quam cavere eum oportebit: sed si culpa heredis res perit, statim damnandus est. 5. Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est? An numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est[34].

«Se la cosa altrui o la cosa ereditaria sia perita o non sia esibita senza

[33] Cito il problema a proposito della cessione delle azioni, in A.M. Giomaro, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano 1982, p. 211 ss., e ora in A.M. Giomaro, *Sulla disponibilità del diritto di agire nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista di diritto romano* XX, 2020 (n.s. V), p. 10 ss.

[34] Cfr. *supra*, p. 533.

colpa dell'erede, non è necessario che egli faccia altro che dare cauzione; invece se la cosa perisce per colpa dell'erede, sicuramente deve essere condannato. 5. Ma vediamo quale colpa debba essere valutata, se soltanto quella prossima al dolo, o anche quella che è lieve. O forse si deve persino esigere dall'erede anche la diligenza? E questo è più vero».

L'erede avrebbe dovuto portare la cosa legata nel luogo voluto e/o indicato dal testatore e non lo ha fatto: si chiede in che misura debba risponderne. Dice il giurista che se dolosamente non ha adempiuto all'obbligo imposto dal *de cuius*[35], deve essere condannato per il suo comportamento. Se invece mancano gli estremi della cattiveria del dolo, allora dice il giurista deve rispondere di colpa e si domanda in che misura: "*culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est? An numquid et diligentìa quoque exigenda est ab herede? Quod verius est*". Questo significa che qualora venga escluso il *dolus malus* tutte le altre condotte, anche quelle connotate da volontarietà, ma non da malvagità, debbono essere considerate alla luce del concetto della *culpa dolo proxima.*

L'equivalenza della *culpa lata* col dolo risalta in modo particolare in rapporto ad alcune fattispecie in cui – come ci dice Ulpiano – la responsabilità sorgerebbe soltanto quando si versi in situazione di dolo: allora, il fatto che fra le possibilità di comportamento colposo se ne trascelgano quelle più gravi per riconnettervi la stessa responsabilità, è indice – come suggerisce la stessa lettura della locuzione impiegata – della "prossimità" dei due criteri:

[35] D. 30.47pr. (Ulp. 22 *ad Sab.*): *Cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris et copiam eius habet, heres moram facere non debet, sed eam praestare. Sed si res alibi sit quam ubi petitur, primum quidem constat ibi esse praestandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit: nam si alibi voluit, ibi praestanda est, ubi testator voluit vel ubi verisimile est eum voluisse: et ita Iulianus scripsit tam in propriis quam in alienis legatis. Sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius: nisi ibi praestetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine: ceterum si sine dolo, ibi praestabitur, quo transtulit* («Quando una cosa è lasciata in legato, se era appartenuta al testatore e l'erede ne ha la disponibilità, non deve indugiare, ma deve consegnarla. Ma se la cosa si trova altrove rispetto al luogo in cui viene richiesta giudizialmente, è certo che innanzi tutto deve essere consegnata là dove fu lasciata, se il testatore non volle altrimenti: infatti, se abbia manifestato una diversa volontà, deve essere consegnata là dove il testatore volle o è verisimile che volesse; e così Giuliano scrisse relativamente ai legati sia per le cose proprie che per le altrui. Ma se la cosa fu lasciata in un luogo e fu trasportata altrove dolosamente dall'erede, se non viene consegnata nel luogo in cui viene richiesta giudizialmente, l'erede sarà condannato per il proprio dolo; al contrario in assenza di dolo, la consegnerà dove la trasportò»).

D. 43.26.8.3 (Ulp. 71 *ad ed.*): Eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. illud adnotatur, quod culpam non praestat is qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat. nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum ex liberalitate descendat eius qui precario concessit et satis sit, si dolus tantum praestetur. culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.

«Il pretore volle che in rapporto ad una concessione gratuita (*precarium*) rimanesse obbligato anche colui che con dolo agì al fine di cessare <di possedere la cosa>, poiché il precarista non si obbliga per colpa ma solamente per dolo, quantunque colui che ricevette una cosa in comodato risponda non soltanto per dolo ma anche per colpa. E non senza motivo il precarista risponde solo per dolo dal momento che dipende totalmente dalla liberalità di colui che ha concesso il *precarium* ed è sufficiente che risponda solo per dolo. Tuttavia giustamente si è detto che deve essere compresa la colpa *dolo proxima*».

Nel *precarium* per esempio il soggetto inadempiente è responsabile solo per dolo. Tuttavia – precisa il giurista – può anche essere tenuto responsabile per colpa quando questa possa essere qualificata come *dolo proxima.*

Si desume comunque dalla lettura delle fonti che il *dolo proxima* non è concetto autonomo ma è legato a quello di *culpa*:

D. 11.1.11.11 (Ulp. 22 *ad ed.*): Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit.

«Ma se qualcuno esente da dolo, verrà tuttavia richiesto di rispondere per colpa, si deve concludere che dovrà essere assolto, a meno che la <sua> *culpa* non sia *dolo proxima*».

Lo stralcio dice chiaramente che la *culpa* può essere *dolo proxima* e comporta in tal caso l'assoggettabilità dell'individuo all'azione vittoriosa della controparte. Questo stato particolare di *culpa* viene a riscontrarsi in situazioni che sono decisamente "da riprovare".

Ulpiano esamina in modo particolare le problematiche dell'*interrogatio*

in iure, a illustrazione dell'*edictum de interrogationibus*[36], *Quod ait praetor: "Qui in iure interrogatus responderit"*[37].

Nei paragrafi che precedono questo undicesimo del frammento in esame (tratto dal libro ulpianeo 22 *ad edictum*) il giurista accenna al caso di chi falsamente si è dichiarato erede[38], o falsamente ha affermato di essere erede per una quota superiore a quella lasciatagli dal *de cuius*[39], o interrogato non

---

[36] Così testualmente D. 11.1.2 (Ulp. 22 *ad ed.*: *Edictum de interrogationibus ideo praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem* = «Il pretore propose l'editto *de interrogationibus* poiché sapeva essere difficile per colui che voglia chiamare in giudizio un erede, civile o pretorio un *bonorum possessor*, dare la prova che qualcuno è <appunto> erede civile o pretorio», che sembrerebbe limitare la sua efficacia alle verifiche circa la qualifica e la posizione di erede, ma che forse poteva/doveva avere una portata anche più ampia (per es. circa l'appartenenza in potestà del figlio al padre che risulta da D. 11.1.9.8, o l'individuazione dell'edificio da cui si teme un danno che si legge in D. 11.1.10 e in D. 11.1.20.2, o il possesso del fondo di cui si fa cenno in D. 11.1.20.1, ecc.). Sulla *interrogatio in iure* sempre illuminante L. Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, *passim*.

[37] D. 11.1.4pr.-1 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Voluit praetor adstringere eum qui convenitur ex sua in iudicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret, simul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur.* 1. *Quod ait praetor: "Qui in iure interrogatus responderit" sic accipiendum est apud magistratus populi romani vel praesides provinciarum vel alios iudices: ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat* = «Il pretore ha voluto costringere il convenuto alla sua dichiarazione, in modo che sia obbligato sia che dica il vero sia che dica il falso, e ugualmente rimanga per certo dall'interrogatorio la parte per la quale ciascuno sia erede. 1. Quello che dice il pretore: "Chi interrogato in una causa (*in iure*) ha dato risposta" deve essere inteso <come dicesse> davanti al magistrato del popolo romano, o presso i presidi delle province o presso altri giudici: infatti "*ius*" è proprio specificamente quel luogo in cui si esercita la giurisdizione o <si emette> la sentenza, anche se ciò avvenga a casa o per strada».

[38] Relativamente al *defensor* lo dice chiaro D. 11.1.9.4 per bocca di Ulpiano (22 *ad ed.*) citando Celso: *Celsus libro quinto digestorum scribit: si defensor in iudicio interrogatus, an is quem defendit heres vel quota ex parte sit, falso responderit, ipse quidem defensor adversario tenebitur, ipsi autem quem defendit nullum facit praeiudicium* («Celso nel libro quinto dei suoi *digesta* scrive: se il *defensor* interrogato nel giudizio, se colui per il quale presta difesa sia l'erede o per quale parte, ha mentito, lo stesso *defensor* è tenuto nei confronti dell'avversario, <mentre> colui che egli difende non subisce nessun pregiudizio»).

[39] *… non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat.* Pur se si chiede il giurista – e nel carattere retorico della domanda è implicita la risposta negativa – perché mai dovrebbe essere riprovato l'erede che non avesse perfetta cognizione della sua quota di eredità, perché, per esempio, vi è stato un accrescimento, ovvero perché è stato istituito *ex incerta parte*: *Interdum tamen iusta ratione potest opinari esse heredem ex minore parte: quid enim, si nescit sibi partem adcrevisse vel ex incerta parte fuit institutus? Cur ei respon-*

ha risposto[40], o addirittura è rimasto contumace nel processo intentato contro di lui[41].

Si tratta di comportamenti che in linea di massima dovrebbero rapportarsi all'intenzionalità, al dolo, ma in ogni caso il giurista ritiene che si debbano indagare le ragioni del comportamento del soggetto:
– *Interdum tamen iusta ratione potest opinari esse heredem ex minore parte: quid enim, si nescit sibi partem adcrevisse vel ex incerta parte fuit institutus? Cur ei responsum noceat?* («Talvolta tuttavia a giusta ragione egli può ritenere di essere erede per una porzione minore: cosa accade infatti se non sa che c'è stato accrescimento della sua parte, o se fu istituito per una parte incerta? Perché mai la risposta gli dovrebbe nuocere?») – obietta il paragrafo 3;
– *Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus* («Non vi è dubbio che, secondo le circostanze, occorre venire in aiuto a chi interrogato <in giudizio> risponde») – aggiunge il paragrafo 8;
– *nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit, mox prolato testamento inventus sit exheredatus, aequissimum est succurri ei* («se qualcuno, interrogato se fosse erede del padre, abbia risposto di sì e poi, prodotto il testamento, si sia trovato diseredato, risponde certamente ad equità venirgli in aiuto») – esemplifica di seguito lo stesso paragrafo;
– *et ita Celsus scribit, hic quidem et alia ratione, quod ea quae postea emergunt auxilio indigent* («e ancora Celso scrive 'anche per un'altra ragione' perché le circostanze che emergono successivamente possono essere addotte a vantaggio <di chi è stato interrogato in giudizio>») – soggiunge ancora;
ed esemplifica ulteriormente:

---

sum noceat? (D. 11.1.11.3, Ulp. 22 *ad ed.* = «Peraltro tuttavia con buoni motivi può ritenersi di essere eredi per una quota minore: infatti, come valutare se non sa che ha avuto accrescimento della sua parte ovvero se è stato istituito erede per una quota incerta?»).

[40] D. 11.1.11.4 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Qui tacuit quoque apud praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negaverit se heredem esse. Nam qui omnino non respondit, contumax est: contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset, quia praetorem contemnere videtur* = «Anche colui che tace di fronte al pretore, viene ad essere nella situazione che, intentata l'azione, è convenuto in solido, come se avesse negato di essere erede. Infatti chi assolutamente non risponde, è <da ritenersi> contumace: e la pena della contumacia deve essere intesa, che si è convenuti in solido, come se si fosse mentito negando, perché si dimostra sprezzo per il pretore».

[41] Cfr. nt. precedente.

- quid enim si occultae tabulae et remotae postea prolatae sunt? Cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur?: «che fare, infatti, se le tavole testamentarie, nascoste e dimenticate, vengono poi prodotte? Perché dovrebbe nuocere a quello che abbia risposto ciò che sembrava vero in quel momento?»;

- si qui heredem se responderit, mox falsum vel inofficiosum vel irritum testamentum fuerit pronuntiatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus («anche se qualcuno abbia risposto di essere erede e poi il testamento è stato dichiarato falso o inofficioso o irrito: infatti rispose non per sua disonestà, ma indottovi dalla scrittura»);

– *Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est* («chi ha negato di essere erede indottovi da un errore scusabile è degno di comprensione») – riepiloga il paragrafo 10.

Si deve concludere quindi che secondo l'opinione di Ulpiano se le condotte oggettivamente riprovevoli (perché conducono a risultati contrari al diritto) sono state determinate da una causa "giusta", una causa degna di un qualche apprezzamento, quando non sia ravvisabile nel comportamento del soggetto il *dolus malus* ma la semplice *culpa*, dovrà essere assolto. Tuttavia l'assoluzione è da escludersi quando la condotta tenuta sia qualificabile sotto il segno della "*culpa dolo proxima*".

Il tenore del passo nella sua integrità ci convince che le varie esemplificazioni riportate attengono a comportamenti colposi: di qui la chiusa *sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere*. E il richiamo immediatamente successivo alla *culpa lata* ci consente di concludere che il concetto di *culpa dolo proxima* è concetto legato alla *culpa*, appunto, non alla *culpa* generica ma ad una particolare colpa o, per essere più precisi, ad una particolare graduazione della stessa che si apparenta al dolo.

Un particolare passo di Ulpiano, in ambito criminale, è esplicativo del dato di cui stiamo trattando:

D. 16.3.7 (Ulp. 30 *ad ed.*): pr. Si hominem apud se depositum ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.

«Se il sequestratario, mosso da misericordia, ha slegato il servo depositato presso di lui per essere <in seguito> sottoposto a interrogatorio con

> tortura, e quindi legato o <addirittura> disteso sopra il tavolaccio dei tormenti, credo che ciò che è stato da lui fatto sia prossimo al dolo, dal momento che, sapendo a che cosa il servo era destinato, intempestivamente si lasciò muovere dalla misericordia, potendo non accettare tale custodia piuttosto che ingannare».

Qui si descrive il caso di un servo che doveva essere sottoposto a tortura. È stato prima legato, o addirittura steso e avvinto al tavolaccio del supplizio, e poi affidato alla custodia di un guardiano: questo ne ha avuto pietà, lo ha sciolto e il servo ne ha approfittato per fuggire. «L'impulso misericordioso che ha spinto il guardiano fa qualche impressione al giurista, il quale non osa parlare esplicitamente di dolo: tuttavia, dichiarando che ciò che quello ha fatto è *dolo proximum*, vuol dire che la clausola della formula dell'azione di deposito che prevede la mancata restituzione, *eamque rem* (cioè il servo) *dolo malo redditam non esse,* gli va applicata senz'altro»[42].

Qualche perplessità sulla natura di questa strana tipologia di colpa potrebbe forse risolversi alla luce del passo successivo dove si dice che:

> D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*): Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat.

> «Questo liberto non sarà tenuto se non per il fatto che ha agito con dolo nel dissipare. La colpa e la negligenza del servo, dopo che gli è stata concessa la libertà, viene scusata, ma la *culpa dolo proxima* è assimilata al dolo».

La colpa dolo *proxima* "rievoca" il dolo, tiene luogo di dolo, figura come dolo: "*sed culpa dolo proxima dolum repraesentat*". Essa quindi è logicamente equiparata al dolo, "*culpa lata dolo equiparatur*".

Ecco che allora possiamo concludere che quando il giurista si trovava di fronte a fattispecie non ben delineate nel segno del volontario atteggiamento di malvagità che è proprio della condotta dolosa, non osava parlare di *dolus malus* ma preferiva parlare di *culpa lata* o *dolo proxima.*

---

[42] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit., p. 35 s. Vi si potrebbe ricollegare sul tema della custodia dei prigionieri anche D. 48.3.14.1-2.

6. La *culpa lata* intesa come una colpa, aggravata dalla rilevanza dell'attività del soggetto responsabile

Sotto il profilo delle motivazioni del comportamento riprovato un'attenzione particolare meritano forse le brevi ma decise riflessioni della giurisprudenza romana sulla tutela, le quali consentono fra l'altro di rilevare i connotati della *culpa lata* dal punto di vista della colpa anziché del dolo.

Le poche occorrenze di colpa grave (*lata* appunto) che riscontriamo nel codice di Giustiniano, risalenti alle cancellerie dei Severi, si riferiscono appunto agli impegni di buona amministrazione dei patrimoni: un problema che veniva a qualificarsi come *munus* perché non era soltanto privato, ma si rifletteva con importanti ripercussioni nella vita sociale.

I dubbi di autenticità che sono stati avanzati in ordine a queste fonti (Binding, Lenel, De Medio, lo stesso Arangio-Ruiz) si possono considerare sotto due prospettive: quelli, minimali, che non incidono sul problema dell'esistenza ed, eventualmente, della risalenza del criterio della *culpa lata*, ovvero della sua natura, e quelli che, invece, proponendo o meno l'espunzione delle parole specifiche, possono essere in vario modo addotti a sostegno delle differenti opinioni sul tema.

Per il vero, in particolare questi ultimi, sembrano proprio funzionali alla dimostrazione dell'assunto, laddove, nell'intento di confermare, per esempio, la classicità della locuzione *culpa lata* rispetto a quella di *diligentia quam suis*, trascurano alquanto di commisurarsi con il criterio all'istituto cui è di volta in volta riferito[43]. Questo accade, a mio sommesso avviso, per quanto riguarda la tutela.

L'istituto della tutela ha risalenze antiche e ben fondate, in quanto risponde ad esigenze di grave importanza nella società romana.

Non va trascurato invero che il tutore acquista nei confronti del pupillo, e dei suoi beni soprattutto, una somma di poteri che, anche per la situazione 'attenuata' del titolare, può ben dirsi eccezionale: ha i beni, ne può godere il possesso, ne può ricavare utili e appagamento, magari con una maggior libertà di pensiero *quam in suis rebus*[44] (e comunque sempre in visione dei

---

[43] Così, per esempio, richiamandosi spesso al De Medio (ma anche al Pernice, al Riccobono, al Krüger, al Solazzi) Lenel scrive: «Wir finden, wenn ich nichts übersehen habe, die *culpa levis* hier nur im C. Iust., und zwar in zwei Reskripten, die beiden interpoliert sind, ausserdem in einem – ebenfalls interpolierten – die non *lata culpa*» (*op. cit.*, p. 267 ss.).

[44] È naturalmente voluto il richiamo testuale alla *diligentia quam in suis*, con le implicazioni che esso comporta.

risultati); ma al contempo sa che quei beni in realtà non gli appartengono proprio. Il tutore è però impegnato, in ragione della sua qualifica, a ben amministrare, perché il patrimonio del pupillo è il patrimonio su cui si basa l'essenza sociale e politica della *familia*, il suo consistere nell'ambito della comunità, la sua rilevanza nello Stato; e perché, se la gestione non fosse ben avviata e condotta, ne potrebbe derivare un danno alla società[45].

E proprio questo suo essere annoverata fra i *munera* (con tutte le suggestioni che ciò determina in particolare nel diritto pubblico del tardo antico), può giustificare non soltanto il carattere emblematico che la tutela (o – per derivazione – la gestione dei patrimoni altrui) assume in rapporto al problema della esistenza, essenza e rilevanza della *culpa lata*, ma anche, in ragione degli obblighi che astringono il tutore, la valenza etica che la considerazione del criterio della *culpa lata* viene ad assumere.

Si è accennato al rescritto di Severo e Caracalla, C. 5.54.1, in cui si legge una premura speciale in rapporto ai gravi impegni che pesano sui tutori.

E ugualmente si deve citare C. 5.53.2, del 212, riportato sotto il titolo *de in iure iurando*, in cui sono conferiti al giudice particolari poteri di valutazione (*iudex de veritate conoscit*) di fronte alla possibilità o meno di dolo o colpa grave:

> C. 5.53.2 (*Imp. Antoninus*) Is, qui rationes tutelae seu curae reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincetur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest (*pp. XI k. Oct. duobus aspris conss.*).
>
> «Colui che richiede i conti della tutela o della cura non può essere costretto a giurare se non lo vuole. Ma, se lo accetta, deve essere ascoltato nel caso in cui l'erede a causa delle lungaggini della successione del

[45] Un quadro ampio della tutela e degli impegni tutori in G. Viarengo, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2016, in part. p. 7 ss. (ma anche, sotto il profilo delle richieste di esonero dai gravosi impegni, Id., *L'excusatio tutelae nell'età del principato*, Genova 1996, *passim*, nonché *La vigenza delle excusationes tutelarum dai giuristi severiani a Giustiniano*, in *AARC* XVIII, 2012, p. 223 ss.). Si veda anche, a complemento, la recensione di L. Sandirocco, *L'ufficio tutelare nella società romana al tempo del principato*, in *Rivista di Diritto romano* XVI-XVII, 2016-2017, *estr.*

tutore non voglia esibire i documenti della gestione pupillare, dolosamente, per frodare il pupillo. Se però non si ritiene sussistere né dolo né grave colpa, né frode dell'erede, ignorata la facoltà del giuramento, il giudice valuta direttamente le cose che può egli stesso investigare con argomenti immediati».

La cancelleria dioclezianea interviene ancora sull'eventualità di *culpa lata* per i tutori; e ne parla sotto il titolo dell'*arbitrium tutelae* prevedendo un ampio spettro di valutazione arbitrale di fronte all'attività dei gestori di altrui patrimoni:

C. 5.51.7 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Alexandro*): Quidquid tutoris dolo vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris (*s. prid. id. April. AA. conss.*)

«Qualunque cosa i minori abbiano perduto per dolo o colpa grave o colpa lieve del tutore o del curatore, ovvero non l'abbiano richiesta pur potendolo fare, non v'è dubbio che anche questo deve essere considerata nell'azione utile della tutela o della gestione di affari altrui».

e ne parla ancora, e appunto più in generale, sotto il titolo *de negotiis gestis*:

C. 2.18.20.1 (*Impp. Diocletianus et Maximianus*): Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere (*d. VIII k. Mai. Sirmi CC. conss.*)[46].

[46] Da citare anche C. 5.75.2pr. (*Imperator Alexander A. Paterno*): *In heredes magistratus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari* (*pp. III non. Iul. Iuliano et Crispino conss.*) («Generalmente non si dà azione contro gli eredi del magistrato che senza sua grave colpa non abbia dato idonea cauzione al pupillo»), in cui si considera la responsabilità degli eredi di persone (i *magistratus*) che avevano obblighi relativamente alla tutela o curatela di un pupillo. I passi si riferiscono evidentemente alla responsabilità del magistrato di scegliere oculatamente l'amministratore: il magistrato stesso potrà essere chiamato in causa, quando dai beni del tutore o curatore il pupillo non abbia avuto piena soddisfazione, e, a sua volta, dovrà dare al pupillo idonea garanzia.

«Per cui relativamente a quelle cose che non siano state amministrate né dal tutore né dal curatore stabilito in seguito per l'occorrenza, dal momento che <nei loro confronti> si deve considerare non soltanto il dolo e la colpa grave, ma anche la lieve, essi possono essere convenuti da te e quelle cose che risulterà chiaro essere dovute da loro a te, quelle stesse saranno obbligati a rendere con gli interessi».

A queste testimonianze si devono poi aggiungere quelle che provengono dai giuristi: per esempio D. 26.10.7.1, che dice di una *lata neglegentia* in ipotesi di una *suspectio* del tutore; D. 26.7.7.2, per il caso che i tutori *praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam*; D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*), dove Pomponio qualifica come condotte *neglegentius* certe amministrazioni patrimoniali; ma anche, per certe analogie di impegno, D. 17.1.8.9-10, riguardante gli obblighi del mandatario; o D. 36.1.23.3 (Ulp. 5 *disp.*), dove, relativamente al *reddere rationem*, viene considerata una distinzione fra *lata culpa* e *levis et rebus suis consueta neglegentia*; ecc.

Vi rientra anche D. 1.18.14, un testo di Macro tratto dal libro 2 *de iudiciis publicis*, che riproduce un'articolata replica imperiale alla sollecitazione propostagli (*cum autem ex litteris tuis cognoverimus*) circa il comportamento dei custodi di un pazzo che, sottrattosi in qualche modo alla loro vigilanza, si è reso colpevole di matricidio: la loro inadeguatezza all'incarico è più volte sottolineata, si dice che il pazzo *diligentius custodiendus*, che bisogna valutare la causa *tantae neglegentiae*, che si deve aver mente per questi comportamenti qualificati come *neglegentiores in officio suo*. E comunque D. 1.18.14 va considerato anche separatamente perché nel suo finale (ma non solo) suggerisce proprio, proiettandole nel più ampio sociale, le motivazioni che ispirano la decisione: *non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint*, «i pazzi vengono custoditi non solo affinché essi non compiano qualcosa di alquanto pernicioso contro di sé, ma anche affinché non siano esiziali ad altri».

D. 1.18.14 (Macer 2 *de iud. publ.*): Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: "Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad

tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levari vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. Nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpae eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint".

«Il divo Marco e Commodo inviarono a Scapula Tertullo un rescritto del seguente tenore: "Se secondo te si è appurato incontestabilmente che Elio Prisco è in tale stato di pazzia, che per la continua alienazione mentale risulta del tutto privo di intelletto, e non vi è alcun dubbio che la madre non sia stata uccisa simulando egli la demenza, puoi omettere di considerare la misura della sua pena, essendo abbastanza punito dalla sua stessa pazzia. E tuttavia sarà da custodire più diligentemente, e se reputerai, sarà anche da costringere in ceppi, poiché ciò sarà conveniente tanto alla pena quanto alla sua protezione e alla sicurezza dei vicini. Esplorerai diligentemente se invero, avendo alcuni intervalli di più sana coscienza, come per lo più suole <accadere>, egli non abbia eventualmente commesso l'atto scellerato in uno di tali momenti, e <quindi> la scusante della sua malattia non debba essergli data; e se scoprirai qualcosa di simile, ci consulterai, affinché valutiamo se, per essere immane il misfatto, ove lo abbia commesso in un momento in cui risulti che poteva intendere, debba essere sottoposto a supplizio. Inoltre, avendo cognizione dalle tue lettere che egli <vive> in un luogo e <appartiene> ad un ordine tali da poter essere custodito dai suoi, o anche nella propria villa rustica, a noi sembra che tu ti comporterai rettamente se avrai convocato coloro dai quali in quel tempo era sorvegliato, e avrai investigato la causa di tanta negligenza, e avrai deciso nei confronti di ciascuno di essi a seconda che ti sembrerà che sia da addossargli la colpa o da scagionarlo. Infatti i pazzi vengono custoditi non solo affinché essi non compiano qualcosa di alquanto pernicioso contro di sé, ma anche affinché non

siano esiziali ad altri: e allora, qualora ciò sia avvenuto, meritatamente deve essere ascritto a colpa di coloro che siano stati troppo negligenti nel loro compito"».

Del resto già qualche tratto prima, nel discorso imperiale, si era fatta strada la considerazione della tutela relativa alla pericolosità sociale del soggetto da custodire, venendo meno alla quale si potrà parlare di dolo ma anche di colpa grave[47]: là dove si suggeriscono a Scapula Tertullo anche forme di custodia limitative della libertà personale si motiva il consiglio dicendo che *diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit*, «se lo reputerai, sarà anche da costringere in ceppi, poiché ciò sarà conveniente tanto alla pena quanto alla sua protezione e alla sicurezza dei vicini».

7. Alcuni cenni di dottrina

In conclusione il rapporto della *culpa* (e si tratta di *culpa lata*) col dolo si denuncia nel diritto romano attraverso tre distinte espressioni:

1. Da un lato ci sono testi in cui si dichiara apertamente da parte dei giuristi che la *culpa lata* è equiparata al dolo: testi, dunque, che presuppongono una differenza concettuale fra le due posizioni com'è rilevata dalla differente denominazione, ma non ritengono di doversi soffermare su di essa bensì insistono sulla medesimezza dei risultati pratici e delle conseguenze giuridiche;

2. Vi sono poi testi in cui più che la considerazione delle conseguenze si pone in evidenza un'affinità fra la *culpa lata* e il dolo, affinità che se non è facile sceverare sul piano concettuale, è di facile intuizione invece in ambito giudiziale. In questo caso le espressioni utilizzate valutano le due posizioni dal punto

[47] Siamo ancora una volta di fronte ad una situazione criminale, o, piuttosto, alla custodia di un delinquente, come già in D. 16.3.7pr. – dove peraltro si trattava di custodia di un teste necessario da sottoporre ad interrogatorio con tortura – che va valutata innanzi tutto sotto i profili privatistici (che sono quelli della tutela del pazzo) e successivamente sotto quelli criminalistici (perché il pazzo ha ucciso la propria madre). A parte la raccomandazione di vagliare che l'atto scellerato non sia stato commesso *per intervalla insaniae* (le cui conseguenze non stiamo qui a considerare), l'aver condotto con scarsa diligenza il proprio impegno di vigilanza sul pazzo deve essere valutato alla stregua del dolo, pur non essendo dolo, per un duplice ordine di ragioni: 1) perché il custode o custodi non hanno assolto il loro *officium* in termini adeguati; 2) perché le conseguenze particolarmente gravi del loro comportamento hanno determinato gravi ripercussioni nell'ambito sociale.

di vista concettuale (lasciandone invece impregiudicati gli effetti) e proponendo in una felice sintesi la percezione della differenza dei due stati e, insieme, la loro uguaglianza: la *culpa lata* si connota dunque per essere inquadrata fra le espressioni della *culpa* ma è dichiarata *proxima* al dolo (o *prope dolum*);

3. Vi sono infine dei testi (minimali, ma importanti, e su cui fa fondamento un'importante corrente dottrinale) che sembrano proporre una vera e propria identificazione fra la *culpa lata* e il dolo. *Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est* dice Paolo (1 *manual.*, in D. 50.16.226: dove, però, sembrerebbe prospettarsi uno iato fra la *magna neglegentia* e la *magna culpa*); *quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur* commenta Celso (11 *dig.*, in D. 16.3.32: pur se qualche differenza potrebbe portare l'uso del comparativo assoluto nella qualificazione *latior* che vien fatto corrispondere tranquillamente al suo positivo[48], e il tentennamento dato dal contrasto dottrinale fra i giuristi romani); e a queste voci potrebbe essere affiancato forse il già citato D. 47.4.1.2 laddove afferma che *culpa dolo proxima dolum repraesentat*. Fondamentalmente su queste basi una dottrina, peraltro minoritaria, ha voluto far coincidere i due aspetti più gravi della responsabilità, ha affermato che, in realtà, la *culpa lata* può definirsi essere un dolo, e magari, sulle orme di Azone, ha escogitato la teoria del dolo presunto: alla negligenza inescusabile ma ben distinta dal dolo di cui si dice in D. 50.16.223 pr., e che sarebbe rappresentata in particolare nelle parole riferite a chi per sua pochezza non è in grado di comprendere ciò che è palesemente aperto alla comprensione di tutti e di valutare quanto il proprio comportamento/atteggiamento sia di pericolo e/o di nocumento a se stesso e agli altri, si aggiunge quella colpa che consiste nel tenere un diverso comportamento e una diversa attenzione per le cose proprie e per le altrui[49].

---

[48] Problema che sarà posto al centro della riflessione dai glossatori e risolto con una sicura identificazione: gl. *'latiorem id est latam'*.

[49] Nella nostra giurisprudenza questa indagine soggettiva è andata sempre più sparendo. Nel sistema del codice civile attuale si è venuta creando una doppia figura della colpa, in cui la valutazione concreta della realtà fattuale si è spostata dal soggetto, e dai suoi comportamenti nei confronti delle cose proprie e delle altrui, ai risultati di tali comportamenti. La diligenza che è richiesta dal codice è quella astratta fondata sul modello del "buon padre di famiglia" ed è intesa come una concezione psicologica della colpa che si esaurisce in un nesso psichico fisso ed uguale fra l'agente e il fatto; ma a questa concezione della colpa si affianca e si sovrappone un'altra immagine della colpa che considera e gradua la realtà in ragione non del puro inadempimento, bensì dell'azione colpevole, modellando la colpa secondo la diversità dei casi in rapporto alla maggiore o minore antidoverosità del comportamento del

Sul punto grandi interpreti hanno soffermato la loro attenzione, come si accennava anche attraverso i secoli.

Negli stessi termini delle antiche posizioni della dottrina il tema è ripreso nelle voci della romanistica a noi più vicina.

Come riferisce l'Arangio-Ruiz[50], il concetto di *culpa lata* (o *dolo proxima*) e la sua equiparazione al dolo è stato oggetto di viva contrapposizione tra Binding e Lenel.

Binding sosteneva che l'espressione *culpa lata* non avesse quel significato di prevedibile non previsto o di negligenza, noncuranza estrema che gli è stato attribuito dalla dogmatica moderna, quanto piuttosto il significato di torto, torto grave, ma non tanto deprecabile e pericoloso quanto quello cui si appunta il dolo. Dal dolo la *culpa lata* si distinguerebbe non già per la mancata coscienza del torto che si commette, ma per il motivo meno volgare, cioè meno riprovevole moralmente al quale si ispirerebbe la condotta dell'agente: così se a non adempiere egli sia spinto da un sentimento di compassione o dal desiderio di fare cosa grata ad un terzo o dalla convinzione di non fare gran male approfittando delle circostanze che consentono un facile guadagno[51].

Contro il Binding Otto Lenel sosteneva, al contrario, che la *culpa lata* altro non sarebbe che il dolo stesso, che si rivelerebbe pura invenzione dei bizantini, creata nominalmente al solo scopo di trovare un sinonimo al termine dolo.

Del resto, ad avvalorare questa opinione, si potrebbe anche dire, sottolineando il riferimento all'intelligenza media universale che si legge nella definizione di Ulpiano, che già la frase ulpianea "*non intelligere quod omnes intelligunt*" rappresenta una situazione cui può attribuirsi un reale significato solo rapportandosi al dolo. E la consapevolezza di questa situazione da parte dei giuristi di Roma avrebbe appunto preceduto il suo inquadramento concettuale, definito come *culpa lata*, e nato solo successivamente.

In parte mediando fra le due posizioni Arangio-Ruiz ritiene che «la *culpa lata* venne creata dalle scuole a correzione e integrazione del sistema classico, per accrescere cioè la responsabilità in ipotesi in cui il diritto clas-

soggetto rispetto all'entità delle conseguenze del comportamento stesso.

[50] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit., p. 252 ss.

[51] K. Binding, *loc. cit.*

sico la limitava al dolo»[52]. Secondo l'antico maestro il criterio della *culpa lata* sarebbe stato concepito come un criterio elastico da applicare là dove un'interpretazione dei fatti in termini di dolo avrebbe portato a risultati ritenuti eccessivi o troppo rigidi; ma al contempo anche là dove una valutazione in termini di colpa avrebbe eccessivamente sminuito la gravità degli accadimenti e delle loro conseguenze.

8. La presenza di "colpa grave" nell'attuale legislazione

A concludere questa breve rassegna romanistica sulla *culpa lata* si riporta un sintetico riepilogo delle occorrenze in cui la voce dei nostri attuali codici usa l'espressione "colpa grave" e connota questo grado di responsabilità implicitamente comparandolo da un lato con fenomeni di colpa tout court, nel cui ambito comunque rientrerebbero i comportamenti che vi si possono ascrivere, dall'altro con episodi dolosi, in cui il comportamento sanzionato o sanzionabile è delineato sulla base dell'art. 43 c.p.

E se l'eco del diritto romano risulta in tutta evidenza a proposito dell'art. 314 c.p.p. ci si può legittimamente chiedere se e quanto del diritto romano permane negli altri casi di colpa grave.

Una veloce rassegna dell'interesse codicistico per la "colpa grave" risulta testualmente in evidenza in una serie di articoli dei quali si offre qui l'epigrafe al solo scopo di individuare il tema generale.

Relativamente al codice civile

art. 491 (Responsabilità dell'erede nell'amministrazione);
art. 535, c. 3 (Possessore dei beni ereditari);
art. 789 (Inadempimento o ritardo nell'esecuzione) siamo in tema di donazione: "Il donante, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave";
art. 935 c. 1 (Opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui);
art. 939 c. 3 (Unione e commistione);
art. 1147 c. 2 (Possesso di buona fede);
art. 1229 c. 1 (Clausole di esonero da responsabilità);

[52] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit., p. 252 ss. Per concludere che «dalla eccessiva stilizzazione del concetto del dolo» derivava «la necessità di riportare alla *culpa* o alla *diligentia* (nel senso nuovo) tutte le ipotesi in cui il torto non mostrava esplicita e proterva la volontà di non adempiere, o non s'ispirava a motivi volgari» (p. 261).

art. 1592 c. 2 (Miglioramenti); in tema di deterioramenti nella locazione;
art. 1696 c. 4 (Calcolo del danno in caso di perdita o di avaria); relativamente alla responsabilità del vettore);
art. 1698 (Estinzione dell'azione nei confronti del vettore);
art. 1713 c. 1 (Obbligo di rendiconto); e siamo in tema di mandato;
art. 1836 c. 1 (Se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata anche se questi non è il depositante); relativamente alla responsabilità della Banca: "Se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata anche se questi non è il depositante";
art. 1889 c. 2 (Polizze all'ordine e al portatore) che recita: "Tuttavia l'assicuratore è liberato se senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del giratario o del portatore della polizza, anche se questi non è l'assicurato";
art. 1892 c. 1 (Dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave); e si parla delle dichiarazioni dell'assicurato "circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose" nel contratto di assicurazione;
art. 1893 c. 1 (Dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave);
art. 1900 c. 1 (Sinistri cagionati con dolo o con colpa grave dell'assicurato o dei dipendenti);
art. 1992 c. 2 (Adempimento della prestazione); e siamo in tema di titoli di credito: "Il debitore, che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore <del titolo di credito>, è liberato anche se questi non è il titolare del diritto";
art. 2236 (Responsabilità del prestatore d'opera); che recita: "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave";
art. 2864 c. 1 (Danni causati dal terzo e miglioramenti) in ipotesi di ipoteca ("Il terzo è tenuto a risarcire i danni che da sua colpa grave sono derivati all'immobile in pregiudizio dei creditori iscritti").

Relativamente al codice di procedura civile

art. 60, commi 1-2 (Responsabilità del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario);

art. 64 (Responsabilità del consulente);
art. 96 c. 1 (Responsabilità aggravata) che comincia "Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave …);
art. 410 (Tentativo di conciliazione) in tema di controversie individuali di lavoro, il cui asserto conclusivo recita: "La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave";
art. 813 ter. (Responsabilità degli arbitri), in tema, appunto, di arbitrato, che inizia trionfalmente: "Risponde dei danni cagionati alle parti l'arbitro che:
1) con dolo o colpa grave ha omesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto, ovvero ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo;
2) con dolo o colpa grave ha omesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli articoli 820 o 826".

In ambito penale

non risulta una formulazione codicistica specifica precisa che riporti la locuzione "colpa grave", ma il tema è di rilevante attualità, come dimostra, per esempio, la letteratura circa il decreto Balduzzi sulla colpa professionale medica e la depenalizzazione della colpa lieve del medico confermata dalle sentenze 268/2013 e 11493/2013 della Cassazione, IV Sezione Penale[53].

[53] Già la legge Balduzzi (L. 189/2012) ha interrotto la tradizionale disciplina della responsabilità che in campo penale, indagando dell'elemento soggettivo, prevedeva soltanto ipotesi di dolo e ipotesi di colpa, senza graduare, in particolare per quanto riguarda la colpa (se non per stabilire l'ammontare in termini quantitativi della pena ex art. 133 c.p.). La maggiore o minore gravità della colpa non rilevava invece per stabilire la colpevolezza o l'innocenza del reo. Peraltro, a seguito della sent. 166/1973 della Corte Cost., la giurisprudenza ha individuato la possibilità di escludere la colpevolezza del medico in caso di colpa lieve, sulla base dell'art. 2236 c.c. laddove recita che «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde che in caso di dolo e colpa grave». E il percorso della colpa grave in questa direzione procede, anche dirompente, attraverso la giurisprudenza (e cito soltanto Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, dove la Corte è stata investita della questione se la disposizione dell'art. 3 comma 1 l. 189/2012 "abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie" e affronta il problema delle "linee guida"; o Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, che, entrando nel merito della distinzione tra colpa lie-

Relativamente al codice di procedura penale

art. 185, c. 2 (Effetti della dichiarazione di nullità) che recita: "Il giudice che dichiara la nullità di un atto ne dispone la rinnovazione, qualora sia necessaria e possibile, ponendo le spese a carico di chi ha dato causa alla nullità per dolo o colpa grave";

art. 314, c. 1 (**Presupposti e modalità della decisione**) che nega il "diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita" quando il prosciolto "vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave";

art. 427, c. 3 (**Condanna del querelante alle spese e ai danni), per cui** "Se vi è colpa grave, il giudice può condannare il querelante a risarcire i danni all'imputato e al responsabile civile che ne abbiano fatto domanda";

art. 541, c. 2 (**Condanna alle spese relative all'azione civile), in particolare in rapporto agli eventuali** "danni causati all'imputato o al responsabile civile" in ipotesi di rigetto della domanda;

art. 643, c. 1 (**Riparazione dell'errore giudiziario) che, ricollegandosi idealmente al 314**. Sancisce che "Chi è stato prosciolto in sede di revisione, se non ha dato causa per dolo o colpa grave all'errore giudiziario, ha diritto a una riparazione commisurata alla durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna".

In ambito amministrativo basti qui un cenno. Da un passo di Ulpiano (D. 50.8.8(6), 1 *ad ed. praet.*) si evince che il meccanismo della *culpa lata* trovava applicazione decisamente anche nei confronti dei magistrati romani: *Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam neglegentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent.* Dice infatti Ulpiano che: "I magistrati della Repubblica debbono dar conto non solo del dolo ma anche della *lata negligenza* e in aggiunta anche della *diligenza* stessa". Il *debent* del testo indica una responsabilità dei magistrati che devono conformare il proprio comportamento ai criteri indicati: di conseguenza deve intendersi che la ricerca della responsabilità nelle sue graduazioni si impone ai magistrati romani non solo in senso attivo (nel senso, cioè, che si faranno un dovere

---

ve e colpa grave, si occupa in particolare dell'esclusione della negligenza e dell'imprudenza), attraverso la legislazione (e cito soltanto la L. 24/2017, e, ancora una volta, la giurisprudenza successiva). È un campo aperto. Ugualmente di colpa grave si viene a parlare anche in tema di omicidio stradale (art. 589 bis c.p.) e di lesioni personali stradali (art. 590 bis c.p.), su cui un primo approccio in R. D'Onofrio, *I nuovi approdi della colpa: l'omicidio e le lesioni stradali*, in https://www.unicost.eu/.

di valutare, nei rapporti con i cittadini, delle varie forme e modalità dei comportamenti per dare il dovuto peso al dolo e ugualmente alla *culpa lata* quando non siano sicuri della volontarietà e della malizia della condotta dolosa), ma anche in senso passivo, nel senso, cioè, che essi stessi, i magistrati, saranno responsabili del loro agire per dolo e per colpa grave, e in tutto dovranno comportarsi con la dovuta diligenza. Si può ben dire che il passo ha mantenuto la sua eco anche negli ordinamenti giuridici contemporanei. Per esempio la legge 117/1988 disciplina la responsabilità civile dei magistrati e sancisce che è possibile agire contro lo Stato quando un soggetto ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento o di un atto o di un provvedimento posto in essere da un magistrato con dolo – e aggiunge – o con colpa grave. Questa è intesa in tale contesto come la negligenza inescusabile (una *lata neglegentia*) che ha comportato una violazione di legge o una affermazione o negazione di fatti la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa o risultante dagli atti del procedimento. Il prevalente orientamento della giurisprudenza contabile, per esempio, identifica la "colpa grave" in una «sprezzante trascuratezza dei propri doveri, resa estensiva attraverso un comportamento improntato a massima negligenza o imprudenza ovvero ad una particolare noncuranza degli interessi pubblici» (Corte dei conti, SS.RR. 7.1.1998 n. 1/A)[54].

[54] «Indici di riconoscimento di tale grado della colpa sono stati ritenuti la previsione dell'evento dannoso (c.d. colpa grave), più in generale la sua prevedibilità, ovvero il superamento di detti limiti, per chi riveste una figura professionale alla quale vanno richieste particolari doti di diligenza, prudenza e perizia» (così S.B. Sabetta, *I limiti della colpa grave nel diritto amministrativo*, in *Diritto.it*, 2005 e gli studi successivi). Così anche E. Bonelli, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in *La Corte dei Conti tra tradizione e novità*, Napoli 2014, p. 261 ss.; o anche A. Ciaramella, *La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale*, in *Responsabilità amministrativa* del 24 giugno 2020, in cui leggo, per esempio, che fin delle origini dell'argomento: «È noto come la stessa Corte costituzionale è passata da una sorta di "tolleranza" per il passaggio dalla colpa semplice alla colpa grave, quale elemento costitutivo della responsabilità amministrativa, alla visione di una "necessità" dello stesso, al fine di garantire principi di valore costituzionale. La questione è stata affrontata nelle sentenze n. 54 del 1975, n. 164 del 1982, n. 1032 del 1988, ma mentre, nelle prime due, la limitazione della responsabilità amministrativa al dolo ed alla colpa grave era vista come una deroga, non irragionevole, se limitata a specifici settori, al principio generale della non rilevanza del grado della colpa, nell'ultima, che riguardava analoghe disposizioni relative ai dipendenti della Regione Sicilia, la Corte cominciava ad evidenziare anche la sua funzione di strumento per garantire l'efficienza dell'azione amministrativa».

Infine, attraverso il recupero delle radici di una tradizione che comunque è andata consolidandosi nel corso del tempo, e in ragione di esigenze sempre più specifiche nei vari settori, l'indagine sulle possibili derivazioni della "colpa grave" dalla *culpa lata* di D. 50.16.213.2 si prospetta capace di risultati di particolare rilievo non solo nel nostro ordinamento, ma anche, **in ambito comparatistico**, a livello internazionale e più specificamente europeo.

PAOLA LAMBRINI*

IL PARADOSSO DEL DOLO COLPOSO

SOMMARIO: 1. *Culpa est quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum* – 2. *Culpa lata dolo aequiparatur* – 3. *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur* – 4. *Ipsa res in se dolum habet* – 5. *An dolo quid factum sit, ex facto intelligetur* – 6. Il dolo colposo nella civilistica italiana

1. *Culpa est quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*

La colpa è un criterio di responsabilità che si fonda sul confronto tra il comportamento tenuto da una specifica persona e l'ideale comportamento che nella stessa situazione avrebbe osservato una persona diligente e prudente che rispetti gli standard medi di attenzione richiesti dalla comunità in un dato momento storico[1].

È noto che si ha un illecito colposo quando si verifichi la realizzazione non voluta del fatto tipico, collegata alla violazione di una o più regole cautelari, personalmente rimproverabile al soggetto.

Come per il dolo, il soggetto agente deve avere coscienza e volontà della propria azione od omissione; accertato che egli non si trovava in una situazione che gli impedisse la consapevolezza dei propri atti, come nel caso dell'*infans* o del malato di mente[2], la successiva verifica che si richiede per determinare l'esistenza della colpa è di carattere oggettivo, in quanto si effettua appunto misurando la condotta del soggetto secondo un modello

---

* Università degli Studi di Padova.

[1] Cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania 1996, p. 22 ss.

[2] Cfr. D. 9.2.5.2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.*

astratto di comportamento diligente e prudente. Come dice Paolo, si è in colpa se non si è previsto ciò che una persona diligente avrebbe previsto oppure se non si è messo in guardia contro un pericolo che non si poteva evitare:

> D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*): Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Interessanti gli esempi portati nel testo. Innanzitutto, è sicuramente responsabile per colpa, in base alla *lex Aquilia*, chi abbia causato la morte di uno schiavo che, mentre transitava per la pubblica via, viene colpito da un ramo o da un macchinario, qualora l'operaio che stava procedendo al taglio dei rami non avesse adeguatamente allertato del pericolo i passanti.

Quinto Mucio Scevola aveva poi precisato la regola aggiungendo che poteva essere ritenuto responsabile anche chi tagliasse i rami nei pressi di una strada privata.

Si aggiunge, infine, la precisazione per cui, se il soggetto stava procedendo alla potatura nella propria tenuta, lungo la quale non passava alcuna strada privata, non lo si può chiamare a rispondere a titolo di colpa perché egli non poteva immaginare che per di là passasse qualcuno; sarà ritenuto responsabile dell'accaduto soltanto se si potrà provare che la sua attività era dolosa (*dolum dumtaxat praestare debet*), cioè se i fatti dimostrano che egli si era concretamente avveduto del passaggio altrui e malgrado ciò avesse tagliato il ramo senza avvisare del pericolo.

2. *Culpa lata dolo aequiparatur*

Si ha colpa grave quando il concreto comportamento tenuto da quella persona denota un livello di disattenzione e negligenza più alto rispetto agli standard medi di attenzione: come dicono Paolo e Ulpiano, si ha *culpa lata*

quando non si capisce quello che capiscono tutti: *nimia neglegentia est non intellegere quod omnes intellegunt*[3].

La colpa è grave quando la violazione dell'obbligo di diligenza è particolarmente grossolana, con un discostamento molto evidente del comportamento dell'agente dalle regole di diligenza, prudenza e perizia che il caso concreto avrebbe richiesto di osservare.

Un comportamento tale è punito anche quando integri un illecito che sarebbe perseguibile solo a titolo di dolo: questo è il significato dell'affermazione che si trova in alcune fonti secondo la quale *culpa lata dolo aequiparatur*[4]; il principio vale soltanto in ordine alle conseguenze giuridiche del comportamento.

Così il tutore può essere rimosso dall'incarico anche *si fraus non sit admissa, sed lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet*[5].

L'esempio più noto è quello del depositario, il quale in base alla stessa formula edittale risponde solo per la mancata restituzione dolosa; l'interpretazione proposta dai giuristi è tale, però, che lo si ritiene responsabile anche per comportamenti integranti semplice colpa grave[6].

---

[3] D. 50.16.223pr. (Paul. 2 *sent.*): *Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt*; D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*): *Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.*

[4] Cfr. D. 11.6.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*); D. 17.1.29pr. (Ulp. 7 *disp.*); D. 36.4.5.15 (Ulp. 52 *ad ed.*); D. 43.26.8.3 (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 44.7.1.5 (Gai. 2 *aur.*); D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*). Secondo A. De Medio, *Studi sulla '*culpa lata*' in diritto romano*, in *BIDR* 17, 1905, p. 5 ss. e *BIDR* 18, 1908, p. 260 ss., tutti i testi che parlano di *culpa lata* sarebbero stati interpolati dai compilatori giustinianei; così anche per O. Lenel, *'Culpa lata' und 'culpa levis'*, in *ZSS* 38, 1917, p. 263 ss. In seguito l'opinione è stata ridimensionata: cfr. G. MacCormack, *'Culpa'*, in *SDHI* 38, 1972, p. 176 ss.; v. P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, p. 50, nt. 41, ora in *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli 2007, p. 92, nt. 41: «la petulanza dell'intervento compilatorio non deve essere scambiata per furia innovatrice. I testi che trattano di ipotesi specifiche mostrano che il problema era reale».

[5] D. 26.10.7.1 (Ulp. 1 *de omn. trib.*). Cfr. M. De Robertis, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari 1960; G. MacCormack, *The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *Irish Jurist* 5, 1970, p. 369 ss.

[6] Da un testo sembrerebbe che alcuni giuristi fossero giunti a ritenere che il depositario dovesse rispondere non solo di colpa grave, ma persino per la mancata adibizione della *diligentia quam in suis*: D. 16.3.32 (Cels. 11 *dig.*): *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*. Cfr. P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 53 s. (ora p. 95 s.); L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del*

Si giunge a considerarlo responsabile anche qualora restituisca sì il bene, ma deteriorato: *cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*[7].

Perfino l'erede del depositario che abbia venduto in buona fede il bene lasciato in deposito al *de cuius*, sebbene non possa essere ritenuto responsabile della mancata restituzione della cosa, *quia dolo non fecit*, tuttavia può essere chiamato a rispondere per la restituzione del prezzo che ne abbia ricavato: *hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit*[8].

3. *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*

In un famoso passo del Digesto si dà per presupposta la regola secondo la quale risponde di illeciti dolosi anche chi abbia tenuto un comportamento di crassa negligenza, ma se ne nega l'applicazione nell'ambito dei crimini sanzionati dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*; si tratta di:

> D. 48.8.7 (Paul. l.s. *de publ. iudic.*): In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.

Il passo si apre con un brevissimo enunciato che ha causato molte difficoltà interpretative perché a prima vista sembrerebbe affermare la punibilità del semplice disegno criminoso, a prescindere dalla sua realizzazione; infatti, se lo si traduce "nella legge Cornelia il dolo è considerato come il fatto", il passo avrebbe attinenza con la problematica del tentativo e deno-

---

depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 2006, p. 11 ss.; U. Agnati, *Responsabilità del depositario e del debitore. D. 16.3.32 (lex quod Nerva) nelle interpretazioni di Azzone e Accursio*, in *SDHI* 75, 2009, p. 322 ss.

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

[8] D. 16.3.1.47 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.*

terebbe un sistema repressivo che sarebbe giunto addirittura a punire la semplice intenzione delittuosa[9].

La frase va piuttosto intesa nel senso che nell'ambito dei crimini perseguiti dalla legge Cornelia il dolo si desume dal fatto criminoso[10]: è punibile chi abbia posto in essere delle condotte oggettivamente sussumibili entro le fattispecie tipiche previste dalla norma incriminatrice, quindi chi abbia provocato la morte di un uomo con armi o con veleno ovvero sia portatore di armi in pubblico *occidendi vel furti faciendi causa*[11]. «Le condotte considerate nella *Cornelia* sono da considerarsi in sé volontarie; in particolare quella del reato di evento, descritta dal *qui hominem occiderit*, è dolosa e perciò punibile nella misura in cui l'interprete deduca la volontà maligna dallo strumento utilizzato (in quanto normalmente astrattamente idoneo a uccidere) e, comunque, dalle modalità di produzione dell'evento lesivo»[12].

---

[9] In questo senso G. Polara, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato. 'Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu'*, in *BIDR* 16, 1974, p. 107, secondo il quale «il dolo viene preso in considerazione e punito come se fosse un fatto materiale come, cioè, se la volontà interiore del soggetto costituisse da sola un reato a prescindere dall'esistenza di un comportamento lesivo dell'altrui diritto». V. le critiche di M.U. Sperandio, *'Dolus pro facto'. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli 1998, p. 113 ss.

[10] «Lungi dall'aver qualsiasi rapporto con la problematica del tentativo, la relazione disegnata dal giurista tra dolo e fatto, visto il contesto 'casistico' nel quale è inserita, non può non significare che il dolo necessario al fine dell'imputazione soggettiva della condotta omicidiaria *ex lege Cornelia* è il solo dolo intenzionale e diretto (in cui cioè sia piena tanto la volizione quanto la rappresentazione dell'evento) e che tali caratteri della volontà punibile debbano ricavarsi dalla diagnosi del fatto concreto. … il fatto come condotta viene concepito, considerato e valutato unitariamente tanto nelle sue modalità attuative quanto nell'elemento volitivo che lo sorregge, anzi quest'ultimo, come detto, deve dedursi da quelle»: così F. Botta, *Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell''homicidium' in diritto romano classico*, in *Diritto@Storia* 12, 2014, p. 13. Nello stesso senso cfr. M.U. Sperandio, *'Dolus'* cit., p. 134 s.

[11] D. 48.8.1pr. (Marc. 14 *inst.*): *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit … .* 1.: *Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret*. Sul tema v. U. Brasiello, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI* 42, 1976, p. 254 ss.; J.D. Cloud, *The primary purpose of the 'lex Cornelia de sicariis'*, in *ZSS* 68, 1969, p. 262 ss.; J.L. Ferrary, '*Lex Cornelia de sicariis et veneficis'*, in *Athenaeum* 79, 1991, p. 420 ss.; B. Santalucia, *Omicidio*, in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p. 125 ss.

[12] Così F. Botta, *Osservazioni* cit., p. 13.

Dopo aver affermato che il dolo si desume dal fatto, il giurista passa a chiedersi se il soggetto agente possa essere chiamato a rispondere a titolo di *lex Cornelia* anche per dei comportamenti integranti colpa grave e riporta dei casi analoghi a quelli trattati in materia di danno aquiliano nel brano visto nel primo paragrafo. Fa l'ipotesi di chi si butti dall'alto oppure del potatore che non abbia chiaramente richiamato l'attenzione sul pericolo incombente e ne trae la conclusione che simili comportamenti non possono essere puniti nell'ambito criminale perché non integrano la fattispecie descritta dalla legge[13].

4. *Ipsa res in se dolum habet*

La regola *dolus pro facto accipitur*, intesa nel senso per cui il dolo si deve desumere da fatti e circostanze obiettive che rendano manifesto all'esterno l'atteggiamento dell'agente nei confronti del fatto criminoso, vale in tutti gli ambiti del diritto[14].

Come tutti gli elementi soggettivi, il dolo può essere provato solo in quanto venga estrinsecato in una realtà esterna oggettiva[15]; l'accertamento

---

[13] «Per il perfezionamento del *crimen ex lege Cornelia* il dolo è il criterio minimo di imputazione soggettiva della responsabilità per omicidio, non essendo idonea a questa nemmeno la *culpa lata*, esemplificata dai casi del suicida che precipitandosi dall'alto uccida un passante e del potatore di alberi che non preavvertendo della caduta del ramo determini la morte di chi sta transitando»: F. Botta, *Osservazioni* cit., p. 17. Nell'ambito della repressione *extra ordinem* sarà sanzionato anche l'omicidio colposo: le *Pauli Sententiae* riferiscono che per il medesimo caso del *putator* si applicherà la pena dei *metalla*, malgrado il caso non ricada nelle fattispecie punite dalla legge Cornelia: Paul. Sent. 5.23.12: *Si putator, ex arbore cum ramum deiceret, non proclamavit, ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu perierit, etsi in legem non incurrit, in metallum datur.*

[14] «Se si ammettesse che il diritto si deve arrestare di fronte a distinzioni soggettive, dal momento che non si debbono applicare le conseguenze del dolo, se l'intenzione non c'è, ne seguirebbe che nella massima parte dei casi il diritto sarebbe disarmato, e il dolo rimarrebbe esente dalle conseguenze giuridiche, poiché di fronte alla negativa del convenuto, ben difficilmente si riuscirebbe a provarne l'esistenza»: così V. Scialoja, *Delle obbligazioni in diritto romano. Appunti sulle lezioni di V. Scialoja*, Roma 1889, p. 338.

[15] Di ciò erano ben consapevoli i giuristi romani, probabilmente già a partire dalla legge delle XII Tavole, all'interno della quale i versetti che sembrano punire alcuni illeciti (come quelli relativi all'*os fractum* e il *membrum ruptum*, il *furtum*, il *malum carmen incantare* o l'*excantare fruges*, l'*iniuria*) senza dare rilievo all'elemento intenzionale non sono da ricondurre a una sorta di responsabilità oggettiva ancora in vigore a quell'epoca, quanto piuttosto all'idea già sviluppata di un dolo tipizzato. In base a questo modello, proposto in parti-

del dolo si effettua dall'esame della condotta del convenuto e dalle stesse circostanze di fatto che concorrono a costituire l'azione illecita, nelle quali si riverberano la volontà e l'intenzione dell'agente.

Nelle fonti si trovano, sia nel campo criminale che in quello del diritto privato, varie espresse attestazioni dell'idea in base alla quale il dolo si ricava da fatti non equivoci, si prova dal fatto stesso, e molti sono i casi di dolo tipizzato, cioè di situazioni in cui il dolo si determina confrontando il comportamento concreto con un modello astratto[16].

Ad esempio, si ritiene che agisca con dolo chi chiede in giudizio qualcosa che dovrà restituire[17]:

> D. 45.1.36 (Ulp. 48 *ad Sab.*): Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.

Il testo è molto interessante perché vi si trova un espresso confronto tra le due ipotesi che possono portare il convenuto all'utilizzo dell'*exceptio doli mali*.

È noto come la formula dell'eccezione (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*) contenesse due tempi verbali, in modo da sanzionare sia il dolo passato che il dolo presente; col primo termine si intendeva qualunque comportamento ingannevole tenuto dall'attore in un momento precedente alla *litis contestatio*, in particolare, ma non solo, l'inganno posto in essere durante la conclusione del negozio fonte della pretesa fatta in seguito valere in giudizio. Con riferimento a quest'applicazione si parla in letteratura di *exceptio doli praeteriti* o di eccezione speciale di dolo[18].

---

colare da M. Kaser, *Typisierter 'dolus' im altrömischen Recht*, in *BIDR* 65, 1962, p. 79 ss., si può pensare che la dettagliata individuazione tipica e la necessità di una evidenza pubblica del delitto fosse ritenuta sufficiente per perseguire i fatti riconducibili ai reati descritti tipicamente dalla legge: in quei casi, provato il fatto, era provato anche il dolo.

[16] Così C.A. Cannata, *Sul problema* cit., p. 28.

[17] Sul tema cfr. P. Lambrini, *'Dolo facit, qui petit quod redditurus est': eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 2, Napoli 2006, p. 229 ss. (ora in *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, p. 11 ss.)

[18] Sul tema v. i saggi raccolti in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione*

Col tempo presente, invece, si rimproverava all'attore un atteggiamento abusivo tenuto durante la stessa *litis contestatio*: in questo caso il dolo era integrato dal fatto di azionare un diritto formalmente spettante, ma in presenza di circostanze tali che ne rendevano iniqua la concreta realizzazione. Si parla in proposito di *exceptio doli praesentis* o anche di eccezione generale di dolo: tale seconda denominazione si riferisce al suo campo di applicazione, appunto generale, nel senso che essa si poteva usare in qualunque ambito dell'ordinamento giuridico, in ogni caso in cui non si avesse a disposizione un'eccezione tipica adeguata alla situazione.

Nella prima parte del brano in esame, Ulpiano rappresenta il classico caso di raggiro negoziale, dal quale l'ingannato può difendersi opponendo l'*exceptio doli* (*praeteriti*) alla richiesta di chi pretenda l'adempimento del negozio viziato; passa poi a precisare che lo stesso strumento si può utilizzare anche *si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet*, quando cioè la concreta situazione di fatto contenga in sé intrinsecamente gli estremi del fatto dolo.

Un caso di questo genere si ha qualora il contratto sul quale si basa la pretesa attorea, benché non viziato da inganno, presenti dei difetti tali per cui il debitore che pagasse potrebbe poi chiedere la restituzione di quanto versato.

Si può immaginare una promessa effettuata *sine causa*, a garanzia della quale il debitore aveva dato un fideiussore; qualora il debitore principale avesse imposto al garante di non sollevare eccezioni all'escussione, ma di pagare e di ripetere da lui stesso quanto sborsato, utilizzando l'*actio mandati contraria*, Giuliano stabilisce che, malgrado l'espressa volontà del debitore, al fideiussore si deve comunque concedere l'eccezione di dolo generale, perché è diverso pagare e chiedere poi la restituzione, piuttosto che trattenere direttamente la somma richiesta[19].

È certamente più economico evitare un trasferimento patrimoniale che, risultando poi ingiustificato, dovrebbe venire rimosso, con tutte le conseguenze negative di ordine pratico che ne possono conseguire.

In una simile ipotesi, anche se nella maggior parte dei casi è ben difficile

---

romanistica, a cura di Luigi Garofalo, Padova 2006 e, più di recente F. Longchamps, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Milano 2015, p. 127 ss.

[19] D. 46.1.15pr. (Iul. 51 *dig.*): *Si stipulatus esses a me sine causa et fideiussorem dedissem et nollem eum exceptione uti, sed potius solvere, ut mecum mandati iudicio ageret, fideiussori etiam invito me exceptio dari debet: interest enim eius pecuniam retinere potius quam solutam stipulatori reo repetere*.

ipotizzare uno stato soggettivo di buona fede del creditore, quest'ultimo potrebbe anche non essere consapevole del fatto che la richiesta di pagamento è abusiva, perché il descritto dolo presente dipende solo da una verifica oggettiva delle circostanze di fatto, è appunto un *dolus* contenuto nella *ipsa res*.

5. *An dolo quid factum sit, ex facto intelligetur*

Non vi sono dubbi che con l'*exceptio doli mali praesentis* o *generalis* il convenuto potesse contrastare ogni forma di abuso che l'attore commettesse per il fatto stesso di agire in giudizio e che molto spesso il dolo contestato fosse *in re ipsa*; tuttavia, pure in tema di *actio de dolo malo* molteplici sono le fattispecie applicative in cui è assente un'espressa intenzione di raggirare[20].

Anche tale azione, infatti, aveva carattere di rimedio generale, era cioè diretta a sanzionare tutte le ipotesi che altrimenti sarebbero rimaste prive di tutela, in modo analogo all'*actio praescriptis verbis* in campo contrattuale e allo stellionato in campo criminale[21]; per questo motivo essa era sussidiaria, cioè utilizzabile solo quando non si avesse a disposizione alcun altro rimedio[22]. L'azione *de dolo* colpiva comportamenti che altrimenti sarebbero sfuggiti «alle reti che l'ordinamento ha apprestato per assicurare l'eliminazione delle ingiustizie. Con l'introduzione dell'*actio de dolo*, l'ordinamento mostra di avere coscienza della propria necessaria imperfezione. ... I comportamenti sanzionati con l'*actio de dolo* non sono di per sé illeciti: è l'editto che la prevede a farne degli illeciti, con l'ultima norma, la norma di chiusura del sistema»[23].

Dopo aver accertato la mancanza di altri rimedi esperibili, il pretore si riservava di negare l'*actio de dolo*, e quindi in pratica ogni tutela giuri-

---

[20] Cfr. tutti i casi riportati nel mio *'Actio de dolo malo' e risarcimento per fatto illecito*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca* II, a cura di L. Garofalo, Padova 2011, p. 580 ss. (ora in *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, p. 69 ss.)

[21] V. D. 47.20.3.1 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus*, sul quale cfr. L. Garofalo, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova 1992, p. 121 ss.

[22] Era necessario prevedere la sussidiarietà, per non andare a invadere i campi già tutelati, perché con questa geniale costruzione di Aquilio Gallo, per la prima volta, si era usciti «dai ristretti termini di una fattispecie individuata tipicamente, per considerare illecito in sé e per sé un atteggiamento generico malizioso»: così B. Albanese, *La sussidiarietà dell' 'actio de dolo'*, in *AUPA* 28, 1961, p. 173, ora in *Scritti giuridici* 1, Palermo 1991, p. 308.

[23] Così C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano* II.1, Torino 2003, p. 30 ss.

dica, qualora ritenesse assente una causa apprezzabile. Evidentemente, il principale presupposto per la concessione dell'*actio de dolo* era appunto la sussistenza di un fatto doloso[24]; tale concetto, però, era molto elastico e si precisava solo in base al contesto di utilizzazione: si rendeva dunque necessaria una preliminare indagine pretoria proprio perché la categoria del dolo all'interno dell'*actio de dolo* (come per l'*exceptio doli* del resto) era una categoria aperta, da accertarsi volta per volta.

Come diceva Paolo, *an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur*[25]: per capire se era stato commesso qualcosa con dolo, occorreva analizzare il fatto stesso.

In questo senso, particolarmente eloquente è un'ipotesi di utilizzo dell'*actio de dolo malo* a sanzione della lesione del credito da parte di un terzo, attestato da

> D. 4.3.18.5 (Paul. 11 *ad ed.*): Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur[26].

Questo è il caso: Tizio doveva a Caio, in base a una *stipulatio*[27], uno schiavo determinato; Sempronio uccide quello schiavo. Tizio, debitore-proprietario dello schiavo, avrebbe contro Sempronio l'azione di legge Aquilia *ex primo capite*, mentre Caio vedrebbe frustrata la propria legittima aspettativa creditoria, in quanto il debitore viene completamente liberato dall'obbligazione per la sopravvenuta impossibilità fortuita della prestazione[28]. La

---

[24] Sul concetto di dolo in generale v. L.J. Ter Beek, *'Dolus'. Een semantischjuridische studie*, Nijmegen 1999, con la recensione di Knütel, in *ZSS* 119, 2002, p. 651.

[25] D. 44.4.1.2 (Ulp. 71 *ad ed.*).

[26] Per un ampio resoconto di tutta la letteratura che si è occupata di questo testo v. K. Slapnikar, *Über die Aktivlegitimation zur 'actio legis Aquiliae' und 'actio de dolo' im Dreipersonenverhältnis*, in *'De iustitia et iure'. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin 1980, p. 233 ss.

[27] A eliminare ogni dubbio relativamente al fatto che l'obbligo sorga da un simile contratto (dubbio accennato da M.F. Cursi, *L'eredità dell''actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, p. 85) basterebbe, a mio parere, l'uso nel testo del verbo *promittere*; ma a ciò si può aggiungere la considerazione per cui il problema si sarebbe posto in modo ben diverso qualora il creditore dovesse a sua volta una controprestazione.

[28] Diverso il caso descritto in D. 9.2.22pr. (Paul. 22 *ad ed.*): *Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium*. Qui il debitore è legittimato ad agire *ex lege Aquilia* contro l'uccisore perché non può essere liberato dell'obbligazione di dare lo schiavo, in quanto esso era stato promesso *sub poena*. Sul testo cfr. R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*, Köln-Wien 1976, p. 248 s.; I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 1994, p. 38 ss.

costruzione giuridica della *perpetuatio obligationis*[29] permette, infatti, di considerare ancora esigibile una prestazione, anche quando questa nella realtà sia diventata materialmente impossibile, soltanto se l'impossibilità sia imputabile al debitore[30]; qualora l'impossibilità dipenda dal fatto di un terzo e non sia ascrivile al debitore in base ad alcun criterio di responsabilità, l'obbligazione è completamente estinta e non viene sostituita da nessun tipo di risarcimento del danno a carico del debitore.

Il creditore che vede estinto il suo diritto non avrebbe alcun mezzo giuridico per far valere le proprie ragioni, né contro il debitore, né contro il terzo; il debitore, invece, in quanto ancora formalmente proprietario dello schiavo, avrebbe a disposizione l'azione di legge Aquilia[31], anche se in realtà non ha risentito alcun danno, perché ha perso uno schiavo che, se non fosse morto, avrebbe comunque dovuto trasferire in proprietà al creditore. Lo schiavo, infatti, era destinato a entrare nel patrimonio del creditore e il debitore è stato completamente liberato del suo obbligo in conseguenza della fortuita impossibilità sopravvenuta.

---

[29] In argomento v., più di recente, C.A. Cannata, *'Quod veteres constituerunt'. Sul significato originario della 'perpetuatio obligationis'*, in *'Iurisprudentia universalis'. Festschrift für Th. Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, p. 85 ss.; A. Torrent, *'Perpetuatio obligationis'. ¿Ficción dogmatica o procesal?*, in *Filía. Scritti per G. Franciosi* IV, Napoli 2007, p. 2685 ss.; G. Albers, *Perpetuatio obligationis*, *Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien-Kõln-Weimar 2019, *passim*.

[30] L'impossibilità sarebbe comunque imputata al debitore qualora si verificasse dopo la mora di quest'ultimo, elemento che si deve ritenere assente nella fattispecie descritta da Paolo (K. Slapincar, *Über die Aktivlegimation* cit., p. 247 ss. ritiene invece che nel caso esposto da Paolo si debba presumere lo stato di mora del debitore); tale assenza viene evidenziata in un testo di Papiniano, riportato nel Digesto subito di seguito a quello in esame, in cui la distruzione del bene dovuto è opera non di un terzo qualunque, bensì del fideiussore: D. 4.3.19 (Pap. 37 *quaest.*): *Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*

[31] L'azione di legge Aquilia era esperibile anche nel caso in cui l'uccisione fosse opera dello stesso creditore, purché la morte fosse avvenuta prima della mora: D. 9.2.54 (Pap. 37 *quaest.*): *Legis Aquiliae debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram promissum animal vulneravit: idem est et si occiderit animal. quod si post moram promissoris qui stipulatus fuerat occidit, debitor quidem liberatur, lege autem Aquilia hoc casu non recte experietur: nam creditor ipse sibi potius quam alii iniuriam fecisse videtur.* Per il caso in cui l'uccisione fosse avvenuta dopo la mora, la soluzione tecnicamente corretta sarebbe stata quella di far rispondere ancora il debitore con l'azione contrattuale e, al contempo, legittimarlo all'*actio legis Aquiliae* contro il creditore; tuttavia, tale soluzione sarebbe palesemente diseconomica, perciò il giurista ritiene opportuno elidere le due azioni, in una sorta di compensazione.

Di fronte a questa contraddittoria e iniqua situazione, la maggior parte dei giuristi (*plerique*) ha proposto di concedere al creditore Caio l'azione di dolo contro il terzo Sempronio e al contempo negare al proprietario-debitore Tizio l'azione di legge Aquilia contro Sempronio[32].

Dal momento che il comportamento del terzo sarebbe stato punibile *ex lege Aquilia* – quindi, com'è noto, perseguibile anche a titolo di colpa – e data l'assenza, in questo e negli altri testi che trattano ipotesi analoghe, di qualunque precisazione al riguardo, ritengo che l'uccisione potesse anche essere dovuta a colpa: «egli agisce dolosamente in un senso più lato e cioè contro la *fides*»[33].

Nella descritta fattispecie è più che evidente come non vi sia alcun raggiro negoziale: il terzo Sempronio incide dall'esterno su di un rapporto obbligatorio già formatosi, del quale probabilmente non conosceva neppure l'esistenza[34]; l'azione di dolo viene utilizzata perché è l'unico rimedio a disposizione per superare la situazione di evidente iniquità che si sarebbe altrimenti venuta a creare. L'insieme delle circostanze di fatto conduce gli interpreti a ritenere che in tale *factum* si possa ravvisare un *dolus.*

6. Il dolo colposo nella civilistica italiana

Nell'ambito della civilistica italiana, Rodolfo Sacco[35] ha sostenuto con forza la tesi del dolo colposo[36], secondo la quale il contratto sarebbe an-

---

[32] Secondo U. von Lübtow, *Untersuchungen zur 'lex Aquilia de damno iniuria dato'*, Berlin 1971, p. 79, nel testo originale Paolo, a differenza dei *plerique*, avrebbe concesso cumulativamente anche l'azione di legge Aquilia.

[33] Così anche A. Wacke, *Sul concetto di 'dolus' nell''actio de dolo'*, in *Iura* 28, 1977, p. 21 (= *Zum 'dolus'-Begriff der 'actio de dolo'*, in *RIDA* 27, 1980, p. 360). In senso contrario cfr. G. Pugliese, *Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal 'paterfamilias' e dal fideiussore*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1965, p. 572, ora in *Scritti giuridici scelti* II, Torino 1985, p. 458: «sebbene l'uccisione ... non rientrasse nella nozione originaria del dolo come *machinatio* per trarre altri in inganno, essa poteva adattarsi al più ampio concetto di dolo, che risulta applicato durante l'epoca classica, nella quale l'*actio de dolo* è accordata per qualunque azione volontaria diretta intenzionalmente a ledere l'interesse altrui»; così, da ultima, anche M.F. Cursi, *L'eredità* cit., p. 84.

[34] In questo senso G. Beseler, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929, p. 130; in senso contrario K. Slapnickar, *Über die Aktivlegimation* cit., p. 239 ss.

[35] R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino 1975, p. 325 ss.; Id., *Il contratto*[3] I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2004, p. 547 (cui si riferiscono le successive citazioni).

[36] «Da un punto di vista logico-giuridico ... il raggiro colposo se ha la capacità di indur-

nullabile in presenza di ogni violazione dell'obbligo di correttezza nelle contrattazioni, sia essa intenzionale o colposa, purché induca in errore la controparte. Si tratterebbe di una figura analoga al dolo eventuale elaborato nel campo del diritto penale, in base al quale risponde per dolo anche chi si limita ad accogliere la potenzialità lesiva del proprio comportamento, pur senza volere direttamente l'evento lesivo: «nulla vieta, in linea di principio, di poter parlare, anche in diritto civile, di dolo eventuale»[37], inteso come oggettiva potenzialità lesiva del contegno.

Si pensi, all'operatore professionale che, senza intenzione di ingannare ma semplicemente per leggerezza o piaggeria, descriva con affermazioni fuorvianti al possibile cliente i redditizi impieghi del bene in trattativa; oppure si può immaginare la trasmissione di informazioni false indirizzate a un terzo, che vengano casualmente acquisite dal futuro contraente, il quale si determini all'acquisto proprio sulla base di esse[38].

Tale teoria è ritenuta ancora 'rivoluzionaria' dalla dottrina[39] e giuri-

---

re la controparte ad un patto che altrimenti non avrebbe concluso integra ugualmente la *ratio* della repressione dei vizi del volere»: A. Gentili, voce "*Dolo*", in *Enc. giur. Treccani* XII, Roma 1989, p. 3. Favorevoli al raggiro colposo sono anche L. Corsaro, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia 1979, p. 145 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile* I.2, *Fatti e atti giuridici*, Torino 1987, p. 684; L. Corsaro, *Raggiro, dolo colposo e annullamento del contratto*, in *Giur. it*. I.1, 1989, p. 10 ss.; A. Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale* II, a cura di E. Gabrielli, Torino 1999, p. 1395; V. Roppo, *Il contratto*, Milano 2001, p. 817 s.; G. Schiavone, *Dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 790 s. Secondo A. Valente, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 166 «la soglia del raggiro ... non è una sola e immutabile, astratta e oggettiva, valida indiscriminatamente per tutte le situazioni contrattuali e nemmeno è quella soggettiva ... . La sua misura va individuata per "categorie di contratti", distinte in base alle modalità delle trattative, alla professione dei contraenti e all'oggetto dello scambio».

[37] Così G. Donativi, *Il dolo tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento*, in *Giur. it.* I.1, 1997, p. 506.

[38] L'ipotesi del raggiro colposo va tenuta distinta sia dal *dolus bonus* – per la configurazione del quale è pur sempre necessaria una volontà di ingannare, per quanto in modo inoffensivo – che dal dolo omissivo, integrato sempre da una reticenza necessariamente intenzionale. A tal proposito E. del Prato, *Le annullabilità del contratto*, in *Trattato del contratto* IV, diretto da V. Roppo, *Rimedi* I, a cura di A. Gentili, Milano 2006, p. 271, evidenzia la difficoltà di far rientrare nel raggiro colposo anche l'ipotesi del dolo omissivo, il quale si caratterizza proprio per l'intenzionalità dell'omissione: «se non si ritenga di circoscrivere la rilevanza del raggiro non intenzionale al solo dolo commissivo – il che non pare possibile in ragione dell'unitarietà del dolo – risulterà ampliata la rilevanza del dolo omissivo».

[39] Così si esprime C. Colombo, *Annullamento per dolo di una compravendita di azioni avvenuta fuori borsa*, in *Corriere giur.*, 1992, p. 310, nota a Cass. 29 agosto 1991, n. 9227; nel-

sprudenza[40] maggioritarie, per le quali il dolo colposo sarebbe irrilevante ai fini della validità del contratto, perché al concetto di raggiro, così come disciplinato dagli artt. 1439-1440 cod. civ. e come desumibile dalla storia dell'istituto, sarebbe connaturato l'elemento dell'intenzionalità[41]. Secondo il filone interpretativo maggioritario, il dolo colposo potrebbe aver rilevanza soltanto quale elemento costitutivo di un fatto illecito sanzionato con il risarcimento del danno ex artt. 2043 cod. civ. o 1337 cod. civ.

Così, ad esempio, nel caso del dolo del terzo, considerato solo un illecito extracontrattuale consistente nella lesione dell'altrui libertà negoziale, non si dubita del fatto che il terzo sarà tenuto al risarcimento dei danni anche nel caso in cui l'induzione in errore da lui effettuata fosse colposa.

Qualche autore farebbe rientrare dalla finestra la possibilità di invalidare comunque il contratto per il tramite del risarcimento in forma specifica, osservando che «ai fini dello scioglimento del contratto è sufficiente chiedere il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 2058

---

lo stesso senso cfr. A. Trabucchi, voce "*Dolo (diritto civile)*", in *NNDI* VI, Torino 1960, p. 151; C.A. Funaioli, voce "*Dolo (diritto civile)*", in *ED* XIII, Milano 1964, p. 746; C.M. Bianca, *Diritto civile,* III. *Il contratto*, Milano 1984, p. 665; F. Carresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1987, p. 464; L. Gaudino, *Il dolo negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.* II, 1990, p. 366 ss.; M. Franzoni, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di P. Rescigno* III, *Diritto privato*, 2, *Obbligazioni e contratti*, Milano 1998, p. 351 s.; A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*[2], Torino 2000, p. 86. Ambiguo il pensiero di U. Minneci, *Struttura del dolo: contegno del 'decipiens' e consenso del 'deceptus'*, in *Riv. dir. civ*. I, 1999, p. 382, il quale in un primo momento afferma che «l'induzione in errore imputabile a titolo di sola colpa, come nel caso del rilascio per leggerezza di informazioni inesatte, non rientrerà ... nel dolo – con ciò dovendosi escludere la configurabilità del c.d. dolo colposo», ma poco oltre (383) corregge il tiro, ritenendo che per la presenza del dolo si debba richiedere «che (almeno) il contegno dell'autore del raggiro sia sorretto da quello stato soggettivo che i penalisti denominano dolo eventuale, intendendosi con questa espressione la situazione di chi si rappresenta il pericolo (nel nostro caso, l'induzione in errore della controparte) riconnesso alla propria condotta e, ciononostante, si determina ad agire ugualmente, accettandone il rischio. In altri termini, a sostanziare la malizia basterà la consapevolezza della potenzialità decettiva del proprio atteggiarsi».

[40] Cfr. Cass. 23 luglio 1960, n. 2119, in *Mass. Foro it.*, 1960, p. 466; Cass. 10 luglio 1972, n. 2311, in *Rep. Foro it.*, 1972, p. 691, *Contratto in genere* n. 325; Cass. 4 luglio 1981, n. 4383, in *Giust. civ.* I, 1981, p. 2515 ss.

[41] Secondo R. Cavallo Borgia, *Della simulazione. Della nullità del contratto. Della annullabilità del contratto. Artt. 1414-1446*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* IV, *Delle obbligazioni* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1998, p. 447 una ricostruzione storica e sistematica dell'istituto «conduce linearmente a ricusare l'affermazione che la figura del raggiro colposo possa costituire dolo».

cod. civ., con conseguente ripristino dello *status quo ante* e caducazione del contratto»[42].

Rodolfo Sacco giustifica la tesi del raggiro colposo con vari argomenti: egli osserva innanzitutto che il legislatore negli articoli 1439-1440 cod. civ. non definisce il raggiro e non chiede espressamente l'intenzionalità tra i suoi requisiti: «la lettera e il sistema lasciano libero l'interprete di ricostruire il raggiro inserendovi o espellendone i requisiti della colpevolezza e della intenzionalità»[43].

Sacco nota, inoltre, che il raggiro è di per sé un atto illecito[44], sanzionato secondo la disciplina dell'articolo 2043 cod. civ., la quale, notoriamente, persegue ogni fatto doloso o colposo. All'obiezione per cui la colpa può essere considerata sufficiente a scatenare il rimedio del risarcimento, ma non quello dell'annullamento, l'autore replica facendo leva sull'art. 1892 cod. civ., il quale, considerando rilevanti per l'annullamento del contratto di assicurazione inesattezze e reticenze dell'assicurato anche quando dipendano da colpa (grave), proverebbe che «legare l'annullamento a un inganno solo colposo non ripugna al sistema»[45].

Per di più, accogliendo la tesi opposta, ancora maggioritaria, si finirebbe per ritenere che il legislatore appresti maggior tutela per il contraente in colpa rispetto alla vittima senza colpa: «perché mai il legislatore, nel conflitto fra l'autore del raggiro colposo e la vittima incolpevole, prediligerebbe il soggetto in colpa?»[46].

---

[42] Così P. Gallo, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale* I, a cura di E. Gabrielli, Torino 2006, p. 516. R. Sacco, *Il contratto* cit., p. 573, osserva che l'art. 2058 c.c. potrebbe trovare applicazione anche in caso di dolo incidentale, portando alla rettifica del contratto. In senso contrario V. Roppo, *Il contratto* cit., p. 812, secondo il quale: «sui rapporti tra i due rimedi getta confusione chi osserva che l'annullamento può considerarsi risarcimento in forma specifica del danno causato dal dolo. I rimedi vanno tenuti distinti, perché operano su presupposti diversi. L'annullamento consegue al dolo come vizio del consenso, se ne sussistono i requisiti di rilevanza; la sua ulteriore natura di illecito civile fa scattare il risarcimento e solo questo».

[43] R. Sacco, *Il contratto* cit., p. 549.

[44] Il raggiro è una fattispecie unitaria di illecito, la cui configurazione non si può differenziare a seconda dello strumento processuale con il quale si chiede di sanzionarlo: sia che venga colpito col risarcimento del danno, sia che venga prevista l'annullabilità del contratto, la fattispecie non cambia; ciò che muta è la reazione dell'ordinamento, in conseguenza della diversità dei casi.

[45] Così V. Roppo, *Il contratto* cit., p. 818; la controreplica consiste nel considerare eccezionale la descritta normativa: cfr. F. Carresi, *Il contratto* cit., p. 469.

[46] Così R. Sacco, *Il contratto* cit., p. 551. In senso analogo L. Corsaro, *Raggiro* cit., p. 35: «si sarebbe tentati di dedurre che è lecito profittare degli errori altrui ... purché non si

Infine, le ragioni storiche avanzate dalla dottrina maggioritaria per sostenere l'opinione contraria, secondo l'autore torinese, non sarebbero oggi più valide: «il fondamento della interpretazione corrente risiede nella storia dell'istituto, in quanto il raggiro era concepito come un fatto intenzionale dagli antichi Romani e dalla tradizione comune»[47].

In realtà, tali ragioni storiche non esistono affatto, per lo meno se si ha riferimento al diritto romano[48].

Come abbiamo visto, per i giuristi dell'epoca classica il concetto di dolo era qualcosa di più sfuggente e complesso del semplice raggiro negoziale e i rimedi conosciuti dai giuristi romani avevano un campo di applicazione molto più vasto, giungendo a colpire qualunque comportamento disonesto; sotto la categoria del *dolus* i giuristi classici non intendevano «unicamente il comportamento intenzionalmente diretto a non adempiere o a rendere impossibile l'adempimento dell'obbligazione, bensì anche la consapevole mancata adibizione della diligenza richiesta nel caso concreto»[49] e il *iudicium de dolo malo* era considerato un *everriculum malitiarum omnium*[50], uno strumento generale, una ramazza apprestata per spazzare via le scorrettezze da qualunque ambito giuridico.

---

realizzi puntualmente una delle fattispecie previste dalla legge in materia di annullamento per dolo».

[47] R. Sacco, *Il contratto* cit., p. 550. Per ulteriori considerazioni sulla questione cfr. P. Lambrini, *Dolo colposo: una figura della scienza giuridica romana*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità. Seminario sul diritto italiano e tedesco. Venezia 16-18 maggio 2007*, a cura di Garofalo, Napoli 2011, p. 60 ss. (anche nel mio *Dolo generale* cit., p. 117 ss.).

[48] Per i successivi svolgimenti cfr. G. Renard, *L'idée d'annulabilité chez les interpretes du droit romain au moyen âge*, in *NRHD* 17, 1903, p. 214 ss.; P. Zani, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1927, p. 493 ss.; M. Perrin, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, Paris 1931, p. 22 ss.; G. Fransen, *Le dol dans la conclusion des actes juridique: évolution des doctrines et système du code canonique*, Gembloux 1946; M. Bellomo, voce "*Dolo (dir. interm.)*", in *ED* XIII, Milano 1964, p. 726 ss.; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* I, Milano 1973, p. 11 ss.; M.F. Cursi, *L'eredità* cit., p. 133 ss.

[49] Così M. Talamanca, "*Colpa civile (diritto romano)*", in *ED* VII, 1960, p. 517.

[50] Cic. *nat. deor.* 3.30.74: *... Inde illa actio «ope consilioque tuo furtum aio factum esse»; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.*

CARLO PELLOSO*

LA 'LATITUDINE' DELLA CULPA E L'UTILITAS CONTRAHENTIUM. *BREVI NOTE SU PENSIERO CLASSICO E REGOLE POST-CLASSICHE*

SOMMARIO: 1. Dalla Compilazione 'à rebours' – 2. Dolo e colpa in Ulp. 29 *ad. Sab*. D. 50.17.23 – 3. Responsabilità soggettiva e *utilitas contrahentium* in Ulp. 28 *ad. ed.* D. 13.6.5.2-5 – 4. Comodato e deposito: *differentiae* tra tipi e *differentiae* nel tipo in Coll. 10.2.1-3 – 5. L'estensione orizzontale della *culpa*: dalla *custodia* alla *culpa in custodiendo* – 6. L'estensione orizzontale della *culpa*: dal *dolus* alla *culpa lata* – 7. L'estensione verticale della *culpa*: la *diligentia quam in suis* da causa di esclusione del *dolus* a fondamento di responsabilità colposa

1. Dalla Compilazione 'à rebours'

Da tre squarci che dovrebbero e potrebbero fotografare, al netto delle mende di età post-classica, il diritto della prima metà del III secolo d.C. – in quanto escerpiti da *iura* attribuiti a due illustri esponenti dell'età dei Severi – intendo iniziare a muovere queste mie brevi note. Il tema è tra quelli che, quanto altri mai, hanno sempre suscitato in letteratura vive e sottili discussioni nonché, con esse, permesso il fiorire di elaborazioni ricostruttive tra loro assai diverse e complesse: si tratta della responsabilità contrattuale[1] e

* Università degli Studi di Verona.

[1] In generale, vd. G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, 1, *La responsabilità per custodia*, Milano 1938; ID., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR* 63, 1960, p. 47 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1935 (rist. 1958); E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento contrattuale dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958; G. MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in *Mélanges F. De Visscher* 2, Paris 1949, p. 177 ss.; ID., *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, in *Iura* 6, 1956, p. 124 ss.; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* 1, Milano 1966; ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 143 ss.;

del relativo giudizio di imputazione da considerarsi non come fisso regime imposto dall'alto e per volontà di un legislatore sovrano nelle sue svariate declinazioni applicative, ma come il frutto maturo di un approccio fisiologicamente casistico e allo stesso tempo intriso di una logica ferrea e capace di trarre dai connotati presenti in concreto nei singoli tipi nonché dalla stratificazione storica di soluzioni uniformemente ispirate regole fluidamente operative (come, prima di tutte, quella 'generale' dell'*utilitas contrahentium*)[2].

Id., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano [materiali per un corso di diritto romano]*, Catania 1996; A. Metro, *L'obbligazione di custodire nel Diritto Romano*, Milano 1966; M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* 1, Milano 1988, p. 108 ss.; P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, p. 29 ss.; F.M. DE Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1994; R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995; L. Manna, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 11-12 maggio 1995*, Milano 1998, p. 441 ss.; M.R. Cimma, *La responsabilità nel diritto privato romano,* in *Diritto@Storia* 1, 2002; H. Ankum, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo*, in F. Milazzo (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 3-7 giugno 2000*, Napoli 2004, p. 141 ss.

[2] Da ultimo, cfr. G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*[2], Bologna 2018, p. 79 s. In tema, v. B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassiken römischen Recht*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke* II, Berlin 1910, p. 235 ss.; Id., *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in *ZSS* 38, 1917, p. 73 ss.; G. Segrè, *'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930, p. 523 nt. 77; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 54; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 73, 107 ss.; J.H. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p. 325 ss., 333, 339, 348 ss.; F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., p. 297 nt. 13; R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare'* cit., p. 505 ss.; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 153 ss., 181; L. Manna, *Spunti* cit., p. 455 ss.; M. Navarra, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, p. 133 ss., 160, ntt. 337 s.; Ead., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, 50, 2004, p. 84 ss.; Ead., *'Utilitas contrahentium' e sinallagma*, in L. Garofalo (in a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* II, Padova 2007, p. 225 ss.; H. Ankum, *La responsabilità contrattuale* cit., p. 141 ss.; G. Santucci, *'Utilitas contrahentium'. Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 3, Napoli 2008, p. 283 ss.; L. Garofalo, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP* 5, 2012, p. 67 ss.; C. Pelloso, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale*, in *Sem. Compl.* 24, 2016, p. 266, 270 ss. Contro la classicità della regola, v. A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jarhrhundert der Kai-*

Il primo frammento, collocato nel titolo del Digesto rubricato dai compilatori *de diversis regulis iuris antiqui*, è un passo – tanto celebre e studiato, quanto tormentato e problematico – che Ulpiano, nella sua opera di commento a Sabino, scriveva come digressione di carattere generale (contenuta nel libro ventinovesimo in una parte dedicata alla compra-vendita, e per l'esattezza concernente la *custodia a venditore praestanda*)[3], sintetizzando icasticamente i criteri di imputazione dell'inadempimento, prima valutati di per sé (ossia quali elementi naturali del rapporto), poi considerati come espressione – nei limiti del consentito dal diritto – dell'autonomia privata. Un frammento, D. 50.17.23, che nell'ideale della compilazione giustinianea, pur senza tradire le radici classiche del pensiero in esso infuso, doveva orientare gli operatori del diritto, ergendosi a stella polare nella materia – tutt'altro che monoliticamente cristallizzata in senso unitario nel sistema del VI secolo d.C. – della responsabilità derivante da atto lecito[4].

Il secondo, la cui paternità è sempre ulpianea (ancorché il contesto sia quello dell'editto pretorio), si presenta come l'esordio di una sequenza di brani riproducenti l'ampio commento che il giurista metteva a punto con riguardo al giudizio civile di buona fede da comodato[5], senza per ciò solo disdegnare aperture digressive alla trattazione della originaria *formula in factum* e senza perdere l'occasione – offerta con facilità dalla materia – di innestare lungo il tracciato principale un *excursus*, se non necessario comunque utile, sui giudizi di buona fede intesi complessivamente nonché sulle variabili intensità e sul diverso atteggiarsi del regime di responsabilità[6].

---

serzeit 2.2.1, Halle, 1900 (Aalen, 1963), p. 149 s.; J. Kunkel, *'Diligentia'*, in *ZSS* 45, 1925, p. 312 s.; F. Wieacker, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in *ZSS* 54, 1934, p. 57 ss., e Id., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 218 s.; D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS* 73, 1956, p. 97 s.

[3] O. Lenel, *'Palingenesia iuris civilis'* 2, Lipsiae 1889, p. 1124.

[4] D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

[5] O. Lenel, *Palingenesia* 2 cit., p. 802.

[6] D. 13.6.5.2-5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione,*

Il terzo, conservato grazie alla *Collatio legum*, è un brano scritto da un giurista che non poteva non conoscere e non poteva trascurare la dottrina di Ulpiano: Modestino – questo l'autore del frammento che guiderà, da ultimo, la nostra analisi – era infatti del giurista di Tiro un allievo e, nel secondo libro delle sue *differentiae*, doveva esaminare *sub specie* dei rispettivi *iudicia* il contratto del comodato in raffronto a quello del deposito, per poi allargare – in perfetta sintonia con l'argomentare peculiarmente poliptotico del maestro – l'orizzonte contemplativo e procedere a valorizzare i punti di divergenza oltre che di contatto anche tra ulteriori giudizi di buona fede[7].

Alla luce di queste testimonianze, e sempre dalla specola della *regula* dell'*utilitas contrahentium*, il saggio proseguirà – nel tentativo di illustrare, seppur superficialmente, la dialettica tra mondo classico e post-classico del diritto – con l'analisi del fenomeno del trapasso dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità soggettiva per colpa (§ 5); poi, con la perimetrazione, mutevole nel tempo, del concetto di dolo in relazione alla figura della cd. *culpa lata* o *magna neglegentia* che dir si voglia (§ 6); nonché, da ultimo, con l'illustrazione dell'ipotesi di riconversione della *diligentia quam in suis* in una *species*, cangiante e versatile, della *culpa* fondativa della responsabilità (§ 7).

---

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. 3. *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.* 4. *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.* 5. *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.*

[7] Coll. 10.2.1-3 (Mod. *diff.* 2 *sub tit. de dep. et comm.*): *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.* 2. *Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.* 3. *In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.*

Da queste sommarie indicazioni spero che il titolo scelto per questo mio breve contributo assuma maggior consistenza: è su ciò che si focalizzeranno le prossime pagine, ossia il tragitto che è stato percorso dalla figura della *culpa*, a partire dall'angustia in cui essa – schiacciata tra *dolus* e *custodia* – versava nell'età classica, per poi approdare a quella *latitudo* polimorfica, sfaccettata e complessa che, in età post-classica, la faceva assurgere a criterio soggettivo di imputazione dell'inadempimento per antonomasia, perno, motore, e modulo correttivo del sistema di responsabilità.

2. Dolo e colpa in Ulp. 29 *ad. Sab.* D. 50.17.23

Partiamo, dunque, da quel passo di Ulpiano che fu addirittura definito come 'legge solenne e più di ogni altra celebrata'[8]. Il referente primo dell'analisi condotta dal giurista è quella dei *contractus*: non nell'accezione labeoniana di obbligazioni sinallagmatiche[9], non in quella degli *Aurea* quali atti leciti almeno bilaterali[10], bensì in quella ampia e generica di semplici atti leciti produttivi di *obligatio*, quale si rinviene nelle Istituzioni di Gaio[11], che non poco stona con il vezzo analitico che condurrà a smembrare le obbligazioni da atto illecito in 'da delitto' e 'quasi da delitto', nonché quelle da atto lecito in 'da contratto' e 'quasi da contratto'[12]. Di qui si bipartisce la materia e si eleva il diverso grado di imputazione a criterio discretivo: da un lato vi sono inadempimenti che si imputano al debitore solo per dolo, dall'altro vi sono inadempimenti di cui si risponde non solo per dolo ma anche per colpa. Tra i primi si annovera il caso del depositario e – con aggiunta probabilmente spuria – quello del precarista; tra i secondi si ricordano il mandato, il comodato, la vendita, il pegno – anche qui, forse, inserzione post-classica –, la locazione, oltre alla dazione di dote, alla tutela e alla gestione di affari altrui, per i quali si chiosa richiamando, a mo' di glossa, anche la diligenza (presentata come un criterio a sé stante, ossia isolato e separato dalla predetta colpa). Solo dopo tale enumerazione di fonti dell'obbligazione

[8] *Sollemnis et celebratissima lex* definiva il passo il Gotofredo, come rammenta C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 47 e 99 nt. 1. Cfr., per una esegesi monografica, S. Tafaro, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale* 1, Bari 1984, p. 21 ss.

[9] D. 50.16.19.

[10] D. 44.7.1pr.

[11] Gai 3.89.

[12] I. 3.13.2.

qualificabili come *ex fide bona*[13], si prosegue con il riferimento – sempre all'insegna dell'imputazione al contempo per dolo e per colpa – alla società e alla comunione.

Si tratta di un approccio alla responsabilità quanto mai singolare. Anzitutto il regime è impostato su una netta bipartizione di indole soggettiva: non un solo cenno ad ipotesi di responsabilità oggettiva viene abbozzato. Senza procedere a ulteriori diramazioni in *species a genere*, infatti, le sole modulazioni evocate nel passo sono le due fondamentali forme di colpevolezza del dolo e della colpa (ferma la postilla, quasi superflua nella sua pedanteria, che nel caso di responsabilità – più gravosa per il debitore – per colpa, è anche a titolo di dolo – caso di colpevolezza più grave corrispondente a un criterio di imputazione meno severo per il debitore – che viene ascritto l'inadempimento). Da un lato – si precisa – il depositario risponde solo se volontà fraudolenta e insidiosa, insieme a consapevolezza, ha accompagnato il difetto di esatta esecuzione della prestazione dovuta a danno del depositario[14]; dall'altro – ad esempio – v'è chi come mandatario, venditore, comodatario, e socio risponde non solo se è in dolo, ma anche se omette di attivarsi e di porre in essere ciò di cui la prestazione abbisogna per un'esatta esecuzione (sforzo, sollecitudine, cura, attenzione) ovvero se commette, nell'adempimento, sciatterie, imprudenze, ingenuità, indolenze che producono, impattando negativamente sulla satisfazione dell'interesse creditorio, nocumenti risarcibili.

La bipolarità dolo-colpa sembra, insomma, esaustiva, totalizzante e sufficiente nel passo in parola. Nessun cenno, del resto, si rinviene al problema dell'ampiezza del dolo come figura ricomprensiva o meno della *culpa lata* e comunque ampiamente parificata nella Compilazione al difetto di una diligenza minima e naturale degli uomini; nessuna frammentazione della

---

[13] Cfr., sul catalogo dei giudizi di buona fede, I. 4.6.28; Gai 4.62.

[14] Non paiono armonizzarsi al contesto post-classico (che estende la colpa e comprime il dolo con la sua elasticità), le osservazioni – persuasive per l'epoca dei primi tre secoli dell'impero – in tema di 'dolo colposo' di P. Lambrini, *Dolo colposo: una figura della scienza giuridica romana*, in L. Garofalo (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità. Seminario sul diritto italiano e tedesco. Venezia 16-18 maggio 2007*, Napoli 2011, p. 60 ss.; Ead., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, p. 117 ss. Sulla fluidità dei confini semantici di *dolus* e sulla necessità avvertita dai giuristi di orientarsi con 'pericolose' definizioni, come emerge da Cic. *off.* 3.14.60 e D. 4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*), cfr. A. Carcaterra, *'Dolus bonus'/'dolus malus'. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli 1970; G. MacCormack, '*Aliud simulatum, aliud actum*', in *ZSS* 104, 1987, p. 639 ss.; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* 1, Milano 1973, p. 142.

colpa e della diligenza in sub-articolazioni astratte (*culpa lata*, *culpa*, *culpa in custodiendo*) o in opposizioni tra astratto e concreto (*diligentia diligentis* e *diligentia exactissima* contro *diligentia quam in suis*). Nessun richiamo – se non attraverso la menzione dei *servi qui custodiri non solent* tra i casi di esenzione dalla responsabilità – al *praestare custodiam* e, quindi, all'attribuzione oggettiva, sul piano del fondamento, delle conseguenze negative dell'inadempimento[15] anche per quei casi che, invece, un giurista di età classica, se non addirittura anche uno di età repubblicana, non avrebbe mai ricondotto al criterio soggettivo della colpa, come – nella generalità dei casi – per il comodatario[16].

Ma v'è di più. Non solo il passo di Ulpiano si presenta come stravagante – rispetto al sistema della Compilazione – in quanto adotta una concezione di *contractus* tutt'altro che in linea con le Istituzioni imperiali, o in quanto circoscrive alle figure di buona fede un discorso che all'epoca si estendeva anche alle obbligazioni di stretto diritto[17], o in quanto non si ferma a puntualizzare, con riguardo al depositario, l'usitata equiparazione tra dolo e colpa grave; v'è, infatti, che l'*excursus*, nella sua versione finale, ben si distanzia parimenti dal mondo dei giuristi classici non già solo perché non ricomprende – almeno per il comodatario – la *custodia* tra i criteri di imputazione, ma perché non indugia neppure incidentalmente o allusivamente sulla *regula*, altrove ora sottesa ora esplicitata, che modula la responsabilità in ragione dell'*utilitas* che i *contrahentes* traggono dal negozio.

Insomma, alcuni dei silenzi imposti ad Ulpiano non passano inosservati: *custodia*, *culpa lata* e *utilitas contrahentium* sono i tre grandi assenti (certo soltanto sul piano formale) di questo celeberrimo passo che semplifica ed esemplifica, ora tradendo impostazioni ai problemi della responsabilità proprie ancora dell'età dei Severi (ritenute innocue, se non trascurate nella rielaborazione post-classica o giustinianea), ora dando mostra dell'immersione delle figure classiche negli approdi di riscrittura del VI secolo d.C.

---

[15] Cfr. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 68 ss.; Id., *Ricerche sulla responsabilità* cit., p. 23 ss., 39 ss., 62 ss., 119 ss.

[16] Cfr., *ex plurimis*, Gai 3.206; D. 13.6.5.7-9, D. 13.6.5.13, D. 13.6.5.15, nonché, seppur interpolato, D. 13.6.5.3 (cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 98; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 103 nt. 56); *contra*, da ultimi, B. Berndt, *Das 'commodatum'. Ein Rechtsinstitut im Wandel der Anschauungen – dargestellt anhand ausgewählter Einzelprobleme*, Frankfurt a.M. 2005, p. 139; A. Milazzo, *Il contratto di comodato. Modelli romani e discipline moderne*, Torino 2018, p. 235 ss., 305 ss.

[17] F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., p. 40 ss.

È il trionfo della imputazione per colpa e il tracollo della responsabilità oggettiva interamente fagocitata dal modello aristotelico, stoico, nonché ecclesiastico dell'ἀνὴρ σπουδαῖος[18]. È l'esaltazione della poliedrica e paradigmatica ἐπιμέλεια (e dei suoi opposti, ossia ἀμέλεια e ῥαθυμία), che estende, nel procedere di un'onda erosiva, la propria sfera di operatività a scapito di dolo e di custodia[19]. È la consacrazione di un regime che non necessita più della logicità delle singole soluzioni ottenute applicando un metodo di bilanciamento capace di valorizzare i giochi di sacrificio e beneficio interni al rapporto obbligatorio per stabilire l'ampiezza e il grado della responsabilità, ma che stilizza e fissa dall'alto i regimi applicabili in discipline positive in cui sussumere i singoli casi.

Se così è, allora, l'ascrizione dell'inadempimento al depositario solo a titolo di dolo, se originariamente forse significava adesione a una concezione nient'affatto restrittiva di tale stato soggettivo all'atteggiamento volontario e consapevole, ma tanto ampia da poter ricomprendere – nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* – ogni ipotesi di tradimento dell'affidamento generato nella controparte (al di là dunque della pravità dell'intento del contraente infedele), nel contesto moraleggiante, completomane e analiticamente compulsivo del mondo bizantino che comprime, con la nettezza della sottile categorizzazione, il *dolus* in una odiosa malizia, il mancato riferimento alla – analogamente intollerabile – grave negligenza è solo un 'non detto' o un 'implicito *in re ipsa*' giustificabile, nella versione ultima di D. 50.17.23., dalla superfluità dell'esplicitazione di un dato di conoscenza divenuto orami oggetto di dominio comune.

3. Responsabilità soggettiva e *utilitas contrahentium* in Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2-5

La propensione dei *prudentes* di età classica a ragionare in termini di *utilitas contrahentium* (senza che ciò significhi esplicare verbalmente e formalmente l'adesione a questo modo duttile ed equo di risolvere i singoli casi di specie) si fa più manifesto, nonostante i ritocchi del testo ritenuti neces-

[18] J. Kunkel, *'Diligentia'* cit., p. 341 ss.

[19] L'assetto 'oggettivo' classico non viene rispecchiato dallo stato proprio del diritto giustinianeo: cfr. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 73 ss., 178 ss.; Id., *La responsabilità contrattuale* cit., p. 86 ss., 142 ss.; ancora imprescindibile è l'ampia trattazione di V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 67 ss.

sari nell'epoca successiva, nel secondo estratto qui in considerazione[20]: la sequenza consacrata in D. 13.6.5.2-5 attesta in modo inequivocabile quanto doveva essere implicato – se non espresso e poi tagliato – da Ulpiano stesso nella parte, appena sopra esaminata, del libro ventinovesimo del suo commentario ai libri di Sabino.

Che l'interesse del giurista severiano sia l'azione di comodato concepita in termini di diritto civile e di buona fede, ma che questo non lo freni dal divagare in argomenti liminali o in più ampie aree di studio che ricomprendono l'oggetto specifico del suo focus è indubbio. La citazione – in adesione – di Quinto Mucio, ossia di un giurista che era vissuto in un'epoca in cui si poteva ragionare solo in termini di azione *in factum* e non di quella *in ius* è indice cristallino dell'apertura di Ulpiano anche al piano del *ius praetorium*. L'iniziale tripartizione problematica e dubitativa della ascrivibilità al comodatario dell'inadempimento a titolo di *dolus* oppure di *culpa* contro una possibile rilevanza addirittura di *omne periculum* e poi, nel § 5, il richiamo – improvviso e poco armonico rispetto al discorso precedente – alla *custodia* (qui qualificata come *diligens*), immediatamente ripreso nel § 6[21] e, più avanti, nel § 9[22] di D. 13.6.5, sottende una forma di pensiero sintetizzata e rimodulata secondo linee che non dovevano essere proprie della giurisprudenza del III secolo d.C. Ulpiano si era chiesto – retoricamente (*utrum videndum est…*) – se il comodatario fosse chiamato a rispondere (soggettivamente) di dolo o di colpa o se gli era addossabile (e perché) il *periculum* della *custodia*[23], e quando gli fossero attribuibili anche eventi di regola non ricompresi nella *custodia*, ossia 'ogni rischio per il quale non fosse tenuto al risarcimento del danno' (come quelli menzionati paradigmaticamente,

[20] Cfr., ampiamente, C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 156 ss.

[21] D. 13.6.5.6 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare*.

[22] D. 13.6.5.9 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.*

[23] Cfr., sulla frequenza nelle fonti dell'uso del segno *periculum* (talora specificato in *periculum custodiae*) per indicare non tanto il problema del rischio in senso 'tecnico', quanto una forma di responsabilità senza colpa, C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 82.

oltre che nel § 4, nel §7 di D. 13.6.5 quali manifestazioni della *vis maior*)[24]. Ritorna, dunque, il binomio soggettivo di imputazione dell'inadempimento '*dolus-culpa*' integrato dal problema del rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione; la *custodia*, come segno linguistico e come criterio oggettivo, viene prima nascosta nelle fauci fameliche di una *culpa* sempre più ampia, poi con inelegante 'nonchalance' viene fatta riapparire, per un breve e inopportuno momento, nelle vesti trasformate di una condotta genericamente qualificata come connotata da diligenza.

È dalla impostazione della questione particolare sull'*actio directa* esperibile contro il comodatario che, ispirate dalla *utilitas contrahentium*, prendono il via le divagazioni ulpianee prima sul fondamento della responsabilità contrattuale in generale, in seguito sulle cause di esenzione della responsabilità invocabili dal comodatario e, infine, sulle ipotesi dubbie o problematiche o, comunque, di deviazione dalla regola-base. Qui, il giurista non si esime da precisazioni puntuali sulla diversificazione dei criteri di imputazione. Il depositario – a differenza del comodatario, come è uso evidenziare – non può che rispondere per solo dolo, in quanto sono unicamente del deponente i benefici dell'operazione negoziale, salvo che un diverso accordo non sia intercorso tra le parti: se è previsto il pagamento di una mercede, infatti, il contratto di *depositum* transita in altro nome di contratto, ossia in quello di *locatio conductio operis*[25], e di conseguenza – a fronte di vantaggi e svantaggi, come è per la compravendita, la dote, il pegno e la società (in una lista paradigmatica in cui non si menziona, come altrove, il mandato) – è anche di *culpa* che il conduttore-depositario risponde, criterio quest'ultimo che, pure in ipotesi di gratuità, le parti possono comunque fissare convenzionalmente per aggravare la posizione del depositario. Ciò precisato, Ulpiano lascia il comodato da ul-

[24] D. 13.6.5.7 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.*

[25] Cfr. D. 4.9.3.1 (Ulp. 14 *ad ed.*): *… et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*; D. 19.2.40 (Gai. 5 *ad ed. prov.*): *qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.*

timo (come paradigma di chiusura della fluidità del regime di responsabilità contrattuale, come ancor meglio emergerà dal § 10): se il detentore di cosa altrui e nell'interesse altrui è di default responsabile solo per inadempimento volontario e consapevole; se nei contratti onerosi è al criterio mediano della colpa che l'obbligo risarcitorio è subordinato; allora, chi detiene una cosa altrui nel proprio esclusivo o preminente interesse – si conclude richiamando l'autorità di un giurista repubblicano del calibro di Quinto Mucio – non può rispondere che per *culpa* e per *diligentia*. L'esito del ragionamento – per quanto si voglia salvare la forma del § 3 – rimane zoppicante, poco consequenziale e storicamente ingiustificato: in primo luogo, Gaio pochi decenni prima non esitava a qualificare come oggettiva la responsabilità del comodatario proprio in ragione del suo esclusivo *commodum*[26] nonché, al contempo, a presentare il suo interesse a restituire la cosa altrui *salva* (sì da evitare la condanna, una volta convenuto con azione contrattuale diretta dal comodante) quale ragione della legittimazione attiva all'*actio furti* (non a caso esclusa per il depositario che custodisce ma non risponde per *custodia*)[27]. Inoltre, in età repubblicana, l'*actio commodati in factum* non poteva che subordinare la condanna alla mancata restituzione della *res commodo data* (fattispecie contemplata nell'*intentio* senz'altro)[28], sicché la configurazione muciana della responsabilità in

[26] Gai 3.206.

[27] Cfr. Gai 3.203, 205, 207. V., inoltre, D. 47.2.12pr., nonché D. 13.6.5.8, 15; D. 47.2.14.16; D. 47.2.91[90]pr.; I. 4.1.16; da considerare altresì D. 47.2.14pr. (in ambito di compravendita) e D. 47.2.14.10 (in ambito di comodato al *filius familias*) e in contrasto con D. 47.2.52.9 (in tema di *filius* o *servus conductor operis*), nonché D. 47.2.14.3 (sulla legittimazione all'*actio furti* negata al depositario).

[28] Sulla maggior risalenza delle azioni concepite in termini di fatto, v. L. Parenti, *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di 'furtum usus': D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr.*, in *TSDP* 7, 2014, ntt. 54 ss. Per il comodato, la formula pretoria, interpretata letteralmente, era concepita in modo tale da poter sanzionare solo il '*non reddere*' da parte del comodatario; solo una lettura meno rigorosa dei *verba* formulari avrebbe permesso alla giurisprudenza classica di estendere il rimedio anche alle ipotesi di deterioramento e perimento della *res commodo data* (cfr. D. 13.6.3.1; D. 16.3.1.16); la formula diretta *in ius*, invece, risultava idonea, data l'*intentio incerta ex fide bona*, a far valere qualsivoglia pregiudizio il comodante avesse patito, come nel caso di mancata restituzione, di ritardo nell'adempimento, di danneggiamento, di uso non consentito: v., sul punto, F. Pastori, *Il commodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano 1954, p. 140 ss., 340; G. Scherillo, *Comodato (diritto romano)*, in *ED* 7, Milano 1960, p. 987; P. Cerami, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 312; J. Paricio, *'Formulae commodati'*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 6, Napoli 2000, p. 163 ss.

termini di mera soggettività – e non di *periculum custodiae* (fermi i casi di *factum debitoris* escludenti, per *culpa* quale violazione del contratto, l'esonero della responsabilità) – stona con le premesse logiche e con il contesto storico (atteso che i *veteres* talora mettevano sì in dubbio il *praestare custodiam*, ma solo con riguardo a ipotesi particolari di comodato, quali quello di certe tipologie di schiavi[29]). Infine, il sostrato classico riemerge dal testo ulpianeo stesso grazie alla riesumazione della *custodia*, quale forma di responsabilità oggettiva che solo inappropriatamente e incoerentemente poteva essere qualificata in termini di diligenza (come è, invece, nel § 5), prima in connessione – ancorché non incontroversa – con il comodato di schiavi (§6) e, poi, in modo indubbio, con riguardo all'ipotesi di mancata restituzione e del bene principale e degli accessori concessi in prestito gratuito, seppur qui l'impostazione del problema – ma non la soluzione – continua a essere ispirata alla figura della *diligentia* (§9).

Il comodatario – avrebbe scritto un giurista del II secolo d.C. come Gaio – risponde per *custodia* (ed è, *a fortiori*, legittimato all'*actio furti*) perché di regola (*plerumque*) sua sola è l'*utilitas* (a differenza del depositario)[30], mentre è esonerato da responsabilità in casi di *vis maior* (a differenza del mutuatario)[31], purché tali eventi non siano occasionati proprio da violazioni delle *leges contractus* che addossano il *periculum* sulla parte infedele; solo nei casi di interesse esclusivo o ritenuto prevalente del comodante, il regime sarebbe stato improntato a un criterio soggettivo – assai poco severo per il debitore inadempiente – quale quello del *dolus*[32].

---

[29] D. 13.6.5.6, su cui, v., per tutti, E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 136; F. Pastori, *Il commodato* cit., p. 264 s.

[30] Cfr. Gai 3.207: *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino conpetit.*

[31] Cfr. D. 44.7.1.4 (Gai. 2 *aur.*): *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.*

[32] Cfr. E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 75 s., che, sulla scorta di D. 13.6.5.10, Ulp. 28 *ad ed.* (*interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel*

L'approccio contemplativo post-classico fotografa un assetto ben diverso: anche in forza della *ratio* di allocazione ispirata all'*utilitas contrahentium* è la sola *culpa* a fondare l'obbligo risarcitorio del comodatario, debitore tenuto a *praestare diligentem custodiam* o *praestare diligentiam in re commodata*. È ancora una volta la *culpa* – ancorché letta plasticamente nelle sue molteplici declinazioni alla luce 'classica' di onerosità, gratuità e interessi contrattuali – che si impone quale criterio principe e generale di imputazione dell'inadempimento grazie a quell'estensione esplicitamente assorbente la *custodia* e implicitamente corrosiva del *dolus* che la connota nel sistema della Compilazione.

4. Comodato e deposito: *differentiae* tra tipi e *differentiae* nel tipo in Coll. 10.2.1-3

Modestino, come si accennava all'inizio di questo scritto, non poteva non conoscere il pensiero di Ulpiano in tema di responsabilità contrattuale e di criteri di imputazione[33]. Molti spunti del frammento conservato nella *Collatio* segnalano quanto tributaria, almeno negli approdi, sia dell'impostazione del maestro la trattazione dell'allievo. Nel brano di Modestino la contrapposizione tra comodato e deposito a livello di regime di responsabilità – oggetto di attenzione qui dalla specola del processo e non più del diritto sostanziale – si presenta come rinnovo di un *topos* della giurisprudenza classica: i più richiami in tal senso di Gaio, come di Ulpiano, lo confermano pianamente. Nulla di particolarmente inventivo o degno di considerazione si rinviene quando, ancora una volta stilizzata in

---

uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit) rileva come l'*actio commodati directa* sarebbe tesa a sanzionare la responsabilità contrattuale nei soli limiti del dolo «se il comodante avesse dato in prestito alcunché al padre della propria sposa, per rendere e far apparire più elevata la condizione di questa, pensando alla *deductio ad domum* ed al proprio interesse a che essa si svolgesse nel modo più solenne; oppure se il pretore in una qualche città di provincia avesse prestato a degli attori i propri mobili per rendere più decorosa la scena e più apprezzabile la rappresentazione». Parimenti, cfr. D. 13.6.18pr. (Gai. 9 *ad ed. prov.*): *Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*.

[33] Cfr. D. 47.2.52.20. Il dato è ben rilevato, *ex plurimis*, da M. Navarra, *Ricerche sulla 'utilitas'* cit., p. 161.

termini di dualità soggettiva la responsabilità contrattuale (o per solo dolo o anche per colpa a seconda dei casi), si esclude per il depositario l'obbligo di risarcimento in ipotesi di *culpa* (sottintendendosi, qui come in D. 50.17.23 e in D. 13.6.5.3-10, sia l'equiparazione tra dolo e colpa grave, sia l'uso solo in senso stretto del lemma *culpa*, implicitamente da aggettivarsi come *levis* e da ritenersi *in abstracto*) e si giustifica tale regime in nome di una *sola deponentis utilitas* (come anche per l'ipotesi del mandato gratuito nell'interesse del solo mandante).

Ben più problematica, di contro, è la usuale lettura in termini di *culpa* – e non di *custodia* – della responsabilità del comodatario, spiegata in termini talmente assurdi non solo da doversi negare che la paternità dell'enunciato sia da attribuire a Modestino, ma addirittura da far insorgere il dubbio che pure un maestro post-classico, per quanto rozzo e sprovveduto, abbia potuto scendere così in basso[34]: l'*utilitas* nel comodato – si sentenzia perentoriamente – sarebbe di entrambe le parti e proprio per questo il criterio di imputazione è quello della colpa, come quello che si fa valere – come è del tutto ragionevole che sia – con l'*actio rei uxoriae* e con l'*actio fiduciae*[35], oppure – il che invece, proprio a mente della *regula* dell'*utilitas*, non può non ingenerare qualche stupore – come avviene nell'*actio tutelae*.

Se Ulpiano, insomma, ora modulava la responsabilità del comodatario in dolo (per il caso 'eccezionale' di comodato nell'interesse del comodante) e in colpa (per il caso 'regolare' di comodato nell'interesse del solo comodatario), ora esponeva solo la regola generale che correttamente predicava l'esclusione di una responsabilità fondata a titolo di dolo, il brano incluso nella *Collatio* nel suo stato attuale di conservazione adombra ma tradisce il pensiero dei classici a un doppio livello: da un lato, sradica dal testo – come di consueto – ogni riferimento alla responsabilità oggettiva del comodatario, dall'altro, pur conoscendo l'approccio utilitaristico per impostare i problemi di fondamento della responsabilità contrattuale, lo falsifica e lo corrompe, tanto elevando a *genus* una *species* (ossia il *commodatum* con *utilitas utriusque*), quanto disattendendo l'approccio ulpianeo e gaiano alla materia del comodato (ossia la convinzione della prevalenza

[34] Cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 93; P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'* cit., p. 135; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 156.

[35] Sul punto, v. G. Santucci, *La 'diligentia quam in suis' come criterio di responsabilità del fiduciario*, in L. Peppe (a cura di), *'Fides', 'fiducia', 'fidelitas'. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, p. 243 ss.

dell'interesse del comodante, nonostante la presenza di una contestuale *utilitas* del comodatario, implicante il solo *dolum*, e non *culpam*, *praestare* di quest'ultimo).

Interessante è, comunque, con il suo sapore generale il rilievo secondo cui *culpa deducitur* allorché '*utriusque contrahentis utilitas intervenit*': il che fonda, anche se in modo involuto, non solo la possibilità di differenziare *inter se* il tipo-deposito dal tipo-comodato e dagli altri tipi in cui *utriusque contrahentis utilitas intervenit*, ma altresì quella di specificare all'interno di un dato tipo contrattuale nella cui versione base *solus dolus deducitur* almeno due sotto-tipi diversificati di responsabilità sotto il profilo dell'utilità (come per deposito e mandato), laddove nelle figure in cui *culpa deducitur* è una gradazione di questa che può entrare in gioco a seconda che l'*utilitas* sia ora condivisa ora in capo al debitore.

5. L'estensione orizzontale della *culpa*: dalla *custodia* alla *culpa in custodiendo*

A fronte dell'onnipresente *culpa* nella sua nuova latitudine e nella sua calamitante centralità come attestata nei frammenti esaminati nei paragrafi precedenti, l'*utilitas contrahentium* ora viene negletta a pro di enunciati normativi che trovano in sé stessi e nella loro imperatività la loro cogenza (come è in D. 50.17.23), ora viene semplificata a valle della scomparsa dell'autonomia operativa e concettuale del *custodiam praestare* (come è in D. 13.6.5.2-4), ora viene stravolta sino al nonsense per imprimere alla forma post-classica qualche cenno di logica classica (come in Coll. 10.2.1).

La *culpa* nei tre squarci sopra considerati è – lo si è voluto più volte sottolineare – il perno del regime. La *custodia*, invece, un ricordo volutamente soppresso che solo qualche volta riemerge, debole e trasfigurato, forse per svista di chi ha rimaneggiato – ma non sempre oculatamente – la scrittura classica, forse per superbia di chi riteneva di aver a sufficienza adattato il testo alle nuove forme di pensiero. Disancorata dal rigore tecnico del regime classico, la *custodia* non può che configurarsi come un tipo particolare di *diligentia* (una *diligentia* qualificata spesso come *exacta*, *exactior* o *exactissima*, nonché come *custodiendae rei*, se non è – come già si è visto – la *custodia* stessa a essere detta *diligens*) elevato a criterio soggettivo di determinazione e imputazione della responsabilità.

Così, ad esempio, si trova scritto nella Compilazione sia che il comodatario – a differenza del mutuatario – non è responsabile della perdita della cosa detenuta quando ciò sia dovuto a un *casus maior cui humana*

infirmitas resistere non potest (un evento troppo potente perché le forze di un uomo siano in grado di resistergli), sia che egli, altrimenti, *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur* (è tenuto a una condotta perfettamente diligente nella custodia della cosa), laddove – a differenza di quanto richiesto, ad esempio, al socio – *nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet* (non è sufficiente, cioè, che egli impieghi la stessa diligenza con cui è solito custodire le cose di sua proprietà)[36]. Altrove si specifica che, con riguardo alle cose comodate (a differenza del regime per le cose depositate), si ha da usare una *talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*, con il limite, ovviamente, dei *casus quibus resisti non potest* (come la morte degli schiavi che avvenga senza dolo o colpa del comodatario, una rapina, una sommossa, un naufragio, un incendio, la fuga di schiavi che non si usa sorvegliare costantemente), sempre che – come già si è avuto modo di sottolineare – non vi sia stata violazione degli accordi contrattuali (come nel caso in cui venga comodata dell'argenteria perché sia usata solo in casa del comodatario e, invece, quest'ultimo la perda in mare – avendola portata con sé durante un viaggio – a seguito di un attacco di pirati)[37]. Altrove la *custodia* è tradotta in una condotta di φυλλάττειν ἐπιμελῶς o in una ἀκριβεστάτη φυλακή o ἐπιμέλεια[38], mentre talora scompare addirittura del tutto, assorbita o sostituita dalla *culpa*[39]. E ancora la legittimazione all'*actio furti* del *non dominus* che i *prudentes* nell'età del pieno principato legavano al *custodiam praestare*[40], nella Compilazione viene – coerente-

[36] Cfr. D. 13.6.5.5; D. 17.2.72; D. 18.6.2.1; D. 18.6.3; I. 3.14.2-4; I. 3.24.5; I 3.25.9.

[37] Cfr. D. 13.6.18pr.; D. 44.7.1.4-5; I. 3.14.2-3; I. 3.27.1.

[38] Bas. 20.1.13.6; Bas. 60.12.12pr.; Par. Theoph. 4.1.16-17.

[39] Oltre a D. 50.17.23, cfr. D. 19.2.13.6: qui da Ulpiano è addossata oggettivamente al *conductor* la perdita dei *vestimenta polienda* a seguito dell'attività distruttiva di topi (sostituendosi, a mente dello scolio di Stefano a Bas. 20.1.13.6 [Schelt. B. 31175; Hb. 2.341] '*quia debuit ab hac re cavere*' con '*custodiam praestare debet*'). Diversamente, se si ritiene che ad avviso di Cartilio (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.13) il rischio sia oggettivamente ascritto al comodatario in caso di perdita di un vassoio quale 'accessorio' dello schiavo prestato gratuitamente come cameriere, 'a più forte ragione' (*quare*) il comodatario risponderà se la perdita è dovuta a sua colpa (di talché, così intendendo il passo, non sarebbe necessaria la supposta menda postclassica ipotizzata da V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 96, per il tratto '*quare culpam in eam quoque praestandam*'): *si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam.*

[40] Gai 3.204-207; D. 47.2.12pr. v., inoltre, D. 13.6.5.15; D. 47.2.14.16; D. 47.2.91[90] pr.; I. 4.1.16. Cfr. D. 47.2.14pr.; D. 47.2.14.10; D. 47.2.52.9; D. 47.2.14.3.

mente con l'impostazione generale della materia – connessa alla responsabilità per *culpa*[41].

È in questo senso, anzitutto, che si manifesta tutta la latitudine della *culpa*: da una parte, l'assetto 'oggettivo' dell'epoca classica, infatti, non viene più rispecchiato dallo stato di forma e sostanza proprio del diritto giustinianeo, occultandosi i casi di *custodiam praestare* dietro lo schermo del *culpam* o *diligentiam praestare*; dall'altra, l'inadempimento doloso viene relegato a ipotesi sempre più remota, marginale e sottile. E in ragione di tutto ciò, tre modelli astratti adattati al singolo tipo contrattuale si stagliano sullo sfondo del giudizio di responsabilità[42].

Ora è il *diligens pater familias* a imporsi come parametro valutativo delle condotte omissive e commissive del debitore, là ove la prestazione dedotta non assume carattere tecnico e il difetto di adeguamento allo standard richiesto integra gli estremi dell'inadempimento imputabile (sicché, mentre non è richiesto al debitore di profondere uno sforzo, un'attenzione, una sollecitudine particolarmente elevati, è sufficiente una *culpa* anche *levis* per essere tenuto, ferma la responsabilità in caso di inadempimento volontario e consapevole).

Ora è il *diligens artifex* a ispirare l'ascrizione dell'inadempimento o meno, là dove, cioè, è una prestazione tecnica ad essere dovuta (sicché è il difetto di *peritia* richiesto per il *facere in obligatione* che comporta obbligo risarcitorio).

Ora è un *diligentissimus pater familias* che detta il criterio di responsabilità (rispondendo, qui, il debitore non solo per dolo e per colpa lieve, ma anche per quel difetto minimo di diligenza che pregiudica la conservazione della cosa altrui detenuta, ossia per *culpa in custodiendo*). E, sul piano tecnico-operativo, in questo ultimo frangente si manifesta con forza tutto l'abisso tra mondo classico e mondo post-classico. Da una parte, il comodatario, per i giuristi almeno dell'età imperiale, risponde oggettivamente di taluni eventi, quali il furto, anche se abbia profuso una diligenza massima (e, quindi, risultando processualmente inutile una sua prova in tal senso); egli, inoltre, risponde se l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è dovuta a cause ignote, dovendo provare per andare esente da condanna le concrete modalità alla base della sopravvenienza dell'impossibilità. Dall'altra, nel sistema della Compilazione, è giocoforza ritenere che il comodatario – posto che, ovviamente, va esente in ipotesi di *vis maior* non occasionata da

[41] D. 47.2.14.10; D. 47.2.14.12.

[42] Cfr. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 23 ss., 47 ss.

sua *culpa* – non è necessario che provi quei *casus* che sono generalmente e oggettivamente qualificati come irresistibili, ma basta che provi, per essere esonerato dal rispondere, la sua *exactissima diligentia*, di talché le cause ignote dell'impossibilità sopravvenuta non risultano più a suo carico (come era per diritto classico), bensì addossate al comodante[43].

6. L'estensione orizzontale della *culpa*: dal *dolus* alla *culpa lata*

L'estensione orizzontale della *culpa*, come già più volte si è avuto modo di rimarcare, non solo si è precisata come *culpa in custodiendo* (mancato adeguamento, attraverso contegni positivi, al modello astratto della *diligentia exactissima* propria del *diligentissimus pater familias*, o difetto, attraverso contegni omissivi, di tale elevatissimo standard comportamentale), ma altresì come *culpa lata* o *magna neglegentia*.

La nozione classica di dolo 'contrattuale' quale criterio di attribuzione dell'inadempimento del debitore non era certo univoca, ma sicuramente non era limitata – come pare essere per i bizantini – ad un'idea legata in via esclusiva alla 'volontà malvagia' oltre che, sul piano razionale, all'intellezione e di condotta e di evento[44]. È invece a partire da questa connotazione tarda e particolare del dolo (inteso solo come realmente 'malo') che – sempre all'insegna di una riprovevolezza di ispirazione moraleggiante – si delinea tutta una serie di ipotesi in cui, pur in assenza di tale elemento psicologico nel debitore inadempiente, il cagionamento del danno viene ritenuto conseguenza di violazioni tanto marchiane e solari che sono ritenute 'equiparabili' – pur nella loro ontologica diversità – ai casi in cui il debitore vuole consapevolmente non soddisfare l'interesse creditorio e provocargli così una lesione patrimoniale[45].

---

[43] Cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 69 s.

[44] Cfr. G.I. Luzzatto, voce *Dolo (diritto romano) a) diritto civile*, in *ED* 13, Milano 1964, p. 712 ss.

[45] Cfr. D. 11.6.1.1; D. 17.1.29pr.; D. 26.10.7.1; D. 36.4.5.15; D. 43.26.8.3; D. 44.7.1.5; D. 47.4.1.2. Se per P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'* cit., p. 50 nt. 41 «la petulanza dell'intervento compilatorio non deve essere scambiata per furia innovatrice», atteso che «i testi che trattano di ipotesi specifiche mostrano che il problema era reale» (ma cfr. anche G. MacCormack, *'Culpa'*, in *SDHI* 38, 1972, p. 176 ss.), ad avviso di A. De Medio, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano (I)*, in *BIDR* 17, 1905, p. 5 ss., Id., *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano (II)*, *BIDR* 18, 1908, p. 260 ss., nonché di O. Lenel, *'Culpa lata' und 'culpa levis'*, in *ZSS* 38, 1917, p. 263 ss., i testi della compilazione che discorrono di *culpa lata* sarebbero frutto di interpolazione.

Come è ormai quasi superfluo ribadire, il depositario, proprio in ragione dell'*utilitas* esclusiva della controparte, non è tenuto se è solo negligente (ossia se il suo inadempimento è dovuto a *culpa levis*). Tutto all'opposto, e sempre alla luce della medesima *ratio*, al comodatario viene richiesto uno standard elevatissimo di diligenza. V'è inoltre che al depositario non solo non è richiesta una *diligentia exactissima*, ma neppure una diligenza media: e ciò – si puntualizza – in quanto è al deponente che si vuole addossare la scelta di un depositario negligente[46]. È pertanto solo in casi siffatti che il depositario è chiamato a rispondere: ossia se è rinvenibile nel suo contegno il dolo e nel dolo – precisa lo stesso Gaio, in una prospettiva non esattamente combaciante a quella di età successive – è ricompresa anche la cd. *magna neglegentia*[47]. Priva di una sua autonomia, quest'ultima è uno status soggettivo particolare che, senza essere necessariamente connotato da intrinseca *malitia*[48], è comunque un *dolus* che ispira la condotta debitoria (perché, attesa la grossolanità del contegno tenuto, l'inadempiente, *qua homo*, 'non può non presumersi che abbia voluto o comunque accettato o preveduto il cagionamento del danno')[49].

---

[46] Cfr. Gai 3.207; Coll. 10.2.4; Coll. 10.3.1; Coll. 10.5.1; Coll. 10.7.6, 10; Coll. 10.8.1; D. 4.9.3.1; D. 13.6.5.2; D. 16.3.1pr.; D. 16.3.1.47; D. 16.3.6; D. 16.3.7pr.; D. 16.3.8; D. 16.3.32; D. 50.17.23; I. 3.14.3. Non paiono riferirsi al deposito, invece, né D. 16.3.3, né D. 16.3.11 (cfr. R. Martini, *Di un discusso riferimento alla «culpa» in tema di deposito*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 7-9-aprile 1987*, 1, Milano 1988, p. 205).

[47] D. 44.7.1.5 (Gai. 2 *aur.*): *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere.*

[48] Con riguardo alle espressioni *dolus* e *dolus malus*, G.F. Falchi, *Diritto penale romano. Dottrine generali*, Treviso 1930, p. 90 s., reputa che il *dolus malus* sia l'elemento psichico proprio degli illeciti dolosi e si sostanzi nella «volontà nociva deliberata», mentre il semplice *dolus* indicherebbe – già dall'età più antica – illeciti anche colposi.

[49] È già con J.C. Hasse, *Die, 'Culpa' des Römischen Rechts*, Bonn 1838, p. 202 che si esclude che al termine dolo il pretore desse significato ristretto di volontarietà del danno (*animus nocendi*). Secondo K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*[2], 2.2, Leipzig 1916, p. 640 ss., la *culpa lata* – figura elaborata per l'insufficienza dello stretto concetto di *dolus* – sarebbe il necessario complemento del dolo stesso ('das Wollen schlechthin') quale ipotesi di coscienza e volontà priva di mala ostilità verso il diritto da parte dell'agente e, quindi, ricomprensiva anche del nostro concetto di dolo eventuale (giacché in entrambi i casi in questione

Ma in cosa consiste questa *species* di dolo che è *magna neglegentia*? È quest'ultima, senza ombra di dubbio, un difetto di intellezione tanto grave, tanto profondo, tanto inescusabile che rende il debitore, nel contesto del singolo adempimento dovuto, un essere pressoché 'sub-umano', un essere che ha sì le fattezze dell'*homo*, ma si priva, nel suo agire, di quella *natura* razionale che invece deve essere propria del genere umano rispetto a quello animale: tutti capirebbero – si diceva già per bocca di Ulpiano e di Paolo – ciò che il debitore, invece, non si dà cura o non dà mostra di capire[50]. È una trascuratezza – commissiva o omissiva – intollerabile, una irrazionalità sproporzionata, una forma di dabbenaggine, stolidità e superficialità – che per quanto suggerita da buoni sentimenti – ripugna il senso del dovere e del diritto, una inopportunità o una ingenuità nell'adempiere male o nel non adempiere che non si può accettare non solo in un *pater familias diligens* o *diligentissimus*, ma addirittura in un qualunque essere umano: se il debitore ha innegabilmente forma umana (e da questi il creditore si attende contegni almeno degni di un *homo*), ma se il debitore non impiega la *ratio* che la *natura* conferisce agli *homines*, ciò non può che integrare gli estremi del dolo.

L'uomo cui è richiesta *diligentia exactissima* e che si macchia di *culpa in custodiendo*, per quanto il suo contegno sia stato normalmente diligente commette un peccato veniale che è comunque sufficiente a renderlo responsabile. L'uomo che, pur dovendo, non si adegua nell'esecuzione della prestazione allo standard medio (ossia quello 'paterno') di diligenza, normale o tecnica, commette una colpa lieve che fonda l'obbligo risarcitorio. L'uomo cui si chiede semplicemente di non cagionare danno alla controparte contrattuale volontariamente e consapevolmente oppure di tenere contegni che non siano né quelli di un uomo diligentissimo, né quelli di un uomo dili-

– *dolus* e *culpa lata* – vi sarebbe sempre 'Vorsatz' e la differenza dipenderebbe proprio dal tipo di 'Vorsatz', mentre la *culpa levis* deficiterebbe di ogni 'Vorstaz'). Tale assetto non sembra giustificarsi a livello di riscrittura post-classica della distinzione tra *dolus malus* e *culpa lata* (categoria, quest'ultima, che compatta la nozione di dolo ben più fluida ed elastica dell'età classica ed espande, articolandola internamente in plurime *species*, la *culpa* come negligenza), ma potrebbe essere comunque, *grosso modo*, ritenuta valida almeno per taluni casi – di diritto privato – relativi all'età classica (come D. 44.7.1.5; D. 16.3.7pr.; D. 16.3.32): cfr., contro la estensione al diritto criminale della ricostruzione di Binding, C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano* 1, Milano 1905, p. 55.

[50] D. 50.16.223pr. (Paul. 2 *sent.*): *Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt*; D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*): *Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.*

gente, ma solo quelli propri di un 'essere umano', ossia di un essere dotato almeno di un briciolo di buon senso, ove si integrino gli estremi della *culpa lata* o *magna neglegentia* (cosa che, come appena accennato, avvicina in concreto l'uomo all'animale) è tenuto responsabile per una carenza (come sosteneva Celso sulla scorta di Nerva, contro il parere di Proculo e – parrebbe – anche contro quello di Labeone[51]) che non poteva che dirsi un tipo di *dolus* o di *fraus*: secondo alcuni dei *prudentes*, la *culpa* che fosse *latior* del normale, infatti, non era una figura da equiparare o assimilare al *dolus*, ma era essa stessa un'ipotesi particolare di dolo di talché (come continuano i due esponenti della *schola* imperiale appena citati) il depositario non poteva che essere tenuto a risarcire il danno, di regola, limitatamente a questo unico, ma ben esteso, titolo di responsabilità (e ciò proprio in ragione della sottesa *utilitas contrahentium*)[52].

Così, per Ulpiano, il depositario che sciolga lo schiavo che custodisce, permettendone la fuga, va tenuto responsabile: sia che ciò questi faccia volontariamente e con l'intenzione di arrecare danno al deponente, sia che – pur senza alcuna volontà prava e alcuno scopo moralmente abietto, ma anzi mosso da *misericordia* – agisca mosso da una ingenuità e una superficialità tali che, risultando il suo contegno addirittura contro ciò che la natura razionale degli uomini reclama in tutti loro, permette di ritenere l'inadempimento come doloso[53].

Parimenti, è in dolo il mandatario che, acquistato uno schiavo per conto del mandante, lo lasci fuggire tradendo l'affidamento in lui riposto, sicché – dovendo egli nulla più che *bonam fidem praestare* – non risponderà se la fuga, gli sia imputabile per una colpa lieve, mentre dovrà risarcire il danno se la fuga o, a monte, la mancata conclusione dell'*emptio-venditio* siano contegni negativi connotati da dolo[54] (invero, ancora il solo criterio rile-

---

[51] D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

[52] D. 16.3.32 (Cels. 9 *dig.*): *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*

[53] D. 16.3.7pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si hominem apud se depositum ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

[54] D. 17.1.8.9-10 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere*

vante anche nel brano di Modestino conservatoci dalla *Collatio*)[55]. Ma tale dolo non è e non può essere solo volontà prava e intellezione. Se è infatti conforme all'ottica classica dell'*utilitas contrahentium* – come già parrebbe emergere da Cicerone[56] – che chi gerisce un dato negozio gratuitamente e in nome dell'*amicitia* a fronte di un accordo contrattuale in tal senso non possa essere ritenuto responsabile né per *culpa levis* né – a più forte ragione – per la cd. *culpa in custodiendo*, ciò non significa che sia in dolo solo il debitore insidioso, il debitore che mira al proprio profitto a nocumento della posizione del creditore che a lui si è affidato. Pur rispondendo il mandatario, come si è appena rimarcato, solo per dolo (ovviamente in assenza, nei singoli casi di specie, di ipotetici 'scambi empirici')[57], le ragioni soggettive a base dell'inadempimento imputabile possono essere varie: ora ispirate a intento 'affatto malvagio' (come nell'ipotesi in cui il mandatario gerisca il negozio per trarne profitto a scapito del mandante), ora consistenti nella grave violazione dell'affidamento che è *culpa lata*, sia essa una trascuratezza 'belluina' (come nell'apatico e indolente continuo differire l'affare), sia essa una 'irrazionale' inesecuzione (come nel caso di mancata perfezione dell'acquisto di uno schiavo dettata dall'impulso, tanto grazioso quanto ingenuo e intollerabile, di favorire un terzo acquirente)[58].

---

non restituit. 10. *Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum.*

[55] Cfr. Coll. 10.2.3; ma v. D. 50.17.23. Nei testi giustinianei il criterio è oscillante: cfr. D. 14.5.6; D. 17.1.8.8-9; D. 17.1.10.12; D. 17.1.29pr., 3-4; C. 2.12.10; C. 2.20.1 (per il dolo); cfr. D. 17.1.8.10; D. 17.1.10.1; D. 17.1.22.11; D. 17.1.26.7; C. 4.35.4, 11, 13, 21 (per la colpa). In generale mi pare plausibile, da un lato, che Modestino – espressione sul punto di pensiero classico – esponga in conformità alla *regula* il regime del mandato secondo ciò che è normale (ossia interesse esclusivo del mandante), senza che ciò osti a una responsabilità per *culpa* là ove l'interesse sia condiviso tra le parti. Dall'altro è da segnalare come la confusione tra mandato e procura abbia potuto orientare nel senso di un tendenziale aggravamento generale della responsabilità di chi agisca in nome e per conto, tenuto non solo a titolo di dolo, ma anche a quello di colpa.

[56] Cic. *Rosc. Am.* 111: *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.*

[57] Cfr. Coll. 10.2.1-3.

[58] Cfr. D. 17.1.8.10.

7. L'estensione verticale della *culpa*: la *diligentia quam in suis* da causa di esclusione del *dolus* a fondamento di responsabilità colposa

La estensione delle maglie della *culpa* non si ferma a un movimento orizzontale a doppio senso che – come si è saggiato nei paragrafi precedenti – sia comporta una revisione in senso soggettivistico (e filo-debitorio sul piano probatorio) delle ipotesi riconducibili per diritto classico alla responsabilità a fondamento oggettivo, sia una reinterpretazione in termini di 'assenza di diligenza' di quel dolo che i *prudentes* tendevano a qualificare, pur sempre nella cornice del *ius controversum*, ora come violazione dell'affidamento ora come frode consistente nel volontario inadempimento che l'agire di un essere umano *qua talis* – ossia come essere per sua *natura* razionale (non necessariamente incarnante il modello astratto del *diligens* o del *diligentissimus*) – avrebbe evitato. L'estensione operata dai post-classici si manifesta anche ortogonalmente rispetto alla direzione appena tracciata.

Vero è che la colpa (*in abstracto*) nell'età imperiale si risolve in un criterio di responsabilità basato sul confronto tra il contegno tenuto dal debitore in concreto e l'ideale comportamento che nella stessa situazione osserverebbe un *diligens* o un *peritus* in conformità agli standard medi – di conoscenza e di pratica – che in un dato momento storico vengono comunemente richiesti. Ma altrettanto vero è che talora i giuristi procedono pure ad un confronto 'storico' tra il contegno posto in essere nell'esecuzione della prestazione dal debitore e quello precedentemente e usualmente impiegato dallo stesso, modulando la soluzione del caso concreto in conformità alla figura della *diligentia quam in suis* (e sempre nel rispetto, anzi nel corroboramento, della *regula* della *utilitas*)[59]. Ma questa – problematica e e controversa – figura non è ancora letta attraverso le lenti, più tarde, della *culpa*; ancora non è

[59] La letteratura sarebbe sterminata. Mi limito qui a ricordare tra i contributi più recenti: F. Mercogliano, *«Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici*, in *Index* 19, 1991, p. 379 ss. (nonché in G. Valditara, F. Mercogliano, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino 2020, p. 61 ss.); Id., *Criterio della «diligentia quam in suis» e codici moderni*, in G. Valditara, F. Mercogliano, *Saggi* cit., p. 85 ss.; L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 2006, p. 31 ss., 99 ss.; U. Agnati, *Il commento di Bartolo da Sassoferrato alla 'lex quod Nerva (D.16,3,32)'*, Torino 2004; G. Santucci, *'Diligentia quam in suis' e valutazione della responsabilità per colpa «con minor rigore» nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 2, Napoli 2006, p. 355 ss.; Id., *La 'diligentia quam in suis'* cit., p. 243 ss.

indice di una *culpa* (*in concreto*)[60] – come sarà nella compilazione – alla cui 'latitudine' orizzontale si aggiunge una 'latitudine' verticale. Mi spiego meglio: e prendo le mosse dal già citato frammento incluso in D. 16.3.32.

A voler ritenere genuinamente classico il nucleo fondamentale di pensiero trasfuso nella celeberrima '*lex Quod Nerva*', ad onor del vero, non si opererebbe nessuna comparazione o assimilazione tra dolo e *culpa lata*, come sovente si trova scritto in letteratura. Il rapporto tra queste due figure sarebbe quello di una inclusione della seconda nel primo e, quindi, il passo attesterebbe la ben più significativa – e gravida di ripercussioni pratiche – qualificazione 'dogmatica' di tale *species* di dolo in espliciti termini di *fraus*: e ciò almeno secondo l'orientamento prevalente all'interno della *secta* dei *Proculiani*[61].

Questo era infatti, fondamentalmente, il pensiero di Nerva: chi, pur uomo, agisce come essere irrazionale (ossia contro la *natura* degli *homines*) non viola lo standard della *diligentia diligentis patris familias* o del *peritus* 'modello' del debitore *artifex*, ma commette niente meno che dolo. *Ergo*, la condotta pesantemente grossolana, smodatamente ingenua o stolida – benché non abbietta – del debitore cui si affida la controparte (deponente, stando al testo attuale; pupillo, ove si ritenesse che non solo il contesto, ma anche i contenuti del passo concernessero l'*actio tutelae*)[62], ben può legittimare ad agire per ottenere una sentenza di condanna al risarcimento del danno nel rispetto dell'imputazione dell'inadempimento a titolo di dolo (e non di colpa).

A diversa soluzione approdava, invece, Proculo: se la *latior culpa* non era, per il capo-scuola, da ritenersi inclusa nel dolo, là dove un debitore fosse stato chiamato a rispondere solo a titolo di dolo (come era, giusta l'*utilitas contrahentium*, il depositario, ma anche come era il tutore, astraendosi qui dai divergenti regimi positivi dettati storicamente dal *favor pupilli*) l'inadempimen-

---

[60] *Ex plurimis*, cfr. L. Sertorio, *La colpa in concreto nel diritto romano e moderno*, Torino 1914.

[61] Cfr. Bas. 13.2.32 e sch. 3, nonché sch. 6 a Bas. 29.1.5 (D. 23.3.9.1) e sch. 4 e 5 a Bas. 13.1.5 (D. 13.6.5.2).

[62] Nella moderna letteratura si è ritenuto che la presenza del criterio suggerito da alcuni giuristi proculiani non si potesse riferire al contratto di deposito, bensì alla responsabilità del tutore o eventualmente a quella del fiduciario (G. Santucci, *La 'diligentia quam in suis'* cit., p. 243 ss.; *contra*, v. L. Maganzani, *La «diligentia quam suis»* cit., p. 116 ss.): l'interpretazione che propongo del passo non credo mini quanto per diritto classico si sa del regime di responsabilità del depositario, fermo restando che, seppur il contesto ben può essere stato quello della *tutela*, una digressione celsina focalizzata sul deposito non risulterebbe affatto stravagante.

to occasionato da un difetto di 'minima razionalità umana' o sarebbe stato da escludere come fonte di obbligo risarcitorio, o sarebbe stato sanzionabile unicamente attraverso un processo di assimilazione al dolo per analogia.

L'idea di Nerva persuadeva, almeno come punto di partenza, anche Celso: ma il testo incluso in D. 16.3.32, nella forma tràdita, non mi pare essere specchio di una supina adesione del secondo al primo. Una stratigrafia di soluzioni ritengo si riesca in qualche modo ad individuare, valorizzandosi proprio l'inciso '*nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*'[63] che si presenta come 'condizione' della qualifica – à la Nerva – della cd. *culpa latior* in termini di frode. Celso sembra cioè contribuire attivamente a rifinire la responsabilità per dolo e, quindi, per *culpa latior*: in qualche modo senza eccessivamente disconoscere, nei risultati, l'opinione fatta propria da Proculo. Celso, infatti, dà ragione a Nerva *in toto* là ove sostiene – leggendosi il passo in chiave contenziosa – che è sufficiente che il contraente che ha subito l'inadempimento provi del convenuto o la volontà prava e la consapevolezza di arrecare danno o l'esecuzione 'sub-umana' della prestazione dovuta. Al depositario non si richiede di essere estremamente diligente o mediamente diligente, ma solo umano: infatti, non risponde oggettivamente (e ciò perché non riceve *utilitas* dal contratto); non risponde per *culpa levis* (e ciò perché al deponente è imputabile la scelta di un depositario che non si parametra al modello del *diligens*); invece, se la soglia della minima razionalità (ossia la soglia della natura di *homo*) non viene tatta o superata, il depositario – concordano Nerva e Celso – è tenuto *doli causa* al risarcimento. Proculo, di contro, la pensava altrimenti.

Ma è proprio a questo punto che, partito dal pensiero di Nerva, Celso sembra allontanarsene (o comunque correggere il tiro). Per il primo, una volta assolto l'onere probatorio del creditore insoddisfatto (titolo della pretesa; imputazione dell'inadempimento per intento abbietto o per *culpa lata*; danno patrimoniale), il debitore infedele andava condannato. Celso, invece, sembra voler ancor più limitare – e ora à la Proculo – la responsabilità del debitore inadempiente, introducendo un criterio valutativo che, invero, né Nerva né Proculo (interessati entrambi a parametrare la condotta de-

[63] Tale inciso viene espunto come glossema (al pari di '*nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*') anche da C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., p. 28 e 46 nt. 116: sinceramente non vedo alcuna necessità di ritenere non celsina almeno la prima proposizione protatica negativa, atteso che è logicamente e grammaticalmente ben connessa col tratto precedente '*nam et si quis …*'.

bitoria solo a un modello astratto) avevano contemplato come operativo. Celso concepisce una difesa del depositario capace di paralizzare la pretesa attorea: ossia quella della '*diligentia quam in suis*'. Celso, in altre parole, sostiene che il debitore convenuto in giudizio, a fronte della fruttuosa prova attorea (vale a dire nonostante la *culpa lata*), può comunque andare esente da responsabilità ove riesca a controprovare che lo standard suo solito e pregresso in analoghi negozi è pari a quello da lui impiegato in concreto nel caso *sub iudice*. Se nella custodia dei beni il suo standard usuale è quello del *diligens pater familias*, ovviamente risponde; se nella custodia dei beni il suo standard usuale è quello della *culpa levis*, ovviamente risponde; se nella custodia dei beni il suo standard usuale è quello di un uomo dotato di un minimo di buon senso, ovviamente risponde; se, invece, nella custodia dei beni il suo standard usuale è inferiore a quello proprio di un uomo dotato di un minimo di buon senso, non risponde[64].

Nel passo in oggetto così interpretato, insomma, la *diligentia quam in suis* delineata da Celso a integrazione del pensiero di Nerva, tutta operante nel terreno del *dolus* e rilevante a livello processuale in termini di eccezione, non estende affatto la responsabilità a favore del creditore, ma amplia *pro debitore* le ragioni di esonero. Anche qui lo iato con il mondo giuridico post-classico non può che essere profondo: divenuta la diligenza (con il suo opposto, la *culpa*) nelle sue varie modulazioni il punto imprescindibile di riferimento del giudizio di responsabilità, la *diligentia quam in suis* – ostracizzata dall'originaria area di applicazione[65] – non può che rivestirsi

[64] In termini simili, v. H. Hausmaninger, *'Diligentia quam in suis'*, in *Festschrift M. Kaser*, München 1976, p. 265 ss.; Id., *Rechtsvergleichende Notizen zur 'diligentia quam in suis'*, in *Festschrift H. Baltl*, Innsbruck 1978, p. 283 ss.; Id., *'Diligentia quam in suis': a standard of contractual liability from ancient roman to modern soviet law*, in *Cornell International Law Journal* 18, 1985, p. 179 ss.: la '*lex quod Nerva*' sarebbe sintomatica del tentativo celsino di interpretare estensivamente il concetto di dolo su base casistica, nonché prima fonte attestante il dolo relativo, ossia lo stato soggettivo rilevabile nel debitore che, già negligente *in suis rebus*, nella custodia del deposito assumesse contegni ancor più negligenti; D. 17.2.72, invece, attesterebbe come Gaio avesse trasformato il dolo relativo in uno standard tecnico di responsabilità contrattuale, rimanendo di matrice post-classica tutti i casi di *diligentia quam suis* quale forma di attenuazione della responsabilità per colpa. Cfr., inoltre, W. Selb, *Das Problem des relativen «dolus» in D. 16.3.32*, in *Synteleia V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1964, p. 1173 ss., nonché F. Sitzia, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino*, in *BIDR* 74, 1971, p. 191 ss.: dalla '*lex quod Nerva*' emergerebbe che, sia per Nerva che per Celso, la grave negligenza del depositario, nel II secolo d.C. sarebbe stata ricompresa nel dolo, a meno che il convenuto non avesse provato di essere stato parimenti negligente *in suis rebus*.

[65] Basti pensare al richiamo imperiale a tale figura in tema di comodato (I. 3.14.2: *At is,*

di nuove funzioni: in tema di società (per ammetterla) così come in tema di *commodatum* e di *negotiorum gestio* (per negarla), essa viene contrapposta a una figura del tutto eterogenea che, se per i classici era il *custodiam praestare* (ossia un criterio oggettivo di responsabilità), viene successivamente riscritta come *preaestare diligentiam exactam* oppure *exactissimam* (vale a dire come diligenza conforme al modello astratto del *diligentissimus*)[66].

I maestri dell'età tarda e i compilatori – assorbendo nella *diligentia* casi di 'responsabilità senza colpa' e trasformando casi di esenzione di responsabilità per dolo in casi di responsabilità fondata sulla *culpa in concreto* – formano un sistema unitario, variabile e modulabile al proprio interno, che confonde i diversi e, pur partendo dallo scheletro del pensiero dei classici, lo riplasma innovativamente[67].

---

qui utendum eccepit, sane quidam 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), nonché di società (I. 3.27.1: *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque neglegentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri [hoc est sibi imputare] debet*), ma non in tema di deposito, dove la responsabilità è limitata all'inadempimento doloso (I. 3.14.3: *Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit suae facilitati id imputare debet*).

[66] Cfr. D. 17.2.72 con I. 3.25.9; D. 44.7.1.4; v., inoltre, I. 3.14.2; I 3.27.1; Theoph. Par. 3.14.3; Bas. 12.1.70; cfr., altresì, D. 10.2.25. In particolare da Gai. 2 *aur.* D. 17.2.72, emerge come la prestazione della *diligentia quam suis*, presentata come fondamento della responsabilità, costituisse un limite della responsabilità per *culpa* del socio (… *culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet* …): se è vero che era dubbio tra i classici quale fosse il criterio di imputazione (dolo, secondo alcuni; anche *culpa in abstracto* quale *desidia* e *neglegentia* secondo altri: cfr. I. 3.25.9) e se è vero che fu Celso a voler estendere la responsabilità del socio oltre il dolo in ragione dell'*utilitas contrahentium* (cfr. D. 17.2.52.1-2; D. 13.6.5.2), l'esatta corrispondenza tra D. 17.2.72 e I. 3.25.9 induce a ritenere plausibile che la configurazione finale della *diligentia quam in suis* come espressione della *culpa* (divergente dalla *desidia* e dalla *neglegentia in abstracto*, così come dalla *culpa in custodiendo*), quale elemento fondativo della responsabilità, nonché come criterio di attenuazione della responsabilità non sia di matrice gaiana (cfr. M. Talamanca, *Società [diritto romano]*, in *ED* 42, Milano 1990, p. 857; *contra*, v. F.S. Meissel, *'Societas'. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt a.M. 2004, p. 293 s.).

[67] Cfr. M. Talamanca, *Colpa. I.- Colpa civile (diritto romano e intermedio*), in *ED* 7, Milano 1960, p. 517 ss., 520 ss.

Ma il cammino, invero, non si è ancora concluso con la semplice trasformazione della diligenza in concreto quale fondamento di responsabilità colposa (attenuata): nella *tutela* – istituto per cui già nella *Collatio* si evidenziava la necessità di trascendere la *regula* dell'*utilitas* a beneficio del pupillo per far rispondere il tutore oltre che di dolo anche di colpa[68], e in D. 50.17.23 si implementava la lista-base dei criteri di imputazione con il riferimento posticcio e di chiusura alla *diligentia*[69] – lo standard della *diligentia quam in suis* richiesto nell'amministrazione tenta addirittura di sovrapporsi al parametro stesso della *exactissima diligentia*[70] al fine di aggravare, sempre in termini di responsabilità a titolo di colpa, la posizione di colui al quale si affida la gestione di beni sostanzialmente o formalmente altrui.

Come scriveva Arangio-Ruiz, «la giurisprudenza bizantina … ama i concetti generali, le partizioni sistematiche, la deduzione delle regole della vita sociale da principi di larga portata»; «le categorie giuridiche predilette si fanno pletoriche, assorbendo la ricca molteplicità delle soluzioni classiche»[71]: la storia del *processus* che ha condotto alla '*latitudo*' post-classica della *culpa* credo confermi in pieno il genio retrospettivo e prospettivo del grande romanista.

---

[68] Coll. 10.2.3.

[69] Cfr., inoltre, D. 27.5.4; D. 27.4.3.7.

[70] Cfr., paradigmaticamente, D. 27.3.1pr. (con Bas. 38.3.1) e D. 26.7.33pr., alla luce di Bas. 38.3.1 e dello sch. Οὐχ; Nov. 72.8 (a. 538), con Bas. 37.11.1; v., inoltre, C. 5.14.11.4 e D. 23.3.17pr. (in tema di amministrazione di beni dotali), in opposizione a D. 24.3.24.5 (dove la responsabilità maritale su beni formalmente propri è invece attenuata). Non era, comunque, in torto A. Hesse, *Zur Lehre von 'dolus' und 'culpa'*, in *Archiv für civilistische Praxis* 61, 1878, p. 220 ss., là ove sosteneva che la *diligentia quam suis* di per sé non era un mezzo orientato al solo beneficio per l'obbligato, potendo anche aggravare la responsabilità se il soggetto fosse stato *in suis rebus* più diligente della media: il che, però, non inficia la plausibilità della interpretazione della *lex Quod Nerva* data nel testo, posto che qui non si fonda direttamente la responsabilità sulla *diligentia quam suis* ma si esclude la responsabilità per *dolus* inclusivo della *culpa lata* se nelle sue cose il debitore è gravemente negligente (e non se è straordinariamente o mediamente diligente, oppure lievemente negligente).

[71] V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 249.

VALERIA PIERFELICI*

LA CULPA LATA *NEL DIRITTO SAMMARINESE*

SOMMARIO: 1. Premessa: dai gradi della colpa alla diligenza – 2. Il sistema sammarinese delle fonti e la permanenza della disciplina contrattuale ed Aquiliana e dello *ius commune* – 3. *Culpa/diligentia* quale fondamento della responsabilità – 4. Esame della giurisprudenza sammarinese sulla *culpa lata* – 5. Osservazioni comparative

1. Premessa: dai gradi della colpa alla diligenza

È un fatto noto che i c.d. "gradi" della colpa quale criterio di imputazione della responsabilità sono stati da tempo abbandonati dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, per approdare ad una nozione unitaria, che si fonda sul parametro della diligenza del "buon padre di famiglia": "i compilatori del codice napoleonico per primi avvertono l'esigenza di avvalersi di un criterio duttile ma tendenzialmente unitario e ripudiano apertamente, come risulta dal tenore dei primi commenti, l'elaborazione del diritto intermedio sui tre gradi della colpa (…) prende a delinearsi la figura della diligenza e quindi della colpa professionale che è ipotesi legata alle nozioni della perizia e dell'esecuzione a regola d'arte; l'importanza del modello è tale che il legislatore, nel secondo comma dell'art. 1176, fa riferimento all'attività professionale come ipotesi esemplare (…) di una valutazione di diligenza che è conforme alla natura dell'attività posta in essere; e in tal modo implicitamente suggerisce che sempre la diligenza ordinaria debba commisurarsi alla natura dell'attività strumentale dovuta (…) Il metro può così abbracciare senza frammentarsi successivamente tutta l'articolata complessità delle obbligazioni, quali risultano da una tipologia contrattuale ignota alla codificazione napoleonica: e si applicherà tanto a un lavoratore subordinato e a un allevatore di bestiame quanto a un imprenditore finanziario, industriale o agricolo

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

(…) tanto a un comune artigiano quanto al titolare di una libera professione"[1].

La colpa, quindi, è strettamente legata alla diligenza, rappresentando la prima il criterio di imputazione della responsabilità e la seconda il momento deontologico dell'adempimento; in altre parole, la diligenza è parametro di commisurazione dell'adempimento dell'obbligato e, nello stesso tempo, esprime il criterio di valutazione delle relative responsabilità: la colpa, dunque, si precisa come omissione di diligenza che pregiudica un interesse altrui giuridicamente tutelato, ed "inserisce in tal modo la negligenza nel tema dell'illecito, giustificando la responsabilità del soggetto sul fondamento del mancato impiego dello sforzo dovuto che avrebbe evitato l'altrui danno"[2]. È stato efficacemente precisato: "se, per usare le parole della *Relazione*, la diligenza, 'riassume in sé quel complesso di cure e cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione', e si presenta inoltre come 'un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto' – essa presuppone già stabilita l'estensione precisa di ciò che il debitore è tenuto a fare (…) la diligenza si profila come un criterio per valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto, come criterio alla stregua del quale apprezzare la violazione del limite individuato dalle norme sulla correttezza: e, dunque, come tipico criterio di responsabilità"[3]. La nozione del "buon padre di famiglia" diviene il parametro della valutazione, guida per l'interprete che deve tenere in considerazione non concettualizzazioni astratte, bensì le indicazioni che emergono dalla coscienza sociale, inserita in un sistema legislativo che "da un canto, ha accentuato il carattere relativo della diligenza, adeguandola più direttamente alle caratteristiche di ciascuna situazione considerata; dall'altro, ha cercato di superare la distinzione tra i molteplici gradi di diligenza, con una più diretta finalizzazione dell'attività di prestazione verso l'interesse del creditore: e tutto ciò è coerente con un orientamento legislativo volto ad apprezzare i risultati obiettivi del comportamento più che le modalità volontarie dell'operare, e quindi tendenzialmente propenso a richiedere dai singoli quello sforzo che più consente di adeguare il comportamento al risultato dovuto"[4].

---

[1] Così U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano 1991, p. 234 s.

[2] C.M. Bianca, voce "*Negligenza (diritto privato)*", in *NNDI* XI, Torino 1965, p. 191.

[3] S. Rodotà S., voce "*Diligenza (dir. civ.)*", in *ED* XII, Milano 1964, p. 2 s. del testo elettronico.

[4] *Ivi*, p. 6.

La dottrina, con riferimento alla *culpa lata*, ha precisato che si tratta di un criterio di imputazione a sé stante, pur avendo "un fondamento esclusivamente normativo al pari della colpa", sebbene sia distinta da questa, "in quanto non interviene una valutazione di diligenza", ma anche dal dolo, ancorché il meccanismo della imputazione sia in pratica lo stesso, "tanto è vero che val dire che *culpa lata dolo aequiparatur*": "nella fattispecie della *culpa lata* si è, come in quella della colpa, in presenza di una causa estranea che va imputata all'azione soggettiva (e perciò stesso fuori dalla prospettiva del dolo); ma, mentre nella prospettiva della colpa il collegamento tra il soggetto e la causa estranea è espresso in termini di probabilità, di normalità, di possibilità, la cui sussistenza deve formare oggetto di una peculiare valutazione in termini di normalità e possibilità, in quanto in ipotesi, è offerta la prova che il soggetto conosceva la causa foriera del danno. Tale prova elimina ogni valutazione probabilistica e possibilistica. La conoscenza della causa (concausa) preesistente e concomitante opera quale criterio di imputazione 'come se' il soggetto avesse voluto l'evento. In realtà l'evento non è stato voluto (e pertanto siamo fuori dalla prospettiva del dolo); ma il 'come se' normativo tiene il posto della volontà naturale"[5]. In altre la *culpa lata* rileverebbe quale criterio di imputazione causale della condotta, nella quale la prevedibilità o la conoscibilità delle cause del danno che caratterizzerebbero l'imputazione per colpa, è sostituita dalla conoscenza della causa: se è in colpa chi è in grado di prevenire il danno usando una certa diligenza, nella *culpa lata*, tale elemento sarebbe sostituito dalla conoscenza delle cause del danno. Sotto il profilo, invece, dell'accertamento della colpa quale fondamento della responsabilità, lo stesso autore afferma, peraltro, che non è la colpa (con i suoi gradi) a costituirne il presupposto, bensì la violazione del dovere di diligenza, e, cioè, la negligenza, sì che quando la legge fa riferimento alla "gravità della colpa", la gravità non riguarda "l'aspetto normativo della colpa, ma il modo di essere della negligenza, quale appare alla valutazione del giudice nelle circostanze del caso, allorché debba prendersi in considerazione il concorso causale di più azioni soggettive sotto il profilo della diligenza (…) La teoria tradizionale dei gradi della colpa è errata, in quanto tende a portare sul piano giuridico diversità che non toccano il momento giuridico della colpa, bensì il momento di fatto della diligenza, della cui valutazione è questione. La teoria dei gradi della colpa è stata sviluppata

[5] C. Maiorca, voce "*Colpa civile (teoria generale)*", in *ED* VII, Milano 1960, p. 37 del testo elettronico.

con riguardo alla responsabilità debitoria. Che anche in materia di responsabilità da illecito si parli di 'gravità della colpa' (art. 2055) è la conferma dell'assunto secondo cui la gravità non è relativa ai pretesi diversi gradi della colpa intesi quali figure (forme) di qualificazione giuridica, ma semplicemente alla valutazione della diligenza riferita alle circostanze del caso. Il giudice, cioè potrà valutare una negligenza più grave o meno grave in relazione alle circostanze in cui il comportamento del soggetto siasi svolto, ma il modulo di valutazione sarà pur sempre quello del 'buon padre di famiglia'; e sarà pur sempre uno ed uno solo, ché altrimenti non avrebbe neppur senso di ricercare cosa voglia dire gravità maggiore o minore, o rigore di valutazione maggiore o minore. Potrà anche dirsi che si tratti di fattispecie distinte, in quanto distinte siano per essere le conseguenze riparatorie, in conseguenza di diverse valutazioni di 'gravità'; ma ciò che qui ci preme stabilire è che la colpa, come forma di qualificazione giuridica e come criterio di qualificazione e di imputazione causale, è pur sempre una"[6].

Alla luce della posizione dominante della dottrina, pertanto, il riferimento positivo alla *colpa grave* sarebbe da porsi sempre ed esclusivamente in relazione alla diligenza, da valutarsi secondo il modello del buon padre di famiglia, e cioè dell'uomo cosciente dei suoi impegni e delle sue responsabilità, che deve tenere conto, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale, della natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c.), mentre solo quando sia in gioco la soluzione di problemi tecnici di eccezionale difficoltà la responsabilità andrebbe circoscritta alla colpa grave, nell'accezione di imperizia: "la colpa grave nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà riflette in sostanza la negligenza rispetto al criterio della diligenza del buon professionista"[7], sì che la colpa grave è solo una valutazione della diligenza ordinaria effettuata in relazione alle specifiche circostanze del caso[8].

---

[6] *Ivi*, p. 43.

[7] G. Visintini, *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore*, in V. Afferni, G. Visintini (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Milano 2005, p. 101.

[8] L. Mengoni, voce "*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*", in *ED* XXXIX, Milano 1988, p. 21 del testo elettronico, chiarisce che il nucleo essenziale della colpa contrattuale è costituito dalla "evitabilità della sopravvenienza con cautele e accorgimenti tecnici che il debitore avrebbe dovuto adottare secondo la legge del contratto. Nei rapporti obbligatori la colpa va oltre il significato generico di mancanza di attenzione, di cura, di precauzione, di rispetto dei doveri della vita di relazione, e si definisce come violazione di uno specifico ob-

A prescindere dalla questione, assai dibattuta, della natura della responsabilità contrattuale, ciò che rileva è che la colpa è ormai intesa quale violazione di una regola di condotta che impone al debitore un certo sforzo, e cioè una adeguata diligenza, per soddisfare l'interesse del creditore, nonché l'uso delle cognizioni tecnicamente necessarie per l'esecuzione di una determinata prestazione, e, cioè, la perizia, sì che il concetto di colpa "prescinde talora dal tradizionale riferimento all'assenza o insufficienza di applicazione e di sforzo, per assumere gradualmente un significato sempre meno soggettivo. Tenendo conto di ciò, potrebbe trovare adeguata spiegazione l'art. 2236 c.c. (…) Qui la 'colpa grave' fa riferimento non già allo sforzo ma alla 'perizia': sarebbe in verità assai strano che il professionista sia tenuto ad uno sforzo e ad una attenzione minori, proprio quando deve risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà"[9].

È pacifico che l'art. 2236 c.c. trova applicazione sia per la responsabilità contrattuale come in quella extracontrattuale, per cui "la responsabilità professionale è, quindi, sempre la medesima: è un *genus peculiare* di responsabilità, sia che il titolo da cui deriva sia un inadempimento *contrattuale*, sia che derivi da fatto illecito *extracontrattuale*. In entrambi i casi si applicano i medesimi criteri"[10]. Pertanto, se ne deduce che la colpa grave può "essere intesa in due sensi differenti: o come colpa speciale, dal cui criterio sono regolate determinate prestazioni e obbligazioni, o come scarto considerevole dallo standard di diligenza che si desidera imporre sugli agenti (o colpa grave in senso proprio) (…) La colpa grave, come grave scarto dalla diligenza media, è ravvisabile nella condotta afflitta da una imprudenza o imperizia straordinaria e inescusabile che consiste nell'omettere quel grado minimo di diligenza che tutti osservano", per cui, nella soluzione dei casi di responsabilità professionale nei quali si presentano problemi tecnici di particolare difficoltà, il criterio utilizzato è quello della colpa intesa come "prudenza esigibile dal tipo di professionista convenuto"[11].

Ne consegue che la colpa civile si ispira ad un parametro oggettivo ed

---

bligo di agire derivante dal rapporto. Di tale obbligo il criterio di determinazione non può essere che l'art. 1176", precisando che "il dovere di comportarsi in modo idoneo a conservare la possibilità della prestazione è strumentale e integrativo dell'obbligo di prestazione".

[9] L. Mengoni, voce "*Inadempimento (dir. priv.)*", in *ED* XX, Milano 1970, p. 19 del testo elettronico.

[10] P.G. Monateri, *Le Fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1998, p. 747.

[11] *Ivi*, p. 108.

astratto, al quale rimane estranea ogni valutazione di ordine personalistico o morale, e cioè prescinde dall'accertamento della *mens rea*; sarebbe sempre caratterizzata dalla violazione di standard di diligenza media, pur rapportata alla professione o attività esercitata. La gravità della colpa (e, dunque, della negligenza) viene in considerazione al fine di limitare la responsabilità nelle situazioni in cui l'applicazione del parametro "ordinario" risulterebbe inappropriato (come nel deposito e nel mandato gratuito, nei quali il depositario ed il mandatario non ritraggono alcuna utilità), ovvero determinerebbe un effetto disincentivante per l'assunzione di alcune obbligazioni (nei casi in cui si profilano, appunto, problemi tecnici di speciale difficoltà). In queste ipotesi non viene imposto, in realtà, un dovere di diligenza inferiore, ma, al contrario, il comportamento del debitore viene valutato sempre alla stregua della diligenza ordinaria, sussistendo la responsabilità solo se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, questi abbia tenuto una condotta connotata da crassa imperizia, imprudenza o negligenza: si tratta, dunque, della diligenza media dovuta in relazione al tipo di attività esercitata, in rapporto alle difficoltà del caso concreto.

L'elaborazione attuale sul ruolo della colpa/diligenza nell'ambito della valutazione della responsabilità, costituisce il superamento dell'impostazione assunta nel diritto intermedio secondo cui la colpa era il criterio soggettivo di determinazione della responsabilità: la colpa, infatti, assumeva il ruolo di criterio generale, che ricomprendeva sia il dolo che la colpa in senso stretto, per l'integrazione dell'elemento soggettivo dell'illecito civile. La colpa in senso proprio, poi, era qualificata a seconda del grado di diligenza dovuto, in *lata, levis* e *levissima*.

La graduazione della colpa – e quindi, la intensità della diligenza richiesta – veniva effettuata in relazione alla natura dei singoli contratti, e in considerazione dell'utilità che i contraenti ricavavano: "il debitore era chiamato a rispondere del danno cagionato all'altra parte a seguito di dolo o colpa; il grado di colpa fino al quale si era tenuti arrivava, per i contratti costituiti nell'interesse del debitore (ad esempio il comodato) fino alla *culpa levissima* che, nell'elaborazione che si consolida sin dai primi glossatori, assurge a categoria a sé, sul modello della responsabilità extracontrattuale del diritto romano; del caso fortuito e della forza maggiore – concetti adoperati quasi sempre come equivalenti – non si rispondeva. (…) si rimaneva lontani dalla costruzione di un profilo unitario della responsabilità che si fondasse su norme generali, anche se derogabili dalla volontà delle parti o dalla stessa legge per i singoli contratti. Si guardava fondamentalmente ai singoli contratti e, del resto, il principio ritenuto operante – quello dell'utilità dell'uno o

dell'altro contraente o di entrambi – faceva riferimento alla *natura contractus* per stabilire la regola della responsabilità"[12]. La *culpa* si presenta, pertanto, articolata in generi e gradi, a seconda della *diligentia* (da intendersi quale impegno dovuto) richiesta al debitore nell'adempimento[13], da porsi in relazione all'utilità che questi traeva dal contratto. La dottrina medievale "ritorna alla *culpa lata* e *levis* dei Romani; ma insieme vi aggiunge una *culpa levissima*: una colpa che i Romani certamente non hanno conosciuto nel senso che ora si volle darle, come di una mancanza di diligenza propria del buon padre di famiglia straordinariamente accurato (…) La nuova *culpa levissima* diventò così la mancanza della diligenza del *diligentissimus partefamilias*; e si insegnò che, mentre della *culpa lata* si doveva rispondere quando non si aveva nessun vantaggio dal negozio, e della *levis* quando il negozio ridondava a vantaggio d'ambo le parti, invece si dovesse rispondere di *levissima*, quando era uno solo a trarne profitto"[14]. I tre gradi della colpa erano ovviamente in rapporto con i tre gradi della *diligentia minima*, *exacta* ed *exactissima*. In particolare, e per quanto di interesse al tema che si sta trattando, la *culpa lata* si identifica con la violazione di quel minimo di diligenza che è naturalmente insito in qualsiasi uomo, è, in altre parole, la deviazione da ciò che tutti fanno comunemente, e, anche, l'ignoranza delle regole di comportamento che sono proprie di coloro che esercitano la medesima attività o professione. Secondo Bartolo, infatti, "*lata culpa est negligentia magna ex fatuitate procedens, quae consistit in eo, quod minorem diligentiam quis adhibet quam hominum communis natura desiderat, qui sunt eiusdem professionis et conditionis*"[15]:

---

[12] I. Birocchi, U. Petronio, voce "*Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*", in *ED* XXXIX, Milano 1988, p. 3 del testo elettronico, ove precisano che "ogni contratto, in sostanza presenta una propria struttura e si configura come un'operazione che oggettivamente esprime un assetto di interessi dal quale fondamentalmente scaturiscono i limiti della responsabilità". Sulla nozione di *natura contractus* si veda P. Grossi, *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 15, 1986, p. 601 ss.

[13] P.S. Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, Parte III, *Le obbligazioni*, Milano 1948, p. 79, osserva che "dal diritto romano derivò il principio per il quale il debitore contrattuale deve rispondere di ogni colpa anche lieve e non solo di atti positivi ma anche per omissioni che gli siano imputabili per non avere usata la diligenza che avrebbe usata un padre di famiglia nel condurre un negozio o nel custodire una cosa".

[14] F. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni nell'età del risorgimento* 1, Milano-Torino-Roma 1920, p. 259, ove precisa che "è una teoria che durò a lungo, nonostante l'opposizione di Donello: si può dire fino al principio dell'ottocento".

[15] Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, a l. Quod Nerva, ff. depositi (D. 16, 3, 32), n. 16.

"si raggiungeva e si varcava il confine tra la *diligentia* e la *peritia*: e non si misurava più quella, ma questa: '*non ergo quaelibet impetitia artificis est lata culpa. Sed si erratur in eo quod communiter sciunt omnes, erit lata culpa. Si erratur in eo, quod sciunt excelentes artifices, erit levis. Si erratur in eo, quod sciunt tantum excellentissimi, erit levissima*'; e si faceva nascere una *culpa lata* oltre che dalla mancanza di una minima diligenza, dalla mancanza di una minima *peritia*"[16]. Si riconduce alla *culpa lata* il venir meno anche della *diligentia quam suis*: "vengono conseguentemente identificati due tipi di *culpa lata*, l'uno consistente nel non essere tanto diligente, quanto lo richiede la *communis hominum natura*, l'altro nel non adibire la *diligentia quam suis*. Onde Accursio trae la conseguenza che se taluno nelle cose proprie osserva una diligenza inferiore al minimo richiesto dalla *communis natura hominum*, anche se adibisce nel rapporto obbligatorio la *diligentia quam suis*, è tenuto per *culpa lata* in base al differente criterio"[17].

La definizione di Ulpiano (D. 50, 16, 213, 2: *Lata culpa est nimia negligentia: id est, non intelligere, quod omnes intelligunt*) viene peraltro criticata da alcuni commentatori, tra cui Jacques de Revegny, il quale sottolinea la sua ristrettezza "per il fatto di non tener conto di particolari situazioni, in cui alcuno non può esser tenuto a sapere ciò che tutti gli altri sanno (come nel caso del *bannum coram rusticis*, che non può esser conosciuto da chi fosse *in camera*), o può esser tenuto a sapere ciò che tutti gli altri non sanno, né vi sono tenuti, come il caso del *medicus* o dell'*artifex*"[18]: emerge, pertanto, l'adattamento della diligenza minima a seconda della condizione o

[16] M. Bellomo, voce "*Diligenza (dir. interm.)*", in *ED* XII, Milano 1964, p. 4 del testo elettronico.

[17] M. Talamanca, voce "*Colpa civile (dir. rom. e interm.)*", in *ED* VII, Milano 1960, p. 9 del testo elettronico. M. Bellomo, *op. cit.*, p. 8 del testo elettronico. Precisa in argomento: "si cercava di stabilire, nell'ipotesi di inadempimento di una obbligazione, se il soggetto inadempiente aveva prestato *l'exacta diligentia*, di regola richiesta: nel caso affermativo, nessuna responsabilità per colpa; nel caso negativo, di regola, una responsabilità per *culpa levis*. Ma si cercava di stabilire, pure, – per accertare il grado di responsabilità –, se il soggetto inadempiente aveva prestato *in rebus alieni* della stessa diligenza di cui era solito usare o di cui aveva usato in concreto per le cose proprie: se sì, non si poteva supporre un comportamento doloso; se no si presumeva il dolo", atteso che "la mancanza della *diligentia quam suis* produce una presunzione di dolo e apre quindi una responsabilità per *culpa lata* (essendo il dolo presunto, pei giuristi medievali – com'è noto –, equiparato alla *culpa lata*)". Sulla *diligentia quam suis* cfr. anche L. Maganzani, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Rivista di diritto romano* III, 2003, in http//www.ledonline.it/rivistadidirittoromano.

[18] M. Talamanca, *op. cit.*, p. 9 del testo elettronico.

dell'attività esercitata, rendendo, ad esempio, il professionista responsabile per *culpa lata* quando non conosce le regole della professione che devono essere conosciute da tutti coloro che svolgono la medesima attività. L'evoluzione si completa con Donello, che riconduce ad unità le divergenze di opinioni sulla colpa, la cui soluzione può essere, dunque, riguardata come un tentativo di sistematizzazione: la colpa consiste nel non avere previsto ciò che era prevedibile, e nell'inosservanza del grado di diligenza richiesto dal singolo contratto, ciò che era prevedibile, ed è criterio di imputazione della responsabilità indipendentemente dall'essere divenuta la prestazione impossibile: la *culpa lata* è propria di chi conosce il pericolo o dovrebbe conoscerlo, perché conosciuto da tutti, mentre la *culpa levis* è l'imprudenza[19].

La *culpa*, quale elemento soggettivo dell'illecito civile consistente nel non prevedere ciò che con la dovuta diligenza è possibile prevedere, con i suoi gradi, trova applicazione anche nell'ambito della responsabilità aquiliana[20], nella quale, peraltro, la *culpa lata* rileva come dolo presunto, e si riscontra quando non si è osservata l'attenzione minima per prevedere quanto può accadere ovvero quando l'agente si intromette nell'esecuzione di attività che necessitano una perizia, senza minimamente averla, ed i casi sono quelli del medico *imperitus* che esegua maldestramente una operazione che ogni medico avrebbe saputo svolgere, ovvero del medico che abbia eseguito l'operazione a regola d'arte e che abbia poi trascurato la cura del paziente. Tale approccio annulla le differenze tra la colpa contrattuale e la colpa nell'illecito extracontrattuale, essendo in entrambi i casi, criterio di imputazione della responsabilità basata sulla valutazione della diligenza richiesta, che si specifica nella prevedibilità del danno.

È evidente che l'impostazione ora sintetizzata si pone in maniera antitetica rispetto a quella accolta dalla codice vigente, cui si è pervenuti sotto

---

[19] H. Donello, *Commentarii absolutissimi ad II, III, IV et VIII Libros Codicis*, ed. Francoforte 1599, a tit. XXXV, Lib. IV, *Mandati vel contra*, nn. 18 ss.: "*Culpa duplex est, lata et levis (…) Lata culpa est omne factu quo alteri nocetur non data ad id opera, sed tamen eo facto, quod dolo sit proximo, id est, ex facto, quod is facit in rebus suis non admitteret, aut cuius casum et periculum omnes homines intelligerent (…) Culpa levis est ob factum, quo noceretur alteri iniuria, sed tamen mala mente, sed per imprudentiam. Non mala mente, ut distinguatur levis culpa et a dolo et a lata culpa (…) Imprudentiam autem intelligimus, cum quis quid facit aut omittit, quod idem in suis rebus facere et omittere, sed non providit id quod diligens paterfamilias providisset, ne damnum contigeret*", dove prosegue illustrando la diligenza richiesta nei singoli contratti.

[20] In argomento, cfr. G.P. Massetto, voce "*Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.)*", in *ED* XXXIX, 1988.

la spinta della Pandettistica[21], ma che era comunque stata anticipata dalla prevalente dottrina civilistica anteriore che "non assegnava un fondamento soggettivo alla responsabilità contrattuale: perché parlando di estinzione delle obbligazioni riconosceva soltanto all'impossibilità effettiva di adempiere efficacia liberatoria e confinava il giudizio sulla colpa nella verifica dell'imputabilità o meno al debitore della sopravvenuta impossibilità"[22].

Lo scopo che ci proponiamo è quello di verificare se l'applicazione del criterio della *culpa lata* come concepita nel diritto intermedio, può essere di utilità nell'esame delle situazioni in cui è prevista dalla legge la "colpa grave", ovvero se, comunque, al di là delle ricostruzioni dogmatiche che negano l'attuale esistenza dei gradi della colpa, questi siano, in realtà, sopravvissuti dal punto di vista fattuale sotto mentite spoglie. L'analisi si svolgerà sui casi decisi dalla giurisprudenza sammarinese: nel diritto sammarinese, infatti, permane l'approccio soggettivo alla responsabilità, nel quale la *culpa* è il criterio di imputazione fondamentale, che, lungi dal consentire una ricostruzione sistematica, impone l'accertamento nei singoli contratti della *diligentia* richiesta al debitore inadempiente, analogamente a quanto avviene nell'illecito aquiliano.

2. Il sistema sammarinese delle fonti e la permanenza della disciplina contrattuale ed Aquiliana e dello *ius commune*

La sopravvivenza della *culpa* del diritto intermedio si è verificata nell'ordinamento sammarinese in ragione della continuità che si è avuta nel sistema delle fonti del diritto, essendo rimasta la Repubblica di San Marino estranea al movimento che ha portato alle codificazioni, e, dunque, alla statalizzazione del diritto, ed alla identificazione del diritto con la legge[23].

Le fonti del diritto erano elencate nelle Rub. XIII e XXXI, Lib. I delle *Leges Statutae*: "Abbiano poi i predetti Capitani giurisdizione, ed autorità, e facoltà di conoscere, definire e terminare tutte le singole cause civili, criminali, pure e miste e le cause vertenti fra gli uomini, e le persone della predetta Terra e suo contado, giurisdizione e distretto, e qualunque altra persona secondo la forma degli Statuti e delle riformazioni del Comune

[21] L. Mengoni, *op. cit.*, p. 2 del testo elettronico illustra la genesi della teoria dell'impossibilità fortuita quale limite della responsabilità, riconducendola a Mommsen.

[22] Così G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli 1979, p. 15.

[23] Sul tema cfr. S. Caprioli, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano 2008, p. 5 ss.

della predetta Terra, le quali ora sono, od accadrà di fare in avvenire. E se gli Statuti o le riformazioni non decidessero i casi contingenti, si debba procedere, definire e terminare secondo la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta Terra".

Tale sistema delle fonti è stato "costituzionalizzato" dall'art. 3 *bis* della legge 8 luglio 1974 n. 59, nel testo aggiunto dall'art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36, sebbene con significative variazioni rispetto alle rubriche statutarie richiamate: si prevedono, infatti, quali fonti sussidiarie ed integrative rispetto allo *ius scriptum*, la consuetudine [i.e. le *laudabiles consuetudines*] ed il diritto comune, che è stato "nazionalizzato", sebbene, per definizione, fonte extrastatuale[24]. Nell'ordinamento giuridico della Repubblica di San Marino vigono dunque il diritto comune, le consuetudini, lo statuto e le leggi emanate dal Consiglio Grande e Generale, che si compongono in un sistema regolato dalla legge 8 luglio 1974 n. 59, la quale, con le successive modifiche, contiene la "Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese"[25].

Il connotato caratterizzante di questo sistema delle fonti è costituito dalla regola che disciplina la successione delle norme, la quale comporta il concorso delle stesse. Si è rilevato, in proposito, che il sistema di diritto comune "è connotato dalla pluralità degli ordinamenti e dalla conseguente distinzione delle competenze normative, sicché le norme si giustappongono in esso sull'identica materia, derogando nell'ambito di competenza la norma sopravveniente alla norma vigente. Questa risulta inapplicabile, non già abrogata. Ogni vicenda che tolga applicabilità alla norma sopravvenuta lascia rivivere l'applicabilità della norma derogata"[26]. Quando non vi sia abrogazione espressa, le norme si susseguono nella stessa materia per deroga.

---

[24] La portata di tale "costituzionalizzazione" è stata analizzata da S. Caprioli, *Per una lettura della Costituzione sammarinese riformata*, in *Giur. it.*, 2004, p. 914 ss.

[25] Cfr., sul punto, S. Caprioli, *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in *I.G.S. Miscellanea*, 1991.1, p. 22.

[26] S. Caprioli, *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese*, in *La legislazione societaria sammarinese*, Rimini 1990, p. 23 s. Si veda anche S. Caprioli, negli Atti del Convegno su *La tutela del minore nel nuovo diritto di famiglia. Osservazioni di diritto comparato*, San Marino 1989, pp. 141-143: "la norma derogante produce quiescenza della norma derogata, sicché la rimozione della prima non è vera e propria reviviscenza della seconda. L'unità del sistema chiamato diritto comune nel susseguirsi delle norme è il concrescere della disciplina, il complicarsi delle norme, che s'intrecciano in un reticolo finissimo. Ne risulta una stratificazione ininterrotta, priva di discontinuità, che rende spesso malcerto ai privati il campo su cui svolgere la propria attività discrezionale".

Quando la legge o la consuetudine locale non provveda a disciplinare una data materia, è fatto obbligo ricorrere, quale fonte sussidiaria, al diritto comune.

Va osservato, inoltre, che il diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino "non è il diritto romano giustinianeo, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine, negli Stati più civili del continente europeo e in particolar modo in Italia. Esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali [...] il diritto comune mercantile fa parte del diritto comune generale"[27]. Tale definizione, che sortisce dalla ricognizione puntuale del diritto applicato, distingue, dunque, il diritto comune storico dal diritto comune vigente in San Marino, quale complesso normativo costantemente applicato dalla giurisprudenza: "non ad un'ineffabile sostanza del diritto guarda Scialoja, ma alla formazione di esso, e muove dal constatare ciò che il diritto comune non fu […]. Ora impiegando il lessico dei positivisti e semplificando non poco, Scialoja prima distingue le esperienze, diverse dalla giustinianea, che ebbero corso per i secoli in cui *si venne formando e svolgendo* il diritto comune; e le riduce poi a sintesi nelle *decisioni dei più rinomati tribunali* e negli *scritti dei più autorevoli giureconsulti*. Tre giuristi veri gli fanno da guida [Casaregi, Richeri e Voet], vissuti in tempi nei quali la piccola repubblica di Romagna poteva apparire – ed era – estranea ai mutamenti profondi delle società europee e delle istituzioni. Ai sammarinesi Scialoja additava quelle opere, come punti fermi di orientamento in campi sui quali gli statuti non avevano segnato alcuna traccia che derogasse al diritto comune, mentre questo dal suo canto non apprestava una tutela soddisfacente nell'ipotesi da definire. È impossibile sopravvalutare la decisione dell'agosto 1924: se le brevi righe dello statuto dalle quali Scialoja prendeva le mosse (§ 144, indirizzato a lui quale giudice di secondo grado; e §§ 18, 38, rivolti ai reggenti ed ai giudici di primo grado) delineavano il sistema, davano pure il criterio di collegamento, che congiungeva l'esperienza sammarinese a quella europea: per questa via la decisione di Scialoja riconduceva la piccola repubblica verso la 'comuni-

[27] Sentenza Giudice delle Appellazioni V. Scialoja 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 18, emessa in una fattispecie relativa a rapporti societari, ove si chiarisce che il diritto commerciale fa parte dello *ius commune*, negando la specialità dello stesso. Sul sistema delle fonti cfr. anche G. Ramoino, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, Repubblica di San Marino, 1928, p. 3, ora riedito a cura della Banca Agricola Commerciale in *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino 2000, pp. 9-25.

cazione del mondo civile', da cui era esclusa con la serrata seicentesca del Consiglio grande e generale"[28].

Partendo dalla definizione di Vittorio Scialoja, e tenuto conto del fatto che il diritto comune si rinviene negli scritti giuridici, la dottrina sammarinese ha chiarito che, di fronte agli inevitabili conflitti di opinione su singole questioni, il giudice sammarinese è tenuto a seguire la *communis opinio doctorum* intesa nel senso sulla scuola culta, vale a dire tenendo conto del valore dell'autore, più che al numero degli stessi, pur essendo loro consentito discostarsene ove concorrano particolari ragioni da esporre nella decisione, e che, sebbene tutti gli autori di diritto comune forniscano insegnamenti utili, "tuttavia sono da preferirsi quelli dei sec. XVI, XVII e XVIII: nell'epoca, cioè, in cui il diritto comune si trovava nel suo maggior splendore. Inoltre il diritto comune è più da cercare negli scrittori pratici che nei culti o teorici"[29]. Ed in questo momento, nel quale la pratica tende a ricercare "*la norma*", piuttosto che la "*regula iuris*", è doveroso ricordare il monito di un grande giurista: "il rinnovamento metodologico che lo studio scientifico del diritto comune ha subito nell'ultimo quindicennio non consente più che tutto ciò si trascuri, e che si continui a frantumare l'organica vita degli istituti giuridici nelle citazioni di passi di dottrina e di giurisprudenza staccati dal contesto per quel tanto che giova a una tesi, e altrettanto arbitrariamente ricomposti in un mosaico che, oltre ad offendere il senso critico, viola la storia e la logica, vale a dire due volte la storia; mentre per altro verso richiama alla mente il severo ammonimento di Celso: '*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*' (D. 1, 3, 24)"[30].

Merita quindi di essere sottolineato come l'ordinamento sammarinese

---

[28] S. Caprioli, *Il diritto comune* cit., p. 55 e 58 s.

[29] G. Ramoino, *Le fonti del diritto privato* cit., p. 12 s. Tale Autore, che è stato Commissario della Legge a San Marino per oltre cinquanta anni, elenca poi le opere che possono essere consultate in quanto "vengono normalmente citate avanti i Tribunali di questa Repubblica". Tra esse meritano di essere segnalate: a) tra i compendi e repertori, la *Summa diversorum tractatuum* di Marco Antonio Sabelli, e la *Prompta bibliotheca canonica, juridica* di Lucio Ferraris; b) tra le opere di carattere generale, il *Theatrum veritatis et iustitiae* del cardinal Giovanni Battista De Luca e, dello stesso Autore, il *Dottor Volgare*, in lingua volgare; la *Universa civilis et criminalis jurisprudentia* di Tommaso Maurizio Richeri; il *Commentariorum ad Pandectas* di Giovanni Voet, le opere di Stracca, Scaccia e Casaregis per il diritto commerciale; c) tra le raccolte di giurisprudenza dei "grandi Tribunali", quelle della Rota Romana".

[30] F. Calasso, *L'acquisto della cittadinanza secondo il diritto comune vigente nell'ex Stato pontificio*, in *Giurisprudenza sammarinese* 3, 1963, p. 509.

costituisca un ordinamento "*aperto*", nel quale si riflette una concezione sovranazionale del diritto dal lato delle sue fonti[31]: lo *ius commune*, fonte extrastatuale, trae infatti la propria legittimazione esclusivamente dal prestigio dottorale, sebbene forse per errore ovvero inconsapevolmente sia stato inserito nella Dichiarazione dei Diritti tra le fonti interne. Tale qualificazione assume rilievo sotto il profilo dell'integrazione dell'ordinamento, al quale è estranea la problematica delle lacune normative, ed è appalesata dai canoni elaborati dalla dottrina del diritto comune, tra i quali merita richiamo il ricorso alla cosiddetta *lex loci vicinioris.* Secondo autorevole dottrina "sembra quasi che *alius (locus)* sia venuto a significare un ordinamento (territoriale o non), altro da quello in cui si trova il *casus decisus*; e che *locus* significhi, nel ben noto senso figurato, il luogo (ordinamento territoriale o non) ove il *casus* si trova *decisus*. Si trova perfino l'espressione '*leges adiacentes*', come in De Luca, *Theatrum, De legitima*, disc., 3, n. 14 del sommario", e la decisione del *casus omissus* secondo la *doctrina magistralis* della *lex alii loci* opera la recezione della stessa nella *lex loci*, che avviene ad opera della giurisprudenza: "questa recezione può essere tale per una singola questione o *casus,* prima non *decisus* nella *lex loci*. Ma può essere gradualmente estesa a un notevole complesso di casi concernenti una data materia. In questa

[31] Cfr. in argomento G. Gorla, L. Moccia, *Profili di una storia del diritto comparato in Italia e nel mondo comunicante*, in *Riv. dir. civ.* 1, 1987, p. 237 ss., nonché G. Gorla, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, p. 877 ss. Osserva D. Corapi, *Evoluzione economica e comparazione giuridica,* in *Quadrimestre*, 1986, p. 125 ss., che uno degli effetti prodotti sul *legal process* dei diversi ordinamenti dalla evoluzione dei sistemi economici è costituito dal superamento della concezione dell'ordinamento "chiuso", che è tipica degli ordinamenti a diritto codificato, vale a dire il superamento della teoria delle fonti del diritto come fonti formalmente predeterminate ed esclusive. Infatti, il riferimento alla contrapposizione tra sistemi chiusi e sistemi aperti si basa sulla presenza o sulla assenza di norme rigide e formali sulle produzione delle regole, norme, cioè che definiscano e limitino drasticamente le fonti del diritto. Tenuto conto che in ogni sistema si possono rinvenire diversi "formanti", ovvero diversi livelli di formazione e di consapevolezza sulla formazione delle regole del diritto, la concezione del sistema chiuso non può resistere di fronte ad esigenze di comprensione diversa dei fenomeni della vita giuridica che pone il sistema industriale. Il sistema aperto ammette, invece, la pluralità delle fonti normative, e consente un adattamento costante delle regole che si attua normalmente mediante integrazione eteronoma. Vale comunque la pena notare che, ovviamente, ciò non significa che debbano essere acriticamente recepiti istituti e discipline altrove vigenti e spesso estranee al sistema. Cfr., in argomento, S. Caprioli, *Il diritto comune nello statuto sammarinese vigente. Problemi e prospettive dinnanzi alla Dichiarazione dei Diritti*, in *I.G.S. Miscellanea*, 1992.3, p. 23.

seconda situazione si trova recepito nel corpo della *lex loci* un tale complesso di casi, concernenti quella data materia, da rendere ormai possibile al giudice anche una argomentazione *a similibus* dai casi recepiti; e questa il giudice sarà propenso a fare, dato che trova ormai recepito quel complesso, e vi sarà propenso, sia per "amor di patria" sia per meglio adattare la *lex alii loci* alle condizioni proprie del suo paese"[32].

Non può poi essere passata sotto silenzio l'importanza che assume la giurisprudenza: nella istituzionale attività di applicazione delle norme alla fattispecie concreta, e quindi di interpretazione delle stesse, la giurisprudenza ha enucleato una serie di principi che hanno consentito di adattare l'ordinamento all'evoluzione sociale ed economica[33]. Affermano, a sostegno di tale tesi, autorevolissimi giuristi: "il diritto comune è un'evoluzione continua dai glossatori a noi; in ciascun momento storico esso è diverso da quello che era nei momenti storici anteriori, da quello che sarà nel momento storico successivo e come diritto comune vigente si può applicare soltanto in quel grado di svolgimento che ha raggiunto all'atto dell'applicazione"[34]. Il diritto comune, dunque, appare non come un *corpus* normativo statico, che storicamente è stato vigente nei Paesi europei, bensì dinamico, adattabile ed adattantesi, attraverso l'interpretazione, all'evoluzione della storia, ed in tale capacità di adeguamento trova le ragioni della sua vigenza. Ciò non significa ascrivere alla giurisprudenza funzione creativa, ma riconoscerle il ruolo fondamentale di dare attuazione ai diritti delle parti in un dato momento storico, conformemente a quell'approccio non formalistico che è tipico del sistema, e che impone di tenere conto dell'interesse protetto[35].

---

[32] Così G. Gorla, *Il ricorso alla legge del luogo vicino nell'ambito del diritto comune europeo* (1973), in *Diritto Comparato e diritto comune europeo* cit., p. 624 ss., cui si rinvia anche per la corretta individuazione del significato e dei limiti del ricorso, che non consente, comunque, la recezione acritica delle norme straniere.

[33] Sulla natura costitutiva dell'*interpretatio* cfr. U. Santarelli, *Cinque lezioni sul diritto comune delle società*, in *I.G.S. Miscellanea*, 1991.2, p. 42: "il giudice sammarinese *dicit ius* nel senso alto forte e pieno della parola, e quindi la sua *interpretatio iuris* è veramente creatrice dell'ordinamento, oltre che risolutrice di fattispecie controverse".

[34] F.S. Lupacchioli, E. Redenti, *Del mutamento di cittadinanza per effetto di matrimonio e della legge regolatrice della capacità personale secondo il diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*, in *Giurisprudenza sammarinese* 1, 1965, p. 138.

[35] L'affermazione rimanda alla *Interessenjurisprudenz* ed alle teorie di Jhering. Cfr. R. von Jhering, *Der Zwek im Recht*, Lipsia 1877, trad. it. a cura di M. Losano, Torino 1972. È interessante anche sottolineare come tale concezione del diritto sia molto vicina a quella del realismo giuridico statunitense: "la vita del diritto non è mai stata la logica, è stata l'esperien-

La vigenza dello *ius commune* quale fonte sussidiaria e, quindi, l'assenza del codice, hanno determinato la permanenza della disciplina contrattuale ed aquiliana del diritto intermedio, alla quale non sono estranee, peraltro, sovrapposizioni concettuali (spesso inconsapevoli), derivanti dal diritto italiano, che contaminano la disciplina degli istituti, dovuta soprattutto alla assenza di una dottrina critica. È stato in proposito rilevato che "il dato problematico più rilevante di questo rapporto con il diritto della tradizione, più che nella sua completezza dei richiami alle fonti del diritto comune, è costituito dalla mancanza di un pensiero scientifico contemporaneo su quelle fonti, che sottrae le condizioni stesse del processo elaborativo di quel diritto come risultato della riflessione dell'interprete sulle fonti, facendo così mancare all'esperienza del diritto comune (e del diritto proprio sammarinese) vigente un suo elemento di struttura"[36].

Il sistema contrattuale sammarinese rimane dunque sostanzialmente ancorato all'elaborazione della dottrina civilistica del diritto intermedio sul sistema romano giustinianeo: "la giurisprudenza civilistica medievale, dai glossatori bolognesi agli interpreti del sec. XV, conserva costantemente a base della sua costruzione teorica l'antitesi fondamentale tra *contractus* e *pacta* (ovvero, per usare la nuova formula, fra *pacta vestita* e *pacta nuda*): il sistema dei contratti continua sempre ad essere presentato come un sistema di cause o figure tipiche, riconosciute come fonti delle obbligazioni. (…) Rimane fermo il principio '*nudum pactum obligationem (actionem) non parit*', al quale è anzi attribuita importanza fondamentale: e gli inter-

za. Le necessità del periodo, le prevalenti dottrine morali e politiche, le intuizioni di *public policy* deliberate o inconsce, perfino i pregiudizi che i giudici condividono con i loro fratelli uomini hanno fatto assai più del sillogismo nel determinare le regole attraverso cui gli uomini devono essere governati" (O.W. Holmes, *The common law*, Boston 1923, p. 1).

[36] F. Treggiari, *Trust e diritto comune a San Marino*, in Aa.Vv., *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, San Marino 2005, p. 56 e s. Le stesse osservazioni sono svolte anche da A. Landi, *Note a margine di un recente convegno sul diritto comune vigente* (http://www.idr.unipi.it/iura-communia/landi.html), ove, con riferimento al diritto sammarinese vigente, conclude: "nell'individuazione di questo diritto vigente (ma si potrebbe forse dire vivente […]) consiste proprio l'alta funzione del giurista. Si può in definitiva continuare a parlare di diritto comune, purché sia chiaro – una volta di più – che non si è in presenza d'una riedizione del diritto romano ammodernato, né d'un diritto comune preservato intatto dall'*Ancien Régime* fino ai nostri giorni, quanto piuttosto d'un'esperienza giuridica che, mercè la continua interpretazione giurisprudenziale, con la propria sensibilità e con quella coscienza comune di cui parlava Jemolo, utilizza ancora con profitto il venerando prodotto normativo di un ordinamento carico di secoli".

preti medievali notano comunemente come, in antitesi al *contractus*, fonte di *obligatio civilis*, il *nudum pactum* possa solo dar vita ad una *obligatio naturalis*. (…) Alla comune osservazione che dal patto nudo nasce un'obbligazione naturale '*quam ius recipit et non adiuvat*', Bartolo soggiungerà che anche questa obbligazione ha una tutela del diritto civile mediante una *exceptio*, e Baldo ripeterà che dal patto nudo '*naturalis obligatio nascitur, et inde exceptio, quae sola aequitate nititur*'. (…) il patto che non è nudo viene detto vestito, e gli elementi obiettivi che gli conferiscono efficacia giuridica vengono qualificati come *vestes* o *vestimenta pactorum*. (…) gli interpreti continuano a distinguere i *pacta* in *utilia* ed *inutilia*, e fra i primi quelli che generano un'*actio*, ovvero un'*exceptio*; ed elencano quindi i *vestimenta pactorum*. Nel pensiero dei Glossatori questo elenco è preciso, limitato, con piena aderenza al sistema giustinianeo. In Azone le categorie dei *vestimenta* sono sei: di cui le prime quattro corrispondono alle categorie dei contratti nominati (*res, verba, litterae, consensus*); e le altre due sono l'*interventus rei* e la *cohaerentia contractui*. Di queste ultime, la prima comprende i contratti innominati, ed in genere, le fattispecie in cui la *datio rei,* o l'esecuzione di altra prestazione, è causa dell'obbligo all'adempimento della prestazione convenuta come corrispettiva; la seconda, i casi ben noti di efficacia dei cosiddetti *pacta adiecta* e in genere le fattispecie in cui '*pactum contractui nominato et vestito cohaerens, illi legem dare censetur et eidem inesse*', che costituiscono eccezioni rispetto al principio generale della inefficacia obbligatoria dei *pacta nuda* (…) il principio '*nudum pactum obligationem non parit*' vige ancor oggi, come espressione di una fondamentale esigenza, valida in ogni ordinamento giuridico, per cui il vincolo obbligatorio e la relativa tutela non possono essere ricondotti puramente e semplicemente alla volontà, o all'accordo degli agenti, senza che questo si concreti in una fattispecie caratterizzata da elementi oggettivi, sostanziali o formali, costituenti il necessario presupposto o la garanzia della realtà e serietà del consenso, cioè di una volontà non arbitraria ma fedele a se stessa, e pertanto meritevole di tutela giuridica"[37]. Dunque, "l'efficacia vincolante del patto causale verrà consacrata in una glossa di Accursio ove la causa verrà definita come la *datio vel factum* capace di 'vestire' il patto nudo"[38]. Ancora, "l'evoluzione della

[37] G. Astuti, "*Contratto (dir. interm.)*", in *ED* IX, Milano 1961, p. 12 e p. 14 del testo elettronico.

[38] E. Cortese, voce "*Causa del negozio giuridico (dir. interm.)*", in *ED* VI, Milano 1960, p. 9 nel testo elettronico.

disciplina dei *pacta* è guidata da una crescente semplificazione – sia delle strutture negoziali che del processo – che, naturalmente, per un verso tende all'omogeneizzazione di *pactum* e *contractus*, per l'altro utilizza le diverse esperienze pretorie in direzione della massima funzionalità dei negozi: la categoria di *causa*, intesa come ragione economica, e il crescente peso della *voluntas* rispetto alla forma sono le ragioni di fondo dell'evoluzione"[39].

E pertanto, il *vestimentum* (o causa giustificativa della sanzione della promessa) viene a consistere nell'esecuzione della prestazione, la *res* o *causa data*: "al consenso, che rappresenta così – nella concezione giustinianea – l'elemento soggettivo di ogni contratto, si contrappone come elemento oggettivo la causa […] per causa di un negozio giuridico s'intende la fondamentale intenzione delle parti: in tema di contratti e secondo l'opinione che riteniamo più corretta, si può chiamar causa quel contegno o quell'impegno della controparte in base al quale ciascuna delle parti addiviene al contratto"[40]. Sia detto per inciso che la nozione di causa è completamente diversa da quella derivata dalla Pandettistica, e che Emilio Betti[41] indica nella funzione economico-sociale del contratto, rendendola identificativa del tipo. La causa nel diritto comune assolve – come la *consideration* nel *contract* inglese –, alla funzione di discriminare i contratti dai patti, e, quindi, di distinguere le promesse giuridicamente rilevanti dalle altre. In altre parole, la "causa" coincide con la sinallagmaticità: la promessa di una parte trova la sua giustificazione (intesa come serietà della volontà di obbligarsi) nella repromissione dell'altra; si tratta di un sacrificio che una parte subisce in vista di un vantaggio (ovviamente lecito), ed è questa necessaria "bilateralità" che giustifica la vincolatività dell'accordo. Ed infatti, "da questa rigidità del sistema classico, come sistema di tipi di negozi o, meglio, di azioni, nasce il problema di classificare, in questo o quel tipo, certe situazioni che presentano qualche divergenza rispetto al tipo stesso; problema che accentua la tendenza alla 'tipicità' del diritto classico. Se di 'causa' pel diritto classico si vuol parlare (a parte la sconcertante ambiguità del termine) nel senso di ragione giustificativa della sanzione della promessa, essa è la cosiddetta '*causa civilis*'. Questa consiste nella *res* o consegna della cosa pei quattro c.d. contratti reali, e nell'affare tipico, ormai consacrato dalla vita quotidiana,

[39] G. Melillo, voce "*Patti (storia)*", in *ED* XXXII, Milano 1982, p. 11 nel testo elettronico.

[40] V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*[14], Napoli 1979, p. 297.

[41] Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa della II ed., Napoli 2002, p. 181 ss.

per i quattro contratti consensuali e per alcuni patti (D. 2, 14, l. 1 §§ 3 e 4 e l. 7 § 1 e 4). Ma per le *obligationes verbis* e *litteris* non si può tanto parlare di 'causa' come ragione giustificativa della sanzione giuridica, quanto di una forma (capace di qualunque contenuto) che serve ad *individuare e concretare* la volontà di obbligarsi giuridicamente, dalla quale volontà, più che dal valore mistico della cerimonia, nella società culta dell'impero, nasce il vincolo (D. 2, 14, 1). Sicché, se anche la forma rientra nella cosiddetta 'causa' quale ragione giustificativa della sanzione giuridica, questa ragione pel diritto romano si può definire, molto genericamente quanto tautologicamente, come la volontà di legge, la volontà, cioè, di riconoscere certi modi di obbligarsi e questi soltanto"[42].

È stato inoltre giustamente osservato che è proprio nell'ambito dei contratti di scambio che si hanno i primi riconoscimenti del consenso senza *res* e senza forma: "il successo in questo campo fu dovuto soprattutto al fatto che l'ambiente, il costume, era ormai maturo per considerare l'aspettativa o credito, derivante da una promessa, come bene equivalente alla *res* del contratto reale medievale, qualcosa che si poteva considerare come elemento del patrimonio, aveva un valore venale e si poteva scambiare. A ciò giovano la diffusione dei commerci e della fiducia, per cui ormai ci si affidava e si dava valore alla promessa, sotto la spinta, almeno teorica, delle scuole romanistiche, canonistiche e poi anche di diritto naturale; ma soprattutto sotto l'influenza delle idee e dalla prassi diffuse negli ambienti commerciali, ove, appunto, il credito era considerato un bene e veniva dai commercianti inserito nei loro bilanci nell'attivo (…) in questi contratti di scambio l'abbandono di criteri formali o quasi formali era più facile, dato appunto che chi entra in un rapporto di scambio suole agire molto cautamente e dato che lo schema di questi contratti, abbastanza tipici, è di per sé indice di una volontà seria di obbligarsi (…). Chi richiede la promessa di una controprestazione o di un sacrificio all'altra parte, suole agire seriamente: e, d'altro lato, va tutelato l'affidamento di chi riceve una simile richiesta e, accettatala, si prepara ad eseguirla. Così nella prassi o vita reale del diritto questi contratti incominciarono a venire riconosciuti come consensuali verso la fine del XV o i primi del XVI in Italia; più tardi altrove"[43].

In proposito si deve rilevare che "Bartolo e Baldo, pur negando qualunque efficacia ai patti nudi di fronte al diritto civile, ammettevano che

[42] G. Gorla, *Il contratto*, Milano 1955, p. 11 s.
[43] *Ivi*, p. 43 ss.

potessero essere obbligatori nel dominio del diritto commerciale, dove le questioni si decidevano *bona aequitate*. E lo stesso può riscontrarsi nel Saliceto, nell'Alessandri, nel Decio e in molti altri. Il card. De Luca (*Theatr., De credito*, *disc.* 74) sostiene pure che tra i negozianti possa bastare qualunque patto anche nudo: '*etiam ex pacto nudo competit actio inter negotiatores, inter quos non attenduntur iuris apices… quoniam inter eos proceditur ex bono et aequo. Et demum de iure novo cessat difficultas, attenta aequitate canonica, per quam etiam ex pacto nudo actio competit'.* Fra i commercialisti poi era addirittura generale il concetto, che giusta lo stile dei mercanti anche un nudo patto avesse forza né più né meno di una solenne stipulazione […] Fuori di questi casi, però, i giuristi aderivano ancora all'idea antica, che faceva differenza tra il *debitum*, ossia il dovere del debitore, e il *vinculum*, sia della persona e sia dei beni a garanzia dell'adempimento; e ciò forti delle tradizioni romane, alle quali certamente ripugnava di attaccare senza più la responsabilità alla semplice convenzione"[44].

La necessaria bilateralità oggettiva, e cioè il sinallagma, sostituisce, pertanto, la *res vel factum* dei contratti reali ed innominati. Si enuncia, infatti, nella tarda dottrina che "*contractus sunt conventiones, quae habent nomen vel causam praesentem, sua natura civiliter obligantem*"[45], ove la precisazione relativa alla c.d. causa presente, serve ad escludere rilievo giuridico alle promesse con c.d. *causa praeterita*, vale a dire, alla promessa a fronte di servizi gratuitamente resi nel passato, confermando la necessità della attualità dello scambio.

Allo stesso modo, la responsabilità extracontrattuale, è fondata sul *damnum iniuria datum*, divenuta nel diritto giustinianeo "un'azione generale diretta ad ottenere il risarcimento del danno con funzione integrativa e sussidiaria di fronte ai singoli rimedi specifici"[46]. La dottrina del diritto comune, sulle basi poste dal diritto giustinianeo, agendo sulla nozione di *culpa*, fece assurgere *l'actio ex lege Aquilia* ad azione generale per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da qualunque condotta antigiuridica posta in essere dall'agente nei confronti di persone e cose. Gli elementi costitutivi di tale azione sono il dolo o la colpa ed il nesso causale tra l'evento e la condotta del danneggiante, e cioè il *damnum* e l'*iniuria*. Il danno rilevante,

---

[44] F. Schupfer, *op. cit.*, p. 54.

[45] J.G. Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, §. 777, ed. Venetiis 1762, p. 355.

[46] Così E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* I, Padova 1942, p. 246.

seguendo la definizione pauliana in D. 29.2.3, viene così definito dalla dottrina: "*damni iniuria dati reparationem induxit lex Aquilia, (…): ex quo orta actio legis Aquiliae adversus eos, qui damnum iniuria, seu non iure dederint. Danni nomine intelligitur deminutio patrimonii*"[47]. Si evince, pertanto, che il danno giuridicamente rilevante si concretizza in una diminuzione del patrimonio del soggetto leso.

L'*iniuria* è l'elemento soggettivo dell'illecito, e consiste nel dolo e nella colpa. Con particolare riguardo alla colpa, va rilevato come solo in epoca giustinianea essa assunse il significato tecnico di imprudenza, di prevedibile non previsto o di imperizia nella propria arte o mestiere (D. 9.2.31). La dottrina, in merito al danno arrecato ingiustamente – con *iniuria* –, enumera i casi "ne' quali reputasi inferito il danno con colpa, e quelli all'opposto nei quali esso è fuori dalla pena della legge siccome inferito di pien diritto od a caso", annoverando i seguenti: "sonovi altri che han da rispondere del danno da essi recato occasionalmente per dolo o per imprudenza o per imperizia, mentre adempiono a qualche uffizio, od altrimenti in cosa legalmente lecita. Vi sono altri contra i quali è data quest'azione perché la lesione fu fatta col loro aiuto, o per loro impulso, esortazione o consiglio. Vi sono altri tenuti a causa di petulanza; e da ultimo sonvi altri che, divenuti rei di danno per varie specie di fatti colpabili, vanno convenuti con l'azione diretta od utile della legge Aquilia"[48]. La stessa dottrina, poi, esclude la sussistenza della colpa in conseguenza di comportamenti meramente omissivi: "ritenuto poi che nel diritto romano si conoscono due sorte di colpe, cioè la colpa di commissione, e colpa di omissione, vale a dire, colpa consistente in fare, e colpa consistente in non fare, ossia di omettere; vuolsi avvertire che la legge Aquilia pose compenso soltanto ad ogni danno recato per commissione, ossia facendo, oppure per commissione e per omissione insieme, che vale facendo e non facendo; ma non a quello che accade per sola omissione, a motivo che troppo dura cosa sarebbe che uno fosse tenuto per delinquente a cagione di una levissima colpa di omissione"[49]. Da notare, poi, che in tale azione rileva anche la colpa lievissima (D. 9.2.44): la responsabilità aquiliana, dunque, abbraccia ogni specie di colpa, con il solo limite del caso fortuito. Osserva in proposito la dottrina: "*culpa iuridica valde differt a casu, et*

[47] M.S. Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, lib. IV, tit. XL, cap. III, *sectio* III, § 2768.

[48] J. Voet, *Commento alle Pandette*, Libro IX, tit. II, n. 14.

[49] *Ivi*, n. 3.

dolo. Culpam enim iuridica quaecumque illa sit, sive lata, sive levis, sive etiam levissima, cum sit omissio alicuius diligentiae, et circumspectionis, quam homines diligentes, vel diligentiores, vel saltem diligentissimi talis status, et conditionis adhibere solent, potest caveri diligentia et circumspectione humana. Casus vero est rei inopinatae eventus, qui neque ab homine diligentissimo praevideri, vel impediri potest; unde de casu fortuito, ut de taerremotu, rapina, impetu praedonum, grandine, fulmine et similibus damnum causantibus, nemo tenetur, quia est extra humanam providentiam"[50].

3. *Culpa/diligentia* quale fondamento della responsabilità

Tale premessa è fondamentale per comprendere la permanenza dell'approccio tradizionale al tema della responsabilità del debitore, fondata sulla *culpa/diligentia* graduata in relazione alle obbligazioni che discendono dal singolo contratto, e secondo il criterio della *utilitas* dei contraenti.

Ed infatti, ad esempio, in tema di deposito, viene affermata la responsabilità per custodia del depositario, che, qualora sia oneroso, "è fondata almeno sulla *culpa levis*"[51], mentre se gratuito "il depositario risponde solo del dolo e della colpa grave"[52].

In ordine alla *locatio conductio rei*, si è affermato che "il conduttore è in obbligo di riconsegnare la cosa avuta in locazione nello stato in cui l'ha rice-

---

[50] L. Ferraris, *Prompta Bibliotheca canonica, iuridica*, to. 2, (C-D), ed. Bononiae, 1768, p. 536 ntt. 6 e 7. La giurisprudenza sammarinese ha ben rilevato che la colpa lievissima "compromette la responsabilità del danneggiante fino al caso fortuito": sentenza Commissario della Legge 7 marzo 1990, nella causa civile n. 124 del 1986, inedita.

[51] Sentenza del Commissario della Legge C. Falqui Massidda 2 marzo 1981, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 774.

[52] Sentenza Commissario della Legge F. Viroli 30 marzo 1988, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 1387. L'estensore dalla sentenza, peraltro, contraddittoriamente, riconduce la *culpa lata* alla violazione della diligenza media del buon padre di famiglia, sovrapponendo il regime della responsabilità introdotto dal codice civile a quella del diritto intermedio, senza alcun richiamo alle fonti, affermando, nella sostanza, l'irrilevanza dell'*utilitas* dei contraenti. Si legge, infatti: "in coerenza con il diritto romano ed il diritto comune, per l'art. 1768 del codice civile italiano, il depositario deve adempiere alla obbligazione di custodia con la diligenza del buon padre di famiglia, corrispondente al criterio generale dettato dall'art. 1176 dello stesso codice per l'adempimento delle obbligazioni in genere. Il criterio della diligenza media adottato per il deposito, sia esso oneroso o gratuito, comporta la responsabilità del depositario unicamente per *colpa grave in custodiendo*. Si tratta sempre della *diligentia in abstracto* e non di quella in concreto, *quam in suis rebus*, che era invece adottato dall'art. 1843 del codice civile abrogato". La confusione concettuale è palese.

vuta '*et restituere debet conductorem in eadem essentia et in eodem statu quo eam recepit*' (PACIONI, *Tract. de locat. et conduc.*, cap. LXV, pag. 353, n. 6). In mancanza di rilievi eseguiti all'atto della consegna deve presumersi che il conduttore abbia ricevuto la casa in buono stato di riparazioni locative. E per ciò le deteriorazioni e i deperimenti esistenti all'atto della riconsegna, e non fatti risultare all'inizio della locazione, devono presumersi avvenuti per colpa del conduttore perché, secondo la natura del contratto, egli è obbligato a custodire con la diligenza di un buon padre di famiglia la casa a lui affidata nonché di avvertire il locatore dei pericoli e dei danni cui essa va soggetta senza di lui colpa (Digesto, lib. XIX, tit. 2, leggi 11 parag. 2, 13 parag. 7, 29 – Lib. L, tit. 17, legge 23 – Codice, lib. IV, tit. 65, leg. 29). A carico del locatore restano i deterioramenti derivanti dall'uso normale della cosa locata nonché quelli cagionati da vetustà o forza maggiore in quanto logicamente non possono riferirsi ad un modo di cattivo godimento o ad una colpa del conduttore che induca l'obbligo di riparare"[53].

In ordine al mandato la giurisprudenza ha affermato la responsabilità del mandatario per *culpa levissima* se così hanno stabilito le parti, altrimenti per *culpa levis*: "che '*mandatarium et depositarium inter se non differre, (…), si agatur de eo depositario, qui deposito ultro se obtulit, quem placet culpam omniam prestare, et summam rei custodiendae adhibere diligentiam*' –'il mandatario e il depositario tra loro non differiscono, (…), se si è agito per quel depositario, che dall'altra parte si offrì per il deposito, che vuole dar sicurezza per ogni colpa e prestare somma diligenza nel custodire la cosa" (cfr. L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca, canonica iuridica*, tomus quintus (K-M), ed. Romae 1788, p. 219, nu. 24). Infatti il mandatario è responsabile per gli obblighi che si è assunto in conseguenza del contratto stesso. Da questo punto di vista la dottrina continua affermando che il mandante può essere tenuto non solamente per *culpa lata*, perché a questa prima conclusione '*obstant quedam leges, quibus traditum est, mandatarium, non tantum de dolo, sed culpae etiam nomine teneri. […] Culpae autem nomine absolute positae significantur culpa levis*' – 'si oppongono alcune leggi, dalle quali è tramandato che il mandatario è tenuto non tanto a titolo di dolo, ma anche di colpa […] Disposto incondizionatamente a titolo di colpa significa colpa lieve' (cfr. L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca, canonica iuridica*, tomus quintus (K-M), ed. Romae 1788, p. 219, nu. 24). Ne discende che

[53] Sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 31 marzo 1949, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, p. 224.

la responsabilità del mandatario si può contrattualmente estendere anche alla colpa lievissima nel momento della esecuzione, se in tal modo egli ha contratto: '*mandatarius tenetur de levissima culpa in exequendo mandato […] etiamsi hic solius mandantis versetur utilitas*' – 'il mandatario nella esecuzione del mandato è tenuto per la colpa lievissima […] ancorché questo rimanga nell'ambito dell'utilità del solo mandante' (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca, canonica iuridica*, tomus quintus (K-M), ed. Romae 1788, p. 219, nu. 23)"[54].

Per quanto concerne, invece, la responsabilità aquiliana, permane ugualmente il rilievo della *culpa levissima*[55]: "per escludere il concetto della colpa aquiliana non basta che il fatto, causa del danno, sia lecito ma si richiede pure che colui, che lo fa, usi tutte le prescrizioni che sono necessarie per renderlo innocuo ad altri e non incorra in colpa sia pure lievissima. La massima '*qui suo iure utitur neminen laedit*' esclude la responsabilità solo nel caso in cui con l'esercizio del diritto si privi altri di una semplice utilità o vantaggio (tranne i casi dell'esercizio del diritto per mero spirito di emulazione o dell'offesa di una servitù regolarmente costituita per la conservazione dell'anzidetta utilità o vantaggio) non già quando si opera a danno di lui effettiva diminuzione o distruzione di una attività patrimoniale"[56]. Permane, altresì, l'irrilevanza della colpa omissiva: "il comportamento omissivo tenuto assume rilievo in quanto contravverrebbe ad un preciso obbligo, e, in conseguenza di ciò, si sarebbe prodotto il danno lamentato. Infatti, la dottrina esclude la sussistenza della colpa in conseguenza di comportamenti meramente omissivi: 'ritenuto poi che nel diritto romano si conoscono due sorte di colpe, cioè la colpa di commissione, e colpa di omissione, vale a dire, colpa consistente in fare, e colpa consistente in non fare, ossia di omettere; vuolsi avvertire che la legge Aquilia pose compenso soltanto ad ogni danno recato per commissione, ossia facendo, oppure per commissione e per omissione insieme, che vale facendo e non facendo; ma non a quello che accade per sola omissione, a motivo che troppo dura cosa sarebbe che uno fosse tenuto per delinquente a cagione di una levissima colpa di omissione'

[54] Sentenza Giudice delle Appellazioni civili P.G. Peruzzi 20 dicembre 1995, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1991-1995, p. 332.

[55] Al riguardo la giurisprudenza sammarinese ha ben rilevato che la colpa lievissima "compromette la responsabilità del danneggiante fino al caso fortuito": sentenza del Commissario della Legge in data 7 marzo 1990, nella causa civile n. 124 del 1986, inedita.

[56] Sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 7 agosto 1934, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1933-34, p. 104.

(J. VOET, *Commento alle Pandette*, Libro IX, tit. II, n. 3); "*Plerique putant, nec culpam, quae in omittendo seu negligendo consistit, ad legem Aquilia pertinere, quoniam lex factum exigit. (…) Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere (…) quod verum est, si neglegentia circa circa factum aliquod antecedens causa damni praebuit*" – "E molti ritengono, che non appartenga alla legge Aquilia la colpa che consista nell'omettere o nel trascurare, poiché la legge esige una condotta commissiva (…) Altri ritengono che competa sotto questa denominazione per lo meno l'azione utile (…) ciò che è vero, se la trascuratezza in ordine al fatto fornisce qualche antecedente causa del danno" (A. VINNII, *Institutionum Imperialium Commentarius*, ed. Venetiis 1761, to. II, a Lib. IV, tit. III, 2 (*De iniuria*), p. 833). Nella specie l'illecito sarebbe commissivo, realizzato, tuttavia, attraverso una omissione; infatti, il danno si verifica per non avere l'agente adottato il comportamento che la legge gli imponeva di tenere, situazione che rende la condotta omissiva equivalente a quella commissiva"[57].

Il sistema della responsabilità, pertanto, si è mantenuto su evidenti basi soggettive: l'accento non è posto, infatti, sullo sforzo ordinariamente richiesto al debitore per la realizzazione dell'interesse del creditore, e, quindi, consentirgli di conseguire il risultato atteso, quanto, piuttosto, sul comportamento che, in ragione della natura del contratto, il debitore deve tenere, conseguendone l'irrilevanza dell'impossibilità sopravvenuta quando il debitore non si è conformato alla prescritta *diligentia*: il caso fortuito e la forza maggiore scriminano, infatti, solo se non vi sia la colpa. La graduazione della colpa, pertanto, mantiene un ruolo fondamentale perché definisce i limiti oltre i quali il debitore non è tenuto a rispondere dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, ovvero del fatto dannoso.

4. Esame della giurisprudenza sammarinese sulla *culpa lata*

Venendo all'esame dei casi giurisprudenziali nei quali viene in considerazione la *culpa lata*, la rassegna mostra che, al di là del deposito, il riferimento più frequente è nell'ambito della responsabilità professionale, soprattutto medica, ove la *culpa* è valutata nello stesso modo anche nelle ipotesi di responsabilità aquiliana. La *culpa lata* è richiamata, altresì, nell'ambito della responsabilità processuale aggravata e nella responsabilità del giudice; in un

[57] Così sentenza Commissario della Legge 11 marzo 2002, nella causa civile n. 146 del 1998, inedita.

caso è stata posta alla base della valutazione della giusta causa di licenziamento in tronco nel rapporto di lavoro subordinato.

Con riferimento alle professioni intellettuali viene enunciato dalla giurisprudenza risalente, ma costantemente applicato, il principio generale che "le obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionale sono di mezzi e non di risultato. Dottrina e giurisprudenza (confr. Cass. italiana 22 luglio 1960 n. 2089; 28 aprile 1961 n. 961) sono concordi nel ritenere che le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale (geometra, ingegnere, avvocato, medico chirurgo, ecc.) sono di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. Quindi l'inadempimento è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato"[58]. È evidente la sovrapposizione della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato estranea al diritto intermedio, ed il richiamo a fonti esterne, in luogo del richiamo della disciplina della *locatio-conductio*[59].

In concreto, tuttavia, alcune decisioni sembrano ricondurre la responsabilità dell'esercente la professione intellettuale solo alla colpa grave. Si afferma, in particolare (ma senza citazione delle fonti, ed anzi con richiamo espresso all'art. 2236 c.c. e ad una sentenza della Cassazione italiana, con evidente fraintendimento in ordine ai presupposti della responsabilità), con riferimento al caso del geometra che ha eseguito un progetto di riadattamento di un edificio, che "dottrina e giurisprudenza di diritto comune sentirono ben presto la difficoltà di applicare il precetto romano perché non può annoverarsi tra le colpe l'errore professionale quasi sempre scusabile (…) E la Cassazione Italiana (in giudicato 13 aprile 1939 nella Giur. ital. 1940, I, 152) ha affermato che 'non ogni errore professionale può determinare responsabilità bensì quello soltanto che si manifesta colposo frutto di evidenti incurie o di palese insipienza' (si noti che anche l'art. 2236 Cod. civ.

[58] Sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 30 giugno 1964, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964-69, p. 243 s.

[59] La giurisprudenza ha, in proposito, affermato: "le prestazioni professionali dei geometri, compresi tra coloro che esercitano di *studia liberalia*, si collocano nella categoria della *locatio operis*, per i caratteri che la distinguono dalla *locatio operarum*. Nella locazione d'opera l'elemento convenzionale è essenziale, sia per la prestazione del locatore d'opera, sia per la determinazione dell'onorario spettante" (sentenza Commissario della Legge P.G. Peruzzi 16 maggio 1990, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 1609 ss.).

italiano parla di responsabilità solo in caso di dolo o colpa grave). Ora 'incuria evidente' è una voluta trascuratezza dei propri doveri professionali che ha tanta luce da non potersi non vedere sicché non è concepibile che essa sia sfuggita a chi se ne è reso colpevole. La 'palese insipienza' è mancanza delle nozioni più elementari indispensabili all'esercizio della professione"[60].

In un'altra decisione (nella quale non veniva in considerazione la responsabilità del geometra, ma solo la valutazione del corretto adempimento delle prestazioni in vista della determinazione del compenso, contestato dal cliente in ragione del fatto che il progetto era stato respinto dalle competenti autorità), si propone, ancora una volta senza l'indicazione delle fonti, la posizione della dottrina italiana, specificando che "la diligenza richiesta al professionista nell'adempimento deve essere valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata; tuttavia, si deve ritenere che non si abbia una nozione della diligenza diversa da quella della diligenza del buon padre di famiglia; quelli che variano sono soltanto i criteri di valutazione del comportamento dovuto, ed in funzione non del tipo di obbligazione, ma della natura dell'attività dedotta nell'obbligazione, così che l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia si atteggia come diligenza del buon professionista. Ciò sta a base anche della regola che è applicabile esclusivamente alle professioni intellettuali secondo la quale, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave", per concludere che, in considerazione "alla *non eccessiva diligenza del professionista*, al rilievo che non è dato conoscere se il professionista fornì ai clienti chiarimenti ed informazioni intorno alle possibilità di successo del progetto edilizio", il professionista aveva comunque diritto al compenso, sebbene ridotto dal Giudice in via equitativa[61], il che, in sostanza, è come affermare che il professionista risponde solo per *culpa lata*: se, infatti,

---

[60] Sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 31 ottobre 1963, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, p. 326. Cfr. anche sentenza Giudice delle Appellazioni civili C. Pecorella 22 dicembre 1992, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1991-95, p. 206, ove viene riportata solo la seguente massima: "nelle prestazioni professionali eseguite in base al rapporto convenzionale proprio della *locatio operis*, la responsabilità sussiste solo quando il professionista versi in dolo, o l'imperizia sia tale da costituire colpa grave". In proposito si deve rilevare che secondo G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano 1958, p. 69 ss., l'interpretazione giurisprudenziale precedente il codice del 1942 era nel senso per cui l'errore professionale veniva considerato una causa di esonero della responsabilità qualora non si fosse sostanziato in una evidente e grossolana incompetenza.

[61] Sentenza Commissario della Legge F. Viroli 10 luglio 1989, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 1506.

nonostante la scarsa diligenza adoperata, e, dunque, alla non adeguata applicazione delle *leges artis* (che è la *diligentia exacta*), egli ha ugualmente diritto al compenso, sebbene in misura equitativamente ridotta, significa che non si è integrata la *nimia negligentia* idonea a fondare la sua responsabilità, con esonero del cliente dal pagamento dell'onorario. Tale sentenza, peraltro, confonde la diligenza quale sforzo dovuto dal debitore nell'adempimento (propria del diritto italiano) con la diligenza derivante dalla natura del contratto, che, peraltro, viene applicata in concreto, determinando la contraddittorietà della decisione con le premesse teoriche enunciate.

Ma è il settore della responsabilità del medico quello in cui la giurisprudenza sembra applicare in maniera più decisa il criterio della *culpa lata*: nei casi esaminati, ancorché venga enunciato il criterio della colpa (*levis*), in pratica la responsabilità si fonda sempre sull'accertamento della colpa grave.

Premesso che la colpa presuppone "l'imperizia e l'ignoranza, che, peraltro, sono valutate in maniera differente a seconda che il problema da risolvere sia di facile o difficile soluzione", si richiama la dottrina secondo cui "*medicus tenetur sub gravi obligatione habere sufficientem scientiam, sive peritiam*"[62], per affermare che il medico "è in colpa quando venga meno a tale standard di diligenza, e dunque tenti di curare una grave malattia senza la perizia sufficiente e richiesta, ovvero quando, applichi rimedi sperimentali in sostituzione di quelli di comprovata efficacia". Si richiama, poi, che "*medicus (…) suscipiens curam morbi desperati cum debita praedictione et protestatione neminem facit iniuria et excusatur*"[63], per inferire che "il medico, pertanto, è tenuto a prendere atto

[62] L. Ferraris, *Prompta Bibliotheca canonica, iuridica, moralis theologica*, ed. Bononiae 1766, To. V [M-O], § Medicus, n. 21, p. 57. La colpa viene identificata nell'imprudenza e nell'imperizia: "siccome poi chi esercita un'arte o professione viene scritta a colpa, non pure l'imperizia, ma eziandio la impotenza; non dovendo alcuno porsi a far cosa in cui sente o dee sentire che la sua imperizia o pochezza è per riuscire altrui pericolosa, ragion vuole che alla medesima legge Aquilia sieno tenuti anche i medici, i farmacisti, le levatrici, che tagliano imperitamente, danno medicamenti a sproposito, o ne falsificano o ne mescolano o porgon veleni in luogo di farmachi. A quella guisa infatti, non dev'essere imputato al medico l'evento della mortalità, medesimamente non è giusto né lecito che a pretesto della fragilità umana si tenga per colpabile il delitto di chi inganna gli uomini pericolanti, vanamente profferendosi ad apprestar medicina" (J. Voet, *Commento alle Pandette*, ed. Venezia, 1847, con la volgarizzazione a fronte del dott. L. Fortis, vol. II, ad Lib. IX, tit. II, n. XIV e XXIII, p. 291 e 302. Cfr. anche, nello stesso senso, T.M. Richeri, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, ed. Venetiis, 1841, to. III, Lib. IV, tit. XL, n. 2770, p. 612).

[63] M.A. Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*, ed. Bononiae 1685, to. III, § *Medicus*, n. 6, p. 194.

delle proprie competenze, astenendosi da quelle iniziative che eccedono tali conoscenze, e deve applicare le regole che, per il comune consenso delle autorità scientifiche e per la consolidata sperimentazione, si possono considerare acquisite alla scienza ed alla pratica. La colpa viene valutata con minor rigore solo quando il medico interviene in una situazione disperata, rispetto alla quale la scienza non offre rimedi certi, non si è consolidata una prassi medica, ovvero si tratti comunque di interventi che presentano una particolare difficoltà"[64], e si accerta che – nel caso di specie – la distocia di spalla, con conseguente paralisi ostetrica, cagionata ad un neonato a causa delle manovre non idonee eseguite dai sanitari per l'estrazione del medesimo, in assenza di condizioni d'urgenza per salvargli la vita, è dovuta alla colpa grave dei medici che hanno trascurato di adottare la diligenza minima, da intendersi sia quale imperizia che imprudenza, atteso che ogni ostetrico avrebbe dovuto conoscere ed applicare correttamente le semplici manovre estrattive a fronte della mancata rotazione dell'occipite, e sarebbe stato in grado di prevedere che, in tale situazione, l'estrazione violenta del bambino mediante la pressione sul braccio avrebbe comportato la lesione verificatasi. Parimenti, è stata riconosciuta la colpa grave del medico che ha eseguito un intervento di mastoplastica additiva: mediante il posizionamento della protesi per via ascellare si sono determinate lesioni al plesso brachiale, conseguenti allo scollamento dei tessuti con l'utilizzo di particolari strumenti chirurgici; la responsabilità per imperizia viene ad essere aggravata dalla dimissione della paziente il giorno successivo, con la presenza di deficit motori e parestesie agli arti superiori, senza preoccuparsi delle possibili conseguenze per la salute della stessa[65], ed in tal caso prevale l'elemento della negligenza, oltre all'imperizia, essendo la tecnica operatoria adottata sconsigliata, proprio per il rischio della verificazione di tale evento lesivo; si è anche ritenuta la colpa grave del medico che, durante un intervento di varicocele, effettuando manovre non previste dalla letteratura e dalle linee guida, senza avere tenuto nel debito conto il rischio di lesione dell'arteria spermatica insito nell'utilizzo di tale tecnica, da considerarsi, quindi, notorio, aveva provocato la necrosi del testicolo, tra l'altro, sottoposto ad indebite manipolazioni[66], venendo qui in considerazione sia l'imperizia che l'imprudenza.

---

[64] Sentenza Commissario della Legge 21 giugno 2001, nella causa civile n. 104 del 1997, inedita.

[65] Sentenza Commissario della legge 9 giugno 2005, nella causa civile n. 320 del 2000, inedita.

[66] Sentenza Commissario della Legge 21 agosto 2002, nella causa civile n. 167 del 1998, inedita.

Come è agevole verificare, i casi sopra richiamati sono esemplificativi della violazione della diligenza professionale minima, e cioè dello standard che necessariamente deve appartenere a qualunque esercente la medesima professione, e non allo specialista. Interessante notare, che tale colpa integra gli estremi della colpa penale, la quale, secondo la giurisprudenza, coincide con la "*culpa lata* nel diritto comune", che "è anche qualificata come '*magna negligentia*'. Si realizza, come affermato dalle fonti, a D. 16, 3, 32 oppure D. 25, 1, 22, 3 o infine D. 50, 16, 213, 2, un comportamento che trascura le precauzioni più comuni o meglio ancora omette (…) di fare qualcosa, o non prevede ciò che poteva e doveva essere previsto"[67]. Si deve anche osservare che nell'ordinamento sammarinese è ininfluente la qualificazione della responsabilità del medico quale aquiliana o contrattuale, attesa l'identica natura soggettiva, che sposta comunque sull'attore l'onere di dimostrare la colpa del sanitario, ed essendo sottoposte le due azioni agli stessi termini prescrizionali[68].

La colpa grave ed il dolo costituiscono anche il fondamento della responsabilità del giudice. Va premesso, al riguardo, che la colpa grave è definita – come in Italia – dalla legge[69], sì che si tratta ormai di una ipotesi speciale di responsabilità. In applicazione della definizione normativa, si è indicato che "il Giudice della responsabilità civile dei magistrati è richiesto di verificare non soltanto se il provvedimento che costituisce espressione della funzione giurisdizionale, e che si assume ingiustamente dannoso, sia stato emesso *contra ius*, bensì pure se la violazione di legge imputata al Magistrato autore del provvedimento sia dipesa da una sua inescusabile, perché frutto di crassa ignoranza giuridica o di una arbitraria e fantasiosa interpretazione del dato normativo, colpa", e si è escluso che costituisca colpa grave l'interpretazione fatta propria, benché disattesa dal Giudice d'appel-

[67] Sentenza Commissario della Legge P.G. Peruzzi 23 agosto 1989, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 1523 s.

[68] Peraltro, nella responsabilità professionale del medico ricorre il concorso tra azione contrattuale ed aquiliana: cfr. sentenza Commissario della Legge 26 ottobre 1998, nella causa civile n. 30 del 1996, inedita.

[69] L'art. 9 della legge costituzionale n. 144 del 2003 stabilisce che il giudice risponde per dolo "colpa grave", costituita da: "1) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; 2) l'affermazione determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; 3) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; 4) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione".

lo, che sia "maturata in un contesto normativo poco nitido", che "sia stata il frutto di una interpretazione della normativa applicabile al caso del (…) logicamente e razionalmente plausibile, quantunque controvertibile e, dunque, suscettibile di non essere condivisa da altro interprete. È opportuno peraltro precisare, in via generale, da un lato, come il fatto che il provvedimento assunto quale causa del danno ingiusto sia in séguito riformato da un secondo Giudice non possa di per sé condurre a una valutazione in termini di inescusabilità dell'*error iuris* compiuto dal Giudice inferiore e, dall'altro lato, come nell'ambito di tale ultima valutazione non si possa non tenere conto della chiarezza, ovvero dell'oscurità – da intendersi quale non immediata e univoca intelligibilità – della volontà racchiusa nel dettato legislativo"[70]. La colpa del magistrato, pertanto, consiste nella violazione della diligenza minima, integrata dalla crassa ignoranza, dall'errore inescusabile, in linea con l'assetto complessivo della responsabilità professionale.

Interessante è l'applicazione della *culpa lata* quale causa di licenziamento in tronco del lavoratore che ha ingiustificatamente abbandonato il posto di lavoro, lasciando incustodito ed in funzione un macchinario pericoloso: "nel richiamo all'art. 29 della legge 17 febbraio 1961 n. 7 il grado e la forma di prudenza, vigilanza ed attenzione richiesta al prestatore di opere in vista dell'adempimento della sua obbligazione, è espresso nella sua interezza ed essenzialità. In particolare il dovere di diligenza è richiesto nella sua gradazione minima, cioè un adempimento tale che trova sufficiente termine di paragone in quel comportamento che avrebbero tenuto tutti gli uomini nell'adempiere ad una obbligazione. Abbandonando il posto di lavoro il prestatore di opere ha posto in essere un comportamento che ha avuto influenza sull'adempimento dell'obbligazione che si era assunta, per cui deve ritenersi che è venuto meno a quel contenuto minimo di diligenza richiesto"[71]. Nel confermare tale decisione, il Consiglio dei XII[72] ha precisato che il comportamento tenuto dal lavoratore integrava "grave inadempimento

[70] Sentenza del Giudice di primo grado per la responsabilità civile dei Magistrati, prof. L. Balestra, 29 marzo 2019, nella causa civile n. 39 del 2002, inedita.

[71] Sentenza Commissario della Legge P.G. Peruzzi 13 luglio 1987, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 459 s.

[72] Il Consiglio dei XII era competente per la terza istanza, in caso di difformità tra la sentenza di primo e secondo grado, a stabilire quale delle due meritava di passare in giudicato (c.d. "doppia conforme") e vi provvedeva sulla base del *consilium sapientis*. Con la legge costituzionale 30 ottobre 2003 n. 144 è stato istituito il Giudice per la terza istanza, organo giudiziario monocratico.

degli obblighi contrattuali", e che "è certo che '*lata culpa est deviatio incircumspecta ab ea diligentia, quam communiter habent homine qui sunt eiusdem professionis set condicionis*' (Bartolus a Saxoferrato, rep. in L. Quod Nerva, ff. Depositi vel contra – D. 16.3.32 – n. 17). Applicando questo criterio, che pure è il meno rigido di tutti, al nostro caso, non v'è dubbio che nessun esercente quella medesima professione avrebbe abbandonato funzionante un macchinario tanto pericoloso"[73].

La responsabilità processuale aggravata anche a San Marino si fonda sul dolo o la colpa grave, costituita da "un errore scusabile che avrebbe potuto essere evitato con la comune prudenza o diligenza"[74]. In particolare, "la responsabilità per danni resta ancorata alla malafede del *litigator*, che può atteggiarsi, o come decisa volontà di molestare la controparte, con la consapevolezza dell'inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, o come difetto di diligenza, anche minima, nel valutare i fatti, prima di avventurarsi nella lite", precisando che "non si deve confondere la *temeritas* con l'utilizzazione dei termini e delle facoltà processuali o con i silenzi processuali, il cui abuso potrebbe integrare piuttosto una slealtà, ben distinta dalla *temeritas*"[75]. Si è esclusa, di conseguenza, la responsabilità dell'attore che non era riuscito a provare i fatti posti a fondamento della domanda[76].

5. Osservazioni comparative

Al di là della contraddittorietà di alcune posizioni, derivata dall'*imitatio quod per Italiam observatur*[77], e, quindi alla assenza di una riflessione sul differente assetto della responsabilità nei due ordinamenti (italiano e sam-

[73] Decisione Consiglio XII (consulente prof. U. Santarelli) 6 luglio 1989, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 457.

[74] Sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 14 aprile 1936, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1935-36, p. 114.

[75] Decisione Consiglio XII (consulente avv. S. Sesta) 17 gennaio 1975, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1970-80, p. 82.

[76] "Se gli attori non hanno raggiunto la prova del loro assunto, non erano poi privi affatto di prove, e non versavano quindi in stato di dolo o di colpa grave. La stessa valutazione assai minuta e approfondita che il giudice di primo grado ha dovuto fare delle prove addotte '*hinc et inde*' ne è conferma; e sempre il giudice di primo grado ha ammesso che, per lo meno nel momento iniziale, gli attori erano in buona fede": sentenza Giudice delle Appellazioni civili G. Cassandro 24 luglio 1975, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1970-80, p. 91 s.

[77] L'espressione si ritrova nella Rub. LXIV, Lib. II degli Statuti a proposito della esclusione delle femmine dalla successione *ab intestato* paterna.

marinese), e, di conseguenza, della *culpa*, l'analisi dimostra che la colpa quale criterio di imputazione soggettivo della responsabilità si presenta maggiormente idoneo a risolvere questioni che attengono alla valutazione della condotta del debitore. I tre gradi della colpa non sono, infatti, funzionali a valutare lo sforzo del debitore in vista dell'attuazione dell'interesse del creditore ovvero della prevenzione del danno, ma a ricondurre al debitore le conseguenze di comportamenti che egli tiene in spregio a quello che sarebbe richiesto dalla natura del contratto o dalla situazione obiettiva, da valutarsi in rapporto all'utilità che ciascun contraente ritrae ovvero alla migliore posizione in relazione all'amministrazione del rischio. Ciò è conforme alla natura sicuramente soggettiva della responsabilità contrattuale nel diritto intermedio (analogamente alla responsabilità extracontrattuale), che pone sul creditore l'onere della prova della deviazione dalla diligenza richiesta, con il *favor debitoris*, mitigato dalle presunzioni (soprattutto in ordine alla *culpa lata*). La colpa, pertanto, descrive lo stato soggettivo del debitore che, non comportandosi secondo quanto richiesto dalla natura del contratto o dalle specifiche circostanze di fatto, priva il creditore del risultato atteso.

Ciò è evidente soprattutto nell'ambito della responsabilità professionale. La deviazione dallo standard che dovrebbe essere tenuto nelle medesime circostanze da ogni esercente la medesima professione, e cioè l'imperizia, integra sempre fonte di responsabilità, perché integrante la *culpa lata*; solo nelle situazioni che presentano difficoltà la responsabilità viene ad essere temperata, richiedendo non certo una minore perizia, bensì che il professionista adotti la prudenza che tutti adotterebbero nel caso specifico. In altre parole, e come emerge dai casi sopra riportati, ed in applicazione della definizione di *culpa lata* data da Bartolo, la responsabilità del professionista sussiste solo quando vi sia grave deviazione dagli standard di perizia e di diligenza richiesti ad ogni professionista, ma in presenza di difficoltà particolari, e sempre che il professionista si attenga a tale standard di perizia, l'imputazione della responsabilità sussiste solo se la condotta sia caratterizzata da grave imprudenza, consistente nella mancata adozione delle cautele che tutti avrebbero dovuto adoperare nella medesima situazione.

Ma non è chi non veda che, al di là delle impostazioni e delle questioni nominalistiche, le soluzioni italiane e sammarinesi convergono dal punto di vista operazionale, perché la gravità della colpa sussiste sempre quando sia accertata, nel singolo caso concreto, la deviazione dalle regole di condotta che tutti conoscono o dovrebbero conoscere: il buon professionista di cui all'art. 1176 c.c. è, infatti, colui che non ignora le regole della professione o dell'arte che tutti gli esercenti la medesima professione o arte conoscono o

dovrebbero conoscere, intesa quale perizia, che "corrisponde senz'altro alla situazione in cui un professionista agisce pur sapendo di non essere capace di operare. Naturalmente costituisce imperizia anche la mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti all'esercizio della professione. Si tratta quindi dell'inosservanza di regole tecniche idonee ad evitare o diminuire il danno che, benché non tradotte in leggi o regolamenti, siano però entrate nell'uso corrente ed abitualmente applicate"[78]. Se tale è la definizione della "perizia" richiesta al professionista, è evidente che, di fatto, è come affermare che il professionista risponde sempre per *culpa lata*, per cui il riferimento alla "colpa grave" di cui all'art. 2236 c.c. non può essere inteso quale pretesa di una minore diligenza professionale, ma semplicemente quale regola di limitazione della responsabilità per coloro che, pur agendo con la perizia dovuta, provochino comunque un danno al creditore nei casi che trascendono la preparazione professionale comune, assumendo rilievo la prudenza e la diligenza che dovrebbe essere adottata da tutti gli esercenti la medesima professione nelle medesime circostanze. La "colpa grave" è, pertanto, una *culpa lata* "in concreto", da valutarsi, cioè, secondo le specificità del caso: infatti, se l'affermazione della responsabilità presuppone l'accertamento della diligenza dovuta, il rilievo attribuito alle specifiche circostanze del caso recupera il criterio dell'imputazione soggettiva, che impone la valutazione delle modalità volontarie della condotta, piuttosto che dei risultati obiettivi ed attesi del comportamento.

[78] P.G. Monateri, *op. cit.*, p. 747. Cfr. anche G. Visintini, *La colpa e gli altri criteri di imputazione della responsabilità civile*, Padova 1990, p. 94.

STEFANIA PIETRINI*

LA CULPA LATA *NELLE COSTITUZIONI DEL* CODEX *GIUSTINIANEO*

1.

Dallo spoglio delle costituzioni imperiali conservate nel *Codex* del VI secolo risulta che in sette di esse si trova un richiamo alla figura della *culpa lata*, un criterio di imputabilità che, al pari del dolo, segue un principio di responsabilità soggettiva. Per dirlo con le parole di de Robertis «si tratta di una trascuranza così grave da rendere perplessi sul punto se non ci fosse stato al fondo l'intento di sottrarsi agli obblighi assunti»[1].

Mentre talvolta tale criterio sembra svolgere un ruolo di attenuazione della responsabilità del debitore (in rapporto a situazioni in cui si prevedeva una responsabilità per mera *culpa*), talaltra esso pare utilizzato per aumentarla (rispetto a ipotesi che la circoscrivevano al dolo). Le rammentate *leges* imperiali sono tutte pubblicate nel centinaio d'anni che va dal regno di Settimio Severo al governo dioclezianeo.

In questi provvedimenti normativi quel criterio di imputabilità al debitore dell'inadempimento concerne rapporti di buona fede che riguardano, in particolare, istituti extra contrattuali complessi come la tutela (ma anche la curatela) o la gestione spontanea degli affari di un impubere o di un minore.

Le diverse citazioni della *culpa lata* che in quelli ricorrono sono state in tempi e modi diversi sospettate da taluno di non autenticità. Ai fini dello svolgimento del tema che mi è stato affidato non sembri allora inopportuno un attento riesame di quelle testimonianze legislative, volto a chiarire caso

---

* Università degli Studi di Siena.

[1] F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* I, Bari 1983, p. 269 nt. 169.

per caso, da un lato la portata semantica di quella espressione, dall'altro la verosimile genuinità o viceversa la natura insiticia di essa.

2.

Quattro delle sette *constitutiones* imperiali appartengono all'età severiana, occupando il torno d'anni che va dal 197 al 224/225.

Collocata quale prima costituzione del titolo *De heredibus tutorum* C. 5.54.1 del 10 marzo del 197 è un rescritto di Settimio Severo e Antonino, indirizzato a Fusciano[2]:

> C. 5.54.1: Heredes tutoris ob neglegentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit[3].

Sebbene non siano mancati dubbi sulla autenticità del riferimento alla *culpa lata* nessuno degli argomenti addotti, da una dottrina pur autorevole, pare di una qualche seria consistenza[4].

Allo stesso modo non pare fondata la contestazione della genuinità del termine *neglegentia*, per il solo fatto che il testo non chiarisce se la tra-

---

[2] Su tale rescritto e su un eventuale lucro *ex tutela* F. de Robertis, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari 1960, pp. 168-176.

[3] Una moderna traduzione francese del testo di questo rescritto è ora in J.P. Coriat, *Le constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère.* I. *Constitutions datées de la première période du règne (juin 193 – automne 197 ap. J.-C.) et constitutions* non *datées de Septime Sévère cité comme seul auteur de la décision J-C)*, Roma 2014, p. 158.

[4] Si vedano, fra gli altri, V. Arangio-Ruiz, *La responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958, p. 56; M. Kaser, *Restituere als Prozeßgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsstand im römischen Recht*, München 1968, p. 77 e nt. 2, ove è altra letteratura. Allo stesso modo è stata sospettata la chiusa *neque-sit*. Già per A. De Medio, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR* 18, 1906, p. 270 nt. 1, il testo sarebbe rimaneggiato in quanto gli eredi del tutore risponderebbero di ogni grado di colpa del tutore, espresso nel termine *neglegentia*, che diversamente dalla locuzione *culpa lata*, inserita dai giustinianei, si sarebbe viceversa trovato già nel testo originale; ma gli argomenti addotti sono senza peso alcuno, limitandosi a critiche alla forma dell'esposizione. A favore dell'interpolazione anche G. Rotondi, *La responsabilità dell'heres tutoris per fatto del suo autore*, in *BIDR* 24, 1911, p. 56 e nt. 3, ove rimanda alla conforme opinione di Krüger. Una rassegna degli autori che sospettano tale intervento è anche in G. MacCormack, *The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *Irish Jurist* 5.2, 1970, p. 389 nt. 71, che a ragione sottolinea come esso sia un dato assunto piuttosto che dimostrato.

scuratezza presa in considerazione dalla norma imperiale fosse quella dello stesso tutore o del suo erede[5]. Al di là della improbabile proposta di lettura di Voci, di cui si dirà tra un attimo, il senso del rescritto appare abbastanza chiaro, almeno nel rapporto tra la sua disposizione iniziale e quella che è presentata quale prima eccezione alla 'regola': se anche, come suppone Kaser, il testo fosse stato parafrasato dai giustinianei, ciò non implicherebbe in maniera inoppugnabile che a loro debba appartenere il riferimento al vocabolo *neglegentia*[6]. Escluse le due ipotesi (eccezionali) che la causa (la quale, in tal caso, soltanto prosegue contro l'erede) fosse già stata intentata contro il tutore, o che si fosse tratto profitto dal danno cagionato dal *tutor* al pupillo[7], gli *heredes* del *tutor* possono essere personalmente condannati (verosimilmente in seguito all'esperimento dell'*actio tutelae*) soltanto se l'inadempimento del tutore dipese da una negligenza (ossia da una omessa diligenza)[8], riconducibile nell'alveo della *culpa lata*[9].

Ciò sembra implicare indirettamente, mi pare, che mentre il tutore per il cattivo esito degli atti della sua amministrazione doveva essere tenuto nei confronti del pupillo per una responsabilità maggiore (ossia, per un grado minore di *culpa*, rispetto alla colpa grave)[10], la legittimità all'*actio tutelae*

---

[5] M. Kaser, *op. cit*., p. 77 e nt. 2, richiamando la tesi di Kunkel.

[6] *Ibidem*.

[7] Verosimilmente a ragione, G. MacCormack, *Culpa*, in *SDHI* 38, 1972, p. 185, sulla base del commento di Taleleo, reputa che tale eccezione riguardi il lucro o il vantaggio ottenuti dallo stesso tutore. A me pare, tuttavia, come sto per sottolineare nel testo che quello che rileva è la circostanza per cui una parte del patrimonio ereditario che perviene all'erede giunge dal guadagno prodotto, in definitiva, dal danneggiamento subito dal pupillo.

[8] Per G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 133, tanto in questo rescritto quanto in C. 5.51.2, al posto di *neglegentia* ci saremmo aspettati di trovare il termine *culpa*: come egli precisa, la definizione di culpa come *neglegentia* sebbene fallace, è un mezzo efficace «by which the importance in the law of the particular fault of negligentia can be brought out». Diversamente F. De Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 199 e nt. 85, che riporta la *neglegentia* di cui qui si dice al criterio di imputazione della *culpa omissiva*; nel precedente lavoro, *La responsabilità del tutore* cit., p. 174, nt. 276, egli aveva ammesso, infatti, la possibilità che i giustinianei avessero sostituito l'*ob neglegentiam* a un originario *ob ea quae gerere neglexit* «o a qualcosa di simile».

[9] Che qui il riferimento sia alla colpa del tutore pensano, fra gli altri, anche F. de Robertis, *La responsabilità* cit., I, p. 269; G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 180 e 185 s. e nt. 175.

[10] Che il *tutor* rispondesse, di regola, di *culpa* sostiene, fra gli altri, P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, ora in R. Astolfi (a cura di), *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, da cui qui si cita, p. 126 ss., ov'è opportuna citazione delle fonti. Accenna alla discussione fra chi estendeva l'imputabilità alla colpa e chi la limitava al dolo M. Kaser, *op. cit.*, p. 77 nt. 4. Per F. de Robertis, *La responsabilità contrattua-*

dal lato passivo si sarebbe potuta trasmettere all'erede di quello (quando il tutore fosse deceduto, o prima di essere chiamato in giudizio o pur dopo essere stato convenuto con l'*actio tutelae*, ma in ogni caso prima della instaurazione della lite) solo quando la negligenza del *tutor*, nel caso di specie, non fosse coincisa con l'assenza della mera diligenza del buon padre di famiglia, ma fosse consistita in una trascuratezza grossolana, un criterio che, rispetto a quello per cui rispondeva personalmente il tutore, rappresentava, viceversa, una attenuazione di responsabilità.

Come ricorda de Robertis, già in età severiana la posizione dell'*heres tutoris* era di particolare favore rispetto a quella ben diversa del suo autore: da D. 27.7.8.1 si apprende, in particolare, dell'esistenza di «un *ius singulare*» per l'erede del tutore che si fondava su un insieme di costituzioni imperiali[11]. Probabilmente, la limitazione alla colpa grave, rispetto al criterio di responsabilità cui generalmente era tenuto il *tutor*, doveva giustificarsi, come egli suppone, con un *favor* verso colui che non avendo affatto partecipato alla gestione della tutela e non essendo «in grado perciò di darne conto adeguatamente» doveva sembrare equo che rispondesse dei soli inadempimenti imputabili al dolo o alla *culpa lata* del suo dante causa[12].

Forse, non lo si può escludere, il criterio della responsabilità dell'erede del *tutor* per una cattiva gestione della tutela di questo, in precedenza poteva essere stato quello che la confinava al solo dolo del tutore[13]: sarebbero stati, allora, i giuristi della cancelleria severiana a decidere di poterla allargare alla vicina figura della *culpa lata* (sempre che non ricorressero le particolari situazioni indicate nel rescritto, le quali giustificassero un suo ulteriore aumento; con il che si eguagliava la imputabilità dell'erede del *tutor* a quella sancita per quest'ultimo[14]).

---

le cit., I, p. 269, in età giustinianea di norma la responsabilità del tutore si sarebbe allargata sino alla *exactissima diligentia*.

[11] F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., p. 172.

[12] F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 269 s. e *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* II, Bari 1982, p. 802.

[13] Questo per P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 129 e nt. 21, era il pensiero di Ulpiano, come sembra emergere dal passo da lui citato in nota.

[14] Non pare accoglibile la lettura che dà P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 133 nt. 32 della parte iniziale del rescritto. A suo avviso, se il processo fosse stato già instaurato contro il *tutor* l'erede sarebbe stato condannato «(sempre sullo stesso fondamento) anche per la colpa grave di lui»: non mi pare questo, infatti, il senso della eccezione che lascia intendere come in quel caso la condanna possa fondarsi, viceversa, su un criterio di responsabilità, riferito allo stesso soggetto, più pesante di quello che fa capo alla *culpa lata*.

Diversamente, per Voci la *culpa* di cui si parla in questo rescritto sarebbe quella dell'erede: la differente regola secondo cui l'erede risponderebbe generalmente della *culpa lata* del tutore non si accorderebbe, a suo avviso, con le due eccezioni che seguono, dal momento che non avrebbe alcun senso una affermazione così costruita: «l'erede non risponde della colpa lieve del tutore, a meno che questo non abbia commesso dolo [sic!][15] disponendo illecitamente di cose del pupillo». Ebbene a parte che, per quel che può valere e come lo stesso Voci non manca di notare (pur relegando in una nota l'osservazione) i Basilici sia nel testo che nello scolio riferiscono esplicitamente la *culpa*, come anche per me deve essere, al tutore[16], non pare esatto quanto scrive Voci con riguardo alla seconda doppia eccezione, ove si fa riferimento, se non erro, al lucro che deriva dal danno (patrimoniale) causato al pupillo, danno in relazione al quale l'erede è chiamato a rispondere (pur se non è detto in via esplicita) sino al criterio della mera colpa del tutore; e ciò a causa, evidentemente, del guadagno che da quel danneggiamento deriva, alla fine, per successione *mortis causa* allo stesso erede (e che l'erede, direi, più che il tutore, potrebbe aver volto a vantaggio di qualcun altro). Pur ammettendo che un'abbreviazione del testo operata dai giustinieanei possa aver resa incerta la piena comprensione della chiusa del rescritto, non mi pare un caso che il suo estensore abbia scelto di adoperare la forma passiva del verbo (*neque ex damno pupilli lucrum captatum … sit*): un modo efficace per indicare che il lucro pur venendo in un primo momento a vantaggio del tutore, passerà poi attraverso il patrimonio ereditario all'erede di quello. Insomma, il motivo che aggrava qui la posizione dell'erede non è affatto legato, mi pare, a un comportamento doloso del tutore, ma soltanto alla eventualità che un danneggiamento anche solo colposo dei beni pupillari abbia prodotto come risultato, pur senza alcuna volontà malevola del tutore, un arricchimento del suo patrimonio,

[15] Tale lettura, a mio avviso errata, che 'traduce' *damnum* con dolo già ricorreva in G. Rotondi, *op. cit*., p. 56, che chiamava, di conseguenza, la seconda eccezione col nome «dolo del defunto». Allo stesso modo P. Bonfante, *Corso di diritto romano* I, *Diritto di famiglia*, Milano 1925, p. 461 nt. 1, per il quale se fosse genuino l'inciso *ob neglegentiam-possit*, sarebbe insipida la chiusa, dal momento che lì si tratterebbe, a suo avviso, «di atti dolosi».

[16] P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 132 s.; come aveva osservato G. Rotondi, *Ibidem*, Taleleo indica espressamente che il lucro, cui la costituzione fa riferimento, è quello del tutore: di conseguenza, per Rotondi, diversamente da Voci, anche la questione del criterio della responsabilità non può che concernere il tutore, ormai defunto. Ma la questione del beneficiario del lucro pare più complessa, come osservo nel testo, di come è stata posta in dottrina.

arricchimento che si è tramutato, infine, con l'adizione dell'eredità in una utilità per lo stesso erede[17].

Che la figura della *culpa lata* fosse, poi, strettamente accostabile al dolo emerge con chiarezza anche da una posteriore costituzione data da Antonino Caracalla il 21 settembre del 212. Si tratta di C. 5.53.2, accolta nel *Codex repetitae praelectionis* sotto il titolo dedicato al *iusiurandum in litem* e diretta a un tale Severo:

> C. 5.53.2: Is, qui rationes tutelae seu curae reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult.1. Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincetur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.

Il problema discusso dal legislatore concerne stavolta l'ammissione, quale mezzo di prova, del *iusiurandum in litem* nell'ipotesi di negata esibizione degli *instrumenta pupillaria* (ossia dei documenti degli atti di gestione) da parte dell'erede *per longam successionem* del tutore, per il caso che vi fosse nell'*heres* un dolo pieno, volto a raggirare il pupillo (una sorta di dolo specifico, se potessimo ricorrere alle categorie odierne)[18]. Qui il minor rigore circa il limite della responsabilità dell'erede, ma al solo fine di stabilire se per la stima del danno subito dal pupillo potesse ricorrersi o meno al *iusiurandum in litem* di questi[19], sembra dipendere dalla circostanza che egli di regola si troverà in condizioni di difficoltà nel produrre i documenti che è tenuto ad esibire[20].

---

[17] Non mi pare pertanto di poter concordare neppure con G. MacCormack, *The liability* cit., p. 388, per il quale (in maniera non dissimile da Rotondi e da Voci) «the case where the tutor has made profit from the *pupillus*' property may have been given as an example of liability for *dolus*»: la quale lettura lo conduce a supporre che un esplicito riferimento al dolo possa essere andato perso nel lavoro dei compilatori.

[18] Contro i sospetti di genuinità avanzati in merito al *principium* del testo A. Watson, *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, in *TR* 34, 1966, p. 188, che in ogni caso, anche ad ammettere qualche intervento, reputa impossibile non salvare il riferimento che lì ricorre al *iusiurandum in litem*. Come egli osserva, questo rescritto riguarda, infatti, la medesima questione e dà la medesima disciplina del precedente provvedimento del 205 che nel *Codex* lo precede («the tone of the two rescripts is also the same»).

[19] Così a ragione F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., p. 164 ss. e 173.

[20] In questo senso già G. Rotondi, *op. cit.*, p. 50.

A tale ben delineata situazione viene a restringersi il discorso normativo che, diversamente, aveva preso l'avvio dalla considerazione di una fattispecie più ampia, comprensiva tanto del caso che uno (l'*ex* pupillo, prima di tutti) domandasse conto della tutela, quanto della eventualità che si agisse per il rendiconto del curatore[21], prescrivendo che l'attore non avrebbe potuto essere obbligato a prestare il *iusiurandum in litem* contro la sua volontà[22].

La forte vicinanza fra il dolo e la *culpa lata* risulta dalla lettura del successivo paragrafo del rescritto, ove la cancelleria, superando il regime della responsabilità nel *principium* limitata a un dolo pieno, introduce il criterio della *culpa lata* e chiarisce come il giudice possa decidere senza ricorrere al giuramento (dovendo in tal caso avvalersi di altri mezzi di prova), allorquando non vengano provati né il dolo[23], né la colpa *lata*, né la frode dell'erede[24].

Come è palese, diversamente dalla prima costituzione poc'anzi analizzata, qui viene in evidenza direttamente la responsabilità dell'erede per un suo ben preciso comportamento tenuto nel processo, non per atti del tutore[25].

Mentre potrebbe, di primo acchito, pensarsi che il dolo, volto a circuire il pupillo (che deve mancare per non ammettere il giuramento e) di cui si dice nel *principium*, sia nel paragrafo 1 declinato nella locuzione (in negativo) *neque*

---

[21] Non è mancato chi ha ritenuto insiticio anche il riferimento alla curatela: fra gli altri G. Rotondi, *Ibidem*.

[22] Come nota A. Watson, *Iusiurandum* cit., p. 185 s. (e nt. 9) e 188, citando fra le altre testimonianze C. 5.53.2, l'*actio tutelae* è forse il solo degli *iudicia bonae fidei*, menzionato espressamente nelle fonti, fra le azioni ove è possibile il *iusiurandum in litem*. Contro Chiazzese, per il quale, mentre tale *iusiurandum* sarebbe stato incompatibile con il classico *iudicium tutelae*, esso avrebbe rappresentato una innovazione degli imperatori «classical», che lo avrebbero introdotto soltanto «for failure to produce an inventory», *ivi*, p. 187, ritiene che i relativi rescritti di età severiana non avrebbero innovato, ma soltanto confermato la possibilità del *iusiurandum* con riguardo, tuttavia, alla produzione degli *instrumenta* (ossia di tutti i documenti rilevanti nella gestione della tutela), non dell'*inventarium*, di cui il termine *instrumenta* non può essere stimato un sinonimo (ma vd. *contra* G. Rotondi, *Ibidem*).

[23] *Ibidem.*

[24] Come non manca di rilevare J.P. Coriat, *Le prince législateur: la technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Rome 1997, p. 436 s., la frase *iudex de veritate-potest* mostra l'attitudine della cancelleria severiana a controllare l'insieme de «l'institution procédurale». Come in altri casi, anche qui il rescritto si interessa alle questioni di fatto, ove le prove rivestono un ruolo essenziale. Le istruzioni imperiali subordinano, dunque, la loro applicazione alla condizione che i fatti allegati dal richiedente siano provati: ed è compito del giudice verificare che i fatti siano opportunamente stabiliti «afin que la réalité soit respectée».

[25] Cfr. G Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, p. 315 nt. 456.

dolus […] neque fraus (ove la frode ben potrebbe valere a indicare l'intento di raggirare l'impubere – sopra esplicitato nella finale *circumveniendi pupilli gratia* –) potrebbe lasciare in ogni caso perplessi l'inserimento tra tali due criteri di imputabilità della responsabilità la differente figura della *culpa lata*.

Se, ad avviso di Voci, la posizione in cui compare la *culpa lata* proverebbe nel senso di una sua intrusione[26], a me parrebbe, viceversa che quella collocazione tra le due figure del dolo e della *fraus* avesse uno scopo preciso, rappresentando una scelta ben ponderata del legislatore volta a separare nettamente quei due criteri[27]: sarebbe bastato, insomma, dare la prova non più di un dolo pieno, ma anche soltanto di un dolo attenuato (la sola volontà di non esibire i documenti), mentre l'intento di raggirare il pupillo (*fraus*) diveniva un criterio autonomo e alternativo rispetto al primo, che se e solo se presente lo avrebbe assorbito. D'altra parte, una spiegazione dell'aggiunta rappresentata dal criterio della *culpa lata* potrebbe, forse, rinvenirsi nella considerazione che C. 5.53.2.1 si occupa espressamente dell'accertamento probatorio della sussistenza della responsabilità dell'erede del tutore, al fine di ammettere il *iusiurandum in litem* di colui che aveva promosso l'azione: dunque, se non si fosse riusciti a dare la prova, non sempre facile, della volontà nell'erede di non esibire i documenti pupillari (e ancora più difficile doveva risultare riuscire a dare la prova dell'intento fraudolento di raggirare il pupillo) sarebbe bastato provare (e ciò doveva essere, invece, senz'altro più agevole), che l'impossibilità di presentare quegli *instrumenta* discendeva quanto meno da una crassa negligenza dell'erede, con il che si aggravava (rispetto a quello previsto nel *principium*, relativo alla questione della ammissibilità del *iusiurandum in litem* al fine di misurare la liquidazione del danno patito dal pupillo) il grado della responsabilità imputabile al debitore.

3.

Nell'estate dell'anno successivo, viene pubblicato ancora dalla cancelleria dello stesso imperatore il rescritto che oggi si legge in C. 5.51.2:

---

[26] P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 132. Pensano che il richiamo alla *culpa lata* sia una aggiunta compilatoria anche G. Rotondi, *op. cit.*, p. 50 nt. 1, con ulteriori indicazioni bibliografiche e F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., p. 173, che qui segue Solazzi.

[27] Anche G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 181 nt. 162 (ove è citata anche la letteratura contraria) si esprime a favore della genuinità del riferimento alla *culpa lata*. Lo studioso, peraltro, non accenna, al pari di altri, alla curiosa circostanza che qui il dolo è tenuto separato anche dalla *fraus*, la quale appare, come si è detto, quale ulteriore criterio di imputabilità.

> C.5.51.2: Nomina paternorum debitorum si idonea fuerunt initio susceptae tutelae et per latam culpam tutorum minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, iudex qui super ea re datus fuerit dispiciet: et si palam dolo tutoris vel manifesta neglegentia cessatur, tutelae iudicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse statuere curabit.

Non sarà male notare che, come ha osservato Coriat, l'utilizzo della espressione *iudex datus* sembra indicare la designazione di un giudice delegato nella nuova procedura cognitoria (e ciò anche considerando la materia che è oggetto della lite)[28]. Lo studioso sottolinea, altresì, il tono della direttiva imperiale, deferente verso il giudice: se da un lato ricevendo la domanda del privato essa fissa la soluzione di cui questi beneficerà, dall'altro non manca di evidenziare il lavoro scrupoloso del *iudex* nell'istruzione dell'affare e la cura che questi avrà perché sia data soddisfazione all'attore[29].

Se C. 5.53.2 prevedeva in linea generale, in relazione al particolare caso concreto preso in esame dal legislatore, una responsabilità per dolo, che poi si allargava, nella disciplina del momento processuale, alla figura della *culpa lata* per fondare la condanna dell'erede del tutore, il rescritto diretto a Presentino, conservato dai giustinianei come seconda costituzione del titolo rubricato *Arbitrium tutelae*, richiedeva subito, viceversa, una responsabilità del tutore nei limiti della *culpa lata*, per il caso che fossero divenuti insolventi i debitori del padre dell'impubere, i quali al contrario fossero stati solventi allorquando aveva avuto inizio la tutela[30].

La circostanza che i crediti, di cui qui è questione, non fossero derivati da una diretta attività del tutore, ma esistessero già in capo al padre dell'impubere (evidentemente soggetto alla potestà paterna), dunque prima dell'inizio della tutela, spiega, mi pare, l'allegerimento della imputabilità del *tutor* per la mancata tempestiva escussione di quei *nomina*, alleggerimento realizzato dal legislatore con la limitazione alla figura più grave di colpa, quella della *culpa lata*[31]. Con la quale considerazione si accorda, mi pare,

---

[28] J.P. Coriat, *Le prince législateur* cit., p. 408.

[29] J.P. Coriat, *Le prince législateur* cit., pp. 423-426.

[30] Similmente G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 181, il quale osserva che qui, come in C. 5.55.2 e 5.51.7, l'uso di *culpa lata* non può essere spiegato come «a means by which a rule framed in terms of dolus was extended».

[31] Diversamente per P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 134, qui la citazione della *culpa lata* sarebbe «fuori posto».

una riflessione di de Robertis (che, tuttavia, da parte sua, pensa a interpolazioni «post-classiche» e)[32] per il quale, la limitazione della responsabilità al caso «di intenzionali o di clamorose trascuranze» discenderebbe qui dalla «difficoltà di seguire momento per momento le oscillazioni in più o in meno della situazione finanziaria dei singoli debitori»[33].

Il rescritto proseguiva, poi, prescrivendo che nella causa dell'*actio tutelae* il giudice avrebbe condannato a risarcire il danno (al pupillo) quel tutore[34] che non avesse escusso i debitori paterni per dolo manifesto o per manifesta negligenza; e sul pupillo sembra gravare, almeno nella versione giustinianea del rescritto, l'onere di fornire la prova in ordine all'intervento, nel caso concreto, di uno di quei criteri di responsabilità[35].

Dubbi sono stati sollevati sulla genuinità del rimando al criterio di imputabilità della *culpa lata* (e del suo corrispondente, che il legislatore qui sembra individuare nella *manifesta negligentia*)[36].

Ma nessuno degli argomenti avanzati pare valido. In particolare, non mi pare provi nel senso voluto da chi reputa quei riferimenti frutto di interpolazioni il confronto con D. 26.7.15 (*si tutor constitutus quos invenerit debitores non convenerit ac per hoc minus idonei efficiantur […] ipse in debitam pecuniam et in usuras eius pecuniae quam non faeneravit convenitur*) tratto dalle *Sententiae* paoline[37]; un confronto che si dimostra irrilevante, dal momento che l'obiettivo del redattore delle *Sententiae* sembra dovesse essere

---

[32] F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 809, nt. 181.

[33] *Ivi*, p. 803.

[34] Cfr. F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., p. 243 e nt. 69.

[35] Cfr. F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 89 e nt. 11, che già nel lavoro *La responsabilità del tutore* cit., p. 60, parlava di prova «costitutiva» della *culpa tutoris*.

[36] Vd., fra gli altri, W. Kunkel, *Diligentia*, in *ZSS* 45, 1925, p. 319 nt. 5, seguito da J. Vážny, *Un esempio dello svoligimento dottrinale classico: la responsabilità del tutore*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano* II, Roma 1933, p. 537, che tuttavia, al pari di Mitteis e Bonfante, reputa genuina la locuzione *palam manifesta negligentia* e spuria l'espressione *dolo tutoris vel*. Per F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 89 e 94; Id., *La responsabilità del tutore* cit., p. 99 nt. 45, p. 161 e nt. 240, risulta interpolato il richiamo al requisito della *culpa* «intesa in senso più lato» (ossia come dolo o colpa), quale fondamento della responsabilità del tutore. Fra quanti, viceversa, non escludono che la menzione della *culpa lata* si trovasse nel testo originario di C. 5.51.2 (come in quello di C. 5.55.2) possono ricordarsi, almeno, G. MacCormack, *The liability* cit., p. 386 e G. Finazzi, *Ricerche* cit., II.2, p. 349 nt. 581.

[37] Vd. F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 94; Id., *La responsabilità del tutore* cit., p. 66, 77, 194 (ove, tuttavia, con riferimento alla sola *culpa lata* parla dubitativamente di «interpolazioni post-classiche»); J. Vážny, *Un esempio* cit., p. 537 e nt. 11.

non tanto quello di indicare i criteri di imputabilità della responsabilità del tutore, quanto piuttosto quello di indicare, soltanto, ciò di cui si doveva tenere conto per stabilire l'ammontare della condanna[38]. In maniera non dissimile, Siro Solazzi, allorquando (cancellando anche il richiamo al dolo, pur esso presente nella versione giustinianea di C. 5.51.2) viene a negare ogni valenza soggettiva alla imputabilità della responsabilità del tutore (in relazione al dovere, di cui lì si tratta, di esazione dei crediti dell'impubere), cerca di rafforzarza la sua tesi con quanto sarebbe attestato da quella che, a suo avviso, doveva essere la versione originale di D. 26.7.57pr. di Scevola (*Chirographis debitorum incendio exustis cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam cogere, cum idem circa priores debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum, an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? respondit, si adprobatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse, praestari ab his hoc debere*)[39], della cui autenticità, tuttavia, oggi non pare che possa più dubitarsi[40].

E allora, non pare difficile spiegare il testo uscito dalla cancelleria severiana. Se la previsione di una imputabilità per dolo (specifico o meno) non comprende in sé quella della colpa, fosse anche quella *lata* (e allora nella costituzione del 212 a quella figura si era ritenuto di dover esplicitamente allargare la responsabilità dell'erede, allorquando veniva in rilievo, nel contesto processuale, la vicenda probatoria) richiedere, viceversa, una responsabilità per colpa *lata* comporta inevitabilmente, come è ovvio, che si sia tenuti, a maggior ragione, anche per il solo dolo[41]. Ciò significa che data

---

[38] Alle medesime conclusioni è approdato G. MacCormack, *The liability* cit., p. 386 nt. 64.

[39] Fra gli altri, suppone l'interpolazione della frase *si adprobatum-praetermisisse*, pur senza offrire dimostrazioni di un qualche peso, S. Solazzi, *Tutore e periculum culpae*, in *SDHI* 4, 1938, p. 145 ss. e nt. 44; similmente P. Bonfante, *op. cit*., p. 459, che allo stesso modo di Gradenwitz, legge quali indizi soltanto «l'uso del verbo *adprobare*, il carattere della clausola e specialmente il rilievo dato alla prova, finalmente lo stile alieno da decisioni svelte e taglienti di Scevola».

[40] Si vedano, per tutti, L. Maganzani, *La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Rivista di Diritto Romano* 3, 2003, p. 52 e G. MacCormack, *The liability* cit., p. 373.

[41] Non comprendo di conseguenza H.J. Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte: Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin 1968, p.

nel processo la più difficile prova del dolo, essa sarà bastevole per condannare colui che per il legislatore è responsabile fino al limite della *culpa lata*.

Merita, piuttosto, sottolineare il collegamento, che appare come una sorte di equivalenza, posto dalla norma sancita con C. 5.51.2, tra la *culpa lata* e la negligenza manifesta[42]. Per i giuristi che lavoravano nella cancelleria di Antonino Caracalla l'evidenza innegabile della negligenza tenuta in un certo comportamento sembra implicare la gravità di quella stessa negligenza, ossia della *culpa* di chi lo ha posto in essere.

L'ultimo rescritto di epoca severiana che richiama la *culpa lata* proviene dalla cancelleria di Alessandro Severo e si legge in C. 5.55.2, sotto il titolo *Si tutor non gesserit*:

> C. 5.55.2: Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. si qua vero sunt, quae, cum geri debuerunt, omissa sunt, latae culpae ratio omnes aequaliter tenet.

Indirizzata a Giusto nel 224 essa si occupa del caso che alcuni contutori o concuratori non abbiano partecipato (poiché evidentemente non ne erano tenuti) all'amministrazione del patrimonio del pupillo o del soggetto sottoposto alla curatela[43]. Mentre essi non saranno responsabili, in linea di principio, se coloro che gestirono la tutela o la cura risulteranno solvibili (dal che consegue, in buona sostanza, un *beneficium ordinis* a favore dei tutori non gerenti[44]), saranno viceversa tenuti per *culpa lata* (insieme agli altri) riguardo alle operazioni che avrebbero dovuto compiersi (per tutelare quei patrimoni) e che invece sono state omesse, perdendo probabilmente, come qualcuno ha creduto, il *beneficium ordinis*, poc'anzi ram-

---

7, il quale riferendo la norma imperiale ritiene una maldestra formulazione quella da cui deriva l'impressione che qui il dolo sia fatto rientrare sotto il concetto di *culpa lata*.

[42] G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 183 s. Per P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 134, il provvedimento imperiale chiedeva soltanto che il dolo o la negligenza dovessero emergere «fuori di ogni dubbio»; la prassi dei tribunali, secondo quanto egli suppone, «non sottilizzava sul rigore della prova».

[43] Indicazioni bibliografiche minime sull'insieme di prescrizioni e controlli che riguardavano la gestione tutelare in F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 783 nt. 70, ma già in *La responsabilità del tutore* cit., p. 36 nt. 67.

[44] Così P. Voci, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, Milano 1973, p. 116, che cita tale fonte, insieme ad altre, per affermare che sul piano processuale fra l'azione diretta contro i tutori gerenti e quella utile avverso quelli che non hanno amministrato non vi sarà «rapporto di consunzione».

mentato[45]. Dal che discende, in buona sostanza, che il tutore *non gerens* avrebbe dovuto sostituirsi ai colleghi gerenti nel caso di una loro inerzia e, di conseguenza, avrebbe risposto di ogni singola omissione nel limite della *culpa lata*, indipendentemente, a mio avviso, come sto per dire meglio fra un attimo, dall'avere o meno provveduto a *suspectum facere* il gerente[46].

Anche con riguardo a tale testimonianza non è mancato chi, come a esempio Pasquale Voci, ha dubitato che il rimando alla *culpa lata* venga dalla cancelleria severiana[47]; richiamandosi, da parte sua, all'obbligo del tutore non gerente di *suspectum facere* il collega, gli pare difficile, infatti, conciliarlo «con una responsabilità limitata alla colpa grave»[48]. In un'altra occasione, peraltro, lo studioso scriveva, a ragione, che il tutore non gerente non avrebbe potuto essere chiamato in giudizio per non aver *suspectum facere* il collega, il quale invece aveva amministrato: «il non gerente risponde per l'insolvenza del gerente in ogni caso; quindi è inutile ricorrere a un titolo specifico di responsabilità»[49].

Ebbene, a me pare che anche la circostanza che il tutore non gerente non avrebbe potuto essere convenuto in giudizio, come Voci sostiene, per non aver *suspectum facere* il collega che avesse male amministrato spinga meglio nella direzione della paternità severiana del rimando alla *culpa lata*[50]: non mi pare affatto sicuro, infatti, che tra le cose che *cum geri debuerunt* sono state invece omesse debba essere compreso quel dovere che a rigore non sembra possa rientrare tra i singoli atti della gestione della tutela in senso stretto, quanto piuttosto in un controllo sul suo corretto svolgimento.

Nelle ipotesi prese in esame dalle *leges* imperiali sin qui passate in rassegna, la limitazione della responsabilità (al dolo e) alla *culpa lata*, se non vedo male, sembra giustificata, di regola, dalla singolarità delle fattispecie considerate[51]. Che si tratti di una limitazione, posta dal legislatore, rispetto

---

[45] *Ibidem*.

[46] In maniera parzialmente diversa, F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 803, che, da parte sua, sposta l'attenzione sul dovere di vigilanza dei non gerenti sugli altri tutori.

[47] Una rapida rassegna degli autori che hanno ritenuta interpolata l'ultima clausola di C. 5.55.2 è data da G. MacCormack, *The liability* cit., p. 387 nt. 65, che viceversa non trova alcun fondamento per quell'ipotesi.

[48] P. Voci, *La responsabilità* cit., p. 135 e nt. 36.

[49] *Ivi*, p. 117.

[50] Per la sua genuinità, fra gli altri, G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 181 e 185.

[51] Cfr., ad esempio, G. Finazzi, *Ricerche* cit., II.2, p. 349 nt. 581.

a un grado maggiore di responsabilità, individuabile verosimilmente nella mera *culpa* (corrispondente a quella che sarà poi definita *levis culpa*), emerge a esempio in maniera limpida dal tenore di C. 5.53.2, da cui si desume che l'erede del tutore potrà essere condannato per la mancata presentazione degli *instrumenta* pupillaria anche qualora non venga provata una sua colpa *lata*. Ne discende, infatti, che per la sua condanna sarà bastevole, come sembra, la prova di una negligenza meno grave corrispondente, per l'appunto, alla assenza di una diligenza media, quella del *bonus pater familias*, per intendersi, senza tuttavia poter in tal caso ammettere tra le prove, da parte del giudice, il *iusiurandum in litem* dell'attore.

4.

Se, a questo punto, ci si sposta all'età dioclezianea, si incontrano, nel *Codex* di Giustiniano, un rescritto, collocato sotto il già menzionato titolo dedicato all'*Arbitrium tutelae*, e altri due sotto quello rubricato *De negotiis gestis.*

In C. 5.51.7, indirizzata nel 293 a un certo Alessandro, si legge come sia da stimare un principio certo di diritto il fatto che nell'azione di tutela o in quella utile della gestione di affari altrui possa entrare tutto ciò che un tutore o un curatore per dolo o colpa *lata* o anche *levis* abbia fatto perdere ai minori, ovvero non abbia fatto acquistare loro, potendolo invece fare:

> C. 5.51.7: Quidquid tutoris dolo vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris.

Sulla costituzione grava più di un sospetto di interpolazione[52]. Da un lato, si è ritenuta frutto di un intervento compilatorio l'aggiunta delle due epressioni *sive curatoris minores* e *sive negotiorum gestorum utile*, insieme al taglio del riferimento ai *minores*, dall'altro si è reputata alterata anche la graduazione della culpa lì prospettata[53].

---

[52] Per un quadro delle diverse proposte di interventi modificativi sul testo originario di C. 5.51.7 ci sia consentito di rinviare a G. Finazzi, *Ricerche in tema di «Negotiorum* gestio» I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, p. 325 s. nt. 369.

[53] Un elenco di quanti hanno pensato che il testo originale facesse riferimento soltanto al dolo si trova in G. MacCormack, *The liability* cit., p. 387 nt. 66, cui *adde* P. Bonfante,

Pur non sembrandoci questo il luogo per discutere della autenticità o meno del richiamo al curatore e alla azione esperibile contro di lui, ci sembra, tuttavia, di poter almeno dire che appare convincente la dimostrazione offerta da Finazzi circa la verosimile natura insiticia di quelle aggiunte e di quella omissione, intese a estendere alla curatela la disciplina che il rescritto aveva sancito per la tutela[54]. Quanto, ad ogni modo, può risultare di un qualche interesse ai nostri fini, è che, come lo stesso Finazzi riconosce, pur se si creda non genuina la citazione del curatore, pare in ogni caso credibile che questi e il tutore al tempo di Diocleziano già rispondessero alla stessa maniera[55]. Se quella che, ad avviso di Finazzi, risulterebbe senz'altro non genuina fosse, allora, la tricotomia dolo, colpa *lata* o colpa *levis*, ove l'espressione che rimanda a differenti gradi della colpa avrebbe sostituito il ben più generico richiamo alla *culpa* presente nella versione originale del testo[56], per Solazzi (il quale accoglie la restituzione di Lenel, che faceva salvo solo il riferimento al dolo) la circostanza che alla cancelleria fosse stato presentato un caso di dolo, sul quale soltanto quella si sarebbe poi pronunciata, non dovrebbe implicare affatto, in ogni caso, che il tutore fosse

---

op. cit., p. 460, che argomenta dall'assenza dell'inciso *vel lata culpa vel levi culpa* nella versione dei Basilici, che conserverebbero (ma proprio di ciò non esiste alcuna prova) il testo genuino del rescritto.

[54] G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, p. 325 s., cui *adde*, in polemica con Haymann, S. Solazzi, *Tutore* cit., p. 148 nt. 47; F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., p. 206 nt. 73; deboli in ogni caso le prove portate da I. Alibrandi, *Dell'azione che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori*, in *BIDR* 2, 1889, p. 584, secondo cui l'intervento dei giustinianei si paleserebbe dal luogo in cui sono poste «le parole *sive curatoris*, a cui corrisponde l'inciso *sive negotiorum gestorum utile iudicium*», mentre l'impiego della disgiuntiva *sive* dimostrerebbe che chi ridusse questo testo non doveva essere esperto del «latino classico». Nella stessa direzione, più di recente, ma salvando il riferimento ai *minores* in rapporto, tuttavia, alla tutela (dunque, come già aveva immaginato Sachers, quel termine avrebbe compreso anche gli impuberi), K.H. Below, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München 1964, p. 120 ss.: a suo avviso, che il rescritto non si occupasse del curatore troverebbe conferma nello scoliaste Teodoro e in Taleleo, come risulta da un passo dei Basilici e da un suo corrispondente scolio che parlano soltanto del tutore.

[55] G. Finazzi, *Ricerche* cit., II.2, p. 327.

[56] *Ibidem.* Fra coloro che reputano una interpolazione giustinianea la sola espressione *culpa levis* può ricordarsi M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*[2] II, München 1975, p. 232 nt. 12, per il quale quel criterio «von der Haftungsmilderung der oströmischen Schule (diligentia quam in suis) zu einem schärferen Maßstab zuruckkerhrt», come ricorda H. Hausmaninger, Diligentia quam in suis, in *Festschrift fürMax Kaser*, München 1976, p. 280, che da parte sua non trova nelle fonti alcun appiglio a sostegno di quella tesi.

responsabile nei soli limiti del dolo[57]. Da parte sua, Heinz Below, il quale pure segue Lenel, svolge la sua critica anche su un piano stilistico, offrendo così un argomento assai insicuro: a suo avviso, non vi sarebbe stato motivo per la cancelleria dioclezianea di svolgere in modo scolastico il concetto di *culpa*; semmai avremmo potuto trovare *vel culpa sive lata sive levi*[58].

Secondo quanto rammenta MacCormack la principale obiezione al testo è quella che «the grading of culpa and the accumulation of heads of liability is unnecessary»; tuttavia, come egli osserva, se si abbandona la nozione dei gradi della *culpa* e si considera che il tutore può essere tenuto responsabile in misura differente riguardo a situazioni e fattispecie diverse, la frase *dolo vel lata culpa vel levi culpa* appare semplicemente come un utile strumento con cui possono indicarsi «the full scope» e la gamma delle responsabilità[59].

Anche io non credo sia affatto da escludere una sostanziale autenticità della tripartizione esposta in C. 5.51.7 e dunque della bipartizione della *culpa*. Il dubbio sollevato da chi si era rivolto all'imperatore doveva aver riguardato dei casi di perdite e/o di mancati acquisti derivanti dalla partecipazione del tutore alla amministrazione del patrimonio dell'impubere. La cancelleria intervenne, come sembra, per ribadire con fermezza – evidentemente a fronte di tentativi di qualche tutore volti a sottrarsi ad alcune ben individuate obbligazioni sorte dalla sua gestione – la disciplina della responsabilità del *tutor* per i danni causati ai *minores*, ricordando che si poteva essere chiamati a rispondere secondo diversi criteri di imputabilità, che dal dolo e dalla *culpa lata* per ipotesi particolari (si è visto a esempio quello relativo ai *nomina paternorum debitorum* su cui era intervenuta C. 5.51.2) si estendevano, di regola, sino alla *culpa levis*.

E a tale riguardo, non si vedono motivi per negare una comparsa della classificazione della colpa nelle due figure della *lata culpa* e di quella *levis*

---

[57] S. Solazzi, *Tutore* cit., p. 147 s. Così anche K.H. Below, *Die Haftung* cit., p. 121 e nt. 1, ov'è ulteriore bibliografia. A favore dell'origine giustinianea della locuzione *vel lata culpa aut levi culpa* anche F. de Robertis, *La responsabilità del tutore* cit., p. 41, nt. 85, che pure rimanda agli studi di Solazzi e di Lenel, e V. Arangio-Ruiz, *La responsabilità* cit., p. 59 s., per il quale, fra l'altro, sarebbero stati dei «raffazzonatori postclassici» a inserire qui la *culpa levis*.

[58] K.H. Below, *Die Haftung* cit., p. 121 e nt. 2 s. Alla motivazione ricordata nel testo l'autore aggiunge la circostanza che l'*actio tutelae* ha la natura di un giudizio di buona fede. L'espressione *culpa levis*, peraltro, sarebbe un prodotto del diritto bizantino volto a evitare qualsiasi confusione circa la responsabilità del tutore.

[59] G. MacCormack, *The liability* cit., p. 387, nt. 66. Diversamente per P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 134, con il ricorso a tale tripartizione la cancelleria dioclezianea intendeva chiedere, evidentemente, una «responsabilità piena oltre ogni dubbio».

già in epoca dioclezianea; basta riflettere sulla circostanza che già la limitazione alla culpa *lata* nelle singolari fattispecie prese in considerazione dal legislatore severiano[60] lascia presupporre che la regola generale per le obbligazioni nascenti dalla amministrazione del patrimonio pupillare doveva essere quella che si allargava, rispetto a quel criterio, a una *culpa* minore, cui allora, nei primi decenni del III secolo, il legislatore si riferiva verosimilmente con il solo termine *culpa*, ma cui a un certo punto, che non si vede per quale motivo non potrebbe collocarsi durante il regno di Diocleziano, ci si dovette iniziare a riferire, per marcare meglio la distanza dalla *culpa lata*, con l'espressione *levis culpa*[61].

Diversa la fattispecie su cui la medesima cancelleria era stata chiamata a rispondere l'anno successivo, come si apprende da C. 2.18.20.1:

> C. 2.18.20.1: Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, qua e tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere.

Nel citato paragrafo del rescritto, diretto a una tale Ottavia, si risolveva positivamente la questione se esistesse o meno l'obbligo di pagare gli interessi di quanto dovuto da chi spontaneamente avesse assunto la gestione della tutela o della curatela[62]. In tale occasione il legislatore allargava la pre-

---

[60] Si pensi a esempio a C. 5.53.2 o a C. 5.54.1, nella quale ultima si lascia intendere che l'erede del tutore è tenuto per una gradazione di *culpa* minore della *culpa lata* quando, fra l'altro, la lite sia stata instaurata direttamente contro il tutore e soltanto prosegua nei confronti dell'erede, morto il tutore dopo la *litis contestatio*.

[61] Cfr. in questo stesso senso G. MacCormack, *The liability* cit., p. 389. Una essenziale rassegna della letteratura favorevole alla genuinità del richiamo alla *culpa lata* e *levis* si trova in G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, pp. 325 nt. 369, cui può aggiungersi Hausmaninger, da me citato alla precedente nota 56. Come osserva P. Voci, *'Diligentia'* cit., p. 162 e nt. 10, con riguardo anche al rescritto dioclezianeo qui discusso, sembra sicuro che, anche al di là di «intenti classificatori … apprezzamenti sulla gravità della colpa erano inevitabili». Ad avviso di F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 778 nt. 49, 788 nt. 88 e 822 nt. 50, quella bipartizione della *culpa in abstracto* rifletterebbe un orientamento «post-classico» (poi recepito dai giustinianei), proprio della cancelleria di Diocleziano, che «forse a porre l'accento su una riforma pur 'mo introdotta, ha ritenuto di dover ripetutamente specificare che in certi rapporti si rispondeva non solo di dolo e di *culpa lata*, ma anche di *culpa levis*».

[62] Che tale obbligo sussistesse nel caso della gestione necessitata non solo per chi fosse costituito tutore, ma anche per i *curatores* è sostenuto, di recente, da G. Finazzi, *Ricerche* cit., II.2, p. 127 ss., contro opinioni contrarie.

vista disciplina della responsabilità del tutore al caso di chi avesse spontaneamente amministrato il patrimonio (evidentemente del pupillo, del minore o del *furiosus*) senza essere costituito tutore o curatore, stabilendo che tali gestori spontanei dovevano essere chiamati a rispondere in giudizio del loro operato, non soltanto per dolo o *lata culpa*, ma anche per *levis culpa*[63].

Come è facile immaginare, anche con riguardo a tale fonte, la tripartizione dolo, colpa *lata* e colpa *levis* è stata da molti sospettata di essere di matrice giustinianea[64]. Tuttavia, anche stavolta, non soddisfa la dimostrazione che ne è stata offerta. Per Finazzi «la cancelleria imperiale non intendeva affatto differenziare il curatore (e il tutore) dal gestore spontaneo quanto al criterio di responsabilità» e «si dovrebbe ritenere che la precisazione circa la responsabilità abbia valore meramente incidentale, descrittivo, e non selettivo di diverse posizioni del curatore (e del tutore), da una parte, e del gestore spontaneo dall'altra». Poiché il risultato è, a suo avviso (ma non se ne comprende il motivo), una formulazione ambigua che avrebbe potuto «ingenerare equivoci», riguardo alla disciplina valevole per i curatori e i tutori, gli pare più verosimile che «il riferimento ai gradi di responsabilità», in particolare con la classificazione di cui qui si discute, sia stato aggiunto posteriormente, con molta probabilità dai compilatori del *Codex* giustinianeo «in ciò ispirati dalla riflessione delle scuole orientali di diritto, particolarmente sensibili al momento classificatorio»[65].

Ebbene, se può concordarsi sulla circostanza che il legislatore non mirava certamente in tale occasione a differenziare la responsabilità dei tutori e dei curatori da quella del gestore spontaneo (qui solo in relazione agli affari effettivamente geriti), non pare, viceversa, possa in alcuna maniera sostenersi che la precisazione circa la responsabilità avesse un valore soltanto incidentale. Evidentemente, il fatto che, in ipotesi effettivamente ve-

---

[63] Sulla paternità dioclezianea della specificazione *non tantum dolum et latam culpam, sed et levem*, di cui stiamo per discutere nel testo, fra gli altri, F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 822 nt. 50. Da ultimo, dà per scontata la sua autenticità E. Mataix Ferrándiz, *Las mujeres y la tutela impuberum durante el reinado de Diocleciano Women and tutela impuberum during Diocletian' s reign*, in *Glossae. European Journal of Legal History* 14, 2017, p. 560 s.

[64] G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 182 s., che crede nella autenticità del richiamo al dolo e alla *culpa lata*, non esclude del tutto l'eventualità che sia spurio, invece, il solo riferimento alla *culpa levis*. Diversa la posizione degli autori da lui citati alla nt. 171, critici circa la genuinità della locuzione *non tantum dolum et latam culpam, sed et levem*.

[65] G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, p. 329.

rificatesi, la gestione fosse stata spontanea doveva avere rappresentato un argomento del *gestor* contro le pretese avanzate da Ottavia, volto a sottrarlo a una responsabilità più grave rispetto a quella che rimaneva nei limiti della *culpa lata*; un argomento che forse faceva perno sulla considerazione delle, verosimilmente, più gravi conseguenze che avrebbe patito il gerito se quello non fosse intervenuto nella amministrazione di uno o più dei suoi affari.

Di conseguenza pare priva di qualsiasi valore anche la notazione secondo cui la classificazione di quei gradi di responsabilità sarebbe stata inserita dai giustiniaeanei «in ciò ispirati dalla riflessione delle scuole orientali di diritto, particolarmente sensibili al momento classificatorio»; tenendo presente che talune scuole di diritto, come la scuola di Berito, erano in piena attività ben prima dell'età dioclezianea sembra del tutto verosimile credere che della loro riflessione scientifica (se fu essa a produrre la nostra classificazione) già poterono avvalersi proficuamente coloro che sedevano nella cancelleria di Diocleziano[66]. Nella direzione della genuinità del richiamo ai criteri di imputabilità della responsabilità elencati nel nostro rescritto imperiale sembrerebbe andare, altresì, il contrasto fra tale previsione e quella delle Istituzioni imperiali, sicuro specchio del diritto giustinianeo, che con riguardo alla fattispecie della gestione di affari altrui (la cui disciplina non poteva che regolare ormai i casi della gestione spontanea della tutela e della curatela) richiedeva a quel tempo, viceversa, una *exactissima diligentia* (I. 3.27.1: […] *quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*).

Appena cinque anni prima (all'inizio dello stesso anno in cui venne dato il rescritto accolto in C. 5.51.7, poco sopra discusso) il medesimo legislatore era stato chiamato a risolvere la questione della imputabilità della responsabilità ai fini della eventuale condanna dei successori del curatore[67], convenuti in giudizio con l'azione utile (stando a quanto si legge nella versione

[66] Come più di recente ricorda anche F. Mercogliano, *Diligentia quam in suis per i giuristi* romani classici, in *Index* 19, 1991, p. 392 e 403 nt. 109, crede nella genuinità del riferimento alla *culpa levis* H. Hausmaninger, *Diligentia* cit., p. 281, il quale cita alla nt. 48 cita la conforme opinione di MacCormack; a suo avviso, il singolare parallelo tra l'espressione *dolo vel lata culpa vel levi culpa* di C. 5.51.7, poc'anzi esaminata, e quella *non tantum dolum et latam culpam, sed et levem* di C. 2.18.20 parla meglio per una sua provenienza dioclezianea, che per una interpolazione giustinianea.

[67] Che si tratti degli eredi e non anche dei successori *inter vivos* è ben argomentato, contro l'opposta idea di Puglisi, da G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, p. 322 s., nt. 363.

giustinianea del rescritto) della gestione degli affari altrui[68], per il rendiconto della gestione svolta dal curatore e per conseguire «l'invalidazione della alienazione della cosa della minore» che essi avevano eseguito, vantando, come sembra, di essere subentrati nell'ufficio del *de cuius*:

> C. 2.18.17: Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione tam dolum quam latam culpam praestare debere nec ad eos officium administrationis transire ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

In analogia con quanto era stato sancito da C. 5.54.1[69], già esaminata, anche nel rescritto del 287, diretto a Claudia (che verosimilmente lo aveva domandato) e accolto in C. 2.18.17, si individuano nel dolo e nella colpa *lata* le figure nei limiti delle quali quelli saranno ritenuti imputabili per gli atti compiuti dal *curator*.

Anche con riferimento a tale testimonianza, come è facile immaginare, è stata sostenuta l'interpolazione del richiamo al criterio della *culpa lata*[70].

Ma come sottolinea, a ragione, de Robertis qui (come nel caso già visto

---

[68] G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, p. 323 s., al pari di altri, fra cui qui voglio ricordare almeno M. Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, p. 148 e nt. 76, il quale in appoggio a Kaser pensa che l'*actio utilis* contro il curatore sia opera delle scuole orientali (e tuttavia ben potrebbe obiettarsi che la loro creazione – essendo quelle attive già da diversi decenni – facilmente avrebbe potuto essere recepita dalla cancelleria dioclezianea), nega che nel testo originario del rescritto fosse presente il riferimento, che oggi invece si legge nella sua versione giustinianea, all'*actio utilis*; egli si fonda sulla considerazione che trattandosi dell'esperimento, in una procedura cognitoria, di una unica azione (*conventos actione*) contro gli eredi del curatore per farli rispondere in base a titoli differenti, l'azione da sollevare non avrebbe potuto che essere la normale *actio negotiorum gestorum*, l'unica esperibile, a suo avviso, per l'invalida alienazione dei beni della minore eseguita dai successori del *curator* (tale ultima affermazione si trova già in I. Alibrandi, *Dell'azione* cit., p. 584); sennonché un po' di pagine più avanti (alla nt. 517 di pagina 381) egli, citando tra le altre fonti il nostro rescritto, scrive che «ancora verso la fine del III secolo la cancelleria di Diocleziano e Massimiano impiega largamente il sintagma *actio utilis*»).

[69] Cfr. G. Finazzi, *Ricerche* cit., II.2, p. 316 e nt. 460, e 332.

[70] Si vd., per tutti, V. Arangio-Ruiz, *La responsabilità* cit., p. 212, per il quale l'unico criterio di imputabilità originariamente presente nel testo sarebbe stato quello del dolo. Diversamente, per A. De Medio, *Studi* cit., p. 288, allo stesso modo che per Kübler, *culpa lata* starebbe al posto della mera colpa. A favore della paternità dioclezianea del rinvio alla *culpa lata*, fra gli altri, G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, p. 322 e nt. 363 (ove è anche altra letteratura); allo stesso modo già G. MacCormack, *Culpa* cit., p. 182, che alla nt. 170 dà indicazioni di una letteratura contraria.

dell'erede del tutore) si ha una «eccezione alla regola generale della trasmissibilità passiva delle azioni non *ex delicto*» che bene si giustifica con la circostanza che il successore «il quale doveva rispondere della gestione tenuta dal defunto senza che avesse avuta la possibilità di seguirla, e spesso senza neppure averne avuta notizia, doveva di regola mancare anche dei mezzi per difenderla e giustificarla»[71].

Una notazione marginale, prima di concludere, circa l'*etiam* che per alcuni parrebbe parificare la situazione dei *curatoris successores* a quella del curatore[72]: sembra, a tale riguardo, del tutto condivisibile la riflessione proposta da Finazzi, secondo cui è lecito immaginare che il legislatore diocleziano «argomentasse, per analogia, dalla regolamentazione della responsabilità degli eredi del tutore» e che ai redattori del Codice, che omisero il richiamo a essi, dovette sfuggire di sopprimere la congiunzione *etiam*, nel nuovo testo[73].

Quello che si spera di aver offerto al lettore in queste pagine è qualche minimo spunto di riflessione, bastevole a consigliare una certa cautela nel porre in dubbio l'autenticità della locuzione *culpa lata*, che ricorre nelle costituzioni accolte nel *Codex* del VI secolo, locuzione che qualifica un concetto che ben avrebbero potuto conoscere le cancellerie imperiali di età diocleziana, ma già severiana.

---

[71] F. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 829.

[72] Per tutti V. Arangio-Ruiz, *La responsabilità* cit., p. 213.

[73] G. Finazzi, *Ricerche* cit., I, p. 332, peraltro, in netto contrasto con quanto egli aveva asserito nello stesso lavoro, alla nota 33 di pagina 106.

SALVATORE PULIATTI*

OMNEM OPERAM ET LABOREM SINE DOLO ET SINE ULLA FRAUDE… SUSCEPTURUM ESSE*: SULLA RESPONSABILITÀ DEI FUNZIONARI IN ETÀ TARDOIMPERIALE*

SOMMARIO: 1. Caratteri della responsabilità penale dei funzionari – 2. I criteri di imputabilità – 3. La responsabilità patrimoniale

1. Caratteri della responsabilità penale dei funzionari

Che l'apparato burocratico, in età del Tardo Impero, non brillasse particolarmente per imparzialità ed efficienza è constatazione diffusa nelle fonti e nell'analisi degli studiosi[1]. Dal momento che le cariche erano soprattutto distinzioni da conquistare piuttosto che uffici che comportavano doveri, e gli imperatori che le affidavano intendevano più distribuire ricompense che scegliere persone adatte a svolgere compiti amministrativi, non deve meravigliare che bassa fosse la moralità e la correttezza delle condotte e prevalente la corruzione, la gestione arbitraria delle cariche, l'inosservanza dei compiti e doveri affidati[2]. In tale situazione non solo la funzionalità dell'azione amministrativa era messa in discussione, ma la stessa autorità dello Stato, nonostante le dichiarazioni ottimistiche della propaganda imperiale, era sminuita e, a livello locale e provinciale, gravemente compromessa[3]. Il

* Università degli Studi di Parma.

[1] In proposito A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602 d. C.)*, Milano 1973, pp. 468-477 e 495-499, osserva che il sistema burocratico tardoimperiale, "in cui gli uffici erano tenuti per periodi brevi e irregolari e la maggior parte dei funzionari occupava pochi posti nel corso della carriera", non poteva essere stato efficiente.

[2] In tal senso A.H.M. JONES, *op. ult. cit.*, p. 469, che sottolinea come tale concezione degli uffici fosse in qualche misura una conseguenza "delle tradizioni del Principato, tradizioni che derivavano a loro volta dai tempi della Repubblica, quando le magistrature erano onori aspramente contesi tra rivali che aspiravano alla fama".

[3] Una delle ragioni principali di tale situazione era costituita proprio dalla resistenza passiva degli stessi governatori provinciali che avrebbero dovuto applicare le disposizioni

disprezzo della legge era, se non generalizzato, almeno fenomeno diffuso, mentre la condizione degli amministratori non mancava di essere esposta alla disistima e alla contumelia, come si rileva da qualche disposizione imperiale[4]. Di questa situazione allarmante qualche traccia traspare anche dalle fonti letterarie, che non mancano di sottolineare l'esigenza di amministratori adeguati, capaci di operare con competenza e onestà. Così Simmaco, in una lettera rivolta a Valentiniano II per riprenderne benevolmente e indirizzarne la condotta, sottolineava l'esigenza di un mutamento:

> Simm., *Rel.* 17: Fidem meam conuenit amor saeculi Vestri et cura Rei publicae ne corrigenda dissimulem… Cum ad Praefecturam urbanam ciuilium rerum summa pertineat, minoribus officiis certa quaedam membra creduntur; quibus regendis industrios et probatos oportebat

imperiali. Ne fornisce attestazione, con particolare riguardo al campo religioso, una lettera dell'imperatore Graziano ad Aquilino, vicario urbano, inviata per stigmatizzare la condotta connivente del predecessore di Aquilino, Simplicio, che aveva reso possibile il persistere della condotta turbolenta di un prelato, Florenzio, già espulso da Puteoli (Coll. Avell. 13. 1 e 7: *… nostrorum videlicet iudicum socordia fretus, qui privatae gratiae imperialia praecepta condonant et religionem quam nos iure veneramur, quia fortasse ipsi neglegunt, inquietari patienter accipiant*. Cfr. pure C. Sirm. 14: *dubium non est coniventia iudicum fieri et culpabili dissimulatione inultum relinqui quod ad turbandam quietem publicam in contemptum Christianae religionis, quam debito cultu veneramur, sub publica testificatione commissum addiscimus et pariter non punitum*). Proprio la riluttanza naturale dei funzionari ad applicare misure loro non gradite o che li avrebbero posti in situazioni imbarazzanti, la loro sensibilità all'influenza di persone potenti e, in ultima analisi, la loro facilità a essere corrotti ostavano contro l'efficiente applicazione delle norme imperiali. Contro queste condotte si dirigeva la riprovazione imperiale, ma proprio l'estremo rigore con cui spesso erano minacciati di gravi sanzioni i governatori e i loro *officia*, eventualmente conniventi nelle infrazioni, lasciava trasparire la debolezza che in realtà minava il potere imperiale rendendone l'azione inefficace di fronte all'inerzia interessata dei funzionari sia che tale inerzia fosse dovuta a simpatie, al desiderio di accattivarsi l'opinione pubblica locale o a corruzione.

[4] In età giustinianea la rilevanza assegnata ai problemi dello Stato e al riordino dei suoi apparati portò a individuare nella restituzione della *potestas* delle magistrature e in una profonda opera di moralizzazione basata su criteri meritocratici di selezione e su doti adeguate di professionalità gli strumenti per ridare autorità allo Stato e risanare la pubblica amministrazione. Cfr. in proposito S. Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano. Lo statuto civile e l'ordinamento militare della prefettura africana*, Milano 1980, p. 21, e per l'ambito giudiziario F. Goria, *La giustizia nell'Impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, 7-13 aprile 1994 (Settimane di Studio CISAM, XLII) I, Spoleto 1995, p. 300 (ora in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, a cura di P. Garbarino, A. Trisciuoglio, E. Sciandrello, Alessandria 2016, p. 282).

adhiberi, ut suum quisque munus inculpata facilitate promoueat.

«L'amore del presente ordine in cui regnate e la cura dello stato si uniscono alla lealtà, perché io non nasconda, maestà, ciò che è necessario cambiare… Mentre l'amministrazione civile tutta appartiene alla prefettura urbana, certi rami sono affidati a uffici secondari, per reggere i quali bisognava servirsi di persone operose e provate, in modo che ciascuno mandasse avanti il suo compito con facilità e senza colpe».

Certo, quando Simmaco scriveva questa lettera, il suo atteggiamento era dettato dal sovraccarico di lavoro che la oziosità e la venalità dei funzionari subordinati che la corte inviava gli avevano procurato (come prefetto della città), ma perfino in queste circostanze la richiesta imprescindibile era nel senso della operosità e onestà del personale subordinato più che dell'abilità o esperienza[5]. Non deve meravigliare dunque che in un sistema burocratico e corporativo come quello tardoimperiale, nel quale centrale è la funzionalità degli organi dell'amministrazione, ma ancor più rilevante è la corretta esecuzione e applicazione delle direttive imperiali e in ultima analisi la difesa dello Stato contro abusi e distorsioni, da un lato venisse individuata nella riforma della burocrazia, soprattutto a livello periferico, il mezzo più idoneo per ripristinare l'autorità dello Stato, per restituire prestigio alle istituzioni e per dare credibilità all'azione di governo, dall'altro si riponesse nell'allargamento e nella precisazione della responsabilità penale dei funzionari la garanzia del corretto esercizio delle loro funzioni e dell'adempimento puntuale dei doveri loro affidati[6].

In quest'ottica appare naturale che un fitto numero di illeciti trovasse riconoscimento in relazione alla nuova struttura statale. Così il primo libro del Codice Teodosiano dedica vari titoli all'ordinamento dei funzionari, sanzionando i comportamenti commissivi e omissivi incompatibili con l'ufficio

[5] Così A.H.M. Jones, *Il tardo impero romano (284-602 d. C.)* cit., p. 469, il quale rileva come per raggiungere quello scopo Simmaco si appellasse a un criterio "tradizionale" ben sintetizzato in chiusura di *Rel.* 17: *Melius Vrbi Vestrae in posterum consuletis, si legatis inuitos*. Si trattava dello stesso principio che due secoli più tardi sarebbe stato riaffermato anche dall'imperatore Marciano in Nov. 1pr. (a. 450): *sciens quippe felicem fore rem publicam si a nolentibus et actus publicos repulsantibus regeretur*.

[6] In tal senso D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI* 68, 2002, pp. 567-578.

ricoperto[7]. Ne risulta quello che è stato definito un nuovo "diritto penale disciplinare", per cui qualunque atto compiuto dal funzionario, com'è stato osservato (con affermazione forse eccessivamente recisa), "può essere considerato reato"[8]. Tale diritto trova il proprio fondamento in un mutamento radicale del "senso direzionale" della responsabilità degli organi dell'apparato burocratico, che tende a spostarsi dal rapporto 'funzionario-sudditi' a quello di 'funzionario-statuto deontologico, diretta espressione di interesse pubblico', o meglio a quello di '*iudex*-gerarchia', avente il proprio perno nella figura dell'imperatore[9].

Se infatti è vero che il sistema repressivo è per sua essenza influenzato dall'assetto politico della collettività e un aspetto estremamente significativo dell'età tardoimperiale è la notevole importanza assunta dall'organizzazione statale, nell'ambito della quale posizione di primo piano riveste la figura del sovrano, è inevitabile che il sistema penale assuma come valore prioritario la difesa dello Stato rispetto a quello della persona e dunque la sanzione miri più a punire la condotta del funzionario per i pregiudizi che a quell'assetto comporta e per la violazione delle regole di condotta da esso imposte che per i pregiudizi direttamente o indirettamente arrecati ai singoli[10]. In tale contesto, che pone come prioritaria l'efficienza del sistema e ove il funzionario è anello di una gerarchia funzionale al raggiungimento degli obiettivi generali, la responsabilità che ne contrassegna l'azione viene dunque ad assumere la fisionomia di una responsabilità *lato sensu* 'disciplinare'[11]. Una responsabilità tuttavia, come è stato osservato, dal profilo ambiguo, che ten-

---

[7] Cfr. D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 571. Un quadro degli illeciti imputabili alla condotta dei funzionari imperiali in base al *Codex Theodosianus* è fornito da K.L. Noetlichs, *Beamtentum und Dienstvergehen*, Wiesbaden 1981.

[8] Così M. Lauria, «*Calumnia*», in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1933, pp. 97-135 (ora in Id., *Studi e Ricordi*, Napoli 1983, pp. 244-276, part. 250, da cui si cita).

[9] In tal senso R. Lambertini, *Cons. 8: il '*vetus iurisconsultus*' e il giudice in causa propria (Aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico)*, in *Princìpi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Parma 2010, pp. 83-101; Id., *Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico*, in *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010, pp. 189-237, part. 200.

[10] Si sofferma su questi aspetti con riferimento al *crimen calumniae* D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 570, per sottolineare come, in conseguenza della particolare rilevanza assegnata alla tutela dello Stato, si sia puniti come calunniatori "non tanto per aver accusato un innocente, ma per le molestie arrecate all'economia del processo", configurando così una sorta di responsabilità obiettiva che non lascia spazio a un accertamento sull'atteggiamento soggettivo di chi agisce.

[11] Cfr. R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 201.

de "a colorarsi di riflessi penalistici fino al punto di scivolare, per tipologia e gravità di pena, nel campo della repressione criminale vera e propria"[12].

Nello studio di tale responsabilità si deve rilevare come si vada incontro a due ordini di difficoltà: da un lato si deve osservare che quanto è possibile reperire sull'argomento è, in buona sostanza, stemperato in un apparato testuale assai vasto, ma, al contempo, abbastanza carente di denominatori comuni tali da indirizzare in modo sicuro il lavoro di reperimento e di cernita dei testi da parte dell'interprete (confusione con la responsabilità del giudice)[13]; dall'altro è necessario evidenziare come, se di norma le disposizioni in argomento contengono la previsione di apposite sanzioni in caso di trasgressione, tuttavia un numero assai elevato di costituzioni si limitano a stabilire un mero comando, sia pure espresso con il più reciso dei toni, prescrivendo al funzionario quel che è tenuto a fare, ma lasciano impregiudicato l'aspetto sanzionatorio, rendendo così incerta l'esistenza di profili di responsabilità[14]. Ciononostante è constatazione comune che costituisca principio generale del Tardo Impero quello di una responsabilità penale dei funzionari per un complesso numerosissimo di fatti e di eventi.

Nei riguardi di tale responsabilità è anzitutto preliminare osservare come la posizione della disciplina classica si presenti assai diversa da quella posteriore[15]. Ciò anzitutto sotto il profilo delle determinanti di pensiero che ne costituiscono il presupposto. Per orientare e valutare la condotta degli organi dell'apparato pubblico la legislazione postclassica fa infatti posto anche alla considerazione etica, cui il pensiero giuridico classico aveva invece

---

[12] Così R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 201, il quale rileva come, concretandosi quella repressione in forme recanti "assonanze solo assai vaghe e lontane con le figure canoniche dei delitti pubblici", essa si traduca in una sorta di "nuovo diritto penale disciplinare", secondo quanto già efficacemente precisato da M. Lauria, «*Calumnia*» cit., p. 250.

[13] Si veda in proposito quanto sottolineato in tema di responsabilità del giudice da R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 193, che ricorda la mancanza in età tardoimperiale di una figura di riferimento come quella del *iudex qui litem suam fecit* ed evidenzia, con riferimento ai titoli del Codice Teodosiano sui vari *officia*, come in essi siano inserite numerose norme in ordine al modo di operare del giudice, ma, dato il loro più generale carattere di *administratores*, "insieme con norme afferenti a diversi ambiti".

[14] Cfr. in argomento R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 195, il quale rileva come in mancanza di una diretta "comminatoria di sanzioni… appare soluzione non del tutto affidante quella che pretenda di individuare in questi casi una forma di responsabilità, quantunque non sia dato escludere che la medesima possa pure sussistere".

[15] Così M. Lauria, «*Calumnia*» cit., p. 250.

riconosciuto ruolo limitato, in accordo peraltro con la mentalità pragmatica e scarsamente propensa alla speculazione astratta propria della giurisprudenza romana. Valori come l'*honestas*, l'*humanitas*, la temperanza, l'astensione dalla turpitudine sessuale nelle fonti tardoimperiali costituiscono frequentemente parametri di comportamento per una figura di amministratore ottimale. In particolare a proposito degli *agentes in rebus*, nel 357 Costanzo stabilisce che:

> CTh. 2.1.3: quicumque … aliquid improbe turpiterque commiserit aut libidinis macula forte polluerit pudicitiam, debet ad eum ultio severitatis congrue propagari

e agli archiatri Valentiniano I nel 370 suggerisce che *honeste obsequi tenuioribus malint quam turpiter servire divitibus*[16]. Circa poi l'elezione dei *defensores civitatis*, nel 458 Maggioriano dispone che debbano essere selezionati *compertis eorum moribus*, in modo da risultare *probis moribus*, *honeste* [*praediti*][17]. Le condotte che violano le regole morali sono considerate inammissibili in ogni settore della vita pubblica e tanto più da sanzionare nell'amministrazione della giustizia, dove maggiormente rileva l'operare secondo i principi dell'*honestum* e del *probum*. Perciò Teodosio I nel 386 non tralascia di usare severità contro figure disoneste come quella dell'*improbus iudex*[18]; mentre Giustiniano nel 530 disapprova ogni *improba causa*[19] e nel 531 condanna l'*improbus litigator*[20]. I comportamenti secondo morale e correttezza, senza astuzie né raggiri, trovano favore; la *calliditas*, la *prava interpretatio*, le *machinationes* non sono invece tollerate e, se perpetrate, sottostanno a pena perché non trovino diffusione. Gli autori sono comunque soggetti da scoraggiare, in modo da non poter trarre vantaggio dal loro agire aberrante.

Una delle disposizioni giustinianee in tema di deontologia professionale dei *patroni causarum* chiarisce bene questa visuale. Gli avvocati debbono con tutte le loro forze e capacità tecniche (*omni quidem virtute sua omnique ope*) sostenere le ragioni del proprio assistito che essi reputino fondate sul giusto e sul vero; ma se in sede processuale emerge l'improbità della causa e la falsità delle allegazioni essi hanno l'obbligo di recedere dal patrocinio

---

[16] CTh. 13.3.8 = C. 10.53.9.
[17] Nov. Maior. 3.
[18] CTh. 9.27.6 = C. 9.27.4.
[19] C. 3.1.14.4.
[20] C. 2.58.2.6.

(*a causa recedant ab huismodi communione sese penitus separantes*[21]). Sono questi i concetti da cui trae origine la serie delle disposizioni postclassiche dirette a orientare la condotta dei singoli funzionari secondo il principio della *bona fides*. E, in tale linea, adempimento fondamentale che si impone alla coscienza stessa dell'organo pubblico è quello della prestazione del giuramento di probità che nel 535 Giustiniano stabilisce debba essere reso prima dell'entrata in carica, costituendo il presupposto dell'impegno irrinunciabile assunto e garanzia di una condotta che si traduca in un agire *sine dolo et sine ulla fraude*[22].

Se poi ci si rivolge al profilo più strettamente tecnico-giuridico, importanti aspetti di diversità, rispetto alla legislazione classica, emergono dalla disciplina. Ciò anzitutto dal punto di vista del campo di applicazione di quella responsabilità.

Nella disciplina classica, specie in quella delle *leges publicae*, era infatti precisamente delimitato l'ambito della responsabilità penale del funzionario, nel senso che solo una ristretta serie di atti da lui commessi (*repetundae*, *peculatus*, *maiestas*) potevano costituire reati, mentre la maggior parte della sua attività era libera e poteva se mai, dopo che egli avesse lasciato la magistratura, essere soggetta a un controllo politico[23]. E la situazione, se anche sostanzialmente molto diversa, non muta però formalmente sotto l'Impero, nel senso che, pur vincolandosi sempre di più l'*imperium* magistratuale, non sorgono però nuove figure di reati imputabili a magistrati e funzionari. È solo a seguito del nuovo assetto dato allo Stato da Diocleziano e Costantino che la responsabilità penale dei magistrati viene a estendersi e ad aggravarsi senza limiti. E ne cambia anche, e questo è l'aspetto forse più importante, il fondamento. I pochi delitti previsti da *leges* imputabili a un magistrato in quanto tale, sotto la Repubblica, avevano infatti tutti per presupposto un illegale uso del suo *imperium*, quasi sempre attuato nel pro-

[21] C. 3.1.14.4. Profilo delle disposizioni giustinianee sulla repressione delle *machinationes*, *calliditates*, *astutiae* in B. Biondi, *Il diritto romano cristiano* II, Milano 1952, pp. 76-77, il quale ritiene si sia verificato in età tardoimperiale un singolare allargamento della nozione del *dolus* fino ad "assorbire quasi una vasta cerchia del *dolus bonus*".

[22] Nov. Val. 35.13 e Nov. Iust., 8 *iusiur*.

[23] In tal senso M. Lauria, «*Calumnia*» cit., p. 250, che osserva come, sebbene alcuni studiosi sostengano che già in età repubblicana i magistrati fossero illimitatamente responsabili, anche in linea penale, delle loro azioni, in realtà poche erano le figure di reato previste in *leges* e inoltre la natura politica dei processi instaurati nei loro confronti svalutava o assorbiva l'indagine sul fondamento giuridico della responsabilità per essi prevista.

prio interesse personale: così per quel che concerne il più antico dei delitti magistratuali, il *crimen repetundarum*, e tale stato di cose si mantiene anche sotto il Principato in considerazione del mancato incremento delle figure di reato. L'innumerevole serie di delitti e di sanzioni varie che incombono invece in età postclassica ai funzionari prescinde spessissimo dagli antichi presupposti per trovare altre ragioni nell'assetto nuovo (burocratico-corporativo) dello Stato tardoimperiale[24].

2. I criteri di imputabilità

In questo quadro ciò che forse è più rilevante è, però, che si assiste anche a un qualche mutamento per quel che riguarda i criteri di imputabilità. Certo non è facile ricondurre a presupposi unitari (dolo, colpa) la molteplicità delle previsioni sanzionatorie disposte dalle diverse costituzioni per indurre i funzionari a curarne, per quanto possibile, la scrupolosa applicazione[25]. Dure sanzioni sono comminate ai funzionari per tutta una serie di mancanze riscontrabili nell'esercizio delle loro funzioni amministrative o giudiziarie. Così, a titolo di esempio, Costantino, con l'editto a tutti i provinciali in CTh. 2.30.1 (= C. 8.16.7) del 315, stabiliva:

> CTh. 2.30.1 (*Imp. Constantinus A. ad universos provinciales*): Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pigneris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum inlatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententia subiugetur (*Dat. IIII non. iun. Sirmio Constantino A. IIII et Licinio conss.*).

La disposizione imponeva ai governatori di comminare la pena di morte, tra gli altri, agli *intercessores* – funzionari incaricati degli stessi governatori

[24] Cfr. in proposito D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 570.

[25] Come ha osservato D.A. Centola, *op. ult. cit.*, p. 574, ciò dipendeva anche dalla notevole varietà della terminologia con la quale veniva indicato l'elemento intenzionale che non deponeva certo "a favore del tecnicismo e della precisione dei concetti", ma anche dalla mancanza di appropriate definizioni, come per il dolo, inducendo gli studiosi all'opinione che "non solo i Romani non dovevano avere idee chiare in merito alle problematiche dell'elemento soggettivo, ma che pure noi oggi non riusciamo a conoscere con chiarezza quale fosse sull'argomento il loro pensiero".

di riscuotere debiti in via civile – che avessero sottoposto a pignoramento anche servi e buoi adibiti al lavoro dei campi, in modo tale da provocare ritardo nel pagamento dei tributi fondiari. E analogamente lo stesso Costantino con CTh. 1.22.1 (= C. 1.48.1) del 316 non mancava di minacciare pena capitale al giudice che si fosse reso colpevole della violazione della riservatezza di una matrona, inviando un *adparitor* alla casa di quest'ultima per condurla in pubblico[26]. Ma non difettava neppure, per infrazioni di minor rilievo, l'applicazione di sanzioni più lievi come l'*infamia* (cfr. CTh. 9.10.4.1 = C. 9.12.8.3 di Teodosio del 390 per l'ipotesi di sanzione omessa o differita o più mite di quella prevista dalla legge applicata dal giudice[27]) o di imprecisate misure punitive come nel caso di CTh. 16.10.12.4 di Teodosio, Arcadio e Onorio del 392, che inibiva una lunga serie di manifestazioni del culto pagano.

Multe di varia entità, a volte assai pesanti (quasi sempre oro a chilogrammi, talvolta argento), erano poi comminate da una numerosa serie di costituzioni imperiali a carico dei funzionari responsabili, altre volte solo dell'*officium* che ne coadiuvava l'azione, altre ancora a carico dell'uno e dell'altro per tutta una serie di inottemperanze di varia natura ed entità, né mancano casi riconducibili a ipotesi di solidarietà elettiva per cui era tenuto a pagare la multa o l'*officium* o il *iudex*[28]. Ora in molti di questi casi l'imputabilità e la sanzione sono giustificate non solo sul presupposto del dolo, ma anche di una qualche *neglegentia* o *culpa* sia pur lieve del funzionario.

---

[26] CTh. 1.22.1 (Imp. Constant(inus) A. ad Domitium Celsum vicarium): *Nemo iudex officialem ad eam domum, in qua materfamilias agit, cum aliquo praecepto aestimet esse mittendum, ut eandem in publicum protrahat, cum certum sit debita eius, quae intra domum considerato sexu semet contineat, domus eius vel cuiuscumque rei habita distractione publicis necessitatibus posse servari. Quod si quis in publicum matremfamilias posthac crediderit protrahendam, inter maximos reos citra ullam indulgentiam capitali poena vel exquisitis potius exitii suppliciis plectetur.* Dat. III Id. ianuar. Treviris Sabino et Rufino conss. Su questi provvedimenti cfr., con riguardo alla tematica qui affrontata, R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 215.

[27] Attribuisce la disposizione a Valentiniano II D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 572, ma in proposito cfr. O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste*, Frankfurt/Main 1984, p. 277.

[28] Cfr. CTh. 1.6.9 del 385 su cui cfr. R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 216. Osserva come nella fattispecie considerata non ci si trovi di fronte a una punizione cumulativa sia del giudice che del suo ufficio dato che l'una esclude l'altra D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 572, che peraltro precisa come nel provvedimento si preveda" in primo luogo la responsabilità dei funzionari dell'*officium* e … solo in via subordinata la responsabilità del giudice".

Significativa a questo proposito è la contrapposizione che risulta dalla già menzionata CTh. 16.10.12.4 del 392:

> CTh. 16.10.12.4 (*Imppp. Theodosius, Arcadius et Honorius AAA. ad Rufinum praefectum praetorio*): 4. Quod quidem ita per iudices ac defensores et curiales singularum urbium volumus custodiri, ut ilico per hos comperta in iudicium deferantur, per illos delata plectantur. Si quid autem ii tegendum gratia aut incuria praetermittendum esse credideriint, commotioni iudiciariae, subiacebunt; illi vero moniti si vindictam dissimulatione distulerint, triginta librarum auri dispendio multabuntur, officiis quoque eorum damno parili subiugandis (*Dat. VI id. nov. Constantinopoli Arcadio a. II et Rufino conss.*) (392 nov. 8).

La disposizione, nello stabilire il divieto di ogni forma di espressione, privata e pubblica, di rito pagano[29] in tutto il territorio dell'Impero, in chiusura prevede l'applicazione di sanzioni nei confronti di governatori, *defensores* e *curiales* di ogni città che non abbiano fatto rispettare i divieti previsti o abbiano mancato di applicare le pene stabilite[30]. Nel disporre tali misure il testo imperiale distingue inoltre chiaramente le condotte inosservanti secondo diversi criteri di imputabilità: all'azione dolosa di chi nasconde le condotte vietate risulta così contrapposta l'incuria di chi ha trascurato di farne denuncia.

In altri casi, peraltro, la *culpa*, nel significato specifico di mancanza non dolosa, è richiamata esplicitamente dalle disposizioni imperiali quale criterio di imputabilità[31]. Così, per citare solo un esempio di portata generale, il criterio indicato trova già precisa menzione in una costituzione di Costantino del 325:

> CTh.1.5.1 (*Imp. Constantinus A. ad Constantium praefectum praetorio*): Edicto omnes provinciales monemus, ut, si interpellantes proprios pra-

[29] La fattispecie è ricondotta dalla costituzione nell'orbita del *crimen maiestatis.*

[30] La norma, in particolare, prevedeva una non precisata sanzione a carico dei *defensores* e dei *curiales* negligenti o conniventi nel promuovere la punizione dei colpevoli, e in più una multa di 30 libbre d'oro se avessero cercato di procrastinare l'irrogazione della pena.

[31] Per un elenco di alcune costituzioni del Codice Teodosiano in cui si fa riferimento ai criteri della *culpa* (nel senso specifico di mancanza non dolosa), *desidia*, *neglegentia*, *incuria*, *segnitia*, in relazione alla condotta del funzionario oggetto della riprovazione imperiale cfr. M. Lauria, «*Calumnia*» cit., p. 251, che osserva come anche con riferimento alle condotte omissive, mentre in età repubblicana si puniva l'omissione solo se dolosa, nella normazione imperiale risultava punibile la semplice omissione, anche se non dolosa.

esides contempti fuerint, gravitatem tuam interpellent, ut, si id culpa vel neglegentia praesidum admissum esse constiterit, ilico ad scientiam nostram referat gravitas tua, quo possint congrue coerceri (*Dat. IIII k. sept. Antiochiae Paulino et Iuliano conss.*).

Nella disposizione si prescrive che, in caso i provinciali abbiano adito il governatore e non siano stati ascoltati, possano rivolgersi al prefetto del pretorio che, valutate le ragioni dell'omissione, potrà fare relazione all'imperatore per le opportune misure[32]. Proprio nello stabilire tale disciplina il testo imperiale individua chiaramente nella *culpa* il criterio che determina la reazione imperiale e ne pone un significativo accostamento alla *neglegentia*, riconducendo ai parametri di una condotta disattenta e trascurata gli estremi sufficienti per integrare i presupposti legittimanti l'intervento sanzionatorio previsto[33]. Accanto a questa, numerose sono le altre disposizioni che si rifanno al medesimo criterio: per citare solo alcuni esempi, esso trova riscontro in CTh. 6.35.10 del 380 in tema di privilegi dei *palatini* e più avanti ancora in CTh. 11.30.64pr. del 412 circa l'applicazione della sanzione prevista a carico dell'ufficio che non rispetti i termini disposti in caso di *reparatio* fiscale[34].

Ad assumere rilievo, quale criterio di imputazione, non è peraltro solo la colpa inescusabile, ma anche la mancanza della comune diligenza o accortezza. Qualche testimonianza, sia pure indiretta, in tal senso è fornita da CTh. 6.10.1 emanata da Teodosio I nel giugno del 380:

---

[32] Cfr. in proposito anche CTh. 2.1.6, e più in generale per i problemi di responsabilità del giudice F. Pergami, *Organizzazione giudiziaria e responsabilità dei funzionari imperiali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale*, in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2014, pp. 65-79.

[33] Per l'importanza rivestita ancora in età tardoimperiale dall'elemento intenzionale cfr. D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., pp. 574-575, che sottolinea come l'importanza degli aspetti psicologici, già resasi evidente durante il Principato di Adriano, trovi ancora riscontro in CTh. 9.12.1 e 2 di Costantino in tema di punizione degli schiavi e più avanti anche in Nov. Val. 19 del 445 concernente l'omicidio.

[34] Su quest'ultimo provvedimento con riferimento più in generale alle misure adottate per contenere la durata dei processi in età tardoimperiale cfr. L. Solidoro, *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano* III. *La prescrizione delle azioni nell'età imperiale*, in *TSDP* 3, 2010, pp. 98-139; L. Di Pinto, *Tempi della giustizia e veritas processuale. Alcune linee di lettura nel mondo giuridico romano*, in *TSDP* 11, 2018, p. 28.

> CTh. 6.10.1 (*Impp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio praefecto praetorio*): Praecipua est nostrae pietatis intentio circa no(tari)orum nomen, atque ideo, si umquam huius ordinis (vi)ri laborem quiete mutaverint vel senectute po(s)uerint seu cum alia dignitate post hanc qualibet usi (su)nt, non omittant prioris vocabulum militiae, sed com(pe)ndium sequentis honoris adsumant. Et si quis of(fi)cio vel praecipue sublimitatis tuae temerarius (ad) census discussiones peraequationes, aliam denique (u)llam rem inquietator extiterit, officium suum norit vel levis culpae offensione detecta gravis mul(t)ae discrimine fatigandum et numerariorum corpus (e)xtincto iniuriae auctore minuendum (*Dat. XVII kal. iul. Thessalonica Gratiano V et Theodosio I AA. conss.*).

La costituzione, nello stabilire a favore dei *notarii* la conservazione del *nomen* anche dopo la dismissione della carica o il passaggio ad altra *dignitas*, ne tutela lo *status* contro molestie o soprusi posti in essere dall'ufficio della prefettura. Nel disporre in tal senso il testo imperiale allarga la previsione delle fattispecie alle quali consegue la multa prevista e la connessa destituzione quale sanzione a carico dell'ufficio. E nel sottolineare come in esse siano ricomprese anche *offensiones* derivanti da *levis culpa* (nel senso di leggere mancanze) la disposizione sembra proprio voler sottolineare l'ampiezza della responsabilità addossata ai funzionari coinvolti[35].

Del resto anche i criteri della *desidia*, *incuria*, *neglegentia*, *segnitia* più volte richiamati nelle statuizioni imperiali testimoniano forse di una tendenza, particolarmente evidente con riferimento all'ambito delle funzioni giudiziarie, non solo a mantenere un collegamento tra la punibilità dell'autore dell'illecito e un riprovevole atteggiamento soggettivo di quest'ultimo, ma a considerare in termini ampi quest'ultimo e la *diligentia* conseguentemente richiesta[36].

Ma un altro aspetto occorre rilevare, ai fini dell'indagine che si sta conducendo, e che, secondo alcuni studiosi[37], ha trovato riscontro in taluni in-

---

[35] Sulla disposizione esiste disparità di vedute in dottrina. Mentre infatti M. Lauria, «*Calumnia*» cit., pp. 251-252, colloca il provvedimento sia tra quelli che si richiamano al criterio della *culpa* che tra quelli che presuppongo una responsabilità oggettiva, D. A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 572, ne sottolinea in particolare quest'ultimo profilo di responsabilità con riguardo alle condotte dell'*officium*.

[36] Rileva questo aspetto R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 219, che peraltro si mostra scettico sulla reale possibilità del giudice di sottrarsi a responsabilità "adducendo il dato di un proprio comportamento incolpevole".

[37] In tal senso in particolare M. Lauria, «*Calumnia*» cit., p. 252, con elenco di alcune

terventi imperiali in materia, ossia il fatto che la punizione delle condotte scorrette degli organi dell'apparato burocratico, almeno in determinati casi, appare prescindere dai presupposti del dolo o da quello della *culpa* per imperniarsi esclusivamente sulla constatazione del verificarsi dell'evento che si intende impedire (e perciò su un dato oggettivo), determinando il configurarsi di una responsabilità penale obiettiva senza alcun riferimento ai ricordati criteri soggettivi di imputabilità. In tal senso sembra attestare, oltre la legge di Costantino, in precedenza ricordata, relativa alla punibilità dell'*intercessor* per il semplice fatto del pignoramento di alcuni beni con danno del fisco[38], un provvedimento di Valentiniano II del 390 indirizzato ad Albino, prefetto della città:

> CTh. 9.10.4.1 (*Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Albinum praefectum urbi*): Iudicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit, omiserit vel impunitate donaverit aut molliore, quam praestituimus, poena perculerit (*Dat. prid. non. mart. Mediolano, Valentiniano A. IV et Neoterio V. conss.*)[39].

Nella costituzione si condanna a *gravis infamia* il giudice presso il quale sia stato provato il *crimen violentiae* sul solo presupposto della condotta scorretta tenuta per aver omesso o differito la repressione di tale reato o per aver riconosciuto al reo l'impunità o una pena più lieve di quella stabilita dalle disposizioni imperiali.

La possibilità del configurarsi di una responsabilità obiettiva, che già

---

disposizioni attestanti casi di responsabilità oggettiva, e D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., pp. 570-578, che con riferimento a tali fattispecie parla di "involuzione del senso giuridico".

[38] CTh. 2.30.1 del 315.

[39] Interpretatio. *Si servi inscio domino confessi vel convicti fuerint violentiam commisisse, addicti tormentis gravibus puniuntur. Si vero iubentibus dominis violentiae crimen admiserint, domini, qui illicita praeceperunt, notantur infamia et nobilitatis vel honoris sui dignitatem tenere non possunt. Servi autem, qui talibus dominorum furoribus paruerunt, in metallum detruduntur. Ceterum non liceat iudicibus discussionem violentiae differre vel dimittere vel donare: qui si probaverint violentiam et non statim vindicaverint, noverint se periculum subituros. Viles autem personae, quae bis aut frequenter admisisse violentiam comprobantur, constituta legibus poena supra scripta omnimodis feriantur.* Per i problemi di attribuzione del provvedimento cfr. O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste* cit., p. 277, che lo riconduce a Teodosio I.

emerge dalle fattispecie considerate, trova peraltro più evidente riscontro nei casi in cui la pena coinvolge non il solo funzionario, ma anche i componenti del suo *officium*, manifestando un intento punitivo che sembra prescindere dalla considerazione circa la possibilità per quei soggetti di impedire l'evento, di modo che la pena è applicata indipendentemente da qualsiasi indagine su una eventuale *culpa* o *neglegentia*. Così una costituzione di Costanzo II del 3 maggio 361[40] multa l'*officium* di cinquanta libbre d'oro (oltre le dieci previste per il *iudex*) nel caso che i giudici destinati abbiano con negligenza trascurato le *editiones*. Dispone infatti il testo imperiale:

> CTh. 6.4.13.3: … *ipsi iudices denas auri libras, officia vero eorum quinas denas inferre debebunt*.

E multe sono previste per *l'officium* nel caso il giudice non rispetti le decisioni imperiali[41], se si portino alla cognizione del *rector provinciae* cause di poca entità, riservate alla competenza dei giudici minori[42], se qualcuno adisca il vicario senza il clamide[43], e la enumerazione potrebbe continuare, anche se gli esempi addotti mostrano a sufficienza il riscontro ottenuto dall'orientamento evidenziato. D'altra parte una prova *a contrario* del riconoscimento di tale criterio è offerta dal limitato ricorrere di casi in cui all'*officium* medesimo è consentito di sottrarsi alla sanzione dimostrando di aver fatto il possibile per evitare che il giudice commettesse l'illecito[44].

Difficile, peraltro, individuare le ragioni che hanno permesso nel Tardoantico l'affermarsi di una responsabilità penale oggettiva e spesso collettiva dei funzionari imperiali. Certo può aver inciso il carattere sempre più vincolante degli obblighi assegnati a tali soggetti, configurantisi come un vero e proprio dovere generale di *inquirere* gravante su di essi (per cui la semplice inosservanza di esso avrebbe legittimato la sanzione[45]), come anche un'esi-

---

[40] CTh. 6.4.13.

[41] CTh. 1.6.9 di Valentiniano II del 385 indirizzata a Simmaco, che punisce la condotta del giudice che abbia preferito 'la propria arroganza' al giudizio imperiale.

[42] CTh. 2.1.8.3 del 395.

[43] CTh. 1.15.16 del 401.

[44] Ciò magari resistendogli con tenacia e ricordandogli il tenore della legge che stava violando; cfr. CTh. 11.30.58.1 = C. 7.62.30, 7.62.21 di Arcadio e Onorio del 399. In proposito R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 218.

[45] Così M. Lauria, «*Accusatio-inquisitio*». *Ordo-cognitio extra ordinem-cognitio: rapporti ed influenze reciproche*, in *Atti della R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli* 56, 1934, pp. 304-369 (ora in Id., *Studi e ricordi* cit., pp. 277-321).

genza di controllo a carico dei funzionari subalterni, e ciò specie in riguardo ai componenti l'*officium*, che avrebbe giustificato talvolta una punizione più severa nei loro riguardi (rispetto a quella prevista per i superiori), ma forse le ragioni sono da ricercare altrove, nelle peculiarità del sistema burocratico tardoantico che considerava come primaria la difesa dello Stato, imponendo di punire al solo verificarsi dell'evento onde garantire il perfetto funzionamento di quell'apparato[46].

Un altro aspetto, collegato alla tematica della responsabilità (penale) del funzionario in esame, merita peraltro approfondimento. In taluni casi, anche assai frequenti, la norma imperiale che impone al funzionario un comportamento non prevede, come già osservato, una sanzione, limitandosi a dettare un semplice comando. Ciò pone il problema di verificare se in tali ipotesi al trasgressore si applichi ugualmente una pena, qualunque ne sia la natura, afflittiva o pecuniaria, evidenziando un profilo di responsabilità.

La mancanza in età tardoimperiale di disposizioni che in generale sanzionino l'inosservanza da parte dei funzionari delle norme imperiali[47], e la tendenza viceversa a provvedere attraverso una molteplicità di statuizioni particolari, ciascuna con un proprio presupposto e legata a un ambito particolare, indurrebbe a formulare una conclusione negativa (almeno su un piano di logica astratta), dato che, in assenza di un'espressa e specifica disposizione sanzionatoria, si dovrebbe inevitabilmente concludere per l'esenzione da pena. Certo, peraltro, è difficile immaginare che gli imperatori di questo periodo, che imponevano ai funzionari subordinati una certa condotta senza prevedere sanzioni, si limitassero a pensare a una c. d. *lex imperfecta*. Si deve allora ritenere che il risultato di iscrivere l'operato dei funzionari, in particolare dei gradi inferiori, all'interno di un rigido meccanismo sanzionatorio al quale risultava difficile sottrarsi fosse realizzato, come è stato evidenziato[48], avvalendosi di quelle norme che, facendo leva sull'ordinamento gerarchico dell'apparato imperiale, attribuivano ai funzionari di vertice (prefetti e presidi) la sorveglianza sull'operato dei funzionari subordinati, riconoscendo loro il potere sia di sanzionarne direttamente la

[46] In tal senso le conclusioni di D.A. Centola, *In tema di responsabilità penale* cit., p. 578.

[47] Ciò almeno secondo quanto testimoniato per l'età dei Severi e del primo Dominato da un brano di Elio Marciano -D. 48.10.1.3- e delle *Pauli Sententiae* -5.25.4-, che inquadrano tali trasgressioni nel *crimen falsi*; cfr. R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 206 e 215.

[48] R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 220.

condotta inerte o negligente sia di riferire all'imperatore per l'adozione dei provvedimenti opportuni[49]. Questo almeno sul piano astrattamente normativo, dato che dal punto di vista della pratica la continua insistenza delle cancellerie sulla necessità di intervenire per reprimere le condotte aberranti (corruzione, peculato, concussione) lascia intuire una costante difficoltà ad arginare quei fenomeni, conseguenza di un'irriducibile debolezza dell'autorità chiamata ad applicare le sanzioni.

3. La responsabilità patrimoniale

A questo punto dell'indagine resta da vedere se accanto alla predetta responsabilità penale-disciplinare sia possibile individuare una responsabilità patrimoniale del funzionario, ossia casi in cui questi sia tenuto a rispondere sul piano economico delle proprie mancanze nei confronti di coloro che ne abbiano subito un pregiudizio[50]. Anzitutto occorre premettere che a incidere fortemente in questo ambito è il carattere accentuatamente fiscalista e assetato di risorse dello Stato tardoimperiale, la cui ben nota avidità porta al recupero di ogni mezzo che possa giovare al supporto di un apparato pletorico e farraginoso. Di questa tendenza e degli effetti prodotti sul piano delle possibili pretese risarcitorie (a vantaggio di privati) una interessante testimonianza fornisce una costituzione di Valentiniano II del 385 trasmessaci dal Codice Teodosiano (e non presente in quello giustinianeo):

> CTh. 2.1.6 (*Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Neoterio praefecto praetorio*): Exceptis his, quibus extra ordinem subvenitur, omnes iacturam litis incurrant, qui non ante in proprio foro iurgaverint, siquidem possint venire ad altioris iudicis notionem, cum iudicatum quod displicet appellatione excluserint: ita ut, si quis litigator se vel fa-

[49] Cfr. CTh. 1.5.9 = C. 1.26.3 di Valentiniano, Teodosio e Arcadio del 389.

[50] Ritiene che in età tardoimperiale non abbia trovato spazio la possibilità del configurarsi di una vera e propria azione generale contro l'ex funzionario per danni arrecati ai privati F. Goria, *La giustizia nell'Impero romano d'Oriente* cit., p. 280 e nt. 130, il quale esclude altresì che in quell'età si possa parlare di una qualche forma di giurisdizione amministrativa, dal momento che il privato che si fosse ritenuto leso dal provvedimento di una pubblica autorità poteva rivolgersi alla medesima perché lo ritirasse, oppure a un'istanza superiore per invocare la punizione del funzionario che lo aveva adottato, qualora ne ricorressero i presupposti (tra i quali le leggi tendevano a porre anche la negligenza, oltre al dolo), ma non aveva la possibilità di impugnare il provvedimento stesso dinanzi a un tribunale indipendente.

stidio vel gratia cognitoris aut non auditum aut dilatum docuerit et eius litis quae protracta est aestimationem fisco nostro iudex praestet et in primores officii poena deportationis ilico deprometur (*Dat. prid. kal. mai. Mediolano Arcadio A. I et Bautone conss.*).

La costituzione, per il caso in cui il giudice non abbia dato udienza o abbia rinviato la causa per arroganza o favoritismo, prevede che egli sia tenuto a pagare l'*aestimatio litis* mentre i *primores* del suo ufficio vadano sottoposti a immediata deportazione (così pure riferisce l'*Interpretatio* visigotica[51]). Dal testo imperiale emerge chiaramente uno spiccato interesse per un corretto comportamento del giudice e del suo ufficio, che si traduce in una maggiore severità della pena prevista per quest'ultimo, ma quel che più rileva è la particolare destinazione degli effetti patrimoniali del suo agire scorretto. L'*aestimatio litis* non è destinata a vantaggio del privato, come avrebbe comportato l'omonimo istituto di età classica[52], ma viene incamerata dal fisco, connotando sotto un particolare profilo pubblicistico la responsabilità del giudice che ne consegue.

Ciò non toglie che, specie nella legislazione giustinianea, in connessione con una più spiccata tendenza al riordino e alla moralizzazione dell'apparato burocratico che ne postula come essenziale la puntualità e correttezza dell'azione, situazioni di responsabilità patrimoniale emergano, specie dalla

---

[51] Interpretatio. *Quicumque apud alium et non apud suum iudicem negotium, quod habuerit, in initio litis crediderit proponendum, exceptis aetate minoribus, quibus lege consultum est, litis ipsius, de qua agitur, actione damnetur: nisi forsitan contra sententiam, quae adversus eum dicta fuerit, crediderit appellandum, ut apud maioris dignitatis iudices audiatur. Sane si quis causam habens, a iudice suo se vel per superbiam vel propter amicitiam adversarii sui probaverit non auditum, iudicem tantum, quantum res, de qua agitur, valuerit, fisco nostro iubemus exsolvere: et qui consiliis suis adhaerent, exilii poenam pro districtione sustineant***.** Sulla costituzione cfr. P. Biavaschi, M. Del Genio, I. Fargnoli (a cura di), *Materiali per una palingenesi delle costituzioni tardoimperiali. La legislazione di Teodosio I (375-395). I primi quattro libri del Codice Teodosiano*, in *Rivista di diritto romano* (www.ledonline.it), pp. 88-89, e F. Pergami, *L'attività giurisdizionale dei prefetti del pretorio nell'assetto costituzionale della tarda antichità*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, a cura di M. P. Baccari, C. Cascione, II, Napoli 2006, pp. 1301-1314 (ora in Id., *Studi di diritto romano*, Torino 2011, pp. 313-324, da cui si cita).

[52] Cfr. D. 5.1.15.1, Ulp. 23 *ad ed*. Cfr. su questi aspetti R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 204, che sottolinea anche la configurazione in termini di responsabilità oggettiva della condotta dell'*officium* dato che, ad avviso dello studioso, ai *primores* poteva al più "imputarsi un dato di appartenenza", dal momento che poco in fondo avrebbero potuto fare se il giudice si fosse negato alla parte in causa.

legislazione novellare. Anche se in quella normazione non mutano i presupposti e i criteri di imputazione in precedenza riconosciuti, si avverte tuttavia una più stringente volontà di controllo, un più studiato piano di interventi che, nella loro finalità di assicurare una maggiore efficienza e funzionalità del sistema, postulano un più adeguato meccanismo sanzionatorio e la previsione di conseguenti profili di responsabilità patrimoniale[53].

In tal senso particolarmente interessante è la disciplina di Nov. 86 del 539 che, oltre che quale provvedimento di risistemazione del problema dell'inattività del giudice, specie con riguardo al processo celebrato in periferia, si pone come intervento correttivo avverso le devianze dell'apparato burocratico. Nel § 4 in particolare il testo imperiale dispone:

> Nov. 86.4: Si quis vero ex subiectis nostris forte ab ipso clarissimo provinciae praeside iniuria affectus sit, praecipimus ut adeat sanctissimum illius civitatis episcopum, isque inter clarissimum praesidem et eum qui se ab illo iniuria affectum putat diiudicet. Et si contingat ut praeses legitime et iuste a sanctissimo episcopo condemnetur, ille omnibus modis satisfaciat ei qui litem adversus eum egit. Si vero praeses id facere recusaverit atque eadem lis ad nos deferatur, si quidem reperiamus eum iuste et secundum leges a sanctissimo episcopo condemnatum iudicata non fecisse, ultimis suppliciis eum subici iubebimus, quod qui vindicare iniuriam passos debeat ipse iniuriam facere convincatur.

La norma, che fa leva sull'intervento del vescovo al fine di impedire l'inattività del giudice, nel paragrafo considerato sottopone in particolare al giudizio dell'alto prelato il *praeses provinciae* dalla cui attività il privato si ritenga ingiustamente leso. Nella fattispecie, di natura non strettamente giudiziaria ma latamente amministrativa, riguardando i comportamenti illegittimi del governatore nei confronti dei soggetti sui quali esercita le sue funzioni, il vescovo in veste giurisdizionale, su iniziativa del privato che assume di averne ricevuto danno, esamina il *praeses*, il quale, se risulta responsabile nei confronti del ricorrente e condannato, è tenuto a soddisfare l'istanza dell'attore sotto ogni profilo (l'appello non vittorioso al tribunale dell'im-

[53] Sui profili di riordino, sulla più stringente volontà di controllo manifestata dall'imperatore illirico e sulle particolari misure adottate cfr. S. Puliatti, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustinianea*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro*, Atti del Convegno, Modena, 21-22 maggio 1998, a cura di S. Puliatti, A. Sanguinetti, Milano 2000, pp. 43-152.

peratore procura al governatore la condanna alle più gravi pene personali). Una disposizione che, se anche non assume valore organico e non appare idonea a configurare, come è stato osservato[54], "una tipologia di responsabilità del giudice dotata di segno proprio" (come avvenuto in epoca classica attraverso la figura del *litem suam facere* peraltro considerata da Lambertini ancora sussistente in età tardoimperiale), tuttavia ne mostra la persistente ammissibilità, fissandone alcune linee essenziali[55].

Se ora si guarda, a conclusione dell'indagine, all'età bizantina si può constatare come essa si caratterizzi per un regresso del potere centrale di fronte all'affermarsi di un apparato burocratico sempre più invadente e organizzato. Ciò è testimoniato in particolare dall'attenuazione delle pene inflitte ai funzionari colpevoli di mancanze. La forza acquistata dalla burocrazia bizantina comportò infatti che le responsabilità dei funzionari per i loro errori professionali venissero ad attenuarsi sensibilmente in modo del tutto naturale.

A partire dalla riforma legislativa di Leone VI il Saggio le sanzioni penali precedentemente previste contro coloro che si fossero resi colpevoli di non aver eseguito o di avere difettosamente eseguito gli ordini ricevuti vennero stabilite con severità assai minore che in passato. Con riguardo in particolare ai funzionari colpevoli di vendita di beni appartenenti allo Stato, suscettibili in precedenza di pena capitale, l'imperatore stabilì che quanti si fossero resi responsabili di questi delitti avrebbero semplicemente perso il loro posto nell'amministrazione e versato un'ammenda pari al quadruplo del valore del bene venduto. Stabiliva in proposito la disposizione

[54] In tal senso R. Lambertini, *Sulla responsabilità del giudice* cit., p. 225, che peraltro con riguardo alla figura del giudice o del suo 'entourage' sostiene la persistente configurabilità in età tardoimperiale di un *litem suam facere*, come consentirebbe di ricavare C. 2.3.29 del 531.

[55] In tal senso anche F. Goria, *La giustizia nell'Impero romano d'Oriente* cit., p. 281, il quale, pur riconoscendo che il controllo attribuito al vescovo rappresentava, sia in linea di principio che per la rapidità di intervento, "una sensibile innovazione", osserva tuttavia come esso "non configurasse un potere generale di controllo del vescovo su tutto il complesso dell'attività amministrativa del governatore", rimanendo questo circoscritto alle sole questioni "già previste dall'ordinamento come suscettibili di azione giudiziaria". Peraltro lo stesso studioso non manca di richiamare disposizioni che a un controllo sul funzionario e a profili di responsabilità fanno riferimento, come Nov. 145.1 del 533, che consentiva di convenire il magistrato durante il periodo di carica per rifondere i danni dovuti alla inerzia di quello nella repressione criminale, e Nov. 134.2 del 556 che, per il caso di accusa contro il preside, prevedeva l'invio di un funzionario dalla capitale. Cfr. anche Nov. 124.4 e 5 del 545.

imperiale[56]: "Il nostro potere decide che la legge[57] che sancisce la pena di morte per il funzionario reo di furto di beni del tesoro pubblico – e non solo per lui ma anche per gli eventuali suoi complici – non figurerà più tra le costituzioni provviste di valore legale, poiché essa presenta carattere disumano e non conforme a quel che è confacente a una legge; e che tale legge non avrà più vigore alcuno, ma sarà rifiutata siccome contraria al bene dello Stato e inutile; d'ora in avanti la punizione di questi funzionari incriminati per furto del tesoro pubblico sarà la perdita delle loro funzioni e il rimborso del quadruplo di ciò che hanno sottratto; quanto ai loro complici, se ricchi, saranno sottomessi alla medesima pena, se poveri, subiranno il supplizio della frusta, l'onta della tonsura dei capelli e la deportazione"[58]. La legislazione, riducendo in tal modo le sanzioni previste contro i funzionari colpevoli, mostra sia i progressi compiuti dal corpo degli agenti dello Stato sia l'allentamento dell'autorità esercitata su di loro dal potere centrale. E alla fine dello sviluppo la nobiltà amministrativa composta dai grandi proprietari, acquisita consapevolezza della propria forza, arriva a esercitarla con grande efficacia, sfuggendo sempre più al controllo ormai debole del potere centrale.

[56] Nov. Leon., 62. Sulla disposizione cfr. J. Signes Codoñer, *Las Novelas de León VI el Sabio*, in J.H.A. Lokin, B.H. Stolte (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, p. 284 e 303; F. Botta, *Per lo studio del diritto penale bizantino. Aspetti del regime repressivo del 'plagium'*, *ivi*, p. 646 nt. 77 per gli aspetti ideologici.

[57] C. 4.40.3 e 4.

[58] Traduzione e fonti in A. Guillou, *Il funzionario*, in G. Cavallo (a cura di), *L'uomo bizantino*, Bari 1992, pp. 324-327.

EDOARDO ALBERTO ROSSI*

SPUNTI PROBLEMATICI IN TEMA DI RILEVANZA DELLA COLPA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

SOMMARIO: 1. La rilevanza della colpa in materia contrattuale e extracontrattuale – 2. Colpa e problemi di qualificazione: l'esempio della *culpa in contrahendo* – 3. La colpa nell'illecito civile: la problematica della localizzazione dell'illecito – 4. Osservazioni conclusive

1. La rilevanza della colpa in materia contrattuale e extracontrattuale

La "colpa", quale criterio soggettivo di attribuzione di responsabilità, affonda le proprie radici nel diritto romano[1], che già ne riconosceva la rilevanza sia per la responsabilità contrattuale (la *culpa* come mancanza di *diligentia* del buon padre di famiglia richiesta nell'adempimento contrattuale), sia per quella extracontrattuale (*lex aquilia* ed illecito aquiliano)[2].

Anche nella compilazione giustinianea la considerazione della colpa nella valutazione della responsabilità soggettiva, nonostante alcune incertezze terminologiche[3], è rimasta valida sia in ambito contrattuale che extracontrattuale[4].

---

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

[1] Si rimanda, in argomento, agli altri approfonditi contributi di questo fascicolo.

[2] *Ibidem.*

[3] Come osserva V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958², p. 221 ss., sono almeno due le principali accezioni che la categoria della colpa ha assunto nella compilazione giustinianea. Da una parte, la colpa è stata associata all'"imputabilità", intesa come riconducibilità di un determinato fatto alla sfera giuridica del soggetto che ne deve sopportare le conseguenze, senza tuttavia specificare il criterio sul quale è fondata tale imputabilità; dall'altra parte, la colpa è stata intesa come "negligenza", ossia come uno dei criteri in base al quale è possibile valutare l'imputabilità ai fini dell'attribuzione di responsabilità contrattuale o extracontrattuale. In argomento v. altresì C.A. CANNATA, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino 1998, pp. 73-74.

[4] La *culpa*, nella sua accezione associata alla *neglegentia*, è infatti utilizzata nella compi-

Sembra altresì utile ricordare che anche nel nostro codice civile l'elemento soggettivo della "colpa" assume rilevanza sia nell'ambito della responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale: la colpa contrattuale inerisce all'obbligo di adempimento della prestazione da parte del debitore con diligenza, mentre la colpa aquiliana è ricondotta all'obbligo generale di *neminem laedere* nel quale viene ricondotto, spesso superficialmente, tutto ciò che rimane estraneo alle obbligazioni contrattuali o legali[5].

La "colpa", in materia contrattuale, viene in rilievo essenzialmente come "assenza di diligenza"[6]: l'art. 1176 c.c., primo comma, richiede infatti al debitore l'utilizzo della "diligenza del buon padre di famiglia" nell'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore: egli, con l'adempimento, cioè con l'esatta esecuzione della prestazione, è liberato dal vincolo obbligatorio e l'obbligazione è estinta[7].

Peraltro, l'articolo 1225 c.c., rubricato "prevedibilità del danno", mette in risalto "indiretto" la funzione della "colpa" del debitore nella quantificazione dei danni, stabilendo che quando l'inadempimento contrattuale "non dipende da dolo del debitore" sono risarcibili soltanto i danni prevedibili al momento in cui obbligazione è sorta[8]. Colpa e danni prevedibili sono

---

lazione giustinianea per indicare sia il nesso di riferimento tra l'inadempimento di un'obbligazione contrattuale ed un dato comportamento del debitore, sia il nesso tra l'insorgenza di un'obbligazione extracontrattuale (*ex delicto*) ed il comportamento del debitore. In entrambe le ipotesi tale nesso implica l'attribuzione di responsabilità del debitore. Al riguardo v. M. Talamanca, "*Colpa civile (storia)*", in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 518.

[5] C. Maiorca, "*Colpa civile (teoria generale)*", in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 540.

[6] Osserva M. Talamanca, "*Colpa civile*" cit., p. 519, che tale concezione ricalca l'impostazione della compilazione giustinianea: ad esempio, nella compravendita e nella *locatio-conductio* "l'adibizione della *diligentia* esclude la colpa" (rispettivamente D. 18.6.12 e D. 19.2.25.7). Analogamente nel deposito la *culpa* viene identificata con l'opposto della *diligentia*, ossia con la *neglegentia* (Inst. 3.14.3).

[7] Esattezza dell'esecuzione e diligenza sono quindi in stretta correlazione poiché la prima non può configurarsi se non in presenza – oltre ai requisiti di tempo, luogo e soggetti – della seconda: la diligenza è infatti criterio di valutazione dell'esattezza dell'esecuzione della prestazione. L'esecuzione può quindi essere considerata "esatta" quando il comportamento esecutivo del debitore è idoneo a soddisfare l'interesse del creditore. Così, lo sforzo richiesto al debitore deve essere commisurato alla soddisfazione dell'interesse creditorio: il comportamento del debitore deve essere congruo ed adeguato rispetto all'interesse del creditore, congruità ed adeguatezza che vanno verificate alla luce della clausola di diligenza che delinea l'entità dello sforzo esigibile dal debitore.

[8] Al contrario, quando si tratta di inadempimento "doloso" del debitore che ha consapevolmente posto in essere il comportamento costitutivo dell'inadempimento (o lo ha comunque previsto ed accettato quale possibile conseguenza), sono risarcibili anche i danni

quindi posti in stretta correlazione nel sistema codicistico: quando l'inadempimento deriva da negligenza, imperizia e imprudenza del debitore, non dipendendo da una sua scelta consapevole, solo i danni prevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione sono risarcibili[9].

Nella responsabilità da fatto illecito – la cui struttura è composta, in accordo all'art. 2043 c.c., dal comportamento omissivo o commissivo, dalla causalità, dal danno ingiusto e dalla colpevolezza – la "colpa" rileva proprio quale componente di quest'ultimo elemento. Infatti, nell'illecito aquiliano la colpa, assieme al dolo, rientra tra i criteri che costituiscono la categoria della "colpevolezza", cioè la contrarietà di un dato comportamento rispetto ad un modello che, se osservato, risulta idoneo ad evitare eventi lesivi dell'altrui sfera giuridica. Tuttavia, dolo e colpa, pur rientrando entrambi nella categoria della "colpevolezza", si distinguono in quanto la seconda esclude la volontà dell'evento lesivo in capo all'autore del danno, il quale ha nondimeno tenuto un comportamento improvvido pregiudicando l'altrui diritto.

Inoltre, la "colpa" è richiamata anche da altre disposizioni del codice civile. Ad esempio, la corretta qualificazione dell'elemento soggettivo del comportamento del debitore rileva ai fini della validità delle clausole di esonero o di limitazione della responsabilità del debitore previste dall'art. 1229 c.c.: questo prevede, al primo comma, che solo qualora l'impossibilità sopravvenuta sia imputabile a "colpa lieve" del debitore – gravando quest'ultimo dell'onere probatorio sulla lievità della colpa – può essere ritenuto valido il patto che esclude o limita preventivamente la sua responsabilità, dovendosi invece ritenere nullo tale patto nell'ipotesi di esclusione o limitazione preventiva della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Al secondo comma dell'art. 1229 è altresì prevista la nullità delle clausole che escludono o limitano la responsabilità del debitore anche nell'ipotesi di "colpa lieve", quando il fatto del debitore costituisce una violazione degli obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

---

imprevedibili al momento in cui è sorta obbligazione. L'ordinamento quindi punisce il comportamento doloso del debitore, obbligandolo, in caso di inadempimento, a risarcire anche i danni che non potevano essere previsti nel momento in cui è sorta l'obbligazione.

[9] In questo modo, quindi, l'articolo 1225 c.c., differenziando le conseguenze del dolo e della colpa nell'inadempimento ai fini della quantificazione del danno risarcibile, ha attribuito rilevanza alla qualificazione dell'elemento soggettivo nell'inadempimento del debitore: alla colpa è riconosciuto un importante ruolo per attenuare le conseguenze negative dell'inadempimento del debitore, evitando la maggiore quantificazione del risarcimento del danno prevista in caso di inadempimento con dolo.

La "colpa", con specifico riferimento per la quantificazione del danno, può rilevare, come previsto dall'art. 1227, primo comma, anche qualora connoti il comportamento del creditore[10]. Il primo comma dell'articolo prevede infatti che il risarcimento dovuto dal debitore inadempiente possa essere diminuito qualora il creditore abbia contribuito con "colpa" a cagionare il danno, "secondo la gravità della colpa" e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate[11].

Si può così notare che l'ampia rilevanza attribuita al criterio della colpa, sia in materia contrattuale che extracontrattuale, giustifica la formulazione di qualche riflessione su alcune problematiche internazionalprivatistiche di carattere generale, concernenti sia i rapporti contrattuali che gli illeciti aquiliani, che emergono nel momento in cui i rapporti che si considerano sono contraddistinti dalla presenza di elementi di internazionalità. Nelle pagine che seguono ci soffermeremo, in particolare, su alcuni profili critici relativi alle problematiche qualificatorie ed interpretative del diritto internazionale privato dell'Unione europea.

2. Colpa e problemi di qualificazione: l'esempio della *culpa in contrahendo*

Abbiamo visto come la "colpa" sia rilevante sia in materia contrattuale che extracontrattuale, tuttavia talvolta la "colpa" deve essere considerata nell'ambito di situazioni che non sono facilmente inquadrabili nell'una o nell'altra forma di responsabilità. Tali difficoltà si acuiscono, come spesso accade per molte categorie e per molti istituti, quando la fattispecie concreta presenta elementi di internazionalità, che impongono di non trascurare le difformità di significato che le nozioni assumono nei differenti sistemi nazionali interessati.

Sorgono quindi problemi di qualificazione poiché alcuni istituti possono

[10] Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c. riguarda la responsabilità contrattuale, tuttavia in forza del disposto dell'art. 2056 c.c., esso è esteso anche alla responsabilità extracontrattuale.

[11] Il risarcimento, ai sensi del secondo comma dell'art. 1227, non è affatto dovuto se il creditore avrebbe potuto evitare i danni usando "l'ordinaria diligenza". Inoltre, la giurisprudenza italiana sembra ormai concorde nel pretendere che il creditore ponga in essere una condotta attiva, finalizzata ad evitare l'aggravamento delle conseguenze dannose, in accordo ai principi di buona fede e correttezza previsti dall'art. 1175 cc. Al riguardo si veda, a titolo esemplificativo, Cass. civ. 25 settembre 2009, n. 20684; Cass. civ. 28 novembre 2013 n. 26639; Cass. civ. 2 maggio 2016, n. 8604.

rientrare nella materia contrattuale o in quella extracontrattuale in funzione dell'ordinamento nazionale considerato.

Al riguardo, un esempio particolarmente emblematico è rappresentato dalla *culpa in contrahendo*, nozione con la quale si identifica la c.d. responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione di doveri di comportamento secondo buona fede e correttezza durante le trattative, alla quale in alcuni sistemi è attribuita natura contrattuale e in altri extracontrattuale[12].

Per evitare di incorrere nelle difficoltà applicative derivanti dalle divergenze di significato tra i vari sistemi nazionali, nel diritto internazionale privato europeo si è fatto ricorso all'utilizzo di nozioni autonome, che presentano comunque aspetti problematici in ragione delle frequenti incertezze di contenuto e significato[13].

In questo contesto, si sono manifestati alcuni profili problematici in ordine alla determinazione della giurisdizione sin dal periodo di vigenza della Convenzione di Bruxelles del 1968, segnatamente in riferimento alle nozioni autonome di "materia contrattuale" e "materia di delitti o quasi-delitti" (nozione sostituita nella versione linguistica italiana dei Regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I bis da quella di "materia di illeciti civili dolosi o colposi").

L'esatta delimitazione del significato delle due nozioni è stata (ed è) di fondamentale importanza poiché, pur essendo ricomprese entrambe le materie tra le c.d. competenze speciali che consentono all'attore di scegliere se incardinare la lite dinanzi al giudice dello Stato di domicilio del convenuto o dinanzi al giudice del foro speciale, i criteri speciali previsti per le due materie non coincidono[14].

---

[12] Esemplificativamente è possibile ricordare che alla responsabilità precontrattuale è attribuita natura contrattuale in Germania e Austria e delittuale in Francia. Ancora oggi in Italia, come vedremo seppur succintamente *infra*, il dibattito sulla natura della responsabilità contrattuale non è del tutto sopito, nonostante gli ultimi sviluppi giurisprudenziali e dottrinali sembrerebbero propendere per la soluzione contrattuale (v., per una completa ricostruzione, A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla* culpa in contrahendo *alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1129 ss.).

[13] Diffusamente sul punto v., per tutti, M. Audit, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Journ. dir. int.* 2004, p. 789 ss.

[14] Sia per la Convenzione di Bruxelles (art. 5.1), sia per i Regolamenti Bruxelles I (art. 5.1) e Bruxelles I bis (art. 7.1) il criterio speciale di giurisdizione per le controversie in materia contrattuale è rappresentato dal luogo di esecuzione dell'obbligazione, mentre per la "materia di delitti o quasi-delitti" (o "materia di illeciti civili dolosi o colposi") è previsto quale foro speciale dalla Convenzione e dai Regolamenti Bruxelles I e I bis, rispettivamente agli artt. 5.3, 5.3 e 7.2, quello del luogo dell'evento dannoso. Sul punto v. anche *oltre*, par. 3.

La rilevanza della problematica sulla qualificazione delle due nozioni è confermata dalle approfondite indagini che la dottrina e la giurisprudenza vi hanno dedicato sin dall'approvazione della Convenzione di Bruxelles[15].

Nel contesto del sistema della Convenzione non è quindi stato agevole inquadrare la *culpa in contrahendo* nell'una o nell'altra materia, nonostante l'utilizzo di qualificazioni autonome, giustificato, come abbiamo anticipato, dalle divergenze di qualificazione tra i vari sistemi nazionali[16].

In una prima fase, la responsabilità precontrattuale è stata infatti ricompresa, con argomentazioni convincenti, nell'alveo della nozione autonoma

[15] Al riguardo v. L. Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova 1999, p. 255 ss., il quale, osservando come le due nozioni debbano essere definite in rapporto tra loro, anche perché "le aree del contratto e dell'illecito assumono configurazioni ed ampiezze diverse a seconda dell'ordinamento che si considera" (*ibidem*), ha individuato un duplice ordine di ipotesi di qualificazione delle nozioni autonome, facendo leva sui concetti alternativi di "rapporto" e "responsabilità". Qualificare la "materia contrattuale", così come quella extracontrattuale, come "rapporto contrattuale" imporrebbe di ricondurvi solo i "rapporti che trovano fonte in un contratto" – oltre ai rapporti obbligatori ad essi assimilabili, come i rapporti associativi, e le obbligazioni comunque "fondate su un contratto" (*amplius*, *ivi*, p. 268 ss.) – e condurrebbe a considerare l'esistenza di una lacuna concernente le obbligazioni che non trovano la propria fonte né nell'illecito né nel contratto (si pensi alle promesse unilaterali, alla gestione di affari, alla ripetizione dell'indebito, all'arricchimento senza causa), per le quali si dovrebbe escludere l'utilizzo di un criterio di giurisdizione speciale e ricorrere conseguentemente al foro generale del domicilio del convenuto. Diversamente, qualora la "materia" contrattuale venisse qualificata come "responsabilità" contrattuale, sussisterebbe piena complementarietà tra le due materie – peraltro in maniera maggiormente aderente alle finalità della dottrina delle nozioni autonome che vorrebbe precludere variazioni del campo di applicazione del diritto dell'Unione tra i vari Stati membri dovute a qualificazioni secondo la *lex fori* o la *lex causae* operate dai giudici nazionali – scongiurando la presenza di lacune, in quanto nella responsabilità extracontrattuale rientrerebbero tutte le obbligazioni che non derivano dal contratto. Dalle prime pronunce della Corte di giustizia, riferite al sistema della Convenzione, che hanno affrontato la problematica della qualificazione delle due nozioni (*Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Hengst & Co., ed altri*, C-189/87, sent. 27 settembre 1988 e *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, sent. 17 giugno 1992) sono state comunque ricavate indicazioni utili ai fini della qualificazione della materia contrattuale, costituite dalla necessaria presenza di un "obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra", operando così una distinzione fondata sulla sussistenza (o meno) di una preesistente relazione tra debitore e creditore: si ricade nella "materia contrattuale" quando si tratta di inadempimenti di obbligazioni già costituite, mentre la materia extracontrattuale ha ad oggetto obbligazioni che sorgono in conseguenza di un illecito.

[16] Cfr. A. Davì, *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino 1998, p. 348; M.E. Ancel, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris 2018, p. 253; F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Milano 2020, pp. 728-729.

di "materia contrattuale", come elaborata dalla Corte di giustizia[17], ai fini della determinazione della giurisdizione[18]. Secondo questa tesi il danno che si verifica dalla mancata adozione di comportamenti ispirati a correttezza, buona fede e diligenza durante le trattative è basato su una "relazione qualificata che si stabilisce tra determinati soggetti giuridici"[19]: si tratta di doveri di comportamento "specifici" che insorgono tra due o più soggetti "specificamente" individuati (le parti che stanno intrattenendo trattative), in conseguenza della "specifica" relazione che si è così venuta a creare tra loro. Tale relazione, che potrebbe fondare la realizzazione di un c.d. "contatto sociale", giustificherebbe dunque la riconducibilità della *culpa in contrahendo* alla "materia contrattuale" ai fini del sistema della Convenzione[20].

Il dibattito sulla riconducibilità della *culpa in contrahendo* alla nozione autonoma di "materia contrattuale" ai fini della giurisdizione è stato apparentemente superato dalla sentenza *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*[21], benché con argomentazioni non del tutto persuasive[22], con la quale

---

[17] V. *supra*.

[18] Così L. Mari, *Il diritto processuale civile* cit., pp. 293-294.

[19] *Ivi*, p. 294.

[20] Da scartare, secondo L. Mari, *Il diritto processuale civile* cit., p. 295, anche la tesi secondo cui a seconda della specifica ipotesi di responsabilità precontrattuale si può ricadere nella materia contrattuale o in quella extracontrattuale, valutando caso per caso, in quanto, come osservato anche da L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 364, il fondamento della responsabilità è sempre il medesimo ed è costituito dalla violazione degli imperativi di buona fede e correttezza durante le trattative contrattuali.

[21] Corte di giustizia, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, sent. 17 settembre 2002. Tra gli innumerevoli commenti alla sentenza comparsi in dottrina si segnalano le analisi critiche di A. Huet, in *Journ. dr. int.*, 2003, p. 668 ss. e P. Rémy-Corlay, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, p. 673 ss.; oltre ai contributi di P. Bertoli, *Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 109 ss.; P. Franzina, *La responsabilità precontrattuale nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 714 ss.; R. Baratta, *La natura della* culpa in contrahendo *secondo la sentenza Tacconi*, in *Int'l Lis*, n. 3-4/2004, p. 133 ss.; A. Ondei, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla luce della Convenzione di Bruxelles*, in *Dir. com. sc. int.*, 2004, p. 267 ss.

[22] Lo stesso Avvocato generale Geelhoed, nelle sue conclusioni del 31 gennaio 2002, aveva proposto una differente soluzione, incentrata sulla determinazione dello stato di avanzamento delle trattative al momento della violazione degli obblighi di diligenza e buona fede. A seconda del grado di affidamento ingenerato nelle parti, infatti, la violazione avrebbe potuto dare luogo a responsabilità contrattuale o extracontrattuale, con ricadute sulla determi-

la Corte di giustizia, ricordando che "la nozione di «materia contrattuale» di cui all'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra"[23] ha stabilito che in mancanza di assunzione di tali impegni in sede di trattative "l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles"[24].

Potrebbe quindi non sorprendere che il legislatore europeo, ispirato da ragioni di coerenza con il dettato della Corte di giustizia, abbia escluso la qualificazione contrattuale della *culpa in contrahendo* anche in relazione alla legge applicabile. Infatti, nonostante il dibattito sulla qualificazione contrattuale della *culpa in contrahendo* abbia riguardato anche la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali[25], ai fini della designazione della legge applicabile non sem-

---

nazione del foro competente. Inoltre, occorre evidenziare che la Corte, al par. 22 della sentenza, ha rifiutato la qualificazione contrattuale della *culpa in contrahendo*, facendo leva anche sull'impossibilità di identificare un'obbligazione in sede di trattative. Al riguardo è d'uopo richiamare la condivisibile posizione di L. Mengoni, *Sulla natura* cit., p. 364, secondo il quale l'assoggettamento della relazione sociale che si ingenera tra le parti durante le trattative ai doveri di buona fede e correttezza implica automaticamente la "trasformazione" della stessa in rapporto obbligatorio.

[23] Corte di giustizia, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* cit., punto 23. Così anche Corte di giustizia, *Handte* cit., punto 15, e *Réunion européenne SA e a. c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV e Capitano della nave "Alblasgracht V002"*, C-51/97, sent. 27 ottobre 1998, punto 17.

[24] Corte di giustizia, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* cit., punto 27.

[25] Si vedano, al riguardo, le considerazioni di A. Davì, *Responsabilità non contrattuale* cit., pp. 346-347, il quale, favorevole a mutuare anche per il regime della Convenzione di Roma del 1980 i criteri di massima elaborati dalla Corte di giustizia sulla qualificazione della "materia contrattuale" nella Convenzione di Bruxelles alla luce della "sostanziale comunanza di ispirazione e le connessioni materiali esistenti tra le due convenzioni", ha rilevato come "la disciplina degli obblighi di lealtà e diligenza incombenti sulle parti durante lo svolgimento delle trattative non esorbiti dalla cerchia delle materie rientranti nel campo di applicazione della convenzione", in forza di argomentazioni legate sostanzialmente all'interpretazione letterale di alcuni articoli della Convenzione (art. 8, par. 1-2; art. 9, par. 4; art. 10, par. 1, lett. *e*) e all'inquadramento sistematico della responsabilità per *culpa in contrahendo*, che esprime "di più del generico rispetto dell'altrui sfera giuridica", essendo imposti "obblighi di portata significativamente più ampia rispetto a quello dei doveri gravanti sulla massa indifferenziata dei consociati". In tema v. anche Z. Crespi Reghizzi, *La legge regolatrice delle conseguenze restitutorie e risarcitorie della nullità del contratto nei regolamenti Roma I e Roma II*, in N.

brano porsi più particolari problemi pratici, posta l'esclusione esplicita dal campo di applicazione del Regolamento Roma I (art. 1.2, lett. *i*) e la previsione dell'art. 12 del Regolamento Roma II. Quest'ultimo, al par. 1, dispone espressamente che "la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti dalle trattative precontrattuali, a prescindere dal fatto che il contratto sia stato effettivamente concluso o meno, è la legge che si applica al contratto o che sarebbe stata applicabile al contratto se lo stesso fosse stato concluso"[26].

Tuttavia, la soluzione proposta dal Regolamento è stata oggetto di critiche relativamente alla contraddittorietà intrinseca alla scelta del criterio della *lex contractus*[27].

Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino 2009, p. 444 ss.

[26] Il secondo par. dell'art. 12 del Regolamento Roma II dispone che solo quando la legge applicabile non può essere determinata in base al par. 1, può essere applicata "la legge del paese in cui si verifica il danno, indipendentemente dal paese nel quale si è verificato il fatto che ha determinato il danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si sono verificate le conseguenze indirette del fatto", oppure, se sussistente, la legge dello Stato in cui entrambe le parti hanno residenza abituale nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, oppure, in via prevalente sui due precedenti criteri, la legge dello Stato con il quale "l'obbligazione extracontrattuale che deriva da trattative precontrattuali presenta collegamenti manifestamente più stretti", qualora tali collegamenti risultino evidenti "dal complesso delle circostanze del caso". In argomento v. P. Bertoli, *La definizione dell'ambito di applicazione del regolamento Roma I: criteri generali e responsabilità precontrattuale*, in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino 2009, p. 253 ss.; Z. Crespi Reghizzi, *La legge regolatrice* cit., p. 453 ss.; I. Pretelli, *La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»*, in A. Bonomi (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino 2009, p. 460; F. Marongiu Buonaiuti, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano 2013, p. 149 ss.; F. Marrella, *Manuale* cit., pp. 728-729.

[27] Così C. Castronovo, *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 540 ss., il quale ha rilevato una duplice contraddittorietà sia del Regolamento Roma II rispetto alla sentenza *Tacconi*, cit., sia all'interno del Regolamento Roma II stesso: questo, all'art. 2, rubricato "obbligazioni extracontrattuali", pone sullo stesso piano *culpa in contrahendo,* fatto illecito, arricchimento senza causa e *negotiorum gestio*, per poi designare all'art. 12 la legge del contratto come legge regolatrice della responsabilità precontrattuale. Si perviene così all'esito apparentemente paradossale di identificare nel contratto (anche quando non venga poi concluso) il criterio di collegamento di una fonte di obbligazione extracontrattuale. La spiegazione che ne dà l'A. è che il legislatore europeo avrebbe tentato di "dare uno statuto autonomo" alla *culpa in contrahendo*, ponendo l'accento, all'art. 12,

Con la sentenza *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*[28], *in primis*, e successivamente con l'esclusione dal Regolamento Roma I, i giudici ed il legislatore europeo hanno infatti rifiutato di attribuire natura contrattuale alla *culpa in contrahendo*, ma con il Regolamento Roma II è stato nondimeno previsto che fosse proprio la legge regolatrice del contratto (concluso o meno) a disciplinare anche la responsabilità precontrattuale.

L'incoerenza con la sentenza *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* risiede segnatamente nella divergenza di qualificazione della *culpa in contrahendo* tra le stesse fonti europee: essa è stata qualificata extracontrattuale (quindi ricompresa nella "materia dei delitti e quasi-delitti") dalla Corte di giustizia, ma nel Regolamento Roma II non è stata inserita nel capo II dedicato agli illeciti, bensì nel capo III unitamente ai c.d. quasi contratti (arricchimento senza causa e *negotiorum gestio*), designando peraltro quale legge applicabile la legge regolatrice del contratto non ancora – e non necessariamente – concluso.

Pertanto, pur potendo apparentemente risultare coerente la scelta del legislatore europeo di inserire la *culpa in contrahendo* nel Regolamento Roma II, escludendola significativamente dal campo di applicazione del Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in realtà ne deriva evidente contraddittorietà quanto agli esiti applicativi delle norme sulla giurisdizione e sulla legge applicabile: in virtù dell'art. 12, la legge applicabile alla *culpa in contrahendo* è la *lex contractus*; mentre seguendo l'interpretazione proposta dalla sentenza *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* il giudice competente dovrebbe essere quello previsto per la materia degli illeciti civili dolosi o colposi (giudice del luogo dell'evento dannoso).

In questo modo, dalla "grana tecnica grossa"[29] che caratterizza il Re-

---

sulla sua specificità rispetto alla generica qualificazione come un qualsiasi fatto illecito che sembrerebbe emergere dalla sent. *Tacconi*. La qualificazione "extracontrattuale" dell'art. 2 avrebbe così soltanto natura "descrittiva", mentre la qualificazione dell'art. 12 rappresenterebbe una qualificazione "in senso proprio", indicando, "costrettovi dalle caratteristiche «naturali» della *culpa in contrahendo*" (*ivi*, p. 540), la *lex contractus* quale legge applicabile. In senso sostanzialmente conforme v. A. Dickinson, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford 2010, p. 524.

[28] Corte di giustizia, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)* cit.

[29] C. Castronovo, *Sul significato di "materia contrattuale"* cit., p. 540, il quale tenta comunque di leggere nella designazione della *lex contractus* l'adesione alla tesi secondo cui "contrattuale" è sinonimo di "relazionale". Nella *culpa in contrahendo* tale relazione si in-

golamento Roma II e dalla discutibile opzione interpretativa adottata dalla Corte di giustizia derivano conseguenze che frustrano, peraltro, le ambizioni di corrispondenza tra *forum* e *ius* cui spesso il legislatore europeo si è dichiarato legato[30].

Per queste ragioni, potrebbe forse essere utile un ripensamento di queste scelte legislative e interpretative, rivalutando gli argomenti a sostegno dell'attinenza della *culpa in contrahendo* all'area della materia contrattuale.

3. La colpa nell'illecito civile: la problematica della localizzazione dell'illecito

Una delle questioni che spesso si presenta nel momento in cui occorre applicare regole di diritto internazionale privato a casi di illeciti civili con elementi di internazionalità riguarda la problematica della localizzazione dell'illecito.

Spesso, infatti, il fatto generatore ed il danno non si verificano nello stesso Stato; frequentemente, inoltre, il fatto generatore non è costituito da un'unica condotta ma da una serie di atti che non avvengono nello stesso Stato o sono imputabili a più soggetti distinti. Allo stesso modo, anche l'evento dannoso può essere costituito da una pluralità di eventi che si verificano in diversi Stati.

In particolare, uno degli aspetti critici maggiormente evidenti è rappre-

---

staurerebbe con l'inizio delle trattative: si tratterebbe quindi di una "relazione giuridicamente rilevante" che nasce *ex lege*, la quale non potrebbe che essere ricompresa nella "materia contrattuale" poiché dà luogo ad un rapporto obbligatorio, che, pur non nascendo da contratto e non prevedendo un obbligo di prestazione, non può essere ricompreso nella categoria dei fatti illeciti, i quali riguardano soltanto danni che insorgono tra "soggetti estranei" (*ivi*, pp. 542-543).

[30] Regolamento Roma II, considerando n. 7: "Il campo d'applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale («Bruxelles I»), e con gli strumenti relativi alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali"; Regolamento Roma I, considerando n. 7: "Il campo di applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale («Bruxelles I») e con il regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)".

sentato dalla molteplicità di esigenze che possono rilevare ai fini dell'individuazione del foro più appropriato per le controversie in materia di illeciti e dalla qualificazione dei criteri di giurisdizione utilizzati.

Al riguardo occorre notare che può incidere, sia nell'elaborazione delle regole di diritto internazionale privato sia nella loro interpretazione, il diverso peso che si intende attribuire agli interessi e ai valori che possono venire in rilievo[31]. Tra questi rientrano, ad esempio, valori legati ad esigenze "processuali", come la facilità nell'accertamento dei fatti e delle questioni giuridiche rilevanti, nella raccolta di elementi probatori e nella tempestività con la quale possono essere emessi provvedimenti giurisdizionali volti ad evitare l'aggravamento delle conseguenze dannose dell'illecito. Diversamente, potrebbero essere preferite esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità del foro e della legge applicabile; oppure ancora potrebbe essere privilegiato il perseguimento di finalità di protezione del danneggiato, designando autorità giurisdizionali e legge applicabile più vicine territorialmente e culturalmente agli interessi della vittima dell'illecito.

Dell'esigenza di considerare tali esigenze ai fini di un'adeguata localizzazione dell'illecito sembrano essersi resi conto anche il legislatore europeo e la Corte di giustizia.

In proposito sembra opportuno ricordare che, in riferimento alla delimitazione della giurisdizione, sia nella Convenzione di Bruxelles, sia nei Regolamenti Bruxelles I e I bis, è indistintamente previsto per l'intera categoria degli illeciti civili il foro speciale – oltre a quello generale del domicilio del convenuto – dello Stato in cui si è verificato l'evento dannoso[32].

È stata la Corte di giustizia, al fine di rendere tale criterio maggiormente rispondente alle esigenze perseguite nelle eterogenee ipotesi di illeciti civili – si pensi, ad esempio, alla responsabilità da prodotti, agli atti di concorrenza sleale, ai danni ambientali, alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale, alla violazione dei diritti della personalità – a compiere sforzi interpretativi per coniugare la genericità del criterio del "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire" con le specifiche esigenze ritenute prioritarie nelle singole ipotesi di illecito.

---

[31] Cfr. L. Mari, *Il diritto processuale civile* cit., p. 385 ss., e, sulla conseguente diversificazione delle regole di conflitto, P. Bourel, *Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1989-II, pp. 283-284.

[32] V. *supra*, par. 2.

Così, è possibile ricordare, a titolo esemplificativo e senza la pretesa di fornire un quadro completo, che la Corte di giustizia, dopo aver stabilito che con il criterio del "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire" ci si può riferire sia al luogo del fatto generatore – cioè lo Stato in cui è stata compiuta la condotta illecita – sia al luogo in cui sono insorte le conseguenze dannose[33], è stata chiamata a chiarirne il significato in relazione agli illeciti civili derivanti da diffamazione internazionale a mezzo stampa[34], interpretando il criterio nel senso che, qualora i danni siano insorti in una pluralità di Paesi, la vittima può rivolgersi sia ai giudici dello Stato di origine del danno (per l'integralità dei danni subiti[35]), sia ai giudici di ciascuno

[33] Si veda, al riguardo, la nota sentenza della Corte di giustizia, relativa ad un caso di inquinamento transfrontaliero, *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, C-21/76, sent. 30 novembre 1976, punti 24-25, sulla quale v. le opposte considerazioni di G.A.L. Droz, in *Recueil Dalloz*, 1977, p. 614 ss. e di A. Huet in *Journ. dr. int.*, 1977, p. 728 ss., nonché il commento di P. Bourel, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1977, p. 568 ss. In senso conforme v. altresì Corte di giustizia, *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel*, C-167/00, sent. 1° ottobre 2002, punto 44; *Zuid-Chemie BV c. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, C-189/08, sent. 16 luglio 2009, punto 24.

[34] Corte di giustizia, *Shevill e altri c. Presse Alliance SA*, C-68/93, sent. 7 marzo 1995. Sulla sentenza v. M.B. Deli, *Giurisdizione competente ed illeciti transfrontalieri commessi a mezzo stampa*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 830 ss.; M. Gardeñes Santiago, *La compétence spéciale en matière délictuelle et quasi délictuelle dans la Convention de Bruxelles: à propos de l'arrêt Presse Alliance, du 7 mars 1995*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1995, p. 611 ss.; A. Gratani, *Diffamazione a mezzo stampa con effetti in diversi Stati: individuazione del giudice competente*, in *Dir. com. sc. int.*, 1995, p. 317 ss.; G. Hogan, *The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem*, in *European Law Review*, 1995, p. 489 ss.; A. Saravalle, *«Forum damni» o «fora damni»?*, in *Foro it.*, n. 4/1995, p. 332 ss.; T. Hartley, *Place where the "Harmful event occurs"*, in *European Law Review*, 1996, p. 164 ss.; M. De Cristofaro, *La Corte di Giustizia tra* forum shopping *e* forum non conveniens *per le azioni risarcitorie da illecito*, in *Giur. it.*, 1997, p. 5 ss.; A. Gardella, *Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 657 ss.; K. Siehr, *European Private International Law of Torts. Violations of Privacy and Rights relating to the Personality*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 1204 ss. Si vedano altresì le note di A. Huet, in *Journ. droit int.*, 1996, p. 543 ss.; Idot, *L'application de la Convention de Bruxelles en matière de diffamation. Des précisions importantes sur l'interprétation de l'article 5 § 3*, in *Europe*, n. 7/1995, pp. 1-2; A. Borrás Rodríguez, in *Rev. jur. Cat.*, 1995, pp. 1164-1167; P. Lagarde, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1996, p. 495 ss.; G. Parléani, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 63 ss.

[35] Nel caso di diffamazione a mezzo stampa tale luogo è stato individuato nel luogo di stabilimento dell'editore della pubblicazione (v. Corte di giustizia, *Shevill e altri c. Presse Alliance SA* cit., punto 24). Per una critica a questa interpretazione v. A. Saravalle, *«Forum damni» o «fora damni»?* cit., pp. 337-338.

Stato in cui si è verificato il danno (ma limitatamente ai danni patiti nel territorio del singolo Stato[36]).

Successivamente, la Corte si è pronunciata anche in relazione agli illeciti derivanti da condotte diffamatorie poste in essere *online*[37], attribuendo alle vittime la possibilità di scelta, per far valere l'integralità dei danni subiti, dell'ulteriore foro – oltre a quello del luogo di insorgenza del danno (solo per i danni "nazionali") e a quello del luogo del fatto generatore (cioè quello di stabilimento dell'editore, per l'integralità) – del luogo in cui esse hanno il proprio "centro di interessi", vale a dire dove esse hanno la propria residenza abituale, salvo collegamento più stretto con un diverso luogo, che potrebbe essere, ad esempio, quello di svolgimento dell'attività professionale[38].

Da questo approccio interpretativo della Corte sembra potersi evincere l'intento di perseguire e contemperare una molteplicità di esigenze. Infatti, accanto a finalità di buona amministrazione della giustizia, perseguite mediante il riconoscimento della competenza dei giudici del luogo in cui si sono verificati i danni, e a quelle di certezza del diritto e prevedibilità – evidenti dall'identificazione del foro dello Stato di stabilimento dell'editore come foro dello Stato di origine del danno – la Corte sembra avere dato par-

---

[36] La Corte, al punto 33 della sentenza *Shevill*, cit., ha considerato tutti gli Stati di diffusione della pubblicazione controversa quali luoghi in cui si è verificato il danno.

[37] Corte di giustizia, *eDate Advertising GmbH e altri. c. X e Société MGN Limited*, C-509/09 e C-161/10, sent. 25 ottobre 2011. Tra gli innumerevoli commenti si segnalano le note di L. D'Avout, in *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2338 ss.; S. Francq, in *La Semaine Juridique*, 2012, p. 35 ss.; J. Kuipers, in *Common Market Law Rev.*, 2012, p. 1211 ss.; E. Lein, in *Rev. esp. der. int.*, 2012, p. 193 ss.; H. Muir Watt, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2012, p. 389 ss.; nonché i contributi di Bogdan, *Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2011, p. 483 ss.; T. Azzi, *Tribunal compétent et loi applicable en matière d'atteintes aux droits de la personnalité commises sur internet*, in *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1279 ss.; S. Bollée, B. Haftel, *Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt eDate Advertising et Martinez*, in *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1285 ss.; O. Feraci, *Diffamazione internazionale a mezzo di Internet: quale foro competente? Alcune considerazioni sulla sentenza eDate*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 461 ss.; A. Gioia, *Sulla distribuzione della competenza internazionale nelle liti da diffamazione tramite internet*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1317 ss.; T. Hartley, *Cross-Border Privacy Injunctions: The EU Dimension*, in *Law Quart. Rev.*, 2012, p. 197 ss.; S. Marino, *La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 363 ss.

[38] Corte di giustizia, *eDate* cit., punti 48-49. Sul punto v. anche M. Bogdan, *Defamation on the Internet* cit., pp. 485-486.

ticolare importanza anche ad esigenze di tutela delle vittime delle violazioni, concedendo loro ampie facoltà di scelta tra una pluralità di fori facilmente accessibili, specialmente quando risulta complicato scindere e localizzare danno ed evento causale[39].

A seconda del tipo di illecito e dell'esigenza ritenuta prevalente è quindi possibile, come ha mostrato la Corte, proporre differenti interpretazioni del criterio dell'evento dannoso[40].

Diversamente da quanto richiesto per la determinazione del giudice competente, il legislatore europeo ha preferito una differente tecnica per l'individuazione della legge applicabile all'illecito.

Infatti, all'art. 4 del Regolamento Roma II è stata prevista in via generale per la categoria delle "obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito" l'applicabilità della legge del "paese in cui il danno si verifica"[41]. Tale criterio si utilizza "salvo se diversamente previsto" nel Regolamento stesso, il quale ha infatti introdotto specifici criteri di collegamento per alcune ipotesi di illecito, che sono strutturalmente inclini a presentare elementi di internazionalità.

Tra queste rientrano la responsabilità da prodotti (art. 5[42]), gli atti di con-

---

[39] Così, A. Huet, in *Journ. dr. int.*, 1977, p. 728 ss.

[40] Sul punto v. P. Bourel, *Du rattachement de quelques délits spéciaux* cit., p. 281 ss.

[41] L'art. 4 del Regolamento Roma II rubricato "Norma generale" prevede, al primo paragrafo, che "salvo se diversamente previsto nel presente regolamento, la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito è quella del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto". Lo stesso articolo precisa tuttavia, al par. 2, che "qualora il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica, si applica la legge di tale paese". Infine, il terzo paragrafo, con prevalenza sui par. 1 e 2, specifica che "se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello di cui ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di quest'altro paese (…)".

[42] L'art. 5 del Regolamento prevede che, fatta salva la presenza di un collegamento manifestamente più stretto con un diverso paese e l'ipotesi in cui il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica (art. 4, par. 2), la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale derivante da danni causati da un prodotto è "*a*) la legge del paese in cui la persona che ha subito il danno risiedeva abitualmente quando si è verificato il danno, se il prodotto è stato commercializzato in tale paese; o, in mancanza, *b*) la legge del paese in cui è stato acquistato il prodotto, se il prodotto è stato commercializzato in tale paese; o, in mancanza, *c*) la legge del paese in cui il danno si è verificato, se il prodotto è stato commercializzato in tale paese". Viene tuttavia designata "la legge del paese in cui il presunto responsabile risiede abitualmente qualora tale perso-

correnza sleale (art. 6[43]), i danni ambientali (art. 7[44]), le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale (art. 8[45]) e la responsabilità nell'ambito dell'attività sindacale (art. 9[46]).

Questa diversa scelta legislativa del Regolamento Roma II rispetto al sistema di Bruxelles, prevedendo specifiche regole sulla legge applicabile per ciascuna delle fattispecie di illecito, è evidentemente ispirata dalla volontà di tenere maggiormente in considerazione le specifiche esigenze soggiacenti a ciascuna ipotesi di illecito[47].

In altre parole, sembra sia stato dato un diverso peso alle specifiche esigenze perseguite, individuando legislativamente la legge applicabile che più adeguatamente risponde al soddisfacimento delle esigenze stesse.

A questo punto occorre domandarsi se il criterio della colpa dell'autore dell'illecito possa rappresentare un elemento da considerare a fini interpretativi per valutare complessivamente quali siano giurisdizione e legge più appropriate.

---

na non potesse ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto o di un prodotto dello stesso tipo nel paese la cui legge è applicabile ai sensi delle lettere a), b) o c)".

[43] Per l'obbligazione extracontrattuale derivante da un atto di concorrenza sleale è prevista l'applicazione della legge del paese "sul cui territorio sono pregiudicati, o rischiano di esserlo, i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori", ad eccezione del caso in cui un atto di concorrenza sleale leda soltanto gli interessi di un determinato concorrente nel quale si applica l'articolo 4.

[44] Ai fini della determinazione della legge applicabile "all'obbligazione extracontrattuale che deriva da danno ambientale o da danni arrecati alle persone o ai beni per effetto di un tale danno" l'art. 7 rinvia alla "Norma generale" di cui all' art. 4, par. 1, (v. *supra*), salvo il caso in cui il soggetto che richiede il risarcimento del danno "scelga di fondare le sue pretese sulla legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato".

[45] La legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da violazioni di un diritto di proprietà intellettuale è, in virtù dell'art. 8, par. 1, del Regolamento, quella del paese per il quale la protezione è chiesta. Tuttavia, il secondo paragrafo dell'articolo precisa che qualora si tratti di un diritto di proprietà intellettuale comunitaria a carattere unitario, la legge applicabile è "quella del paese in cui è stata commessa la violazione per le questioni non disciplinate dal relativo strumento comunitario".

[46] L'art. 9 del Regolamento dispone che, fatto salvo l'art. 4, par. 2 (sul quale v. *supra*), "la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale per quanto concerne la responsabilità di una persona in qualità di lavoratore, datore di lavoro o organizzazione che rappresenta i loro interessi professionali per danni causati da un'attività sindacale, prevista o conclusa, è quella del paese in cui tale attività è destinata a svolgersi o si è svolta".

[47] Cfr. I. Pretelli, *La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali* cit., p. 434 ss. e Id., *Il regime internazionalprivatistico della responsabilità non contrattuale nel regolamento CE "Roma II"*, in *Contr. impr. Eur.*, 2008, p. 719 ss.

Sembrerebbe che la gravità della colpa possa essere tenuta in considerazione dall'interprete, anche sulla base della funzione "sanzionatoria" che essa può assumere, per i casi che oscillano tra diverse possibili interpretazioni dei criteri di collegamento e giurisdizione che abbiamo visto. In tal modo, nei limiti di quanto possibile in sede interpretativa, potrebbe essere attribuita rilevanza alla colpa in funzione delle esigenze perseguite da tali criteri: un'ipotesi suggestiva potrebbe essere quella che al diverso grado di gravità della colpa del responsabile dell'illecito venga fatto corrispondere un diverso trattamento sul piano internazionalprivatistico.

4. Osservazioni conclusive

Dai brevi spunti che abbiamo proposto in ordine alla possibile rilevanza del criterio della colpa nel diritto internazionale privato sembra possibile dedurre, senza timore di smentita, che questo tema necessita di ulteriori e più profonde analisi, che devono necessariamente essere svolte in maniera organica e, soprattutto, sistematica.

Riservandoci pertanto di approfondire ulteriormente le problematiche in altra sede, sembra comunque opportuno rimarcare come il criterio soggettivo della colpa possa assumere una notevole rilevanza non solo nel diritto civile sostanziale, ma anche nel diritto internazionale privato.

Tale rilevanza è accentuata dalle divergenze di qualificazione che interessano gli istituti civilistici degli ordinamenti degli Stati membri e l'ordinamento dell'Unione, dalle quali discendono differenze nelle funzioni e nel ruolo attribuito alla colpa, sia in materia di obbligazioni contrattuali che non contrattuali.

Inoltre, anche sul piano ermeneutico la colpa sembra poter contribuire a determinare la più adeguata interpretazione delle regole di diritto internazionale privato ed eventualmente ad ispirare i legislatori nell'individuazione dei criteri di collegamento e giurisdizione più appropriati.

GIANNI SANTUCCI*

*LA COLPA NEL DIRITTO ROMANO. MINIME NOTE INTRODUTTIVE***

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari – 2. L'emersione del concetto di *culpa* nell'ambito dei delitti privati – 3. E successivamente nell'ambito contrattuale – 4. Le diverse forme della colpa – 5. La *diligentia (diligentis) patris familias* – 6. La *diligentia quam in suis* e il suo legame con la *culpa lata*

1. Considerazioni preliminari

Nell'esperienza giuridica romana si delinea, con diversità storiche anche notevoli, un sistema della responsabilità[1] incentrato sui criteri soggettivi di

---

* Università degli Studi di Trento.

** Ho preferito conservare il mio breve contributo nella stesura destinata alla presentazione orale che avrei dovuto tenere nel primo incontro dei seminari interdisciplinari «Dalla *culpa lata* alla "colpa grave" della legislazione codicistica attuale»; da qui il tono semplice e discorsivo e l'indicazione solo della bibliografia essenziale. Il presente testo costituisce in ampi tratti la rielaborazione di miei precedenti contributi in materia che, di volta in volta, trovano opportuna segnalazione.

[1] Il termine responsabilità, com'è noto, è moderno ed estraneo al linguaggio dei giuristi romani. Non estranea a loro, invece, è la situazione sostanziale del debitore che noi chiamiamo appunto responsabilità, avendo loro creato il concetto di obbligazione con tutto ciò che ne consegue. Fra le tante possibili definizioni che si possono leggere nei manuali di diritto romano, qui appare opportuno ricordare quella offerta da Carlo Augusto Cannata, secondo cui con il termine responsabilità si indica la situazione di un soggetto, che possiamo chiamare per comodità *Titius*, contro il quale l'ordinamento giuridico riconosce ad un altro soggetto, che possiamo chiamare invece *Caius*, una pretesa protetta da azione per un danno sofferto da *Caius*. Definizione ampia che consente di ricomprendere al suo interno la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale. Può infatti accadere che il danno sofferto da *Caius* sia costituito dal fatto che a lui si sottrae un vantaggio che gli sarebbe dovuto derivare dall'adempimento di un'obbligazione che già *Titius* aveva assunto nei confronti di *Caius*: qui siamo nell'ambito della responsabilità contrattuale. Diversamente può accadere che il fatto è visto come dannoso perché viola un diritto di *Caius* ma che a quest'ultimo non era attribuito da un rapporto preesistente di obbligazione sorto fra *Caius* e *Titius*, trovan-

dolo e di colpa cui si affiancano attribuzioni oggettive tendenzialmente eccezionali quale fu, per esempio, il criterio della custodia tecnica nel diritto romano classico. Dei criteri appena enunciati, fondamentale appare quello della colpa, per l'ovvia ragione che è intorno all'accertamento di essa, cioè sulla definizione del confine di ciò che è colpa rispetto a ciò che non lo è, che si decide se vi sia responsabilità o meno. Mentre rispetto al dolo tale problema non si pone affatto, essendo evidente che chi risponde per colpa, a maggior ragione risponde per dolo; principalmente nell'ambito contrattuale e qui, solo in rari e determinati rapporti, come per esempio il contratto di deposito, si circoscrive la responsabilità del debitore unicamente al dolo e allora emerge l'utilità di differenziare fra dolo e colpa[2]. Ricordo ancora, in questa prima illustrazione dei criteri, che al dolo viene tradizionalmente equiparata la *culpa lata* (o *magna*)[3], tema conduttore dei nostri seminari, ma

do altrove il proprio fondamento: per esempio, perché si è violato il diritto di proprietà come nel primo e terzo capo della *lex Aquilia*. In argomento: C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, p. 6 s. Sulla tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e sul suo possibile superamento nella teoria del diritto privato cfr. ora P. Lambrini, *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli 2019, p. 151 ss.

[2] La distribuzione di questi criteri all'interno della responsabilità contrattuale era informata al criterio dell'*utilitas contrahentium*, secondo cui la misura della responsabilità contrattuale del debitore viene calcolata in proporzione al vantaggio che quest'ultimo trae dal negozio posto in essere: la più lieve possibile sarà quella di chi non riceve alcuna utilità dal negozio cui partecipa, mentre più onerosa sarà la responsabilità di chi ne trae vantaggio. Emblematico, al riguardo, il confronto, instaurato nelle *Institutiones* di Gaio (Gai 3.205-207), fra la posizione del depositario e quella del comodatario: nel primo caso la responsabilità è normalmente circoscritta al dolo, poiché il depositario presta gratuitamente il suo servizio non avendo alcun interesse nel contratto; soluzione specularmente opposta si rinviene nel secondo caso, dove la responsabilità del comodatario sarà valutata in termini di colpa e di custodia tecnica, poiché il beneficio del contratto ricade unicamente su quest'ultimo cui viene concesso gratuitamente l'uso di una cosa. In argomento cfr. G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2018², p. 69 ss. Sulle complesse tematiche della responsabilità contrattuale e, in particolare, della nozione di colpa, si è depositata una ampia letteratura romanistica, di cui offre adeguati ragguagli adesso S. Di Maria, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti*, Torino 2020, p. 33 nt. 5.

[3] Molte affermazioni dei giuristi sono in tal senso: «*Culpa lata pro dolo accipitur*» si legge, per esempio, nel Digesto. In che cosa consista la colpa grave lo dice Ulpiano nel suo manuale delle *Regulae* (D. 50.16.213.2) «*Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*». La colpa grave consiste nel non comprendere ciò che tutti comprendono. In altre parole: se un soggetto non riesce ad avere neppure quel minimo di diligenza che si ritrova in ogni altra persona non può invocare a sua giustificazione di aver sem-

cui non darò che un minimo spazio, essendo il mio compito piuttosto quello di tentare di offrire un quadro, il meno approssimativo possibile, della nozione di *culpa*.

Com'è noto, i giuristi romani non hanno lasciato – nel consueto loro modo di procedere – una teoria della responsabilità, né tantomeno della *culpa*. Di certo, in relazione a questo criterio di valutazione del contegno di un soggetto – quale che fosse la natura dell'illecito: contrattuale o extra contrattuale – essi mostrano di averne elaborato la categoria partendo dai casi, dove la varietà del tipo di prestazione e di rapporto, anche sotto il profilo processuale, comportava la scelta di soluzioni differenti. Come ci hanno ricordato più volte gli studiosi[4], è con metodologia casistica, alimentata però da una unitarietà di principi e da una coerenza dogmatica di fondo, che i giuristi tendono a isolare le medesime *rationes decidendi* per problemi simili, costruendo modelli di riferimento differenti fra loro, poiché il tipo di prestazione a seconda dei rapporti obbligatori influiva a diversificare la nozione di *culpa*[5]. In definitiva, i giuristi romani non sono giunti così a costruzioni di tipo teoretico, attività remote alla loro attitudine di pensiero, bensì hanno ragionato mediante una nozione di *culpa* adattabile e fungibile alle differenti particolarità delle circostanze concrete.

2. L'emersione del concetto di *culpa* nell'ambito dei delitti privati

Sotto un profilo storico appare verosimile ritenere che il criterio della *culpa* abbia trovato elaborazione prima nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, quando i giuristi hanno proceduto all'interpretazione del termine *iniuria* presente nella *lex Aquilia*, la cui datazione, benché anche di recente discussa, è plausibilmente da collocare intorno all'inizio del terzo secolo avanti Cristo[6].

---

plicemente agito con negligenza o imprudenza, cioè colpa; ma si presume che lui abbia agito con dolo, cioè con la volontarietà di recare danno. In argomento, fra gli altri, G. MacCormack, *Culpa*, in *SDHI* 38, 1972, p. 176 ss.

[4] Citazioni bibliografiche in G. Santucci, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997, p. 266 s. nt. 5.

[5] In argomento si vedano E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* II, p. 1, Padova 1962, p. 336 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 660.

[6] Circa il problema della datazione si veda di recente il quadro delle ipotesi formulate in S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di damnum. I Il danno nel diritto romano fra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, p. 51 ss.

Nel primo e nel terzo capo della *lex Aquilia* si contempla una pena pecuniaria qualora un danno sia recato *iniuria*: «*damnum iniuria datum*» afferma Gaio nelle sue *Institutiones* (3. 217)[7]. È opportuno comprendere quale significato sia da attribuire al termine *iniuria*. Secondo l'opinione di gran lunga più diffusa ancora oggi e risalente nel tempo, nel testo originario della legge Aquilia, *iniuria* avrebbe significato il torto in senso obiettivo, del tutto sganciata dall'idea soggettiva di colpa. Ad esempio, secondo Alfred Pernice l'*iniuria* rappresenterebbe: «eine rechtswidrige oder unrechtmaessige Thatsache, ein obiectives Unrecht»[8], parimenti Contardo Ferrini afferma: «in coerenza alla sua etimologia [*iniuria*] significa la mancanza di diritto nell'agente e però l'obiettività del torto»[9]. In tempi relativamente più recenti gli studiosi hanno ulteriormente precisato il discorso, spiegando che il termine *iniuria* indicherebbe «quella particolare ingiustizia della condotta nell'assenza di cause giustificanti»[10].

In questo senso un'importante testimonianza la si ricava da un noto

---

[7] Gai. 3.210: *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanto a res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur* («L'azione di danno ingiusto è prevista nella legge Aquilia, nel cui primo capo è stabilito che se uno abbia ingiustamente ucciso uno schiavo altrui o un altrui quadrupede che rientri fra i *pecudes*, va condannato a consegnare al proprietario il maggior valore di quella cosa in quell'anno»); Gai 3.217: *Capite tertio de omni damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, veluti ursum leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur* («Nel terzo capo si dispone per ogni altro danno. Così se uno abbia ferito uno schiavo o un quadrupede che rientri nel novero delle *pecudes*, o abbia ferito o ucciso un quadrupede che non vi rientri, come un cane, o una bestia feroce quale l'orso o il leone, è concessa azione in questo capo. Anche il danno ingiustamente arrecato agli altri animali, e similmente a tutte le cose inanimate, lo si sanziona con questo capo»).

[8] A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, p. 26 s.; Id., *Labeo. Römisches Prvatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1², Halle 1895, p. 19.

[9] C. Ferrini, voce *Danni (azioni di)*, in *Enc. giur. it*. 4, 1911, p. 16.

[10] S. Schipani, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino 1969, p. 83 s. Più di recente G. Valditara, *Dalla 'iniuria' alla 'culpa'. Su una dibattuta questione*, in *SDHI* 75, 2009, p. 131 ss.; Id., *Alle radici del danno ingiusto*, ora in G. Valditara, F. Mercogliano, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino 2020, p. 7 ss., cui rimando per un aggiornato inquadramento delle differenti posizioni dottrinali (*ult. op. cit*., p. 3 ss.).

passo del manuale istituzionale di Giustiniano che rispecchia fedelmente il pensiero dei giuristi classici:

> Inst. 4.3.2: Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.
>
> «Si ritiene che uccida ingiustamente chi uccida senza esercitare alcun diritto. E così chi uccide un ladrone non ne risponde, ovviamente se non può in altro modo sfuggire al pericolo».

Seppure con variazioni sul tema, la dottrina ora richiamata ha ricostruito lo sviluppo storicamente nel seguente modo: alle origini il danno aquiliano avrebbe previsto unicamente una responsabilità di tipo oggettivo; in un momento successivo, orientativamente fra il secondo e il primo secolo avanti Cristo, sarebbe emerso anche un profilo della responsabilità di tipo soggettivo, espresso dal concetto di colpa.

Tale ricostruzione appare del tutto logica e coerente in una prospettiva evoluzionistica del diritto. In una prima fase si può ben pensare che, nell'identificare il responsabile dell'illecito, avesse un ruolo prioritario la mera evidenza materiale del fatto: in parole dirette si sarebbe potuto dire: "tu hai causato materialmente il danno, e solo per questo tu ne sei responsabile". L'unica eccezione era la presenza di cause di giustificazione che annullavano l'elemento dell'antigiuridicità (*iniuria*), altrimenti sempre presente, perché radicato nell'idea stessa del danno recato.

Nel corso del tempo, però, anche in ragione di una maggiore complessità sociale ed economica, un siffatto modo di pensare dovette sembrare inadeguato, perché la sola presenza delle cause di giustificazione come elemento per annullare l'antigiuridicità dell'atto lasciava aperto il campo a tutta una folla di situazioni in cui l'attribuzione della responsabilità fondata sulla *iniuria* obiettiva appariva comunque iniqua. Da qui l'idea di riconoscere la responsabilità per il danno non solo in base al nesso di causalità e all'assenza di cause di giustificazione (cioè l'antigiuridicità), ma anche in base alla verifica di un comportamento riprovevole da parte dell'agente, in quanto colpevole: per applicare le sanzioni della *lex Aquilia* bisognava quindi anche verificare che l'agente avesse agito con dolo o con colpa.

Diversamente dalla opinione comune, di recente Maria Floriana Cursi, sviluppando un'idea già presente nell'opera del grande penalista Karl Binding e in quella del romanista Max Kaser, è giunta alla conclusione

che l'*iniuria* della *lex Aquilia* non costituisce, in realtà, una forma di antigiuridicità oggettiva. Essa, invece, sarebbe stata all'inizio indice di dolo, in particolare essa avrebbe indicato la volontà di provocare un danno con la consapevolezza di arrecare, in questo modo, offesa al proprietario della cosa danneggiata. Quindi la studiosa interpreta l'*iniuria* in termini di dolo[11].

Sia che l'*iniuria* nella *lex Aquilia* significasse inizialmente antigiuridicità oggettiva come vuole la dottrina maggioritaria, sia che essa fosse indice di un atteggiamento volitivo doloso come vuole la Cursi, è certo che l'originaria scissione fra antigiuridicità (*iniuria*) e *culpa*, intesa come elemento soggettivo della condotta, verrà composta dall'interpretazione dei giuristi romani come testimoniano alcune fonti in modo inequivocabile:

Innanzitutto Gaio nel suo manuale:

> Gai. Inst. 3.211: Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.
>
> «Si considera che uccida ingiustamente colui per dolo o per colpa del quale l'uccisione avvenga. Il danno arrecato senza torto non è sanzionato da nessuna altra legge: e così rimane senza sanzione chi per un qualche caso, senza colpa e dolo, cagiona il danno».

Esemplare poi la testimonianza del commento edittale di Ulpiano:

> D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*): Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarium actionem contumeliam quondam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit (…)
>
> «In questo contesto il termine *iniuria* non va inteso nel significato di oltraggio, come avviene quando si parla del delitto di ingiurie, ma come

[11] Con anche i riferimenti alle dottrine di Binding e di Kaser, si veda: M.F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, p. 12 ss.; Ead., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato,* Napoli 2021², 35 ss.

indice di ciò che non è fatto con il diritto di farlo, cioè è fatto in contrasto col diritto, vale a dire se qualcuno avrà ucciso colposamente».

L'insegnamento, infine, è conservato nelle Istituzioni di Giustiniano:

Inst. 4.3.3: Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla invenitur; nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

«Non è tenuto in base a questa legge neppure colui che uccide determinato dal caso, purché non risulti in lui alcun atteggiamento colposo, senza dubbio, infatti, chiunque risponde in base a questa legge non solo e non tanto per dolo, quanto per colpa».

L'*iniuria* per i giuristi romani consiste nell'agire con dolo o con colpa: quindi nella giurisprudenza romana si sancisce la piena identificazione fra *iniuria* e «colpevolezza»[12]. Per la dottrina maggioritaria si giunse a interpre-

[12] Il processo di identificazione fra antigiuridicità e colpevolezza ad opera dei giuristi romani trovò piena conferma nella lunga stagione dell'esperienza giuridica medioevale a partire dai glossatori preaccursiani fino agli umanisti. Le cose iniziarono a mutare profondamente a partire dal diciassettesimo secolo nel fiorire del giusnaturalismo. Uno dei massimi esponenti di questa scienza, Ugo Grozio, non solo elaborò una nozione dell'illecito extracontrattuale, appellato «*maleficium*», abbandonando per la prima volta la concretezza casistica del diritto romano a favore di una definizione generale ed astratta, ma, sulla scorta della dottrina canonistica, assunse nella propria dottrina un concetto di *iniuria*, non più coincidente con quello ulpianeo, ma rispondente all'idea generale di ingiustizia, svincolato dalla presenza della colpevolezza. La scienza giusnaturalistica successiva proseguì con decisione sulla via tracciata da Grozio. Ma la svolta radicale e destinata ad incidere profondamente su alcune moderne esperienze legislative si rinviene nell'opera di Christian Thomasius. Una famosa dissertazione dell'eminente giusnaturalista tedesco porta l'eloquente titolo «*Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in fori Germanorum*», già di per sé capace di evocare l'incolmabile distanza con il diritto romano. In questa prospettiva il principio del *neminem laedere* – espressione del diritto delle genti (o naturale) – costituisce l'unico ed essenziale presupposto per la legittimazione all'azione di risarcimento del danno. Il netto spostamento del baricentro dalla colpevolezza dell'agente e dalle modalità della lesione all'evento dannoso e al suo risarcimento apre la strada al criterio della responsabilità oggettiva: nella concezione di Thomasius, in definitiva, qualunque danno deve essere risarcito, indipendentemente dalla colpevolezza o meno dell'agente. La nozione obiettiva di *iniuria* costituisce il fondamento dogmatico per una figura giuridica che i giuristi romani negavano invece espressamente: la responsabilità dell'incapace (*furiosus* o *infans*), che fu accolta, proprio in virtù dell'influenza del pensiero di Thomasius, nelle codificazioni di area germanica e in quello ita-

tare l'*iniuria* come *culpa* soggettiva per superare il dato dell'antigiuridicità obiettiva; per la Cursi si giunse alla *culpa* soggettiva ampliando l'originaria concezione più ristretta dell'equiparazione *dolus* uguale *iniuria*.

3. E successivamente nell'ambito contrattuale

In un secondo periodo di tempo il paradigma della *culpa* fu utilizzato dai giuristi nell'ambito dei contratti (e dei quasi contratti)[13]. A questo proposito conviene preliminarmente ricordare la distinzione fondamentale in questi rapporti negoziali fra *iudicia stricti iuris* e *iudicia bonae fidei*[14]. Nei giudizi di stretto diritto la colpa non emerge nelle obbligazioni di *dare*, cioè di trasferire la proprietà, dove si applica in diritto classico un particolare criterio di responsabilità. Il debitore risponde fintanto che la prestazione rimane possibile oppure se l'impossibilità sopravvenuta dipende dal *factum debitoris*, cioè da un comportamento positivo: una azione cosciente, non importando se l'evento dannoso fosse voluto o meno, quindi si prescindeva da una valutazione soggettiva del comportamento del debitore[15].

Invece il concetto di colpa, come anche quello di dolo, furono applicati fin dalla prima età classica nei giudizi di buona fede. In quest'ultimi è presente nella *intentio* della formula redatta dal pretore il riferimento alla buona fede («*ex fide bona*»). Questo impone al giudice di valutare con discrezionalità il rapporto sostanziale, diversamente da quanto avviene nei *iudicia*

liano vigente, dove all'art. 2047, in difetto della presenza di un sorvegliante, è contemplata la responsabilità diretta dell'incapace, indipendentemente dall'accertamento di una sua colpevolezza. Per una prima informazione sintetica e recente di questo complesso percorso e delle sue specifiche ricadute normative mi permetto di rinviare a G. Santucci, *The meaning of iniuria in Lex Aquilia. A historical sketch*, in I. Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino* 6, Tricase 2016, p. 527 ss.

[13] Sul punto C.A. Cannata, *Sul problema* cit., p. 6.

[14] Un primo e utile ragguaglio storico e dogmatico dei temi della *fides* e della *fides bona* si trova nelle voci enciclopediche di G. Grosso, s.v. «*Buona fede a) Premesse romanistiche*», in *ED* V, Milano 1959, p. 661 ss. (ma dello stesso autore v. anche *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*[2], Torino 1967, p. 64 ss.); P.D. Senn, s.v. «*Buona fede nel diritto romano*», in *Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile* II, Torino 1988, p. 129 ss. Per un inquadramento recente degli studi romanistici sui giudizi di buona fede si veda L. Franchini, *La recezione dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli 2015.

[15] In argomento per tutti C.A. Cannata, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'* [1966], ora in L. Vacca (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano* I, Torino 2011, p. 169 ss.

stricti iuris dove il giudice è vincolato unicamente a verificare il contenuto dell'*intentio* imposto dal pretore. La buona fede suggerisce al giudice di valutare se nel rapporto sostanziale le parti si sono comportate fra loro con lealtà e correttezza, appunto secondo buona fede; ciò incide anche sulla configurazione della responsabilità dei contraenti perché le idee di lealtà e di correttezza implicano non solo la contrarietà al dolo (D. 17.2.3.3, Paul. 32 *ad ed.*: «*fides bona contraria est fraudi et dolo*») ma anche l'idea che la prestazione debba essere eseguita correttamente, cioè fornita di tutti quei requisiti che il creditore ragionevolmente si aspettava, e quindi che sia avvenuta in assenza di colpa.

È opportuno fornire un significativo esempio di quello che fu il percorso intellettuale dei giuristi in questa prospettiva. Il caso è quello del contratto di società: la struttura negoziale di questo contratto nel diritto romano è semplice: oggi come allora, accanto al socio che contribuiva in società con capitale (denaro o altri beni, mobili e immobili), si poteva profilare la figura del socio d'opera, il cui conferimento consisteva in *opera*, *ars* e *industria*. Si legga il seguente frammento di Ulpiano:

> D. 17.2.52.1-2 (Ulp. 31 *ad ed.*): Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides. (2) Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commmune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.
>
> «In questo giudizio di società assume rilevanza la buona fede. (2) Ci si chiede se il socio debba rispondere soltanto per dolo o anche per colpa. E Celso nel settimo libro dei *Digesta* così scrive: i soci debbono rispondere fra loro per dolo e per colpa. Se nel formare una società, dice Celso, uno dei soci ha promesso la propria opera e tecnica, come quando si deve pascolare il bestiame in comune, o quando affidiamo un fondo ad un agricoltore specializzato perché provveda alla raccolta dei frutti in comune, certamente in questo caso si deve rispondere per colpa: infatti l'opera e la tecnica equivalgono al conferimento del capitale. Se un socio ha recato danno al patrimonio comune, tanto più deve rispondere per colpa».

Ulpiano ricorda innanzitutto che la buona fede è presente nell'*intentio* dell'azione *pro socio* ("*oportere ex fide bona*")[16]. Collegata a questa prima affermazione è la questione se il socio debba rispondere nei confronti dell'altro socio solo per dolo o anche per colpa. Si tratta di una questione su cui i giuristi avevano opinioni differenti, quindi un caso di *ius controversum*, in questo senso depone la presenza del termine tecnico "*quaeritur*" con cui i giuristi romani erano soliti indicare l'esistenza di una controversia fra loro.

La risposta alla *quaestio* avviene mediante il richiamo dell'opinione di Celso: se il socio promette di conferire la propria attività tecnica, mentre l'altro socio promette di conferire un capitale; il socio che presta la propria attività lavorativa deve anche rispondere per colpa. Gli esempi sono quelli del socio che conferisce la sua attività di pastore o di agricoltore specializzato[17] e il socio di capitale è quello che fornisce il gregge o il fondo agricolo.

Perché Celso e Ulpiano affermano la responsabilità anche per colpa nel caso del socio d'opera? Assume particolare rilievo la motivazione fornita da Celso per giustificare l'allargamento della responsabilità per colpa: «*pretium enim operae artis est velamentum*», sintagma, la cui incerta tradizione testuale rende complessa una traduzione letterale, ma il cui significato nella sostanza è che l'apporto di opera e della relativa tecnica copre – nel senso di essere equivalente – il valore di capitale.

Il socio risponde anche per colpa tutte le volte che ha conferito in società una prestazione d'opera. Il ragionamento è il seguente: il conferimento da parte di un socio della propria attività, specie se di pregio, comportando una sua partecipazione agli utili doveva realizzarsi nella misura promessa al momento della conclusione del contratto. La sola imputazione per dolo,

---

[16] Si legga il testo della formula dell'*actio pro socio* come appariva nell'editto del pretore: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius N. Negidio societatem omnium bonorum coiit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere praestare oportet ex fide bona, dumtaxat quod N. Negidius facere potest, eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito* («Sia giudice C. Aquilio, posto che A. Agerio ha concluso con N. Negidio una società relativa all'intero patrimonio – materia del contendere – con riguardo a tutto ciò che, in forza di tale rapporto, N. Negidio deve dare o fare o di cui deve rispondere in favore di A. Agerio secondo buona fede, nei limiti delle possibilità di N. Negidio il giudice condanni N. Negidio nei confronti di A. Agerio, se non apparirà, lo assolva»). In argomento O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, p. 297 ss.

[17] *Politio* è parola del lessico agricolo latino con cui si denominavano le operazioni di pulizia del fondo che seguivano alla raccolta dei frutti, oltre che quelle di zappatura e di sarchiatura.

che si realizzava mediante l'accertamento della volontarietà dell'illecito e della malafede, poteva costituire un criterio soddisfacente per valutare l'eventuale inadempimento del socio d'opera? La risposta doveva essere negativa. Il socio d'opera, infatti, era tenuto a svolgere un'attività secondo le modalità e i requisiti vantati e promessi nella fase delle trattative contrattuali. Rispetto all'inadempimento della prestazione di *facere* del socio, quindi, risultava necessario valutare l'effettivo comportamento in relazione al modello, astratto o concreto, nel rispetto del quale il socio d'opera si era impegnato ad eseguire la propria prestazione. Sotto questo profilo, bastava verificare che la sua esecuzione fosse stata non conforme e difettosa rispetto al modello prefissato e il criterio utilizzato dai giuristi per valutare ciò era ovviamente quello della colpa. Nel caso proposto si trattava di *culpa-imperitia* poiché le prestazioni del pastore e del *politor*-agricoltore specializzato, erano prestazioni tecniche caratterizzate dal conferimento di perizia.

4. Le diverse forme della colpa

Per i giuristi romani la colpa assume diverse sfumature. A questo proposito si può parlare di *culpa-neglegentia*, cioè di colpa determinata dalla mancanza di diligenza ordinaria; di *culpa-imprudentia*, cioè di colpa determinata dalla mancanza di prevedibilità degli effetti conseguenti ad un comportamento; di *culpa-imperitia*, cioè di colpa determinata dall'assenza di perizia. Talvolta la contemporanea romanistica annovera all'interno del paradigma della colpa anche i casi in cui il debitore risulti inadempiente per il semplice fatto di aver violato un limite stabilito contrattualmente[18]: prevale l'idea oggettiva di aver contravvenuto ad un divieto e non emerge alcuna idea soggettiva di negligenza o altro[19].

---

[18] Cosi C.A. Cannata, *Il problema* cit., p. 62 ss.

[19] Un caso di violazione del limite contrattuale è esposto nel seguente frammento di Alfeno Varo D. 19.2.30.2 (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.*): *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset consulebat de actione. respondit vel ex lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tamen tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius ea rupisset, cum conductore recte agi* («Una persona diede in locazione delle mule con un limite di carico; avendole il conduttore fiaccate caricandole con un peso maggiore rispetto al limite, chiedeva quale azione potesse esperire. Alfeno rispose che egli poteva correttamente esercitare o l'azione della legge Aquilia o l'azione contrattuale, ma sulla base della legge Aquilia si poteva agire solo nei confronti di colui che si occupava delle mule nel momento dell'accaduto, mentre con l'azione contrattuale si sarebbe potuto agire nei confronti del conduttore, anche se fosse stato un altro a danneggiare le mule»).

Si tratta di sfumature nel senso che molte volte i giuristi affermano semplicemente la responsabilità per colpa e per noi moderni non è sempre facile cogliere se l'inadempimento del debitore trovasse la sua causa in una forma di negligenza ordinaria oppure di imprudenza o mancanza di perizia. Che si trattasse di una sfumatura o di un'altra, ovviamente sotto il profilo pratico è un problema che – a parte il caso dell'imperizia, di cui solo il possessore di una tecnica o arte poteva rispondere – non aveva alcuna importanza.

Una nota testimonianza di Ulpiano ci consente di apprezzare la varietà dei difetti che i giuristi romani riconducevano alla unitaria figura della colpa:

> D. 19.2.13.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): Si navicularius onus Minturnae vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo si culpa caret, non teneri ait: ceterum si, vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.
>
> «Se un armatore ha preso in conduzione («*conduxerit*») il trasporto di un carico a Minturno e, non potendo la sua nave entrare nel fiume Minturnense, egli trasferì il carico di merci su un'altra nave e questa naufragò all'imbocco del fiume, è tenuto il primo armatore? Labeone afferma che egli non è responsabile, se sia esente da colpa; ma se lo fece contro la volontà del proprietario delle merci, o in un momento in cui non avrebbe dovuto farlo, oppure, ancora, si servì di una nave inadatta (a trasportare quelle merci o a navigare in fiume), allora si dovrà agire nei suoi confronti con l'azione di locazione».

Un armatore navale si è obbligato contrattualmente a trasportare un carico di merci nel porto di *Minturnae*. La sua nave non può entrare nel fiume *Minturnense* per ragioni tecniche: probabilmente perché ha uno scafo troppo profondo e rischia di incagliarsi nel fiume che ha un fondale basso. Egli decide allora di trasferire il carico di merci su un'altra nave, ma questa naufraga all'imbocco del fiume. Nasce il problema di una sua possibile responsabilità per la perdita del carico nel naufragio. Labeone afferma la responsabilità per colpa dell'armatore qualora si sia verificata una delle tre seguenti distinte ipotesi:

a) Se l'armatore ha trasferito il carico da una nave all'altra contro la volontà del proprietario delle merci, la sua colpa consiste nell'aver violato un limite stabilito contrattualmente.

b) Se l'armatore lo ha fatto in un momento temporale sbagliato: la sua colpa potrebbe essere determinata tanto dal fatto di non aver previsto l'effetto (naufragio), quindi per una colpa-imprudenza, quanto da mancanza di perizia. In questo caso le due sfumature tendono a confondersi.
c) Se l'armatore ha scelto per il trasferimento una nave non idonea (evidentemente per navigare in quel fiume, quindi invece che servirsi di una chiatta, si è servito di un'imbarcazione con lo scafo troppo profondo o difficile da governare nella foce o nel letto del fiume) il problema appare essere fondamentalmente quello di mancanza di perizia, cioè di scarsa conoscenza tecnica, quindi di colpa-imperizia.

Mentre la colpa, intesa come mancanza della diligenza ordinaria oppure come imprudenza, è criterio per valutare l'inadempimento di qualunque debitore, la mancanza di perizia è un criterio proprio solo dell'obbligato che si è assunto l'esecuzione di prestazioni tecniche, concludendo il contratto come esperto della tecnica relativa. In questo senso, oltre al passo già letto in tema di società dove si tratta di un socio pastore che promette il suo lavoro (*opera*) e la sua perizia tecnica (*ars*), leggiamo il seguente passo in cui è sempre citato Celso:

> D. 19.2.9.5 (Ulp. 32 *ad ed.*): Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam autem esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.
>
> «Nell'ottavo libro dei *Digesta*, Celso scrisse che anche l'imperizia deve considerarsi colpa: se qualcuno abbia ricevuto in conduzione dei vitelli con il compito di pascolarli, ovvero abbia ricevuto in conduzione un qualche indumento per lavarlo o rammendarlo, egli è tenuto per colpa e colpa sono gli errori che egli ha commesso per imperizia: perché sicuramente, affermava Celso, egli ha concluso il contratto di locazione-conduzione in qualità d'esperto (nei relativi settori)».

Ulpiano riporta l'opinione di Celso, che afferma la responsabilità contrattuale per colpa-imperizia del conduttore in ragione del fatto che si è assunto l'esecuzione di una prestazione tecnica in qualità di esperto della medesima («*quippe ut artifex… conduxit*»). È importante osservare che il criterio della colpa-imperizia gioca il suo ruolo unicamente nell'ambito delle prestazioni tecniche artigianali o professionali. E può accadere che un *artifex* sia obbligato ad eseguire una prestazione tecnica, accanto ad una o altre prestazioni non

tecniche e solo la prima sarà valutata secondo il criterio della colpa-imperizia. Di questo abbiamo un esempio in un secondo testo, sempre di Ulpiano, dove il lavandaio (*fullo*) sarà tenuto per colpa-imperizia per quanto attiene alla sua prestazione di lavaggio degli indumenti, ma qualora abbia sbagliato, consegnando un mantello ad un cliente diverso dal proprietario, il problema non tocca più la perizia ma la responsabilità per custodia tecnica che discende sempre dal contratto di *locatio-conductio operis*.

> D.19.2.13.16 (Ulp. 32 *ad ed.*): Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.
>
> «Se un lavandaio ha ricevuto degli abiti da pulire e i topi li hanno rosicchiati è tenuto con l'azione di locazione, perché doveva premunirsi contro questa evenienza[20]. E se il lavandaio ha scambiato un mantello e ha consegnato a un cliente quello appartenente a un altro, sarà tenuto con l'azione di locazione, anche se lo abbia fatto inconsapevolmente[21]».

5. *La* diligentia (diligentis) patris familias

Non voglio ora, né me lo potrei permettere per questioni di tempo, toccare in questa sede la delicata e controversa distinzione fra le nozioni di responsabilità oggettiva e soggettiva[22], tuttavia appare indiscutibile che il sistema di responsabilità fondato sulla colpa presenti un carattere oggettivo, nel senso che per valutare la colpa del debitore è necessario instaurare una comparazione fra la condotta concretamente posta in essere dal debitore nell'occasione in cui si è prodotto l'illecito (extracontrattuale o contrattuale) e un modello di comportamento, adottato come paradigma di confronto. A partire dall'esperienza romana dell'età della Repubblica, la tradizione giuridica conosce principalmente il modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias*[23].

---

[20] In questo caso il lavandaio risponde nei limiti della colpa.

[21] In questo caso la responsabilità del lavandaio è per custodia tecnica.

[22] Mi permetto per un primo abbozzo della questione di rinviare a G. Santucci, *Il socio d'opera* cit., p. 264 ss. e nt. 3.

[23] Ai fini di un inquadramento storico-dogmatico possono essere ancora utili: C. Fadda, *Il buon padre di famiglia nella teorica della colpa*, in *Atti della R. Accademia di Scienze mor. e*

Per affermare, infatti, che un soggetto abbia commesso ingiustamente un danno o non abbia adempiuto alla prestazione dovuta per colpa, il giudice non deve indagare la volontà del soggetto come nel caso del dolo, dove si pone la necessità di un'indagine sul suo legame volontario con il pregiudizio causato alla controparte. Nel valutare la colpa, il giudice dovrà svolgere una semplice operazione intellettuale: verificare la coerenza del comportamento concretamente tenuto dal soggetto con quello attribuibile ad un modello. Tale semplice operazione di confronto avviene oggettivamente: ha il debitore adempiuto la propria prestazione secondo i criteri e le regole previste oggettivamente dal modello scelto? Prima possibile risposta: sì, allora il debitore non è responsabile. Seconda possibile risposta: no, allora il debitore è responsabile per colpa[24].

Il fulcro dell'individuazione della colpa risiede evidentemente nella scelta del modello. Nella maggior parte dei casi i giuristi romani hanno costruito siffatto paradigma con riferimento ad un tipo astratto e medio ricavato dalla complessiva esperienza sociale che li circondava. I Romani parlavano dell'uomo medio, *frugi et diligens*, cioè onesto e diligente, oppure del *prudens et diligens paterfamilias*[25]. La tradizione giuridica occidentale, e non solo quella, riconosce ancora questo modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias*: basti pensare al *buon padre di famiglia* del codice civile italiano, al *bon père de famille* del *Code Napoléon*[26] o al *diligente padre de familia* del *Codigo Civil* spagnolo e così via, e ispira anche modelli parimenti astratti e similari nella struttura e operatività, come quello presente nel Co-

---

pol. di Napoli XXXII, Napoli 1901, p. 141 ss.; C. Predella, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino 1934, p. 5 ss.; con riferimento in particolare al codice vigente: M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano 1959, p. 333 ss.; V. De Lorenzi, *Buon padre di famiglia*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ*. II, 1988, p. 126 ss. Sulle critiche maturate intorno a questo modello si vedano C.A. Cannata, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)* [1981], ora in L. Vacca (a cura di), *Scritti scelti* I, cit., p. 359 ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano 1991, p. 241.

[24] Tale impostazione è lumeggiata in modo ineccepibile da C.A. Cannata, *Sul problema* cit., p. 21 ss. e 49.

[25] Per un primo inquadramento con le fonti pertinenti C.A. Cannata, *Sul problema* cit., p. 22 ss.

[26] Ricordo che di recente l'espressione *bon pére de famille* è stata vittima dell'art. 26 della legge 2014-873 del 4 agosto del 2014 *Pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* che l'ha sostituita puntualmente ora con l'avverbio «raisonnablement» ora con l'aggettivo «raisonnables».

dice civile tedesco. Si sa, infatti, che nella formazione del BGB il riferimento tradizionale al *diligens pater familias*, oggetto di critiche in dottrina, fu sostituito con un modello comunque sostanzialmente analogo, cioè quello della diligenza che si richiede dai più nel traffico giuridico: basta leggere il § 276 BGB: (2) «Fahrlässig handelt, wer die im Verkeher erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt»[27].

Di volta in volta, di fronte al caso concreto il giurista romano costruisce il modello di riferimento appropriato interpretando le regole sociali ed economiche pertinenti secondo il criterio di responsabilità dell'uomo medio e ragionevole.

Emblematico a questo proposito un passo del giurista Venuleio che prende in considerazione l'adempimento di una stipulazione di *dare*, cioè di trasferire in proprietà, una cosa in determinato luogo, e dove la prestazione di *dare* implica anche un *facere*:

> D. 45.1.137.2 (Ven. 1 *stip.*): Cum ita stipulatus sum "Ephesi dari?" inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire.
>
> «Quando ho stipulato che una cosa venga data a Efeso, il tempo (necessario alla realizzazione della consegna) è inerente al contenuto della stipulazione e ci si chiede come lo si debba intendere, e si dirà piuttosto che tale valutazione deve essere rimessa alla decisione di un giudice, cioè di un *vir bonus*, il quale calcoli in quanto tempo un *pater familias* diligente possa effettivamente fare quanto invero abbia promesso di fare; in modo che chi abbia promesso di *dare* ad Efeso non sia costretto a percorrere le stazioni postali di giorno e di notte, né a continuare il

[27] In argomento e circa la discussione sulle identità fra il modello tedesco e quello di origine romana cfr. G. Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano 1955, p. 38 ss.

viaggio in condizioni metereologiche avverse; né, al tempo stesso, debba procedere nel viaggio in modo talmente lento da apparire degno di rimprovero; bensì il giudice dovrà valutare il tempo che il debitore deve impiegare per giungere tempestivamente tenuto conto della stagione, del suo sesso, del suo stato di salute, cioè impiegando un tempo uguale a quello che la generalità delle persone che si trovino nelle medesime condizioni sarebbero solite impiegare».

Come si vede chiaramente dalla facile lettura del testo, il giurista nel considerare in che modo il giudice, operando da uomo corretto quale è un *vir bonus*[28], debba calcolare il tempo necessario al debitore per l'adempimento, imposta il problema secondo un metro di ragionevolezza e di medietà, recuperando come paradigma e criterio di misura il senso comune presente nella maggioranza delle persone e lo cala nel caso concreto, alla luce delle condizioni della persona del debitore e delle effettive circostanze della prestazione dovuta.

Ulteriori esempi, tratti dalla casistica extracontrattuale possono ancora chiarire concretamente la nozione di *diligens pater familias*:

D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*): Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esse, cum periculum evitari non possit, secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fieret, quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem videri transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

«Se un potatore lasciando cadere un ramo dall'albero, o l'operaio che lavorava sopra un'impalcatura abbia ucciso uno schiavo che passava di

[28] Il giudice nel valutare l'adempimento del promittente deve comportarsi come un *vir bonus*, paradigma che non coincide con quello del *bonus et diligens pater familias*, come ho cercato di dimostrare in G. Santucci, *Il giudizio del vir bonus nel diritto di usufrutto*, in A. Lovato (a cura di), *Vir Bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio Trani 28-29 ottobre 2011*, Bari 2013, p. 139 ss.

> lì, è tenuto nel caso che abbia gettato la cosa in luogo pubblico e non abbia preavvertito a piena voce affinché fosse possibile evitare quanto cadeva. Ma Mucio affermò che si può agire in giudizio per la responsabilità per colpa, anche se lo stesso evento si sia verificato in un luogo privato: perché la colpa consiste nel fatto che non si sia previsto quanto una persona diligente era in grado di prevedere, oppure nel caso che si abbia avvisato quando non era oramai più possibile evitare il pericolo. In virtù di questo principio non ha molta importanza che il passante transitasse in luogo pubblico o in luogo privato, in quanto è assai frequente che vi sia transito anche in luoghi privati. Se invece nel luogo di cui si tratta non vi era solitamente alcun passaggio, egli risponderà unicamente di dolo, cioè che non deve lanciare cose addosso ad un passante vedendolo in transito: non si può infatti considerarlo responsabile per colpa, in quanto egli non poteva prevedere che qualcuno sarebbe passato di lì».

Il potatore (o il carpentiere) lancia un ramo senza preavvertire e uccide uno schiavo che transitava sotto l'albero o l'impalcatura. La soluzione giuridica dipende unicamente dal fatto se il potatore (o il carpentiere) si sia comportato in modo imprudente, cioè non abbia ragionevolmente pensato alle conseguenze pericolose per altri del suo atto (*culpa-imprudentia*). Egli è in colpa perché non ha previsto quanto una persona diligente doveva prevedere, è opportuno rimarcare l'idea di doverosità: appartiene oggi al nostro senso comune – come duemila anni fa a quello dei Romani – che una persona mediamente previdente e diligente prima di lanciare un ramo dall'alto in luogo che può essere frequentato da altre persone avvisi del pericolo e verifichi preventivamente di non colpire nessuno. L'altro elemento, da cui poter argomentare la soluzione, cioè se l'evento fosse avvenuto in luogo pubblico o privato, appare ininfluente. Perché ciò che rileva unicamente, come appena detto, è la presenza del concetto di colpa definito dal giurista Quinto Mucio Scevola, cioè il non prevedere ciò che un *diligens pater familias* dovrebbe ragionevolmente prevedere. E quindi appare ragionevole che in luogo in cui vi sia transito, indipendentemente che questo sia pubblico o privato, bisogni preavvertire e verificare il passaggio prima di far cader alcunché; precauzione non necessaria se tale comportamento si verifica in un luogo in cui è solito non avvenire alcun passaggio, in questo caso la responsabilità del comportamento sarà sanzionata solo nel caso di dolo.

Nella medesima prospettiva si rivela assai interessante una altrettanto nota testimonianza gaiana:

D. 9.2.8.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): Idem Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit, vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram, idem iuris est in personam eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

«Anche del mulattiere si afferma comunemente che è responsabile per colpa se per imperizia non abbia potuto governare lo slancio delle mule, facendole così schiacciare uno schiavo altrui. La stessa cosa si dice se non è riuscito a trattenere lo slancio delle mule a causa della propria infermità: infatti non sembra ingiusto ascrivere a colpa l'infermità, poiché nessuno deve intraprendere un'attività nella quale sa o deve sapere che la sua infermità risulterà pericolosa per gli altri. La medesima regola vale nei confronti di chi per imperizia o per infermità non abbia potuto trattenere l'impeto del cavallo su cui viaggiava».

Il condurre un carro trainato da mule in strade altamente frequentate come quelle di Roma implica presso il mulattiere il possesso di perizia. Perizia significa conoscere e applicare un bagaglio di conoscenze tecniche e pratiche nella conduzione e nel governo delle mule. Certamente a lui sarà ascrivibile una responsabilità per colpa in caso di sua imperizia, ma in altri casi entrerà in gioco la *culpa-imprudentia*, quando, per esempio, pone in essere un'attività che potrà rivelarsi rischiosa per i terzi. Il mulattiere che, pur soffrendo di un'infermità, per esempio una febbre alta o una mano dolorante, decida ugualmente di condurre le mule verserà in uno stato di colpa: una persona mediamente diligente, il *diligens et prudens paterfamilias*, ha l'obbligo di prevedere che, conducendo un carro in simili precarie condizioni fisiche, potranno sorgere pericoli per terze persone. Di seguito alla descrizione del caso, Gaio enuncia una vera e propria *regula iuris* che sottende alla sua decisione: nessuno deve intraprendere un'attività nella quale sa o deve sapere che la sua infermità risulterà pericolosa per gli altri. Oggi, come allora, il nostro vivere sociale ci impone la medesima regola.

Altri esempi potrebbero essere offerti, ma appare già manifesta l'idea fondamentale che i giuristi romani di volta in volta interpretano il caso concreto alla luce di una serie di regole ora consolidate in generale nella società

civile, ora specifiche di una data arte o professione, come nei casi della responsabilità per imperizia. Ovviamente potevano sorgere in concreto difficoltà nel valutare se si dovesse o meno imputare un determinato danno a carico di un debitore e comunque non sempre era un'operazione ovvia l'identificare la misura degli obblighi a carico di un soggetto in modo tale da rispettare l'idea dell'uomo di media diligenza all'interno del concreto rapporto. A questo riguardo può essere letto:

> D. 19.2.19.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.
>
> «Se taluno avrà dato in locazione delle botti difettose da cui il vino fuoriuscì, sarà tenuto a risarcire il danno nei limiti di ciò che era l'interesse della controparte e non sarà giustificata la sua ignoranza, e così scrisse anche Cassio. Altrimenti se hai dato in locazione dei fondi per il pascolo, dove crescevano erbe velenose; in questo caso, infatti, se le pecore morirono o comunque si ammalarono a causa del cattivo foraggio, sarà dovuto quanto è nell'interesse della controparte, se tu eri a conoscenza della presenza del foraggio velenoso; se invece non ne eri a conoscenza ti limiterai a non pretendere il canone d'affitto, e questa era l'opinione indiscussa di Servio, Labeone, e di Sabino».

Ulpiano presenta due casi apparentemente uguali, cui tuttavia conseguono soluzioni fra loro opposte. Le due opinioni riportate nel frammento – la prima di Cassio, la seconda comune a Servio, Labeone e Sabino – si pongono fra loro in contraddizione. Nel caso di locazione di botti difettose il locatore è responsabile per il difetto anche se non ne era conoscenza, mentre nel caso di locazione di un'area destinata al pascolo, egli è responsabile solo se ne era a conoscenza, cioè in dolo.

I presupposti delle fattispecie sotto il profilo giuridico sono identici; perché allora i giuristi giungono a soluzioni differenti? Le ragioni si possono rinvenire nella diversità dell'oggetto locato. La verifica del buono stato di una botte – oggetto di per sé di struttura assai semplice e facilmente ispezionabile – appare un onere che rientra pienamente nella diligenza ordinaria posta a carico del locatore e quindi in questo caso era suo dovere conoscere

eventuali difetti dell'oggetto. Nel secondo caso l'attività di controllo dell'assenza di piante nocive su un'area di pascolo, spesso di grandi dimensioni e comunque soggetta a continue e incontrollabili impollinazioni potrebbe facilmente costituire un'operazione tale da richiedere uno sforzo e una attenzione straordinari, ben al disopra del livello di una diligenza ordinaria; un dovere di vigilanza eccezionale a cui il locatore non sembrerebbe dover essere tenuto.

6. *La* diligentia quam in suis *e il suo legame con la* culpa lata

A fianco del modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias* si rinviene, pur se meno diffuso, la *diligentia quam in suis* (*rebus adhibere solet*), espressione ricavata direttamente dalle fonti romane cui si aggiunse, a partire dal tardo medioevo, nella contrapposizione con la *culpa in abstracto* propria del *diligens pater familias*, anche quella di *culpa in concreto*, o anche *diligentia in concreto* spesso presenti, quest'ultimi sintagmi, nella civilistica italiana che commentava il codice abrogato[29]. A differenza della *diligentia (diligentis) patris familias*, con la *diligentia quam in suis* si prende in considerazione il grado di diligenza che quel singolo debitore ha l'abitudine di avere nello svolgere i propri affari. Quindi non più come modello di confronto un paradigma astratto e medio, ma un criterio 'concreto' determinato dalla cura, dalla diligenza che quella specifica persona è solita avere nella conduzione e gestione dei propri affari e delle proprie cose[30].

Com'è noto, la *diligentia quam in suis* è un'invenzione dei giuristi romani. È probabile che essa fosse in origine principalmente un criterio escogitato al fine di misurare la responsabilità di un soggetto, che, pur essendo formalmente proprietario di determinati beni – o in una posizione assimilabile a questa –, avrebbe comunque dovuto rendere conto della gestione di questi beni ad altri cui era legato in ragione di specifici rapporti personali.

---

[29] Fra i tanti L. Sertorio, *La colpa in concreto nel diritto romano e moderno*, Torino 1914.

[30] I principali ragguagli delle posizioni maturate in seno alla romanistica a proposito di questa figura giuridica in F. Mercogliano, *«Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici*, in *Index* 19, 1991, p. 379 ss. (= G. Valditara, F. Mercogliano, *Saggi in materia di danno ingiusto* cit., p. 61 ss.) Più di recente mi permetto di rinviare anche a G. Santucci, *La diligentia quam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, in L. Peppe (a cura di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, p. 243 ss.; Id., *Diligentia quam in suis*, Trento 2008.

Siffatta peculiare posizione aveva indotto i giuristi romani a pensare che il criterio idoneo per valutarne la responsabilità fosse proprio la *diligentia quam in suis* che, assumendo come modello il livello di diligenza che tale soggetto è solito usare nelle cose di sua proprietà, poteva costituire un adeguato punto di equilibrio fra la libertà di essere proprietario di una cosa e al contempo il doverne essere responsabile per la gestione[31].

Questa idea è espressa con sufficiente chiarezza in un testo importante – l'unico in cui si illustra il fondamento concettuale di questo criterio –: il giurista Paolo afferma che il coerede deve rispondere per *diligentia quam in suis* e non per la diligenza del buon padre di famiglia nell'amministrazione della coeredità perché in questo caso, essendo proprietario in parte del patrimonio ereditario, trova in ciò la ragione della sua attività di gestione[32]. Volendo esplicitare la *ratio decidendi* sottesa all'affermazione del giurista: in quanto gestore, sebbene parziale, di una sua proprietà appare ragionevole e naturale attendersi da lui quella diligenza che egli è solito porre nella gestione delle proprie cose.

In questa prospettiva – per rimanere alle fattispecie più rilevanti – si può leggere l'adozione della *diligentia quam in suis* da parte dei giuristi romani per valutare la responsabilità del marito nell'amministrazione dei beni dotali e quella del tutore circa i beni del pupillo. Il marito, benché riconosciuto esclusivo titolare del patrimonio dotale, doveva orientare l'esercizio del suo diritto secondo la funzione sociale e di pubblico interesse dell'istituto dotale, soprattutto rispettando il principio di conservazione dell'integrità in vista di una possibile restituzione alla donna che si poteva perciò definire

[31] Per un'analisi più circostanziata di tutte le fattispecie in diritto romano cfr. G. Santucci, *La diligentia quam in suis* cit., p. 243 ss.

[32] D.10.2.25.16 (Paul. 23 *ad ed.*): *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non conpetit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res* («Il coerede è responsabile in rapporto alla coeredità non solo per dolo, ma anche per colpa, perché con il coerede non concludiamo un contratto ma ci imbattiamo in lui; pertanto il coerede non deve comportarsi con una diligenza pari a quella di un diligente padre di famiglia, poiché la causa per cui ha gestito il patrimonio ereditario fu la sua quota parte del patrimonio ereditario e perciò non spetta nei suoi confronti l'azione di gestione di affari altrui; ma deve comportarsi quindi con una diligenza pari a quella con la quale si comporta nei suoi affari. Lo stesso avviene se a due sia stata legata una cosa: infatti non il consenso, ma la cosa unì anche costoro nella comunione»).

«*quodammodo domina*» della dote[33]. Del resto, lo stesso giurista Trifonino spiegava come la dote, sebbene rientrasse sotto un profilo formale in proprietà del marito, nella sostanza appartenesse alla moglie[34].

Circa il tutore, poi, si deve ricordare che questi assumeva la condizione di vero e proprio titolare del patrimonio pupillare, con un amplissimo potere di disposizione nei confronti di esso, «quasi da proprietario»[35]. Non diversamente dal rapporto che legava il marito alla dote, nella tutela «il *patrimonium* pupillare era una sorta di "patrimonio separato" del *tutor* di cui questi poteva disporre a guisa di titolare…, salvo a dover poi rendere del suo operato al pupillo, cui in definitiva il patrimonio stesso era riservato»[36]. E come nella dote, nell'individuare il criterio soggettivo che potesse essere adeguato a valutare la responsabilità del tutore, proprio il fatto che egli amministrasse nello status di titolare, deve aver condotto i giuristi romani in modo naturalmente conseguente a ritenere che non si dovesse da lui pretendere che il livello di cura e diligenza con cui egli era solito amministrare il proprio patrimonio[37].

---

[33] Così P. Bonfante, *Corso di diritto romano* I. *Diritto di famiglia*, Milano 1963 (rist.), p. 448.

[34] D.23.3.75 (Trif. 6 *disput*.).

[35] Così B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 482; le stesse fonti affermano in modo non equivocabile che il tutore era «*domini loco cum tutela administrat*», Così per esempio in D.41.4.7.3 (Iul. 44 *dig*.).

[36] A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001[12], p. 600.

[37] Molte delle fattispecie contemplate nel diritto romano sono state conservate nel diritto tedesco. Nel BGB il regime della responsabilità dotale romano ha suggerito l'adozione della *diligentia quam in suis* come parametro di valutazione dell'adempimento dei coniugi circa gli obblighi che derivano dal loro rapporto (§ 1359) e, sempre nell'ambito del diritto di famiglia, essa è estesa alla responsabilità dei genitori nell'esercizio della loro potestà nei confronti del figlio (§1664). Inoltre in diritto romano la *diligentia quam in suis* era prevista in rapporto alla comproprietà originata anche dal contratto di società e tale previsione è conservata nel BGB circa la responsabilità interna fra i soci (§ 708, e così pure nel Codice svizzero delle obbligazioni al § 538). Sempre nel diritto romano essa era contemplata per la responsabilità del fedecommissario; da qui la previsione nel BGB della *diligentia quam in suis* in rapporto a una figura giuridica che molto si avvicina al fedecommesso universale: l'erede antecedente («Vorerbe») – soggetto che divenuto erede dovrà poi trasferire l'eredità ad altro definito erede del patrimonio ereditario – deve conservare l'eredità secondo questo modello di diligenza (§ 2131). In queste situazioni la funzione attenuativa della *diligentia quam in suis* non si giustifica in applicazione della regola dell'*utilitas contrahentium*, come avviene nel deposito, ma piuttosto in ragione del carattere strettamente personale e familiare di siffatti rapporti improntati al c.d. intuitus personae che induce a valorizzare in tema di responsabilità la dimensione concreta, espressione delle specifiche qualità della persona del debitore scelto.

Vi era, tuttavia, un testo di Celso, D.16.3.32, in cui si menziona la *diligentia quam in suis* a carico del depositario[38], benché nel diritto romano classico la responsabilità del depositario gratuito, proprio nel rispetto del criterio dell'*utilitas contrahentium*, fosse limitata al dolo[39]; ma nella moderna critica romanistica si è ritenuto, a mio avviso con buon fondamento, che la presenza di tale criterio nel pensiero originale del giurista difficilmente si potesse riferire al contratto di deposito, quanto piuttosto alla responsabilità del tutore o eventualmente a quella del fiduciario[40]. Per ironia della sorte, però, fu proprio su tale testo, la celebre *lex quod Nerva*, che gli interpreti medioevali si cimentarono maggiormente al fine di identificare in modo compiuto questo modello di diligenza. Ma questa è una storia che esula dalle mie competenze e dal compito qui affidatomi, tuttavia mi piace chiudere questa mia succinta e rapsodica introduzione al tema della colpa nel diritto romano con una incursione nella tradizione romanistica che tocca l'intimo nesso che lega la *diligentia quam in suis* al tema centrale di questi seminari: la *culpa lata*.

Infatti, fra gli interpreti medioevali si fece presto strada l'idea che la *diligentia quam in suis* della *lex quod Nerva* – così D.16.3.32, era nominato nella lettura dei glossatori – concretasse una forma di *culpa lata*, intesa come presunzione di dolo. La stessa lettera della legge induceva a pensare in tal senso poiché in essa Celso affermava che non era esente da frode (*fraus*) chi adibiva nel deposito una diligenza minore rispetto a quella che si ha per le cose proprie[41]. La *diligentia quam in suis* costituiva, nella sostanza, uno

---

[38] D.16.3.32 (Cels. 11 *dig.*): *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.* («Mi sembra del tutto vero ciò che diceva Nerva e che Proculo non approvava, vale a dire che una colpa alquanto grave corrisponda al dolo. Infatti, anche se taluno non è diligente in quel modo che la natura richiede, non va esente da frode, a meno che tuttavia non presti, con riferimento alla cosa depositata, la cura che è secondo il suo modo di comportarsi; infatti, per tener fede (al contratto) egli non presterà per le cose depositate una diligenza minore che per le proprie»).

[39] Cfr. *supra*, nt. 2.

[40] Per l'analisi dottrinale in questa prospettiva si veda G. Santucci, La *diligentia quam in suis* cit., p. 243 ss.

[41] Diffusamente L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico- comparatistica*, Milano 2006, p. 31 ss. Ma vedi anche U. Agnati, *Il commento di Bartolo da Sassoferrato alla lex quod Nerva (D.16,3,32)*, Torino 2004; G. Santucci, *Diligentia quam in suis e valutazione della responsabilità per colpa «con minor rigore» nel codice civile italiano*, in *Mo-*

strumento di verifica del comportamento fraudolento del depositario che si concretava ogni volta che si accertava una disparità di trattamento fra le cose ricevute in deposito e le proprie. Questa idea si è mostrata persistente nella tradizione giuridica medioevale e moderna e risulta presente anche nei diritti contemporanei. In questa prospettiva, nell'ambito dell'esperienza giuridica italiana. Come esempio ricordo un consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti, per valutare in generale la responsabilità amministrativa (art. 1, co. 1 legge n. 20/1994) per danni erariali dei pubblici operatori che fa riferimento al concetto di colpa grave affermando che «in sostanza, tale colpa (definita dal *Corpus iuris civilis Iustiniani culpa lata*) viene valutata, secondo l'accezione ormai acquisita alla giurisprudenza contabile, con riferimento alla diligenza eventualmente inferiore che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam suis*)»[42], oppure che essa «consiste in un comportamento avventato e di straordinaria negligenza tale da contrastare con quel senso minimo di diligenza che anche i soggetti al di sotto della media sociale sono soliti usare ed inferiore alla diligenza che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam suis*)»[43].

delli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2, Napoli 2006, p. 355 ss.; F. Mercogliano, *Criterio della «diligentia quam in suis» e codici moderni*, in G. Valditara, F. Mercogliano, *Saggi in materia di danno ingiusto* cit., p. 85 ss.

[42] Corte dei conti Sez. I giur. centr., n. 332 del 12 novembre 2001.

[43] Corte dei conti Puglia, n. 452 del 23 maggio 2003. Si vedano anche Corte dei conti, n. 1626 del 7 luglio 2003; Corte dei conti, n. 1104 del 30 novembre 2006; Corte dei conti, n. 305 del 8 maggio 2009.

DOMENICO SCALZO*

IL MOMENTO DELLA COLPA TRA DIRITTO, TEOLOGIA E FILOSOFIA. ALCUNE RIFLESSIONI INTORNO A KARMAN *DI GIORGIO AGAMBEN*

SOMMARIO: 1. Colpa e causa – 2. Colpa e diritto – 3. Colpa e peccato – 4. Colpa e volontà – 5. Colpa e debito

1. Colpa e causa

In un breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto, dal titolo *Karman*, Agamben ha osservato come il nome colpa manchi, nella lingua latina, di un'etimologia[1]. Un'oscurità circa la sua origine che non ha impedito però di definirne il significato. Va da sé che il termine colpa risulta controverso anche rispetto alla sua esperienza e non soltanto per la provenienza del suo nome. In Occidente, la religione, la morale e il diritto si sono contesi la verità del suo significato. Nondimeno è al diritto romano più antico che mi riferisco per introdurre il tema di questo saggio. E ciò perché il momento della colpa ricostruisce un suo passaggio epocale, che più di ogni altro ha determinato la storia universale del diritto, e, attraverso di essa, della cultura dell'intero Occidente. Soltanto in un secondo momento mi rivolgerò ad una tradizione religiosa, certamente di tipo ebraico-cristiano, informata dall'idea della colpa come attributo del soggetto, o, meglio ancora, dall'idea di una colpa originaria dell'uomo, il peccato originario, un'azione che la teologia ha ritenuto essere figlia dell'incredulità in luogo della fede, della rivolta contro il Dio della creazione e della redenzione, della libertà dell'uomo di fare il male. Avverto fin da subito che un'interazione tra la genealogia giuridica e quella religiosa di colpa si imporrà come ne-

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

[1] G. AGAMBEN, *Karman*, Torino 2017, p. 9.

cessaria se si vuole spiegare donde deriva l'idea dell'imputabilità, cioè della responsabilità di un'azione produttrice di conseguenze, ovvero il concetto di volontà, della volontà umana intesa come fondamento dell'azione libera e responsabile.

Sbaglierò. Eppure chi studia il diritto romano non può che osservare come un'istanza essenzialmente allotria provochi nello sviluppo del diritto una discontinuità, la quale fa valere l'idea dell'imputabilità dell'azione rispetto al momento esteriore del fatto. Nelle fonti giustinianee, infatti, colpa ha innanzi tutto il significato generico di imputabilità e indica che un determinato fatto va ricondotto alla sfera giuridica di una persona, che deve sopportarne le conseguenze. Agamben ribadisce, fedele in questo a una tradizione di studi, che *culpa* delinea un concetto generale, accanto al quale se ne sviluppa un altro dal significato più tecnico, nei cui confronti i giuristi concentreranno la loro attenzione, che designa, diversamente dal dolo, dall'intenzione fraudolenta, la negligenza nell'esercizio di un comportamento dovuto, tale per cui la colpa può essere *lata* o *levis*, cioè finisce con il descrivere piuttosto che la responsabilità, una sua limitazione[2]. È tale significato tecnico che pone in questione l'imputabilità dell'azione, la quale, in mancanza di dolo, dà luogo a una minore responsabilità. È la *culpa lata* o *levis* a rendere possibile, in altre parole, l'interrogazione del vincolo che si istituisce tra l'agente e la sua azione, quella corrispondenza che all'origine dell'esperienza giuridica è definita in maniera puramente fattuale, e che ora, invece, viene fondata su di un principio insito nel soggetto che si costituisce in quanto tale come colpevole[3].

Sia la discontinuità che introduce nel diritto la tensione tra interno ed esterno, ovvero la contraddizione che il torto apre nello stesso diritto, tra una violazione consapevole del diritto e l'esistenza oggettiva di una situazione illegittima: una nuova forma di diritto, che non può coincidere con la potenza immediata della vita, così come essa nasce dall'interazione delle individualità nel gruppo, ma deve al contrario presupporre una differenza essenziale tra l'apparenza esteriore e la realtà del diritto. Ecco la colpa spostarsi dall'azione al soggetto, che se ha agito *sciente et volente* ne porta l'intera responsabilità[4]. Tale che senza colpa non vi è responsabilità del fatto, appunto, non vi è cioè obbligazione al risarcimento del danno. Ma se questo

[2] *Ivi*, p. 16.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ivi*, pp. 20-22.

è vero, come non comprendere che in questo semplice principio è contenuta un'intera storia della scienza giuridica? Rudolph von Jhering, l'autore de *La lotta per il diritto*, in un saggio dal titolo *Il momento della colpa nel diritto privato romano* ha osservato come tale passaggio, relativamente alla questione del risarcimento del danno, abbia significato far valere il punto di vista della causalità interna della colpevolezza rispetto al punto di vista della causalità esterna del fatto. Insomma, se per il semplice sguardo esteriore, l'autore, e quindi il responsabile dell'illecito, è colui il quale lo ha effettuato, secondo la dottrina dei giuristi romani, egli è invece colui al quale, in quanto colpevole, può essere attribuito l'illecito[5]. Non è l'agire esterno che obbliga, infatti, ma l'*atto*, vale a dire la causalità dell'illecito nel volere umano, e nemmeno l'atto in quanto tale, bensì soltanto in quanto esso può essere imputato al volere. Senza un tale presupposto, il danno causato dall'uomo ricadrebbe sotto lo stesso punto di vista del danno causato da un evento naturale, come la grandine, le cui conseguenze deve sopportarle chi ne viene colpito: in termini giuridici, esso è un *casus* e non una *causa*[6].

2. Colpa e diritto

Se ora riprendiamo il discorso di Agamben, possiamo raccogliere seriamente l'invito rivolto da *Karman* a pensare il valore liminare della colpa rispetto alla sfera giuridica. Ed interrogarci se essa non sia propriamente un

---

[5] R. von Jhering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, tr. it. di F. Fusillo, Napoli 1990, p. 38. Di von Jhering si legga anche *La lotta pel diritto*, tr. it. di R. Marino, Bari 1925; *Lo scopo nel diritto*, ed. it. a cura di M. G. Losano, Torino 1972. Quest'ultimo citato e discusso in G. Agamben, *Karman* cit.

[6] *Ivi*, pp. 48-54. Circa l'origine etimologica e il significato di *causa*, cfr. G. Agamben, *Karman* cit., pp. 9-15. Anche del nome *causa* l'origine è sconosciuta, non determinabile il senso originario. C'è che *causa* non significa processo, ma ciò che è in questione in un processo, ciò che dà origine alla lite. Come il significato giuridico si è evoluto in quello generale, così che per il latino il passaggio da "l'accusa che dà origine a una lite ed è in questione in essa" a "causa, motivo", è perfettamente spiegabile. Scrive Agamben: «Non si tratta, in verità, di due significati, ma di uno solo: ciò che dà origine alla lite, ciò che è in questione in un diverbio e provoca, per questo, l'intervento del diritto è, più in generale, "ciò che causa"». Ed ancora al modo di una ricapitolazione: «Quando il vocabolo "causa" diventerà – a partire dalla definizione aristotelica dei quattro generi di causa: materiale, formale, efficiente e finale – un termine fondamentale del lessico filosofico e scientifico dell'Occidente, occorrerà non perdere di vista la sua origine giuridica: esso è la "cosa" del diritto, ciò che dà origine a un processo e, in questo modo, implica degli uomini nella sfera della Legge. La prima causa è l'accusa».

concetto giuridico, ma indichi piuttosto la soglia, varcata la quale un certo comportamento diventa imputabile al soggetto che si costituisce come colpevole, cioè a colui che sta nella colpa, ancor prima di aver causato il delitto. Un compito che non ci esime dall'anticipare la tesi del filosofo al riguardo:

«Si tratta di una soglia funesta, perché conduce in una regione dove le nostre azioni e i nostri gesti perdono ogni innocenza e si assoggettano a una potenza estranea: la pena, che significa tanto il prezzo da pagare che una sofferenza di cui non possiamo darci ragione. Come ciò sia potuto accadere, come una mente umana abbia potuto concepire l'idea che le sue azioni potessero renderla colpevole – questa autoaccusa che sembra così trita e scontata, è l'enigma di cui l'umanità deve ancora venire a capo[7]».

Lascio indeterminato se in una fase antica del diritto romano, prima che insorgesse il momento della colpa, l'azione umana fosse realmente innocente, e, in quanto tale, esente e libera da pena. La domanda è un'altra. È l'occhio dell'uomo primitivo incapace di scorgere la colpa e l'innocenza? Forse che il sentimento del diritto dell'uomo primitivo stia interamente sotto il dominio del dolore? Ossia che il torto non sia valutato per la sua causa, ma per il suo effetto, non secondo elementi interni alla persona del reo, ma esclusivamente dal punto di vista dell'offeso? Riprendo in mano il libro di von Jehring e lo leggo alla luce della legge del fine che governa l'intero ambito dell'agire umano. Trasfiguro le sue parole in un'immagine. Vedo una pietra lanciata colpire un uomo. C'è che quell'uomo sente dolore, e che il dolore lo spinge alla vendetta. Non importa alla sua passione se intenzione, errore o caso abbiano guidato la mano. Anche il non colpevole, l'innocente, è colui da cui egli può pretendere l'espiazione[8]. L'antico diritto romano presenta in un chiaro quadro lo stadio del dominio dell'affettività nel diritto che ho appena schizzato: la reciprocità della vita quale principio del diritto, ossia non esiste diritto che possa dirsi assoluto, così come nessuna individualità della vita può esistere di per sé come unità compiuta ed incondizionata. C'è che un'azione violenta reagisce ad un'azione violenta, ad un torto subito. Il diritto non è se non si realizza, cioè se esso non agisce in direzione di ciò che non è. Il diritto non è senza che esso abbia, per così dire, diritto, cioè se non manifesta la sua forza nell'ambito dell'azione che gli è propria,

[7] G. Agamben, *Karman* cit., p. 17.
[8] R. von Jhering, *Il momento della colpa* cit., pp. 9-13.

nei confronti di una persona o di una cosa che appartiene alla sua medesima esistenza, dove e quando il torto introduce una contraddizione nel suo cammino, tale che la forza deve trovare da se stessa la propria realizzazione, farsi giustizia da sé, esercitare il diritto di tutta la comunità, affinché la vita si conservi nella lotta per il diritto. Dove ogni volere deve raggiungere uno scopo, dal momento che non esiste un'azione che ne sia priva, lecito diviene compiere lo stesso atto sulla persona del responsabile, appagare il proprio desiderio di vendetta, considerando soltanto l'effetto subito e non la causa che lo ha provocato.

Proviamo a leggere ora, istruiti, da Agamben, ma come un contro canto della legge del fine di Jehring, che trova il suo senso nella creazione di un soggetto per l'azione umana, la legge delle XII tavole, dove essa recita *si membrum rupsit… talium est*. Ciò significa che la legge non si manifesta semplicemente come la sanzione di un atto trasgressivo, bensì come la ripetizione dello stesso atto senza alcuna sanzione, cioè come lecito. La legge non ha altro fine dalla sua esecuzione sommaria, l'essere insieme giustizia e violenza, cioè congiungere nella sua forza princìpi così scandalosamente antitetici. La conseguenza sarà che la sanzione non è accessoria alla legge, ma che la legge consiste in ultima analisi nella medesima sanzione[9]. Ovvero che l'intero loro rapporto si costituisca come caso d'eccezione[10]. Non la punizione dell'atto, dunque, ma la sua inclusione nell'ordine giuridico, mostra come la violenza sia il fatto giuridico primordiale. A ben guardare, questo significa che la qualificazione della colpa non è altro dalla medesima esecuzione dell'atto. Ossia, che, in definitiva, il fondamentale principio giuridico secondo cui "non vi è pena senza colpa" deve revocarsi in questione, e suonare piuttosto come "non vi è colpa senza pena", in quanto la colpa esiste soltanto in virtù della pena che la sancisce[11]. Ma se questo è vero, se, cioè, prima ancora di evocare la forma che l'azione umana assume quando è imputata e chiamata in causa a rispondere nell'ordine delle responsabilità e del diritto, il crimine descrive, come fosse un destino, il contesto colpevole

---

[9] *Ivi*, pp. 20-21; 28-43. Circa il significato di sanzione, ovvero l'identificazione nella sanzione dell'essenza della norma giuridica, gli studi citati da Agamben sono: É. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni europee*, a cura di M. Liborio, Torino 1976; Y. Thomas, *De la «sanction» et de la «saintité» des lois à Roma. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité*, in Droits 18, 1993, pp. 135-151; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, ed. it. a cura di M. Losano, Torino 1966.

[10] G. Agamben, *Homo sacer*, Torino 1995.

[11] G. Agamben, *Karman* cit.

di ciò che vive, quanto è lontana, allora, dal mistero del processo, l'idea che la colpa sia una garanzia, una garanzia giuridica dell'imputato, di colui che viene incolpato, di una determinata condotta, che colpa sta per causalità, cioè che un tale fatto sia addebitabile appunto a una certa persona, che sia cioè non un fatto altrui, ma un fatto della persona chiamata a risponderne. Dove garanzia significa una limitazione del potere punitivo, una tecnica di difesa del soggetto imputato nei confronti dell'arbitrio punitivo, che altrimenti sarebbe illimitato.

Il punto è il seguente. La colpa non concerne la trasgressione, cioè la determinazione del lecito e dell'illecito, ma la pura vigenza della legge, il suo riferirsi a qualcosa. La colpa, e non la sanzione, è la cifra della cattura della vita nel diritto. Soltanto come *in culpa esse*, la vita si obbliga al diritto, è implicata nella sfera del diritto, entra in relazione con qualcosa che la esclude e che non può assumere integralmente. Agamben rappresenta tale condizione attraverso una figura limite della vita, che egli chiama nuda vita, indicando, con un termine ripreso da Walter Benjamin, la soglia peculiare in cui la vita è inclusa attraverso la propria esclusione dall'ordinamento giuridico[12]. Il filosofo concepisce la nuda vita come l'elemento che, nell'eccezione, è preso fuori dalla struttura di bando della sovranità, al punto da costituirne la sua prestazione sovrana. Benjamin, dunque, la sua idea che il diritto non condanni al castigo, ma alla colpa, e poi Carl Schmitt, che critica la riduzione della colpa a una categoria psicologica, salvo poi correggersi davanti alle conseguenze radicali di una definizione soltanto giuridica del termine, ed affermare che il diritto vede l'essenza del delitto, ciò da cui scaturisce l'accusa, in un determinato processo dell'animo del delinquente, ma non in qualsiasi processo psichico come tale, solo in quello che si è oggettivato esteriormente – Schmitt che considera la colpa, quindi, come separata dal nesso causale che lega l'atto alle sue conseguenze, risiedendo il principio dell'imputazione piuttosto in una cattiva volontà che dal punto di vista del diritto si definisce come la concreta posizione di fini contrari a quelli dell'ordinamento giuridico, da parte di un uomo giuridicamente capace, che possa aver coscienza della contrarietà del dovere – sono gli autori che Agamben cita per argomentare la tesi che la colpa non è originariamente da identificare con l'intenzione e la negligenza, significando essa indipendentemente dalle sue forme codificate, ma che, viceversa, la fondazione della colpa nella volontà del soggetto, ovvero la medesima elaborazione del concetto

[12] G. Agamben, *Homo sacer* cit.

di volontà, sono infatti opera della teologia cristiana, prima di secolarizzarsi nella sfera del diritto e della morale moderna[13]. E ciò perché la tragedia greca e la filosofia classica, diversamente dalla filosofia, dalla morale e dal diritto dei moderni antepongono al primato della volontà l'esistenza della potenza e considerano che l'uomo non è responsabile dei suoi atti perché li ha voluti, ma ne risponde perché ha potuto compierli[14].

3. Colpa e peccato

Per la tradizione ebraico-cristiana colpa vuol dire peccato. Secondo l'etimologia corrente, peccato da *pecco*, rinvia a *pes*, piede, e significa compiere un passo falso. Anche l'ebraico *'hatta*, che esprime nella Bibbia l'idea di peccato, come i vocaboli greci *hamartano* e *hamartia*, che rendono nella Settanta il termine ebraico, e nel Nuovo Testamento significano peccare e peccato, valgono all'inizio, al pari dell'espressione compiere un passo falso, fallire il bersaglio[15]. Soltanto in un secondo momento essi preciseranno il loro contenuto indicando una deviazione dalla via della verità, vale a dire un sottrarsi all'adorazione del vero Dio, cioè il mancare verso Dio e gli altri; non di meno ci vorrà tutto un lavorio teorico ad opera di profeti e teologi affinché il peccato divenga un atto della volontà. Non fu certo un caso se il movimento cristiano al suo apparire non avesse un nome – soltanto ad Antiochia i seguaci di Gesù furono chiamati cristiani – e che ci si rivolgesse ad esso evocando la via. Certo è che espressioni come compiere un passo falso, fallire il bersaglio, nel loro significato etimologico, fanno pensare ad un errore involontario, ossia ad un errare, per dir così, necessario dell'uomo nel suo rapporto con Dio, piuttosto che alla presupposizione di una libera volontà di rivolta al suo comando. *Genesi* evoca nient'altro che questo, l'atto di Adamo ed Eva e le sue dirette conseguenze: mangiare un frutto dall'albero della vita e la rivelazione della loro nudità, cui segue l'allontanamento di entrambi dal giardino, la consegna dell'una alla sofferenza del parto e dell'altro alla necessità della fatica. L'idea che si trae dai documenti biblici, come per le fonti giuridiche

---

[13] G. Agamben, *Karman* cit., pp. 33-34. Cfr. W. Benjamin, *Per la critica della violenza* e *Destino e carattere*, in *Angelus Novus*, ed. it. a cura di R. Solmi, Torino 1962; C. Schmitt, *Über Schuldund Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Breslau 1910.

[14] *Ivi*, pp. 52-72. Cfr. W. Benjamin, *Destino e carattere*, in *Angelus Novus*, Torino 1962, p. 34: «Non è col diritto, ma nella tragedia, che il capo del genio si è sollevato per la prima volta dalla nebbia della colpa, poiché nella tragedia il destino demonico è infranto».

[15] *Ivi*, pp. 24-25.

più antiche, è che peccato mostri ancora una volta la connessione tra un atto e le sue conseguenze, prima ancora che la trasgressione di un comando divino. Ma se questo è vero, allora, chi ritiene che alla violazione del comando segua l'enunciazione di una pena, tale che si possa parlare di una colpa, pone soltanto un'ingiunzione che appare del tutto infondata. E ciò perché il libero arbitrio, la conoscenza del bene e del male, la capacità di dire sì o no, è il frutto impazzito della caduta non la sua ritorta radice.

Una conferma giunge paradossalmente da Paolo quando egli spiega ai Romani come il peccato sia entrato nel mondo, e come, per mezzo del peccato, la morte si sia prorogata a tutti gli uomini. L'idea che il peccato provenga dalla legge, cioè che esso non sia imputabile in quanto colpa da sanzionare, è al centro della critica che l'apostolo delle genti rivolge alla Torah ebraica, alla legge nata con Mosé e che Adamo non poteva conoscere, alla legge che tutti sono incapaci di usare, dalle cui opere nessuna carne umana sarà giustificata di fronte a Dio. Così Paolo scrive:

«Che diremo dunque? Che la legge è peccato? No certamente. Però io non ho conosciuto il peccato se non per la legge, né avrei conosciuto la concupiscenza, se la legge non avesse detto: non desiderare. Prendendo pertanto occasione da questo comandamento, il peccato scatenò in me ogni sorta di desideri. Senza la legge infatti il peccato è morto e io un tempo vivevo senza la legge. Ma soprattutto quel comandamento, il peccato ha preso vita e io sono morto; la legge, che doveva servire per la vita, è diventata per me motivo di morte[16]».

Certo la morte è la suprema legge di questo mondo, la morte è sempre già presente come legge della nostra vita, da quando il peccato, come potenza, trovò ingresso nel mondo dell'uomo, alterando la nostra relazione con Dio, tanto da poter dire che se vi è una salvezza, deve essere la salvezza dalla morte, un "Sì" che toglie quest'ultimo "No", perché se Dio è Dio, egli deve essere il signore vittorioso di quest'ultimo nemico. Non di meno, il testo che abbiamo richiamato evoca la legge come condizione visibile del peccato, la sua economia sorpassata dalla rivelazione quale sorgente

[16] Paolo, *Romani 7,7-10*, in San Paolo, *Lettere*, a cura di G. Barbaglio, Milano 1997. Sulla teologia di Paolo cfr. J. Taubes, *La teologia politica di San Paolo*, tr. it. di P. Dal Santo, Milano 1997. Imprescindibile rimane K. Barth, *L'Epistola ai Romani*, ed. it. a cura di G. Miegge, Milano 1962.

della colpa, perché dando la conoscenza del male, eccita il desiderio della trasgressione, suscita il movimento senza fine della condanna e della punizione. Se il comandamento ha dato vita al peccato, da poter dare la morte, allora legge e peccato si generano l'una dall'altro in un circolo vizioso che diventa un circolo mortale. Come ha scritto Paul Ricoeur, «la colpa rivela così la maledizione di una vita posta sotto la legge. La colpa annuncia un'accusa senza accusatore, un tribunale senza giudice, un verdetto senza autore. La colpa è divenuta quell'infelicità senza ritorno descritta da Kafka, processo come continua auto imputazione senza precetto: la condanna è divenuta dannazione»[17].

Possiamo dir così. Per Paolo è importante la metamorfosi del centro decisionale dell'uomo, mediante la grazia, il dono dello Spirito, il Cristo risorto, in modo che la persona non sia più dominata dal peccato. Ovvero che il dinamismo del peccato sia contrastato e vinto da una nuova potenza positiva e creativa di vita. Paolo chiama spirito tale potenza, effetto dell'azione trasformante dello spirito santo, che crea in noi quello che Ezechiele chiamava cuore nuovo. Spirito che è una percezione contro la sensazione che lui aveva prima della folgorazione, che invece di osservare i comandamenti, voleva significare non fallire il bersaglio. Ecco. Partiti dal senso originario del peccato che indica il passo falso dell'uomo lungo il cammino della salvezza, giungiamo ora a vedere l'altra faccia della medaglia, la salvezza che consiste nel dono fatto all'uomo perché non fallisca il bersaglio della sua vita in quanto persona, comunità, storia, umanità. Mi spiego. Che alla contrazione normativa della legge mosaica nel peccato, alla legge dei comandamenti e delle opere, cioè degli atti compiuti in esecuzione di precetti, corrisponda da parte della fede una ricapitolazione messianica dei medesimi comandamenti nella legge dell'amore, vuol dire che vi è nella legge qualcosa che eccede costitutivamente la norma ed è irriducibile ad essa, pur senza essere fuori dalla legge di Dio[18]. Questa, la scoperta di Agamben. È la legge messianica, in quanto legge della fede, e non semplicemente come negazione della legge, bensì come suo adempimento, ricapitolazione nella figura dell'amore, deposizione dello stato di eccezione della legge e assoluzione dalla propria colpa, il tempo della conoscibilità di un altro uso

[17] P. Ricouer, *Colpa, etica e religione*, in *Il conflitto delle interpretazioni*, tr. it. di R. Balzarotti, F. Botturi, G. Colombo, Milano 1972. Ma sul tema andrebbe discusso Id., *Finitudine e colpa*, tr. it. di M. Girardet, Bologna 1970.

[18] G. Agamben, *Il tempo che resta*, Torino 2000.

possibile del diritto, cioè la verità che muore all'intenzione come l'uomo alla propria volontà, in nome di una vocazione che chiama a nulla e verso nessun luogo, che pertanto coincide con la condizione fattizia in cui ciascuno si trova chiamato, revocandola da cima a fondo, cioè come un'urgenza che lavora e scava dall'interno la colpa nel gesto stesso in cui si mantiene in essa, dimora in essa, come se la colpa non fosse più tale[19].

4. Colpa e volontà

C'è un altro passo della *Lettera ai Romani* che occorre citare per comprendere come sia stato possibile identificare nella volontà il principio di imputazione delle azioni degli uomini. La concezione cristiana della volontà che l'etica e il diritto moderno erediteranno si innesta infatti sull'angosciosa esperienza della scissione della potenza evocata da Paolo nel giro di pensieri in cui la natura stessa della legge, come luce che rischiara lo spirito senza dare la forza interiore, è considerata responsabile del peccato. Dove la legge è strumento del peccato, risveglia il desiderio, ovvero informa il nostro spirito, cioè aggrava la colpa, provocando una trasgressione, cui è possibile rimediare soltanto con un castigo d'ira, di maledizione, di condanna e di morte, l'apostolo scrive:

«Io non riesco a capire neppure ciò che faccio: infatti non quello che voglio io faccio, ma quello che detesto. Ora, se faccio quello che voglio, io riconosco che la legge è buona, quindi non sono più io a farlo, ma il peccato abita in me. Io so infatti che, in me, cioè nella mia carne, non abita il bene, c'è in me il desiderio del bene, ma non la capacità di attuarlo; infatti io non compio il bene che voglio, ma il male che non voglio[20]».

La strategia dei padri della Chiesa comprende un passaggio dalla potenza alla volontà, o piuttosto, come scrive Agamben, un laborioso innesto del concetto di volontà su quello di potenza. Il libero arbitrio non consiste nella capacità di peccare o di non peccare, e non di meno su di esso è fondata la responsabilità del peccato. La volontà libera diviene un dispositivo per assicurare la responsabilità delle azioni umane che assume la forma del comando e della legge. Agostino, che pure sembra spingersi fino all'affer-

[19] *Ivi*, pp. 31-38.
[20] Paolo, *Romani 7, 15-19*, in San Paolo, *op*. cit.

mazione della necessità del peccato, quale condanna che attraversa tutta la massa umana e ricaccia l'uomo nella *natura lapsa*, afferma il proprio concetto di volontà riprendendo la scissione della potenza di cui parla Paolo e trasformandola nel conflitto tra la potenza e la volontà. Quel che in Paolo è concepito come una divisione interna alla potenza, o come una separazione della potenza dall'atto, diviene per Agostino una questione di volontà e di comando. Il soggetto cristiano non è più scisso al proprio interno tragicamente come l'uomo greco, secondo ciò che può fare e non può fare, ma è diviso in virtù della responsabilità di quel che non riesce a fare. Come scrive ancora Agamben: «La volontà interviene a questo punto per sanzionare e governare questa crisi della potenza, trasformando l'inimputabile "non posso" in un peccaminoso "non voglio"»[21]. Perché di questo si tratta: «trasformare un essere che può, qual è essenzialmente l'uomo antico, in un essere che vuole, quale sarà il soggetto che cristiano – ovvero, in altre parole, spostare l'agire umano dalla sfera della potenza (*dynamis*) in quella della volontà»[22].

Va da sé che nella modernità tra colpa e responsabilità non vi è un rapporto di semplice successione oppure di netta opposizione. Quasi che l'etica succedesse alla teologia secondo uno sviluppo di progressiva umanizzazione. La colpa non scompare dall'orizzonte della responsabilità, ne costituisce la necessaria fonte di senso. La secolarizzazione avviene in virtù di una permanenza del nucleo teologico del concetto di colpa all'interno del nuovo lessico della volontà del soggetto moderno[23]. Sarà lo Stato a farsi allora portatore di quelle stesse funzioni di disciplinamento e normalizzazione che la teologia riconosceva in Dio quale fonte del potere assoluto. Con l'incedere della secolarizzazione la colpa finisce, infatti, per essere riassorbita nel diritto positivo. Per Hobbes è colpa, cioè peccato, quello che si sarà fatto, detto o voluto, contro la ragion di stato, cioè contro le leggi. Anche per Spinoza la colpa non è nient'altro che disubbidienza. E Kant coerentemente chiama colpa, distinguendola dal delitto, quella trasgressione, o fatto contrario al dovere, che è involontaria ma allo stesso tempo imputabile[24]. Non di meno, come Schmitt suggerisce, una determinazione giuridica del concetto di colpa, più che nel suo senso materiale, deve essere condotta a partire dal pro-

---

[21] G. Agamben, *Karman* cit., p. 91.
[22] *Ivi*, p. 74.
[23] R. Esposito, *Nove pensieri per la politica*, Bologna 1993, pp. 63-85.
[24] P.P. Portinaro (a cura di), *I concetti del male*, Torino 2002, pp. 53-67.

prio senso formale, quale categoria limite del diritto, riconducendo il senso della questione alla costellazione teologico-giuridica che ne orienta il significato lungo la storia. L'effetto è, però, il ritornare sulla scena del mito della colpevolezza della vita naturale come ciò su cui si esercita il dominio del diritto sul vivente, separando all'interno stesso dell'uomo il portatore destinato della colpa, di cui parla Benjamin, che Agamben riprende in *Homo sacer* e in *Karman*[25]. Una separazione che Benjamin imputa al presupposto di un soggetto sovrano, autonomo e padrone di sé, legittimo, che esercita in maniera violenta il suo potere. Potere come *Gewalt*, e ciò in virtù della sopravvivenza delle forze mitiche del diritto, le quali sono tuttavia messe alla prova, esposte alla loro dissoluzione, quando si esercitano intorno «alla colpevolezza della vita naturale, che affida il vivente, innocente e infelice al castigo che "espia" la sua colpa – e purga anche il colpevole, non però da una colpa, ma dal diritto. Poiché con la nuda vita cessa il dominio del diritto sul vivente»[26].

5. Colpa e debito

C'è che il nostro tempo ha sperimentato come la nuda vita abbia cessato di essere portatrice della colpa, cioè di considerare il suo esporsi come una separazione che passa all'interno delle forme di vita, su cui esercitare violenza, e sia diventata la forza generatrice del potere. Un'altra religione, in luogo della violenza rivoluzionaria, ha dispiegato le sue ali nella modernità – il capitalismo. La colpa è divenuta da categoria giuridica un operatore interno del potere economico. Essa ha compiuto nel commercio del mondo la sua definitiva traduzione in debito rinvigorendo la forza della legge ma demitizzandone al tempo stesso gli effetti. In un frammento coevo dei testi appena citati, Benjamin afferma che nel capitalismo va individuata una religione che risponde all'appagamento delle stesse preoccupazioni, tormenti, inquietudini, cui in passato davano risposta le religioni tradizionali. Una religione cultuale al tempo stesso colpevolizzante e indebitante. Così egli scrive:

«Il capitalismo è, presumibilmente, il primo caso di un culto che non toglie il peccato, ma genera la colpa (*verschuldend*). In ciò questo sistema

[25] G. Agamben, *Karman* cit.
[26] W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, in *Angelus Novus* cit., p. 26.

religioso sta nella caduta di un immenso movimento. Un'immensa coscienza della colpa (*Schuldbewußtsein*), che non sa togliersi il peccato, fa ricorso al culto non per espiare in esso questa colpa, bensì per renderla universale, martellarla nella coscienza e infine e soprattutto includere Dio stesso in questa colpa per infine interessare lui stesso all'espiazione[27]».

Altro che rivolgersi al Padre nostro affinché rimetta i nostri debiti come noi li rimettiamo ai nostri debitori. La preghiera del Signore non ci libera più dal male. Il culto capitalista non cancella i propri debiti ma li rende universali; la sua religione non è il rimedio della colpa, bensì la sua intensificazione. Ovvero il proprio consumo e, quindi, paradossalmente il movimento della sua riproduzione. Colpa come debito diviene allora la questione. Propriamente quanto Nietzsche aveva scoperto circa l'origine della cattiva coscienza nella *Genealogia della morale* quando scrisse che nessuno ha osato immaginare che «quel basilare concetto morale di colpa ha preso origine dal concetto molto materiale di debito, cioè dal rapporto contrattuale tra creditore e debitore, che è tanto antico quanto l'esistenza di soggetti di diritto, e rimanda ancora una volta, dal canto suo, alle forme fondamentali della compera, della vendita, dello scambio, del commercio»[28]. Il discorso ritorna e si chiude sul decreto contenuto nella legislazione romana delle XII tavole. Mi spiego. Nietzsche ha visto il creditore infliggere ogni sorta di tortura e ignominia sul corpo del debitore, tagliarne più di quanto pareva commisurato all'entità del debito, operare precise valutazioni, legittimamente stabilite, delle singole membra e parti del corpo. Ora è davanti a un progresso, una prova della concezione del diritto più libera, più lungimirante nel computo, più romana, appunto. E vuole rendere chiara la logica di tutta questa forma di compensazione. Sia di seguito la sua terribile descrizione:

«L'equivalenza è data dal fatto che al posto di un vantaggio in diretto equilibrio con il danno (al posto dunque di una compensazione in denaro, terra, possessi di qualsivoglia specie) viene concessa al creditore al titolo di rimborso e di compensazione una sorta di *soddisfazione intima* – la soddisfazione di poter scatenare senza alcuno scrupolo la propria potenza su

---

[27] W. Benjamin, *Capitalismo come religione*, in *Sul concetto di storia*, ed. it. a cura di G. Bonola, M. Ranchetti, Torino 1997, p. 284.

[28] F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, ed. it. a cura di M. Montinari, Milano 1984, p. 51.

un essere impotente, la voluttà «*de faire le mal pour le plaisir de le faire*», il piacere di far violenza: piacere che come tale risulta apprezzato in misura tanto più alta quanto più bassa e umile è la condizione del creditore nell'ordinamento della società, e che può facilmente apparirgli come un boccone prelibato, anzi, come pregustazione di un rango più alto. Mediante la pena del debitore il creditore partecipa di un *diritto signorile*: raggiungere altresì finalmente il sentimento esaltante di poter disprezzare e maltrattare un individuo come un «suo inferiore» – o quanto meno nel caso che la vera e propria potestà punitiva, l'applicazione di una pena sia già trapassata all'«autorità», di vederlo disprezzato e maltrattato[29]».

Io non so se nella sfera del diritto delle obbligazioni, il concetto di colpa sia alla sua origine irrorato dal sangue della crudeltà e della sofferenza. Se tale sia l'aria di festa che circonda il diritto di ogni comunità quando esso lotta per la propria potenza. Quel che credo è che il momento della colpa accompagni il tempo in cui la coscienza si rivela il fondamento di una nullità, cioè il luogo in cui l'esserci dell'uomo è gettato, per dirla con Heidegger, nella misura in cui esiste nel mondo e si comprende e si progetta in virtù di una possibilità, cioè dell'essere per la morte, ovvero per la possibilità dell'esistenza che rende ogni altro atto una libertà appassionata, riscattata dalle illusioni del compimento, effettiva e a se stessa certa. Un bene da custodire, di cui aver cura, e ciò perché «l'essere in colpa non è primariamente scaturente da una colpa (*Schuld*), ma al contrario viene primariamente resa possibile 'sul fondamento' di un originario essere in colpa»[30]. Non è forse di questo che parla il più antico detto della filosofia occidentale, la parola prima di Anassimandro intorno all'infinito, dove essa suona: «Le cose fuori da ciò da cui è il nascimento alle cose che sono, peraltro, sono quelle verso cui si sviluppa anche la rovina, secondo ciò che dev'essere: le cose che sono, difatti, subiscono l'una dall'altra punizione e vendetta per la loro ingiustizia, secondo il decreto del Tempo»[31]. Che sia la differenza ontologica, ovvero il suo oblio, la dimenticanza, la vera colpa del pensiero occidentale, ora che

[29] *Ivi*, p. 53.

[30] M. Heidegger, *Essere e tempo*, tr. it. di P. Chiodi, Milano 1976, p. 344.

[31] G. Colli, *La sapienza greca*, V.ii, Milano 1978, p. 155. Cfr. M. Heidegger, *Sentieri interrotti*, tr. it. di P. Chiodi, Firenze 1968. Circa il commento da parte di Heidegger del detto di Anassimandro, cfr. I. Mancini, *Filosofia della prassi*, a cura di M. Cascavilla, Brescia 2018. La questione della colpa e della pena, accanto a quella dell'autorità, è al centro della filosofia del diritto del maestro urbinate.

l'uomo si è impadronito da usurpatore del regno segreto della natura, e la sua rivolta non è più in grado di dire semplicemente che cosa è, di dire che cos'*è* che una cosa *è*, oppure che la colpa sia calata già nell'abisso senza fondo del rapporto in cui l'essere ha fatto accadere l'essenza dell'uomo occidentale, non toglie in alcun modo che il suo momento sia iscritto nella medesima porta carraia dove convengono, contraddicendosi a vicenda, i due sentieri del giorno e della notte, a guisa di una macchia nera proprio sotto al nome della porta, del nome che richiama l'attimo della decisione in cui il coraggio ammazza anche la vertigine in prossimità degli abissi, a volte traendolo in basso verso di esso, assorbendo nel buio del contemporaneo la sua visione e l'enigma[32]. Perché tra la colpa dell'essere e l'innocenza del divenire c'è una segreta solidarietà. L'intima mano della rappresentazione raccoglie il mito e la sua interruzione, destituisce entrambi in un puro gesto. Altro non è il "mezzo puro", ovvero l'uso possibile del diritto, di cui parla Agamben sulle tracce di Benjamin, alla fine di *Karman*, che quel frattempo di spazio, provvisorio e atemporale, localizzato ma non territorializzato, che si apre quando i dispositivi che introducono le azioni umane nella connessione dei fini e dei mezzi, dell'imputazione e della colpa, sono resi inoperosi[33]. Tra le dita rosate dell'aurora del giorno che viene, dopo la notte del mondo, ancor prima che nell'ora dell'ombra più corta, la politica corrisponde alle forme di vita. Là dove il comando della volontà e l'ordine del potere si dislocano nel principio d'anarchia.

[32] F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*, ed. it. a cura di M. Montinari, Milano 1976.
[33] G. Agamben, *Karman* cit., pp. 101-139.

ALESSANDRO SEMPRINI*

INADEMPIMENTI 'EMERGENZIALI': COLPA DEL DEBITORE, INESIGIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE, E NUOVO ART. 3, COMMA 6-BIS, D.L. N. 6/2020

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi – 2. Il nuovo art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, nel contesto civilistico italiano – 3. (*Segue*) L'impatto sull'onere probatorio del debitore – 4. Inadempimenti *emergenziali* e inadempimenti *opportunistici* tra colpa o dolo del debitore – 5. (*Segue*) Sulla inesigibilità della prestazione – 6. La portata 'emozionale' della disposizione. Solidarietà e buona fede: considerazioni conclusive

1. Profili introduttivi

L'impatto dell'emergenza epidemiologica che ha colpito l'Italia (ed il mondo intero) nel 2020 potrà valutarsi solo a distanza di qualche anno. Quello che però può rilevarsi, fin da subito, nell'odierno contesto sociale ed economico italiano, sono le conseguenze delle misure di contenimento e di gestione dell'emergenza, le quali hanno imposto per alcuni mesi la chiusura di tutte le attività commerciali (con esclusione di quelle per l'acquisto di beni di prima necessità) e la sospensione delle attività lavorative in presenza. Siffatte misure hanno alterato l'equilibrio di gran parte dei rapporti contrattuali in corso[1], rendendone più difficile l'adempimento oppure determinandone l'impossibilità delle prestazioni[2]; parimenti, i prolungati effetti

* Università degli Studi di Milano Bicocca.

[1] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.* 5, 2020, pp. 583-584, secondo il quale «le ricadute dell'emergenza sanitaria in atto (sia in quanto tale, sia come premessa all'adozione di provvedimenti normativi di varia natura che sospendano questo o quell'aspetto dell'attività produttiva o di distribuzione) si stanno producendo su una miriade di rapporti contrattuali e sono tali da determinare un effetto economico critico "di sistema", che richiede, a sua volta, soluzioni di sistema».

[2] D'altronde, «se […] l'emergenza impedisce, anzi vieta, azioni e comportamenti aventi una dimensione relazionale, il rapporto obbligatorio non può non risentirne e il le-

della pandemia da Covid-19 hanno protratto tali alterazioni sui contratti in corso, a tempo indefinito.

Come prima risposta all'emergenza, il legislatore è intervenuto con una vera e propria «legislazione di guerra» (nella forma di d.l. e d.p.c.m.)[3], contenente previsioni che, in generale, hanno perseguito due principali obiettivi: da un lato, in una prospettiva fisiologica, il legislatore ha tentato di salvare i rapporti in corso, talvolta consentendo l'adempimento ai relativi obblighi mediante prestazioni alternative (es. voucher, ecc.[4]), talaltra collocando determinati rapporti contrattuali (in particolare, i rapporti bancari[5]) in un vero e proprio «stato di quiescenza»; dall'altro lato, invece, nella inversa prospettiva patologica, il legislatore, con il nuovo art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ha stabilito che, in tutti i casi di inadempimento, dovranno essere sempre valutate le conse-

gislatore dell'emergenza, saggiamente, se n'è accorto»; così A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto Cura-Italia*, in *Contratti*, 2020, p. 214.

[3] Trattasi di produzione normativa qualificata alla stregua di una vera e propria «legislazione di guerra» (sull'argomento, si veda G. D'amico, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *i Contratti* 3, 2020, pp. 253-256; sul «diritto di guerra», quale «diritto vagante di giorno in giorno, incerto come incerti sono il cammino, e le forme e i tempi, dell'invisibile nemico», v. N. Irti, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il sole 24 ore,* 5 maggio 2020, p. 20); tale riferimento, invero, rimanda alla legislazione degli anni della Prima guerra mondiale (v. F. Ferrara, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in *Riv. dir. comm. e del dir. gen. delle obbl.* 16, 1918, pp. 682-714; G. Segrè, *Su alcuni provvedimenti in materie di diritto privato emessi in occasione della guerra*, in *Riv. dir. comm. e delle obbl.* 13, 1915, pp. 773-797; F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, prolusione del 22 novembre 1918, oggi consultabile in Id., *Studi giuridici* II, Roma 1939, pp. 377-403).

[4] Si pensi, ad esempio, all'offerta *forzata* dei *voucher* in luogo dei rimborsi da parte dei vettori e delle agenzie di viaggi (ai sensi dell'art. 88-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modificazioni con l. 24 aprile 2020, n. 27, e successivamente modificato con l. 17 luglio 2020, n. 77, di conversione del d.l. 19 maggio 2020, n. 34).

[5] Si fa riferimento, in particolare, agli artt. 54 e 56 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. con modificazioni con l. 24 aprile 2020, n. 27), con i quali è stata concessa – in presenza di specifici requisiti – rispettivamente: (*a*) alle persone fisiche richiedenti, una moratoria dei pagamenti delle rate dei contratti di mutuo *prima casa*; nonché (*b*) alle imprese, il divieto di revoca delle aperture di credito, una possibile proroga di prestiti non rateali, la sospensione del pagamento di finanziamenti a rimborso rateale, delle rate dei mutui, dei canoni di *leasing*, ecc. Per alcune riflessioni sui contratti bancari nella presente stagione emergenziale, v. A.A. Dolmetta, *Pandemia e contratti pendenti di credito bancario*, in *Riv. dir. civ.* 4, 2020, pp. 796-815.

guenze delle misure di contenimento pandemico (valutazione, peraltro, già desumibile dal quadro normativo vigente, come si vedrà di seguito). È di quest'ultima prospettiva, inerente alla sfera patologica dei rapporti contrattuali in corso, che si occuperà il presente lavoro, nell'ottica di chiarire la linea di demarcazione tra gli inadempimenti *emergenziali*[6] e quelli invece opportunistici, ovvero riconducibili alla colpa o al dolo del debitore.

Le considerazioni che verranno effettuate in questa sede, beninteso, per quanto originate dal nuovo disposto normativo concernente le conseguenze delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza, ambiscono ad una applicazione prolungata nel tempo, per due ordini di ragioni: (*a*) innanzitutto, non è ben chiara la durata di questa «stagione emergenziale» dalle fasi intermittenti, nella quale l'equilibrio dei rapporti contrattuali di durata è posto in uno stato di grave incertezza; (*b*) in secondo luogo, perché le conseguenze giuridiche sui rapporti in corso non sono solamente connesse alle succitate previsioni normative, quanto invece ai più generali effetti della pandemia da Covid-19. A tal fine, si ragionerà anche sui rimedi generali invocabili in presenza di eventi imprevedibili di tal tenore, i quali evocano il ben noto dibattito in materia di «governo delle sopravvenienze» (rispetto al quale è sempre più auspicabile un intervento legislativo in materia di rinegoziazione dei contratti[7]).

---

[6] Si tratta, in sostanza, «di quegli illeciti contrattuali dovuti non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato»; così A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio* cit., p. 214.

[7] Sulla rinegoziazione, *ex multis*, v. P. Gallo, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, agg. VI, 2011, p. 804 ss.; F. Macario, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 2, 2008, p. 1026 ss.; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino 2016, p. 1708 ss.; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004; E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova 2018; F. Benatti, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2, 2020, pp. 198-211. Trattasi di istituto non disciplinato dal legislatore (sebbene oggetto, anche recentemente, di specifica proposta legislativa: si veda, al riguardo, il d.d.l. n. 1151, di delega al Governo per la revisione del codice civile, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro della giustizia, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019). V. inoltre le dirompenti considerazioni effettuate dalla Corte Suprema di Cassazione, Relazione n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, est. S. Leuzzi, M. Acierno, M.R. San Giorgio, Roma 8 luglio 2020, pp. 26-28.

2. Il nuovo art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, nel contesto civilistico italiano

L'analisi in oggetto non può che iniziare dalla «lettera» della disposizione introdotta. In breve, il legislatore, con l'art. 91, comma 1°, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, ha introdotto l'articolo 3, comma 6-*bis*, all'interno del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6[8], il quale dispone che «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tratta, in breve, di previsione normativa dal carattere privatistico, e dotata di applicazione generale, la quale si inserisce nel delicato bilanciamento tra l'inadempimento per colpa del debitore e l'esonero di responsabilità per causa a lui non imputabile[9].

Innanzitutto, a prescindere dalla imprecisa formulazione della rubrica dell'articolo (in quanto eterogenea)[10], il comma 6-*bis* richiama a pieno titolo il concetto di «imputabilità» dell'inadempimento. Infatti, nella prospettiva della disposizione introdotta, è il rispetto delle misure di contenimento

---

[8] Trattasi di d.l., convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dedicato alle misure di contenimento dell'emergenza, le cui disposizioni però sono state quasi integralmente abrogate o riproposte all'interno di un successivo atto normativo; il comma 6-*bis* dell'art. 3, beninteso, continua ad essere perfettamente in vigore.

[9] In altri termini, la disposizione citata offre ai debitori di «andare (temporaneamente) esenti dalla responsabilità risarcitoria nella quale a rigore sarebbero dovuti incorrere ai sensi degli art. 1218 ss. c.c. in ragione del loro inadempimento» (così G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm*. 3, 2020, p. 572).

[10] Sul punto, G. Iorio, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 369, rileva infatti che i primi due commi dell'art. 91 «hanno contenuto eterogeneo (il che avrebbe consigliato una loro sistemazione in articoli distinti): il primo comma si riferisce alla materia dell'inadempimento contrattuale derivante da misure restrittive; il secondo all'anticipazione del prezzo nei contratti pubblici. Al fine di evitare fraintendimenti, dunque, la formula della rubrica dell'articolo 91 avrebbe dovuto essere la seguente: "disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e disposizioni in materia di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici"». *Contra*, G. Federico, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione Giustizia*, 9 aprile 2020.

dell'emergenza pandemica che ha determinato l'inadempimento del debitore e, in quel caso, tale aspetto dovrà esser valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 cod. civ. Si tratta, pertanto, di *factum principis*, nella forma di divieto imposto dalla pubblica autorità, dotato, nel contesto vigente, di un impatto (più o meno rilevante) sulla stragrande maggioranza delle obbligazioni (contrattuali e non)[11].

A seguito dei citati divieti dell'autorità, pertanto, tre sembrano essere le possibili *traiettorie* dei rapporti contrattuali in corso: (*a*) il contratto non subisce significative conseguenze dall'emergenza pandemica, e la prestazione rimane possibile; (*b*) la prestazione contrattuale può essere adempiuta, ma solamente con sforzi notevoli. In questo caso, può acquisire rilievo, da un lato, il concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta (con tutto quanto ne consegue in termini di rimedi sul contratto), oppure, dall'altro lato, il concetto di esigibilità della prestazione, in relazione ad un eventuale bilanciamento con contrapposti ma preminenti interessi[12]; (*c*) la prestazione non può essere adempiuta, temporaneamente o definitivamente, perché concretamente impedita dall'emergenza pandemica o dalle misure di contenimento della stessa[13].

---

[11] Ovvero alle prestazioni di consegnare cose o denaro, alle obbligazioni aventi ad oggetto una attività negoziale, giuridica, ecc.; cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, pp. 575-576. Di tale avviso anche A.A. Dolmetta, *«Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020)*, in *Banca, borsa, titoli di credito* I, 2020, p. 152. Dal punto di vista soggettivo, parimenti, non sembrano esservi peculiari limitazioni.

[12] «L'esito del prescritto bilanciamento, necessariamente in concreto, potrebbe nondimeno condurre ad un giudizio di non proporzionalità, anche economico, tra le prestazioni che esonererebbe (totalmente o parzialmente), in tempi di pandemia, il debitore dalla responsabilità per inadempimento, salvo che il creditore non accetti o non proponga un diverso assetto degli interessi che riconduca giustappunto a proporzione, più che meramente ad equità, le prestazioni dedotte in obbligazione»; così E. Giorgini, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 282. V., sul punto, P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Aa.Vv., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, Napoli 2002, p. 51, secondo il quale «l'eguaglianza, la solidarietà, la ragionevolezza costituiscono da un lato il terreno culturale e normativo costituzionale dal quale trae origine il principio di proporzionalità, dall'altro impongono un atteggiamento negativo verso l'approfittamento dello stato di difficoltà, di bisogno e di necessità e, quindi, verso l'eccessivo squilibrio contrattuale».

[13] Cfr. F. Benatti, *op. cit.*, p. 203.

Lasciando perdere la prima situazione, è evidente come l'evento pandemico e le misure di contenimento correlate costituiscano una sopravvenienza contrattuale[14], in grado di determinare alcuni sconvolgimenti sull'equilibrio originario del rapporto. Siffatte sopravvenienze, sebbene non presentino una disciplina specifica, possono quindi azionare alcune disposizioni codicistiche, tra le quali gli artt. 1218, 1256 e 1463, o l'art. 1467 cod. civ. Le prime, invero, in relazione ad una impossibilità definitiva della prestazione per causa non imputabile, possono determinare l'esonero da responsabilità per risarcimento danni (art. 1218 cod. civ.), l'estinzione dell'obbligazione (ai sensi dell'art. 1256 cod. civ.) e la risoluzione del contratto (art. 1463 cod. civ.); l'ultima (art. 1467 cod. civ.), invece, connessa ad uno scenario in cui la prestazione non è divenuta impossibile ma solamente eccessivamente onerosa, può condurre alla risoluzione del contratto oppure ad una *reductio ad equitatem* (la quale opera però solo su domanda della parte contro la quale è domandata la risoluzione). Al di fuori di tali disposizioni si entra in uno spazio ignoto al diritto positivo, sebbene già oggetto di riflessioni e valutazioni da parte di interpreti ed operatori (v. il concetto di inesigibilità della prestazione, sul quale si tornerà di seguito).

3. (*Segue*) L'impatto sull'onere probatorio del debitore

Chiarito quanto sopra, però, non è ben chiaro come si collochi la nuova disposizione (l'art. 6, comma 3-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) nel quadro normativo esistente. Quello che risulta evidente, *prima facie*, è la difficoltà nel delineare una regola generale (sulle conseguenze pandemiche) applicabile a tutti i contratti; si è visto, infatti, come gli eventi della presente stagione emergenziale possano condurre alle più variegate conseguenze sui rapporti[15], le quali dovranno essere valutate caso per caso. Un solo profilo, invero, sembra aver beneficiato (dalla novella) di una nuova connotazione: trattasi dell'onere probatorio del debitore (in caso di mancato adempimen-

[14] Sulle quali si veda F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *i Contratti* 2, 2020, pp. 129-130.

[15] D'altro canto, «La prestazione contratta prima ma da eseguirsi durante la pandemia può senz'altro risultare impossibile, temporaneamente o definitivamente (art. 1256 c.c.), in tutto o in parte (art. 1258 c.c.), come sempre. Anzi no: non come sempre, ma con un metro di giudizio "pandemico"»; così E. Ferrante, *Pandemia e contratto. alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, pp. 311-312.

to della prestazione), il quale sembra essere stato lievemente attenuato ai sensi del citato art. 3, comma 6-*bis*.

In ossequio alle regole generali già esistenti nel sistema italiano, infatti, per essere esonerato dalla responsabilità derivante da inadempimento ai sensi degli artt. 1218 e 1256 cod. civ., il debitore dovrebbe provare (*a*) l'impossibilità della prestazione e (*b*) che l'impossibilità sopravvenuta è derivata da causa a lui non imputabile (v. un evento straordinario e imprevedibile). In verità, quanto all'impatto dell'art. 1176 cod. civ. sull'inadempimento del debitore, sono numerose le ricostruzioni teorico-pratiche di dottrina e giurisprudenza (sul ruolo della colpa e sulle variabili connesse alla natura della prestazione[16]); quelle sopra citate, però, rimangono le due prove liberatorie che il debitore dovrà fornire per essere esonerato da responsabilità. Ebbene, la disposizione in commento (art. 3, comma 6-*bis*) sembra inserirsi proprio all'interno di tale meccanismo, delineando un onere probatorio più leggero[17]: infatti, «la disposizione eccezionale accerta in via legislativa una causa di forza maggiore [qui fusa, per così dire, col (e nel) *factum principis*], esonerando [il debitore, N.d.A.] dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi (forza maggiore, caso fortuito) che, nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare»[18].

Al riguardo, inoltre, si ritiene che tale *alleggerimento* dell'onere probatorio, per quanto lieve, dovrà applicarsi non solo nel caso in cui (*a*) la prestazione sia da considerare definitivamente o temporaneamente impossibile[19], ma anche in un'ottica di (*b*) attenuazione della accertata responsabilità risarcitoria del debitore. Siffatta lettura estensiva sembra potersi dedurre dalla presenza dell'avverbio «sempre» all'interno della disposizione («il rispetto delle misure di contenimento è sempre valutato ai fini dell'esclusione

---

[16] Per una ricostruzione degli orientamenti e degli argomenti a sostegno delle interpretazioni oggettivistiche oppure soggettivistiche dell'art. 1218 cod. civ., v. G. Iorio, *Corso diritto privato*, 4ª ed., Torino 2020, pp. 295-296. Sul punto, v. anche G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, VII ed., 2016, pp. 1931-1943.

[17] Cfr. G. Iorio, *Gli oneri del debitore* cit., p. 370.

[18] In questi termini, A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio* cit., p. 216. Sulla forza maggiore, v. anche A.A. Dolmetta, *«Misure di contenimento»* cit., pp. 156-157.

[19] La conseguenza sarebbe l'esonero dalla responsabilità di risarcire il creditore per tale inadempimento o ritardo insorto in conseguenza delle misure di contenimento, dalla corresponsione di interessi moratori relativi a questo periodo, o dall'applicazione di clausole penali o di decadenze. Cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 582 ss., il quale però distingue nettamente il perimetro applicativo della impossibilità sopravvenuta e dell'art. 3, comma 6-*bis* in oggetto.

[…]»); questo, in breve, garantirebbe alla previsione un'ampia estensione applicativa. D'altro canto, è bene evidenziare, la norma fa riferimento al solo tema della responsabilità del debitore per l'inadempimento o per il ritardo connesso alle misure pandemiche[20], non venendo minimamente menzionato il profilo relativo alla liberazione del debitore[21] o allo scioglimento del contratto[22]: temi che, di conseguenza, dovranno essere affrontati secondo le regole generali.

4. Inadempimenti *emergenziali* e inadempimenti *opportunistici* tra colpa o dolo del debitore

Il punto di reale interesse, a questo punto, sembra però essere l'individuazione delle prestazioni ricomprese o escluse dal campo di applicazione

[20] L'adempimento, invero, sembra perdurare, essendo solamente posticipato. Sul punto, v. O. Clarizia, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 358: «Cessato lo stato emergenziale, termina, altresì, la "fase di sospensione legale" dell'esecuzione del rapporto obbligatorio […] e il debitore sarà nuovamente tenuto ad adempiere, ferma restando la persistenza dell'interesse del creditore». Quanto ad alcune prime applicazioni del nuovo quadro normativo, si veda: Trib. Rimini, 28 giugno 2020, in tema di escussione di contratti autonomi di garanzia e risoluzione del contratto di affitto di azienda *ex* art. 1467 cod. civ.; Trib. Venezia, 28 luglio 2020, il quale (*a*) ha respinto l'istanza di rilascio per morosità (presentata dal proprietario di un immobile oggetto di locazione non abitativa) e (*b*) sancito che, per il periodo da marzo a maggio, sarà necessario rideterminare l'importo del canone (con invito ad accordarsi); Trib. Roma, 31 luglio 2020, n. 23871, il quale ha giustificato il ritardo statuendo però che il pagamento sarà solamente posticipato (e non escluso); Trib. Frosinone, 7 agosto 2020, n. 9130, il quale ha ordinato il rilascio dell'immobile, in quanto la morosità (nel caso di specie) non riguardava solamente il periodo di *lockdown*; Trib. Roma, 27 agosto 2020, il quale ha accolto la domanda cautelare disponendo la riduzione dei canoni di locazione e la sospensione della garanzia fideiussoria. Sull'obbligo di rinegoziare, inoltre, si veda Corte Suprema di Cassazione, Relazione n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale* cit., pp. 26-28, dove sembra ammettersi l'utilizzo del rimedio di cui all'art. 2932 cod. civ. ai fini della rinegoziazione (non convenzionale) delle condizioni contrattuali.

[21] «L'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto operano soltanto se l'impossibilità perdura fino a quando il debitore non può più essere considerato obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla»; così A. Federico, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 240.

[22] Cfr. A.A. Dolmetta, «*Misure di contenimento*» cit., p. 156.

della disposizione, dato che la norma non esime automaticamente tutti i debitori dall'adempimento[23]: in altri termini, sarà importante valutare se l'inadempimento in esame possa dirsi colposo o doloso oppure non imputabile al debitore. D'altronde, è agevole intuire come, nella stragrande maggioranza degli inadempimenti giustificati dall'emergenza pandemica e dalle misure di contenimento (cd. inadempimenti emergenziali), vi sono stati (e continueranno ad esservi) anche inadempimenti «pretestuosi», non connessi a reali esigenze del debitore, ma invece frutto del comportamento opportunistico di quest'ultimo.

In un'ottica di tal tenore, ad ogni modo, il criterio discriminante sarà sempre lo stretto collegamento tra l'inadempimento in esame e le misure di contenimento dell'emergenza. Quanto a queste, innanzitutto, deve precisarsi che il riferimento alle citate misure dovrà intendersi in senso ampio (ovvero comprensivo anche delle misure di contenimento dei successivi decreti); di converso, infatti, ovvero interpretando in senso letterale la disposizione, ne risulterebbe integralmente esclusa l'applicazione della norma (visto che le misure citate di cui al d.l. 23 febbraio, n. 6, agli artt. 1 e 2, sono state abrogate dall'art. 5, comma 1, lett. a), del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 17).

Nella distinzione tra inadempimenti emergenziali ed inadempimenti opportunistici, pertanto, sarà determinante la dimostrazione del collegamento causale tra le misure di contenimento e il relativo inadempimento[24]. Tale valutazione, però, dovrà essere effettuata dal giudice, con specifico riferimento al caso concreto ed alla situazione emergenziale del momento in

---

[23] Cfr. G. Iorio, *Gli oneri del debitore* cit., p. 373: «In questo senso depone anche il tenore letterale dell'art. 91, comma 1, del d.l. n. 18/2020, secondo cui il rispetto delle misure di contenimento è (sempre) "valutato" ai fini dell'esclusione della responsabilità: il che esclude ogni automatismo in ordine alla decisione che il giudice è chiamato a prendere. Si dovrà valutare, ad esempio, se il debitore (nonostante il rispetto delle misure di contenimento) avrebbe potuto adottare un sistema di comunicazione a distanza in grado di superare l'effetto impeditivo dei provvedimenti restrittivi; il tutto tenendo conto delle caratteristiche e della natura della prestazione da eseguire».

[24] Cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 582, il quale precisa che «al debitore non sarà sufficiente provare che la diffusione della pandemia, in sé e per sé, abbia fatto insorgere ostacoli ed impedimenti particolarmente significativi all'esecuzione della (pur sempre oggettivamene possibile) prestazione dovuta, essendo per contro indispensabile che egli dimostri che la sopravvenienza di siffatti ostacoli ed impedimenti sia causalmente riconducibile ad una (o a più di una) delle misure di contenimento adottate dal Governo e alle ripercussioni derivanti dalla necessità di rispettare ed attuare tali misure di contenimento».

cui si è verificato l'inadempimento. A titolo esemplificativo, sembra corretto escludere dal perimetro della disposizione tutte quelle obbligazioni che, nel rispetto delle misure di contenimento, potevano essere adempiute in maniera differente[25] senza un reale pregiudizio ai diritti del creditore. In termini più precisi, «Se non possono esservi dubbi in ordine alla non imputabilità al debitore né dell'evento pandemia (possibile causa di forza maggiore), né del pari dei provvedimenti anche di natura limitativa delle libertà individuali ed economiche (*factum principis*) occorre comunque valutare se il debitore ha utilizzato la diligenza necessaria, in ragione del singolo caso concreto, per impedire (e/o limitare) il mancato adempimento»[26]. Giocoforza, in un siffatto contesto, ampio risalto dovrà essere attribuito ai canoni di diligenza e buona fede: sarà quindi necessario «[…] verificare se vi sia una diretta incidenza del complesso fenomeno in parola (pandemia e provvedimenti dell'autorità) sull'articolato atteggiarsi della relazione negoziale e, dunque, sul contenuto della prestazione alla luce del canone di diligenza che segna il limite della responsabilità»[27]. Laddove quindi il debitore non si sia adeguatamente adoperato per adempiere siffatta prestazione, è inevitabile individuare una sua colpa[28]; di converso, per il caso in cui vi sia stato un comportamento opportunistico di quest'ultimo (il quale, *sfruttando* la previsione normativa, abbia deciso di non adempiere pur avendone la possibilità), allora potrà ravvisarsi dolo.

Più in particolare, nell'ottica di individuare il collegamento causale tra misure di contenimento e inadempimento, occorre analizzare differenti

---

[25] «Questo può verificarsi, ad esempio, quando il debitore avrebbe potuto, secondo ordinaria diligenza da valutare anche in ragione della natura professionale della prestazione, adempiere nonostante il rispetto della misura di contenimento, […] essendo certamente pacifico che, anche nel regime speciale del comma 6-*bis*, alcune prestazioni, per la loro natura, possono essere normalmente eseguite senza porre in essere comportamenti lesivi delle misure di contenimento (per esempio le obbligazioni pecuniarie, per le quali è sufficiente l'accesso alla rete internet), mentre altre (per es. alcune prestazioni di fare o dare) sono più ostacolate dall'allentamento della libertà di movimento e di interazione con gli altri»; così A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio* cit., p. 215.

[26] In questi termini, condivisibili, E. Giorgini, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 279.

[27] *Ivi*, p. 280.

[28] Non può dunque prescindersi, anche in quest'ottica, da una prova fornita dal debitore «di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti»; in questi termini, Cass., 16 aprile 2009, n. 9026.

scenari[29]. Quanto ai debiti non pecuniari, sarà necessario (per il debitore) dimostrare l'esistenza di ostacoli di tipo materiale (si pensi, ad esempio, alla chiusura del capannone nel quale veniva inscatolato un determinato prodotto, interrompendo una fase fondamentale della produzione), oppure di tipo giuridico (si pensi, invece, a peculiari divieti di esportazione di prodotti divenuti fondamentali nel Paese). In quest'ottica, in verità, tale dimostrazione risulterà agevole, potendo contarsi su una valutazione di tipo oggettivo. Quanto invece ai debiti pecuniari, occorre inevitabilmente porsi in una differente prospettiva. Infatti, pur «nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende […] la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria. Il principio non scalfito rimane quello che nega all'impotenza in questione, sebbene incolpevole, una *vis* liberatoria del debitore dall'obbligazione pecuniaria»[30]; trattasi di considerazioni indiscusse, che evidenziano l'assunto vigente nel nostro ordinamento per cui non può considerarsi oggettivamente impossibile una prestazione pecuniaria. In altri termini, il risultato è che, in quest'ottica, l'eventuale crisi di liquidità del debitore viene a lui imputata quale rischio connesso alla sfera organizzativa individuale.

5. (*Segue*) Sulla inesigibilità della prestazione

La rigidità di tale principio, però, negli anni, è stata messa in discussione, con il sempre più frequente richiamo al concetto di «inesigibilità della prestazione»[31]. A tal proposito, infatti, «sono da seguire le più recenti ri-

---

[29] Cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 582 ss.

[30] Così Corte Suprema di Cassazione, Relazione n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale* cit., p. 7, con una anomala dissertazione di tipo dottrinale sull'impatto delle nuove norme nel sistema.

[31] «Il termine "inesigibilità", mutuato da esperienze giuridiche di altri ordinamenti, si trova adoperato – raramente in giurisprudenza, più spesso in dottrina – per designare la situazione in cui la prestazione, sebbene oggettivamente ancora possibile, non può essere pretesa dal creditore perché, per circostanze sopravvenute non imputabili al debitore, l'esecuzione della stessa è diventata per lui eccessivamente difficile od onerosa, per modo che si giustifica il suo esonero da responsabilità»; così M. Cantillo, *Le obbligazioni*, tomo II, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1992, p. 797. Ad ogni modo, parte della dottrina (*ex multis*, G. Alpa, *Rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 619 ss.; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, p. 395 ss.; M. Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova 1988, p. 381 ss.) valo-

flessioni sul tema che qualificano la richiesta creditoria di adempimento nei termini di inesigibile […] se sopravvenienze non patrimoniali impongano, nel rispetto dei principi costituzionali, che queste prevalgano sugli interessi patrimoniali sottesi all'esatto adempimento tanto da provocare una vicenda modificativa del rapporto obbligatorio non operante su eccezione del debitore e consistente nella sottrazione al creditore della pretesa di adempimento della prestazione principale»[32]. In altri termini, ai sensi della richiamata inesigibilità, il comportamento del debitore (ai fini della sua responsabilità) dovrebbe essere valutato alla luce delle sopravvenienze (e non al mero contenuto dell'obbligo); d'altro canto, in ossequio ai doveri di buona fede e correttezza, sarebbe il creditore a dover tollerare entro certi limiti una prestazione differente (ovvero astenendosi dall'esigere la prestazione del debitore). L'inesigibilità della prestazione, pertanto, non connessa ad inadempimenti oggettivi della prestazione, potrebbe «determinarsi in ragione non solo di preminenti interessi non patrimoniali inerenti alla persona del debitore, ma anche di un pericolo imprevedibile di danno grave ai suoi beni, in particolare alla produttività della sua azienda»[33].

Ebbene, la nuova disposizione di cui all'art. 3, comma 6-*bis*, sopra citata, sembra accogliere una tale impostazione, statuendo un generale esonero dalla responsabilità del debitore laddove l'inadempimento avvenuto sia riconducibile al rispetto delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza. In particolare, deve rilevarsi, nel perimetro della nuova disposizione non possono che ricomprendersi anche le prestazioni pecuniarie[34]. Sia chia-

---

rizza tale concetto come causa autonoma di esonero da responsabilità fondata sulla buona fede; altra parte della dottrina (*ex plurimis*, C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1967, p. 98 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* I, 1965, p. 205), invece, lo collega al massimo sforzo esigibile. Declinato in termini differenti, vi sarebbe quindi impossibilità oggettiva, ma non assoluta, ogniqualvolta l'impedimento alla prestazione non possa essere superato con l'impegno esigibile del debitore nel caso concreto (cfr. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, t. I, Padova 1990, p. 50 ss.).

[32] Così E. Giorgini, *op. cit.*, p. 277. V. anche O. Clarizia, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli 2012, p. 23 ss. e B. Inzitari, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione per l'embargo contro l'Iraq*, in *Nuova giur. civ. comm*. II, 1995, p. 48 ss.

[33] Così L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), *Obbligazioni e negozio*, Scritti II, Milano 2011, p. 332.

[34] Di tale avviso, G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 581. Sul punto, G. Iorio, *Gli oneri del debitore* cit., p. 374, precisa che «si ripete spesso che il creditore, proprio in base alle regole della buona fede oggettiva, non può pretendere dal debitore un impegno oltremodo gravoso

ro però: tale approccio interpretativo non giustifica il mancato pagamento delle rate di qualsiasi debitore, il quale potrebbe potenzialmente di mettere in pericolo (in futuro) le finanze di quest'ultimo. In termini più precisi, non vi sarà alcuna automaticità in tale meccanismo ma, in tutti quei casi in cui occorra ragionare sull'esigibilità della prestazione, sarà necessario valutare in concreto, caso per caso, il bilanciamento degli interessi coinvolti[35], nonché se e come la situazione epidemiologica e le misure di contenimento abbiano influito sulla situazione (reddituale e non) del soggetto. Tentando una ricostruzione sistematica degli scenari[36] si potrebbe dire che: quanto alle persone fisiche, l'adempimento potrebbe ragionevolmente ritenersi non pretendibile laddove sia in grado di esporre il debitore al rischio di non soddisfare esigenze fondamentali della persona e dei propri familiari; quanto alle persone giuridiche, laddove invece sia potenzialmente idoneo a pregiudicare la stessa sopravvivenza dell'ente.

L'applicazione di queste dinamiche contrattuali, in ossequio al nuovo art. 3, comma 6-*bis* ed al concetto di inesigibilità della prestazione, invero, non può ovviamente negarsi in presenza di prestazioni diverse da quelle pecuniarie ora analizzate. Infatti, vi saranno state (e potranno ancora esservi) situazioni in cui l'adempimento della prestazione contrattuale possa determinare la messa in pericolo della propria salute[37] o di quella dei propri cari[38]: in questi casi, «dalla compromissione dell'integrità psico-fisica e,

---

in presenza di circostanze che rendono difficoltosa, in misura eccezionale o smisurata, l'esecuzione della prestazione. Ora, non si vede perché una siffatta applicazione del principio di correttezza e lealtà non possa interessare il tema delle prestazioni pecuniarie. Proprio lo scenario determinato dal Codiv-19 permette di affermare come in determinate fattispecie (che il giudice dovrà attentamente verificare, contemperando gli interessi in gioco) possa ritenersi giustificato il ritardo nell'adempimento delle prestazioni di denaro».

[35] Sul principio di inesigibilità come limite delle pretese creditorie, v., nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19 e Corte cost., 18 marzo 1992, n. 19; nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 30 agosto 2004, n. 17314. Sul punto, v. P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, (1975), rist. Napoli 2019, p. 452 ss.; Id., *L'interesse non patrimoniale e i contratti*, in *Ann. Fac. econ. Benevento* 16, Napoli 2012, p. 39 ss.

[36] Cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, pp. 582-583.

[37] Laddove, ad esempio, le condizioni di lavoro non siano rispettose delle misure indicate dalla legge. Per altri esempi concreti, si rinvia a E. Giorgini, *op. cit.*, pp. 279-280.

[38] «Si pensi al debitore di fare che al momento dell'esecuzione sia affetto da Covid-19 conclamato, dunque in stato non solo di sofferenza psico-fisica, ma anche d'isolamento ospedaliero o domiciliare. Si pensi al conduttore di immobile non abitativo cui per provvedimento dell'autorità sia vietato esercitare l'impresa. Ma si pensi anche al genitore richiamato al

dunque, del più ampio diritto alla salute consegue l'inesigibilità della prestazione»[39]. Anche in questo caso, però, sarà necessaria una attenta analisi, affinché – in relazione al contesto spaziale, temporale, e familiare nel quale la prestazione del debitore è collocata – ne venga evidenziata una sostanziale messa in pericolo del diritto alla salute di quest'ultimo; sarà dunque importante valutare lo stato soggettivo del debitore, con una valutazione *psicologica* per certi versi analoga a quella che viene effettuata in sede di rescissione del contratto (per stato di pericolo), al fine di chiarire se effettivamente la sua inerzia e l'inadempimento correlato derivino da un pericolo attuale e non da una «percezione soggettiva culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità sua o dei suoi collaboratori»[40].

6. La portata 'emozionale' della disposizione. Solidarietà e buona fede: considerazioni conclusive

A questo punto è possibile effettuare alcune considerazioni conclusive. Innanzitutto, deve evidenziarsi come in una stagione emergenziale di tal tenore, è comune per il legislatore intervenire con disposizioni *ad hoc* (un simile approccio, d'altronde, è stato adottato in numerosi Paesi europei[41], con disposizioni dal contenuto talvolta differente; di converso, quanto a modelli extraeuropei, si può segnalare che in Cina è stato l'organismo pubblico Ccpit – *China Council for Promotion of International Trade* ad emet-

lavoro da un giorno all'altro, malgrado la perdurante chiusura delle scuole e degli asili»; in questi termini, E. Ferrante, *op. cit.*, pp. 311-312.

[39] Cfr. E. Giorgini, *op. cit.*, p. 278.

[40] Corte Suprema di Cassazione, Relazione n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale* cit., p. 8.

[41] Si vedano, a titolo esemplificativo: in Germania, l'art. 5 del *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil–, Insolvenz– uns Strafverfahrensrecht* del 27 marzo 2020 (cfr. G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 573; v. anche C. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 586); in Francia, l'*Ordonnance* n° 2020-341 (del 27 marzo 2020) *portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale*, e l'*Ordonnance* n° 2020-316 (del 25 marzo 2020) in materia di *paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de Covid-19*; in Spagna, *Real Decreto-ley* 11/2020 (del 31 marzo 2020), *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19*.

tere certificazioni di forza maggiore, per attestare l'impossibilità di onorare determinate prestazioni contrattuali[42]). Tra i numerosi interventi adottati in Italia, però, alla disposizione di cui all'art. 3, comma 6-*bis* sembra possibile riconoscere un impatto limitato; infatti, ad eccezione della succitata lieve attenuazione dell'onere probatorio del debitore, i medesimi risultati – in una situazione di emergenza pandemica così imprevedibile e virulenta – potevano già essere ottenuti ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.[43] (integrando la pandemia una causa di forza maggiore) e con il ricorso al dibattuto concetto della «inesigibilità della prestazione». Per tali ragioni, appurata la funzione principalmente rassicurante della norma introdotta, sembra preferibile convenire con l'opinione di quella dottrina[44] che attribuisce alla disposizione una portata principalmente «emozionale».

In conclusione, però, quello che può dedursi dalle considerazioni sopra effettuate è l'esigenza di affrontare le conseguenze pandemiche sui contratti nello spettro del principio di buona fede (quale limite di esigibilità della prestazione, nel caso di conflitto con interessi dal valore preminente)[45]. È sì vero che si tratta di clausola generale dal perimetro incerto, la quale confligge inevitabilmente con l'esigenza di certezza del giurista (positivista)[46];

---

[42] Cfr. F. Benatti, *op. cit.*, p. 202.

[43] La stessa Corte Suprema di Cassazione, Relazione n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale* cit., p. 8, chiarisce che la funzione della nuova norma veniva già assolta dall'art. 1218 cod. civ. D'altronde, non sembra potersi escludere che, pur al di fuori del perimetro temporale delle misure di contenimento, un inadempimento correlato alla emergenza pandemica potrebbe egualmente esonerare il debitore dalle conseguenze risarcitorie, in ragione di tutto quanto detto in precedenza sull'impossibilità della prestazione per causa non imputabile, sull'esigibilità dell'adempimento e sul bilanciamento con preminenti valori e diritti in gioco; in questo caso, però, oltre ai principi generali e costituzionali, la norma legittimante tale situazione sarebbe l'articolo 1218 cod. civ. e non l'articolo 6-*bis*, comma 3, potendo giocoforza invocarsi solo la forza maggiore (integrata dalla pandemia) e non il *factum principis* delle misure di contenimento. Sull'utilizzabilità degli ordinari rimedi, cfr. M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 323.

[44] Cfr. G. Iorio, *Gli oneri del debitore* cit., p. 371, 374; D.U. Santuosso, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, in *Il Sole 24 ore*, 26 marzo 2020, p. 25.

[45] Cfr. G. Iorio, *Gli oneri del debitore* cit., pp. 374-375; A. Di Majo, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. Grisi (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli 2014, p. 23 ss.; M. Franzoni, *L'illecito*, I, *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano 2010, p. 1309 ss.

[46] Così E. Ferrante, *op. cit.*, p. 303. Cfr. M. Grondona, *op. cit.*, pp. 323-325.

d'altro canto, però, «meglio di qualsiasi altra norma la clausola generale mette in comunicazione diritto scritto e diritto "vivo"». In un periodo di tale emergenza, pertanto, la buona fede oggettiva ed i generali doveri di solidarietà (di cui all'art. 2 Cost.)[47] dovranno assumere il ruolo di preminenti parametri interpretativi, sia nelle valutazioni sulla inesigibilità della prestazione, sia nella determinazione della linea di demarcazione tra gli inadempimenti emergenziali e gli inadempimenti colposi od opportunistici.

[47] Cfr. A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio* cit., p. 216, il quale inoltre, in Id., *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020)*, in *Revista de Actualidad Juridica Iberoamericana*, Valencia (España) Mayo 2020, p. 273, precisa che «Il diritto civile dell'emergenza, dunque, deve essere orientato con la bussola del principio di solidarietà; se il legislatore non provvede con disposizioni speciali, o se lo fa in modo non sufficiente, oggi l'interprete ha a disposizione tutti gli strumenti ermeneutici per adattare le regole tradizionali allo stato emergenziale, al fine di favorire l'attuazione, a tutti i livelli, di quella reciproca solidarietà tra gli esseri umani che è fondamento, costituzionale ed etico, delle nostre società; si tratta, per concludere, di una delicata operazione di bilanciamento che non deve trascurare le esigenze di sopravvivenza dell'economia, la cui importanza è vitale per la "dignità" della vita di tutti noi». *Contra*, A. Federico, *op. cit.*, p. 238, il quale auspica un intervento legislativo.

ANDREA TRISCIUOGLIO*

OLTRE LA COLPA GRAVE PER IL MAGISTRATUS REI PUBLICAE. *SPUNTI STORICO-COMPARATISTICI SULLA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE PUBBLICO (DAL DIRITTO ROMANO AL DIRITTO ITALIANO ATTUALE)*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. D. 50.8.8 (Ulp. 1 *ad ed. praet.*): i "silenzi" del testo – 3. Le possibili fattispecie implicitamente considerate da Ulpiano – 4. D.50.8.8 nella tradizione romanistica e rispetto alla legislazione italiana: brevi cenni

1. Premessa

La lettura del recente decreto-legge n. 76, c.d. Semplificazioni, approvato dal Consiglio dei Ministri del 6 luglio 2020 e convertito in legge il 10 settembre 2020, offre nuovi stimoli in verità al romanista per sviluppare alcune riflessioni in chiave comparatistica circa i limiti della responsabilità di chi ricopre una posizione pubblica qualora dall'esercizio delle sue funzioni derivi un danno alle casse pubbliche oppure al patrimonio di un terzo; danno, quest'ultimo, che, come è noto, viene di solito risarcito – *ex* art. 28 della Costituzione italiana e in base alla teoria della rappresentanza organica estranea al diritto romano[1] – dall'ente pubblico di appartenenza, che può poi ottenere, in un secondo momento, una forma di ristoro dall'amministratore-agente nell'ambito di un'azione promossa innanzi alla Corte dei Conti. Il confronto diacronico riguarda anche, come vedremo, il criterio soggettivo di responsabilità ed in particolare lo spazio lasciato, ai fini della risarcibilità

* Università degli Studi di Torino.

[1] Cfr. sul punto A. TRISCIUOGLIO, *Le radici romanistiche della responsabilità: aspetti della responsabilità civile e amministrativa del magistrato nell'esperienza romana*, in *Responsabilità civile e amministrazione. Uno studio comparato,* a cura di F. Fracchia, C. Botassi, Napoli 2011, p. 307 e 309; ID., *Consideraciones sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado en la experiencia romana*, in *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano* II, dir. A. Fernández de Buján, Madrid 2013, p. 163 e 166.

del danno, alla rilevanza della *culpa lata* (a cui è dedicata la presente raccolta di scritti promossa da Anna Maria Giomaro, che ringrazio per l'amichevole coinvolgimento) e alla *culpa levis*. Leggiamo dunque il testo normativo.

> CAPO IV. Responsabilità. Art. 21 (Responsabilità erariale).
> 1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: "La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso".
> 2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021 [31 dicembre 2021 nella legge di conversione], la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.

Nel campo della responsabilità amministrativa-contabile il legislatore ha chiaramente inteso assicurare maggiore serenità all'operato (intendo il *facere*) dell'amministratore pubblico, limitando ulteriormente, rispetto alla disciplina previgente, i casi in cui lo stesso è chiamato a rispondere innanzi alla Corte dei Conti: pur *ad tempus* (fino al 31/12/2021), ora il danno causato con un'azione accompagnata dalla colpa grave (anziché dal dolo) non è più risarcibile, mentre si conserva la rilevanza di tale colpa – intesa dalla giurisprudenza come sprezzante trascuratezza dei doveri d'ufficio[2] – in caso di danni erariali derivanti da omissione o da inerzia (*non facere*) del pubblico amministratore[3]. Si accentua così notevolmente, complice anche l'emergenza Covid-19, quel tratto della politica normativa degli ultimi decenni, approvato anche dalla Corte Costituzionale[4], che ha iniziato con escludere dal novero dei criteri soggettivi della imputazione la colpa semplice (*culpa levis*)

---

[2] Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*[19], Milano 2017, p. 676; G. La Rosa et alii, *La responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in *Responsabilità civile* cit., p. 292.

[3] Per un primo commento assai negativo dell'Associazione magistrati della Corte dei Conti v. il quotidiano '*LaVerità*', del 25 agosto 2020, p. 4 s.

[4] Cfr. V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*[2], Milano 2013, p. 372.

per evitare che l'azione amministrativa patisca interruzioni o rallentamenti dovuti al timore del dipendente di incorrere in responsabilità. Sul piano probatorio poi la posizione dello stesso è ulteriormente alleggerita, dato che il procuratore della Corte dei Conti deve provare la presenza del dolo, non solo nella condotta ma anche nella sua proiezione sull'evento dannoso.

2. D. 50.8.8 (Ulp. 1 *ad ed. praet.*): i "silenzi" del testo

Ulpiano è l'autore della celebre definizione di *culpa lata* che, a suo dire, consiste nel non comprendere (e prevedere) ciò che tutti gli uomini sono in grado di capire[5]; ma è anche l'autore di un frammento del Digesto nel quale si sofferma in modo specifico sulla *lata neglegentia* del *magistratus.* I compilatori giustinianei hanno inserito il brano in questione sotto il titolo 50.8 (*De administratione rerum ad civitates pertinentium*), mentre il testo originale era presente nel primo libro del commentario ulpianeo all'editto del pretore. Il frammento così recita:

> D. 50.8.8(6) (Ulp. 1 *ad ed. praet.*): Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam neglegentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent.

La sottile critica interpolazionistica del secolo scorso, diretta a ricostruire il passo nella sua versione originale d'età classica[6], non sembra toccare un punto che anch'io ritengo indiscutibile: Ulpiano sta trattando della respon-

---

[5] Cfr. D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*): "*Lata culpa" est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*; v. anche, di Paolo, D. 50.16.223.pr. Per l'equiparazione del dolo alla *culpa latior* già si erano espressi Nerva e Celso a proposito, con ogni probabilità, del contratto di deposito (D.16.3.32); cfr. in merito L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *RDR* 3, 2003 (ma 2006), spec. p. 42 ss.; G. Santucci, *Diligentia quam in suis*, Trento 2008, p. 73; R.P. Rodríguez Montero, *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica*, Santiago di Compostela 2015, p. 61 s. Per un raccordo tra la definizione ulpianea e il profilo giuridico dei pubblici dipendenti o amministratori in grado di precisare per essi il concetto di colpa grave cfr. V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità* cit., p. 373 ss.

[6] Per una diligente rassegna della dottrina novecentesca richiamata cfr. F. Tuccillo, *Alcune riflessioni sulla responsabilità del magistrato e dell'adsessor. Dolus, diligentia, culpa*, in *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice*, ed. J. Urbanik, Warsaw 2012, p. 260 ss.

sabilità del magistrato municipale – *res publica* indica qui per l'appunto il municipio, la *civitas* – e l'inquadramento giustinianeo del frammento sotto il titolo che abbiamo sopra richiamato pare in effetti un'indiretta conferma[7]. Dunque ogni considerazione palingenetica deve essere circoscritta all'amministrazione locale delle prime decadi del III secolo d.C.

Dal brevissimo frammento, tuttavia, non si evince alcunché circa il tipo di condotta illecita e le caratteristiche dell'azione di responsabilità presumibilmente esperibile nei confronti del *magistratus rei publicae*, né si riscontra in particolare alcun indizio per sostenere che la responsabilità in questione sia riconducibile alla conclusione di un contratto (quale il mutuo, la vendita, la locazione) – responsabilità *ex contractu,* invero, ampiamente attestata per l'età severiana[8] – o da atto illecito non contrattuale. Il testo, a prima vista, ha le apparenze di una generalizzazione giustinianea[9], ma dobbiamo chiederci se Ulpiano, nel III secolo d.C., si riferisse piuttosto ad ipotesi di responsabilità specifiche o, diversamente, avesse già anticipato la possibile scelta dei compilatori di sanzionare ogni illecito magistratuale, laddove fosse normativamente previsto non solo come doloso ma anche come colposo, qualunque fosse la gradazione della *culpa, lata* o *levis* (quest'ultima evocata, alla luce della locuzione comparativa "*hoc amplius"*, dall'espressione *diligentiam debere*[10]). Nel qual caso dovrebbero essere comprese anche le fattispecie coperte dall'*actio ex lege Aquilia*, posto che, in relazione ad esse, lo stesso Ulpiano afferma, da un lato (come è risaputo), che "*et levissima culpa venit*" (D.9.2.44pr.), e considera, d'altro

---

[7] Cfr. F. Tuccillo, *Alcune riflessioni* cit., p. 263 ss.; v. anche B. Sitek, *Responsability of municipal clerks in Roman law by virtue of improper disposal of public financial resources on the example of corn trade*, in *Diritto@Storia* 11, 2013, p. 8 s.

[8] Cfr., per esempio, D. 44.7.35.1 (Paul. 1 *ad ed.*): *In duumviros...etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium*; per la dottrina v. A. Trisciuoglio, *Sull'impersonalità della funzione pubblica nella storia dell'amministrazione romana*, in *Roma e America* 33, 2012, p. 160 s.

[9] O, forse, pregiustinianea; sul punto v. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. G. Nocera), Firenze 1968, spec. p. 356 s.

[10] La *culpa levis* è anche espressamente menzionata nella Glossa accursiana (gl. '*neglegentiam*' *ad* D. 50.8.8): «Alias culpam, scilicet levem, de quo heredes non tenentur, ut supra, de magistratibus conueniendis *l. 'non similiter'* [*scil.* D. 27.8.4]»; su D. 27.8.4 v. *infra*, § 3. Si veda anche il commento del Cuiacio riportato *infra*, nt. 25. Non escluderei, in ogni caso, che con il semplice richiamo alla *diligentia* nel testo si volesse alludere anche a quei casi in cui la *culpa* richiesta come possibile elemento della responsabilità fosse quella c.d. *in concreto* (*diligentia quam suis*); per un'esclusiva considerazione di quest'ultima cfr., invece, B. Sitek, *Responsability* cit., p. 9.

lato, che anche un *magistratus municipalis* possa configurarsi come soggetto agente, richiamando per giunta un'interessante casistica in proposito (D.9.2.29.7[11]). Ulteriore problema poi è se tali, eventuali ipotesi specifiche ulpianee, e i relativi rimedi processuali, fossero quelli previsti negli statuti municipali, nei quali, come sappiamo, venivano punite numerose condotte magistratuali illecite anche attraverso il ricorso all'azione popolare[12]. È ben vero che in tali statuti era ricorrente la formulazione "*sciens dolo malo*"[13] che limitava la responsabilità a contegni di tipo doloso, contrariamente a quanto emerge dal passo in esame. Non è azzardato pensare, tuttavia, che il giurista di Tiro, il quale aveva ben presente il problema del conflitto antinomico tra la *constitutio principis* e la *lex municipalis* e la necessità di risolverlo[14], affermasse in qualche modo l'estensione dei criteri soggettivi della responsabilità, fino ad includervi la colpa semplice, sulla base della legislazione imperiale sopravvenuta, considerata fonte di livello superiore. Il collegamento tra il nostro passo e le previsioni statutarie di illeciti magistratuali avrebbe potuto trarre conforto, in verità, dalla pro-

---

[11] Riporto il testo tratto ancora dal commentario *ad edictum*: «*Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. Nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. Item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. Si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio*»; su di esso v. A. Trisciuoglio, *Consideraciones sobre la responsabilidad* cit., p. 164 e nt. 8. Inoltre, P. Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000, p. 152 e nt. 16; S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di damnum II. I criteri d'imputazione del danno tra lex e interpretatio prudentium*, Napoli 2016, p. 133 s. (con altra lett.).

[12] Con riferimento al danno erariale causato dal magistrato municipale v. A. Trisciuoglio, *Consideraciones sobre la responsabilidad* cit., p. 171 s. Alle azioni popolari accenna Ulpiano nello stesso libro I *ad edictum*: v. D. 47.23.3; D. 47.23.8.

[13] Cfr. specialmente *Lex Malac.* 59; *Lex Irnit.*, capp. 25, 26, 48, 58, 59, 90; ed ora, *Lex Troesm*. (a. 177-180 d.C.), B. cap. 27 (ed. Eck, in *ZPE* 200, 2016, p. 580). Più in generale sulla locuzione "*sciens dolo malo*" cfr. G. MacCormack, «*Sciens dolo malo*», in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* III, Napoli 1984, p. 1445 ss.

[14] Cfr., soprattutto, F. Lamberti, *«Tabulae Irnitanae». Municipalità e «ius romanorum»*, Napoli 1993, p. 249 ss., a commento di D. 50.1.25; inoltre, T. Spagnuolo Vigorita, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli 1996, p. 119; M. Talamanca, *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica* (Atti Congr. Soc. It. St. Dir., Torino, 19-21 novembre 1998), Roma 2001, p. 217 ss.; V. Marotta, *Ulpiano e l'impero* II, Napoli 2004, p. 195 s.

posta palingenetica avanzata dal Lenel di collocare il testo sotto la rubrica edittale '*Ad legem municipalem*'[15], ma sul punto – va ricordato – sopravvenne un ripensamento dell'illustre Autore[16].

3. Le possibili fattispecie implicitamente considerate da Ulpiano

Il tentativo di individuare le condotte illecite non esplicitate nel testo di Ulpiano può muovere opportunamente, credo, dall'esame dei contenuti del suo libro I *ad edictum*, da cui è tratto D.50.8.8, e in particolare da quei brani in cui si allude ad azioni esperibili contro il magistrato municipale, evocando i relativi presupposti. Si delinea al riguardo una duplice possibilità.

In primo luogo quella dell'*actio subsidiaria*, richiamata in D.27.8.6[17], che, in caso di lesione del patrimonio pupillare, spetta (in via sussidiaria) contro il magistrato che abbia nominato per il pupillo un tutore non solvibile, o che abbia omesso di esigere dal tutore nominato la garanzia fideiussoria per la corretta gestione del patrimonio pupillare, o nel caso in cui tale garanzia si riveli insufficiente (nel momento dell'accettazione)[18].

In secondo luogo, secondo la tesi di Rafael Domingo[19], si può ritenere che Ulpiano si riferisse all'azione – è discusso se fosse *in factum* o *ficticia* – richiamata in D.39.2.4.7[20] e prevista per il negligente esercizio del potere,

---

[15] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Roma 2000 (rist.), p. 421.

[16] La formulazione della rubrica viene corretta dal Lenel nella terza edizione dell'Editto perpetuo (*EP* [3], p. 51 nt. 1) con '*De his, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*'; cfr. al riguardo F. Grelle, *I giuristi, il diritto municipale e il Codex Gregorianus*, in Id., *Diritto e società nel mondo romano* (a cura di L. Fanizza), Roma 2005, p. 475 s.

[17] Per il testo v. *infra*, in questo §.

[18] Sull'*actio subsidiaria* cfr. A. Trisciuoglio, *Consideraciones sobre la responsabilidad* cit., p. 167 s., con altra lett.; D. Mantovani, *Il iudicium pecuniae communis. Per l'interpretazione dei capitoli 67-71 della lex Irnitana*, in *Gli Statuti Municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi, E. Gabba, Pavia 2006, p. 328; M. Carbone, *Satisdatio tutoris. Sull'obbligo del tutore di garantire per il patrimonio del pupillo*, Milano 2014, p. 5 e nt. 14, e, diffusamente, 123 ss.; si veda anche *infra*, nt. 30. A proposito del *ius dandi tutoris* del magistrato municipale v. G. Mainino, *Riflessioni intorno al caput XXIX della lex Irnitana*, in *SDHI* 72, 2006, spec. p. 373 ss.; F. Grelle, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in *Gli Statuti Municipali* cit., p. 411 ss.; P. Sciuto, *I limiti alla competenza dei magistrati municipali in materia di datio tutoris*, in *Studi per Giovanni Nicosia* VII, Milano 2007, p. 349 ss.

[19] Cfr. R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*. III. *Palingenesia y Reconstrucción*, Santiago de Compostela 1995, p. 33 ss., 46 ss.

[20] Sempre tratto dal I libro *ad edictum* di Ulpiano*: In eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudi-*

delegato dal pretore al magistrato municipale, di imporre nelle relazioni di vicinato la *cautio damni infecti* e la successiva *missio in possessionem* (*ex primo decreto*)[21].

V'è però una terza possibilità, prospettata con un certo successo in dottrina, che non trova tuttavia una base d'appoggio nella lettura palingenetica del I libro *ad edictum* ulpianeo; essa per la prospettiva storico-comparatistica qui adottata si rivela in verità assai più interessante, posto che non riguarda le relazioni tra il magistrato e i privati danneggiati da suoi provvedimenti od omissioni, ma quelle tra il magistrato e la collettività rappresentata. Mi riferisco alla tesi di chi[22], pensando ad un'interpolazione sostitutiva della classica *custodia* in senso tecnico con il *diligentiam debere* dei giustinianei[23], ritiene che la responsabilità magistratuale di D.50.8.8 sia collegabile alla *cautio pecuniam/rem publicam salvam fore*, cioè a quella promessa di conservare il patrimonio pubblico cittadino che il magistrato doveva prestare, pure con l'intervento di fideiussori, prima dell'ingresso nella carica[24]. L'ille-

---

cium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam.

[21] La delega del potere si giustifica per il fatto che l'ordine di prestare la *cautio damni infecti* e l'immissione nel possesso del fondo del disobbediente sono atti "*magis imperii quam iurisdictionis*"; v. al riguardo D. 2.1.4 (Ulp. 1 *ad ed.*); T. Spagnuolo Vigorita, *«Imperium mixtum». Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index* 18, 1990, p. 115 s.; M.M. Rocca, *I magistrati municipali e l'imperium*, in *Diritto@Storia* 6, 2007; X. Pérez, *La delegación de jurisdicción en el derecho romano*, Madrid 2011, p. 320 s. La delega può provenire anche dal governatore provinciale: cfr. D. 39.2.4.3, sempre tratto dal I libro *ad edictum* di Ulpiano.

[22] Pernice, Solazzi: cfr. F. Tuccillo, *Alcune riflessioni* cit., p. 265 e ntt. 30 e 31; A. Trisciuoglio, *Consideraciones sobre la responsabilidad* cit., p. 173 nt. 38; *adde* B. Sitek, *Responsability* cit., p. 8. Si veda altresì, più recentemente – pur riferendosi impropriamente, a mio giudizio, anche allo 'Stato' (anziché al solo municipio) – L. Kofanov, *La proprietà pubblica e l'interesse privato nel diritto romano antico*, in *Scritti per Alessandro Corbino* IV, a cura di I. Piro, Lecce 2016, p. 106 e nt. 79. Anche la casistica a cui pensa B. Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris 1942, p. 134 s., è riconducibile in fin dei conti al danno erariale: sono le ipotesi di carente assunzione magistratuale di garanzie che il mutuatario di denaro pubblico municipale, o l'erede gravato da fedecommesso in favore del municipio, erano tenuti a fornire. Nella fondamentale opera di Houdoy sul diritto municipale romano (R.J.A. Houdoy, *De la condition et de l'administration des villes chez les Romains*, Paris 1876, p. 538 nt. 26) il passo di Ulpiano è richiamato altresì con riguardo alla responsabilità del funzionario nei confronti della città.

[23] Cfr. spec. S. Solazzi, *Istituti tutelari*, Napoli 1929, p. 139.

[24] *Contra* W. Kunkel, *Rec. a. S. Solazzi, op. cit.*, in *ZSS* 50, 1930, p. 641. Sulla *cautio rem publicam salvam fore* v. recentemente A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano* (rist. emendata), Torino 2017, p. 442 e nt. 24.

cito dunque consisterebbe nella causazione di un danno erariale, ed è questa, tra l'altro, l'interpretazione ampiamente seguita – come vedremo – nella successiva, e anche piuttosto recente, tradizione romanistica. Già il Cuiacio per altro, nel suo commento ai libri di Paolo *ad edictum*, collegava l'opinione ulpianea alla *cautio rem publicam salvam fore* (a cui si allude in D. 50.8.9, Paul. 1 *ad ed. praet.*), ipotizzando che una medesima opinione fosse reperibile altresì nel primo libro del commentario *ad edictum* paolino[25]. Occorre osservare sul punto, tuttavia, che non conserviamo traccia nelle fonti di una specifica *actio* esperibile nei confronti del magistrato municipale sulla base della suddetta *cautio* a motivo del danno provocato al patrimonio cittadino; e forti dubbi sono stati autorevolmente espressi circa un'eventuale promessa, nell'editto del pretore commentato da Ulpiano, di un'azione contro il magistrato *qui rem publicam salvam fore recte caveri non curaverit*[26].

Debbo confessare che, allo stato attuale dell'indagine, mi è difficile riconoscere un'estensione già ulpianea dei criteri di responsabilità (tale da includere, oltre al dolo e alla colpa grave, anche la colpa lieve) a tutti i possibili illeciti (previsti, s'intende, non solo come dolosi ma anche colposi) commessi dai magistrati municipali. Un risultato assai minore, tuttavia, mi pare sostenibile con buon fondamento: Ulpiano, quanto meno, doveva aver pensato alla pregiudizievole nomina dei tutori e all'inadeguata assunzione dei relativi fideiussori sanzionate con l'*actio subsidiaria*[27].

Qualche chiara indicazione in tal senso ci proviene da alcuni brani del *CIC.* che si occupano della trasmissione dell'obbligazione di risarcimento agli eredi dei magistrati nominatori. In un testo di Ulpiano tratto dalle *Disputationes* (D. 27.8.4: *Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi*

---

[25] Cfr. J. Cujacius, *In librum primum Pauli ad edictum*, in *Opera* VI, ed. Pratii 1862², c. 23: «Culpae autem nomine, quam in eo officio gerendo admisit magistratus municipalis, tantum abest, ut Respub. teneatur iis, quibus ea res fraudi fuit, ut in eum magistratum potius, et fidejussores qui pro eo intervenerunt et caverunt Rempub. salvam fore, eo nomine Reipub. experiri liceat, si quid culpa ejus Reipub. nocitum sit. Et huc pertinet ex eod. lib. Pauli *l. 7. de administr. rerum ad civit.* [*scil.* D.50.8.9] cum qua conjungi velim quod proponitur in *l. 6 eod. tit.* ex Ulp. lib. 1. ad edictum [*scil.* D.50.8.8] quod aeque lib. primo annotasse Paulum credibile est, *Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam neglegentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent.* His verbis etiam diligentiam ostendit in administratione Reipub. et levem culpam magistratus municipales debere Reipub. praestare...».

[26] Cfr. O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS* 2, 1881, p. 26.

[27] Più radicale sul punto J. Partsch, *Der ediktale Garantievertrag durch receptum*, in *ZSS* 29, 1908, p. 410 nt. 5, per il quale D.50.8.8 riguarderebbe solamente l'*actio subsidiaria*.

tenentur: nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est)[28] il giurista sottolinea una differenza tra il magistrato e il suo erede in tema di responsabilità colposa fatta valere in sede di *actio subsidiaria*: il primo risponde per "*omne periculum*", ossia oltre la colpa grave e dunque anche per colpa semplice (*neglegentia*)[29]. Il secondo risponde solamente se è ravvisabile (oltre al dolo) la colpa grave – denominata nel testo *culpa proxima (scil.* al dolo) – del *de cuius*. L'opinione ulpianea, che si basa sull'analogia tra magistrato e tutore[30], trova riscontro altresì in un rescritto del 224 d.C. proveniente dalla cancelleria di Alessandro Severo [C.5.75.2 (*Imp. Alexander A. Paterno*): *In heredes magistratus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari*][31].

E in effetti gli illeciti coperti dall'*actio subsidiaria* potevano rivelare una *culpa* del magistrato di diversa gradazione. La lettura di D.27.8.6 (testo,

---

[28] Su tale passo v. *praecipue* G. MacCormack, *Further on periculum*, in *BIDR* 82, 1979, p. 26.

[29] Merita di essere ricordato che '*periculum*', oltre alla sottoposizione al rischio, può richiamare altresì una responsabilità di tipo soggettivo; così, in D. 26.7.39.12 (di Papiniano); cfr. P. Voci, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, in *Iura* 21, 1970, p. 143.

[30] Sul criterio soggettivo di responsabilità del tutore in età classica cfr. specialmente L. Maganzani, *La «diligentia quam suis»* cit., p. 50 ss., e fonti ivi richiamate; *adde* M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 167. L'analogia tra l'estensione della responsabilità del tutore e quella del magistrato nominatore può trovare giustificazione dal punto di vista processuale se si aderisce alla tesi che l'*actio subsidiaria* altro non fosse che un'*actio tutelae utilis*; v. in tal senso P. Bonfante, *Corso di diritto romano* I, Milano 1963, p. 640; ma la natura (*utilis* o *in factum*) dell'*actio subsidiaria* è oggetto di *dissensiones* fin dai tempi dei glossatori e ancora nella più recente dottrina; cfr. in proposito G. Villata Di Renzo, *La tutela. Indagini sulla scuola dei glossatori*, Milano 1975, p. 375 ss.; A. Gómez-Iglesias Casal, *La acción subsidiaria del fragmento argentoratense de Ulpiano*, in *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernandez-Tejero* II, Madrid 1992, p. 273 ss.; F. Grelle, *La datio tutoris dei magistrati* cit., p. 430 e nt. 64. In ogni caso, anche per l'erede del tutore, come per l'erede del magistrato, la responsabilità non va, di solito, oltre la colpa grave del defunto: v. C. 5.54.1 (*Impp. Sev. et Ant. AA. Fusciano*): *Heredes tutoris ob neglegentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit* (a. 197); P. Bonfante, *Corso* cit., p. 640.

[31] Non si evince invece alcuna differenza tra l'estensione della responsabilità del magistrato e quella del suo erede basata sul contegno psicologico del primo da I.1.24.2: *Quae* (*scil. actio subsidiaria*) *quidem tam ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus et in heredes eorum extenditur*.

come già abbiamo ricordato, tratto ancora dal libro I *ad edictum* ulpianeo) mi pare per questo aspetto illuminante.

> D. 27.8.6 (Ulp. I *ad edictum*): Quod ad heredem magistratus pertinet, exstat divi Pii rescriptum causa cognita debere dari actionem[32]: nam magistratus si tanta fuit neglegentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavit et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt[33].

La "*neglegentia*" è "*tanta*", cioè la *culpa* è grave, se il magistrato ha tralasciato del tutto di assumere garanti per la conservazione del patrimonio pupillare affidato al tutore da lui nominato. Nel qual caso è responsabile, al pari del suo erede. Si può poi arguire dal passo inoltre che una *culpa levis* sarebbe ravvisabile quando il magistrato per semplice trascuratezza compie un'errata valutazione della solvibilità dei garanti presentati dal tutore; in questo caso, secondo le regole prima viste, sarebbe responsabile solo il magistrato e non il suo erede. Tale situazione, in ogni caso, – precisa Ulpiano – è ben diversa rispetto ai casi di insolvibilità sopravvenuta dei fideussori per la quale saranno esenti da responsabilità sia l'incolpevole magistrato sia il suo

---

[32] S'intende l'*actio subsidiaria*: v. anche sch. 1 ad B.38.8.4 (BS 2239 = Hb. 3.742); al *rescriptum divi Pii* si accenna anche in Ulp., *lib. II-III Disput., fragm. Argent.*, 3, IIb (*FIRA.* II, p. 311). Ulpiano aveva probabilmente consultato il testo del rescritto in raccolte di testi imperiali, oppure ne aveva appreso i contenuti grazie a citazioni presenti in opere giurisprudenziali di età antonina; v. in proposito T. Honoré, *Ulpian*, *Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002², p. 155 e nt. 371; V. Marotta, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, p. 4 e nt. 4.

[33] Il passo è commentato da R. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, p. 105 s.; G. MacCormack, *Culpa*, in *SDHI* 38, 1972, p. 180 nt. 159; G. Donatuti, *Iustus, Iuste, Iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in *Studi di diritto romano* I, Milano 1976, p. 48; K.P. Müller-Eiselt, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin 1982, p. 212 nt. 250; A. d'Ors, *'Litem suam facere'*, in *SDHI* 48, 1982, p. 385; A. Gómez-Iglesias Casal, *La acción subsidiaria* cit., p. 278 s.; N. Rampazzo, *La «nominatio» e la responsabilità dei magistrati municipali*, in *Index* 39, 2011, p. 360 nt. 10; diffusamente da M. Carbone, *Satisdatio tutoris* cit., p. 136 ss. Si veda anche V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza: compiti e modelli del sapere in Salvio Giuliano*, Milano 1987, p. 74 e nt. 85 (con altra lett.) e F. Tuccillo, *Alcune riflessioni* cit., p. 264 nt. 27.

erede[34]. La chiusa "*Novissime-contrahunt*", che potrebbe riferirsi ancora ad una costituzione di Antonino Pio (soggetto di "*ait*")[35], presenta una nuova ipotesi nella quale è possibile scorgere ancora una condotta gravemente colposa: quella del magistrato che accetta fideiussori, presentati dal tutore nominato, chiaramente (*evidenter*) non solvibili. Ne risponderà, come pure, trattandosi di colpa grave, il suo erede. Qui, per richiamare la definizione di *culpa lata* ulpianea[36], il magistrato non ha inteso quello che tutti sarebbero stati in grado di capire: la manifesta insolvibilità dei fideiussori.

4. D. 50.8.8 nella tradizione romanistica e rispetto alla legislazione italiana: brevi cenni

Come già si è detto, nella tradizione romanistica il passo ulpianeo (così, per lo più, citato: *L. 6 ff. de adm. rer. ad civ. pert.*) è stato preferenzialmente riferito al danno erariale, a quei casi, cioè, in cui il soggetto patrimonialmente leso è da individuare nella *res publica* (cioè, la città). Possiamo dunque dire che, fino all'art. 23 del DPR 10 gennaio 1957, n. 3 (T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato)[37], che ha limitato in generale l'imputabilità della violazione dei diritti dei terzi – imputabilità solitamente fatta valere, come abbiamo detto, dall'ente pubblico in sede di azione c.d. di rivalsa[38] *ex* art. 28 Cost. – al dolo e alla colpa grave del dipendente escludendo la colpa semplice, l'ordinamento italiano si inseriva inequivocabilmente nel solco della tradizione romanistica consolidatasi preferenzialmente in rapporto alla figura di vertice del municipio; mentre, con specifico riguardo agli enti locali, il *terminus ad quem* può essere anticipato

---

[34] Si veda anche sul punto A. Trisciuoglio, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustinianeo e nella tradizione romanistica*, Napoli 2009, p. 111 s. e nt. 61.

[35] Da escludersi, con ogni probabilità, che il soggetto di "*ait*" sia il *praetor* quanto meno per il fatto che nel commentario ulpianeo *ad edictum* (v. D. 27.6.7pr.; D. 39.4.1.6) il pretore viene espressamente nominato dopo "*novissime*" e prima di "*ait*".

[36] Cfr. *supra*, nt. 5.

[37] «È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave...».

[38] Non necessariamente, come è noto, l'esito positivo di tale azione implica un'obbligazione risarcitoria del dipendente corrispondente nel *quantum* alla condanna dell'ente pubblico; sul "potere riduttivo" del giudice contabile e le sue origini storiche v. recentemente P. Patrito, *Il quantum risarcitorio nella giurisdizione ordinaria e in quella contabile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 1 aprile 2019, p. 1126 ss.

al momento dell'approvazione del TULCP, r.d. 3 marzo 1934, n. 383 (ora abrogato)[39]. Concordanti, da questo punto di vista, si rivelano le posizioni dottrinarie di fine '800 orientate ad applicare alla responsabilità del funzionario gli stessi principi del diritto comune (*i.e.* privato) basati sulla *lex Aquilia*[40] e gli interventi legislativi in materia di danno erariale (statale) degli anni '20 e '30 del secolo scorso[41]. La fedeltà alla tradizione romanistica, nel riconoscere anche la rilevanza della *culpa levis* del titolare di un pubblico ufficio ai fini dell'imputabilità, può dirsi definitivamente cessata con l'approvazione della riforma del 1996 (l. n. 639, art. 3 c. 1, lett. *a*) alla legge n.

---

[39] Con l'art. 261 del TULCP già si incominciava ad escludere la colpa semplice o lieve: «Gli amministratori e gli impiegati dei comuni, delle province, e dei consorzi, nonché delle istituzioni amministrate o dipendenti dagli enti predetti, sono responsabili dei danni recati, con dolo o colpa grave, all'ente o ai terzi, verso i quali l'ente stesso debba rispondere». Ricordo che attualmente per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato, secondo l'art. 93 D.Legs. n. 267 (TUEL) del 2000; anche per tale via dunque si conferma il limite della colpa grave per la responsabilità dell'agente pubblico in ambito locale.

[40] V. in proposito S. Francone, *Introduzione al diritto pubblico amministrativo ovvero Prenozioni e principii giuridici dell'amministrazione attiva e contenziosa con speciale riferimento alla legislazione italiana*, Milano 1889, p. 654 ss.; V. Tango, v. '*Corte dei Conti*', in *Digesto Italiano* VIII, Torino 1899-1903, p. 136 nt. 1. Per la più generale tendenza, nell'Italia ottocentesca postunitaria, a seguire modelli privatistici con riguardo ai rapporti in cui è coinvolta la pubblica amministrazione, v. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 1995³, p. 67 s. Già tuttavia verso la fine dell' '800 e nei primi anni del '900 la dottrina incomincia a sostenere che il danno *e publico* necessita di una disciplina speciale; cfr. G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano 1991, p. 472 ss.; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001, p. 394 s.

[41] Il riferimento è alla colpa, senza specificazione della sua gravità, negli artt. 81, c. 1, e 82, c. 1, della legge sulla contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440): «I funzionari amministrativi, incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie delle amministrazioni centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere dei danni che derivino alla amministrazione per loro colpa o negligenza o per la inosservanza degli obblighi loro demandati nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite»; «L'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo». Si legga, inoltre, l'art. 52 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti (r.d. 12 luglio 1934, n. 1214): «I funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte, nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali».

20 del 1994 (art. 1, c. 1)[42] che riguarda più direttamente il danno erariale causato dal dipendente pubblico e giudicato dalla Corte dei Conti.

Se la *Magna Glossa* accursiana non offre particolari conferme circa l'accennata riferibilità al danno erariale di D.50.8.8[43], diverso è il discorso per la legislazione statutaria dei liberi comuni italiani, dove è evidente, più in generale, il recupero della disciplina giustinianea sull'amministrazione delle *civitates*. Lo notava nel 1878 Giulio Guerrazzi, allievo di Saverio Scolari, presentando una memoria in occasione del seminario storico-giuridico dell'Università di Pisa[44]. Il giovane studioso osservava che negli statuti di Lucca, Parma, Verona e Ferrara è ritenuta sufficiente l'omissione, l'imperizia e la negligenza per configurare una responsabilità civile del magistrato, in piena conformità a D.50.8.8(6)[45].

I commentatori delle Pandette inoltre si indirizzano verso un'interpretazione del brano chiaramente orientata sul danno erariale[46]. Se consideria-

---

[42] «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali»; cfr. V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità* cit., p. 369 ss. Per le modifiche ed integrazioni apportate dal recente decreto-legge c.d. Semplificazioni, cfr. *supra*, § 1.

[43] Per il testo cfr. *supra*, nt. 10; la menzione ivi contenuta di D.27.8.4 rimanda piuttosto alla lesione del patrimonio pupillare (cioè di un privato) di cui è responsabile (in via sussidiaria) il magistrato municipale che nomina il tutore.

[44] Cfr. il resoconto del suo maestro in *Relazione intorno agli studi fatti nel Seminario storico giuridico di Pisa durante l'anno 1878*, in *AG* 22, 1879, pp. 468-473. Sull'importanza dei seminari pisani per la cultura pandettistica dell'epoca v. recentemente F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016, p. 61 ss.

[45] Cfr. il resoconto di S. Scolari cit., p. 470. Sul piano metodologico è opportuno tuttavia ricordare la posizione di V. Crescenzi (*Il sindacato degli ufficiali nei comuni medievali italiani*, in *L'educazione giuridica* IV. *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi* t. 1. *Profili storici. La tradizione italiana*, Perugia 1981, p. 438) per il quale nell'esame storico delle disposizioni statutarie dei comuni italiani bisognerebbe muovere dal presupposto di un'originalità delle stesse ed evidenziare poi l'eventuale contributo d'ordine scientifico offerto dai glossatori sulla base dei testi giustinianei.

[46] Cfr., per esempio, G. Voet (1647-1714), *Commento alle Pandette*, vol. VI (versione italiana a cura di A. Bazzarini), Venezia 1840, p. 617 e nt. 6: «Debbono poi siffatti curatori delle cose spettanti ai comuni rispondere del dolo e della colpa lata e lieve che dicesi *diligenza*»; v. inoltre, con citazione di Johannes Balthasar Wernher, la voce '*Verwaltung*', in *Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschafften und Künste* [*Zedler Lexicon*], vol. 48, Leipzig-Halle 1746, p. 125: «Ein Verwalter öffentlicher Güter und Einkünfte ist nur zu ei-

mo in modo specifico la Francia, tale tendenza, che già emerge nell'opera di Jean Domat (1625-1696)[47], è indubbiamente presente in Pothier (1699-1772) che inquadra il nostro passo sotto il titolo: "Dell'obbligo dell'Amministratore della Repubblica *verso la stessa Repubblica*", individuando dunque nella collettività il soggetto danneggiato dalla condotta illecita[48]. Il celebre giurista trova poi un seguace in André Marie Jean Jacques Dupin (1783-1865), il quale, muovendo dalla simiglianza tra il sindaco e il tutore, che richiama l'analogia del diritto romano sopra vista tra il *magistratus municipalis* e il *tutor*[49], si basa anche sul testo ulpianeo per affermare che «Le maire doit administrer *les biens de la commune* en bon père de famille; il répond de dommages-intérêts, qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion» (corsivo mio)[50].

L'analisi qui condotta, pur in modo molto sommario, a partire da D.50.8.8 fino ai recentissimi interventi del legislatore italiano mostra senza dubbio un progressivo allontanamento dalla tradizione giuridica romana formatasi intorno alla figura del magistrato municipale: per quanto riguarda l'incidenza dell'elemento soggettivo sull'imputabilità degli illeciti dannosi commessi nell'esercizio delle funzioni, si è ridotta progressivamente la rilevanza della *culpa*, non solo quella *levis* ma ora anche (pur provvisoriamente e per gli illeciti commissivi) quella *lata,* nella direzione dunque di un'irresponsabilità vieppiù maggiore dell'amministratore pubblico estranea, invero, al diritto giustinianeo basato sul frammento ulpianeo, e all'impiego dot-

---

nem hauswirthlichen Fleisse verbunden, und vertritt also auch nur große und mittelmäßige Versehen. l. 6 ff. *de admin. rer. ad civit. pertin.*[D.50.8.8]».

[47] Cfr. J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, t. I, liv. II, tit. III, sect. II (*Des engagemens des Syndics, et autres preposez*), n. 1 (*Soin des Syndics*), ed. Paris 1723, p. 163: «Ceux qui sont nommez par les Corps et Communautez pour l'administration de leurs affaires, doivent y apporter le même soin, et la même diligence que les Procureurs constituez. Et ils répondent non seulement de leur dol et des fautes grossieres, mais aussi des fautes contraires à ce soin» (con citazione di D.50.8.8 in nt. a); v. anche J.-L. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime: le contentieux des communautés de Provence*, Paris 1976, p. 430.

[48] Cfr. R.J. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano*, vol. VIII, sub *Lib. L Pand., tit. VIII de admin. rer. ad civ. pert*., art. III, ed. Venezia 1830, p. 798.

[49] E, parallelamente, tra la città (*res publica*) e la pupilla: v. in merito A. Trisciuoglio, *Usi privati di luoghi pubblici cittadini. Problemi attuali e soluzioni giuridiche di Roma antica,* in *La città si-cura* (Atti del Convegno, Torino, 6 maggio 2016), a cura di M. Borrello, G. Ruggiero, Napoli 2017, p. 171 s. e nt. 4; *adde* J.-L. Mestre, *Un droit administratif* cit., p. 429 s., 436 s., 510 s., 536; V. Crescenzi, *Il sindacato degli ufficiali* cit., p. 386 s., 455 ss.

[50] Cfr. A.M.J.J. Dupin, *Lois de communes* I, Paris 1823, p. 129 e nt. 1.

trinario dello stesso riscontrabile nella successiva tradizione romanistica. Se si vuole rintracciare nella cultura storico-giuridica un antecedente di tale orientamento recentemente consolidatosi in Italia, esso può essere individuato nella tarda tradizione canonistica, per la quale l'esigenza di assicurare la copertura di importanti *officia* (non solo quelli considerabili pubblici) poteva essere soddisfatta grazie anche ad una posizione meno rigorosa rispetto alla componente psicologica dell'illecito[51].

[51] Cfr., sulla base del pensiero teologico-giuridico della Seconda Scolastica, F.L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica*, vol. II, sub voce '*Culpa*', n. 11, (ed. Venetiis 1782, p. 591): «Sic etiam si nulla intervenerit culpa theologica, ordinarie non est obligatio in conscientia ante sententiam Judicis compensandi damna quae quis causat in officio v.g. Tutoris, Consiliarii, Confessarii, Professoris, Judicis, Advocati, Procuratoris, Medici, Chirurgi, Pharmacopolae, etc. … Et ratio est, quia admittentes ejusmodi officium, vel curam, ordinarie non intendunt se obligare ad culpam juridicam levissimam, aut levem, sed tantum ad communem diligentiam, et circumspectionem, cavendo dolum, aut culpam latam, quae conjuncta sit cum culpa theologica, et non aliter; alias si in conscientia censerentur ipsi tales obligari, nullus reperiretur, qui vellet similia officia tanto onere assumere»; v. sul testo G.P. Massetto, v. '*Responsabilità extracontrattuale* (*dir. interm.*)', in *ED* 39, 1988, p. 1135 nt. 331.

INDICE GENERALE – anno LXXXVII 2020
Nuova Serie A – n. 71

Ulrico Agnati, *Il censore e il centurione. Considerazioni sugli assetti fondiari collettivi*, I-II, 393

Ulrico Agnati, *La* culpa latior *di Celso, la* culpa lata *dei Glossatori e il* dolus praesumptus *di Bartolo da Sassoferrato*, III-IV, 429

Cecilia Ascani, *L'evoluzione della colpa nel campo della responsabilità dei sanitari. Il regno delle c.d. sfumature intermedie*, III-IV, 463

Maria Luisa Biccari, *L'approvvigionamento granario di Roma in età tardoimperiale: il ruolo del* praefectus annonae, I-II, 343

Maria Luisa Biccari, *Colpa grave nel diritto penale e criminale romano: riflessioni a margine della lettura dei* libri terribiles *del Digesto*, III-IV, 481

Roberta S. Bonini, *La responsabilità civile nel settore agro-alimentare*, I-II, 237

Luigi Capogrossi Colognesi, *I tempi lunghi del paesaggio agrario nell'Italia Romana*, I-II, 23

Marco Cassiani, *Il risveglio della colpa*, III-IV, 501

Alessandra Coen, *Il consumo del farro e dei cereali in ambiente etrusco-italico e nel Piceno in età preromana*, I-II, 87

Roberto M. Danese, *Ma i Romani mangiavano come Trimalcione?*, I-II, 167

Roberta De Bellis, *Il farro nella nutrizione umana*, I-II, 265

Iole Fargnoli, 'Quod ex terra … natum'. *L'eco del consumo di cereali in età classica nella voce legislativa dei prezzi*, I-II, 221

Massimo Fiorani, *Il Farro: la nostra storia, la nostra passione*, I-II, 257

Anna Maria Giomaro, *Introduzione al Convegno «Il Farro e i Cereali. Storia Diritto Attualità»*, I-II, 7

Anna Maria Giomaro, *Pagina introduttiva*, III-IV, 425

Anna Maria Giomaro, *Breve rassegna di* 'culpa lata' *e 'colpa grave'*, III-IV, 533

Giovanna Giomaro, *Curiosità botaniche: il farro cereale senza tempo*, I-II, 109

Giovanni B. Girolomoni, *Perché biologico*, I-II, 215

Paola Lambrini, *Il paradosso del dolo colposo*, III-IV, 579

Rossella Laurendi, *Aspetti giuridici dell'approvvigionamento cerealicolo di alcune poleis in Grecia, Sicilia e Magna Grecia*, I-II, 43

Vincenzo Maidani, *Il ruolo dei corpi intermedi nella valorizzazione dei territori e nel percorso verso la sostenibilità economica, sociale e ambientale. Il caso di Slow Food*, I-II, 157

Angelo Marinaccio, *Rilevanza del diritto agrario e del diritto alimentare per il settore dei cereali*, I-II, 385

Oscar Mei, *Le Marche settentrionali all'alba della romanizzazione: conquista e pianificazione territoriale*, I-II, 275

Carlo Pelloso, *La 'latitudine' della* culpa *e l'*utilitas contrahentium. *Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche*, III-IV, 595

Valeria Pierfelici, *La* culpa lata *nel diritto sammarinese*, III-IV, 623

Stefania Pietrini, *La* culpa lata *nelle costituzioni del* Codex *giustinianeo*, III-IV, 657

Isabella Piro, *Tra le pieghe dell'arcaica* confarreatio. *Il rituale del farro e la sua simbologia*, I-II, 119

Salvatore Puliatti, Omnem operam et laborem sine dolo et sine ulla fraude… suscepturum esse: *sulla responsabilità dei funzionari in età tardoimperiale*, III-IV, 679

Mariagrazia Rizzi, ᾽Επὶ χθονὶ σῖτον ἔδοντες. *Consumo e approvvigionamento cerealicolo nell'Atene classica*, I-II, 63

Edoardo Alberto Rossi, *Spunti problematici in tema di rilevanza della colpa nel diritto internazionale privato*, III-V, 699

Patrizia Santi, *Evoluzione tecnologica e provenienza di macine frumentarie in pietra lavica: dall'età fenicio-punica all'impero romano*, I-II, 197

Gianni Santucci, *La colpa nel diritto romano. Minime note introduttive*, III-IV, 717

Domenico Scalzo, *Il momento della colpa tra diritto, teologia e filosofia. Alcune riflessioni intorno a* Karman *di Giorgio Agamben*, III-IV, 743

Leila Segoni, *Il farro: alimento antico e salutare*, I-II, 81

Alessandro Semprini, *Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, D.L. N. 6/2020*, III-IV, 759

Gaetano Sinatti, *Agricoltura e globalizzazione: tendenze e conseguenze*, I-II, 365

Andrea Trisciuoglio, *Oltre la colpa grave per il* magistratus rei publicae. *Spunti storico-comparatistici sulla responsabilità dell'amministratore pubblico (dal diritto romano al diritto italiano attuale)*, III-IV, 775

Filippo Venturini, *Ville, fattorie e produzione agricola lungo la Flaminia in epoca romana*, I-II, 309

Elena Viganò, Filippo Fiume Fagioli, Simonetta de Leo, *Il farro: nuove sfide per un cereale antico*, I-II, 185

Con l'invio di un articolo alla Redazione, l'Autore esprime il consenso
a sottoporre il testo a valutazione preliminare. Salvo esplicita richiesta in tal senso,
che sarà puntualmente assolta, per il resto la Redazione si riserva di decidere se e quali
contributi sottoporre a referaggio con il sistema del double blind peer review.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2021
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna