

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 sguardi 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 contrattuale¹ 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 contrabentium*)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 giustiniano*, 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 klassischen 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 contrabentium' 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 contrabentium'. 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 Jahrhundert 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 giustiniana, 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 lecito⁴.

Il secondo, la cui paternità è sempre ulpiana (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 comodato⁵, 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 responsabilità⁶.

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 communitio 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 dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, 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 fede⁷.

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 contingit 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 contingit 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 sinallagmatiche⁹, non in quella degli *Aurea* quali atti leciti almeno bilaterali¹⁰, bensì in quella ampia e generica di semplici atti leciti produttivi di *obligatio*, quale si rinviene nelle Istituzioni di Gaio¹¹, 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 depositario¹⁴; 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 soddisfazione dell’interesse creditorio, documenti 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'inadempimento¹⁵ 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 comodatario¹⁶.

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 diritto¹⁷, 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 giustiniana), 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 σπουδαῖος¹⁸. 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 custodia¹⁹. 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 oramai 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 esplicitare 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 giustiniano: 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 considerazione²⁰: 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 § 6²¹ e, più avanti, nel § 9²² 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 vincus 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 commodaveris, 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 commodaveris 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 Me-la 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 comodato 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 schiavi²⁹). Infine, il sostrato classico riemerge dal testo ulpiano 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 incontrovertita – 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 comodato* 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 competit.*

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 imputazione³³. 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 culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotibus 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 sprovvisto, abbia potuto scendere così in basso³⁴: 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 ulpiano 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*

infirmas 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 ἐπιμέλεια³⁸, 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 perdidit, 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 giustiniano, 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 responsabilità⁴².

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 approfondire 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 comodante⁴³.

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 negligentia*.

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 evento⁴⁴. 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 patrimoniale⁴⁵.

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. VOGLI, '*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 negligente⁴⁶. 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 negligentia*⁴⁷. Privata 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 negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen negligentiam 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 sostanzia 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 negligentia*? È quest'ultima, senza ombra di dubbio, un difetto di intellesione 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 capire⁵⁰. 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'adempire male o nel non adempire 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 'Vorstatz'). 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 negligentia, 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 Labeone⁵¹) 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 doloso⁵³.

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 dolo⁵⁴ (invero, ancora il solo criterio rile-

⁵¹ D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compositum 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 latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*

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 intelligenza. Se è infatti conforme all'ottica classica dell'*utilitas contrabentium* – come già parrebbe emergere da Cicerone⁵⁶ – 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 nocimento 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'apatito 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 emeris, 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 restitutum.

⁵⁵ Cfr. Coll. 10.2.3; ma v. D. 50.17.23. Nei testi giustiniani 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 admisisset 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 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 in 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, fundamentalmente, 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 stolidità – benché non abietta – 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 parametrava 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 abietto 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 risponde⁶⁴.

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 applicazione⁶⁵ – 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 in suis* quale forma di attenuazione della responsabilità per colpa. Cfr., inoltre, W. SELB, *Das Problem des relativen «dolus» in D. 16.3.32*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1964, p. 1173 ss., nonché F. SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino*, in *BI-DR* 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 *praestare 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 innovativamente⁶⁷.

qui utendum exceperit, sane quidam exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantum 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 negligentiae 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 negligentiae, 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, costituisca 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 *negligentia* 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 *negligentia 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 colpa⁶⁸, 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.