

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’obligato 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* rilevverebbe 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 si sia 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 neppure 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 caso⁸.

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 un'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 ricavano: "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 fundamentalmente 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 responsabilità¹². La *culpa* si presenta, pertanto, articolata in generi e gradi, a seconda della *diligentia* (da intendersi quale impegno dovuto) richiesta al debitore nell'adempimento¹³, 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. BIROCCI, 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 fundamentalmente 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 I. 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 excellentes 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 fanno (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 fanno, 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, per i 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'imprudenza¹⁹.

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 aquiliana²⁰, 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 anti-tetica 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 omittit, sed non providit id quod diligens paterfamilias providisset, ne damnum contingeret", 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 Pandettistica²¹, 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 legge²³.

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 extrastatuale²⁴. 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 giustiniano, 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 giustiniana, 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 tractatum* 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 fonti³¹: 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 decisis*; 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 economica³³. 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 protetto³⁵.

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 risoltrice 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 Zweck 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 giustiniano: “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 inconse, 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 giustiniano. In Azzone 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 *vestmentum* (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 giustiniana – 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 Betti⁴¹ 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’ per 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, accettata, 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 Sali-ceto, 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, attenda 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 giustiniano “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 giustiniano, 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 antiggiuridica 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. Damni 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 giustiniana 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 iurisprudencia*, 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 circumspeditionis, quam homines diligentes, vel diligentiores, vel saltem diligentissimi talis status, et conditionis adhibere solent, potest caveri diligentia et circumspeditione 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 nnt. 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 *culpa 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 par. 2, 13 par. 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 riparare⁵³.

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 culpa etiam nomine teneri. [...] Culpa 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 neminem 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 lievissima 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 negligentia 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 compete 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 omisiva equivalente a quella commissiva⁵⁷.

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’irrelevanza 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 equitativa⁶¹, 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 tractatum*, 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 difficoltà⁶⁴, 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 stessa⁶⁵, ed in tal caso prevale l'elemento della negligenza, oltre all'imperizia, essendo la tecnica operatoria adottata sconsigliata, proprio per il rischio della verifica 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 manipolazioni⁶⁶, 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 prescrizionali⁶⁸.

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 legge⁶⁹, 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'adempire 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 XII⁷² 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 domanda⁷⁶.

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 operativo, 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.