

STEFANIA PIETRINI*

LA CULPA LATA NELLE COSTITUZIONI DEL CODEX
GIUSTINIANEO

1.

Dallo spoglio delle costituzioni imperiali conservate nel *Codex* del VI secolo risulta che in sette di esse si trova un richiamo alla figura della *culpa lata*, un criterio di imputabilità che, al pari del dolo, segue un principio di responsabilità soggettiva. Per dirlo con le parole di de Robertis «si tratta di una trascuranza così grave da rendere perplessi sul punto se non ci fosse stato al fondo l'intento di sottrarsi agli obblighi assunti»¹.

Mentre talvolta tale criterio sembra svolgere un ruolo di attenuazione della responsabilità del debitore (in rapporto a situazioni in cui si prevedeva una responsabilità per mera *culpa*), talaltra esso pare utilizzato per aumentarla (rispetto a ipotesi che la circoscrivevano al dolo). Le rammentate *leges* imperiali sono tutte pubblicate nel centinaio d'anni che va dal regno di Settimio Severo al governo diocleziano.

In questi provvedimenti normativi quel criterio di imputabilità al debitore dell'inadempimento concerne rapporti di buona fede che riguardano, in particolare, istituti extra contrattuali complessi come la tutela (ma anche la curatela) o la gestione spontanea degli affari di un impubere o di un minore.

Le diverse citazioni della *culpa lata* che in quelli ricorrono sono state in tempi e modi diversi sospettate da taluno di non autenticità. Ai fini dello svolgimento del tema che mi è stato affidato non sembri allora inopportuno un attento riesame di quelle testimonianze legislative, volto a chiarire caso

* Università degli Studi di Siena.

¹ F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione I*, Bari 1983, p. 269 nt. 169.

per caso, da un lato la portata semantica di quella espressione, dall'altro la verosimile genuinità o viceversa la natura insitica di essa.

2.

Quattro delle sette *constitutiones* imperiali appartengono all'età severiana, occupando il torno d'anni che va dal 197 al 224/225.

Collocata quale prima costituzione del titolo *De heredibus tutorum* C. 5.54.1 del 10 marzo del 197 è un rescritto di Settimio Severo e Antonino, indirizzato a Fusciano²:

C. 5.54.1: Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpaе comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit³.

Sebbene non siano mancati dubbi sulla autenticità del riferimento alla *culpa lata* nessuno degli argomenti addotti, da una dottrina pur autorevole, pare di una qualche seria consistenza⁴.

Allo stesso modo non pare fondata la contestazione della genuinità del termine *neglegentia*, per il solo fatto che il testo non chiarisce se la tra-

² Su tale rescritto e su un eventuale lucro *ex tutela* F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari 1960, pp. 168-176.

³ Una moderna traduzione francese del testo di questo rescritto è ora in J.P. CORIAT, *Le constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère. I. Constitutions datées de la première période du règne (juin 193 – automne 197 ap. J.-C.) et constitutions non datées de Septime Sévère cité comme seul auteur de la décision J-C*, Roma 2014, p. 158.

⁴ Si vedano, fra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958, p. 56; M. KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsstand im römischen Recht*, München 1968, p. 77 e nt. 2, ove è altra letteratura. Allo stesso modo è stata sospettata la chiusa *neque-sit*. Già per A. DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR* 18, 1906, p. 270 nt. 1, il testo sarebbe rimaneggiato in quanto gli eredi del tutore risponderebbero di ogni grado di colpa del tutore, espresso nel termine *neglegentia*, che diversamente dalla locuzione *culpa lata*, inserita dai giustinianeî, si sarebbe viceversa trovato già nel testo originale; ma gli argomenti addotti sono senza peso alcuno, limitandosi a critiche alla forma dell'esposizione. A favore dell'interpolazione anche G. ROTONDI, *La responsabilità dell'heres tutoris per fatto del suo autore*, in *BIDR* 24, 1911, p. 56 e nt. 3, ove rimanda alla conforme opinione di Krüger. Una rassegna degli autori che sospettano tale intervento è anche in G. MACCORMACK, *The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *Irish Jurist* 5.2, 1970, p. 389 nt. 71, che a ragione sottolinea come esso sia un dato assunto piuttosto che dimostrato.

scuratezza presa in considerazione dalla norma imperiale fosse quella dello stesso tutore o del suo erede⁵. Al di là della improbabile proposta di lettura di Voci, di cui si dirà tra un attimo, il senso del rescritto appare abbastanza chiaro, almeno nel rapporto tra la sua disposizione iniziale e quella che è presentata quale prima eccezione alla 'regola': se anche, come suppone Kaser, il testo fosse stato parafrasato dai giustiniane, ciò non implicherebbe in maniera inoppugnabile che a loro debba appartenere il riferimento al vocabolo *neglegentia*⁶. Escluse le due ipotesi (eccezionali) che la causa (la quale, in tal caso, soltanto prosegue contro l'erede) fosse già stata intentata contro il tutore, o che si fosse tratto profitto dal danno cagionato dal *tutor* al pupillo⁷, gli *heredes* del *tutor* possono essere personalmente condannati (verosimilmente in seguito all'esperimento dell'*actio tutelae*) soltanto se l'inadempimento del tutore dipese da una negligenza (ossia da una omessa diligenza)⁸, riconducibile nell'alveo della *culpa lata*⁹.

Ciò sembra implicare indirettamente, mi pare, che mentre il tutore per il cattivo esito degli atti della sua amministrazione doveva essere tenuto nei confronti del pupillo per una responsabilità maggiore (ossia, per un grado minore di *culpa*, rispetto alla colpa grave)¹⁰, la legittimità all'*actio tutelae*

⁵ M. KASER, *op. cit.*, p. 77 e nt. 2, richiamando la tesi di Kunkel.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Verosimilmente a ragione, G. MACCORMACK, *Culpa*, in *SDHI* 38, 1972, p. 185, sulla base del commento di Taleo, reputa che tale eccezione riguardi il lucro o il vantaggio ottenuti dallo stesso tutore. A me pare, tuttavia, come sto per sottolineare nel testo che quello che rileva è la circostanza per cui una parte del patrimonio ereditario che perviene all'erede giunge dal guadagno prodotto, in definitiva, dal danneggiamento subito dal pupillo.

⁸ Per G. MACCORMACK, *Culpa cit.*, p. 133, tanto in questo rescritto quanto in C. 5.51.2, al posto di *neglegentia* ci saremmo aspettati di trovare il termine *culpa*: come egli precisa, la definizione di culpa come *neglegentia* sebbene fallace, è un mezzo efficace «by which the importance in the law of the particular fault of negligentia can be brought out». Diversamente F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale cit.*, I, p. 199 e nt. 85, che riporta la *neglegentia* di cui qui si dice al criterio di imputazione della *culpa omissiva*; nel precedente lavoro, *La responsabilità del tutore cit.*, p. 174, nt. 276, egli aveva ammesso, infatti, la possibilità che i giustiniane avessero sostituito l'*ob neglegentiam* a un originario *ob ea quae gerere neglexit* «o a qualcosa di simile».

⁹ Che qui il riferimento sia alla colpa del tutore pensano, fra gli altri, anche F. DE ROBERTIS, *La responsabilità cit.*, I, p. 269; G. MACCORMACK, *Culpa cit.*, p. 180 e 185 s. e nt. 175.

¹⁰ Che il *tutor* rispondesse, di regola, di *culpa* sostiene, fra gli altri, P. VOCI, '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*'. *I dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, ora in R. ASTOLFI (a cura di), *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, da cui qui si cita, p. 126 ss., ov'è opportuna citazione delle fonti. Accenna alla discussione fra chi estendeva l'imputabilità alla colpa e chi la limitava al dolo M. KASER, *op. cit.*, p. 77 nt. 4. Per F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattua-*

dal lato passivo si sarebbe potuta trasmettere all'erede di quello (quando il tutore fosse deceduto, o prima di essere chiamato in giudizio o pur dopo essere stato convenuto con l'*actio tutelae*, ma in ogni caso prima della instaurazione della lite) solo quando la negligenza del *tutor*, nel caso di specie, non fosse coincisa con l'assenza della mera diligenza del buon padre di famiglia, ma fosse consistita in una trascuratezza grossolana, un criterio che, rispetto a quello per cui rispondeva personalmente il tutore, rappresentava, viceversa, una attenuazione di responsabilità.

Come ricorda de Robertis, già in età severiana la posizione dell'*heres tutoris* era di particolare favore rispetto a quella ben diversa del suo autore: da D. 27.7.8.1 si apprende, in particolare, dell'esistenza di «un *ius singulare*» per l'erede del tutore che si fondava su un insieme di costituzioni imperiali¹¹. Probabilmente, la limitazione alla colpa grave, rispetto al criterio di responsabilità cui generalmente era tenuto il *tutor*, doveva giustificarsi, come egli suppone, con un *favor* verso colui che non avendo affatto partecipato alla gestione della tutela e non essendo «in grado perciò di darne conto adeguatamente» doveva sembrare equo che rispondesse dei soli inadempimenti imputabili al dolo o alla *culpa lata* del suo dante causa¹².

Forse, non lo si può escludere, il criterio della responsabilità dell'erede del *tutor* per una cattiva gestione della tutela di questo, in precedenza poteva essere stato quello che la confinava al solo dolo del tutore¹³: sarebbero stati, allora, i giuristi della cancelleria severiana a decidere di poterla allargare alla vicina figura della *culpa lata* (sempre che non ricorressero le particolari situazioni indicate nel rescritto, le quali giustificassero un suo ulteriore aumento; con il che si eguagliava la imputabilità dell'erede del *tutor* a quella sancita per quest'ultimo¹⁴).

le cit., I, p. 269, in età giustiniana di norma la responsabilità del tutore si sarebbe allargata sino alla *exactissima diligentia*.

¹¹ F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit., p. 172.

¹² F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 269 s. e *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* II, Bari 1982, p. 802.

¹³ Questo per P. VOGLI, '*Diligentia*' cit., p. 129 e nt. 21, era il pensiero di Ulpiano, come sembra emergere dal passo da lui citato in nota.

¹⁴ Non pare accoglibile la lettura che dà P. VOGLI, '*Diligentia*' cit., p. 133 nt. 32 della parte iniziale del rescritto. A suo avviso, se il processo fosse stato già instaurato contro il *tutor* l'erede sarebbe stato condannato «(sempre sullo stesso fondamento) anche per la colpa grave di lui»: non mi pare questo, infatti, il senso della eccezione che lascia intendere come in quel caso la condanna possa fondarsi, viceversa, su un criterio di responsabilità, riferito allo stesso soggetto, più pesante di quello che fa capo alla *culpa lata*.

Diversamente, per Voci la *culpa* di cui si parla in questo rescritto sarebbe quella dell'erede: la differente regola secondo cui l'erede risponderebbe generalmente della *culpa lata* del tutore non si accorderebbe, a suo avviso, con le due eccezioni che seguono, dal momento che non avrebbe alcun senso una affermazione così costruita: «l'erede non risponde della colpa lieve del tutore, a meno che questo non abbia commesso dolo [sic!]»¹⁵ disponendo illecitamente di cose del pupillo». Ebbene a parte che, per quel che può valere e come lo stesso Voci non manca di notare (pur relegando in una nota l'osservazione) i Basilici sia nel testo che nello scolio riferiscono esplicitamente la *culpa*, come anche per me deve essere, al tutore¹⁶, non pare esatto quanto scrive Voci con riguardo alla seconda doppia eccezione, ove si fa riferimento, se non erro, al lucro che deriva dal danno (patrimoniale) causato al pupillo, danno in relazione al quale l'erede è chiamato a rispondere (pur se non è detto in via esplicita) sino al criterio della mera colpa del tutore; e ciò a causa, evidentemente, del guadagno che da quel danneggiamento deriva, alla fine, per successione *mortis causa* allo stesso erede (e che l'erede, direi, più che il tutore, potrebbe aver volto a vantaggio di qualcun altro). Pur ammettendo che un'abbreviazione del testo operata dai giustinianeî possa aver resa incerta la piena comprensione della chiusa del rescritto, non mi pare un caso che il suo estensore abbia scelto di adoperare la forma passiva del verbo (*neque ex damno pupilli lucrum captatum ... sit*): un modo efficace per indicare che il lucro pur venendo in un primo momento a vantaggio del tutore, passerà poi attraverso il patrimonio ereditario all'erede di quello. Insomma, il motivo che aggrava qui la posizione dell'erede non è affatto legato, mi pare, a un comportamento doloso del tutore, ma soltanto alla eventualità che un danneggiamento anche solo colposo dei beni pupillari abbia prodotto come risultato, pur senza alcuna volontà malevola del tutore, un arricchimento del suo patrimonio,

¹⁵ Tale lettura, a mio avviso errata, che 'traduce' *damnum* con dolo già ricorreva in G. ROTONDI, *op. cit.*, p. 56, che chiamava, di conseguenza, la seconda eccezione col nome «dolo del defunto». Allo stesso modo P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I, Diritto di famiglia*, Milano 1925, p. 461 nt. 1, per il quale se fosse genuino l'inciso *ob neglegentiam-possit*, sarebbe insipida la chiusa, dal momento che lì si tratterebbe, a suo avviso, «di atti dolosi».

¹⁶ P. VOCI, '*Diligentia*' cit., p. 132 s.; come aveva osservato G. ROTONDI, *Ibidem*, Taleo indica espressamente che il lucro, cui la costituzione fa riferimento, è quello del tutore: di conseguenza, per Rotondi, diversamente da Voci, anche la questione del criterio della responsabilità non può che concernere il tutore, ormai defunto. Ma la questione del beneficiario del lucro pare più complessa, come osservo nel testo, di come è stata posta in dottrina.

arricchimento che si è tramutato, infine, con l'adizione dell'eredità in una utilità per lo stesso erede¹⁷.

Che la figura della *culpa lata* fosse, poi, strettamente accostabile al dolo emerge con chiarezza anche da una posteriore costituzione data da Antonino Caracalla il 21 settembre del 212. Si tratta di C. 5.53.2, accolta nel *Codex repetitae praelectionis* sotto il titolo dedicato al *iusiurandum in litem* e diretta a un tale Severo:

C. 5.53.2: Is, qui rationes tutelae seu curae reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo circumveniendo pupilli gratia exhibere non vult. 1. Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincetur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.

Il problema discusso dal legislatore concerne stavolta l'ammissione, quale mezzo di prova, del *iusiurandum in litem* nell'ipotesi di negata esibizione degli *instrumenta pupillaria* (ossia dei documenti degli atti di gestione) da parte dell'erede *per longam successionem* del tutore, per il caso che vi fosse nell'*heres* un dolo pieno, volto a raggirare il pupillo (una sorta di dolo specifico, se potessimo ricorrere alle categorie odierne)¹⁸. Qui il minor rigore circa il limite della responsabilità dell'erede, ma al solo fine di stabilire se per la stima del danno subito dal pupillo potesse ricorrersi o meno al *iusiurandum in litem* di questi¹⁹, sembra dipendere dalla circostanza che egli di regola si troverà in condizioni di difficoltà nel produrre i documenti che è tenuto ad esibire²⁰.

¹⁷ Non mi pare pertanto di poter concordare neppure con G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 388, per il quale (in maniera non dissimile da Rotondi e da Voci) «the case where the tutor has made profit from the *pupillus*' property may have been given as an example of liability for *dolus*»: la quale lettura lo conduce a supporre che un esplicito riferimento al dolo possa essere andato perso nel lavoro dei compilatori.

¹⁸ Contro i sospetti di genuinità avanzati in merito al *principium* del testo A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, in TR 34, 1966, p. 188, che in ogni caso, anche ad ammettere qualche intervento, reputa impossibile non salvare il riferimento che lì ricorre al *iusiurandum in litem*. Come egli osserva, questo rescritto riguarda, infatti, la medesima questione e dà la medesima disciplina del precedente provvedimento del 205 che nel *Codex* lo precede («the tone of the two rescripts is also the same»).

¹⁹ Così a ragione F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit., p. 164 ss. e 173.

²⁰ In questo senso già G. ROTONDI, *op. cit.*, p. 50.

A tale ben delineata situazione viene a restringersi il discorso normativo che, diversamente, aveva preso l'avvio dalla considerazione di una fattispecie più ampia, comprensiva tanto del caso che uno (l'*ex pupillo*, prima di tutti) domandasse conto della tutela, quanto della eventualità che si agisse per il rendiconto del curatore²¹, prescrivendo che l'attore non avrebbe potuto essere obbligato a prestare il *iusiurandum in litem* contro la sua volontà²².

La forte vicinanza fra il dolo e la *culpa lata* risulta dalla lettura del successivo paragrafo del rescritto, ove la cancelleria, superando il regime della responsabilità nel *principium* limitata a un dolo pieno, introduce il criterio della *culpa lata* e chiarisce come il giudice possa decidere senza ricorrere al giuramento (dovendo in tal caso avvalersi di altri mezzi di prova), allorquando non vengano provati né il dolo²³, né la colpa *lata*, né la frode dell'erede²⁴.

Come è palese, diversamente dalla prima costituzione poc'anzi analizzata, qui viene in evidenza direttamente la responsabilità dell'erede per un suo ben preciso comportamento tenuto nel processo, non per atti del tutore²⁵.

Mentre potrebbe, di primo acchito, pensarsi che il dolo, volto a circuire il pupillo (che deve mancare per non ammettere il giuramento e) di cui si dice nel *principium*, sia nel paragrafo 1 declinato nella locuzione (in negativo) *neque*

²¹ Non è mancato chi ha ritenuto insiticio anche il riferimento alla curatela: fra gli altri G. ROTONDI, *Ibidem*.

²² Come nota A. WATSON, *Iusiurandum* cit., p. 185 s. (e nt. 9) e 188, citando fra le altre testimonianze C. 5.53.2, l'*actio tutelae* è forse il solo degli *iudicia bonae fidei*, menzionato espressamente nelle fonti, fra le azioni ove è possibile il *iusiurandum in litem*. Contro Chiazzese, per il quale, mentre tale *iusiurandum* sarebbe stato incompatibile con il classico *iudicium tutelae*, esso avrebbe rappresentato una innovazione degli imperatori «classical», che lo avrebbero introdotto soltanto «for failure to produce an inventory», *ivi*, p. 187, ritiene che i relativi rescritti di età severiana non avrebbero innovato, ma soltanto confermato la possibilità del *iusiurandum* con riguardo, tuttavia, alla produzione degli *instrumenta* (ossia di tutti i documenti rilevanti nella gestione della tutela), non dell'*inventarium*, di cui il termine *instrumenta* non può essere stimato un sinonimo (ma vd. *contra* G. ROTONDI, *Ibidem*).

²³ *Ibidem*.

²⁴ Come non manca di rilevare J.P. CORIAT, *Le prince législateur: la technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Rome 1997, p. 436 s., la frase *iudex de veritate-potest* mostra l'attitudine della cancelleria severiana a controllare l'insieme di «l'institution procédurale». Come in altri casi, anche qui il rescritto si interessa alle questioni di fatto, ove le prove rivestono un ruolo essenziale. Le istruzioni imperiali subordinano, dunque, la loro applicazione alla condizione che i fatti allegati dal richiedente siano provati: ed è compito del giudice verificare che i fatti siano opportunamente stabiliti «afin que la réalité soit respectée».

²⁵ Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, p. 315 nt. 456.

dolus [...] neque fraus (ove la frode ben potrebbe valere a indicare l'intento di raggirare l'impubere – sopra esplicitato nella finale *circumveniendi pupilli gratia* –) potrebbe lasciare in ogni caso perplessi l'inserimento tra tali due criteri di imputabilità della responsabilità la differente figura della *culpa lata*.

Se, ad avviso di Voci, la posizione in cui compare la *culpa lata* proverebbe nel senso di una sua intrusione²⁶, a me parrebbe, viceversa che quella collocazione tra le due figure del dolo e della *fraus* avesse uno scopo preciso, rappresentando una scelta ben ponderata del legislatore volta a separare nettamente quei due criteri²⁷: sarebbe bastato, insomma, dare la prova non più di un dolo pieno, ma anche soltanto di un dolo attenuato (la sola volontà di non esibire i documenti), mentre l'intento di raggirare il pupillo (*fraus*) diveniva un criterio autonomo e alternativo rispetto al primo, che se e solo se presente lo avrebbe assorbito. D'altra parte, una spiegazione dell'aggiunta rappresentata dal criterio della *culpa lata* potrebbe, forse, rinvenirsi nella considerazione che C. 5.53.2.1 si occupa espressamente dell'accertamento probatorio della sussistenza della responsabilità dell'erede del tutore, al fine di ammettere il *iusiurandum in litem* di colui che aveva promosso l'azione: dunque, se non si fosse riusciti a dare la prova, non sempre facile, della volontà nell'erede di non esibire i documenti pupillari (e ancora più difficile doveva risultare riuscire a dare la prova dell'intento fraudolento di raggirare il pupillo) sarebbe bastato provare (e ciò doveva essere, invece, senz'altro più agevole), che l'impossibilità di presentare quegli *instrumenta* discendeva quanto meno da una crassa negligenza dell'erede, con il che si aggravava (rispetto a quello previsto nel *principium*, relativo alla questione della ammissibilità del *iusiurandum in litem* al fine di misurare la liquidazione del danno patito dal pupillo) il grado della responsabilità imputabile al debitore.

3.

Nell'estate dell'anno successivo, viene pubblicato ancora dalla cancelleria dello stesso imperatore il rescritto che oggi si legge in C. 5.51.2:

²⁶ P. VOCI, '*Diligentia*' cit., p. 132. Pensano che il richiamo alla *culpa lata* sia una aggiunta compilatoria anche G. ROTONDI, *op. cit.*, p. 50 nt. 1, con ulteriori indicazioni bibliografiche e F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit., p. 173, che qui segue Solazzi.

²⁷ Anche G. MACCORMACK, *Culpa* cit., p. 181 nt. 162 (ove è citata anche la letteratura contraria) si esprime a favore della genuinità del riferimento alla *culpa lata*. Lo studioso, peraltro, non accenna, al pari di altri, alla curiosa circostanza che qui il dolo è tenuto separato anche dalla *fraus*, la quale appare, come si è detto, quale ulteriore criterio di imputabilità.

C.5.51.2: Nomina paternorum debitorum si idonea fuerunt initio susceptae tutelae et per latam culpam tutorum minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, iudex qui super ea re datus fuerit dispiciet: et si palam dolo tutoris vel manifesta neglegentia cessatur, tutelae iudicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse statuere curabit.

Non sarà male notare che, come ha osservato Coriat, l'utilizzo della espressione *iudex datus* sembra indicare la designazione di un giudice delegato nella nuova procedura cognitoria (e ciò anche considerando la materia che è oggetto della lite)²⁸. Lo studioso sottolinea, altresì, il tono della direttiva imperiale, deferente verso il giudice: se da un lato ricevendo la domanda del privato essa fissa la soluzione di cui questi beneficerà, dall'altro non manca di evidenziare il lavoro scrupoloso del *iudex* nell'istruzione dell'affare e la cura che questi avrà perché sia data soddisfazione all'attore²⁹.

Se C. 5.53.2 prevedeva in linea generale, in relazione al particolare caso concreto preso in esame dal legislatore, una responsabilità per dolo, che poi si allargava, nella disciplina del momento processuale, alla figura della *culpa lata* per fondare la condanna dell'erede del tutore, il rescritto diretto a Presentino, conservato dai giustinianeî come seconda costituzione del titolo rubricato *Arbitrium tutelae*, richiedeva subito, viceversa, una responsabilità del tutore nei limiti della *culpa lata*, per il caso che fossero divenuti insolventi i debitori del padre dell'impubere, i quali al contrario fossero stati solventi allorquando aveva avuto inizio la tutela³⁰.

La circostanza che i crediti, di cui qui è questione, non fossero derivati da una diretta attività del tutore, ma esistessero già in capo al padre dell'impubere (evidentemente soggetto alla potestà paterna), dunque prima dell'inizio della tutela, spiega, mi pare, l'alleggerimento della imputabilità del *tutor* per la mancata tempestiva escussione di quei *nomina*, alleggerimento realizzato dal legislatore con la limitazione alla figura più grave di colpa, quella della *culpa lata*³¹. Con la quale considerazione si accorda, mi pare,

²⁸ J.P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., p. 408.

²⁹ J.P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., pp. 423-426.

³⁰ Similmente G. MACCORMACK, *Culpa* cit., p. 181, il quale osserva che qui, come in C. 5.55.2 e 5.51.7, l'uso di *culpa lata* non può essere spiegato come «a means by which a rule framed in terms of *dolus* was extended».

³¹ Diversamente per P. VOCI, *'Diligentia'* cit., p. 134, qui la citazione della *culpa lata* sarebbe «fuori posto».

una riflessione di de Robertis (che, tuttavia, da parte sua, pensa a interpolazioni «post-classiche» e)³² per il quale, la limitazione della responsabilità al caso «di intenzionali o di clamorose trascuranze» discenderebbe qui dalla «difficoltà di seguire momento per momento le oscillazioni in più o in meno della situazione finanziaria dei singoli debitori»³³.

Il rescritto proseguiva, poi, prescrivendo che nella causa dell'*actio tutelae* il giudice avrebbe condannato a risarcire il danno (al pupillo) quel tutore³⁴ che non avesse escusso i debitori paterni per dolo manifesto o per manifesta negligenza; e sul pupillo sembra gravare, almeno nella versione giustinianea del rescritto, l'onere di fornire la prova in ordine all'intervento, nel caso concreto, di uno di quei criteri di responsabilità³⁵.

Dubbi sono stati sollevati sulla genuinità del rimando al criterio di imputabilità della *culpa lata* (e del suo corrispondente, che il legislatore qui sembra individuare nella *manifesta negligentia*)³⁶.

Ma nessuno degli argomenti avanzati pare valido. In particolare, non mi pare provi nel senso voluto da chi reputa quei riferimenti frutto di interpolazioni il confronto con D. 26.7.15 (*si tutor constitutus quos invenerit debitores non convenerit ac per hoc minus idonei efficiantur [...] ipse in debitam pecuniam et in usuras eius pecuniae quam non faeneravit convenitur*) tratto dalle *Sententiae* paoline³⁷; un confronto che si dimostra irrilevante, dal momento che l'obiettivo del redattore delle *Sententiae* sembra dovesse essere

³² F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 809, nt. 181.

³³ *Ivi*, p. 803.

³⁴ Cfr. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit., p. 243 e nt. 69.

³⁵ Cfr. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 89 e nt. 11, che già nel lavoro *La responsabilità del tutore* cit., p. 60, parlava di prova «costitutiva» della *culpa tutoris*.

³⁶ Vd., fra gli altri, W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS 45, 1925, p. 319 nt. 5, seguito da J. VÁŽNY, *Un esempio dello svolgimento dottrinale classico: la responsabilità del tutore*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano* II, Roma 1933, p. 537, che tuttavia, al pari di Mitteis e Bonfante, reputa genuina la locuzione *palam manifesta negligentia* e spuria l'espressione *dolo tutoris vel*. Per F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 89 e 94; ID., *La responsabilità del tutore* cit., p. 99 nt. 45, p. 161 e nt. 240, risulta interpolato il richiamo al requisito della *culpa* «intesa in senso più lato» (ossia come dolo o colpa), quale fondamento della responsabilità del tutore. Fra quanti, viceversa, non escludono che la menzione della *culpa lata* si trovasse nel testo originario di C. 5.51.2 (come in quello di C. 5.55.2) possono ricordarsi, almeno, G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 386 e G. FINAZZI, *Ricerche* cit., II.2, p. 349 nt. 581.

³⁷ Vd. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 94; ID., *La responsabilità del tutore* cit., p. 66, 77, 194 (ove, tuttavia, con riferimento alla sola *culpa lata* parla dubitativamente di «interpolazioni post-classiche»); J. VÁŽNY, *Un esempio* cit., p. 537 e nt. 11.

non tanto quello di indicare i criteri di imputabilità della responsabilità del tutore, quanto piuttosto quello di indicare, soltanto, ciò di cui si doveva tenere conto per stabilire l'ammontare della condanna³⁸. In maniera non dissimile, Siro Solazzi, allorquando (cancellando anche il richiamo al dolo, pur esso presente nella versione giustiniana di C. 5.51.2) viene a negare ogni valenza soggettiva alla imputabilità della responsabilità del tutore (in relazione al dovere, di cui lì si tratta, di esazione dei crediti dell'impubere), cerca di rafforzare la sua tesi con quanto sarebbe attestato da quella che, a suo avviso, doveva essere la versione originale di D. 26.7.57pr. di Scevola (*Chirographis debitorum incendio exustis cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam cogere, cum idem circa priores debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum, an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? respondit, si adprobatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse, praestari ab his hoc debere*)³⁹, della cui autenticità, tuttavia, oggi non pare che possa più dubitarsi⁴⁰.

E allora, non pare difficile spiegare il testo uscito dalla cancelleria severiana. Se la previsione di una imputabilità per dolo (specifico o meno) non comprende in sé quella della colpa, fosse anche quella *lata* (e allora nella costituzione del 212 a quella figura si era ritenuto di dover esplicitamente allargare la responsabilità dell'erede, allorquando veniva in rilievo, nel contesto processuale, la vicenda probatoria) richiedere, viceversa, una responsabilità per colpa *lata* comporta inevitabilmente, come è ovvio, che si sia tenuti, a maggior ragione, anche per il solo dolo⁴¹. Ciò significa che data

³⁸ Alle medesime conclusioni è approdato G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 386 nt. 64.

³⁹ Fra gli altri, suppone l'interpolazione della frase *si adprobatum-paetermisisse*, pur senza offrire dimostrazioni di un qualche peso, S. SOLAZZI, *Tutore e periculum culpa*, in *SDHI* 4, 1938, p. 145 ss. e nt. 44; similmente P. BONFANTE, *op. cit.*, p. 459, che allo stesso modo di Gradenwitz, legge quali indizi soltanto «l'uso del verbo *adprobare*, il carattere della clausola e specialmente il rilievo dato alla prova, finalmente lo stile alieno da decisioni svelte e taglienti di Scevola».

⁴⁰ Si vedano, per tutti, L. MAGANZANI, *La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Rivista di Diritto Romano* 3, 2003, p. 52 e G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 373.

⁴¹ Non comprendo di conseguenza H.J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte: Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin 1968, p.

nel processo la più difficile prova del dolo, essa sarà bastevole per condannare colui che per il legislatore è responsabile fino al limite della *culpa lata*.

Merita, piuttosto, sottolineare il collegamento, che appare come una sorte di equivalenza, posto dalla norma sancita con C. 5.51.2, tra la *culpa lata* e la negligenza manifesta⁴². Per i giuristi che lavoravano nella cancelleria di Antonino Caracalla l'evidenza innegabile della negligenza tenuta in un certo comportamento sembra implicare la gravità di quella stessa negligenza, ossia della *culpa* di chi lo ha posto in essere.

L'ultimo rescritto di epoca severiana che richiama la *culpa lata* proviene dalla cancelleria di Alessandro Severo e si legge in C. 5.55.2, sotto il titolo *Si tutor non gesserit*:

C. 5.55.2: Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. si qua vero sunt, quae, cum geri debuerunt, omissa sunt, latae culpa ratio omnes aequaliter tenet.

Indirizzata a Giusto nel 224 essa si occupa del caso che alcuni contutori o concuratorori non abbiano partecipato (poiché evidentemente non ne erano tenuti) all'amministrazione del patrimonio del pupillo o del soggetto sottoposto alla curatela⁴³. Mentre essi non saranno responsabili, in linea di principio, se coloro che gestiscono la tutela o la cura risulteranno solvibili (dal che consegue, in buona sostanza, un *beneficium ordinis* a favore dei tutori non gerenti⁴⁴), saranno viceversa tenuti per *culpa lata* (insieme agli altri) riguardo alle operazioni che avrebbero dovuto compiersi (per tutelare quei patrimoni) e che invece sono state omesse, perdendo probabilmente, come qualcuno ha creduto, il *beneficium ordinis*, poc'anzi ram-

7, il quale riferendo la norma imperiale ritiene una maldestra formulazione quella da cui deriva l'impressione che qui il dolo sia fatto rientrare sotto il concetto di *culpa lata*.

⁴² G. MACCORMACK, *Culpa* cit., p. 183 s. Per P. VOCI, '*Diligentia*' cit., p. 134, il provvedimento imperiale chiedeva soltanto che il dolo o la negligenza dovessero emergere «fuori di ogni dubbio»; la prassi dei tribunali, secondo quanto egli suppone, «non sottolizzava sul rigore della prova».

⁴³ Indicazioni bibliografiche minime sull'insieme di prescrizioni e controlli che riguardavano la gestione tutelare in F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 783 nt. 70, ma già in *La responsabilità del tutore* cit., p. 36 nt. 67.

⁴⁴ Così P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, Milano 1973, p. 116, che cita tale fonte, insieme ad altre, per affermare che sul piano processuale fra l'azione diretta contro i tutori gerenti e quella utile avverso quelli che non hanno amministrato non vi sarà «rapporto di consunzione».

mentato⁴⁵. Dal che discende, in buona sostanza, che il tutore *non gerens* avrebbe dovuto sostituirsi ai colleghi gerenti nel caso di una loro inerzia e, di conseguenza, avrebbe risposto di ogni singola omissione nel limite della *culpa lata*, indipendentemente, a mio avviso, come sto per dire meglio fra un attimo, dall'avere o meno provveduto a *suspectum facere* il gerente⁴⁶.

Anche con riguardo a tale testimonianza non è mancato chi, come a esempio Pasquale Voci, ha dubitato che il rimando alla *culpa lata* venga dalla cancelleria severiana⁴⁷; richiamandosi, da parte sua, all'obbligo del tutore non gerente di *suspectum facere* il collega, gli pare difficile, infatti, conciliarlo «con una responsabilità limitata alla colpa grave»⁴⁸. In un'altra occasione, peraltro, lo studioso scriveva, a ragione, che il tutore non gerente non avrebbe potuto essere chiamato in giudizio per non aver *suspectum facere* il collega, il quale invece aveva amministrato: «il non gerente risponde per l'insolvenza del gerente in ogni caso; quindi è inutile ricorrere a un titolo specifico di responsabilità»⁴⁹.

Ebbene, a me pare che anche la circostanza che il tutore non gerente non avrebbe potuto essere convenuto in giudizio, come Voci sostiene, per non aver *suspectum facere* il collega che avesse male amministrato spinga meglio nella direzione della paternità severiana del rimando alla *culpa lata*⁵⁰: non mi pare affatto sicuro, infatti, che tra le cose che *cum geri debuerunt* sono state invece omesse debba essere compreso quel dovere che a rigore non sembra possa rientrare tra i singoli atti della gestione della tutela in senso stretto, quanto piuttosto in un controllo sul suo corretto svolgimento.

Nelle ipotesi prese in esame dalle *leges* imperiali sin qui passate in rassegna, la limitazione della responsabilità (al dolo e) alla *culpa lata*, se non vedo male, sembra giustificata, di regola, dalla singolarità delle fattispecie considerate⁵¹. Che si tratti di una limitazione, posta dal legislatore, rispetto

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ In maniera parzialmente diversa, F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 803, che, da parte sua, sposta l'attenzione sul dovere di vigilanza dei non gerenti sugli altri tutori.

⁴⁷ Una rapida rassegna degli autori che hanno ritenuta interpolata l'ultima clausola di C. 5.55.2 è data da G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 387 nt. 65, che viceversa non trova alcun fondamento per quell'ipotesi.

⁴⁸ P. VOCI, *La responsabilità* cit., p. 135 e nt. 36.

⁴⁹ *Ivi*, p. 117.

⁵⁰ Per la sua genuinità, fra gli altri, G. MACCORMACK, *Culpa* cit., p. 181 e 185.

⁵¹ Cfr., ad esempio, G. FINAZZI, *Ricerche* cit., II.2, p. 349 nt. 581.

a un grado maggiore di responsabilità, individuabile verosimilmente nella mera *culpa* (corrispondente a quella che sarà poi definita *levis culpa*), emerge a esempio in maniera limpida dal tenore di C. 5.53.2, da cui si desume che l'erede del tutore potrà essere condannato per la mancata presentazione degli *instrumenta* pupillaria anche qualora non venga provata una sua colpa *lata*. Ne discende, infatti, che per la sua condanna sarà bastevole, come sembra, la prova di una negligenza meno grave corrispondente, per l'appunto, alla assenza di una diligenza media, quella del *bonus pater familias*, per intendersi, senza tuttavia poter in tal caso ammettere tra le prove, da parte del giudice, il *iusiurandum in litem* dell'attore.

4.

Se, a questo punto, ci si sposta all'età diocleziana, si incontrano, nel *Codex* di Giustiniano, un rescritto, collocato sotto il già menzionato titolo dedicato all'*Arbitrium tutelae*, e altri due sotto quello rubricato *De negotiis gestis*.

In C. 5.51.7, indirizzata nel 293 a un certo Alessandro, si legge come sia da stimare un principio certo di diritto il fatto che nell'azione di tutela o in quella utile della gestione di affari altrui possa entrare tutto ciò che un tutore o un curatore per dolo o colpa *lata* o anche *levis* abbia fatto perdere ai minori, ovvero non abbia fatto acquistare loro, potendolo invece fare:

C. 5.51.7: Quidquid tutoris dolo vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris.

Sulla costituzione grava più di un sospetto di interpolazione⁵². Da un lato, si è ritenuta frutto di un intervento compilatorio l'aggiunta delle due espressioni *sive curatoris minores* e *sive negotiorum gestorum utile*, insieme al taglio del riferimento ai *minores*, dall'altro si è reputata alterata anche la graduazione della culpa lì prospettata⁵³.

⁵² Per un quadro delle diverse proposte di interventi modificativi sul testo originario di C. 5.51.7 ci sia consentito di rinviare a G. FINAZZI, *Ricerche in tema di «Negotiorum gestio»* I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, p. 325 s. nt. 369.

⁵³ Un elenco di quanti hanno pensato che il testo originale facesse riferimento soltanto al dolo si trova in G. MACCORMACK, *The liability cit.*, p. 387 nt. 66, cui *adde* P. BONFANTE,

Pur non sembrandoci questo il luogo per discutere della autenticità o meno del richiamo al curatore e alla azione esperibile contro di lui, ci sembra, tuttavia, di poter almeno dire che appare convincente la dimostrazione offerta da Finazzi circa la verosimile natura insitica di quelle aggiunte e di quella omissione, intese a estendere alla curatela la disciplina che il rescritto aveva sancito per la tutela⁵⁴. Quanto, ad ogni modo, può risultare di un qualche interesse ai nostri fini, è che, come lo stesso Finazzi riconosce, pur se si creda non genuina la citazione del curatore, pare in ogni caso credibile che questi e il tutore al tempo di Diocleziano già rispondessero alla stessa maniera⁵⁵. Se quella che, ad avviso di Finazzi, risulterebbe senz'altro non genuina fosse, allora, la tricotomia dolo, colpa *lata* o colpa *levis*, ove l'espressione che rimanda a differenti gradi della colpa avrebbe sostituito il ben più generico richiamo alla *culpa* presente nella versione originale del testo⁵⁶, per Solazzi (il quale accoglie la restituzione di Lenel, che faceva salvo solo il riferimento al dolo) la circostanza che alla cancelleria fosse stato presentato un caso di dolo, sul quale soltanto quella si sarebbe poi pronunciata, non dovrebbe implicare affatto, in ogni caso, che il tutore fosse

op. cit., p. 460, che argomenta dall'assenza dell'inciso *vel lata culpa vel levi culpa* nella versione dei Basilici, che conserverebbero (ma proprio di ciò non esiste alcuna prova) il testo genuino del rescritto.

⁵⁴ G. FINAZZI, *Ricerche cit.*, I, p. 325 s., cui *adde*, in polemica con Haymann, S. SOLAZZI, *Tutore cit.*, p. 148 nt. 47; F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore cit.*, p. 206 nt. 73; deboli in ogni caso le prove portate da I. ALIBRANDI, *Dell'azione che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori*, in *BIDR* 2, 1889, p. 584, secondo cui l'intervento dei giustiniani si paleserebbe dal luogo in cui sono poste «le parole *sive curatoris*, a cui corrisponde l'inciso *sive negotiorum gestorum utile iudicium*», mentre l'impiego della disgiuntiva *sive* dimostrerebbe che chi ridusse questo testo non doveva essere esperto del «latino classico». Nella stessa direzione, più di recente, ma salvando il riferimento ai *minores* in rapporto, tuttavia, alla tutela (dunque, come già aveva immaginato Sachers, quel termine avrebbe compreso anche gli impuberi), K.H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München 1964, p. 120 ss.: a suo avviso, che il rescritto non si occupasse del curatore troverebbe conferma nello scoliaste Teodoro e in Taleleo, come risulta da un passo dei Basilici e da un suo corrispondente scolio che parlano soltanto del tutore.

⁵⁵ G. FINAZZI, *Ricerche cit.*, II.2, p. 327.

⁵⁶ *Ibidem*. Fra coloro che reputano una interpolazione giustiniana la sola espressione *culpa levis* può ricordarsi M. KASER, *Das Römische Privatrecht*² II, München 1975, p. 232 nt. 12, per il quale quel criterio «von der Haftungsmilderung der oströmischen Schule (*diligentia quam in suis*) zu einem schärferen Maßstab zurückkehrt», come ricorda H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in *Festschrift für Max Kaser*, München 1976, p. 280, che da parte sua non trova nelle fonti alcun appiglio a sostegno di quella tesi.

responsabile nei soli limiti del dolo⁵⁷. Da parte sua, Heinz Below, il quale pure segue Lenel, svolge la sua critica anche su un piano stilistico, offrendo così un argomento assai insicuro: a suo avviso, non vi sarebbe stato motivo per la cancelleria diocleziana di svolgere in modo scolastico il concetto di *culpa*; semmai avremmo potuto trovare *vel culpa sive lata sive levi*⁵⁸.

Secondo quanto rammenta MacCormack la principale obiezione al testo è quella che «the grading of culpa and the accumulation of heads of liability is unnecessary»; tuttavia, come egli osserva, se si abbandona la nozione dei gradi della *culpa* e si considera che il tutore può essere tenuto responsabile in misura differente riguardo a situazioni e fattispecie diverse, la frase *dolo vel lata culpa vel levi culpa* appare semplicemente come un utile strumento con cui possono indicarsi «the full scope» e la gamma delle responsabilità⁵⁹.

Anche io non credo sia affatto da escludere una sostanziale autenticità della tripartizione esposta in C. 5.51.7 e dunque della bipartizione della *culpa*. Il dubbio sollevato da chi si era rivolto all'imperatore doveva aver riguardato dei casi di perdite e/o di mancati acquisti derivanti dalla partecipazione del tutore alla amministrazione del patrimonio dell'impubere. La cancelleria intervenne, come sembra, per ribadire con fermezza – evidentemente a fronte di tentativi di qualche tutore volti a sottrarsi ad alcune ben individuate obbligazioni sorte dalla sua gestione – la disciplina della responsabilità del *tutor* per i danni causati ai *minores*, ricordando che si poteva essere chiamati a rispondere secondo diversi criteri di imputabilità, che dal dolo e dalla *culpa lata* per ipotesi particolari (si è visto a esempio quello relativo ai *nomina paternorum debitorum* su cui era intervenuta C. 5.51.2) si estendevano, di regola, sino alla *culpa levis*.

E a tale riguardo, non si vedono motivi per negare una comparsa della classificazione della colpa nelle due figure della *lata culpa* e di quella *levis*

⁵⁷ S. SOLAZZI, *Tutore* cit., p. 147 s. Così anche K.H. BELOW, *Die Haftung* cit., p. 121 e nt. 1, ov'è ulteriore bibliografia. A favore dell'origine giustiniana della locuzione *vel lata culpa aut levi culpa* anche F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit., p. 41, nt. 85, che pure rimanda agli studi di Solazzi e di Lenel, e V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità* cit., p. 59 s., per il quale, fra l'altro, sarebbero stati dei «raffazzonatori postclassici» a inserire qui la *culpa levis*.

⁵⁸ K.H. BELOW, *Die Haftung* cit., p. 121 e nt. 2 s. Alla motivazione ricordata nel testo l'autore aggiunge la circostanza che l'*actio tutelae* ha la natura di un giudizio di buona fede. L'espressione *culpa levis*, peraltro, sarebbe un prodotto del diritto bizantino volto a evitare qualsiasi confusione circa la responsabilità del tutore.

⁵⁹ G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 387, nt. 66. Diversamente per P. VOCI, *'Diligentia'* cit., p. 134, con il ricorso a tale tripartizione la cancelleria diocleziana intendeva chiedere, evidentemente, una «responsabilità piena oltre ogni dubbio».

già in epoca diocleziana; basta riflettere sulla circostanza che già la limitazione alla culpa *lata* nelle singolari fattispecie prese in considerazione dal legislatore severiano⁶⁰ lascia presupporre che la regola generale per le obbligazioni nascenti dalla amministrazione del patrimonio pupillare doveva essere quella che si allargava, rispetto a quel criterio, a una *culpa* minore, cui allora, nei primi decenni del III secolo, il legislatore si riferiva verosimilmente con il solo termine *culpa*, ma cui a un certo punto, che non si vede per quale motivo non potrebbe collocarsi durante il regno di Diocleziano, ci si dovette iniziare a riferire, per marcare meglio la distanza dalla *culpa lata*, con l'espressione *levis culpa*⁶¹.

Diversa la fattispecie su cui la medesima cancelleria era stata chiamata a rispondere l'anno successivo, come si apprende da C. 2.18.20.1:

C. 2.18.20.1: Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, qua e tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere.

Nel citato paragrafo del rescritto, diretto a una tale Ottavia, si risolveva positivamente la questione se esistesse o meno l'obbligo di pagare gli interessi di quanto dovuto da chi spontaneamente avesse assunto la gestione della tutela o della curatela⁶². In tale occasione il legislatore allargava la pre-

⁶⁰ Si pensi a esempio a C. 5.53.2 o a C. 5.54.1, nella quale ultima si lascia intendere che l'erede del tutore è tenuto per una gradazione di *culpa* minore della *culpa lata* quando, fra l'altro, la lite sia stata instaurata direttamente contro il tutore e soltanto prosegua nei confronti dell'erede, morto il tutore dopo la *litis contestatio*.

⁶¹ Cfr. in questo stesso senso G. MACCORMACK, *The liability* cit., p. 389. Una essenziale rassegna della letteratura favorevole alla genuinità del richiamo alla *culpa lata* e *levis* si trova in G. FINAZZI, *Ricerche* cit., I, pp. 325 nt. 369, cui può aggiungersi Hausmaninger, da me citato alla precedente nota 56. Come osserva P. VOCI, *'Diligentia'* cit., p. 162 e nt. 10, con riguardo anche al rescritto diocleziano qui discusso, sembra sicuro che, anche al di là di «intenti classificatori ... apprezzamenti sulla gravità della colpa erano inevitabili». Ad avviso di F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 778 nt. 49, 788 nt. 88 e 822 nt. 50, quella bipartizione della *culpa in abstracto* rifletterebbe un orientamento «post-classico» (poi recepito dai giustiniane), proprio della cancelleria di Diocleziano, che «forse a porre l'accento su una riforma pur 'mo introdotta, ha ritenuto di dover ripetutamente specificare che in certi rapporti si rispondeva non solo di dolo e di *culpa lata*, ma anche di *culpa levis*».

⁶² Che tale obbligo sussistesse nel caso della gestione necessitata non solo per chi fosse costituito tutore, ma anche per i *curatores* è sostenuto, di recente, da G. FINAZZI, *Ricerche* cit., II.2, p. 127 ss., contro opinioni contrarie.

vista disciplina della responsabilità del tutore al caso di chi avesse spontaneamente amministrato il patrimonio (evidentemente del pupillo, del minore o del *furiosus*) senza essere costituito tutore o curatore, stabilendo che tali gestori spontanei dovevano essere chiamati a rispondere in giudizio del loro operato, non soltanto per dolo o *lata culpa*, ma anche per *levis culpa*⁶³.

Come è facile immaginare, anche con riguardo a tale fonte, la tripartizione dolo, colpa *lata* e colpa *levis* è stata da molti sospettata di essere di matrice giustinianea⁶⁴. Tuttavia, anche stavolta, non soddisfa la dimostrazione che ne è stata offerta. Per Finazzi «la cancelleria imperiale non intendeva affatto differenziare il curatore (e il tutore) dal gestore spontaneo quanto al criterio di responsabilità» e «si dovrebbe ritenere che la precisazione circa la responsabilità abbia valore meramente incidentale, descrittivo, e non selettivo di diverse posizioni del curatore (e del tutore), da una parte, e del gestore spontaneo dall'altra». Poiché il risultato è, a suo avviso (ma non se ne comprende il motivo), una formulazione ambigua che avrebbe potuto «ingenerare equivoci», riguardo alla disciplina valevole per i curatori e i tutori, gli pare più verosimile che «il riferimento ai gradi di responsabilità», in particolare con la classificazione di cui qui si discute, sia stato aggiunto posteriormente, con molta probabilità dai compilatori del *Codex* giustiniano «in ciò ispirati dalla riflessione delle scuole orientali di diritto, particolarmente sensibili al momento classificatorio»⁶⁵.

Ebbene, se può concordarsi sulla circostanza che il legislatore non mirava certamente in tale occasione a differenziare la responsabilità dei tutori e dei curatori da quella del gestore spontaneo (qui solo in relazione agli affari effettivamente geriti), non pare, viceversa, possa in alcuna maniera sostenersi che la precisazione circa la responsabilità avesse un valore soltanto incidentale. Evidentemente, il fatto che, in ipotesi effettivamente ve-

⁶³ Sulla paternità diocleziana della specificazione *non tantum dolum et latam culpam, sed et levem*, di cui stiamo per discutere nel testo, fra gli altri, F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 822 nt. 50. Da ultimo, dà per scontata la sua autenticità E. MATAIX FERRÁNDIZ, *Las mujeres y la tutela impuberum durante el reinado de Diocleciano Women and tutela impuberum during Diocletian's reign*, in *Glossae. European Journal of Legal History* 14, 2017, p. 560 s.

⁶⁴ G. MACCORMACK, *Culpa* cit., p. 182 s., che crede nella autenticità del richiamo al dolo e alla *culpa lata*, non esclude del tutto l'eventualità che sia spurio, invece, il solo riferimento alla *culpa levis*. Diversa la posizione degli autori da lui citati alla nt. 171, critici circa la genuinità della locuzione *non tantum dolum et latam culpam, sed et levem*.

⁶⁵ G. FINAZZI, *Ricerche* cit., I, p. 329.

rificatesi, la gestione fosse stata spontanea doveva avere rappresentato un argomento del *gestor* contro le pretese avanzate da Ottavia, volto a sottrarlo a una responsabilità più grave rispetto a quella che rimaneva nei limiti della *culpa lata*; un argomento che forse faceva perno sulla considerazione delle, verosimilmente, più gravi conseguenze che avrebbe patito il gerito se quello non fosse intervenuto nella amministrazione di uno o più dei suoi affari.

Di conseguenza pare priva di qualsiasi valore anche la notazione secondo cui la classificazione di quei gradi di responsabilità sarebbe stata inserita dai giustinianeai «in ciò ispirati dalla riflessione delle scuole orientali di diritto, particolarmente sensibili al momento classificatorio»; tenendo presente che talune scuole di diritto, come la scuola di Berito, erano in piena attività ben prima dell'età diocleziana sembra del tutto verosimile credere che della loro riflessione scientifica (se fu essa a produrre la nostra classificazione) già poterono avvalersi proficuamente coloro che sedevano nella cancelleria di Diocleziano⁶⁶. Nella direzione della genuinità del richiamo ai criteri di imputabilità della responsabilità elencati nel nostro rescritto imperiale sembrerebbe andare, altresì, il contrasto fra tale previsione e quella delle Istituzioni imperiali, sicuro specchio del diritto giustiniano, che con riguardo alla fattispecie della gestione di affari altrui (la cui disciplina non poteva che regolare ormai i casi della gestione spontanea della tutela e della curatela) richiedeva a quel tempo, viceversa, una *exactissima diligentia* (I. 3.27.1: [...] *quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*).

Appena cinque anni prima (all'inizio dello stesso anno in cui venne dato il rescritto accolto in C. 5.51.7, poco sopra discusso) il medesimo legislatore era stato chiamato a risolvere la questione della imputabilità della responsabilità ai fini della eventuale condanna dei successori del curatore⁶⁷, convenuti in giudizio con l'azione utile (stando a quanto si legge nella versione

⁶⁶ Come più di recente ricorda anche F. MERCOGLIANO, *Diligentia quam in suis per i iuristi romani classici*, in *Index* 19, 1991, p. 392 e 403 nt. 109, crede nella genuinità del riferimento alla *culpa levis* H. HAUSMANINGER, *Diligentia* cit., p. 281, il quale cita alla nt. 48 cita la conforme opinione di MacCormack; a suo avviso, il singolare parallelo tra l'espressione *dolo vel lata culpa vel levi culpa* di C. 5.51.7, poc'anzi esaminata, e quella *non tantum dolum et latam culpam, sed et levem* di C. 2.18.20 parla meglio per una sua provenienza diocleziana, che per una interpolazione giustiniana.

⁶⁷ Che si tratti degli eredi e non anche dei successori *inter vivos* è ben argomentato, contro l'opposta idea di Puglisi, da G. FINAZZI, *Ricerche* cit., I, p. 322 s., nt. 363.

giustiniana del rescritto) della gestione degli affari altrui⁶⁸, per il rendiconto della gestione svolta dal curatore e per conseguire «l'invalidazione della alienazione della cosa della minore» che essi avevano eseguito, vantando, come sembra, di essere subentrati nell'ufficio del *de cuius*:

C. 2.18.17: Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione tam dolum quam latam culpam praestare debere nec ad eos officium administrationis transire ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

In analogia con quanto era stato sancito da C. 5.54.1⁶⁹, già esaminata, anche nel rescritto del 287, diretto a Claudia (che verosimilmente lo aveva domandato) e accolto in C. 2.18.17, si individuano nel dolo e nella colpa *lata* le figure nei limiti delle quali quelli saranno ritenuti imputabili per gli atti compiuti dal *curator*.

Anche con riferimento a tale testimonianza, come è facile immaginare, è stata sostenuta l'interpolarazione del richiamo al criterio della *culpa lata*⁷⁰.

Ma come sottolinea, a ragione, de Robertis qui (come nel caso già visto

⁶⁸ G. FINAZZI, *Ricerche* cit., I, p. 323 s., al pari di altri, fra cui qui voglio ricordare almeno M. AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, p. 148 e nt. 76, il quale in appoggio a Kaser pensa che l'*actio utilis* contro il curatore sia opera delle scuole orientali (e tuttavia ben potrebbe obiettarsi che la loro creazione – essendo quelle attive già da diversi decenni – facilmente avrebbe potuto essere recepita dalla cancelleria diocleziana), nega che nel testo originario del rescritto fosse presente il riferimento, che oggi invece si legge nella sua versione giustiniana, all'*actio utilis*; egli si fonda sulla considerazione che trattandosi dell'esperimento, in una procedura cognitoria, di una unica azione (*conventus actione*) contro gli eredi del curatore per farli rispondere in base a titoli differenti, l'azione da sollevare non avrebbe potuto che essere la normale *actio negotiorum gestorum*, l'unica esperibile, a suo avviso, per l'invalida alienazione dei beni della minore eseguita dai successori del *curator* (tale ultima affermazione si trova già in I. ALIBRANDI, *Dell'azione* cit., p. 584); senonché un po' di pagine più avanti (alla nt. 517 di pagina 381) egli, citando tra le altre fonti il nostro rescritto, scrive che «ancora verso la fine del III secolo la cancelleria di Diocleziano e Massimiano impiega largamente il sintagma *actio utilis*»).

⁶⁹ Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche* cit., II.2, p. 316 e nt. 460, e 332.

⁷⁰ Si vd., per tutti, V. ARANGIO-UIZ, *La responsabilità* cit., p. 212, per il quale l'unico criterio di imputabilità originariamente presente nel testo sarebbe stato quello del dolo. Diversamente, per A. DE MEDIO, *Studi* cit., p. 288, allo stesso modo che per Kübler, *culpa lata* starebbe al posto della mera colpa. A favore della paternità diocleziana del rinvio alla *culpa lata*, fra gli altri, G. FINAZZI, *Ricerche* cit., I, p. 322 e nt. 363 (ove è anche altra letteratura); allo stesso modo già G. MACCORMACK, *Culpa* cit., p. 182, che alla nt. 170 dà indicazioni di una letteratura contraria.

dell'erede del tutore) si ha una «eccezione alla regola generale della trasmissibilità passiva delle azioni non *ex delicto*» che bene si giustifica con la circostanza che il successore «il quale doveva rispondere della gestione tenuta dal defunto senza che avesse avuta la possibilità di seguirla, e spesso senza neppure averne avuta notizia, doveva di regola mancare anche dei mezzi per difenderla e giustificarla»⁷¹.

Una notazione marginale, prima di concludere, circa l'*etiam* che per alcuni parrebbe parificare la situazione dei *curatoris successores* a quella del curatore⁷²: sembra, a tale riguardo, del tutto condivisibile la riflessione proposta da Finazzi, secondo cui è lecito immaginare che il legislatore diocleziano «argomentasse, per analogia, dalla regolamentazione della responsabilità degli eredi del tutore» e che ai redattori del Codice, che omisero il richiamo a essi, dovette sfuggire di sopprimere la congiunzione *etiam*, nel nuovo testo⁷³.

Quello che si spera di aver offerto al lettore in queste pagine è qualche minimo spunto di riflessione, bastevole a consigliare una certa cautela nel porre in dubbio l'autenticità della locuzione *culpa lata*, che ricorre nelle costituzioni accolte nel *Codex* del VI secolo, locuzione che qualifica un concetto che ben avrebbero potuto conoscere le cancellerie imperiali di età diocleziana, ma già severiana.

⁷¹ F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 829.

⁷² Per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità* cit., p. 213.

⁷³ G. FINAZZI, *Ricerche* cit., I, p. 332, peraltro, in netto contrasto con quanto egli aveva asserito nello stesso lavoro, alla nota 33 di pagina 106.