

GIANNI SANTUCCI*

LA COLPA NEL DIRITTO ROMANO. MINIME NOTE
INTRODUTTIVE**

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari – 2. L'emersione del concetto di *culpa* nell'ambito dei delitti privati – 3. E successivamente nell'ambito contrattuale – 4. Le diverse forme della colpa – 5. La *diligentia (diligentis) patris familias* – 6. La *diligentia quam in suis* e il suo legame con la *culpa lata*

1. Considerazioni preliminari

Nell'esperienza giuridica romana si delinea, con diversità storiche anche notevoli, un sistema della responsabilità¹ incentrato sui criteri soggettivi di

* Università degli Studi di Trento.

** Ho preferito conservare il mio breve contributo nella stesura destinata alla presentazione orale che avrei dovuto tenere nel primo incontro dei seminari interdisciplinari «Dalla *culpa lata* alla “colpa grave” della legislazione codicistica attuale»; da qui il tono semplice e discorsivo e l'indicazione solo della bibliografia essenziale. Il presente testo costituisce in ampi tratti la rielaborazione di miei precedenti contributi in materia che, di volta in volta, trovano opportuna segnalazione.

¹ Il termine responsabilità, com'è noto, è moderno ed estraneo al linguaggio dei giuristi romani. Non estranea a loro, invece, è la situazione sostanziale del debitore che noi chiamiamo appunto responsabilità, avendo loro creato il concetto di obbligazione con tutto ciò che ne consegue. Fra le tante possibili definizioni che si possono leggere nei manuali di diritto romano, qui appare opportuno ricordare quella offerta da Carlo Augusto Cannata, secondo cui con il termine responsabilità si indica la situazione di un soggetto, che possiamo chiamare per comodità *Titius*, contro il quale l'ordinamento giuridico riconosce ad un altro soggetto, che possiamo chiamare invece *Caius*, una pretesa protetta da azione per un danno sofferto da *Caius*. Definizione ampia che consente di ricomprendere al suo interno la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale. Può infatti accadere che il danno sofferto da *Caius* sia costituito dal fatto che a lui si sottrae un vantaggio che gli sarebbe dovuto derivare dall'adempimento di un'obbligazione che già *Titius* aveva assunto nei confronti di *Caius*: qui siamo nell'ambito della responsabilità contrattuale. Diversamente può accadere che il fatto è visto come dannoso perché viola un diritto di *Caius* ma che a quest'ultimo non era attribuito da un rapporto preesistente di obbligazione sorto fra *Caius* e *Titius*, trovan-

dolo e di colpa cui si affiancano attribuzioni oggettive tendenzialmente eccezionali quale fu, per esempio, il criterio della custodia tecnica nel diritto romano classico. Dei criteri appena enunciati, fondamentale appare quello della colpa, per l'ovvia ragione che è intorno all'accertamento di essa, cioè sulla definizione del confine di ciò che è colpa rispetto a ciò che non lo è, che si decide se vi sia responsabilità o meno. Mentre rispetto al dolo tale problema non si pone affatto, essendo evidente che chi risponde per colpa, a maggior ragione risponde per dolo; principalmente nell'ambito contrattuale e qui, solo in rari e determinati rapporti, come per esempio il contratto di deposito, si circoscrive la responsabilità del debitore unicamente al dolo e allora emerge l'utilità di differenziare fra dolo e colpa². Ricordo ancora, in questa prima illustrazione dei criteri, che al dolo viene tradizionalmente equiparata la *culpa lata* (o *magna*)³, tema conduttore dei nostri seminari, ma

do altrove il proprio fondamento: per esempio, perché si è violato il diritto di proprietà come nel primo e terzo capo della *lex Aquilia*. In argomento: C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, p. 6 s. Sulla tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e sul suo possibile superamento nella teoria del diritto privato cfr. ora P. LAMBRINI, *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli 2019, p. 151 ss.

² La distribuzione di questi criteri all'interno della responsabilità contrattuale era informata al criterio dell'*utilitas contrabentium*, secondo cui la misura della responsabilità contrattuale del debitore viene calcolata in proporzione al vantaggio che quest'ultimo trae dal negozio posto in essere: la più lieve possibile sarà quella di chi non riceve alcuna utilità dal negozio cui partecipa, mentre più onerosa sarà la responsabilità di chi ne trae vantaggio. Emblematico, al riguardo, il confronto, instaurato nelle *Institutiones* di Gaio (Gai 3.205-207), fra la posizione del depositario e quella del comodatario: nel primo caso la responsabilità è normalmente circoscritta al dolo, poiché il depositario presta gratuitamente il suo servizio non avendo alcun interesse nel contratto; soluzione specularmente opposta si rinviene nel secondo caso, dove la responsabilità del comodatario sarà valutata in termini di colpa e di custodia tecnica, poiché il beneficio del contratto ricade unicamente su quest'ultimo cui viene concesso gratuitamente l'uso di una cosa. In argomento cfr. G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2018², p. 69 ss. Sulle complesse tematiche della responsabilità contrattuale e, in particolare, della nozione di colpa, si è depositata una ampia letteratura romanistica, di cui offre adeguati ragguagli adesso S. DI MARIA, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti*, Torino 2020, p. 33 nt. 5.

³ Molte affermazioni dei giuristi sono in tal senso: «*Culpa lata pro dolo accipitur*» si legge, per esempio, nel Digesto. In che cosa consista la colpa grave lo dice Ulpiano nel suo manuale delle *Regulae* (D. 50.16.213.2) «*Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*». La colpa grave consiste nel non comprendere ciò che tutti comprendono. In altre parole: se un soggetto non riesce ad avere neppure quel minimo di diligenza che si ritrova in ogni altra persona non può invocare a sua giustificazione di aver sem-

cui non darò che un minimo spazio, essendo il mio compito piuttosto quello di tentare di offrire un quadro, il meno approssimativo possibile, della nozione di *culpa*.

Com'è noto, i giuristi romani non hanno lasciato – nel consueto loro modo di procedere – una teoria della responsabilità, né tantomeno della *culpa*. Di certo, in relazione a questo criterio di valutazione del contegno di un soggetto – quale che fosse la natura dell'illecito: contrattuale o extra contrattuale – essi mostrano di averne elaborato la categoria partendo dai casi, dove la varietà del tipo di prestazione e di rapporto, anche sotto il profilo processuale, comportava la scelta di soluzioni differenti. Come ci hanno ricordato più volte gli studiosi⁴, è con metodologia casistica, alimentata però da una unitarietà di principi e da una coerenza dogmatica di fondo, che i giuristi tendono a isolare le medesime *rationes decidendi* per problemi simili, costruendo modelli di riferimento differenti fra loro, poiché il tipo di prestazione a seconda dei rapporti obbligatori influiva a diversificare la nozione di *culpa*⁵. In definitiva, i giuristi romani non sono giunti così a costruzioni di tipo teoretico, attività remote alla loro attitudine di pensiero, bensì hanno ragionato mediante una nozione di *culpa* adattabile e fungibile alle differenti particolarità delle circostanze concrete.

2. L'emersione del concetto di *culpa* nell'ambito dei delitti privati

Sotto un profilo storico appare verosimile ritenere che il criterio della *culpa* abbia trovato elaborazione prima nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, quando i giuristi hanno proceduto all'interpretazione del termine *iniuria* presente nella *lex Aquilia*, la cui datazione, benché anche di recente discussa, è plausibilmente da collocare intorno all'inizio del terzo secolo avanti Cristo⁶.

plicemente agito con negligenza o imprudenza, cioè colpa; ma si presume che lui abbia agito con dolo, cioè con la volontarietà di recare danno. In argomento, fra gli altri, G. MACCOR-MACK, *Culpa*, in *SDHI* 38, 1972, p. 176 ss.

⁴ Citazioni bibliografiche in G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997, p. 266 s. nt. 5.

⁵ In argomento si vedano E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* II, p. 1, Padova 1962, p. 336 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 660.

⁶ Circa il problema della datazione si veda di recente il quadro delle ipotesi formulate in S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum. I Il danno nel diritto romano fra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, p. 51 ss.

Nel primo e nel terzo capo della *lex Aquilia* si contempla una pena pecuniaria qualora un danno sia recato *iniuria*: «*damnum iniuria datum*» afferma Gaio nelle sue *Institutiones* (3. 217)⁷. È opportuno comprendere quale significato sia da attribuire al termine *iniuria*. Secondo l'opinione di gran lunga più diffusa ancora oggi e risalente nel tempo, nel testo originario della legge Aquilia, *iniuria* avrebbe significato il torto in senso obiettivo, del tutto sganciata dall'idea soggettiva di colpa. Ad esempio, secondo Alfred Pernice l'*iniuria* rappresenterebbe: «eine rechtswidrige oder unrechtmässige Tatsache, ein objectives Unrecht»⁸, parimenti Contardo Ferrini afferma: «in coerenza alla sua etimologia [*iniuria*] significa la mancanza di diritto nell'agente e però l'obiettività del torto»⁹. In tempi relativamente più recenti gli studiosi hanno ulteriormente precisato il discorso, spiegando che il termine *iniuria* indicherebbe «quella particolare ingiustizia della condotta nell'assenza di cause giustificanti»¹⁰.

In questo senso un'importante testimonianza la si ricava da un noto

⁷ Gai. 3.210: *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanto a res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur* («L'azione di danno ingiusto è prevista nella legge Aquilia, nel cui primo capo è stabilito che se uno abbia ingiustamente ucciso uno schiavo altrui o un altrui quadrupede che rientri fra i *pecudes*, va condannato a consegnare al proprietario il maggior valore di quella cosa in quell'anno»); Gai 3.217: *Capite tertio de omni damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, veluti ursum leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur* («Nel terzo capo si dispone per ogni altro danno. Così se uno abbia ferito uno schiavo o un quadrupede che rientri nel novero delle *pecudes*, o abbia ferito o ucciso un quadrupede che non vi rientri, come un cane, o una bestia feroce quale l'orso o il leone, è concessa azione in questo capo. Anche il danno ingiustamente arrecato agli altri animali, e similmente a tutte le cose inanimate, lo si sanziona con questo capo»).

⁸ A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, p. 26 s.; ID., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle 1895, p. 19.

⁹ C. FERRINI, voce *Danni (azioni di)*, in *Enc. giur. it.* 4, 1911, p. 16.

¹⁰ S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino 1969, p. 83 s. Più di recente G. VALDITARA, *Dalla 'iniuria' alla 'culpa'. Su una dibattuta questione*, in *SDHI* 75, 2009, p. 131 ss.; ID., *Alle radici del danno ingiusto*, ora in G. VALDITARA, F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino 2020, p. 7 ss., cui rimando per un aggiornato inquadramento delle differenti posizioni dottrinali (*ult. op. cit.*, p. 3 ss.).

passo del manuale istituzionale di Giustiniano che rispecchia fedelmente il pensiero dei giuristi classici:

Inst. 4.3.2: Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum ef-fugere non potest.

«Si ritiene che uccida ingiustamente chi uccida senza esercitare alcun diritto. E così chi uccide un ladrone non ne risponde, ovviamente se non può in altro modo sfuggire al pericolo».

Seppure con variazioni sul tema, la dottrina ora richiamata ha ricostruito lo sviluppo storicamente nel seguente modo: alle origini il danno aquiliano avrebbe previsto unicamente una responsabilità di tipo oggettivo; in un momento successivo, orientativamente fra il secondo e il primo secolo avanti Cristo, sarebbe emerso anche un profilo della responsabilità di tipo soggettivo, espresso dal concetto di colpa.

Tale ricostruzione appare del tutto logica e coerente in una prospettiva evolucionistica del diritto. In una prima fase si può ben pensare che, nell'identificare il responsabile dell'illecito, avesse un ruolo prioritario la mera evidenza materiale del fatto: in parole dirette si sarebbe potuto dire: "tu hai causato materialmente il danno, e solo per questo tu ne sei responsabile". L'unica eccezione era la presenza di cause di giustificazione che annullavano l'elemento dell'antigiuridicità (*iniuria*), altrimenti sempre presente, perché radicato nell'idea stessa del danno recato.

Nel corso del tempo, però, anche in ragione di una maggiore complessità sociale ed economica, un siffatto modo di pensare dovette sembrare inadeguato, perché la sola presenza delle cause di giustificazione come elemento per annullare l'antigiuridicità dell'atto lasciava aperto il campo a tutta una folla di situazioni in cui l'attribuzione della responsabilità fondata sulla *iniuria* obiettiva appariva comunque iniqua. Da qui l'idea di riconoscere la responsabilità per il danno non solo in base al nesso di causalità e all'assenza di cause di giustificazione (cioè l'antigiuridicità), ma anche in base alla verifica di un comportamento riprovevole da parte dell'agente, in quanto colpevole: per applicare le sanzioni della *lex Aquilia* bisognava quindi anche verificare che l'agente avesse agito con dolo o con colpa.

Diversamente dalla opinione comune, di recente Maria Floriana Cursi, sviluppando un'idea già presente nell'opera del grande penalista Karl Binding e in quella del romanista Max Kaser, è giunta alla conclusione

che l'*iniuria* della *lex Aquilia* non costituisce, in realtà, una forma di anti-giuridicità oggettiva. Essa, invece, sarebbe stata all'inizio indice di dolo, in particolare essa avrebbe indicato la volontà di provocare un danno con la consapevolezza di arrecare, in questo modo, offesa al proprietario della cosa danneggiata. Quindi la studiosa interpreta l'*iniuria* in termini di dolo¹¹.

Sia che l'*iniuria* nella *lex Aquilia* significasse inizialmente anti-giuridicità oggettiva come vuole la dottrina maggioritaria, sia che essa fosse indice di un atteggiamento volitivo doloso come vuole la Cursi, è certo che l'originaria scissione fra anti-giuridicità (*iniuria*) e *culpa*, intesa come elemento soggettivo della condotta, verrà composta dall'interpretazione dei giuristi romani come testimoniano alcune fonti in modo inequivocabile:

Innanzitutto Gaio nel suo manuale:

Gai. Inst. 3.211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

«Si considera che uccida ingiustamente colui per dolo o per colpa del quale l'uccisione avvenga. Il danno arrecato senza torto non è sanzionato da nessuna altra legge: e così rimane senza sanzione chi per un qualche caso, senza colpa e dolo, cagiona il danno».

Esemplare poi la testimonianza del commento editale di Ulpiano:

D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarium actionem contumeliam quondam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit (...)*

«In questo contesto il termine *iniuria* non va inteso nel significato di oltraggio, come avviene quando si parla del delitto di ingiurie, ma come

¹¹ Con anche i riferimenti alle dottrine di Binding e di Kaser, si veda: M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, p. 12 ss.; EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2021², 35 ss.

indice di ciò che non è fatto con il diritto di farlo, cioè è fatto in contrasto col diritto, vale a dire se qualcuno avrà ucciso colposamente».

L'insegnamento, infine, è conservato nelle Istituzioni di Giustiniano:

Inst. 4.3.3: *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla invenitur; nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.*

«Non è tenuto in base a questa legge neppure colui che uccide determinato dal caso, purché non risulti in lui alcun atteggiamento colposo, senza dubbio, infatti, chiunque risponde in base a questa legge non solo e non tanto per dolo, quanto per colpa».

L'*iniuria* per i giuristi romani consiste nell'agire con dolo o con colpa: quindi nella giurisprudenza romana si sancisce la piena identificazione fra *iniuria* e «colpevolezza»¹². Per la dottrina maggioritaria si giunse a interpre-

¹² Il processo di identificazione fra anti-giuridicità e colpevolezza ad opera dei giuristi romani trovò piena conferma nella lunga stagione dell'esperienza giuridica medioevale a partire dai glossatori preaccursiani fino agli umanisti. Le cose iniziarono a mutare profondamente a partire dal diciassettesimo secolo nel fiorire del giusnaturalismo. Uno dei massimi esponenti di questa scienza, Ugo Grozio, non solo elaborò una nozione dell'illecito extracontrattuale, appellato «*maleficium*», abbandonando per la prima volta la concretezza casistica del diritto romano a favore di una definizione generale ed astratta, ma, sulla scorta della dottrina canonistica, assunse nella propria dottrina un concetto di *iniuria*, non più coincidente con quello ulpiano, ma rispondente all'idea generale di ingiustizia, svincolato dalla presenza della colpevolezza. La scienza giusnaturalistica successiva proseguì con decisione sulla via tracciata da Grozio. Ma la svolta radicale e destinata ad incidere profondamente su alcune moderne esperienze legislative si rinviene nell'opera di Christian Thomasius. Una famosa dissertazione dell'eminente giusnaturalista tedesco porta l'eloquente titolo «*Larva legis Aquiliae detracta actioni de danno dato, receptae in fori Germanorum*», già di per sé capace di evocare l'incolmabile distanza con il diritto romano. In questa prospettiva il principio del *neminem laedere* – espressione del diritto delle genti (o naturale) – costituisce l'unico ed essenziale presupposto per la legittimazione all'azione di risarcimento del danno. Il netto spostamento del baricentro dalla colpevolezza dell'agente e dalle modalità della lesione all'evento dannoso e al suo risarcimento apre la strada al criterio della responsabilità oggettiva: nella concezione di Thomasius, in definitiva, qualunque danno deve essere risarcito, indipendentemente dalla colpevolezza o meno dell'agente. La nozione obiettiva di *iniuria* costituisce il fondamento dogmatico per una figura giuridica che i giuristi romani negavano invece espressamente: la responsabilità dell'incapace (*furiosus* o *infans*), che fu accolta, proprio in virtù dell'influenza del pensiero di Thomasius, nelle codificazioni di area germanica e in quello ita-

tare l'*iniuria* come *culpa* soggettiva per superare il dato dell'antigiuridicità obiettiva; per la Cursi si giunse alla *culpa* soggettiva ampliando l'originaria concezione più ristretta dell'equiparazione *dolus* uguale *iniuria*.

3. E successivamente nell'ambito contrattuale

In un secondo periodo di tempo il paradigma della *culpa* fu utilizzato dai giuristi nell'ambito dei contratti (e dei quasi contratti)¹³. A questo proposito conviene preliminarmente ricordare la distinzione fondamentale in questi rapporti negoziali fra *iudicia stricti iuris* e *iudicia bonae fidei*¹⁴. Nei giudizi di stretto diritto la colpa non emerge nelle obbligazioni di *dare*, cioè di trasferire la proprietà, dove si applica in diritto classico un particolare criterio di responsabilità. Il debitore risponde fintanto che la prestazione rimane possibile oppure se l'impossibilità sopravvenuta dipende dal *factum debitoris*, cioè da un comportamento positivo: una azione cosciente, non importando se l'evento dannoso fosse voluto o meno, quindi si prescindeva da una valutazione soggettiva del comportamento del debitore¹⁵.

Invece il concetto di colpa, come anche quello di dolo, furono applicati fin dalla prima età classica nei giudizi di buona fede. In quest'ultimi è presente nella *intentio* della formula redatta dal pretore il riferimento alla buona fede («*ex fide bona*»). Questo impone al giudice di valutare con discrezionalità il rapporto sostanziale, diversamente da quanto avviene nei *iudicia*

liano vigente, dove all'art. 2047, in difetto della presenza di un sorvegliante, è contemplata la responsabilità diretta dell'incapace, indipendentemente dall'accertamento di una sua colpevolezza. Per una prima informazione sintetica e recente di questo complesso percorso e delle sue specifiche ricadute normative mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *The meaning of iniuria in Lex Aquilia. A historical sketch*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino* 6, Tricase 2016, p. 527 ss.

¹³ Sul punto C.A. CANNATA, *Sul problema cit.*, p. 6.

¹⁴ Un primo e utile ragguaglio storico e dogmatico dei temi della *fides* e della *fides bona* si trova nelle voci enciclopediche di G. GROSSO, s.v. «Buona fede a) Premesse romanistiche», in *ED V*, Milano 1959, p. 661 ss. (ma dello stesso autore v. anche *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino 1967, p. 64 ss.); P.D. SENN, s.v. «Buona fede nel diritto romano», in *Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile II*, Torino 1988, p. 129 ss. Per un inquadramento recente degli studi romanistici sui giudizi di buona fede si veda L. FRANCHINI, *La recezione dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli 2015.

¹⁵ In argomento per tutti C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'* [1966], ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano I*, Torino 2011, p. 169 ss.

stricti iuris dove il giudice è vincolato unicamente a verificare il contenuto dell'*intentio* imposto dal pretore. La buona fede suggerisce al giudice di valutare se nel rapporto sostanziale le parti si sono comportate fra loro con lealtà e correttezza, appunto secondo buona fede; ciò incide anche sulla configurazione della responsabilità dei contraenti perché le idee di lealtà e di correttezza implicano non solo la contrarietà al dolo (D. 17.2.3.3, Paul. 32 *ad ed.*: «*fides bona contraria est fraudi et dolo*») ma anche l'idea che la prestazione debba essere eseguita correttamente, cioè fornita di tutti quei requisiti che il creditore ragionevolmente si aspettava, e quindi che sia avvenuta in assenza di colpa.

È opportuno fornire un significativo esempio di quello che fu il percorso intellettuale dei giuristi in questa prospettiva. Il caso è quello del contratto di società: la struttura negoziale di questo contratto nel diritto romano è semplice: oggi come allora, accanto al socio che contribuiva in società con capitale (denaro o altri beni, mobili e immobili), si poteva profilare la figura del socio d'opera, il cui conferimento consisteva in *opera, ars e industria*. Si legga il seguente frammento di Ulpiano:

D. 17.2.52.1-2 (Ulp. 31 *ad ed.*): Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides. (2) Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.

«In questo giudizio di società assume rilevanza la buona fede. (2) Ci si chiede se il socio debba rispondere soltanto per dolo o anche per colpa. E Celso nel settimo libro dei *Digesta* così scrive: i soci debbono rispondere fra loro per dolo e per colpa. Se nel formare una società, dice Celso, uno dei soci ha promesso la propria opera e tecnica, come quando si deve pascolare il bestiame in comune, o quando affidiamo un fondo ad un agricoltore specializzato perché provveda alla raccolta dei frutti in comune, certamente in questo caso si deve rispondere per colpa: infatti l'opera e la tecnica equivalgono al conferimento del capitale. Se un socio ha recato danno al patrimonio comune, tanto più deve rispondere per colpa».

Ulpiano ricorda innanzitutto che la buona fede è presente nell'*intentio* dell'azione *pro socio* ("oportere ex fide bona")¹⁶. Collegata a questa prima affermazione è la questione se il socio debba rispondere nei confronti dell'altro socio solo per dolo o anche per colpa. Si tratta di una questione su cui i giuristi avevano opinioni differenti, quindi un caso di *ius controversum*, in questo senso depono la presenza del termine tecnico "*quaeritur*" con cui i giuristi romani erano soliti indicare l'esistenza di una controversia fra loro.

La risposta alla *quaestio* avviene mediante il richiamo dell'opinione di Celso: se il socio promette di conferire la propria attività tecnica, mentre l'altro socio promette di conferire un capitale; il socio che presta la propria attività lavorativa deve anche rispondere per colpa. Gli esempi sono quelli del socio che conferisce la sua attività di pastore o di agricoltore specializzato¹⁷ e il socio di capitale è quello che fornisce il gregge o il fondo agricolo.

Perché Celso e Ulpiano affermano la responsabilità anche per colpa nel caso del socio d'opera? Assume particolare rilievo la motivazione fornita da Celso per giustificare l'allargamento della responsabilità per colpa: «*pretium enim operae artis est velamentum*», sintagma, la cui incerta tradizione testuale rende complessa una traduzione letterale, ma il cui significato nella sostanza è che l'apporto di opera e della relativa tecnica copre – nel senso di essere equivalente – il valore di capitale.

Il socio risponde anche per colpa tutte le volte che ha conferito in società una prestazione d'opera. Il ragionamento è il seguente: il conferimento da parte di un socio della propria attività, specie se di pregio, comportando una sua partecipazione agli utili doveva realizzarsi nella misura promessa al momento della conclusione del contratto. La sola imputazione per dolo,

¹⁶ Si legga il testo della formula dell'*actio pro socio* come appariva nell'editto del pretore: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius N. Negidio societatem omnium bonorum coiit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere praestare oportet ex fide bona, dumtaxat quod N. Negidius facere potest, eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito* («Sia giudice C. Aquilio, posto che A. Agerio ha concluso con N. Negidio una società relativa all'intero patrimonio – materia del contendere – con riguardo a tutto ciò che, in forza di tale rapporto, N. Negidio deve dare o fare o di cui deve rispondere in favore di A. Agerio secondo buona fede, nei limiti delle possibilità di N. Negidio il giudice condanni N. Negidio nei confronti di A. Agerio, se non apparirà, lo assolva»). In argomento O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, p. 297 ss.

¹⁷ *Politio* è parola del lessico agricolo latino con cui si denominavano le operazioni di pulizia del fondo che seguivano alla raccolta dei frutti, oltre che quelle di zappatura e di sarciatura.

che si realizzava mediante l'accertamento della volontarietà dell'illecito e della malafede, poteva costituire un criterio soddisfacente per valutare l'eventuale inadempimento del socio d'opera? La risposta doveva essere negativa. Il socio d'opera, infatti, era tenuto a svolgere un'attività secondo le modalità e i requisiti vantati e promessi nella fase delle trattative contrattuali. Rispetto all'inadempimento della prestazione di *facere* del socio, quindi, risultava necessario valutare l'effettivo comportamento in relazione al modello, astratto o concreto, nel rispetto del quale il socio d'opera si era impegnato ad eseguire la propria prestazione. Sotto questo profilo, bastava verificare che la sua esecuzione fosse stata non conforme e difettosa rispetto al modello prefissato e il criterio utilizzato dai giuristi per valutare ciò era ovviamente quello della colpa. Nel caso proposto si trattava di *culpa-imperitia* poiché le prestazioni del pastore e del *politor*-agricoltore specializzato, erano prestazioni tecniche caratterizzate dal conferimento di perizia.

4. Le diverse forme della colpa

Per i giuristi romani la colpa assume diverse sfumature. A questo proposito si può parlare di *culpa-neglegentia*, cioè di colpa determinata dalla mancanza di diligenza ordinaria; di *culpa-imprudentia*, cioè di colpa determinata dalla mancanza di prevedibilità degli effetti conseguenti ad un comportamento; di *culpa-imperitia*, cioè di colpa determinata dall'assenza di perizia. Talvolta la contemporanea romanistica annovera all'interno del paradigma della colpa anche i casi in cui il debitore risulti inadempiente per il semplice fatto di aver violato un limite stabilito contrattualmente¹⁸: prevale l'idea oggettiva di aver contravvenuto ad un divieto e non emerge alcuna idea soggettiva di negligenza o altro¹⁹.

¹⁸ Così C.A. CANNATA, *Il problema cit.*, p. 62 ss.

¹⁹ Un caso di violazione del limite contrattuale è esposto nel seguente frammento di Alfeno Varo D. 19.2.30.2 (Alf. 3 dig. a Paulo epit.): *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset consulebat de actione. respondit vel ex lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tamen tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius ea rupisset, cum conductore recte agi* («Una persona diede in locazione delle mule con un limite di carico; avendole il conduttore fiaccate caricandole con un peso maggiore rispetto al limite, chiedeva quale azione potesse esperire. Alfeno rispose che egli poteva correttamente esercitare o l'azione della legge Aquilia o l'azione contrattuale, ma sulla base della legge Aquilia si poteva agire solo nei confronti di colui che si occupava delle mule nel momento dell'accaduto, mentre con l'azione contrattuale si sarebbe potuto agire nei confronti del conduttore, anche se fosse stato un altro a danneggiare le mule»).

Si tratta di sfumature nel senso che molte volte i giuristi affermano semplicemente la responsabilità per colpa e per noi moderni non è sempre facile cogliere se l'inadempimento del debitore trovasse la sua causa in una forma di negligenza ordinaria oppure di imprudenza o mancanza di perizia. Che si trattasse di una sfumatura o di un'altra, ovviamente sotto il profilo pratico è un problema che – a parte il caso dell'imperizia, di cui solo il possessore di una tecnica o arte poteva rispondere – non aveva alcuna importanza.

Una nota testimonianza di Ulpiano ci consente di apprezzare la varietà dei difetti che i giuristi romani riconducevano alla unitaria figura della colpa:

D. 19.2.13.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): Si navicularius onus Minturnae vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo si culpa caret, non teneri ait: ceterum si, vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.

«Se un armatore ha preso in conduzione («*conduxerit*») il trasporto di un carico a Minturno e, non potendo la sua nave entrare nel fiume Minturnense, egli trasferì il carico di merci su un'altra nave e questa naufragò all'imbocco del fiume, è tenuto il primo armatore? Labeone afferma che egli non è responsabile, se sia esente da colpa; ma se lo fece contro la volontà del proprietario delle merci, o in un momento in cui non avrebbe dovuto farlo, oppure, ancora, si servì di una nave inadatta (a trasportare quelle merci o a navigare in fiume), allora si dovrà agire nei suoi confronti con l'azione di locazione».

Un armatore navale si è obbligato contrattualmente a trasportare un carico di merci nel porto di *Minturnae*. La sua nave non può entrare nel fiume *Minturnense* per ragioni tecniche: probabilmente perché ha uno scafo troppo profondo e rischia di incagliarsi nel fiume che ha un fondale basso. Egli decide allora di trasferire il carico di merci su un'altra nave, ma questa naufraga all'imbocco del fiume. Nasce il problema di una sua possibile responsabilità per la perdita del carico nel naufragio. Labeone afferma la responsabilità per colpa dell'armatore qualora si sia verificata una delle tre seguenti distinte ipotesi:

- a) Se l'armatore ha trasferito il carico da una nave all'altra contro la volontà del proprietario delle merci, la sua colpa consiste nell'aver violato un limite stabilito contrattualmente.

- b) Se l'armatore lo ha fatto in un momento temporale sbagliato: la sua colpa potrebbe essere determinata tanto dal fatto di non aver previsto l'effetto (naufragio), quindi per una colpa-imprudenza, quanto da mancanza di perizia. In questo caso le due sfumature tendono a confondersi.
- c) Se l'armatore ha scelto per il trasferimento una nave non idonea (evidentemente per navigare in quel fiume, quindi invece che servirsi di una chiatta, si è servito di un'imbarcazione con lo scafo troppo profondo o difficile da governare nella foce o nel letto del fiume) il problema appare essere fondamentalmente quello di mancanza di perizia, cioè di scarsa conoscenza tecnica, quindi di colpa-imperizia.

Mentre la colpa, intesa come mancanza della diligenza ordinaria oppure come imprudenza, è criterio per valutare l'inadempimento di qualunque debitore, la mancanza di perizia è un criterio proprio solo dell'obbligato che si è assunto l'esecuzione di prestazioni tecniche, concludendo il contratto come esperto della tecnica relativa. In questo senso, oltre al passo già letto in tema di società dove si tratta di un socio pastore che promette il suo lavoro (*opera*) e la sua perizia tecnica (*ars*), leggiamo il seguente passo in cui è sempre citato Celso:

D. 19.2.9.5 (Ulp. 32 *ad ed.*): Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam autem esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

«Nell'ottavo libro dei *Digesta*, Celso scrisse che anche l'imperizia deve considerarsi colpa: se qualcuno abbia ricevuto in conduzione dei vitelli con il compito di pascolarli, ovvero abbia ricevuto in conduzione un qualche indumento per lavarlo o rammendarlo, egli è tenuto per colpa e colpa sono gli errori che egli ha commesso per imperizia: perché sicuramente, affermava Celso, egli ha concluso il contratto di locazione-conduzione in qualità d'esperto (nei relativi settori)».

Ulpiano riporta l'opinione di Celso, che afferma la responsabilità contrattuale per colpa-imperizia del conduttore in ragione del fatto che si è assunto l'esecuzione di una prestazione tecnica in qualità di esperto della medesima («*quippe ut artifex... conduxit*»). È importante osservare che il criterio della colpa-imperizia gioca il suo ruolo unicamente nell'ambito delle prestazioni tecniche artigianali o professionali. E può accadere che un *artifex* sia obbligato ad eseguire una prestazione tecnica, accanto ad una o altre prestazioni non

tecniche e solo la prima sarà valutata secondo il criterio della colpa-imperizia. Di questo abbiamo un esempio in un secondo testo, sempre di Ulpiano, dove il lavandaio (*fullo*) sarà tenuto per colpa-imperizia per quanto attiene alla sua prestazione di lavaggio degli indumenti, ma qualora abbia sbagliato, consegnando un mantello ad un cliente diverso dal proprietario, il problema non tocca più la perizia ma la responsabilità per custodia tecnica che discende sempre dal contratto di *locatio-conductio operis*.

D.19.2.13.16 (Ulp. 32 *ad ed.*): Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.

«Se un lavandaio ha ricevuto degli abiti da pulire e i topi li hanno roscicchiati è tenuto con l'azione di locazione, perché doveva premunirsi contro questa evenienza²⁰. E se il lavandaio ha scambiato un mantello e ha consegnato a un cliente quello appartenente a un altro, sarà tenuto con l'azione di locazione, anche se lo abbia fatto inconsapevolmente²¹».

5. *La diligentia (diligentis) patris familias*

Non voglio ora, né me lo potrei permettere per questioni di tempo, toccare in questa sede la delicata e controversa distinzione fra le nozioni di responsabilità oggettiva e soggettiva²², tuttavia appare indiscutibile che il sistema di responsabilità fondato sulla colpa presenti un carattere oggettivo, nel senso che per valutare la colpa del debitore è necessario instaurare una comparazione fra la condotta concretamente posta in essere dal debitore nell'occasione in cui si è prodotto l'illecito (extracontrattuale o contrattuale) e un modello di comportamento, adottato come paradigma di confronto. A partire dall'esperienza romana dell'età della Repubblica, la tradizione giuridica conosce principalmente il modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias*²³.

²⁰ In questo caso il lavandaio risponde nei limiti della colpa.

²¹ In questo caso la responsabilità del lavandaio è per custodia tecnica.

²² Mi permetto per un primo abbozzo della questione di rinviare a G. SANTUCCI, *Il socio d'opera cit.*, p. 264 ss. e nt. 3.

²³ Ai fini di un inquadramento storico-dogmatico possono essere ancora utili: C. FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, in *Atti della R. Accademia di Scienze mor. e*

Per affermare, infatti, che un soggetto abbia commesso ingiustamente un danno o non abbia adempiuto alla prestazione dovuta per colpa, il giudice non deve indagare la volontà del soggetto come nel caso del dolo, dove si pone la necessità di un'indagine sul suo legame volontario con il pregiudizio causato alla controparte. Nel valutare la colpa, il giudice dovrà svolgere una semplice operazione intellettuale: verificare la coerenza del comportamento concretamente tenuto dal soggetto con quello attribuibile ad un modello. Tale semplice operazione di confronto avviene oggettivamente: ha il debitore adempiuto la propria prestazione secondo i criteri e le regole previste oggettivamente dal modello scelto? Prima possibile risposta: sì, allora il debitore non è responsabile. Seconda possibile risposta: no, allora il debitore è responsabile per colpa²⁴.

Il fulcro dell'individuazione della colpa risiede evidentemente nella scelta del modello. Nella maggior parte dei casi i giuristi romani hanno costruito siffatto paradigma con riferimento ad un tipo astratto e medio ricavato dalla complessiva esperienza sociale che li circondava. I Romani parlavano dell'uomo medio, *frugi et diligens*, cioè onesto e diligente, oppure del *prudens et diligens paterfamilias*²⁵. La tradizione giuridica occidentale, e non solo quella, riconosce ancora questo modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias*: basti pensare al *buon padre di famiglia* del codice civile italiano, al *bon père de famille* del *Code Napoléon*²⁶ o al *diligente padre de familia* del *Código Civil* spagnolo e così via, e ispira anche modelli parimenti astratti e similari nella struttura e operatività, come quello presente nel Co-

pol. di Napoli XXXII, Napoli 1901, p. 141 ss.; C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino 1934, p. 5 ss.; con riferimento in particolare al codice vigente: M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano 1959, p. 333 ss.; V. DE LORENZI, *Buon padre di famiglia*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ. II*, 1988, p. 126 ss. Sulle critiche maturate intorno a questo modello si vedano C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)* [1981], ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti I*, cit., p. 359 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano 1991, p. 241.

²⁴ Tale impostazione è lumeggiata in modo ineccepibile da C.A. CANNATA, *Sul problema cit.*, p. 21 ss. e 49.

²⁵ Per un primo inquadramento con le fonti pertinenti C.A. CANNATA, *Sul problema cit.*, p. 22 ss.

²⁶ Ricordo che di recente l'espressione *bon père de famille* è stata vittima dell'art. 26 della legge 2014-873 del 4 agosto del 2014 *Pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* che l'ha sostituita puntualmente ora con l'avverbio «raisonnablement» ora con l'aggettivo «raisonnables».

dice civile tedesco. Si sa, infatti, che nella formazione del BGB il riferimento tradizionale al *diligens pater familias*, oggetto di critiche in dottrina, fu sostituito con un modello comunque sostanzialmente analogo, cioè quello della diligenza che si richiede dai più nel traffico giuridico: basta leggere il § 276 BGB: (2) «Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt»²⁷.

Di volta in volta, di fronte al caso concreto il giurista romano costruisce il modello di riferimento appropriato interpretando le regole sociali ed economiche pertinenti secondo il criterio di responsabilità dell'uomo medio e ragionevole.

Emblematico a questo proposito un passo del giurista Venuleio che prende in considerazione l'adempimento di una stipulazione di *dare*, cioè di trasferire in proprietà, una cosa in determinato luogo, e dove la prestazione di *dare* implica anche un *facere*:

D. 45.1.137.2 (Ven. 1 *stip.*): Cum ita stipulatus sum “Ephesi dari?” inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se sponderit, neque diplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire.

«Quando ho stipulato che una cosa venga data a Efeso, il tempo (necessario alla realizzazione della consegna) è inerente al contenuto della stipulazione e ci si chiede come lo si debba intendere, e si dirà piuttosto che tale valutazione deve essere rimessa alla decisione di un giudice, cioè di un *vir bonus*, il quale calcoli in quanto tempo un *pater familias* diligente possa effettivamente fare quanto invero abbia promesso di fare; in modo che chi abbia promesso di *dare* ad Efeso non sia costretto a percorrere le stazioni postali di giorno e di notte, né a continuare il

²⁷ In argomento e circa la discussione sulle identità fra il modello tedesco e quello di origine romana cfr. G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano 1955, p. 38 ss.

viaggio in condizioni metereologiche avverse; né, al tempo stesso, debba procedere nel viaggio in modo talmente lento da apparire degno di rimprovero; bensì il giudice dovrà valutare il tempo che il debitore deve impiegare per giungere tempestivamente tenuto conto della stagione, del suo sesso, del suo stato di salute, cioè impiegando un tempo uguale a quello che la generalità delle persone che si trovino nelle medesime condizioni sarebbero solite impiegare».

Come si vede chiaramente dalla facile lettura del testo, il giurista nel considerare in che modo il giudice, operando da uomo corretto quale è un *vir bonus*²⁸, debba calcolare il tempo necessario al debitore per l'adempimento, imposta il problema secondo un metro di ragionevolezza e di medietà, recuperando come paradigma e criterio di misura il senso comune presente nella maggioranza delle persone e lo cala nel caso concreto, alla luce delle condizioni della persona del debitore e delle effettive circostanze della prestazione dovuta.

Ulteriori esempi, tratti dalla casistica extracontrattuale possono ancora chiarire concretamente la nozione di *diligens pater familias*:

D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*): Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esse, cum periculum evitari non possit, secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fieret, quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem videri transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

«Se un potatore lasciando cadere un ramo dall'albero, o l'operaio che lavorava sopra un'impalcatura abbia ucciso uno schiavo che passava di

²⁸ Il giudice nel valutare l'adempimento del promittente deve comportarsi come un *vir bonus*, paradigma che non coincide con quello del *bonus et diligens pater familias*, come ho cercato di dimostrare in G. SANTUCCI, *Il giudizio del vir bonus nel diritto di usufrutto*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir Bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio Trani 28-29 ottobre 2011*, Bari 2013, p. 139 ss.

lì, è tenuto nel caso che abbia gettato la cosa in luogo pubblico e non abbia preavvertito a piena voce affinché fosse possibile evitare quanto cadeva. Ma Mucio affermò che si può agire in giudizio per la responsabilità per colpa, anche se lo stesso evento si sia verificato in un luogo privato: perché la colpa consiste nel fatto che non si sia previsto quanto una persona diligente era in grado di prevedere, oppure nel caso che si abbia avvisato quando non era oramai più possibile evitare il pericolo. In virtù di questo principio non ha molta importanza che il passante transitasse in luogo pubblico o in luogo privato, in quanto è assai frequente che vi sia transito anche in luoghi privati. Se invece nel luogo di cui si tratta non vi era solitamente alcun passaggio, egli risponderà unicamente di dolo, cioè che non deve lanciare cose addosso ad un passante vedendolo in transito: non si può infatti considerarlo responsabile per colpa, in quanto egli non poteva prevedere che qualcuno sarebbe passato di lì».

Il potatore (o il carpentiere) lancia un ramo senza preavvertire e uccide uno schiavo che transitava sotto l'albero o l'impalcatura. La soluzione giuridica dipende unicamente dal fatto se il potatore (o il carpentiere) si sia comportato in modo imprudente, cioè non abbia ragionevolmente pensato alle conseguenze pericolose per altri del suo atto (*culpa-imprudencia*). Egli è in colpa perché non ha previsto quanto una persona diligente doveva prevedere, è opportuno rimarcare l'idea di doverosità: appartiene oggi al nostro senso comune – come duemila anni fa a quello dei Romani – che una persona mediamente previdente e diligente prima di lanciare un ramo dall'alto in luogo che può essere frequentato da altre persone avvisi del pericolo e verifichi preventivamente di non colpire nessuno. L'altro elemento, da cui poter argomentare la soluzione, cioè se l'evento fosse avvenuto in luogo pubblico o privato, appare ininfluenza. Perché ciò che rileva unicamente, come appena detto, è la presenza del concetto di colpa definito dal giurista Quinto Mucio Scevola, cioè il non prevedere ciò che un *diligens pater familias* dovrebbe ragionevolmente prevedere. E quindi appare ragionevole che in luogo in cui vi sia transito, indipendentemente che questo sia pubblico o privato, bisogna preavvertire e verificare il passaggio prima di far cader alcunché; precauzione non necessaria se tale comportamento si verifica in un luogo in cui è solito non avvenire alcun passaggio, in questo caso la responsabilità del comportamento sarà sanzionata solo nel caso di dolo.

Nella medesima prospettiva si rivela assai interessante una altrettanto nota testimonianza gaiana:

D. 9.2.8.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): Idem Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit, vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram, idem iuris est in personam eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

«Anche del mulattiere si afferma comunemente che è responsabile per colpa se per imperizia non abbia potuto governare lo slancio delle mule, facendole così schiacciare uno schiavo altrui. La stessa cosa si dice se non è riuscito a trattenere lo slancio delle mule a causa della propria infermità: infatti non sembra ingiusto ascrivere a colpa l'infermità, poiché nessuno deve intraprendere un'attività nella quale sa o deve sapere che la sua infermità risulterà pericolosa per gli altri. La medesima regola vale nei confronti di chi per imperizia o per infermità non abbia potuto trattenere l'impeto del cavallo su cui viaggiava».

Il condurre un carro trainato da mule in strade altamente frequentate come quelle di Roma implica presso il mulattiere il possesso di perizia. Perizia significa conoscere e applicare un bagaglio di conoscenze tecniche e pratiche nella conduzione e nel governo delle mule. Certamente a lui sarà ascrivibile una responsabilità per colpa in caso di sua imperizia, ma in altri casi entrerà in gioco la *culpa-imprudencia*, quando, per esempio, pone in essere un'attività che potrà rivelarsi rischiosa per i terzi. Il mulattiere che, pur soffrendo di un'infermità, per esempio una febbre alta o una mano dolente, decida ugualmente di condurre le mule verserà in uno stato di colpa: una persona mediamente diligente, il *diligens et prudens paterfamilias*, ha l'obbligo di prevedere che, conducendo un carro in simili precarie condizioni fisiche, potranno sorgere pericoli per terze persone. Di seguito alla descrizione del caso, Gaio enuncia una vera e propria *regula iuris* che sottende alla sua decisione: nessuno deve intraprendere un'attività nella quale sa o deve sapere che la sua infermità risulterà pericolosa per gli altri. Oggi, come allora, il nostro vivere sociale ci impone la medesima regola.

Altri esempi potrebbero essere offerti, ma appare già manifesta l'idea fondamentale che i giuristi romani di volta in volta interpretano il caso concreto alla luce di una serie di regole ora consolidate in generale nella società

civile, ora specifiche di una data arte o professione, come nei casi della responsabilità per imperizia. Ovviamente potevano sorgere in concreto difficoltà nel valutare se si dovesse o meno imputare un determinato danno a carico di un debitore e comunque non sempre era un'operazione ovvia l'identificare la misura degli obblighi a carico di un soggetto in modo tale da rispettare l'idea dell'uomo di media diligenza all'interno del concreto rapporto. A questo riguardo può essere letto:

D. 19.2.19.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pasuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.

«Se taluno avrà dato in locazione delle botti difettose da cui il vino fuoriuscì, sarà tenuto a risarcire il danno nei limiti di ciò che era l'interesse della controparte e non sarà giustificata la sua ignoranza, e così scrisse anche Cassio. Altrimenti se hai dato in locazione dei fondi per il pascolo, dove crescevano erbe velenose; in questo caso, infatti, se le pecore morirono o comunque si ammalarono a causa del cattivo foraggio, sarà dovuto quanto è nell'interesse della controparte, se tu eri a conoscenza della presenza del foraggio velenoso; se invece non ne eri a conoscenza ti limiterai a non pretendere il canone d'affitto, e questa era l'opinione indiscussa di Servio, Labeone, e di Sabino».

Ulpiano presenta due casi apparentemente uguali, cui tuttavia conseguono soluzioni fra loro opposte. Le due opinioni riportate nel frammento – la prima di Cassio, la seconda comune a Servio, Labeone e Sabino – si pongono fra loro in contraddizione. Nel caso di locazione di botti difettose il locatore è responsabile per il difetto anche se non ne era conoscenza, mentre nel caso di locazione di un'area destinata al pascolo, egli è responsabile solo se ne era a conoscenza, cioè in dolo.

I presupposti delle fattispecie sotto il profilo giuridico sono identici; perché allora i giuristi giungono a soluzioni differenti? Le ragioni si possono rinvenire nella diversità dell'oggetto locato. La verifica del buono stato di una botte – oggetto di per sé di struttura assai semplice e facilmente ispezionabile – appare un onere che rientra pienamente nella diligenza ordinaria posta a carico del locatore e quindi in questo caso era suo dovere conoscere

eventuali difetti dell'oggetto. Nel secondo caso l'attività di controllo dell'assenza di piante nocive su un'area di pascolo, spesso di grandi dimensioni e comunque soggetta a continue e incontrollabili impollinazioni potrebbe facilmente costituire un'operazione tale da richiedere uno sforzo e una attenzione straordinari, ben al disopra del livello di una diligenza ordinaria; un dovere di vigilanza eccezionale a cui il locatore non sembrerebbe dover essere tenuto.

6. *La diligenza quam in suis e il suo legame con la culpa lata*

A fianco del modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias* si rinviene, pur se meno diffuso, la *diligentia quam in suis* (*rebus adhibere solet*), espressione ricavata direttamente dalle fonti romane cui si aggiunse, a partire dal tardo medioevo, nella contrapposizione con la *culpa in abstracto* propria del *diligens pater familias*, anche quella di *culpa in concreto*, o anche *diligentia in concreto* spesso presenti, quest'ultimi sintagmi, nella civilistica italiana che commentava il codice abrogato²⁹. A differenza della *diligentia (diligentis) patris familias*, con la *diligentia quam in suis* si prende in considerazione il grado di diligenza che quel singolo debitore ha l'abitudine di avere nello svolgere i propri affari. Quindi non più come modello di confronto un paradigma astratto e medio, ma un criterio 'concreto' determinato dalla cura, dalla diligenza che quella specifica persona è solita avere nella conduzione e gestione dei propri affari e delle proprie cose³⁰.

Com'è noto, la *diligentia quam in suis* è un'invenzione dei giuristi romani. È probabile che essa fosse in origine principalmente un criterio escogitato al fine di misurare la responsabilità di un soggetto, che, pur essendo formalmente proprietario di determinati beni – o in una posizione assimilabile a questa –, avrebbe comunque dovuto rendere conto della gestione di questi beni ad altri cui era legato in ragione di specifici rapporti personali.

²⁹ Fra i tanti L. SERTORIO, *La colpa in concreto nel diritto romano e moderno*, Torino 1914.

³⁰ I principali ragguagli delle posizioni maturate in seno alla romanistica a proposito di questa figura giuridica in F. MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici, in *Index* 19, 1991, p. 379 ss. (= G. VALDITARA, F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto* cit., p. 61 ss.) Più di recente mi permetto di rinviare anche a G. SANTUCCI, *La diligentia quam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, in L. PEPPE (a cura di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, p. 243 ss.; ID., *Diligentia quam in suis*, Trento 2008.

Siffatta peculiare posizione aveva indotto i giuristi romani a pensare che il criterio idoneo per valutarne la responsabilità fosse proprio la *diligentia quam in suis* che, assumendo come modello il livello di diligenza che tale soggetto è solito usare nelle cose di sua proprietà, poteva costituire un adeguato punto di equilibrio fra la libertà di essere proprietario di una cosa e al contempo il doverne essere responsabile per la gestione³¹.

Questa idea è espressa con sufficiente chiarezza in un testo importante – l'unico in cui si illustra il fondamento concettuale di questo criterio –: il giurista Paolo afferma che il coerede deve rispondere per *diligentia quam in suis* e non per la diligenza del buon padre di famiglia nell'amministrazione della coeredità perché in questo caso, essendo proprietario in parte del patrimonio ereditario, trova in ciò la ragione della sua attività di gestione³². Volendo esplicitare la *ratio decidendi* sottesa all'affermazione del giurista: in quanto gestore, sebbene parziale, di una sua proprietà appare ragionevole e naturale attendersi da lui quella diligenza che egli è solito porre nella gestione delle proprie cose.

In questa prospettiva – per rimanere alle fattispecie più rilevanti – si può leggere l'adozione della *diligentia quam in suis* da parte dei giuristi romani per valutare la responsabilità del marito nell'amministrazione dei beni dotali e quella del tutore circa i beni del pupillo. Il marito, benché riconosciuto esclusivo titolare del patrimonio dotale, doveva orientare l'esercizio del suo diritto secondo la funzione sociale e di pubblico interesse dell'istituto dotale, soprattutto rispettando il principio di conservazione dell'integrità in vista di una possibile restituzione alla donna che si poteva perciò definire

³¹ Per un'analisi più circostanziata di tutte le fattispecie in diritto romano cfr. G. SANTUCCI, *La diligentia quam in suis* cit., p. 243 ss.

³² D.10.2.25.16 (Paul. 23 ad ed.): *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et bos coniunxit ad societatem non consensus, sed res* («Il coerede è responsabile in rapporto alla coeredità non solo per dolo, ma anche per colpa, perché con il coerede non concludiamo un contratto ma ci imbattiamo in lui; pertanto il coerede non deve comportarsi con una diligenza pari a quella di un diligente padre di famiglia, poiché la causa per cui ha gestito il patrimonio ereditario fu la sua quota parte del patrimonio ereditario e perciò non spetta nei suoi confronti l'azione di gestione di affari altrui; ma deve comportarsi quindi con una diligenza pari a quella con la quale si comporta nei suoi affari. Lo stesso avviene se a due sia stata legata una cosa: infatti non il consenso, ma la cosa unì anche costoro nella comunione»).

«*quodammodo domina*» della dote³³. Del resto, lo stesso giurista Trifonino spiegava come la dote, sebbene rientrasse sotto un profilo formale in proprietà del marito, nella sostanza appartenesse alla moglie³⁴.

Circa il tutore, poi, si deve ricordare che questi assumeva la condizione di vero e proprio titolare del patrimonio pupillare, con un amplissimo potere di disposizione nei confronti di esso, «quasi da proprietario»³⁵. Non diversamente dal rapporto che legava il marito alla dote, nella tutela «il *patrimonium* pupillare era una sorta di “patrimonio separato” del *tutor* di cui questi poteva disporre a guisa di titolare..., salvo a dover poi rendere del suo operato al pupillo, cui in definitiva il patrimonio stesso era riservato»³⁶. E come nella dote, nell'individuare il criterio soggettivo che potesse essere adeguato a valutare la responsabilità del tutore, proprio il fatto che egli amministrasse nello status di titolare, deve aver condotto i giuristi romani in modo naturalmente conseguente a ritenere che non si dovesse da lui pretendere che il livello di cura e diligenza con cui egli era solito amministrare il proprio patrimonio³⁷.

³³ Così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, Milano 1963 (rist.), p. 448.

³⁴ D.23.3.75 (Trif. 6 *disput.*).

³⁵ Così B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 482; le stesse fonti affermano in modo non equivocabile che il tutore era «*domini loco cum tutela administrat*», Così per esempio in D.41.4.7.3 (Iul. 44 *dig.*).

³⁶ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², p. 600.

³⁷ Molte delle fattispecie contemplate nel diritto romano sono state conservate nel diritto tedesco. Nel BGB il regime della responsabilità dotale romano ha suggerito l'adozione della *diligentia quam in suis* come parametro di valutazione dell'adempimento dei coniugi circa gli obblighi che derivano dal loro rapporto (§ 1359) e, sempre nell'ambito del diritto di famiglia, essa è estesa alla responsabilità dei genitori nell'esercizio della loro potestà nei confronti del figlio (§1664). Inoltre in diritto romano la *diligentia quam in suis* era prevista in rapporto alla comproprietà originata anche dal contratto di società e tale previsione è conservata nel BGB circa la responsabilità interna fra i soci (§ 708, e così pure nel Codice svizzero delle obbligazioni al § 538). Sempre nel diritto romano essa era contemplata per la responsabilità del fedecommissario; da qui la previsione nel BGB della *diligentia quam in suis* in rapporto a una figura giuridica che molto si avvicina al fedecommissario universale: l'erede antecedente («*Vorerbe*») – soggetto che divenuto erede dovrà poi trasferire l'eredità ad altro definito erede del patrimonio ereditario – deve conservare l'eredità secondo questo modello di diligenza (§ 2131). In queste situazioni la funzione attenuativa della *diligentia quam in suis* non si giustifica in applicazione della regola dell'*utilitas contrahentium*, come avviene nel deposito, ma piuttosto in ragione del carattere strettamente personale e familiare di siffatti rapporti improntati al c.d. *intuitus personae* che induce a valorizzare in tema di responsabilità la dimensione concreta, espressione delle specifiche qualità della persona del debitore scelto.

Vi era, tuttavia, un testo di Celso, D.16.3.32, in cui si menziona la *diligentia quam in suis* a carico del depositario³⁸, benché nel diritto romano classico la responsabilità del depositario gratuito, proprio nel rispetto del criterio dell'*utilitas contrahentium*, fosse limitata al dolo³⁹; ma nella moderna critica romanistica si è ritenuto, a mio avviso con buon fondamento, che la presenza di tale criterio nel pensiero originale del giurista difficilmente si potesse riferire al contratto di deposito, quanto piuttosto alla responsabilità del tutore o eventualmente a quella del fiduciario⁴⁰. Per ironia della sorte, però, fu proprio su tale testo, la celebre *lex quod Nerva*, che gli interpreti medioevali si cimentarono maggiormente al fine di identificare in modo compiuto questo modello di diligenza. Ma questa è una storia che esula dalle mie competenze e dal compito qui affidatomi, tuttavia mi piace chiudere questa mia succinta e rapsodica introduzione al tema della colpa nel diritto romano con una incursione nella tradizione romanistica che tocca l'intimo nesso che lega la *diligentia quam in suis* al tema centrale di questi seminari: la *culpa lata*.

Infatti, fra gli interpreti medioevali si fece presto strada l'idea che la *diligentia quam in suis* della *lex quod Nerva* – così D.16.3.32, era nominato nella lettura dei glossatori – concretasse una forma di *culpa lata*, intesa come presunzione di dolo. La stessa lettera della legge induceva a pensare in tal senso poiché in essa Celso affermava che non era esente da frode (*fraus*) chi adibiva nel deposito una diligenza minore rispetto a quella che si ha per le cose proprie⁴¹. La *diligentia quam in suis* costituiva, nella sostanza, uno

³⁸ D.16.3.32 (Cels. 11 *dig.*): *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.* («Mi sembra del tutto vero ciò che diceva Nerva e che Proculo non approvava, vale a dire che una colpa alquanto grave corrisponda al dolo. Infatti, anche se taluno non è diligente in quel modo che la natura richiede, non va esente da frode, a meno che tuttavia non presti, con riferimento alla cosa depositata, la cura che è secondo il suo modo di comportarsi; infatti, per tener fede (al contratto) egli non presterà per le cose depositate una diligenza minore che per le proprie»).

³⁹ Cfr. *supra*, nt. 2.

⁴⁰ Per l'analisi dottrinale in questa prospettiva si veda G. SANTUCCI, *La diligentia quam in suis* cit., p. 243 ss.

⁴¹ Diffusamente L. MAGANZANI, *La «diligentia quam in suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 2006, p. 31 ss. Ma vedi anche U. AGNATI, *Il commento di Bartolo da Sassoferrato alla lex quod Nerva (D.16,3,32)*, Torino 2004; G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis e valutazione della responsabilità per colpa «con minor rigore» nel codice civile italiano*, in *Mo-*

strumento di verifica del comportamento fraudolento del depositario che si concretava ogni volta che si accertava una disparità di trattamento fra le cose ricevute in deposito e le proprie. Questa idea si è mostrata persistente nella tradizione giuridica medioevale e moderna e risulta presente anche nei diritti contemporanei. In questa prospettiva, nell'ambito dell'esperienza giuridica italiana. Come esempio ricordo un consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti, per valutare in generale la responsabilità amministrativa (art. 1, co. 1 legge n. 20/1994) per danni erariali dei pubblici operatori che fa riferimento al concetto di colpa grave affermando che «in sostanza, tale colpa (definita dal *Corpus iuris civilis Iustiniani culpa lata*) viene valutata, secondo l'accezione ormai acquisita alla giurisprudenza contabile, con riferimento alla diligenza eventualmente inferiore che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam suis*)»⁴², oppure che essa «consiste in un comportamento avventato e di straordinaria negligenza tale da contrastare con quel senso minimo di diligenza che anche i soggetti al di sotto della media sociale sono soliti usare ed inferiore alla diligenza che il soggetto osserva nelle cose sue (*diligentia quam suis*)»⁴³.

delli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2, Napoli 2006, p. 355 ss.; F. MERCOGLIANO, *Criterio della «diligentia quam in suis» e codici moderni*, in G. VALDITARA, F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto cit.*, p. 85 ss.

⁴² Corte dei conti Sez. I giur. centr., n. 332 del 12 novembre 2001.

⁴³ Corte dei conti Puglia, n. 452 del 23 maggio 2003. Si vedano anche Corte dei conti, n. 1626 del 7 luglio 2003; Corte dei conti, n. 1104 del 30 novembre 2006; Corte dei conti, n. 305 del 8 maggio 2009.