

ANNO LXXXVIII - 2021 NUOVA SERIE A - N. 72,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1-2

NOTA INTRODUTTIVA	5
MARCO CANGIOTTI, <i>Persona, etica, politica. Note per una teoria della democrazia nel Magistero sociale di Giovanni Paolo II</i>	7
ANNA MARIA GIOMARO, <i>Quasi una cronaca su “culpa lata” e “colpa grave”</i>	27
ANNA MARIA MEDICI, <i>Il Mediterraneo e i conti con la storia. La violenza politica degli anni di piombo in Marocco e la giustizia di transizione</i>	71
IGOR PELLICCIARI, <i>Per una (nuova) storia politica degli aiuti internazionali</i>	125
PAOLO POLIDORI, SIMONE SCOTTI, DESIREE TEOBALDELLI, DAVIDE TICCHI, <i>Le conseguenze socioeconomiche della pandemia di Covid-19</i>	151
IVANO PONTORIERO, <i>Aspetti giuridici delle attività delle imprese di navigazione: il fenus nauticum</i>	179

Direttore scientifico: Marco Cangiotti

Direttore responsabile: Anna Tonelli

Comitato direttivo: Ulrico Agnati, Paolo Polidori, Cesare Silla

Comitato scientifico: Andrea Aguti, Gian Italo Bischi, Alessandro Bondi, Licia Califano, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Luigino Ceccarini, Francesca Maria Cesaroni, Massimo Ciambotti, Ilvo Diamanti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Andrea Lovato, Fabio Musso, Paolo Pascucci, Igor Pellicciari, Tonino Pencarelli, Elisabetta Righini, Giuseppe Travaglini, Elena Viganò

Redazione: Monica De Simone (coordinamento), Maria Luisa Biccari, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Dipartimento di Economia, Società, Politica (DESP), via Saffi 42, Urbino - Dipartimento di Giurisprudenza (DIGIUR), via Matteotti 1, Urbino

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

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Maggioli Spa - Santarcangelo di Romagna (RN)

ANNO LXXXVIII - 2021

NUOVA SERIE A - N. 72,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

ANNA MARIA GIOMARO*

Quasi una cronaca su “culpa lata” e “colpa grave”

ABSTRACT

- ✓ Presentiamo qui una rassegna di letture sul tema della “colpa grave” e del suo prospettarsi nei diversi ambiti del diritto, partendo dalle origini ulpianee e paoline, alle quali ritornano, consapevoli o meno, certe impostazioni del diritto attuale impegnate a distinguere e dare valore ad un grado di responsabilità che appare più grave della colpa-negligenza, ma forse meno, per vari motivi, del dolo come intenzionalità.
Si tratta peraltro della versione in italiano del pezzo di collegamento fra un primo volume che raccoglie i saggi di cui sopra e un secondo, in lingua inglese, che prosegue e offre una conclusione alla ricerca.
- ✓ This is a review of readings on “gross negligence” in different areas of law, beginning from the Ulpian’s and Paul’s origins, to the current interpretations that aims to valorize a degree of liability which is more than ordinary negligence, but less than intentional misconduct.
However this is the Italian version of the “linking piece” between a first volume, already published, that collects the above-mentioned essays and a second one, in English, that continues and offers a conclusion to the research.

PAROLE CHIAVE

Criteri della responsabilità – Colpa grave – *Culpa lata*
Criteria of liability – Gross negligence – *Culpa lata*

* Università di Urbino Carlo Bo.

ANNA MARIA GIOMARO

QUASI UNA CRONACA SU “CULPA LATA” E “COLPA GRAVE”

SOMMARIO: 1. Prima tappa. – 2. Seconda e terza tappa. – 3. Quarta tappa. – 4. Quinta tappa.

1. Prima tappa

Volendo dare un seguito (e un seguito in lingua inglese) all’iniziativa di un percorso di ricerca¹ – ricerca, confronto e divulgazione formativa – volta ad indagare la presenza e le modalità della *culpa lata*, dal diritto romano ad oggi, nei vari settori della scienza giuridica, è opportuno preliminarmente dar conto delle linee del percorso già svolto e dei risultati conseguiti: questa cronaca segue un primo volume di studi, *Dalla “culpa lata” ulpiana al concetto di “colpa grave” della legislazione codicistica attuale*, a cura di Maria Luisa Biccari (Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche 71.3-4 [2020]).

E considerando che quello della responsabilità e delle sue graduazioni è certamente un problema da sempre dibattuto nella scienza giuridica, anche, in particolare, quando si parli soltanto della colpa, una traccia sullo “stato dell’arte” relativo alla Ricerca in oggetto (a fronte della estrema trasversabilità del tema che si rapporta ai più vari ambiti del diritto, e passando attraverso il portato ineludibile del pensiero morale e religioso) diventa più che opportuna.

La pubblicazione dei lavori di coloro che hanno preso parte alla prima fase, italiana, dell’iniziativa ha poi seguito, per le ragioni dettate dalle circostanze², un ordine meramente alfabetico, ma l’organizzazione del percorso

¹ La Delibera del Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza DiGiur di Urbino n. 4/2019 in data 23 gennaio 2019 approvava un Progetto sul tema “Dalla culpa lata ulpiana, equiparata al dolo, al concetto di colpa grave dell’esperienza codicistica attuale”, coordinato dalla prof.ssa Anna Maria Giomaro.

² «Onde evitare qualche disequilibrio nei contenuti dei diversi settori, a causa di qualche intervento che è venuto meno, o qualcuno aggiunto, si è preferito seguire nella pubblica-

dei seminari, uno per tema, avrebbe dovuto svolgersi secondo un criterio sistematico che, partendo dalle origini antiche (o meglio: dalle impostazioni del pensiero sul problema, che non sono antiche né moderne, ma eterne, appunto come il pensiero), si dispiegasse poi attraverso cinque diversi settori del diritto, “Radici romanistiche e meditazione filosofica”, “Diritto penale”, “Diritto intermedio e civile”, “Diritto processuale”, “Diritto amministrativo”³.

La prima tappa del percorso dunque, “Radici romanistiche e meditazione filosofica”, vedeva coinvolti i nomi di Giomaro per l’introduzione, Scalzo, Santucci, Peloso.

Non conviene riportare in sintesi il pensiero di autori, come in questo caso Giomaro⁴ (come per la seconda tappa Biccari e Ascani; per la terza Pierfelici; per la quarta Cassiani e Coppetta), che riprendono autonomamente il proprio discorso nel secondo volume in lingua inglese. È invece opportuno certamente tracciare le linee generali del discorso altrui. Si rileva peraltro che il lavoro della Giomaro illustrava (e illustra) la “filosofia” della ricerca.

Domenico Scalzo ha trattato de *Il momento della colpa tra diritto, teologia e filosofia. Alcune riflessioni intorno a Karman di Giorgio Agamben*⁵. Il suo discorso si svolge attraverso un confronto ripetuto, assillante, con altri grandi temi del diritto, della morale teologica e della filosofia, alla ricerca di una radice etimologica, e quindi a base definitoria, che, come si rileva fin dal principio, nella lingua latina manca: “colpa e causa”, “colpa e diritto”,

zione un mero ordine alfabetico, che lascia modo a ciascuno di organizzare al meglio la propria lettura»: così A.M. GIOMARO, *Pagina introduttiva*, in M.L. BICCARI (a cura di), *Dalla “culpa lata” ulpiana al concetto di “colpa grave” della legislazione codicistica attuale*. Studi Urbani di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche 71.3-4 (2020) 427 (da ora in poi indicato come St.Urb.).

³ Si tratta di titolazioni didatticamente più efficaci, ancorché adottate nella consapevolezza del loro essere inadeguate, a tratti ingessate, imprecise, forzate, riduttive, improprie, soprattutto in rapporto alla variabilità dei casi del diritto romano.

⁴ Titolo dello studio *Breve rassegna di ‘culpa lata’ e ‘colpa grave’*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 533-578; nel volume inglese M.L. BICCARI (ed.), *Essays on gloss negligence (“culpa lata”): criteria of liability*, Bari 2021 ritorna come *Almost a chronicle of previous installments*, pp. 3-26.

⁵ In St.Urb. 71.3-4 (2020) 743-758. L’opera a commento è G. Agamben, *Karman*, Torino 2017: fondamentalmente Giorgio Agamben (che qualche anno fa aveva diviso il mondo in due entità costitutive, gli esseri viventi e i dispositivi, cioè l’insieme di istituzioni, saperi e pratiche che ne controllano e orientano i gesti e i pensieri) viene ad illustrare, in *Karman*, come morale religiosa, diritto ed etica si fondino sul principio per cui ogni azione è legata alle sue conseguenze, e noi soggiaciamo a questo principio.

“colpa e peccato”, “colpa e volontà”, “colpa e debito”. Il tutto punteggiato di riflessioni proprie e di citazioni altrui.

Cominciando dal primo aspetto, colpa e causa, va detto che Agamben si sofferma a riflettere – e si sofferma a riflettere Scalzo – come si sia indotti ad indagare su quale meccanismo abbia spinto l’uomo a cominciare a valutare in termini di imputabilità l’innocenza oggettiva dei suoi comportamenti e delle sue azioni (a considerare «l’idea dell’imputabilità dell’azione rispetto al momento esteriore del fatto», *ivi*, p. 744). Ovvero, non interessa tanto comprendere le ragioni che hanno portato a parlare di responsabilità, di imputabilità, di sanzione, di pena (in linea generale del diritto), quanto, semplicemente, rendersi conto del fatto che l’azione, l’agire umano, di per sé non avrebbe connotati né positivi né negativi, che si pone solamente come un dato fisico che viene in qualche modo snaturato dall’introduzione del concetto di colpa, sopravvenuto dall’esterno. «Chi studia il diritto romano – scrive Scalzo – non può che osservare come un’istanza essenzialmente all’altra introduca nello sviluppo del diritto una discontinuità, la quale fa valere l’idea dell’imputabilità dell’azione rispetto al momento esteriore del fatto»; e, citando Jhering, «l’autore de *La lotta per il diritto*, in un saggio dal titolo *Il momento della colpa nel diritto privato romano*», osserva «come tale passaggio [*sintetizzando: dal senso dell’innocenza a quello della colpa*] abbia significato far valere il punto di vista della causalità interna della colpevolezza rispetto al punto di vista della causalità esterna del fatto».

Il momento in cui l’uomo primitivo (su cui si sofferma indulgente l’attenzione del filosofo) si rende conto del valore fisico dei risultati dell’azione (l’azione di per sé innocente che provoca dolore, un dolore fisico, un dolore morale, un dolore economico) è il momento che richiede il nascere del diritto. Ma lo richiede non già come contromisura al dolore e suo contemperamento, bensì come “ripetizione dell’atto”, quasi vedendo in ciò, nel suo essere ripetuto per imposizione autoritativa, la giustificazione dell’abnormalità per cui l’atto stesso, l’agire, il comportamento, in sé puro, se non innocente, è diventato passibile di responsabilità, passibile di colpa, imputabile. È emblematica la citazione di Tab. 8.2: *si membrum rupsit [...] talio esto*: il taglione, la ripetizione del delitto nell’essere del suo autore, conferisce a quell’atto con le sue conseguenze “dolorose”, e dunque a quelle stesse conseguenze dolorose, la cifra dell’esistenza che è la cifra della loro stessa giustificazione. Si deve prendere atto che «la qualificazione della colpa non è altro dalla medesima esecuzione dell’atto. Ossia, che, in definitiva, il fondamentale principio giuridico secondo cui “non vi è pena senza colpa” deve revocarsi in questione, e suonare piuttosto come “non vi è colpa senza

pena”, in quanto la colpa esiste soltanto in virtù della pena che la sancisce» (*ivi*, p. 747)⁶.

Ma azione e colpa sono concetti-soglia, fondativi del pensiero giuridico, morale e politico dell'Occidente. Tanto che al momento in cui ci si rende conto della loro esistenza, del loro insorgere, è già tempo di passare oltre e costruire su di loro edifici nuovi di conoscenza.

E quando si sviluppa il pensiero religioso, in particolare cristiano, la colpa, cioè oggettivamente il peccato («rinvia a *pes*, piede, e significa compiere un passo falso») è ancora un atto indipendente da aspetti di volizione. Allorché san Paolo chiarisce come sia entrato il peccato nel mondo, e con esso come sua conseguenza la morte (*Rom.* 7.7-10), ancora una volta il peccato appare derivato non dall'uomo e dalla sua volontà, ma oggettivamente dalla legge.

E di nuovo ci si trova di fronte ad una citazione, da Ricoeur: «La colpa rivela così la maledizione di una vita posta sotto la legge. La colpa annuncia un'accusa senza accusatore, un tribunale senza giudice, un verdetto senza autore. La colpa è divenuta quell'infelicità senza ritorno descritta da Kafka, processo come continua auto imputazione senza precetto: la condanna è divenuta dannazione».

Ma è proprio con l'evoluzione del pensiero cristiano che si giunge ad identificare nella volontà il principio di imputazione delle azioni degli uomini. Ancora in altro passo della lettera ai Romani (*Rom.* 7.15-19) il senso delle parole di Paolo è che se natura della legge è quella di rischiarare lo spirito (e tuttavia non conferisce forza interiore, e dunque è da considerarsi responsabile del peccato), nel momento stesso in cui provoca il peccato «risveglia il desiderio, ovvero informa il nostro spirito, cioè aggrava la col-

⁶ E, con Agamben, Scalzo cita Benjamin, «la sua idea che il diritto non condanni al castigo, ma alla colpa, e poi Carl Schmitt che critica la riduzione della colpa a una categoria psicologica, salvo poi correggersi davanti alle conseguenze radicali di una definizione soltanto giuridica del termine, ed affermare che il diritto vede l'essenza del delitto, ciò da cui scaturisce l'accusa, in un determinato processo dell'animo del delinquente, ma non in qualsiasi processo psichico come tale, solo in quello che si è oggettivato esteriormente – Schmitt che considera la colpa, quindi, come separata dal nesso causale che lega l'atto alle sue conseguenze, risiedendo il principio dell'imputazione piuttosto in una cattiva volontà che dal punto di vista del diritto si definisce come la concreta posizione di fini contrari a quelli dell'ordinamento giuridico, da parte di uomo giuridicamente capace, che possa aver coscienza della contrarietà del dovere» (*ivi*, p. 748). Si tratta in particolare di W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza e Destino e carattere*, in *Angelus Novus*, Torino 1962; e di C. SCHMITT, *Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Breslau 1910.

pa, provocando una trasgressione, cui è possibile rimediare soltanto con un castigo d’ira, di maledizione, di condanna e di morte».

Il percorso di questa trasformazione sta nell’analisi dell’espressione “posso” “non posso”, per giungere al trasformarsi della “potenza” nella “volontà”. Il concetto di volontà è il dispositivo attraverso il quale la teologia cristiana ha inteso fondare l’idea di un’azione libera e responsabile e quindi imputabile a un soggetto: è il “libero arbitrio”, che definisce l’azione umana non meno di quella divina (il Dio cristiano non agisce per necessità, come il dio di Aristotele, ma per *arbitrium voluntatis*). La volontà è il mistero insondabile che sta alla base di quel concetto di azione legalmente sanzionabile senza il quale l’etica e la politica moderna crollerebbero. Se l’uomo antico è un uomo che può, l’uomo moderno è invece un uomo che vuole. E quest’uomo nuovo ha bisogno dello Stato che assume su di sé quelle «stesse funzioni di disciplinamento e normatizzazione che la teologia riconosceva in Dio quale fonte del potere assoluto. Con l’incedere della secolarizzazione la colpa finisce per essere riassorbita nel diritto positivo»⁷.

L’ultimo indugio del pensiero di Scalzo è su “colpa e debito”. Si può ben dire che nel mondo moderno, con il capitalismo, «la colpa è divenuta da categoria giuridica un operatore interno del potere economico». Il capitalismo diventa una religione (come nel titolo del saggio di W. BENJAMIN, *Kapitalismus als Religion*, in R. TIEDEMANN, H. SCHWEPPENHÄUSER, *Gesammelte Schriften*, Frankfurt a.M., 1985; trad. it. *Capitalismo come religione*, in G. BONOLA, M. RANCHETTI [a cura di], *Sul concetto di storia*, Torino 1997), ma una religione che non sa togliere il peccato, che invece genera la colpa (*verschuldend*), un’immensa coscienza della colpa (*Schuldbewußtsein*), che è resa universale.

Per concludere citando Nietzsche: per cui «quel basilare concetto morale di colpa ha preso origine dal concetto molto materiale di debito, cioè dal rapporto contrattuale tra creditore e debitore, che è tanto antico quanto

⁷ Per rimanere nella serie delle citazioni (*ivi*, p. 753): «Per Hobbes è colpa, cioè peccato, quello che si sarà fatto, detto o voluto, contro la ragion di stato, cioè contro le leggi. Anche per Spinoza la colpa non è nient’altro che disubbidienza. E Kant coerentemente chiama colpa, distinguendola dal delitto, quella trasgressione, o fatto contrario al dovere, che è involontaria ma allo stesso tempo imputabile. Non di meno, come Schmitt suggerisce, una determinazione giuridica del concetto di colpa, più che nel suo senso materiale, deve essere condotta a partire dal senso formale, quale categoria limite del diritto, riconducendo il senso della questione alla costellazione teologico-giuridica che ne orienta il significato lungo la storia».

l'esistenza di soggetti di diritto, e rimanda ancora una volta, dal canto suo, alle forme fondamentali della compera, della vendita, dello scambio, del commercio»⁸.

E con tutto ciò⁹ cos'è, e come si giustifica la *culpa lata*? *Culpa* – e riparto dall'inizio del discorso, dal concetto di azione primordiale pura ed innocente: e riporto le parole stesse dell'autore – «*culpa* delinea un concetto generale, accanto al quale se ne sviluppa un altro dal significato più tecnico, nei cui confronti i giuristi concentreranno la loro attenzione, che designa, diversamente dal dolo, dall'intenzione fraudolenta, la negligenza nell'esercizio di un comportamento dovuto, tale per cui la colpa può essere *lata* o *levis*, cioè finisce con il descrivere piuttosto che la responsabilità, una sua limitazione»: si tratterebbe dunque, in questa sua accezione, di un concetto tecnico, sì, ma comunque astratto, che prende concretezza soltanto quando la si qualifichi, *lata*, *levis*, a dare misura alla responsabilità?

Il ruolo di “apripista” nella trattazione più tecnicamente giuridica dell'argomento in esame, la *culpa lata*, era ed è assunto magistralmente da Gianni Santucci che, nelle sue “*Minime note introduttive*”¹⁰, si occupa di mettere in luce l'emersione del criterio della *culpa* la quale svolge un ruolo fondamentale nell'elaborazione della disciplina della responsabilità «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» (*ivi*, p. 718).

L'apertura pone immediatamente davanti agli occhi diversi profili essenziali del tema, le origini storiche, l'ambito di applicazione (l'uno che suggerisce l'altro), alcune note di criticità o per lo meno di discussione: «Sotto un profilo storico appare verosimile ritenere che il criterio della *culpa* abbia trovato elaborazione prima nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, quando i giuristi hanno proceduto all'interpretazione del termine *iniuria* presente nella *lex Aquilia*, la cui datazione, benché anche di recente discussa, è plausibilmente da collocare intorno all'inizio del terzo secolo avanti Cristo»¹¹ (*ivi*, p. 719).

Il discorso di Santucci sul termine “*iniuria*” che compare nel I e nel III

⁸ F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral*, 1887; trad. it. M. MONTINARI, *Genealogia della morale*, Milano 1984, p. 51.

⁹ Ed altro. C'è molto di più nello scritto di Scalzo.

¹⁰ Il titolo esatto e completo del saggio è *La colpa nel diritto romano. Minime note introduttive*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 717-742.

¹¹ Le differenti valutazioni – come cita Santucci – in S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozio-*

capitolo della *lex Aquilia* dà un primo risalto alla dottrina maggioritaria secondo cui *iniuria* avrebbe il significato di torto in senso oggettivo, e dovrebbe considerarsi del tutto sganciata dall'idea soggettiva della colpa. In “una prospettiva evoluzionistica del diritto”, all'origine del torto civile, quello che veniva in evidenza era semplicemente e solo il fatto compiuto, l'illecito, al quale si legava oggettivamente l'autore: e solo in seguito, fra II e I sec. a.C., si sarebbe fatta strada l'idea di un'evidenza soggettiva espressa per lo meno dalla *culpa*. A meno che non ci si potesse appellare alla presenza di cause di giustificazione escludenti l'antigiuridicità del fatto: l'*iniuria* appunto. *Iniuria* come antigiuridicità, e come colpevolezza. Ma al contempo quel discorso permette di tracciare un minuto confronto con nuove e recenti posizioni che vogliono interpretare l'*iniuria* in termini di dolo¹².

Pure attraverso la voce dei giuristi di Roma (sono citati espressamente quelli che hanno fatto la “scuola”, in quanto autori di *Istituzioni*, Gaio, Giustiniano), l'originaria scissione fra antigiuridicità (*iniuria*) e colpa (*culpa*) viene fundamentalmente ricomposta. E lo stesso Santucci su quelle basi tratteggia, in una ricchissima nota, il complesso sviluppo che dalla posizione della giurisprudenza romana che identifica antigiuridicità e colpevolezza, pienamente confermata nel Medioevo dei Glossatori e del Commento, comincia a trasformare la disciplina della responsabilità, con Grothius e soprattutto con Thomasius e “il diritto delle genti”, e conduce ad «un concetto di *iniuria*, non più coincidente con quello ulpiano, ma rispondente all'idea generale di ingiustizia, svincolato dalla presenza della colpevolezza», e conduce al «netto spostamento del baricentro dalla colpevolezza dell'agente e dalle modalità della lesione all'evento dannoso e al suo risarcimento»¹³.

ne di damnum. I. *Il danno nel diritto romano fra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, pp. 51 ss.

¹² «Diversamente dalla opinione comune, di recente Maria Floriana Cursi, sviluppando un'idea già presente nell'opera del grande penalista Karl Binding e in quella del romanista Max Kaser, è giunta alla conclusione che l'*iniuria* della *lex Aquilia* non costituisce, in realtà, una forma di antigiuridicità oggettiva. Essa, invece, sarebbe stata all'inizio indice di dolo, in particolare essa avrebbe indicato la volontà di provocare un danno con la consapevolezza di arrecare, in questo modo, offesa al proprietario della cosa danneggiata. Quindi la studiosa interpreta l'*iniuria* in termini di dolo» (*ivi*, pp. 721-722). Cfr. M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, pp. 12 ss.; EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010, pp. 21 ss.

¹³ Non si può non citare lo stesso 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, pp. 527 ss.

La recezione della disciplina della responsabilità nelle situazioni contrattuali (e quasi contrattuali) si attua praticamente attraverso i giudizi di buona fede. «La buona fede – scrive Santucci – 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». E l’esempio del socio d’opera, e tutta la citazione di D. 17.2.52.1-2 (Ulp. 31 *ad edictum*) sono molto illuminanti.

In una breve ma efficace carrellata sono affrontate diverse “forme della colpa”, la *culpa-neglegentia*, che è la mancanza dell’ordinaria diligenza, la *culpa-imprudencia*, che è sottovalutazione degli effetti di un certo comportamento, la *culpa-imperitia*, che è assenza della capacità tecnica richiesta. Ma le sfumature della *culpa* sono anche altre. Il caso riportato in un passo di Ulpiano, 32 *ad ed.*, D. 19.2.13.1 è emblematico nell’illustrare la versatilità di tali sfumature: “Se un armatore ha appaltato 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”¹⁴. Ma è anche solo il primo di una serie di passi sul tema: D. 19.2.9.5 (Ulp. 32 *ad ed.*) sull’*imperitia*¹⁵; D.19.2.13.16 (Ulp. 32 *ad ed.*) sulla custodia techni-

¹⁴ D. 19.2.13.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si navicularius onus Minturnae vebendum 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.*

¹⁵ “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 sicu-

ca¹⁶; la serie D. 45.1.137.2 (Ven. 1 *stip.*)¹⁷, D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*)¹⁸, D. 9.2.8.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*)¹⁹, D. 19.2.19.1 (Ulp. 32 *ad ed.*)²⁰ sulla *diligentia diligentis*.

mente, affermava Celso, egli ha concluso il contratto di locazione-conduzione in qualità d’esperto”.

¹⁶ “Se un lavandaio ha ricevuto degli abiti da pulire e i topi li hanno rosicchiati è tenuto con l’azione di locazione, perché doveva premunirsi contro questa evenienza. E se il lavandaio ha scambiato un mantello e ha consegnato a un cliente quello appartenente a un altro, sarà tenuto con l’azione di locazione, anche se lo abbia fatto inconsapevolmente”.

¹⁷ “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 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”.

¹⁸ “Se un potatore lasciando cadere un ramo dall’albero, o l’operaio che lavorava sopra un’impalcatura abbia ucciso uno schiavo che passava di 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”.

¹⁹ “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”.

²⁰ “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

La conclusione è dedicata a “*La diligentia quam in suis e il suo legame con la culpa lata*”. L’idea della diligenza in concreto, che tale è la diligenza *quam in suis*, una creazione tipicamente romana sorta in contrapposizione con la diligenza media, astratta del buon padre di famiglia, è rappresentata in un unico frammento, D.10.2.25.16, di Paolo, 23 *ad ed.*²¹: «Il giurista Paolo afferma che il coerede deve rispondere per *diligentia quam in suis* e non per la diligenza del buon padre di famiglia nell’amministrazione della coeredità perché in questo caso, essendo proprietario in parte del patrimonio ereditario, trova in ciò la ragione della sua attività di gestione. 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» (*ivi*, p. 738). E su quel paradigma i giuristi romani hanno commisurato la responsabilità del marito nell’amministrazione dei beni dotali e quella del tutore.

Un accenno considera allora, attraverso il passo di Celso che dalla sua elaborazione medievale prende il nome di *lex quod Nerva* (D. 16.3.32, Cels. 11 *dig.*), l’introduzione di un’ulteriore sfumatura della *culpa*, la *culpa lata*, che è velocemente ma autorevolmente definita con le parole di Corte dei conti, n. 332 del 12 novembre 2001 («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

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”.

²¹ 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”).

eventualmente inferiore che il soggetto osserva nelle cose sue [*diligentia quam suis*]»), e di Corte dei conti, n. 452 del 23 maggio 2003 («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*]»)²².

A chiudere la trattazione preliminare sulla *culpa lata* (“Radici romanistiche e meditazione filosofica”), Carlo Pelloso ha detto della “latitudine” della *culpa* e dell’*utilitas contrabentium*²³.

È lo stesso Pelloso che detta le linee del suo discorso. Per cui, partendo dall’analisi di tre passi in tema di responsabilità per dolo e per colpa nei contratti, ciascuno ampiamente discusso, in dottrina e dall’A. (e sono: D. 50.17.23, Ulp. 29 *ad Sab.*; D. 13.6.5.2-5, Ulp. 28 *ad ed.*; e Coll. 10.2.1-3, Mod. *diff.*), «e sempre dalla specola della *regula* dell’*utilitas contrabentium*, il saggio proseguirà – nel tentativo di illustrare, seppur superficialmente, la dialettica tra mondo classico e postclassico del diritto – con l’analisi del fenomeno del trapasso dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità soggettiva per colpa (§ 5); poi, con la perimetrazione, mutevole nel tempo, del concetto di dolo in relazione alla figura della cd. *culpa lata* o *magna negligentia* che dir si voglia (§ 6); nonché, da ultimo, con l’illustrazione dell’ipotesi di riconversione della *diligentia quam in suis* in una *species*, cangiante e versatile, della *culpa* fondativa della responsabilità (§ 7)».

Al passo celeberrimo di Ulpiano D. 50.17.23²⁴ Pelloso imputa di svol-

²² 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.

²³ Cfr. *La ‘latitudine’ della culpa e dell’utilitas contrabentium. Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 595-622.

²⁴ Se ne riporta soltanto la traduzione (e non il testo latino). D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): “Alcuni contratti invero comportano responsabilità soltanto per dolo, altri per dolo e colpa. Solo per dolo: il deposito e il precario. Per dolo e per colpa: il mandato, il comodato, la vendita, il pegno, la locazione, e ugualmente la dote, la tutela, la gestione di affari: e in questi casi anche per *diligentia*. La società e la comunione comportano responsabilità per dolo e per colpa. Ma questo a meno che nei singoli contratti non si sia convenuto specificamente (o di più o di meno). Infatti si osserverà quello che dall’inizio è stato convenuto (la contrattazione ha stabilito le regole) tranne nel caso, che Celso ritiene non valere, in cui si sia convenuto che il dolo non avesse rilevanza: questo infatti sarebbe contrario ad un giudizio di buona fede. E così noi ci regoliamo. E invero gli accadimenti degli animali, e le morti che capitano senza colpa di alcuno, le fughe dei servi che non dovevano essere custoditi, le rapine, i tumulti, gli incendi, le inondazioni, le ruberie non danno luogo a responsabilità di nessuno”.

gere il tema della responsabilità nel sistema romano dei contratti (di cui fa una lunga sequela: deposito, precario, mandato, comodato, vendita, pegno, locazione, dote, tutela, gestione di affari altrui) fra i soli due poli della responsabilità soggettiva, *dolus* e *culpa*, trascurando assolutamente i tre principi basilari che sono la *custodia* (responsabilità di tipo oggettivo), la *culpa lata* (una responsabilità che si inserisce fra il dolo e la colpa) e l'*utilitas contrabentium*. Tale assenza deve però imputarsi piuttosto a un taglio compilatorio, se consideriamo che, invece, nel suo commentario *ad edictum* (in D. 13.6.5.2-5, che è l'altro testo preso in esame)²⁵ lo stesso Ulpiano dimostra di aver ben chiaro come per esempio in ambito di comodato occorra richiamarsi anche alla *custodia* e alla *diligentia*, e come, a caratterizzare il contratto e differenziarlo dal deposito, entri in giuoco l'*utilitas contrabentium*²⁶. Ed è proprio attraverso l'*utilitas contrabentium* che si spiega la differenza fra un'impostazione del II sec. (emblematico è Gaio) e una postclassica (*ivi*, pp. 606-607).

²⁵ Se ne riporta soltanto la traduzione (e non il testo latino). D. 13.6.5.2-5 (Ulp. 28 *ad ed.*): "È ora da vedere che cosa venga in considerazione nell'azione di comodato, se il dolo o anche la colpa, e ancora ogni rischio e pericolo. E, in effetti, nei contratti siamo talvolta responsabili solo per dolo, talvolta per colpa. Per dolo nel deposito: non essendovi, infatti, nessuna utilità per colui presso il quale si deposita, giustamente si risponde solo per dolo; salvo che non sia stata aggiunta, per caso, anche una mercede (allora, infatti, come è stato anche stabilito da costituzioni, rileva anche la colpa), oppure che, dall'inizio, si sia convenuto che colui presso il quale si deposita risponda anche per la colpa e per il rischio e pericolo. Ma se vi è utilità per entrambe le parti, come nella compravendita, nella locazione, nella dote, nel pegno, nella società, si risponde per dolo e per colpa. 3. Il comodato poi generalmente comporta la sola utilità di colui a cui si dà in comodato, e perciò è più giusto il parere di Quinto Mucio, che ritiene si debba rispondere sia per colpa sia per mancata diligenza, e che, se per caso sia stata data una cosa di cui è stata effettuata la stima, da parte di colui che l'ha ricevuta impegnandosi a corrispondere il valore stimato si debba rispondere per ogni pericolo. 4. Va poi detto che non deve imputarsi al comodatario quanto sia accaduto per vecchiaia o per malattia, o sia stato sottratto con la forza dai banditi o sia accaduto qualcosa di simile, salvo che vi concorra una qualche colpa. E, allo stesso modo, se è accaduto qualcosa per effetto di un incendio o di un crollo, o un qualche altro danno causato dal fatto, egli non sarà tenuto, a meno che, per caso, potendo porre in salvo le cose comodate, non abbia preferito [*salvare*] le proprie. 5. È chiaro che per la cosa comodata deve prestare una custodia senza dubbio diligente".

²⁶ Ma nella «consacrazione di un regime che non necessita più della logicità delle singole soluzioni ottenute applicando un metodo di bilanciamento capace di valorizzare i giochi di sacrificio e beneficio interni al rapporto obbligatorio per stabilire l'ampiezza e il grado della responsabilità, ma che stilizza e fissa dall'alto i regimi applicabili in discipline positive in cui sussumere i singoli casi» (*ivi*, p. 602), in parte già implicito nel primo testo ulpiano.

Anche il terzo testo espressamente preso in esame, Coll. 10.2.1-3²⁷, pur con tutti i suoi difetti e le critiche che si attira da parte di chi abbia letto Ulpiano, aderendo pienamente al suo pensiero, in particolare su comodato e deposito²⁸, tuttavia viene a confermare che in linea generale la responsabilità per *culpa* si evidenzia quando si realizza un'utilità per entrambi i contraenti (*utriusque contrahentis utilitas intervenit*).

Pelloso ci fa così assistere al fenomeno di una “estensione orizzontale della *culpa*” – com'egli dice – sotto i due aspetti, da un lato dell'assorbimento nella colpa della frammentazione della *custodia*, che viene intesa come un tipo particolare di *diligentia* (*exacta, exactior, exactissima, custodiendae rei*), e, dall'altro, della dilatazione della stessa *culpa* verso aspetti di più grave riprovazione. Di qui il richiamo alla *culpa lata* che è, come dice Ulpiano, una *magna negligentia, id est non intelligere quod omnes intellegunt*²⁹.

«Ma – si chiede l'Autore – in cosa consiste questa *species* di dolo che è *magna negligentia*? È quest'ultima, senza ombra di dubbio, un difetto di intellezione tanto grave, tanto profondo, tanto inescusabile che rende il debitore, nel contesto del singolo adempimento dovuto, un essere pressoché “sub-umano”, un essere che ha sì le fattezze dell'*homo*, ma si priva, nel suo agire, di quella *natura* razionale che invece deve essere propria del genere umano rispetto a quello animale» (*ivi*, p. 614). E ancora, in un crescendo di gravità del giudizio morale, Pelloso viene a distinguere tre tipi di “uomo”,

²⁷ Anche in questo caso se ne riporta soltanto la traduzione e non il testo latino. Coll. 10.2.1-3 (Mod. 2 *diff. sub titulo de deposito vel commodato*): “Il convenuto con l'azione di comodato deve rispondere anche della colpa; colui che è convenuto con l'azione di deposito deve essere tenuto responsabile per il dolo non anche per la colpa. Nel contratto di comodato, infatti, poiché interviene l'*utilitas* di entrambi i contraenti, sono dovuti entrambi (dolo e colpa): in materia di deposito invece viene in considerazione la sola utilità del deponente e in questo caso è prestato solo il dolo. 2. Ma codesta regola è osservata anche negli altri ambiti del diritto [*dei contratti*]: così infatti anche nell'azione di fiducia e nell'azione di dote si tiene conto del dolo e della colpa, perché è in gioco l'interesse di entrambi i contraenti. 3. Invero nell'azione di mandato si tiene conto del dolo, non della colpa. Per quanto bisogna segnalare come una singolarità il fatto che nell'azione di tutela intervengano tutte due dal momento che nell'amministrazione si effettua l'interesse del solo pupillo, non anche del tutore”.

²⁸ È drastico il Pelloso: Modestino «da un lato, sradica dal testo – come di consueto – ogni riferimento alla responsabilità oggettiva del comodatario, dall'altro, pur conoscendo l'approccio utilitaristico per impostare i problemi di fondamento della responsabilità contrattuale, lo falsifica e lo corrompe» (*ivi*, p. 608).

²⁹ Il passo del D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*): *lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt* (“la *culpa lata* è la negligenza eccessiva, cioè non comprendere ciò che tutti comprendono”).

tre tipi di impegno, tre tipi-base di responsabilità: «L'uomo cui è richiesta *diligentia exactissima* e che si macchia di *culpa in custodiendo*, per quanto il suo contegno sia stato normalmente diligente commette un peccato veniale che è comunque sufficiente a renderlo responsabile. L'uomo che, pur dovendo, non si adegua nell'esecuzione della prestazione allo standard medio di diligenza, normale o tecnica, commette una colpa lieve che fonda l'obbligo risarcitorio. L'uomo cui si chiede semplicemente di non cagionare danno alla controparte contrattuale volontariamente e consapevolmente oppure di tenere contegni che non siano né quelli di un uomo diligentissimo, né quelli di un uomo diligente, ma solo quelli propri di un "essere umano", ossia di un essere dotato almeno di un briciolo di buon senso, ove si integrino gli estremi della *culpa lata* o *magna neglegentia* (cosa che, come appena accennato, avvicina in concreto l'uomo all'animale) è tenuto responsabile per una carenza (come sosteneva Celso sulla scorta di Nerva, contro il parere di Proculo e – parrebbe – anche contro quello di Labeone) che non poteva che dirsi un tipo di *dolus* o di *fraus*: secondo alcuni dei *prudentes*, la *culpa* che fosse *latior* del normale, infatti, non era una figura da equiparare o assimilare al *dolus*, ma era essa stessa un'ipotesi particolare di dolo»³⁰.

Contemporaneamente assistiamo anche ad una "estensione verticale della *culpa*" che segue l'emergere del criterio della *diligentia quam in suis* (il caso in cui «i giuristi procedono ad un confronto "storico" tra il contegno posto in essere nell'esecuzione della prestazione dal debitore e quello precedentemente e usualmente impiegato dallo stesso, [...] e sempre nel rispetto, anzi nel corroboramento, della regola dell'*utilitas*»), ed il suo rimbalzare dal pensiero dell'un giurista all'altro nella convinzione della sua equivalenza col dolo, o addirittura con la *fraus*. La dimostrazione è fatta attraverso la *lex quod Nerva* (D. 16.3.32), che nel pensiero fecondo degli antichi giustifica due opposte posizioni: secondo Nerva (e la scuola proculiana, dunque; e anche Celso) «chi, pur uomo, agisce come essere irrazionale (ossia contro la *natura* degli *homines*) non viola lo standard della *diligentia diligentis patris familias* o del *peritus* "modello" del debitore *artifex*, ma commette niente meno che dolo»; secondo Proculo invece, sempre alla luce del criterio dell'*utilitas contrahentium*, «l'inadempimento occasionato da un difetto di "minima razionalità umana" o sarebbe stato da escludere come fonte di

³⁰ È evidente qui (*ivi*, p. 615) il riferimento alla *lex quod Nerva* di D. 16.3.32 (Cels. 9 *dig.*) su cui, in specifico, anche altri autori.

obbligo risarcitorio, o sarebbe stato sanzionabile unicamente attraverso un processo di assimilazione al dolo per analogia» (*ivi*, p. 618).

2. Seconda e terza tappa

La seconda tappa del percorso della Ricerca specificamente dedicata al settore del “Diritto penale”, era svolta attraverso le voci di Gabriele Marra, Cecilia Ascani (ma poi solo Cecilia Ascani che ha riportato anche il pensiero di Marra) e Maria Luisa Biccari.

Dal momento che sia Ascani che Biccari hanno aderito a trattare del loro argomento anche nella nuova trattazione in lingua inglese è certamente superfluo riproporne qui in sintesi l’opinione. Si rimanda pertanto ai lavori *From the Balduzzi Law to the Judgment of the Italian Supreme Court of 2018. Determining the limits of criminalization between minor and gross negligence e Culpa lata, luxuria, and the case of the incendiarius*³¹; e precedentemente a C. Ascani, *L’evoluzione della colpa nel campo della responsabilità dei sanitari. Il regno delle c.d. sfumature intermedie*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 463-480 e M.L. Biccari, *Colpa grave nel diritto penale e criminale romano: riflessioni a margine della lettura dei libri terribiles del Digesto*, *ivi*, 481-500).

La terza tappa è dedicata invece al “Diritto intermedio e civile”; si vale delle voci di Ulrico Agnati, Paola Lambrini, Valeria Pierfelici, Edoardo Rossi e Alessandro Semprini.

Lo studio di Ulrico Agnati³² si incentra sul significato di una celeberrima *lex quod Nerva* (D. 16.3.32 (Cels. 11 *dig.*) e sulle discussioni che il testo ha generato. Si parte dunque dal testo che l’autore traduce nei seguenti termini: «Ciò che diceva Nerva, che una colpa molto grave (*culpa latior*) è dolo, non trovava d’accordo Proculo, ma a me (Celso) sembra verissimo. Infatti, anche se qualcuno non è diligente al modo che la natura degli uomini richiede – a meno che si prenda cura della cosa depositata nel modo che gli è usuale – non manca di frode. E infatti non potrà adottare in buona fede per le cose depositate una minore diligenza che per le proprie»³³.

³¹ In M.L. BICCARI (ed.), *Essays cit.*, rispettivamente pp. 37-48 e 49-55.

³² *La culpa latior di Celso, la culpa lata dei Glossatori e il dolus praesumptus di Bartolo da Sassoferrato*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 429-462.

³³ 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.*

Agnati ha condotto la sua analisi attraverso due differenti sviluppi che svolgono sul punto il pensiero della Glossa e del Commento. E dunque, secondo una prima interpretazione che nasce da Azzone ma ha il suo sviluppo centrale nella *Glossa* di Accursio, si viene ad identificare la *culpa latior* con la *culpa lata*: considerando che il passo commenta specificamente un episodio di deposito, sul depositario grava una responsabilità specifica che si inquadra perfettamente entro i criteri generali della responsabilità contrattuale, si chiarisce nei termini di una *diligentia quam in suis rebus*, e questa si definisce come la diligenza media. In pratica l'approccio dell'interprete deve commisurare la realtà con una definizione astratta (la diligenza media appunto)³⁴.

Sulla base della *lex quod Nerva* Azzone amplia la responsabilità del depositario, e parla di una responsabilità che può giungere finanche alla colpa grave (*lata*) e molto grave (*latior*); ma, riconoscendo nella *culpa* – come fa la Glossa – una suddivisione in tre sole specie, di *culpa lata*, *levis* e *levissima*, vuole che la *culpa latior* sia ricompresa nella stessa categoria della *culpa lata*, e vada valutata semplicemente come *culpa*: né vale a cambiare questa sua qualifica l'equipazione della *culpa lata* col dolo, che viene sconfessata sulla base di un "sillogismo aristotelico", per cui se la *culpa lata* è "simile" al dolo, non è il "dolo".

Di seguito Accursio, che pure segue la linea discorsiva di Azzone e dei glossatori che lo precedono (fra i quali Agnati riporta come emblematica la posizione di Viviano Toschi), rafforza e generalizza il discorso: lo rafforza, perché giunge a parlare della *diligentia* (e, al contrario di Azzone, ne parla in termini concreti, come di una *diligentia quam in suis*); lo generalizza, perché alla persona del depositario come soggetto responsabile sostituisce la più ampia persona del debitore, e giunge a confrontare la diligenza comune (parametro astratto) con la *diligentia quam in suis* (parametro concreto) che viene a prevalere³⁵.

³⁴ Ammirabile la costruzione della responsabilità del depositario che si legge nella *Summa codicis* di Azzone, che anticipa per certi versi i criteri espositivi del trattato.

³⁵ Agnati riferisce come tratti distintivi della glossa accursiana:

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

L'autore giustifica la distanza dal contenuto del frammento digestuale, e dal pensiero di Celso, sottolineando come per diritto romano il deposito sia un contratto da cui solo il de-

Data questa premessa, che era anche storicamente logica ed indispensabile, l’attenzione di Agnati si sposta decisamente su una seconda interpretazione della *lex quod Nerva*, che si deve a Bartolo, e lo vede impegnato sia nella sua *lectura*, in cui Bartolo esamina e critica le questioni trattate dalla *Glossa*, sia nella *repetitio*, approfondimento didattico riservato alle *leges* particolarmente difficili o ricorrenti o male interpretate³⁶. Un differente discorso si muove sulla scia di Bartolo. E, benchè nelle fonti compaia una sola volta la locuzione *culpa latior* (e su questo *hapax* l’autore crea una ripetuta suggestione), su quella si costruisce un autonomo criterio di responsabilità, un gradino intermedio tra colpa e dolo.

Ed è in questa *repetitio* che si vede il grande edificio che il commentatore di Sassoferrato ha saputo costruire sulla *culpa lata*, un edificio che nella sua sistemazione teorica, pur fondamentale per intendere appieno il pensiero del giurista, non risulta esplicitato unitariamente, ma i cui elementi costitutivi vanno ricercati – è ciò che ha fatto Agnati – in diversi passi della *repetitio*.

Mentre tradizionalmente è la colpa ad essere frazionata in varie specie, Bartolo pone a scansione innanzi tutto il dolo: il dolo è un “genere” che contiene sotto di sé numerose “specie” (quali il *dolus bonus* e il *dolus malus*, e, inoltre, il dolo manifesto e il dolo presunto) nelle quali, come da *genus* a *species*, si riscontrano caratteristiche comuni e differenze specifiche. Perciò se la *culpa lata* è un dolo presunto, appartiene al genere dolo, è comunque dolo, e non si può dire che semplicemente “viene equiparata al dolo”.

Ma – aggiunge Bartolo – vi è un principio capace di fungere da riferimento sia per il dolo che per la colpa, ed è quello della *deviatio a bono*, designata genericamente come *culpa* ma tale da rappresentare il *genus* supremo nel quale si sviluppano i due generi intermedi del dolo e della *culpa* propriamente detta³⁷, l’uno caratterizzato dall’essere *machinatio*, raggiro in-

ponente trae utilità, per cui se si è affidato a una persona poco diligente, *de se queri debet*, mentre la *Glossa*, pur parlando di deposito e della responsabilità del depositario, in realtà si amplia ad una prospettiva più generale e astratta che è quella della responsabilità tout court, per cui «non si intende concedere giustificazioni a comportamenti negligenti, cioè sotto la media della diligenza comune, come pure si intende imporre al debitore l’applicazione della *diligentia quam suis* se essa è sopra la media» (*ivi*, p. 448).

³⁶ Infatti dice Agnati che «la *lectura* ne è un presupposto che merita di essere considerato brevemente» (*ivi*, p. 453).

³⁷ Scrive Agnati (*ivi*, p. 456): «Come si è visto, il nome *culpa* è impiegato sia per il *genus* supremo (*deviatio a bono*), sia per il *genus* intermedio (la colpa in senso stretto), dal quale, a sua volta, si dipartono le *species* della *culpa lata*, *levis* e *levissima*. Il *genus* intermedio della *culpa* è sinteticamente definito da Bartolo come *deviatio ab eo quod bonum est, quod per di-*

tenzionale, l'altra dalla mancata previsione disattenta (*incircumspecta*) di ciò che si sarebbe potuto prevedere.

In tal modo vengono ad intercambiarsi l'una con l'altra le varie sottospecie del dolo e della *culpa*³⁸. E in particolare per quel che riguarda la *culpa lata*, contro il dettato della Glossa, Bartolo la qualifica appunto come una *deviatio incircumspecta* dalla diligenza che comunemente applicano gli uomini della stessa professione e condizione. «Il vocabolo “deviazione” riprende una caratteristica del *genus culpa* e abbraccia sia la colpa commissiva che quella omissiva, ciò che è di particolare interesse per Bartolo. Con l'aggettivo *incircumspecta* viene varcato il confine tra i generi intermedi di *dolus* e *culpa* e si entra nell'ambito della *culpa* in senso stretto» (*ivi*, p. 458).

Il discorso su *Il paradosso del dolo colposo* di Paola Lambrini³⁹ è singolarmente scandito da partizioni (o paragrafi) in lingua latina, “*Culpa est quod cum a diligente provideri poterit non esset provisum*”, “*Culpa lata dolo aequiparatur*”, “*In lege Cornelia dolus pro facto accipitur neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*”, “*Ipsa res in se dolum habet*”, “*An dolo quid factum sit ex facto intelligetur*” (cioè rispettivamente: “colpa è non aver provveduto a ciò che da una persona diligente si sarebbe potuto provvedere”; “la colpa lata è equiparata al dolo”; “secondo la *lex Cornelia* il dolo si verifica nel fatto stesso e in base a questa legge la colpa lata non equivale al dolo”; “la situazione stessa comporta in sé il dolo”; “se vi è stato dolo lo si percepisce dallo stesso fatto”)⁴⁰. Solo per le ultime considerazioni, che attengono alla

ligentiam hominis potuit praevideri (§ 7). La definizione consente da un lato di contemplare condotte commissive e omissive, e dall'altro di escludere la responsabilità per caso fortuito (mediante il requisito della prevedibilità)».

³⁸ Secondo Bartolo sono cinque le *species* della *culpa*, cioè, dalla più grave alla meno grave, la *culpa latissima*, la *culpa latior*, la *culpa lata*, la *culpa levis*, la *culpa levissima*. In particolare – e limitandomi alla *latissima* e alla *lterior* in quanto attinenti al nostro tema – la *culpa latissima* è il *dolus manifestus*, definito, come *machinatio* manifestamente volto a ingannare e trarre in errore l'altro: che è la definizione romana del dolo (D. 4.3.1.2); la *culpa latior* è il dolo presunto, che è ugualmente una *machinatio* volta a ingannare, ma la sua differenza specifica rispetto al dolo manifesto, anch'esso *machinatio*, sta nell'avverbio *praesumptive* che connota la prima, in cui vengono in rilievo gli aspetti psicologici del reato che, in mancanza di una confessione, vanno provati tramite presunzioni, in quanto fatti interni a chi agisce.

³⁹ In St.Urb. 71.3-4 (2020) 579-594.

⁴⁰ Che sono famosi brocardi desunti da incipit o incisi di famosi passi del Digesto. Cioè *Culpa est quod cum a diligente provideri poterit non esset provisum* = D. 9.2.31, Paul. 10 *ad Sab.*

Culpa lata dolo aequiparatur = D. 11.6.1.1, Ulp. 24 *ad ed.*

trasposizione dell’insegnamento romano nel diritto attuale, si ritorna ad una titolazione in lingua italiana: “Il dolo colposo nella civilistica italiana”.

Il discorso parte dunque dal concetto di *culpa* e di *culpa lata*.

richiesto, il che esige una valutazione di carattere oggettivo); e accertato, sulla base delle fonti, che la *culpa lata* consiste in una violazione dell’obbligo di diligenza particolarmente grossolana, certamente molto difforme da quel comportamento-modello che vuole puntuale osservanza delle regole di diligenza, prudenza e perizia da esplicitarsi nel caso concreto; Paola Lambrini si sofferma sulla lettura di D. 48.8.7 (Paul. l.s. *de publ. iudic.*): *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet*, cioè, tradotto: “Nell’ambito delle fattispecie rientranti nella *lex Cornelia* il dolo si desume dal fatto: e per quanto riguarda questa legge la *culpa lata* non è equiparata al dolo. Per cui non va valutato secondo la disciplina di questa legge il fatto di chi si sia gettato [*ovvero: sia caduto*] dall’alto, piombato su un’altra persona, e ne abbia provocato la morte, o ancora se un potatore ha fatto cadere un ramo dall’albero e, non avendo avvisato adeguatamente, ha provocato la morte di uno che passava”.

Certamente il significato della frase emblematica iniziale *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur* è che nell’ambito dei crimini perseguiti dalla legge Cornelia, in particolare cioè per quanto riguarda l’omicidio, il dolo si desume dal fatto criminoso: è punibile chi abbia cagionato la morte di un uomo con armi o veleni, cioè ponendo in essere i comportamenti tipici che oggettivamente conducono a quel risultato; in somma è punibile colui che abbia posto in essere una condotta esattamente sussumibile sotto le fattispecie tipiche previste dalla norma incriminatrice⁴¹.

In lege Cornelia dolus pro facto accipitur neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur = D. 48.8.7, Paul. l.s. *de publ. iud.*

Ipsa res in se dolum habet (ovvero *dolus in re ipsa*) = D. 45.1.36, Ulp. 48 *ad Sab.*

An dolo quid factum sit, ex facto intelligitur = D. 44.4.1.2, Paul. 71 *ad ed.*

⁴¹ Botta (*Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell’“omicidium” in diritto romano classico*, in *Diritto@Storia* 12 [2014] 13-14) precisa sull’inapplicabilità del principio a ipotesi di tentativo: «Lungi dall’aver qualsiasi rapporto con la problematica del tentativo, la relazione disegnata dal giurista tra dolo e fatto, visto il contesto “casistico” nel quale è inserita, non può non significare che il dolo necessario al fine dell’imputazione soggettiva della condotta omicidiaria *ex lege Cornelia* è il solo dolo intenzionale e diretto (in cui

Il prosieguo del passo esclude che possano rientrare nell'ambito della *lex Cornelia* taluni (due) comportamenti-fatti particolari per i quali si tratta di *culpa lata*: il fatto di chi si butti o precipiti⁴² dall'alto e provochi la morte di altra persona che in qualche modo è trascinata nella caduta, oppure il fatto del potatore che non avendo chiaramente allertato i possibili passanti sulle sue azioni, abbia colpito e ucciso taluno con la caduta del ramo potato.

Almeno una delle ipotesi descritte, soprattutto per come viene descritta e per la terminologia usata, richiama palesemente un altro passo dello stesso Paolo, D. 9.2.31, dai *libri ad Sabinum*, relativo ad un delitto privato sussumibile nell'ambito della *lex Aquilia*⁴³: si dice espressamente nell'un passo come nell'altro di un *putator ex arbore ramum cum deiceret*, si dice di un *non proclamare*, si dice di un *occidere hominem praetereuntem*. E si parla di *culpa lata*, così letteralmente indicata in D. 48.8.7, perifrastata con le parole *culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum* in D. 9.2.31: è la stessa situazione, ma è riguardata sotto il profilo privatistico dei *delicta* (e in questo caso con un larvato riferimento ai reati di pericolo)⁴⁴ nell'un caso, sotto il profilo pubblicistico dei *crimina* nell'altro.

La regola *dolus pro facto accipitur* va intesa nel senso che quando si possa accertare l'esistenza di fatti e circostanze che oggettivamente conducono o possono di certo condurre alla realizzazione del delitto, non sono neces-

ciò sia piena tanto la volizione quanto la rappresentazione dell'evento) e che tali caratteri della volontà punibile debbano ricavarsi dalla diagnosi del fatto concreto [...] il fatto come condotta viene concepito, considerato e valutato unitariamente tanto nelle sue modalità attuative quanto nell'elemento volitivo che lo sorregge, anzi quest'ultimo, come detto, deve dedursi da quelle».

⁴² Il *se praecipitare* dovrebbe avere qui significato riflessivo: il che implica un moto di volizione, il gettarsi dall'alto (con o senza intenzioni suicide) e una noncuranza rispetto alla posizione degli altri che potrebbero essere coinvolti.

⁴³ D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.*

⁴⁴ Su cui anche A.M. GIOMARO, *Ipotesi di anticipazione della tutela nel diritto romano*, in *Diritto romano attuale* (2009) 53 ss.

sarie altre indagini perché il dolo si deve presumere, o meglio si realizza nel fatto stesso.

Se ciò non fosse le conseguenze sarebbero estremamente sconcertanti. Scialoja parlava al proposito di un “diritto disarmato”, in quanto in molti casi «di fronte alla negativa del convenuto, ben difficilmente si riuscirebbe a provarne [del dolo] l’esistenza»⁴⁵. Le difficoltà che si possono riscontrare a dare la prova delle intenzioni si presentano in tante situazioni giuridiche, per cui la regola dell’esistenza del *dolus in re ipsa* – prosegue a dire la Labriani – vale in tutti gli ambiti del diritto.

In ambito criminale si possono considerare addirittura le ipotesi di *membrum ruptum* e *os fractum* di cui fanno menzione le XII Tavole, per le quali già il Kaser riconosceva «una sorta di responsabilità oggettiva ancora in vigore a quell’epoca, quanto piuttosto <al>l’idea già sviluppata di un dolo tipizzato»: il rientrare del fatto nella descrizione tipica del delitto di cui alle antiche leggi era già sufficiente a ritenere esistente il dolo⁴⁶.

In ambito processuale D. 45.1.36 (Ulp. 48 *ad Sab.*) fa cenno del caso di chi chiede in giudizio qualcosa che sa non essere di sua pertinenza, a cui sa di non avere diritto, che quindi dovrà restituire (che è il caso di applicazione di un’*exceptio doli generalis seu praesentis*): D. 45.1.36, Ulp. 48 *ad Sab.*, *Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit* (“Se taluno è convenuto [in giudizio] per essere dichiarato responsabile, e proprio da parte di chi è tenuto [nei suoi confronti] per dolo, per le finezze del diritto è costretto [al giudizio], ma può servirsi dell’eccezione di dolo; poiché infatti è obbligato per il dolo, gli è data l’eccezione. Ugualmente se non si riscontra nessun dolo dello stipulante, ma la situazione stessa comporta in sé il dolo: infatti allorché qualcuno fa [la sua] richiesta in base a quella stipulazione, commette dolo per il solo fatto che avanza la richiesta”).

L’espressione del testo *ipsa res in se dolum habet* diviene emblematica.

Di seguito Paola Lambrini riporta l’ipotesi di un contratto che, seppure

⁴⁵ Così V. SCIALOJA, *Delle obbligazioni in diritto romano. Appunti sulle lezioni di V. Scialoja*, Roma 1889, p. 338.

⁴⁶ Cfr. M. KASER, *Typisierter ‘dolus’ im altrömischen Recht*, in *BIDR* 65 (1962) 79-104.

non viziato da esplicito dolo, tuttavia presenti dei difetti tali per cui se ne potrà poi chiedere l'annullamento.

Di seguito riporta ancora l'ipotesi di una promessa *sine causa*, quando il debitore principale avesse imposto al suo fideiussore di non sollevare eccezioni, di pagare subito e poi ripetere con l'*actio mandati contraria* quanto avesse sborsato: si deve concedere al fideiussore l'*exceptio doli generalis*⁴⁷.

In conclusione si deve riconoscere – dice la Lambrini – che se è vero che nella maggior parte dei casi difficilmente sarà in buona fede il creditore che richiede ciò che non gli spetta o ciò che ha già ricevuto per altre vie, ecc. (tutte le ipotesi di applicazione di un'*exceptio doli generalis*), tuttavia potrebbe mancare nell'attore che fa la richiesta quella consapevolezza del limite dei propri diritti che rappresenterebbe un atteggiamento doloso: la difficoltà relativa all'interpretazione secondo diritto di un tale atteggiamento psicologico viene superata a monte, con una verifica oggettiva delle circostanze di fatto e con l'affermazione del principio per cui *ipsa res in se dolum habet*.

E ancora. L'applicazione di tale principio risulta avere una portata ancora più generale, che non soltanto riguarda le problematiche relative all'*exceptio doli generalis seu praesentis*, che si estende addirittura all'azione di dolo. L'*actio doli*, così come l'*exceptio doli*, veniva a sanzionare ogni forma di abuso e anche in questo caso (come nel caso dell'*exceptio doli generalis seu praesentis*) poteva verificarsi che fosse carente l'espressa intenzione di raggirare⁴⁸: pertanto al pretore si imponeva di indagare preliminarmente,

⁴⁷ D. 46.1.15pr. (Iul. 51 dig.): *Si stipulatus esses a me sine causa et fideiussorem dedissem et nollem eum exceptione uti, sed potius solvere, ut mecum mandati iudicio ageret, fideiussori etiam invito me exceptio dari debet: interest enim eius pecuniam retinere potius quam solutionem stipulatori reo repetere*. L'A. commenta: «È certamente più economico evitare un trasferimento patrimoniale che, risultando poi ingiustificato, dovrebbe venire rimosso, con tutte le conseguenze negative di ordine pratico che ne possono conseguire. In una simile ipotesi, anche se nella maggior parte dei casi è ben difficile ipotizzare uno stato soggettivo di buona fede del creditore, quest'ultimo potrebbe anche non essere consapevole del fatto che la richiesta di pagamento è abusiva, perché il descritto dolo presente dipende solo da una verifica oggettiva delle circostanze di fatto, è appunto un *dolus* contenuto nella *ipsa res*» (*ivi*, pp. 586-587).

⁴⁸ L'A. fa riferimento ai molti casi riportati in P. LAMBRINI, '*Actio de dolo malo*' e risarcimento per fatto illecito, in L. GAROFALO (a cura di), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca II, Padova 2011, pp. 580 ss. (ora in *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, pp. 69 ss.). E aggiunge (*ivi*, p. 587): «Anche tale azione, infatti, aveva carattere di rimedio generale, era cioè diretta a sanzionare tutte le ipotesi che altrimenti sarebbero rimaste prive di tutela, in modo analogo all'*actio praescriptis verbis* in campo contrattuale e allo

ai fini della concessione dell'*actio*, il comportamento delle parti. E poiché il concetto di dolo «era molto elastico e si precisava solo in base al contesto di utilizzazione si rendeva necessaria una preliminare indagine pretoria proprio perché la categoria del dolo all'interno dell'*actio de dolo* (come per l'*exceptio doli* del resto) era una categoria aperta, da accertarsi volta per volta»: *an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur*, come dice Paolo in D. 44.4.1.2.

Infine, a chiusura, la Lambrini affronta e discute con ampia citazione di dottrina la teoria del “dolo colposo”, che dice «ritenuta ancora “rivoluzionaria” dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie», una teoria proposta da Rodolfo Sacco nel suo *Contratto* (cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino 1975, pp. 325 ss.)⁴⁹ che recupera in sede di diritto civile la figura penalistica del “dolo eventuale”, e consente una più felice interpretazione dei casi di “raggiro”.

Non ci si sofferma qui sul lavoro di Valeria Pierfelici, che riprende autonomamente la parola nella versione inglese (*Brief remarks on culpa lata in San Marino law*⁵⁰). Per lo studio precedente: V. Pierfelici, *La culpa lata nel diritto sammarinese*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 623-656.

Con Edoardo Alberto Rossi l'attenzione si sposta all'ambito comparatistico e al diritto dell'U.E.⁵¹

Come premessa del suo discorso l'A. considera «la rilevanza della colpa in materia contrattuale e extracontrattuale»⁵², ne accenna la derivazione dal diritto romano, e ne declina l'importanza attraverso alcuni basilari articoli del codice civile che pongono in rilievo alcune situazioni giuridiche che sono poste in evidenza da una riflessione sul tema, come “l'assenza di diligenza”

stellionato in campo criminale; per questo motivo essa era sussidiaria, cioè utilizzabile solo quando non si avesse a disposizione alcun altro rimedio. L'azione *de dolo* colpiva comportamenti che altrimenti sarebbero sfuggiti ‘alle reti che l'ordinamento ha apprestato per assicurare l'eliminazione delle ingiustizie. Con l'introduzione dell'*actio de dolo*, l'ordinamento mostra di avere coscienza della propria necessaria imperfezione [...] I comportamenti sanzionati con l'*actio de dolo* non sono di per sé illeciti: è l'editto che la prevede a farne degli illeciti, con l'ultima norma, la norma di chiusura del sistema» (l'ultimo tratto fra apici è una citazione da C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* II.1, Torino 2003, pp. 30 ss.).

⁴⁹ Ma anche ID., *Il contratto*³ I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino 2004, p. 547. Si rimanda al testo per l'ulteriore bibliografia sul tema specifico.

⁵⁰ In M.L. BICCARI (ed.), *Essays* cit., pp. 115-128.

⁵¹ Titolo del contributo è *Spunti problematici in tema di rilevanza della colpa nel diritto internazionale privato*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 699-716.

⁵² Che è il titolo del primo paragrafo.

(art. 1176 c.c.), “la prevedibilità del danno” (art. 1225 c.c.), l’emergere del criterio della “colpevolezza” e della dottrina del “danno ingiusto” (art. 2043 c.c.), e poi ancora art. 1229 c.c. sulle “Clausole di esonero da responsabilità”, e art. 1227 c.c. sul “Concorso del fatto colposo del debitore”, ecc.

È tempo di passare al diritto internazionale privato.

Invero la preoccupazione di Rossi è in particolare quella di porre in evidenza le difficoltà che incontra l’applicazione di una disciplina della *culpa* nel campo del diritto internazionale. Qui in particolare si considera il diritto internazionale privato, e, quale situazione esemplificativa viene considerata, a partire dal secondo paragrafo, la *culpa in contraendo*, «nozione con la quale si identifica la c.d. responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione di doveri di comportamento secondo buona fede e correttezza durante le trattative, alla quale in alcuni sistemi è attribuita natura contrattuale e in altri extracontrattuale» (*ivi*, p. 703).

Certamente il problema della difficoltà di qualificazione dei fenomeni giuridici nella legislazione comunitaria deriva dalle differenze sistematiche che si riscontrano nei singoli ordinamenti, che impongono particolare attenzione e sensibilità nel momento della trasposizione comunitaria. Ad illustrare tali difficoltà evidenziate dalla definizione data circa la *culpa in contrahendo*, e dunque le difficoltà interpretative, entrano in giuoco la *Convenzione di Bruxelles* del 1968 e i Regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I bis, in cui genericamente si parla di “materia di illeciti dolosi e colposi”, con una locuzione che viene a sostituire la versione precedente – forse più “romanistica” – che separava la “materia contrattuale” e la “materia di delitti o quasi-delitti”; ed entra in giuoco la *Convenzione di Roma* del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (art. 1.2, lett. *i* del Regolamento Roma I, e art. 12 del Regolamento Roma II).

Ma l’urgere dei conflitti giudiziari incalza, e mentre la dottrina si interroga sull’inquadrabilità del fenomeno (la *culpa in contraendo* appunto) si svolge l’importante processo Corte di giustizia, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, e viene pubblicata la sentenza relativa (sentenza *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*), con le sue incongruenze, su cui si sofferma l’Autore.

Parallelamente va rilevato che sulle sentenze di una Corte internazionale non possono non valere cautele particolari e diverse in ragione degli interessi e valori che possono venire in rilievo: cosa di cui sembrano essersi resi conto il legislatore europeo e la Corte di giustizia. Di volta in volta nelle sentenze esaminate rilevano «esigenze “processuali”, come la facilità nell’accertamento dei fatti e delle questioni giuridiche rilevanti, nella rac-

colta di elementi probatori e nella tempestività con la quale possono essere emessi provvedimenti giurisdizionali volti ad evitare l'aggravamento delle conseguenze dannose dell'illecito»; o ancora si dà rilievo a «esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità del foro e della legge applicabile; oppure ancora potrebbe essere privilegiato il perseguimento di finalità di protezione del danneggiato, designando autorità giurisdizionali e legge applicabile più vicine territorialmente e culturalmente agli interessi della vittima dell'illecito» (*ivi*, p. 710).

Un altro problema – fra i tanti – nella trattazione del tema della colpa in ambito europeo si può vedere ancora relativamente alla localizzazione dell'illecito, in particolare dell'illecito civile. Scrive il Rossi: «Una delle questioni che spesso si presenta nel momento in cui occorre applicare regole di diritto internazionale privato a casi di illeciti civili con elementi di internazionalità riguarda la problematica della localizzazione dell'illecito. Spesso, infatti, il fatto generatore ed il danno non si verificano nello stesso Stato; frequentemente, inoltre, il fatto generatore non è costituito da un'unica condotta ma da una serie di atti che non avvengono nello stesso Stato o sono imputabili a più soggetti distinti. Allo stesso modo, anche l'evento dannoso può essere costituito da una pluralità di eventi che si verificano in diversi Stati» (*ivi*, p. 709).

Talora la Corte di giustizia si è pronunciata sul criterio, troppo generico, del “luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire” (un criterio che è derivato dalla Convenzione di Bruxelles) al fine di renderlo più aderente alle singole realtà degli Stati e soprattutto alle particolarità dei casi da esaminare, ai diversi illeciti civili – e cito: «Si pensi, ad esempio, alla responsabilità da prodotti, agli atti di concorrenza sleale, ai danni ambientali, alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale, alla violazione dei diritti della personalità». Se è vero che con tale criterio «ci si può riferire sia al luogo del fatto generatore – cioè lo Stato in cui è stata compiuta la condotta illecita – sia al luogo in cui sono insorte le conseguenze dannose» (*ivi*, p. 711) la pratica delle Corti esige poi adattamenti particolari come dimostra, per esempio la nota sentenza della Corte di giustizia, relativa ad un caso di inquinamento transfrontaliero, *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, C-21/76, sent. 30 novembre 1976, che in pratica moltiplica i “luoghi” di riferimento, o la sent. Corte di giustizia, *Shevill e altri c. Presse Alliance SA*, C-68/93, sent. 7 marzo 1995, che in ipotesi di diffamazione a mezzo stampa punta il dito sul luogo di stabilimento dell'editore della pubblicazione (sent. cit., punto 24) e, alternativamente, tutti gli Stati di diffusione della pubblicazione controversa quali luoghi in cui

si è verificato il danno (sent. cit., punto 33); o ancora la Corte di giustizia, *eDate Advertising GmbH e altri. c. X e Société MGN Limited*, C-509/09 e C-161/10, sent. 25 ottobre 2011, che, in tema di illeciti derivanti da condotte diffamatorie poste in essere *online* attribuisce alle vittime la possibilità di certe scelte circa il foro di competenza⁵³. Per concludere che «a seconda del tipo di illecito e dell'esigenza ritenuta prevalente è quindi possibile, come ha mostrato la Corte, proporre differenti interpretazioni del criterio dell'evento dannoso» (*ivi*, p. 713).

Lo scopo è raggiunto: la trattazione del tema della colpa in ambito di diritto internazionale privato e di diritto comunitario esige una sensibilità e una cautela differenti da quelle impiegate per il diritto nazionale, e necessita di ulteriori riflessioni.

Il tema specifico trattato da Alessandro Semprini è quello degli *Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione e nuovo art. 3, comma 6-bis DL. n. 6/2020*⁵⁴.

A seguito delle drammatiche vicende sanitarie della pandemia da Covid 19 del 2020 – rileva il Semprini – l'apparire nella legislazione “di guerra” del periodo di un art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, impone particolari riflessioni. L'articolo ha stabilito che, in tutti i casi di inadempimento, dovranno essere sempre valutate le conseguenze delle misure di contenimento pandemico: e tuttavia la condiscendenza che deve essere prestata agli inadempimenti che possiamo dire emergenziali⁵⁵ non deve farci trascurare

⁵³ Sempre con ampia documentazione di dottrina Edoardo Rossi commenta che: «Da questo approccio interpretativo della Corte sembra potersi evincere l'intento di perseguire e contemperare una molteplicità di esigenze. Infatti, accanto a finalità di buona amministrazione della giustizia, perseguite mediante il riconoscimento della competenza dei giudici del luogo in cui si sono verificati i danni, e a quelle di certezza del diritto e prevedibilità – evidenti dall'identificazione del foro dello Stato di stabilimento dell'editore come foro dello Stato di origine del danno – la Corte sembra avere dato particolare importanza anche ad esigenze di tutela delle vittime delle violazioni, concedendo loro ampie facoltà di scelta tra una pluralità di fori facilmente accessibili, specialmente quando risulta complicato scindere e localizzare danno ed evento causale» (*ivi*, pp. 712-713).

⁵⁴ In St.Urb. 71.3-4 (2020) 759-774.

⁵⁵ Ripeto qui, letteralmente, la nt. 6 (*ivi*, p. 761) del testo in esame: «Si tratta, in sostanza, “di quegli illeciti contrattuali dovuti non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato”; così A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio* cit., p. 214».

quelli che, dietro tale paravento, risultano invece opportunistici, ovvero riconducibili alla colpa o al dolo del debitore.

In realtà, anche senza il ricorso all'articolo suddetto, qualora a seguito dell'emergenza pandemica la prestazione contrattuale non possa essere adempiuta se non con sforzi notevoli, o anche quando la stessa non abbia proprio possibilità di adempimento, temporaneamente o definitivamente, a causa dell'emergenza pandemica o delle misure di contenimento, si poteva sempre fare ricorso alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta o far valere l'eventuale sbilanciamento della posizione delle parti con conseguente inesigibilità della prestazione⁵⁶. Si potevano dunque invocare, per esempio, gli artt. 1218 e 1256 e 1463, parlando di impossibilità della prestazione per causa non imputabile, esigere l'esonero da responsabilità per risarcimento danni (art. 1218 cod. civ.) e l'estinzione dell'obbligazione (ai sensi dell'art. 1256 cod. civ.) o la risoluzione del contratto (art. 1463 cod. civ.); oppure chiedere una *reductio ad equitatem* se la prestazione non fosse divenuta impossibile ma solamente eccessivamente onerosa sulla base dell'art. 1467 cod. civ.

L'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020 crea dunque un pleonismo? In realtà una conseguenza innovativa la si può riscontrare in tema di onere della prova. Infatti, mentre ai sensi degli artt. 1218 e 1256 cod. civ., il debitore dovrebbe provare sia l'impossibilità della prestazione sia il fatto che questa è derivata da causa a lui non imputabile, sulla base dell'art. 3 in esame l'onere probatorio del debitore sembra essere stato lievemente attenuato. Infatti l'articolo recita: «la disposizione eccezionale accerta in via legislativa una causa di forza maggiore, esonerando [il debitore] dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi (forza maggiore, caso fortuito) che, nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare»; e accanto alla più evidente conseguenza esonerativa, la presenza nella lettera dell'articolo dell'avverbio “sempre” («il rispetto delle misure di contenimento è sempre valutato ai fini dell'esclusione [...]») conferisce a questo alleggerimento della posizione del debitore un valore generale che può trascendere anche specifiche limitazioni.

⁵⁶ Sul punto, con Semprini, vale citare E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2020) 282; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in AA.VV., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferri, Napoli 2002, p. 51.

Naturalmente vanno esclusi da questo temperamento quegli inadempimenti che non possono qualificarsi “emergenziali” in quanto “opportunistic”, “pretestuosi”, non collegati alle reali esigenze che la situazione pandemica ha creato nella sfera giuridica del debitore, il quale in realtà potrebbe soltanto trincerare la sua reale situazione di inadempienza colposa, o magari dolosa, dietro le concessioni che gli fornisce l’art. 3 suddetto.

Pertanto si dovrà sempre considerare se esista il rapporto che la norma esige fra l’inadempimento e le misure di contenimento dell’emergenza, ancorché queste vadano intese in senso ampio «ovvero comprensivo anche delle misure di contenimento dei successivi decreti»⁵⁷; e deve trattarsi di un vero e proprio rapporto causale che andrà valutato dal giudice con specifico riferimento al caso concreto ed alla situazione emergenziale del momento in cui si è verificato l’inadempimento. Ovvero, come suggerisce Erika Giorgini, «occorre comunque valutare se il debitore ha utilizzato la diligenza necessaria, in ragione del singolo caso concreto, per impedire (e/o limitare) il mancato adempimento»⁵⁸.

Entra così in giuoco la buona fede, la correttezza reciproca, la diligenza, tutto il sistema di individuazione di responsabilità che sta dietro alla parola “colpa”. Scrive Semprini: «Laddove quindi il debitore non si sia adeguatamente adoperato per adempiere siffatta prestazione, è inevitabile individuare una sua colpa; di converso, per il caso in cui vi sia stato un comportamento opportunistico di quest’ultimo (il quale, *sfruttando* la previsione normativa, abbia deciso di non adempiere pur avendone la possibilità), allora potrà ravvisarsi dolo». Anche in questo caso il debitore dovrà fornire la prova «di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all’esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti», come sancito anche da Cass., 16 aprile 2009, n. 9026⁵⁹.

⁵⁷ Altrimenti, ragionando per assurdo, «ovvero interpretando in senso letterale la disposizione, ne risulterebbe integralmente esclusa l’applicazione della norma (visto che le misure citate di cui al d.l. 23 febbraio n. 6, agli artt. 1 e 2, sono state abrogate dall’art. 5, comma 1, lett. a), del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 17» e di tutti i Decreti successivi.

⁵⁸ E. GIORGINI, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁹ L’A. considera rientranti nella discriminazione soltanto i debiti non pecuniari per i quali sarà necessaria una dimostrazione di tipo oggettivo circa «l’esistenza di ostacoli di tipo materiale (si pensi, ad esempio, alla chiusura del capannone nel quale veniva inscatolato un determinato prodotto, interrompendo una fase fondamentale della produzione), oppure di tipo giuridico (si pensi, invece, a peculiari divieti di esportazione di prodotti divenuti fonda-

Alla luce di tutto ciò, e considerando il dettato dell’art. 3 comma 6-bis, va dunque riguardata tutta la disciplina dell’inesigibilità della prestazione, che già aveva subito negli ultimi anni forti scossoni. Per concludere che «quanto alle persone fisiche, l’adempimento potrebbe ragionevolmente ritenersi non pretendibile laddove sia in grado di esporre il debitore al rischio di non soddisfare esigenze fondamentali della persona e dei propri familiari; quanto alle persone giuridiche, laddove invece sia potenzialmente idoneo a pregiudicare la stessa sopravvivenza dell’ente» (*ivi*, p. 771). E ancora: «In un periodo di tale emergenza, pertanto, la buona fede oggettiva ed i generali doveri di solidarietà (di cui all’art. 2 Cost.) dovranno assumere il ruolo di preminenti parametri interpretativi, sia nelle valutazioni sulla inesigibilità della prestazione, sia nella determinazione della linea di demarcazione tra gli inadempimenti emergenziali e gli inadempimenti colposi od opportunistici» (*ivi*, p. 774).

3. Quarta tappa

La quarta tappa del percorso circa il valore di “colpa grave” (*culpa lata*) nella legislazione attuale si rivolgeva (si rivolge) in ispecie a problematiche processuali, con le voci di Marco Cassiani, Maria Grazia Coppetta e Stefania Pietrini; per il primo in particolare oltre al saggio *Il risveglio della colpa* pubblicato in St.Urb. 71.3-4 (2020) 501-532, si rimanda alle pagine di *Abuse of trial and ‘new’ procedural negligence*, in M.L. BICCARI (ed.), *Essays* cit., pp. 57-70.

Il tema svolto da Stefania Pietrini ha per titolo *La culpa lata nelle costituzioni del Codex giustiniano*.

L’A. si ripromette di prendere in esame le sette costituzioni del Codice di Giustiniano nelle quali compare citata la *culpa lata*, tutte attinenti a situazioni di amministrazione patrimoniale per altri, la tutela, la curatela, tutte sospettate di non essere autentiche per vari motivi, fra cui, appunto, il richiamo a quel tipo di responsabilità che sta a mezzo fra il dolo e la colpa.

Per quanto tutte sette si possano inserire in un relativamente breve arco temporale, essendo pubblicate nel centinaio d’anni che va dal regno di Settimio Severo al governo diocleziano, è opportuno riportarle, come fa la Pietrini, secondo l’ordine cronologico.

mentali nel Paese)»; per quanto riguarda invece i debiti pecuniari i temperamenti determinati dalla legislazione pandemica non possono avere nessun valore scriminante.

C. 5.54.1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Fusciano). Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit (PP. VI id. Mart. Laterano et Rufino cons.). <a. 197>

È il titolo *De heredibus tutorum*. “Non è conveniente che siano condannati gli eredi di un tutore per una negligenza che non sia rapportabile ad una grave colpa (*lata culpa*) se la lite non è stata intrapresa [*prima*] contro lo stesso tutore e se non ne sia derivato un lucro o un beneficio con danno del pupillo”⁶⁰.

C. 5.53.2 (Imp. Antoninus A. Severo). Is, qui rationes tutelae seu curae reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. 1. Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis vincetur, ommissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscat, quae etiam argumentis liquidis investigari potest (PP. XI k. Oct. duobus Aspris cons.). <a. 212>

È il titolo *De in litem iurando*. “Chi ha reso i conti dell’amministrazione di una tutela o di una curatela non può essere costretto a giurare in giudizio, ma se lui vuole può essere ascoltato se l’erede per frodare il pupillo con dolo non vuole esibire le carte pupillari. Tuttavia se non risulta dolo né colpa grave (*lata culpa*), né frode dell’erede, accantonata la possibilità del giuramento, il giudice valuterà direttamente il caso, dal momento che può attenersi [*anche*] a differenti argomentazioni”⁶¹.

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 negligentia cessatur, tutelae iudicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse statuere curabit. <a. 213>

⁶⁰ Il che certificherebbe – ma non seguo la minuta esegesi dell’A. che, con ampia citazione di dottrina, dà conto delle differenti opinioni – che all’erede del tutore è consentita una situazione più favorevole rispetto al tutore stesso, alleggerendone la responsabilità.

⁶¹ Si parla ancora della posizione “alleggerita” dell’erede del tutore. Scrive la Pietrini a commento: «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 *iurandum in litem* di questi, sembra dipendere dalla circostanza che egli di regola si troverà in condizioni di difficoltà nel produrre i documenti che è tenuto ad esibire» (*ivi*, p. 662).

È il titolo *Arbitrium tutelae*. “Se i crediti del padre erano esigibili all’inizio della gestione tutelare e per grave colpa (*lata culpa*) del tutore durante il periodo della tutela sono diventati meno esigibili, il giudice chiamato [*a dichiararsi*] su queste cose ne terrà conto; e se palesemente viene meno per dolo del tutore o sua manifesta negligenza, dovrà curare che sia stabilito che debba essere riconosciuto al pupillo col giudizio della tutela il danno che gliene è derivato”⁶².

C. 5.55.2 (Imp. Alexander Severus A. to). 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, ommissa sunt, latae culpa ratio omnes aequaliter tenet. (PP. VIII k. Mai. Iuliano et Crispino cons.). <a. 224>

È il titolo *Si tutor non gesserit*. “Coloro che non si sono immischiati nella tutela o curatela non sono responsabili a causa di coloro che hanno condotto la gestione e sono solvibili. Se [*però*] ci sono cose che sono state trascurate mentre dovevano essere fatte, una [*eventuale*] presenza di colpa grave (*lata culpa*) li rende tutti ugualmente responsabili”⁶³.

C. 5.51.7 (Impp. Diocletianus, Maximianus AA. et CC. Alexandro). Quidquid tutoris dolo vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris (S. prid. Id. April. AA. cons.). <a. 293>

⁶² Anche in questo caso non mi addentro nella minuta analisi della dottrina che l’A. analizza; mi preme invece riportarne un tratto significativo: «Merita, piuttosto, sottolineare il collegamento, che appare come una sorta di equivalenza, posto dalla norma sancita con C. 5.51.2, tra la *culpa lata* e la negligenza manifesta. 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» (*ivi*, p. 668).

⁶³ Il passo considera la situazione di contutori o concutori, e, citando in particolare Voci (*La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, Milano 1973, p. 116), de Robertis (*La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione II*, Bari 1983, p. 783, nt. 70) e MacCormak (*The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *Irish Jurist* 5.2 [1970] 387 e nt. 65), commenta: «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’aver o meno provveduto a *suspectum facere* il gerente» (*ivi*, p. 669).

È il titolo *Arbitrium tutelae*. “Qualunque cosa i minori abbiano perduto per dolo o colpa grave o anche lieve del tutore o del curatore, e non l’abbiano richiesta, pur potendolo, non vi è alcun dubbio che anche questo viene calcolato nel *iudicium tutelae* o nel *negotiorum gestorum* condotto in via utile”⁶⁴.

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.*

È il titolo *De negotiis gestis*. “Per quelle cose che il tutore ovvero il curatore costituiti non amministrò compiutamente, cose per le quali è necessario dar conto non soltanto del dolo e della colpa grave, ma anche della colpa lieve, può essere convenuto da te, e le cose che risulterà ti debbano essere consegnate da lui, sarà costretto a darle con gli interessi”.

C. 2.18.17 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Claudiae). *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 (D. XIII k. Ian. Sirmi AA. cons.). <a. 293>.*

È il titolo *De negotiis gestis*. “I successori del curatore convenuti nel giudizio di gestione degli affari altrui in via utile devono rispondere sia di dolo che di colpa grave e non può passare a loro l’amministrazione [*della tutela*] e non devono avere assolutamente la facoltà di alienare le cose di persona <divenuta> adulta”.

Di volta in volta Stefania Pietrini smantella il castello di sospetti, dubbi,

⁶⁴ E ulteriormente la disamina della Pietrini fa salva la «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*» (*ivi*, p. 672).

accuse che la dottrina ha accumulato nel tempo contro ogni singolo testo. Inutile e dispersivo seguirne qui i diversi percorsi per i quali si rimanda al testo scritto. Importanti invece le conclusioni che se ne possono trarre, in particolare in tema di colpa grave. Cioè «aver offerto al lettore in queste pagine 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» (*ivi*, p. 677).

4. Quinta tappa

La quinta e ultima tappa del percorso a svolgere il tema circa l'influenza della *culpa lata* di Ulpiano e Paolo sulla “colpa grave” dell'attuale legislazione è dedicata al “Diritto amministrativo”: si esprime con l'insegnamento di Salvatore Puliatti, di Andrea Trisciuglio, essendo venuti meno, però, gli apporti di Matteo Gnes e di Andrea Baldanza.

Ad aprire la sezione della Ricerca dedicata al “Diritto amministrativo”, il discorso di Salvatore Puliatti si incentra sulla responsabilità dei funzionari in età tardoimperiale⁶⁵, evocando già nel titolo, con la frase di incipit *omnem operam et laborem sine dolo et sine ulla fraude [...] suscepturum esse*, tratta da Nov. Iust. 8, *iusiur.*, le linee della «profonda opera di moralizzazione basata su criteri meritocratici di selezione e su doti adeguate di professionalità [...] per ridare autorità allo Stato e risanare la pubblica amministrazione» che Giustiniano farà propria⁶⁶.

Sulla scia delle fonti giuridiche e letterarie del Tardo Impero⁶⁷, il sag-

⁶⁵ Il titolo preciso è *Omnem operam et laborem sine dolo et sine ulla fraude ... suscepturum ... esse: sulla responsabilità dei funzionari in età tardoimperiale*, in St.Urb. 71.3-4 (2020) 679-698.

⁶⁶ Così *ivi*, p. 680, nt. 4. E cita in proposito S. PULIATTI, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano. Lo statuto civile e l'ordinamento militare della prefettura africana*, Milano 1980, p. 21, e per l'ambito giudiziario F. GORIA, *La giustizia nell'Impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, 7-13 aprile 1994 (Settimane di Studio CISAM, XLII) I, Spoleto 1995, p. 300, ora in P. GARBARINO, A. TRISCIUGLIO, E. SCIANDRELLO (a cura di), *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, Alessandria 2016, p. 282.

⁶⁷ È riportato un tratto di una lettera di Simmaco a Valentiniano II dove si esprime un accorato rammarico: «Bisognava servirsi di persone operose e provate, in modo che ciascuno mandasse avanti il suo compito con facilità e senza colpe» (Simm., *Rel.* 17).

gio inizia lamentando la situazione di grave crisi morale che attraversa la burocrazia imperiale del periodo, una burocrazia che si può rappresentare in un coacervo di cariche vecchie e nuove, le quali venivano moltiplicate e ricoperte non pensando a risultati di buona amministrazione, bensì quasi esclusivamente considerandole, da parte del concedente (l'imperatore) più che altro come ricompense di una partigianeria e devozione, e da parte degli "incaricati" come traguardo di gloria, di onori, di benefici, da conquistare in tutti i modi e mantenere a prezzo di arbitri, corruzione, favoritismi, ecc. Ne derivava il senso di una instabilità amministrativa e di una sminuita autorità dello Stato che da parte dei pochi funzionari onesti si cercava di ripristinare, da un lato auspicando una riforma della burocrazia, dall'altro guardando con cauta fiducia ad un rafforzamento e una precisazione delle responsabilità penali dei funzionari che potesse garantire da parte loro un corretto esercizio delle funzioni pubbliche.

Il primo libro del codice teodosiano, che il Lauria definiva espressivo di un "diritto penale disciplinare"⁶⁸, rappresenta in un certo senso l'immagine di una mutata linea di attenzione sul problema, in quanto questa «tende a spostarsi dal rapporto "funzionario-sudditi" a quello di "funzionario-statuto deontologico, diretta espressione di interesse pubblico", o meglio a quello di "iudex-gerarchia", avente il proprio perno nella figura dell'imperatore». E citando Centola⁶⁹ l'A. sottolinea come «la sanzione miri più a punire la condotta del funzionario per i pregiudizi che a quell'assetto comporta [*e parla dell'assetto politico della collettività*] e per la violazione delle regole di condotta da esso imposte che per i pregiudizi direttamente o indirettamente arrecati ai singoli» (*ivi*, p. 682).

Considerate le evidenti difficoltà di approccio al tema della responsabilità dei funzionari, sia per la vastità e variabilità del fenomeno, sia per la incompletezza delle norme al riguardo (che spesso si limitano ad esprimere comandi e divieti, senza irrogare sanzioni), il Puliatti pone in evidenza, nel sistema valutativo dell'attività pubblica del tempo, l'introduzione (quasi a sottolineare la crisi morale cui si accennava) di concetti che erano stati estranei al mondo precedente, ispirati a valori etici, quali l'*honestas*, l'*humanitas*, la temperanza, l'onestà sessuale, opposti ad altri più o meno fortemente

⁶⁸ Così M. LAURIA, «*Calumnia*», in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1933, pp. 97-135 (ora in Id., *Studi e Ricordi*, Napoli 1983, pp. 244-276, part. 250, da cui si cita).

⁶⁹ D.A. CENTOLA, *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in SDHI 68 (2002) 567-578.

riprovati, quali la *turpitude*, la *calliditas*, la *prava interpretatio*, le *machinationes*. E cita al riguardo una serie di leggi imperiali che sul punto possono offrire un buon motivo di riflessione CTh. 2.1.3; CTh. 13.3.8 = C. 10.53.9; Nov. Maior. 3; CTh. 9.27.6 = C. 9.27.4; C. 3.1.14.4; C. 2.58.2.6; C. 3.1.14.4

Ma merita di essere presa in considerazione anche la crisi dell'aspetto tecnico-giuridico dell'attività amministrativa e delle responsabilità che comporta. Da questo punto di vista sotto il profilo della responsabilità penale la situazione non muta fino a Diocleziano e Costantino. Sono pochi i reati per i quali il funzionario può essere chiamato a rispondere (*repetundae*, *peculatus*, *maiestas*), rimanendo per il resto assolutamente libero nelle sue azioni: il suo comportamento può essere semmai soggetto ad un controllo politico soltanto dopo la cessazione della carica. Dopo l'età di Diocleziano e Costantino cambiano proprio i criteri di imputabilità: se prima il metro di valutazione del comportamento del magistrato o funzionario era costituito dall'uso illegale del suo potere per il proprio tornaconto personale, in seguito si fanno urgenti nuove ragioni che il Puliatti definisce burocratiche e corporative.

Lo spettro dei reati in cui può incappare il funzionario è assai mutevole, e spazia da scorrettezze e abusi in occasione della riscossione di tributi (per es. CTh. 2.30.1) al negarsi di fronte alle richieste di audizione (CTh. 1.5.1), dalla mancata osservanza di termini prescritti (CTh. 11.30.64pr.) alle molestie e soprusi posti in essere dall'ufficio della prefettura (CTh. 6.10.1: qui in particolare contro i notari), dal danno prodotto al fisco (CTh. 2.30.1) al mancato rispetto di decisioni imperiali (CTh. 1.6.9), ecc. Pure ancora senza un vero tessuto sistematico, e sia pure imperfettamente e con molte lacune, si possono individuare tre direzioni di previsione circa i reati amministrativi, quelli lesivi dei diritti dei privati, quelli che costituiscono violazione di disposizioni legislative, quelli direttamente attinenti lo Stato.

Anche lo spettro delle sanzioni previste è differenziato e vario, prevedendosi pene che vanno dalla pena di morte (così il citato CTh. 2.30.1; ma così molti altri testi), alla deportazione (per esempio CTh. 2.1.6), alla dichiarazione di *infamia* (CTh. 9.10.4.1 = C. 9.12.8.3), alla multa di varia natura ed entità (CTh. 1.6.9).

E di volta in volta la responsabilità del funzionario è stabilita sulla base dei normali criteri, e dunque sul presupposto del dolo (che è la situazione più ricorrente), ma anche, talora, e non di rado, della sua *neglegentia* o *culpa* sia pur lieve (come in CTh. 16.10.12.4, o in CTh.1.5.1); e «ad assumere rilievo, quale criterio di imputazione, non è peraltro solo la colpa inescusabile, ma anche la mancanza della comune diligenza o accortezza» (è citato CTh.

6.10.1): dove forse il richiamo ai criteri della *desidia*, *incuria*, *neglegentia*, *segnitia*, che si rapportano al soggetto e alle sue volizioni, «testimoniano forse di una tendenza, particolarmente evidente con riferimento all'ambito delle funzioni giudiziarie, non solo a mantenere un collegamento tra la punibilità dell'autore dell'illecito e un riprovevole atteggiamento soggettivo di quest'ultimo, ma a considerare in termini ampi quest'ultimo e la *diligentia* conseguentemente richiesta» (*ivi*, pp. 689-690).

Ma il terreno del diritto amministrativo, per la rilevanza dei rapporti che viene a regolare, si può dire che ci faccia assistere ad una particolare oggettivizzazione della responsabilità. Con un moto di adesione il Puliatti scrive: «secondo alcuni studiosi – e cita Lauria, e Centola –, ha trovato riscontro in taluni interventi imperiali in materia, [...] il fatto che la punizione delle condotte scorrette degli organi dell'apparato burocratico, almeno in determinati casi, appare prescindere dai presupposti del dolo o da quello della *culpa* per imperniarsi esclusivamente sulla constatazione del verificarsi dell'evento che si intende impedire (e perciò su un dato oggettivo), determinando il configurarsi di una responsabilità penale obiettiva senza alcun riferimento ai ricordati criteri soggettivi di imputabilità» (*ivi*, p. 691).

La rigida costruzione gerarchica della burocrazia del tempo, e dunque il potere di controllo del superiore sull'inferiore, consentiva anche di superare il disagio di norme imperiali che impongono al funzionario un comportamento, limitandosi a dettare un semplice comando senza prevedere una sanzione (cosa che «pone il problema di verificare se in tali ipotesi al trasgressore si applichi ugualmente una pena, qualunque ne sia la natura, afflittiva o pecuniaria, evidenziando un profilo di responsabilità», *ivi*, p. 693).

Va aggiunto infine che accanto alla responsabilità penale-disciplinare del funzionario è possibile individuare anche una responsabilità patrimoniale: il funzionario stesso, nel caso, potrà essere tenuto a rispondere sul piano economico delle proprie mancanze nei confronti di coloro che abbiano subito un pregiudizio a seguito del suo comportamento illegittimo. A questo aspetto del problema è dedicato tutto il paragrafo 3, con il commento critico di CTh. 2.1.6, «una costituzione di Valentiniano II del 385 trasmessaci dal Codice Teodosiano (e non presente in quello giustiniano)» (*ivi*, p. 694), a raffronto con Nov. 86.4 del 539.

Alla colpa grave del *magistratus rei publicae* ha rivolto la sua attenzione Andrea Trisciuglio nel saggio *Oltre la colpa grave per il magistratus rei publicae. Spunti storico-comparatistici sulla responsabilità dell'amministratore*

pubblico (dal diritto romano al diritto italiano attuale)⁷⁰. Ed è il saggio con cui concludo questa mia cronaca.

A premessa del suo discorso Trisciuglio pone la considerazione che nella politica normativa degli ultimi decenni, con approvazione della Corte Costituzionale, si è iniziato ad alleggerire la posizione di responsabilità del dipendente pubblico funzionario, e ciò sotto due aspetti: sul piano sostanziale richiedendo come criterio di imputazione dell’atto o comportamento illecito non più la semplice colpa, ma la colpa grave; sul piano probatorio esigendo che il procuratore della Corte dei Conti chiamato a valutare l’atto o comportamento debba provare la presenza del dolo, non solo nella condotta ma anche nella sua proiezione sull’evento dannoso. Lo scopo di questa nuova valutazione è quello di evitare che il dipendente per timore di possibili imputazioni future, rallenti la propria attività ed indulga a cautele eccessive.

«Nel campo della responsabilità amministrativa-contabile – scrive l’A. – il legislatore ha chiaramente inteso assicurare maggiore serenità all’operato (intendo il *facere*) dell’amministratore pubblico, limitando ulteriormente, rispetto alla disciplina previgente, i casi in cui lo stesso è chiamato a rispondere innanzi alla Corte dei Conti: pur *ad tempus* (fino al 31/12/2021)⁷¹, ora il danno causato con un’azione accompagnata dalla colpa grave (anziché dal dolo) non è più risarcibile, mentre si conserva la rilevanza di tale colpa – intesa dalla giurisprudenza come sprezzante trascuratezza dei doveri d’ufficio – in caso di danni erariali derivanti da omissione o da inerzia (*non facere*) del pubblico amministratore» (*ivi*, p. 776).

Per radicare nel tempo questa posizione della legislazione e della dot-

⁷⁰ In St.Urb. 71.3-4 (2020) 775-789.

⁷¹ Il *tempus* è quello assunto dal DL 6 luglio 2020. Trisciuglio opera in questo saggio un confronto diacronico fra il mondo romano e la situazione attuale, in particolare “pandemica”. Egli scrive: «La lettura del recente decreto-legge n. 76, c.d. Semplificazioni, approvata dal Consiglio dei Ministri del 6 luglio 2020 e convertito in legge il 10 settembre 2020, offre nuovi stimoli in verità al romanista per sviluppare alcune riflessioni in chiave comparatistica circa i limiti della responsabilità di chi ricopre una posizione pubblica qualora dall’esercizio delle sue funzioni derivi un danno alle casse pubbliche oppure al patrimonio di un terzo; danno, quest’ultimo, che, come è noto, viene di solito risarcito – *ex art.* 28 della Costituzione italiana e in base alla teoria della rappresentanza organica estranea al diritto romano –, dall’ente pubblico di appartenenza, che può poi ottenere, in un secondo momento, una forma di ristoro dall’amministratore-agente nell’ambito di un’azione promossa innanzi alla Corte dei Conti» (*ivi*, p. 775). Sulla “colpa grave” nel diritto amministrativo cfr. per tutti E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo* 19, Milano 2017, p. 676.

trina di oggi⁷² Trisciuglio si spinge a considerare due tratti del pensiero dell'antico Ulpiano, cioè: 1) naturalmente il passo D. 50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*) che definisce la *culpa lata* come quella che *est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*, e 2) ulteriormente D. 50.8.8(6) (Ulp. 1 *ad ed. praet.*) che, all'interno del titolo dedicato all'amministrazione del patrimonio delle città periferiche (D. 50.8, *De administratione rerum ad civitates pertinentes*), asserisce che "i magistrati dello stato sono tenuti responsabili non soltanto per il dolo, ma anche per una negligenza eccessiva e anche di più per la diligenza" (*Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam negligentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent*)⁷³.

La disposizione nella sua brevità appare di carattere molto generale, ma tale generalizzazione può essere soltanto frutto della politica compilatoria giustiniana; talché "i silenzi di Ulpiano" (questa è l'espressione usata dal Trisciuglio) possano essere sciolti sulla base di altre testimonianze dello stesso giurista di Tiro. Preoccupazione ulteriore è dunque quella di individuare le condotte illecite non esplicitate nel testo di Ulpiano.

Una prima condotta illecita documentata è quella della lesione del patrimonio pupillare da parte di un tutore non solvibile nominato dal magistrato, caso nel quale D. 27.8.63 (Ulp. 1 *ad ed.*) stabilisce la esperibilità di un'*actio subsidiaria* (un'azione di dolo in via sussidiaria?) contro il magistrato che abbia nominato il tutore; ugualmente una responsabilità del magistrato è prevista (come dimostra l'esperibilità dell'azione contro di lui) quando abbia omesso di esigere dal tutore da lui nominato la garanzia fideiussoria per la corretta gestione del patrimonio pupillare, o se tale garanzia si riveli insufficiente. E su questa scia si potrebbe poi leggere anche un altro testo di Ulpiano tratto dalle *Disputationes*, libro 3 (D. 27.8.4: *Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenentur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proxima culpa succedaneus est* = "Gli eredi dei magistrati non sono tenuti allo stesso modo di quelli stessi: infatti neanche l'erede del tutore è tenuto per negligenza. E infatti il magistrato sottostà ad ogni rischio e pericolo, il suo erede gli succede nella colpa": su cui è citato G. MACCOR-MACK, *Further on periculum*, in *BIDR* 82 [1979] 26) che pone una differenza

⁷² Lo scopo comparatistico è ancor più evidente nell'ultimo paragrafo del saggio: "D. 50.8.8 nella tradizione romanistica rispetto alla legislazione italiana: brevi cenni".

⁷³ Scrive: «Ogni considerazione palinogenetica deve essere circoscritta all'amministrazione locale delle prime decadi del III secolo d.C.» (*ivi*, p. 778).

tra il magistrato e il suo erede in tema di responsabilità colposa fatta valere con l'*actio subsidiaria*, nel senso che il primo risponde per *omne periculum*, cioè per colpa e per semplice *neglegentia*, mentre il secondo risponde solo per dolo e per *culpa dolo proxima*.

In modo analogo D. 39.2.4.7 (Ulp. 1 *ad ed.*) prevede un'azione contro il magistrato municipale che non abbia diligentemente ottemperato alla delega ricevuta dal pretore di regolamentare le situazioni di buon vicinato mediante imposizione, all'occorrenza, di *cautio damni infecti* e conseguente *missio in possessionem ex primo decreto*⁷⁴.

Un terzo comportamento illecito che potrebbe essere adombrato dalle parole di Ulpiano è quello (ben più interessante in chiave comparativa) che non riguarda il rapporto del magistrato con i privati danneggiati da suoi provvedimenti od omissioni (come il pupillo, o il proprietario fondiario danneggiato), ma quello tra il magistrato e la collettività da lui rappresentata. Parte della dottrina ha ritenuto e ritiene che una particolare forma di responsabilità gravi sul magistrato romano a seguito della *cautio pecuniam/rem publicam salvam fore*, cioè della promessa (accompagnata da garanti) di conservare il patrimonio pubblico cittadino che il magistrato doveva prestare prima dell'ingresso nella carica⁷⁵.

Sotto questo aspetto l'illecito preso in considerazione è dunque quello

⁷⁴ Su cui cita fra gli altri R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. III. Palíngenesia y Reconstrucción*, Santiago de Compostela 1995, pp. 33 ss., 46 ss.; M.M. ROCCA, *I magistrati municipali e l'imperium*, in *Diritto@Storia* 6 (2007); X. PÉREZ, *La delegación de jurisdicción en el derecho romano*, Madrid 2011, pp. 320-321.

⁷⁵ E qui Trisciuglio fa una serie di citazioni che riporto pedissequamente (*ivi*, p. 781, ntt. 22, 23 e 24): «Pernice, Solazzi: cfr. F. TUCCILLO, *Alcune riflessioni cit.*, p. 265 e ntt. 30 e 31; A. TRISCIUGLIO, *Consideraciones sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado en la experiencia romana*, in *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*, dir. A. Fernández de Buján, Madrid 2013, p. 173 nt. 38; adde B. SITEK, *Responsability cit.*, p. 8. Si veda altresì, più recentemente – pur riferendosi impropriamente, a mio giudizio, anche allo “Stato” (anziché al solo municipio) – L. KOFANOV, *La proprietà pubblica e l'interesse privato nel diritto romano antico*, in *Scritti per Alessandro Corbino IV*, a cura di I. Piro, Lecce 2016, p. 106 e nt. 79. Anche la casistica a cui pensa B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris 1942, p. 134 s., è riconducibile in fin dei conti al danno erariale: sono le ipotesi di carente assunzione magistratuale di garanzie che il mutuatario di denaro pubblico municipale, o l'erede gravato da fedecommesso in favore del municipio, erano tenuti a fornire. Nella fondamentale opera di Houdoy sul diritto municipale romano (R.J.A. HOUDOY, *De la condition et de l'administration des villes chez les Romains*, Paris 1876, p. 538 nt. 26) il passo di Ulpiano è richiamato altresì con riguardo alla responsabilità del funzionario nei confronti della città. Cfr. spec. S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli 1929, p. 139. [...] Sul-

di aver causato un danno erariale⁷⁶: «ed è questa, tra l'altro, l'interpretazione ampiamente seguita – come vedremo – nella successiva, e anche piuttosto recente, tradizione romanistica» (*ivi*, p. 782), anche se non è possibile reperire nelle fonti indicazioni circa l'azione esperibile in ipotesi di violazione di tale impegno.

Per quanto poi riguarda il grado di responsabilità gravante sul magistrato qualche traccia – come anche si è detto – si può trovare a proposito dell'*actio subsidiaria* più sopra ricordata. «In effetti gli illeciti coperti dall'*actio subsidiaria* potevano rivelare una *culpa* del magistrato di diversa gradazione» scrive Trisciuglio (*ivi*, p. 783), e cita D. 27.8.6⁷⁷ dove il *tanta neglegentia* di cui si dice (*magistratus si tanta fuit neglegentia*) testimonia una responsabilità per colpa grave. «Debbo confessare – aggiunge Trisciuglio – che, allo stato attuale dell'indagine, mi è difficile riconoscere un'estensione già ulpiana dei criteri di responsabilità (tale da includere, oltre al dolo e alla colpa grave, anche la colpa lieve) a tutti i possibili illeciti (previsti, s'intende, non solo come dolosi ma anche colposi) commessi dai magistrati municipali» (*ivi*, p. 782).

Peraltro un ultimo aspetto dello studio del Trisciuglio merita di essere messo in luce: laddove, parlando dei comportamenti illeciti dei magistrati

la *cautio rem publicam salvam fore* v. recentemente A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano* (rist. emendata), Torino 2017, p. 442 e nt. 24».

⁷⁶ Sul punto A. TRISCIUGLIO, *Le radici romanistiche della responsabilità: aspetti della responsabilità civile e amministrativa del magistrato nell'esperienza romana*, in F. FRACCHIA, C. BOTASSI (a cura di), *Responsabilità civile e amministrazione. Uno studio comparato*, Napoli 2011, p. 307 e 309.

⁷⁷ D. 27.8.6 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Quod ad heredem magistratus pertinet, exstat divi Pii rescriptum causa cognita debere dari actionem: nam magistratus si tanta fuit neglegentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavet et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt* ("Per ciò che riguarda l'erede del magistrato vale ancora un rescritto di [Antonino] Pio secondo il quale si deve dare l'azione dopo aver preso cognizione della causa: infatti, se la negligenza del magistrato fu tanto grande da omettere ogni prestazione di garanzia, è giusto che sia considerato nella situazione di un fideiussore, in modo che sia tenuto anche il suo erede; se invece fece prestare le garanzie [offrì promittenti] che allora erano solvibili e cessarono di esserlo dopo, così come il magistrato si opporrebbe onestamente a questa azione, così anche l'erede [lo farebbe] molto più giustamente. Da ultimo, [il rescritto] afferma che l'azione contro l'erede non va data altrimenti che se sia evidente che i magistrati contraggono [garanzie] con fideiussori poco solvibili").

municipali si legge un riferimento agli statuti municipali (*ivi*, p. 779): «Ulteriore problema poi è se tali, eventuali ipotesi specifiche ulpianee, e i relativi rimedi processuali, fossero quelli previsti negli statuti municipali, nei quali, come sappiamo, venivano punite numerose condotte magistratuali illecite anche attraverso il ricorso all'azione popolare. È ben vero che in tali statuti era ricorrente la formulazione “*sciens dolo malo*” che limitava la responsabilità a contegni di tipo doloso, contrariamente a quanto emerge dal passo in esame. Non è azzardato pensare, tuttavia, che il giurista di Tiro, il quale aveva ben presente il problema del conflitto antinomico tra la *constitutio principis* e la *lex municipalis* e la necessità di risolverlo, affermasse in qualche modo l'estensione dei criteri soggettivi della responsabilità, fino ad includervi la colpa semplice, sulla base della legislazione imperiale sopravvenuta, considerata fonte di livello superiore».

La pubblicazione degli articoli proposti a Studi Urbinati
è subordinata alla valutazione positiva di due *referees* che esaminano gli articoli
secondo il procedimento di *peer review* e con il sistema del *double blind*.

Finito di stampare nel mese di giugno 2022
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna

ISSN 1825-1676
(Online) ISSN 2464-9325