

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

Lauretta Maganzani

LA «DILIGENTIA QUAM SUIS»
DEL DEPOSITARIO
DAL DIRITTO ROMANO
ALLE CODIFICAZIONI NAZIONALI

CASI E QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE
NELLA PROSPETTIVA STORICO-COMPARATISTICA

Prefazione
di Giovanni Negri



LED

Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

ISBN 88-7916-317-5

Published in *Led on Line* - Electronic Archive by

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

<http://www.ledonline.it> - <http://www.lededizioni.com>

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/collana.html>

Maggio 2006

Publicato con il contributo del MIUR
e dell'Università Cattolica del Sacro Cuore

rivistadirittoromano@tiscalinet.it
lauretta.maganzani@unicatt.it

Copyright 2006 *LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto*

I lettori devono osservare per i testi pubblicati in questo archivio elettronico gli stessi criteri di correttezza che vanno osservati per qualsiasi testo pubblicato. I testi possono essere letti on line, scaricati e utilizzati per uso personale. I testi non possono essere pubblicati a fini commerciali (né in forma elettronica né a stampa), editati o altrimenti modificati. Ogni citazione deve menzionare l'autore e la fonte.

Stampa: Digital Print Service

Prefazione <i>di Giovanni Negri</i>	VII
Introduzione	3
1. La «diligentia quam suis» del depositario nella compilazione giustinianea e nei Basilici	7
2. La «lex quod Nerva» prima della rinascita bolognese	11
3. D. 16.3.32 nella Glossa	17
4. La «lex quod Nerva» e la metodologia del commento	31
5. La «culpa in concreto» nei giuristi culti	45
6. La «diligentia in concreto» dal giusnaturalismo alle prime codificazioni	67
7. La «neglegentia rebus suis consueta» da Hasse al «BGB.»	85
8. D. 16.3.32 e la romanistica del XX secolo	99
9. Per una rilettura conclusiva della «lex quod Nerva» alla luce degli altri testi sulla «diligentia quam suis»	111
<i>Indice degli autori</i>	141
<i>Indice delle fonti</i>	147

Nell'ambito del dibattito, variamente articolato, fra romanisti, civilisti, comparatisti e storici del diritto, sulla costruzione di un diritto europeo tendenzialmente uniforme o sull'analisi degli elementi, non di rado consuetudinari, che già concorrono a costruirlo, l'Università Cattolica del Sacro Cuore, su iniziativa di chi scrive e della collega Lauretta Maganzani, ha elaborato negli anni una serie di progetti di ricerca (finanziati dal «CNR.», dal «MIUR.» e dall'Università Cattolica) i cui contenuti sono così formulati: «Il diritto romano nella giurisprudenza dei tribunali italiani moderni», «Storia della letteratura giuridica italiana dell'otto-novecento, con particolare riferimento al diritto romano», «Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica del diritto europeo, dall'età romana alle codificazioni nazionali», «Per un commentario storico-critico del Codice Civile: i criteri di responsabilità fra tradizione romanistica e regimi odierni». Queste tematiche sono fra loro strettamente connesse in quanto, attraverso il confronto con gli storici del diritto medievale e moderno, con i civilisti e con i comparatisti, tendono ad un accertamento delle componenti formative delle concettualizzazioni della cd. «dogmatica odierna», ricostruite a ritroso fin dove il loro punto di emersione storica può essere rintracciato.

Le concettualizzazioni, che costituiscono gli strumenti per intendere gli istituti romanistici e i testi dei giuristi romani ai quali le ricerche sono soprattutto dedicate, hanno non di rado la loro origine nello stesso diritto romano, si sono costituite sulla base di esso ed è in questo rapporto genetico che risiede il loro valore euristico. Intendere i fenomeni giuridici antichi significa allora trovare il posto che essi occupano nell'intera storia del diritto, il che postula un approccio svincolato dalla mera storia interna del diritto romano, per entrare nel campo dell'intera storia giuridica che va dal diritto romano a quello odierno attraverso il cd. «diritto intermedio». Questo approccio è metodologicamente inevitabile ma non di rado è inconsapevolmente tralasciato: ciò è spesso, fra gli studiosi del diritto romano, fonte di dissensi che dipendono da malintesi sul significato e sulla posizione storica delle premesse teoriche della ricerca. Un rischio è quello di considerare i dogmi in senso positivisticò, come se questi vivessero di una vita propria, avulsa dalle proprie origini, mentre essi risalgono pur sempre a singoli uo-

mini che li hanno elaborati e formulati e a singole scuole che li hanno diffusi e tramandati: uomini che avevano le loro idee, la loro posizione, la loro cultura e facevano le loro scelte, talora determinate da contingenze politiche, storiche o addirittura biografiche. Il rischio è, insomma, che la storia del diritto continui a prevaricare la storia dei giuristi, che ne hanno sempre costituito la prevalente fonte produttiva.

Quando il punto di emersione storica delle concettualizzazioni, che costituiscono per il giurista – storico o cultore del diritto positivo – la base, non sempre criticamente controllata, di ogni ragionamento, giunge fino al diritto romano, occorre cominciare da quest'ultimo. Potremmo forse evitare di continuare a leggere Ulpiano, che ha contribuito con più del settanta per cento al Digesto giustiniano: ma allora dovremmo eliminare anche Accursio, e quindi Bartolo; e poi Donello, Pothier e Windscheid, e poi i civilisti della prima metà del novecento, incomprendibili senza il Digesto. Liberarsi dei classici del diritto è in altri termini impossibile: chi crede di farlo, ignora la natura degli strumenti del proprio lavoro, ignora cioè da dove questi vengano e perché siano fatti così. «Avere dei libri in comune aiuta a capirsi»: che per secoli i giuristi europei, nelle epoche e nei luoghi più disparati, abbiano avuto in comune l'antologia di Giustiniano, non è necessariamente un valore, ma è comunque un dato di fatto e tanto basta per continuare ad attingervi, perché è questa una ragione del dialogo con chi lavora con noi negli altri paesi d'Europa: il che comporta un linguaggio e un pensiero comuni, sebbene non necessariamente norme e istituti comuni. I testi dei giuristi romani, che hanno nutrito tanti linguaggi diversi, da quello della scuola bolognese a quello di Donello, dei pandettisti e dei loro successori, determinano un quadro concettuale capace di contenere le leggi del proprio rinnovamento o, ove occorra, del proprio superamento: la genesi e l'intrinseca storicità di questo quadro concettuale ne orientano i compiti e, allo stato della cultura e delle possibilità giuridiche del nostro tempo, è illusorio credere di metterlo in crisi nell'intento di farne a meno o di sostituirlo con la mera comparazione o con qualunque altro espediente. Tutto questo comporta un lavoro comune di romanisti, storici del diritto, civilisti e comparatisti, sotto il profilo del primato delle concettualizzazioni, interpretazioni e creazioni dei giuristi nella soluzione dei casi, della portata conoscitiva degli schemi moderni nell'esegesi delle fonti antiche, delle peculiarità, da questo punto di vista, della storiografia giuridica: il che indica ancora una volta il primato del giurista.

Ma tutto quanto osservato fin qui va disvelato e reso esplicito e consapevole, anche al fine, se necessario, di favorire il superamento di pregiudizi romanistici che la segnalata mancanza di consapevolezza storica finisce talora col mantenere inutilmente in vita. Gli studiosi sembrano talvolta imprigionati in un circolo vizioso: partono da premesse «dogmatiche» per leggere le fonti antiche alla luce di queste premesse: ma esse sono a loro volta il risultato di un lungo percorso critico che attraversa la storia della giurisprudenza europea esercitata sull'ermeneutica dei testi dei giuristi romani. L'opera qui presentata tenta di affrontare con coraggio questa problematica, nella consapevolezza dei rischi che la ricerca presenta: rischi esposti all'attenzione dei competenti, cultori della tradizione romanistica, della civilistica attuale che conosce e maneggia quotidianamente i principi, e degli stessi romanisti che hanno ereditato un'imponente massa di interpretazioni dei testi dei giuristi romani, frutto di una secolare storia dell'esegesi.

Lo scritto di Lauretta Maganzani costituisce una prima proposta di metodo, che ha lo scopo di decodificare alcune categorie concettuali, come quella di dolo presunto e di «culpa in concreto»-«diligentia quam suis», tentando di ricostruirne la formazione alla luce della tradizione dottrinale esercitata su un famoso frammento delle Pandette, la cd. «lex quod Nerva» (D.16.3.32), fra i più controversi della storia della filologia giuridica. Non si tratta, tuttavia, nel proposito dell'autrice, di una storia dei concetti, ma di un tentativo di scoprirne il punto di emersione allo scopo di ridimensionarli o addirittura di liberarsene in funzione di una storificazione integrale del testo antico: per questo la ricerca si conclude con un'ampia esegesi della «lex quod Nerva» nel quadro degli altri testi del Corpus Iuris sulla cd. «diligentia quam suis», esegesi rinnovata alla luce della riscoperta della tradizione interpretativa precedente.

In conclusione i promotori della ricerca di cui si presenta qui un primo risultato provvisorio, si ripromettono di continuare il lavoro anche su altri temi, nell'intento di individuare le componenti romanistiche del diritto vigente con ricerche concrete, studiando le fonti dall'interno con metodo esegetico e particolare attenzione agli aspetti critico-testuali e palinogenetici: si tenterà così di affrancarne l'interpretazione, quando appaia opportuno, da pregiudizi dogmatici o qualche volta da abitudini linguistiche tutt'altro che innocue, cercando di ritornare poi alle fonti stesse liberate da ipostatizzazioni astratte.

Giovanni Negri
