

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

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

Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica

Come sempre ringrazio il professor Giovanni Negri per la sua disponibilità a discutere con me molte parti della ricerca. Ringrazio inoltre tutti i docenti e bibliotecari dell'Istituto di Storia del Diritto dell'Università Statale di Milano per avermi consentito di consultare con tranquillità i volumi della loro splendida biblioteca. Dedico questo lavoro a mio marito Paolo e ai miei bambini, Beatrice e Leonardo.

INTRODUZIONE

Nel 1895, per i tipi della Casa Editrice Zanichelli di Bologna, l'avvocato Valentino Rivalta pubblicava una raccolta di «Dispute celebri di diritto civile estratte dalle *dissensiones* dei glossatori ed annotate per uso accademico e forense»: fra queste la disputa sulla *negotiorum gestio prohibente domino* e la risarcibilità delle spese sostenute dal *gestor*, quella sulla caccia e il momento perfezionativo dell'acquisto della proprietà sulla preda, quella sugli effetti della *mora debendi* del depositario e del comodatario in caso di *naturalis interitus rei* etc. Ogni *Disputa* era corredata di riferimenti alle fonti (dal diritto romano ai codici) e di succinte indicazioni bibliografiche.

Su questa base, alcuni anni or sono, su iniziativa di Giovanni Negri, è partito dall'Università Cattolica di Piacenza un progetto di ricerca finanziato dal «MIUR.» dal titolo «Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica del diritto europeo dall'età romana alle codificazioni nazionali»: il progetto che, fra le unità operative locali, contava l'Università di Ferrara (Diego Manfredini), la Terza Università di Roma (Vincenzo Mannino) e l'Università di Urbino (Chiara Tenella Sillani), si prefiggeva l'«allestimento di una antologia di casi pratici e questioni di diritto civile la cui soluzione, controversa nell'ambito del *Corpus Iuris* giustiniano, ripropone, nella storia della tradizione romanistica europea, in sede dottrinale, giurisprudenziale e normativa, analoghi dissensi e/o analoghe uniformità, fino alle esperienze degli ordinamenti attuali» e, attraverso una raccolta di *exempla* significativi, intendeva ricostruire sul campo una storia antologica del diritto europeo «nella prospettiva di casi con-

creti affrontati nell'ottica di tutte le componenti formative del diritto (norme autoritative, dottrina, prassi giudiziaria)» individuando il momento di emersione storica di «prospettive, soluzioni, argomentazioni».

Nell'alveo di questo progetto, dopo una prima sperimentazione didattica dell'unità di ricerca della sede di Piacenza dell'Università Cattolica sulla *negotiorum gestio prohibente domino*¹, l'attenzione di chi scrive si è concentrata su una nota disputa giurisprudenziale, che costituisce un *exemplum* particolarmente significativo per la ricchezza del materiale documentario sul tema: è il famoso dissenso fra Nerva e Proculo ricordata da Celso nella cd. '*lex quod Nerva*' (D. 16.3.32, Cels. 9 *dig.*), sulla cui base, a partire dai glossatori, è stata costruita la regola della *diligentia quam suis* del depositario per la quale, nella custodia della cosa depositata, il depositario è tenuto alla stessa diligenza che usa normalmente nel custodire le cose proprie:

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.

Il testo è divenuto fra l'altro, a partire dall'età dei glossatori, un pilastro della dottrina della colpa e, come tale, la *diligentia quam suis* è rifluita nella regolamentazione del contratto di deposito di alcune codificazioni nazionali, molte delle quali ancora vigenti (Code Civil francese art. 1927, Codice Civile italiano del 1865 art. 1843, «BGB.» § 690, Codice Civile argentino art. 2202, Civil Code della Louisiana art. 2937, etc.)².

¹) «La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica» (*cur.* R. Cavallaro), Milano, 2001.

²) Per notizie più approfondite sui codici civili europei ed extra-europei che contengono tale principio (oltre a quelli citati nel testo, Brasile, Costa Rica, Perù, Venezuela, Giappone etc.) e addirittura sulla sua recezione nel sistema di *common law*, H. HAUSMANINGER, *Rechtsvergleichende Notizen zur «diligentia quam in*

Scopo precipuo del romanista è la ricostruzione del significato originario del testo, nonché delle ragioni e della portata della selezione giustiniana, e a questo tende *in primis* la presente ricerca, anche con l'ausilio delle esegesi non di rado sagaci che i grandi del passato ne hanno fatto nei secoli della tradizione romanistica: non è raro, infatti, che una spiegazione antica contribuisca a chiarire la reale portata del passo nel contesto originario o a smascherare velleitarie letture attuali. Ma la storia esegetica di un testo, con le sue tappe, i suoi momenti salienti e le sue svolte metodologiche, deve anche, a mio parere, assurgere ad oggetto specifico dell'indagine romanistica, in quanto essa contribuisce a svelare i diversi abiti di cui, nei secoli, il testo è stato dagli interpreti rivestito a seconda dello spirito delle varie epoche e del sistema nel quale, di volta in volta, essi lo hanno voluto inserire. Ripercorrere la storia esegetica di un testo è dunque anche comprenderne la portata e l'influenza nella formazione del diritto europeo, ma nel contempo significa contestualizzarlo con più puntuale senso storico. Scopo della presente indagine è peraltro, e soprattutto, quello di ricostruire l'origine e le componenti storiche delle concettualizzazioni moderne, non sempre utilizzate dai romanisti del tutto consapevolmente in funzione euristica. Ripercorrere criticamente la tradizione romanistica confluita in queste concettualizzazioni significa decomporne gli elementi formativi al fine di verificarne l'efficienza costruttiva nell'esegesi dei testi antichi.

La scelta della '*lex quod Nerva*' come oggetto di indagine è, a questo riguardo, particolarmente significativa perché, alla disputa alto-imperiale fra Nerva e Proculo ripresa da Celso, a cui i romanisti si affannano da tempo a dare un significato coerente, si affianca, da una parte, la plurisecolare esperienza esegetica ante-codificazioni che, dai glossatori in poi, ne ha fatto un pilastro della sistematica della col-

in suis», in «Festschrift H. Baltb», Innsbruck, 1978, p. 283 ss., e ID., *Diligentia quam in suis: a standard of contractual liability from ancient roman to modern soviet law*, in «Cornell International Law Journal», XVIII, 1985, p. 179 ss.

pa³, dall'altra la dottrina e la giurisprudenza civilistiche post-codificazioni, che cercano invano di darsi ragione di un criterio «illogico» come la *diligentia quam suis*, spesso dimenticandone la matrice meramente storica.

La nostra «storia esegetica» non partirà dall'epoca romana classica, che nella presente indagine costituisce semmai il punto di arrivo, ma dall'età giustiniana ove la *diligentia quam suis*, pur dai contorni ancora incerti, pare già assurgere, almeno a quanto risulta dalle *Institutiones* di Giustiniano, a punto di riferimento privilegiato per la graduazione della responsabilità dell'obbligato nei singoli rapporti.

³) Sulla graduazione della colpa nella tradizione romanistica mi è stata di grande aiuto la ricerca, con amplissima e dettagliata bibliografia, di H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin, 1968.

1.

LA «DILIGENTIA QUAM SUIS» DEL DEPOSITARIO NELLA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA E NEI BASILICI

Se nei *Digesta* i richiami alla *diligentia quam suis* si presentano sparpagliati in una serie non omogenea di frammenti di ambiti e portata differenti, le cui contraddizioni nessuno è finora riuscito a sanare (oltre a D. 16.2.32 sul deposito, D. 17.2.72 sulla società, D. 10.2.25.16 sulla comunione, D. 27.3.1.pr. sulla tutela, D. 23.3.17.pr. e 24.3.24.5 sulla dote), nelle *Institutiones* essa viene più volte richiamata dai compilatori come termine di riferimento per la graduazione della *diligentia* di volta in volta richiesta al debitore nell'adempimento dell'obbligazione e, per converso, della misura della sua responsabilità per colpa⁴: così la *diligentia 'exacta'* od *'exactissima'* rispettivamente richieste al comodatario nella custodia della cosa e al *negotiorum gestor* nella gestione degli affari, non vengono definite in sé, ma sottolineando l'insufficienza del grado di diligenza abituale dell'obbligato nel caso che un grado superiore sia almeno astrattamente ipotizzabile:

Iust. inst. 3.14.2: At is, qui utendum excepit, sane quidam exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam di-

⁴) Questo veniva già notato da V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², rist. Napoli, 1958, p. 257, il quale poi, però, ne faceva discendere con troppa facilità l'origine tarda dell'istituto. Sulla *diligentia quam suis* nella compilazione giustiniana, con conclusioni non sempre condivisibili, F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962, specie p. 32 ss., e *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, I, Bari, 1983, p. 295 ss.

ligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire.

Iust. inst. 3.27.1: Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Similmente, ma in senso opposto, la diligenza abituale *in suis rebus*, in contrapposizione all'*exactissima diligentia*, diviene nella *societas* il punto di riferimento per la determinazione del grado di responsabilità dei *socii* nell'amministrazione delle *res communes* e della nozione di *culpa* ad essi applicabile:

Iust. inst. 3.25.9 (= D. 17.2.72): Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidia atque negligentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri [hoc est sibi imputare] debet.

Come si vede, le *Institutiones* non sono ancora giunte ad identificare nella *diligentia quam suis* una categoria dogmatica generale – il che invece accadrà nell'alto medioevo – ma, con maggior concretezza, utilizzano il parametro della diligenza abituale dell'obbligato come chiave di lettura della sua responsabilità per colpa nel rapporto esaminato, offrendo così all'interprete uno strumento di identificazione, nel caso concreto, dell'esistenza della colpa.

Non a caso tale parametro non è utilizzato nella definizione istituzionale della responsabilità del depositario ove, per tradizione consolidata, la responsabilità è limitata al dolo:

Iust. inst. 3.14.3: Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpa autem nomine, id est desidia atque negligentiae, non tene-

tur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit suae facilitati id imputare debet⁵.

Già questo ci dice qualcosa sulla portata che la '*lex quod Nerva*' deve aver assunto agli occhi dei compilatori e sulle ragioni della sua selezione per la raccolta giustiniana: essa non presentava un caso tipico di *diligentia quam suis* – come, ad esempio, D. 17.2.72 (= *Iust. inst.* 3.25.9) in tema di *societas* – nemmeno nella prospettiva ristretta e concreta adottata dai giustiniani: serviva soltanto a meglio definire la responsabilità per dolo del depositario ed in più esprimeva, con le parole dei classici, l'equiparazione cara ai compilatori fra dolo e *culpa lata* («... *latiorem culpam dolum esse* ...») ⁶. Ciò risulta confermato dai Basilici che, da una parte, riassumono il contenuto del passo dicendo che «agisce con dolo chi non applica alle cose depositate la diligenza che applica alle sue» (*Bas.* 13.2.32: Ὁ μὴ τῆς παραθήκης ὡς τῶν ἰδίων ἐπιμελούμενος δόλον ποιεῖ); dall'altra, in un significativo scolio di Stefano, individuano un caso di *culpa lata*, assimilata al dolo, nel non custodire la cosa affidata secondo le proprie possibilità e capacità (*sch.* 3: Σεφάνου. Σεμείωσαι ἐνταῦθα, ὅτι ἡ λάτα κούλπα τῷ δόλῳ προσέοικε, καὶ ὅτι λάταν κούλπαν δοκεῖ τις ποιεῖν, ἔνθα μὴ κατὰ τὴν οἰκείαν δύναμιν ἐπιμελεῖται τοῦ παρατεθέντος αὐτῷ πράγματος. Σεμείωσαι αὐτό). Evidentemente per dare ragione ad un passo oscuro agli stessi scoliasti⁷, Stefano procede obliterando in parte il dato letterale: se Celso rilevava l'esistenza di una *fraus* nell'omissione della *diligentia* abituale *in suis rebus* («... *fraude non caret. Nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*»), Stefano allude più genericamente alla trascuratezza di chi, nella custodia, non sfrutta appieno le proprie capacità naturali. Lo scarto è lieve ma significativo ed attesta l'im-

⁵) Cfr. anche *Teoph. par.* 3.14.3.

⁶) L'origine tarda dell'equiparazione del dolo alla *culpa lata* fu messa in luce per primo da A. DE MEDIO, *Studi sulla «culpa lata» in diritto romano*, in «BIDR.», XVII, 1905, p. 5 ss.

⁷) Lo dice chiaramente lo *sch.* 2: Σεμείωσαι αὐτό: πάνυ γὰρ λαυθῶνελ□

barazzo dei maestri bizantini di fronte ad un testo da cui soltanto in seguito sarà tratta la regola della *diligentia quam suis* del depositario come canone ermeneutico generale⁸. I Basilici del resto ripropongono la *diligentia quam suis* tutte le volte e per tutti i rapporti in cui essa compare nei *Digesta*⁹ ma, come ha rilevato il Nörr¹⁰, non paiono inquadrare tali riferimenti in un ripensamento completo e consapevole della problematica giustiniana della responsabilità contrattuale né si sforzano di superare le contraddizioni che, sul tema, la compilazione presenta.

⁸) La stessa interpretazione di D. 16.3.32 viene richiamata in *sch.* 6 (Σεμείωσαι) a *Bas.* 29.1.5 (= D. 23.3.9.1) e in *sch.* 4 (Ἰσοῦ) e 5 (Σεμείωσαι) a *Bas.* 13.1.5 (= D. 13.6.5.2).

⁹) Cfr. *Bas.* 42.3.25 (= D. 10.2.25.16) in tema di coeredità, *Bas.* 12.1.70 (= D. 17.2.72) in tema di società, *Bas.* 38.3.1 (= D. 27.3.1.pr.) in tema di tutela, *Bas.* 29.1.13 (= D. 23.3.17.pr.) e *Bas.* 28.8.24 (= D. 24.3.24.5) in tema di dote, *Bas.* 16.9.1 (= D. 7.9.1.pr., 1, 2, 3) e *Bas.* 42.3.16 (= D. 10.2.16. 4, 5, 6) in tema di usufrutto, *Bas.* 37.11.1 (= *Nov.* 72.8) in tema di tutela e curatela.

¹⁰) D. NÖRR, *Die Fabrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München 1960, p. 18 ss. Sul tema specifico del deposito, F. SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino*, in «BIDR.», LXXIV, 1971, p.189 ss.

2.

LA «LEX QUOD NERVA» PRIMA DELLA RINASCITA BOLOGNESE

Le *Institutiones* di Giustiniano avevano ignorato la ‘*lex quod Nerva*’, eppure, nonostante la scarsa diffusione del Digesto nell’età alto-medievale, tracce della sua influenza sono rinvenibili ben prima della rinascita bolognese: da un lato essa compare «in pillole» in talune legislazioni barbariche, nel quadro della generica figura della *commendatio* comprendente in sé ipotesi eterogenee di affidamento in custodia gratuito od oneroso (di cose mobili, di animali, di denaro con facoltà di uso etc.). Ciò prova quanto il criterio del confronto fra il contegno dell’affidatario *in suis* e *in alienis* per la valutazione della sua responsabilità, fosse già in larga misura penetrato nel diritto consuetudinario cui queste *leges* si ispirano. Ma mentre il Digesto e gli stessi Basilici ascrivono a colpa grave l’assenza di *diligentia quam suis* del depositario in quanto infrazione della *fides* del depositante, le legislazioni barbariche, fondendo la regola derivata dalla ‘*lex quod Nerva*’ con quella di D. 13.6.5.4 in tema di comodato¹¹, reinterpre-

¹¹) Secondo questo frammento ulpiano il *damnum fatale*, di solito non imputabile al comodatario, lo diviene se questi, pur potendo salvare le *res commodatae*, ha nelle stesse circostanze salvato le proprie a scapito di quelle, anteponendo il proprio interesse a quello del comodatario: (Ulp. 28 *ad ed.*) ‘... *proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetuli*’. Come si vedrà, la confusione qui rilevata fra D. 16.3.32 e D. 13.6.5.4 ricompare spesso durante tutto l’arco della tradizione romanistica. Su D. 13.6.5.4 nel quadro dei criteri di responsabilità del comodatario, si vedano ad esempio E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, specie p. 257 s., e F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*,

tano e banalizzano questo principio riducendolo a strumento di presunzione di responsabilità in caso di perimento fortuito della cosa affidata: così il titolo *‘de commendatis vel commodatis’* del *Codex Euricianus*, promulgato per i Visigoti non prima del 469 d.C. e, sulla sua strada, lo stesso titolo della *lex Visigothorum* della metà del VII secolo e della *lex Baiuvariorum* (del ceppo svevo) della metà dell’VIII¹², pongono come discriminie della responsabilità dell’affidatario per perimento fortuito della cosa affidata (*‘de ruina aut incendio vel hostilitatis naufragio seu quolibet simili casu’*) l’eguale o differente sorte dei beni in sua proprietà: *‘nihil cogatur exsolvere’* l’affidatario cui le *res commendatae*, per un incendio divampato nella sua casa, *‘cum rebus eius fuerint concrematae’* (*Cod. Eur. CCLXXX, lex. Vis. V.5.3, lex Baiuv. 15.2-5*); *‘sine ulla excusatione exsolvere cogatur’* l’affidatario che, in analoga circostanza, *‘sua omnia liberaverit et aliena perdiderit’* (*Cod. Eur. CCLXXXII, lex. Vis. V.5.5*).

Codex Euricianus

[CCLXXX: Si cui aurum, argentum vel ornamenta]
[vel species fuerint commendatae, sive custodien-]
[dae traditae sive vendendae, et in domo ipsius]
[cum rebus eius fuerint incendio concrematae],
[una cu]m testibus qui commendata suscepe-
[rat p]raebeat sacramentum, nihil exinde
[suis p]rofuisse compendiis, et nihil cogat<ur>
[exsol]vere, excepto auro et argento, quod
[ardere] non potuit ...^{13 14}

Milano, 1995, p. 322 ss., a cui rinvio per la letteratura precedente.

¹²) «Monumenta Germaniae Historica», *Legum sectio I*, «Legum Nationum Germanicarum», *tomus I*, Hannoverae et Lipsiae, MDCCCCII, p. 6 ss.

¹³) *L. Vis. V.5.3*: *‘Si alicui aurum, argentum vel ornamenta vel species fuerint commendate, sive custodiende tradite aut forte vindende, id si perierit, vel in domo ipsius, qui accepit, cum rebus eius fuerit incendio concrematum, una cum testibus veniat et brevem det ille, qui commendata suscepit, et prebeat sacramentum, quod nihil exinde suis profuisset compendiis, et nihil cogatur exsolvere, excepto auro et argento, quod ardere non potuit ...?’*.

¹⁴) *L. Bai. 15.2-5*: *‘Si cui aurum vel argentum vel ornamenta vel quaecumque species fuerint commendatae, sive custodiendae traditae sint sive vendendae, et in domo ipsius*

[CCLXXXII. Qui commendata vel commodata]
[susceperit et de ruina aut incendio vel hosti]-
[litis naufragio seu quolibet simili casu sua]
[omnia liberaverit et aliena perdiderit, quod]
[accepit sine aliqua excusatione exsolvere]
cogatur. Si vero partem aliquam de rebus
propriis liberasse cognoscitur, illi, cuius
res secum habuerat, iuxta modum perditae
rei vel liberatae restituat, quam iudex
ratione deducta estimaverit portionem¹⁵.

Assai più consapevole e completa è la reinterpretazione della «*lex quod Nerva*» di alcuni scritti giuridici estranei alla tradizione scientifica bolognese, risalenti all'XI o XII secolo. Le *Exceptiones legum romanarum Petri*¹⁶, sulla base del principio dell'*utilitas contrabentium*, elaborano un'originale costruzione dottrinale fondata sulla tripartizione *custodia gravis, mediocris et levis*, cioè sulla tipologia degli obblighi di custodia gravanti sul comodatario, sul conduttore e sul depositario: la *custodia gravis* è richiesta al comodatario che «*tam caute et tam studiose debet adhiberi diligentia ... ut numquam ab alio suo pare, qui sapientior esset eo, melius posset custodiri*» (II.24); la *custodia mediocris* è pretesa *in re locata* ed è quella che il «*bonus pater familias in re sua habere solet*» (II.23); la *custodia levis* è richiesta al depositario gratuito ed è quella che egli suole

cum rebus ipsius forsitan fuerit incendio concrematae, una cum testibus qui commendata susceperat praebeat sacramenta, nihil exinde suis profuisse compendii, et nihil cogatur exsolvere, excepto aurum et argentum, quod ardere non potuit ...?

¹⁵) L. Vis. V.5.5: «*Qui commendata vel commodata susceperit et de ruina aut incendio vel hostilitatis naufragio seu quolibet simili casu sua omnia liberaverit et aliena perdiderit, quod accepit sine aliqua excusatione cogatur exsolvere. Si vero partem aliquam de rebus propriis liberasse cognoscitur, illi, cuius res secum habuerat, iuxta modum perditae rei vel liberatae restituat, qualem iudex ratione deducta estimaverit portionem?*»

¹⁶) *Exceptiones legum romanarum Petri*, in «*Scritti Giuridici Preirneriani*», II (cur. C.G. Mor), Milano, 1938, rist. Torino, 1980, p. 111 s. L'opera è stata ritenuta da taluni preirneriana e composta in Italia, da altri di origine francese e composta nella metà del XII secolo. La soluzione francese è oggi prevalente. Si tratta comunque di una collezione di opere preesistenti: si veda la letteratura in E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, p. 246 ss.

esibire nelle sue cose: essa definisce anche la misura della sua responsabilità perché «*ea adhibita, si rem amiserit emendare non cogitur*» (II.21).

II.21: De re alterius suscepta in custodiam. Si quis rem alterius, gratis et sine ulla mercede accepta vel promissa, in custodiam susceperit, talem custodiam adhibeat, qualem rei sue exhibere solet. Ea adhibita, si rem amiserit, emendare non cogitur, nisi specialiter est promissum depositari ut si aliquo modo eam perderet, emendaret.

23: De re locata. In re locata non tam levis custodia adhibenda est ut in deposita, neque tam gravis ut in commodata, sed mediocris, id est talis qualem bonus paterfamilias in re sua habere solet.

24: De re commodata. In commodata vero, tam caute et tam studiose debet adhiberi diligentia ab eo, cui accomodata est, ut numquam ab alio suo pare, qui sapientior esset eo, melius posset custodiri. Quam si adhibuerit et maiore vi vel casu fortuito, id est qui provideri non potest, rem sibi commodatam amiserit, emendare non cogitur, nisi omnem custodiam repromiserit, id est quocumque modo amitteret, restitueret.

Sotto il nome di *custodia levis*, la *diligentia quam suis* del depositario viene qui elevata a concetto dogmatico generale in contrapposizione alla *custodia mediocris*, cioè alla *diligentia* del *bonus paterfamilias* e a quella *gravis*, l'*exactissima diligentia* delle Istituzioni giustinianee. Se davvero l'opera è anteriore alla rinascita bolognese, essa attesta che già in quest'epoca la «*lex quod Nerva*» era stata oggetto di un'ampia riflessione dottrinale che ne aveva esteso e generalizzato la portata ben oltre il dettato giustiniano.

Più rispettoso della tradizione e del modello giustiniano è senz'altro il *Brachilogus iuris civilis*, esposizione sistematica del diritto secondo lo schema delle *Institutiones*¹⁷. Ma nel titolo III.6 «*de deposito*», ove tratta della responsabilità del depositario per dolo e *culpa la-*

¹⁷) «Corpus Legum sive Brachylogus iuris civilis», ed. E. Böcking, Berolini, 1829. Cfr. CORTESE, *Le grandi linee*, cit., p. 249 s.

ta, anch'esso rivela l'ampia riflessione dottrinale sviluppatasi, già in età preirneriana, intorno alla 'lex quod Nerva' e alla *diligentia quam suis* del depositario: specifica, infatti, che è *lata culpa* anche custodire le cose depositate con minor accuratezza delle proprie e, per converso, definisce *securus*, per qualunque causa la cosa sia perita o deteriorata, il depositario che *huiusmodi custodiam in deposito adhibuit*:

III.6: De deposito. 1 Depositum vero est quod datur custodiendum gratuito. 2. In hoc autem contractu quia nulla utilitas depositarii, sed solummodo onus versatur, non nisi dolum et latam culpam prestare depository vel eius heredi compellitur: lata culpa etiam esse videtur, si minus rem depositam sua propria custodierit; qui vero huiusmodi custodiam in deposito adhibuit, quocumque modo res amissa vel deteriorata fuerit, securus erit.

3.

D. 16.2.32 NELLA GLOSSA

Se la *diligentia quam suis* del depositario ci appare in veste di regola generale già prima del pieno affermarsi della scuola di Bologna, è soltanto con questa che la *'lex quod Nerva'* diviene il centro di un ampio reticolato di richiami, riferimenti e citazioni di passi paralleli, che le conferiscono un ruolo centrale nel nuovo sistema della responsabilità contrattuale.

Al centro della riflessione dei glossatori sta, in primo luogo, la frase d'esordio del testo celsino (*'... latiore[m] culpam dolum esse ...'*) che ben si prestava ad essere estrapolata dal contesto ed intesa in via generale come formulazione della dottrina della responsabilità del depositario per dolo e *culpa lata*. Ma occorre anche fare i conti con il seguito del passo che, individuando una colpa grave nel *'minor[em] quam suis rebus diligentiam praestare'*, esige un coordinamento con il *'non intelligere quod omnes intellegunt'* di D. 50.16.213.2 e 223.pr., altra famosa definizione di *culpa lata* presente nei *Digesta*. Occorre inoltre indagare il significato preciso dell'espressione *culpa 'latior'* e domandarsi se in essa non fosse individuabile una qualche peculiarità contenutistica rispetto alla comune *culpa lata*, tenuto anche conto del fatto che il testo celsino non si limitava ad equipararla al dolo ma ne affermava recisamente l'identità (*'... latiore[m] culpam dolum esse ...'*).

I glossatori superarono queste difficoltà, da una parte identificando la *culpa latior* del testo con la comune *culpa lata* (gl. *'latiore[m]: id est latam'*), dall'altra riducendo la portata della prima frase (*'... latiore[m] culpam dolum esse ...'*) a mera equiparazione, sotto il profilo degli effetti, di due figure separate e distinte (gl. *'dolum esse': '... dolus fit ex*

fraude, et lata culpa ex fatuitate»), infine assumendo un concetto bifido di *culpa lata* consistente sia nel «non capire ciò che tutti capiscono» (secondo i fr. 213.2 e 223.pr. D. 50.16), sia nel «prestare, nella custodia della cosa affidata, minor diligenza che in *suis*» (secondo la '*lex quod Nerva*'). Così, nella lettura dei glossatori, il depositario rispondeva per dolo, per grave e inescusabile negligenza e per il mancato rispetto della *diligentia quam suis*¹⁸.

L'idea che la *lata culpa* (= *lata*) della '*lex quod Nerva*' non fosse identificabile col dolo ma soltanto ad esso equiparata, era supportata da svariati richiami testuali (D. 47.4.1.2¹⁹, D. 36.1.23(22).3²⁰, D. 11.6.1.1²¹, D. 44.7.1.5²²) e da una citazione (alquanto approssimati-

¹⁸) La responsabilità del depositario era, com'è noto, estesa alla *culpa levis* per espressa pattuizione delle parti (D. 16.3.1.6 e 35) se il depositario si fosse spontaneamente offerto di ricevere il deposito (D. 16.3.1.35) e se il contratto fosse stato stipulato nel suo mero interesse (D. 12.1.4). A queste ipotesi si aggiungeva, in base a D. 13.6.5.2 e D. 47.8.2.23, quella del deposito oneroso, ipotesi negata in linea di principio dai giuristi (D. 16.3.1.9) ma evidentemente diffusa nella pratica. Riproponendo tale contraddizione delle fonti romane, i glossatori ripetono il principio della gratuità del deposito ma, fra i casi di estensione della responsabilità del depositario alla *culpa levis*, menzionano anche quello del deposito oneroso: cfr. ad esempio *Bulgari ad Digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius* (ed. jr. G.C. Beckhaus), *Bonnae*, 1856, ad reg. XXIII (D. 50.17.23), p. 24, *Placentini summa de actionum varietatibus XL De actione depositi*, in «*Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*» (cur. L. Wahrmund), IV.3, *Anselmi De Orto Iuris civilis instrumentum* (ed. V. Scialoja), in «*Scripta Anecdota Antiquissimorum Glossatorum*», II (cur. A. Gaudentio, I.B. Palmerio, F. Patetta, I. Tamassia, V. Scialoja), Bologna, 1892, LVIII, *Depositum vel contra actio bonae fidei*, p. 97. Così, nonostante le loro stesse affermazioni di principio, i glossatori giungono a riconoscere e legittimare una figura giuridica diffusa nella prassi ma mai ammessa dai giuristi. Diversamente Azzone che, nella *Summa super Codicem* (in «*Corpus Glossatorum iuris civilis*», II (cur. M. Viora), Torino, 1966, tit. *Depositum*, p. 144), precisa che il depositario oneroso è tenuto per colpa lieve '*sed non per actionem istam*'.

¹⁹) '*... sed culpa dolo proxima dolum repraesentat ...*'.

²⁰) '*placet ... eum ... culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est ...*'.

²¹) '*... lata culpa plane dolo comparabitur ...*'.

²²) '*... magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere*'.

va) aristotelica²³. Così le glosse alle parole ‘*dolum esse*’ della *Lectura super Digesto Veteri* di Odofredo e della *Magna Glossa* di Accursio citano tutti questi passi e concludono richiamando l’aristotelico ‘*nihil est idem cui id ipsum simile est*’:

(Odofredo, *Lectura super Digesto Veteri*) gl. ‘*dolum esse*’: id est dolo comparari ut supra si mentor falsum modum dixerit l. i § lata (D. 11.6.1.1). Unde ubi quis de dolo tenetur et de lata culpa ut hic: ex quibus apparet latam culpam non esse dolum, quia nemo est id ipsum quod est ei simile²⁴.

(*Magna Glossa*) gl. ‘*dolum esse*’: id est dolo comparari. Ut est, ubi quis de dolo tenetur, ibidem teneatur et de lata culpa. Non autem est idem, cum dolus fit ex fraude, et lata culpa ex fatuitate. Praeterea dicitur similis esse: ut infra si is, qui testamento liber esse iussus erit l. i § ii (D. 47.4.1.2) et infra ad Trebell. l. mulier § si heres (D. 36.1.23[22].3) et supra si mens. fals. mo. dix. l. i § pen. (D. 11.6.1.1). Ergo non est idem, cum dicat Aristoteles: nihil est idem, cui id ipsum simile est²⁵.

Lo stesso si legge nella *Summa super Codicem* di Azone (*tit. ‘depositi’*) che, accanto ai predetti passi, cita D. 48.8.7 Paul. *l.s. de publ. iud.*²⁶, testo particolarmente significativo nella materia trattata: questo, a proposito della *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, negava la legittimità dell’equiparazione fra dolo e *culpa lata* in campo criminale ove, invece, era ineludibile la prova diretta della volontarietà del *crimen*. Non

²³) Sulla portata e il significato di queste citazioni nell’opera dei glossatori, da ultimo, cfr. A. ERRERA, *Il concetto di scientia iuris dal 12. al 14. secolo: il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano, 2003.

²⁴) ODOFREDUS, *Lectura super Digesto Veteri*, II, Lugduni, 1552, rist. anast. in «Opera Iuridica Rariora» (cur. D. Maffei, E. Cortese, G. Rossi), II.2, Bologna 1968, *Depositum vel contra, Quod nerva*, p. 81.

²⁵) ACCURSII *Glossa in Digestum Vetus*, in «Corpus Glossatorum iuris civilis», VII (cur. M. Viora), Torino, 1969, *tit. Depositum vel contra, l. quod Nerva*, p. 503.

²⁶) *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.*

soltanto, dunque, per Azone era da escludere l'identificabilità fra dolo e *culpa lata*, ma la loro stessa comparazione era ammissibile limitatamente alla *pecuniaria causa*:

Nec nam vere potest dici quod lata culpa sit dolus cum et in eadem lege dicatur ipsam prope dolum esse et alibi dicatur eam dolo comparari, ut ff. si mentor falsum modum dixerit l. i § lata (D. 11.6.1.1); si nam similis est dolo, ergo impossibile est eam dolum esse. Nam et Aristoteles ait: Nihil est id cui ipsum sit simile. Alibi dicitur quod lata culpa in doli crimen cadit quod cum praedicta determinatione est intellegendum ut ff. de actionibus et obligationibus l. i § is quoque (D. 44.7.1.5); alibi dicitur quod culpa dolo proxima dolum representat, ut ff. si quis testamento liber esse iussus erit l. i § non autem (D. 47.4.1.2). Alias alibi dicitur quod magna negligentia sit dolus ut ff. de verb. sign. l. magna (D. 50.16.226). Et illud eodem modo expono ut diximus. Nam si vere esset dolus ergo veniret in legem Corneliam, quod lex negat ut ff. ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis l. in lege (D. 48.8.7). Comparatur ergo dolo lata culpa quia si in pecuniaria causa aliquis teneatur mihi de dolo tenebitur et de lata culpa ...²⁷.

Funzionali ad estendere la responsabilità del depositario per *culpa lata* oltre il dettato della '*lex quod Nerva*', cioè anche al secondo senso attestato in D. 50.16.213.2 e 223.pr. ('*non intelligere quod omnes intellegunt*'), erano poi i richiami, da una parte, a D. 50.16.223.pr. ('*lex latae*') nella glossa *latiorem*, dall'altra, a D. 24.3.24.5, un contrastato frammento ul-piano in tema di dote, nella gl. '*nam et si quis*' di Accursio:

gl. '*latiorem*': id est latam cuius finis est non intelligere quod omnes intellegunt, ut infra de ver. sig. latae (= D. 50.16.226)²⁸.

gl. '*nam et si quis*': quasi dicat, et si forte aliquis non sit ita diligens sicut homines solent esse, fraude non caret, nisi ad suum modum, quem scilicet tenet in rebus suis, curam praestet in deposito. Sed quid si tantum praestet in deposito, quantum in rebus suis, sed in suis non tan-

²⁷) *Azonis Summa super Codicem*, in «Corpus Glossatorum iuris civilis», II, cit., tit. *Depositum*, p. 144.

²⁸) *Accursii Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 503.

tum, quantum natura hominum desiderat; respondere tenetur quia est lata culpa: ut infra sol. matr. l. si constante § si maritus (D. 24.3.24.5). Accurs.²⁹.

Il caso di D. 24.3.24.5, *Ulp. 33 ad ed.*, citato da Accursio, è quello di un marito *saevus* verso gli schiavi dotali, di cui la moglie, al momento dello scioglimento del matrimonio, chiede con l'*actio rei uxoriae* la condanna per *saevitiae*. Ulpiano ammette con certezza tale possibilità ('*constat*') nel caso di un marito che non abbia rispettato la *diligentia quam suis* ('... *diligentiam uxor eam demum ab eo exigit, quam rebus suis exiget, nec plus possit*'), cioè sia stato *saevus* verso i *servi dotales* ma non verso i proprii; ma lo stesso viene ammesso, pur con qualche maggior titubanza, nel caso di un uomo per natura spietato, le cui crudeltà non siano risparmiate a nessun membro della *familia* servile. Una tale *immoderata saevitia* non deve infatti restare impunita:

(D. 24.3.24.5) Si maritus saevus in servos dotales fuit, videdum, an de hoc possit conveniri. Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigit, quam rebus suis exiget, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.

Applicato al deposito, il testo ulpiano forniva facile appiglio per l'estensione della '*lex quod Nerva*' e della responsabilità del depositario alla grave e inescusabile negligenza della '*lex latae*' (D. 50.16.223.pr.): così, nella gl. '*nam et si quis*' di Accursio, la citazione di D. 24.3.24.5 (*sol. matr. l. si constante § si maritus*) serve appunto a provare che il depositario risponde verso il depositante non solo se *in deposito* è meno diligente che *in suis*, ma anche se, indipendentemente da tale parametro, commette una colpa talmente grave da non potere restare impunita³⁰.

²⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

³⁰⁾ La stessa estensione si trova espressa nella gl. '*contractus*' a D. 50.17.23

Secondo la lettura dei glossatori il depositario rispondeva, dunque, per dolo e per le due accezioni di *culpa lata* rinvenibili nelle fonti. Ma l'elaborazione della *diligentia quam suis* come categoria dogmatica generale esigeva ulteriori precisazioni concettuali, funzionali soprattutto a superare i contrasti esistenti fra i testi: in particolare, se la '*lex quod Nerva*' aggravava la responsabilità del depositario configurando, nell'omissione della *diligentia quam suis*, un caso di *culpa lata* ('... nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat fraude non caret ...'), nella *lex socius socio* (D. 17.2.72, Gai 2 r. cott.) la prestazione della *diligentia quam suis* costituiva il limite della responsabilità per colpa del socio (... *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet* ...').

Alla contraddizione i glossatori non si arrendono e cercano una soluzione che armonizzi le due discipline alla luce dei diversi contesti, senza peraltro pregiudicare il principio dell'*utilitas contrahentium*. Così Azone – la cui soluzione viene recepita dalla *Magna Glossa* (gl. '*solet*' a *Iust. inst.* 3.25.9.pr.) – nel titolo '*pro socio*' della *Summa Codicis* riferisce al socio e al depositario doveri di *diligentia* di diverso contenuto: al socio viene richiesto di mantenere il livello di *diligentia* a lui abituale prima dell'assunzione in società ('*diligentia praeteriti temporis*')³¹, al depositario di garantire, *post depositionem*, parità di trattamento fra le cose affidate e le proprie ('*consuetudo praesentis temporis*')³²:

Item venit in hanc actionem bona fides ut dolus absit. Item culpa si non prestat eam diligentiam quam in rebus suis adhibere solet. Ultra autem non tenentur sibi imputaturo eo qui parum diligentem socium sibi assumit et sic dicitur de se queri ut ff. eo l. cum duobus § venit autem (D. 17.2.52.1) et l. socius socio (D. 17.2.72) et instituta eo § ult. (*Iust. inst.* 3.25.9). In depositario autem non spectatur praeteriti temporis consuetudo sed praesentis quod est post depositionem ut ad minus

(si veda oltre nel testo).

³¹ Era stata, infatti, l'osservazione di tale *diligentia* abituale a spingere l'altro socio a coinvolgerlo nell'affare comune.

³² La stessa soluzione viene applicata al coerede sulla base di D. 10.2.25.16.

adeo sit diligens in depositis ut in suis ut diximus supra depositi. Et idem forte est in eo qui non est socius sed habet cum rem communem, ut et ibi praesentis temporis diligentia quam adhibet in propriis praestanda sit in communibus, ut ff. fam. herc. heredes § non tantum (D. 10.2.25.16)³³.

(*Iust. inst.* 3.25.9.pr.) gl. 'solet': Ante contractam societatem. Et in hoc discrepat a depositario qui ut in presenti tenetur sic ff. depo. l. quod nerva. Sic est in eo cum quo habeo rem communem sine societate, ut ff. fa. her. l. heredes § non tantum (D. 10.2.25.16)³⁴.

Questa soluzione non pregiudica, secondo Piacentino, l'applicazione del principio dell'*utilitas* perché il *socius* risponde pur sempre di *culpa*, quindi *fortiter*, il depositario di dolo e *culpa lata*, quindi *leviter*:

Piacentini Summa Institutionum, in librum tertium Institutionum, de societate tit. XXIII: Tenetur socius socio etiam negligentiae nomine, sed hoc ita: si vel in suis diligens est, vel esse solet, alias minime. Ergo in medio constitutus est inter depositarium et coheredem. Quippe depositarius non tenetur, nisi ad eam diligentiam, quam in suis praestaret, et praestiterit, aut non, ergo ita distinguere possumus: depositarius tenetur leviter, socius fortiter, coheres fortius, commodatarius fortissime³⁵.

Come già nel *Codex Euricianus* e nelle *leges Visigothorum* e *Baiuvariorum* (§ 2), il riferimento evidente di Azone è a D. 13.6.5.4 (Ulp. 28 *ad ed.*) in tema di comodato (ove al comodatario viene imputato il perimento fortuito della cosa affidata se nella stessa circostanza ha salvato la sua), alla luce del quale la '*lex quod Nerva*' viene letta e interpretata al di là del suo dato letterale³⁶:

³³ *Argonis Summa super Codicem*, cit., tit. 'pro socio', p. 150

³⁴ *Accursii Glossa in Volumen*, in «Corpus Glossatorum iuris civilis», XI (cur. M. Viora), Torino, 1969, gl. 'solet' a *Iust. inst.* 3.25.9, p. 96.

³⁵ In «Corpus Glossatorum Iuris Civilis», I (cur. M. Viora), Torino, 1973, p. 59.

³⁶ Analogo ragionamento, sotto forma di esemplificazioni pratiche, si trova in ODOFREDUS, *Lectura super Digesto veteri*, cit., *Quod Nerva* ('... *Quid enim si rem suam tenebat in nocte in domo, alienam rem apud eum depositam tenebat extra do-*

D. 13.6.5.4: Quo vero senectute contingit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

Ma il collegamento è sviante ed errato perché, mentre in D. 16.3.32 la responsabilità del depositario si arguisce dal confronto fra la sua diligenza abituale e quella attuale, in D. 13.6.5.4 è il confronto fra la sorte dei due diversi gruppi di beni nella stessa circostanza a far presumere l'esistenza della *culpa* («... nisi aliqua culpa interveniat») e a fondare la responsabilità. Inoltre la soluzione, che è per il comodatario la diretta conseguenza dell'applicazione del principio dell'*utilitas*, non si adatta punto al depositario gratuito, cui nessuna norma o ragione pratica potrebbe imporre il sacrificio della propria cosa a favore di quella affidata. Ma i glossatori non si avvedono della forzatura e, nella gl. '*salvas facere*' a D. 13.6.5.4, citando la '*lex quod Nerva*', giungono ad imputare il *damnum fatale* al depositario che abbia sacrificato la cosa affidata alla propria, a meno che – aggiunge la glossa – la prima non fosse *vilioris pretii* di quella in sua proprietà:

gl. '*salvas facere*' a D. 13.6.5.4: Simili enim modo debet custodire, ut hic, et infra deposi. l. quod nerva, sic et tutor pupilli pecuniam, ut infra de admin. tut. l. tutor (D. 26.7.13), ... Sed quid si res commodata erat vilis pretii, sua vero pretiosa res erat? Respondere non tenetur ...³⁷

E' su questa nuova base interpretativa che Azzone, nel titolo '*depositi*' della *Summa Codicis*, elabora la nuova categoria dogmatica del «dolo presunto», che tanto successo avrà nei secoli successivi: alla *culpa la-*

mum?) e diviene la comune linea interpretativa del testo: ricompare anche in *Decretales D. Gregorii Papae IX, Parisiis, MDLXXXV, lib. III tit. XVI De deposito, cap. II casus, c. 1120* ('*Deposui penes te res meas: illae res amissae sunt, de rebus tuis nihil amisisti: quaeritur an tenearis mihi ad eas restituendas actione depositi ...*').

³⁷) *Accursii Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 437.

ta della *'lex latae'* (D. 50.16.223.pr.), inescusabile negligenza, lontanissima dal dolo, di chi *ex fatuitate* non è nemmeno in grado di capire la stupidità e la pericolosità del proprio comportamento, si affianca la *culpa lata* della *'lex quod Nerva'* che, pur non identificabile col dolo, si trova ad esso assai più vicina: la semplice disparità di trattamento fra le cose proprie e le altrui nella stessa circostanza fa, infatti, presumere nel depositario un'intenzione di frode perché, come dice Celso, *'fraude non caret'* chi *'minorem quam suis rebus diligentiam praestabit'*. Così Azzone, dopo aver richiamato D. 17.1.29.pr. in tema di mandato, dichiara che *'dolus praesumitur'* e *'abesse praesumitur bona fides'* ogniqualevolta *'res suas habet salvas et res depositae non apparent'*:

... Venit autem in actionem istam dolus tantum ... et lata culpa; quam latam culpam vel latiore nerva dixit dolum esse, quod sic intellego i. dolum praesumi, ut ff. man. l. si fideiussor primo responso (D. 17.1.29.pr.). ... Praesumitur autem lata culpa dolus circa depositarium qui licet non sit adeo diligens ut natura desiderat vel ut homines consuerunt esse diligentes si tamen curam in deposito non praestet ad modum suum, idest quem observat in rebus suis propriis, fraude non caret nec non salva fide minorem depositis rebus diligentiam praestabit quam suis. Abesse nam praesumitur bona fides cum res suas habet salvas et res depositae non apparent ... Exemplum pone. Si res suas reponebat in archa bene firmata. Res autem depositas relinquebat in domo supra bancha³⁸.

La nuova categoria del dolo presunto viene recepita dalla «Glossa ordinaria», che spiega così la parola *'fraude'* del fr. 32:

gl. *'fraude'*: id est lata culpa quae fraudi comparatur. Vel dic fraude, scilicet praesumpta³⁹.

La riflessione dei glossatori sulla *'lex quod Nerva'* aveva, dunque, portato ad identificare l'essenza della responsabilità per *diligentiam quam suis*, non tanto nelle modalità concrete della custodia prestata

³⁸) *Azonis Summam super Codicem*, cit., p. 144.

³⁹) *Accursii Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 503.

dal depositario, quanto nel dato meramente formale della disparità di trattamento, nella stessa circostanza, fra le cose proprie e quelle affidate: essa faceva di per sé presumere l'esistenza della frode perché – come dirà Baldo – «*quantum ad notitiam futuri pericoli, quod <depositarius> cognoscit in se, cognoscit in alio*»⁴⁰.

Di qui a svincolare la teoria della responsabilità dal dato dell'obiettiva riprovevolezza del comportamento dell'obbligato, cioè dal suo naturale connotato etico, il passo era breve: ed è manifesto nella «Glossa ordinaria» che, a spiegazione delle parole «*minorem*» di D. 16.3.32 e «*contractus*» di D. 50.17.23, individua un caso di dolo presunto non solo nel depositario mediamente diligente che *in deposito* non rispetti tale standard e sia pertanto *negligens*, ma anche nel depositario *diligentissimus* che, *in deposito*, sia soltanto *diligens*:

gl. «*minorem*» quam debet: ut si in suis non est diligens ut alii homines: sed quid si in suis est diligentissimus, in depositis est ut alii homines? Videtur esse in fraude ut ibi ...⁴¹.

gl. «*contractus*» (a D. 50.17.23): Dolum tantum recipiunt depositum et precarium, ut supra depositi l. quod nerva ... tamen hoc non excludit latam culpam, ut dictis legibus, quae dolo comparatur, ut supra si mentor fal. mo. di. l. i § ideo autem (D. 11.6.1.1). Sed excludit levem et levissimam. Plane et in his et exactissima diligentia praestatur interdum si depositarius, vel qui accedit precario, in suis est diligentissimus. Item si in suis est negligentissimus, non erit impunita eius negligentia: diligens nam debet esse ad eum modum quem hominum natura desiderat, ut supra depositi l. quod nerva⁴².

La responsabilità del depositario, che nelle stesse dichiarazioni di intento dei glossatori doveva assumere proporzioni ridotte per il principio dell'*utilitas contrahentium*, ne assumeva invece di elefantia-

⁴⁰ *Commentaria in quartum et quintum Codicis lib., Lugduni, MDLXXXV, ad lib. Quartum Codicis, tit. XXIV De act. pign., lex V Quae fortuitis*, p. 80 verso.

⁴¹ *Accursii Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 503.

⁴² *Accursii Glossa in Digestum Novum*, in «Corpus Glossariorum Iuris Civilis», IX (cur. M.Viora), Torino, 1968, p. 589.

che, addirittura imputando il *diligentissimus* di *culpa levissima* (così espressamente la gl. ‘*contractus*’ a D. 50.17.23) laddove avrebbe dovuto rispondere soltanto di dolo e *culpa lata*. L’essenza di tale infrazione non sta nelle modalità del suo atteggiamento, ma nella mera disparità di trattamento fra cose proprie ed altrui: quindi il *diligentissimus* ed il *diligens* sono tenuti rispettivamente all’*exactissima* e alla *media diligentia* e, se non la rispettano, saranno imputati di *culpa lata* = dolo presunto, pur avendo nella sostanza commesso una mera *culpa levissima* o *levis*.

Certo, con un’applicazione rigorosa del principio, ciò che costituisce per il *diligentissimus* svantaggio, dovrebbe per il negligente tradursi in beneficio, visto l’abbassamento del livello di responsabilità derivante, nella specie, dall’applicazione della *diligentia quam suis*: ma tale conseguenza logica viene attenuata nella *Magna Glossa*, che non solo nega in via di principio ogni possibilità di scusante alla negligenza grave del depositario (e a questo fine cita, come già visto, D. 24.3.24.5) ma addirittura, nella gl. ‘*nam et si quis*’ a D. 16.3.32 e nella glossa ‘*contractus*’ a D. 50.17.23, con evidente forzatura del dato testuale, giunge ad identificare come *culpa lata* il comportamento di chi non sia ‘*diligens quantum natura hominum desiderat*’ e questo stesso standard applichi alla custodia della cosa depositata:

gl. ‘*nam et si quis*’: Sed quid si tantum praestet in deposito, quantum in rebus suis, sed in suis non tantum, quantum natura hominum desiderat? respondere tenetur quia est lata culpa: ut infra sol. matr. l. si constante § si maritus (D. 24.3.24.5). Accurs.⁴³.

gl. ‘*contractus*’: ... Item si in suis est negligentissimus, non erit impunita eius negligentia: diligens nam debet esse ad eum modum quem hominum natura desiderat, ut supra depositi l. quod nerva⁴⁴.

Così, nell’opinione prevalente recepita dalla *Magna Glossa*, l’applicazione della ‘*lex quod Nerva*’ poteva aggravare la responsabilità del

⁴³) *Accursii Glossa in Digestum Vetus*, cit., p. 503.

⁴⁴) *Accursii Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 589.

depositario ma, di regola, non attenuarla: non si trattò, tuttavia, di un'opinione incontrastata. Ce lo rivela un *Tractatus de diligentia et dolo et culpa et fortuito casu* della prima metà del XII secolo pubblicato dal Dolezalek⁴⁵ nel 1982 che, nel titolo '*de pro socio*' (*sic!*), a proposito della *diligentia quam suis* del socio, cita il parere di un certo *Theuzo*, maestro altrimenti ignoto, forse di scuola veronese⁴⁶: nell'amministrazione delle cose comuni, per evitare la responsabilità, al *socius* non basterebbe, secondo *Theuzo*, l'applicazione della propria diligenza abituale, ma occorrerebbe comunque l'*exacta diligentia*. In mancanza si cadrebbe, infatti, nell'assurdo di equiparare socio e depositario sotto il profilo della responsabilità, applicando ad entrambi lo stesso trattamento di favore in evidente contrasto col principio dell'*utilitas*:

de pro socio. In pro socio actione dolus et culpa prestatur, ut D. de regulis i. Contractus (D. 50.17.23). Set sufficit talem diligentiam prestare qualem socius in suis rebus adhibere solet, ut D. e. Cum duo. § Venit, Socius socio (D. 17.2.52.2) et famil. herc. l. Heredes § Non tantum (D. 10.2.25.16), in instit. De societate § ult. (*Iust. inst.* 3.25.9). Nec negligentia socii est compensanda cum industria eius, sed ipsi imputanda est, ut D. pro socio Non ob (D. 17.2.25). Sententia vero Theuzonis est ut et si non sit diligens in suis rebus socius, oporteat eum prestare exactam diligentiam in communibus. Alioquin nihil distare hanc actionem a deposito, quod esset absurdum. Refert ut in instit. e. (*Iust. inst.* 3.25) et D. e. Cum du. § i (D. 17.2.52.2).

Laddove *Accursio* e la dottrina prevalente accentuavano l'effetto aggravante della '*lex quod Nerva*' sulla disciplina della responsabilità del depositario, *Theuzo* ne accentua all'opposto l'effetto attenuante: per lui è regola certa che al depositario meno diligente della media basti, per evitare la responsabilità, usare questo stesso grado di diligenza.

⁴⁵ In «Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe H. Coing», Frankfurt a.M., 1982, p. 87 ss.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 93 s.

Ma questi contrasti vengono presto superati e la dottrina minoritaria abbandonata: la '*lex quod Nerva*' è ormai norma generale⁴⁷ dai precisi contorni interpretativi da cui, come si vedrà, le successive scuole faticheranno a staccarsi.

⁴⁷) Oltre alle opere già citate, si vedano ad esempio ODOFREDUS, *Lectura super Codice*, I, *Lugduni*, MDLII, rist. anast. in «Opera Iuridica Rariora» (cur. D. Maffei, E. Cortese, G. Rossi), V.1, Bologna, 1968, tit. *depositi vel contra*, l. *Si incur-su*, p. 238, PLACENTINUS, *De personalibus actionibus*, in «Corpus Glossatorum Iuris Civilis», I, cit., *liber secundus*, tit. *XII De actione depositi*, p. 104, e *Decretales D. Gregorii Papae IX*, cit., *lib. III tit. XVI De deposito*, cap. *II casus*, c. 1120.