

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](mailto:rivistadirittoromano@tiscalinet.it)  
[lauretta.maganzani@unicatt.it](mailto: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

#### 4.

#### LA «LEX QUOD NERVA» NELLA METODOLOGIA DEL COMMENTO

L'esposizione della teorica della *diligentia quam suis* elaborata dai glossatori ne ha messo in luce alcuni punti critici, come l'irrisolta oscillazione fra i concetti di *culpa lata* e dolo nella configurazione dogmatica del «dolo presunto», l'indebito richiamo a D. 13.6.5.4 nell'interpretazione di D. 16.3.32 e l'ingiusta penalizzazione del depositario *diligentissimus* chiamato addirittura a rispondere per *culpa levissima*. I commentatori, nell'atto stesso di classificare, distinguere e precisare i concetti ricevuti dalla tradizione sulla scorta delle nuove tendenze sistematico-dialettiche, individuano tali lacune e in vario modo tentano di colmarle.

Fra gli antesignani del metodo del commento, uno dei primi a intervenire ampiamente nel dibattito sulla '*lex quod Nerva*' è Pierre de Belleperche, le cui soluzioni innovative, equilibrate e rigorose verranno, tuttavia, parzialmente obliterate dalla rivisitazione di Bartolo: nella *Lectura Institutionum*, in un'ampia esposizione della sistematica della colpa incidentalmente introdotta nel titolo '*de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*' (IV.1)<sup>48</sup>, il Bellapertica corregge l'interpretazione della glossa individuandone con mirabile acume tutti i lati oscuri.

Come già visto, secondo i *doctores*, il depositario rispondeva, oltre che per dolo, per due forme diverse di *culpa lata*, da una parte

---

<sup>48</sup>) P. DE BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum*, Lugduni, MDXXXVI, rist. anast. in «Opera Iuridica Rariora» (cur. D. Maffei, E. Cortese, G. Rossi), VII, Bologna, 1972, p. 313 ss.

L'omissione di *diligentia quam suis* altrimenti qualificata come dolo presunto (D. 16.3.32), dall'altra la grave e inescusabile negligenza di chi '*non intelligit quod omnes intellegunt*' (D. 50.16.213.2 e 223.pr.). Secondo il Bellapertica la prima categoria (la *culpa lata* intesa come dolo presunto) confonde i profili del dolo – che è '*calliditas*' – con quelli della colpa – che è '*ignorantia*' – e trascura la testuale equiparazione della *culpa latior* al dolo dell'esordio del fr.32 ('... *latiorem culpam dolum esse*'). L'omissione di *diligentia quam suis* non configura, dunque, una forma di *culpa lata* ma un caso puro e semplice di dolo, malevola intenzione del depositario desumibile dalla disparità di trattamento fra le cose proprie e quelle affidate. Non è peraltro isolabile, secondo l'autore, un'autonoma categoria di dolo presunto distinta da quella di dolo vero, perché le intenzioni, celate nell'animo, sono di necessità imprescrutabili ed ogni dolo è per sua natura presunto:

*Lectura Institutionum* IV.1, '*de obl. quae ex quasi del. nasc.*' 10<sup>49</sup>: Sed certe omnis dolus est praesumptus. Nam dolus consistit in animo et ea quae sunt in animo est impossibile intelligere nisi per praesumptionem, et probatur hoc in pecudibus, ut supra de rerum divisio § pavonum (*Iust. inst.* 2.1.15). Ergo non est dare dolum nisi praesumptum, et propter hoc intellige sic quod lata culpa est dolus et dolus lata culpa est, id est, dolo similis est. Et sic intelleguntur glossae et sic intellegitur l. ff. depo. l. quod nerva. Nam ibi diffinitur dolus deinde ponitur exemplum doli. Nam dolus est species culpae et quod iurisconsultus ponit exemplum lata culpa est quando aliquis in rebus suis et in alienis est negligens ultra communem hominum modum. Unde si quis melius servet res proprias quam depositum latior culpa est quae dolo non caret: imo dolo dicitur, et sic loquitur l. illa si bene intellegatur.

Rimane, dunque, una sola categoria di *culpa lata* – quella di chi '*ignorat illud quod omnes sciunt*' –, ma anch'essa, secondo il Bellapertica, deve essere precisata: non è infatti definibile in astratto – come hanno fatto i glossatori – ma si può soltanto desumere in concreto dal contesto, dalla situazione personale dell'agente e dalle sue effet-

---

<sup>49)</sup> *Op. cit.*, p. 320.

tive possibilità di rendersi conto della riprovevolezza del proprio comportamento:

7<sup>50</sup>: Tertio quaero quid sit lata culpa. Doctores dicunt quod lata culpa est negligentia maior quam exigit communis modus hominum, id est qui ignorat illud quod omnes sciunt. ... Certe doctores tentant illud diffinire quod est impossibile. Nam sicut est impossibile diffinire moram, ut ff. de usuris l. mora (D. 22.1.32.pr.), ita impossibile est diffinire latam culpam. Sic intelligas verba doctorum. Ille est in lata culpa qui ignorat illud quod omnes sciunt, vel debet intelligere si habet eandem causam sciendi: subaudi cum aliis. quid enim si dum fit bannum regis coram rusticis, ego sum in camera. Nunquid dices me esse in lata culpa si ignorem bannum quod omnes rustici sciunt. Unde intelligo de eo qui habet eandem causam sciendi cum aliis.

Su questa base, partendo dalla critica alla *diffinitio* di ‘*dolum*’ formulata dagli *antiqui doctores*, l’autore rivede l’*interpretatio* della ‘*lex quod Nerva*’ precisandola con rigore ed equità.

Dalla combinazione di D. 16.3.32, D. 13.6.5.4 e D. 26.7.7.pr. si era diffuso fra i *doctores*, anche contro l’insegnamento di grandi maestri della glossa (come Azone), l’uso di definire in via generale il dolo come infrazione della *diligentia quam suis*, obliterandone l’aspetto essenziale della *calliditas* (evidenziato, invece, in D. 4.3.1.2-3). Bellapertica mette in guardia dal rischio di generalizzare la ‘*lex quod Nerva*’ estrapolandola dal suo contesto. La *diffinitio* si riferisce al solo depositario e all’adempimento del suo obbligo di custodia e in questi meri termini deve essere intesa: in mancanza si giungerebbe all’assurdo di imputare di dolo lo studente di diritto che, ricevuto in deposito il *codex Pandectarum* di un compagno, annotasse con glosse il proprio esemplare ma non le riproducesse su quello del depositante:

3-4<sup>51</sup>:... Unde dicunt quod dolus est ex negligentia procedens ex eo quod minor diligentia adhibetur alienis rebus quam in suis verbi gra-

---

<sup>50</sup>) *Op. ult. cit.*, p. 318.

<sup>51</sup>) *Op. ult. cit.*, p. 316.

tia. Tu ponis penes me rem tuam custodiendam ego eam negligenter custodio et meam diligenter: ecce dicunt ipsi quod hic est dolus ad hoc inducunt ff. deposi. l. quod nerva (D. 16.3.32) et ff. commo. l. si ut certo § plane (D. 13.6.5.4) et ff. de administra. tut. l. tutor § primo (D. 26.7.7.pr.). Sed certe ista diffinitio non est generalis. Nam bene potest esse dolus non habito respectu ad res proprias vel ad alienas. Dicas ergo et diffinias dolum ut Azo diffinuit. Nam dolus est calliditas ut ff. de dolo l. prima (D. 4.3.1.2-3). Item dico quod haec diffinitio non est vera. Nam potes esse quod ego non adhibeo tantam diligentiam in re aliena quantum in mea et tamen non sum in dolo, imo, quod plus est, nec in aliqua culpa. Nam pone: tu deposuisti penes me tuum ff., ego similiter habeo ff. certa quae corrigendo omnem diligentiam adhibeo quam possum, et circa ff. tuum solam literam non appono. Nunquid sum in dolo? Absit. Unde restringe hoc quod dicunt doctores quod minor negligentia inducit dolum ad hoc quod tenetur de natura contractus depositarius. Scilicet ad rem custodiendam et sic debet intellegi ff. depo. l. quod nerva.

D. 16.3.32 presenta, dunque, per Bellapertica, un esempio di dolo del depositario desumibile dall'omissione di *diligentia quam suis* nella custodia del bene depositato. Il depositario risponde, poi, per *culpa lata* nell'accezione di D. 50.16.223.pr.

Ma le novità non finiscono qui: la glossa, interpretando D. 16.3.32 alla luce di D. 13.6.5.4, estendeva la responsabilità del depositario al perimento fortuito della cosa affidata quando, nella stessa circostanza, egli avesse preferito salvare la propria, salvo che quest'ultima fosse *'pretiosior'* e la preferenza fosse, dunque, giustificata. Il Bellapertica corregge questo assunto, precisando che al depositario non si chiede di usare verso la cosa depositata la stessa diligenza che usa verso la sua, ma la *diligentia* che ragionevolmente presterebbe se la cosa depositata fosse sua:

4<sup>52</sup>: Sed pone etiam in custodia tu deposuisti penes me ff. tuum quod non valebat decem; ego habeo ff. quod XX valebat. Certe nec in isto casu teneo adhibere tantam diligentiam quantam in meo,

---

<sup>52</sup>) *Op. ult. cit.*, p. 316-317.

quod probo. Nam posito quod ff. tuum esset meum, tamen non tantam diligentiam apponerem in minus valens quantam in pretiosius. Nam ubi est maius periculum, ibi cautius est agendum, ut ff. de carbo. edict. l. prima § sed et si quis (D. 37.10.1.5), quod autem sufficiat in re aliena me adhibere tantam diligentiam in custodiendo quantam adhiberem si esset mea probatur ff. de solutio. l. iij (D. 46.3.3.pr.) et ff. de praescript. verb. l. naturalis (D. 19.5.5).

Ma l'equità suggerisce all'autore, in aperto contrasto con la dottrina dominante, che anche nel caso di beni di pari valore, il depositario sia legittimato a scegliere se salvare la propria cosa o quella affidata e il diritto non possa sanzionare ciò che costituisce una sua libera scelta di coscienza. La conferma testuale si trova, secondo l'autore, in un frammento ulpiano sul sc. Silaniano, ove viene esclusa la punibilità del *servus* che, in una situazione di pericolo, abbia dovuto scegliere a quale dei suoi padroni recare aiuto:

D. 29.5.3.4, Ulp. 50 *ad ed.*: Si, cum omnes domini adgressuram pateantur, uni servus opem tulit, an sit excusandus, an vero quia omnibus non tulit plectendus? Et magis est, ut, si quidem omnibus ferre potuit, quamvis quibusdam tulit, supplicio adficiendum: si vero simul omnibus non potuit, excusandum, quia quibusdam opem tulerit. Nam illud durum est dicere, si, cum duobus auxilium ferre non possit, elegit alteri esse auxilio, electione crimen eum contraxisse.

Petrus de Bellapertica, *Lectura Institutionum* IV.1, 4-5<sup>53</sup>: Sed pone quod res aliena sit aequae pretiosa sicut mea, et contingit incendium, ita quod utranque et alienam et meam custodire non possum: sed bene possum unam salvare. Quaeritur quam salvabo. Videtur quod alienam debeam salvare. Arg. ff. commo. l. si ut certo (D. 13.6.5.4) et ff. de admini. tuto. l. tutor qui repertorium (D. 26.7.7). Quid dicemus: ego dico quod erit hic locus cui velim gratificare et sanum consilium est ut mihi gratificem. Nam ordinata charitas incipit a seipso et quod sit hic locus gratificationi ego probo per l.: ecce quidam erat servus communis quorum: modo ita est quod servus quemlibet dominorum salvare tenetur in omni periculo aequaliter. Ita contingit

---

<sup>53</sup>) *Op. ult. cit.*, p. 316-317.

quod uterque invaditur ita quod quilibet clamat ad auxilium. Quem salvabit servus, cum utrunque salvare non possit? Certe videtur quod quem voluerit et sic relinquatur suae gratificationi. Ita est in casu proposito, arg. ff. ad sille. l. tertia § si cum omnes (D. 29.5.3.4).

Questa soluzione innovativa non ha, tuttavia, grande fortuna<sup>54</sup>: al contrario i commentatori, richiamando la '*lex quod Nerva*', formalizzeranno il principio dell'estensione della responsabilità del depositario al caso fortuito '*si culpa praecedat casum*'<sup>55</sup>.

Ultimo lato oscuro della ricostruzione della glossa era l'eccessivo aggravamento di responsabilità del *depositarius diligentissimus*. Per attenuare la rigidità della soluzione tradizionale ma, nel contempo, tutelare le aspettative del depositante, il Bellapertica escogita la *media via* di richiedere al diligentissimo, se non la *diligentia exactissima*, almeno una custodia più attenta e scrupolosa della media, purchè naturalmente ciò possa avvenire *sine gravi damno suo*:

11<sup>56</sup>: Quaero si quis est diligentissimus in re sua, an eum oporteat esse diligentissimum in re aliena. Glossae dicunt quod sic. Sed certe secundum hoc sequeretur quod depositarius teneretur de levissima culpa, quod esse non debet, ut ff. de regu. iur. l. contractus (D. 50.17.23). Alii dicunt quod propter hoc non oportet eum esse diligentissimum in re aliena, quia si sic, diligentia esset sibi damnosa quod esse non debet, ut ff. de separatio. l. debitor (D. 42.6.3). Et si

---

<sup>54</sup>) Tuttavia la si ritrova formulata in una *quaestio* di un trattato sul deposito di Vincenzo CAROCCI: *Tractatus practicabiles de deposito, oblationibus et sequestro, Venetiis*, MDCIII, *quaest.* II, p. 96: '*Quaero an depositarius possit praeferre res suas alienis, quando ambas salvare non potest ... respondetur si res suae erant viliores, non potest, facit l. quod nerva ... si vero erant eiusdem pretiositatis, similiter non potest, si contractus est actus gratia recipientis ...*'. In forma di obiezione, la si ritrova anche in una *quaestio* del *Tractatus de contractibus et negotiationibus* di Ludovico LOPEZ (II, *Brixiae*, MDXCVI, p. 241 s.).

<sup>55</sup>) Una delle prime formulazioni si trova in CINO DA PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi, id est, Digesti Veteris Doctissima Commentaria, Francofurti ad Moenum*, MDLXXVIII, *rist. anast.* Torino, 1964, *super Codic. lib. III, rubr. XXXIII depositi, l. Si incursu*, p. 250 A.

<sup>56</sup>) *Lectura Institutionum*, cit., p. 320-321.



diligentissimus in re sua deberet esse diligentissimus in re aliena, iam sequeretur quod esse deterioris conditionis quam si esset parum diligens in re sua. Quod esse non debet: quia non debet esse melioris conditionis fatuus quam peritus, ut ff. quod vi aut clam l. servius (D. 43.24.4). Ista videtur verior sed prima aequior et propter hoc ego teneo viam mediam et dico quod non debet esse diligentissimus, verumtamen tenetur ad maiorem diligentiam in re aliena quam tenetur alius non diligentissimus, si tamen diligentiam illam maiorem adhibere potest sine gravi damno suo.

Ma anche questa proposta non troverà seguaci e, forse per la prepotente influenza di Bartolo, la dottrina tradizionale avrà maggior successo: risale, infatti, al 1343 l'ampia *repetitio* della 'lex quod Nerva' del commentario al *Digestum Vetus* di Bartolo<sup>57</sup>, che rappresenterà per lungo tempo il manifesto della teoria della responsabilità contrattuale nel diritto comune<sup>58</sup>.

Anche l'argomentazione di Bartolo parte dalla critica agli *anti-qui doctores* che, trascurando la lettera del testo, hanno confuso dolo e colpa, frode e inavvertenza, *animus* e *ignorantia*<sup>59</sup>: come per Pierre de Belleperche, la *culpa latior* della 'lex quod Nerva' non è una forma di *culpa lata*, ma un vero e proprio caso di dolo dedotto *per praesumptionem* dalla disparità di trattamento fra le cose del depositario e quelle affidate in custodia.

Ma se il Bellapertica aveva sfumato il concetto di dolo presunto in quello generico di dolo, Bartolo lo presenta come figura autonoma del *genus culpa*<sup>60</sup> distinta in sei *species* differenti<sup>61</sup>: la *culpa latissima* o do-

---

<sup>57</sup>) BARTOLUS, *Super Secunda ff. Veteris Expolita Commentaria, rist. anast. in Commentaria*, II (cur. G. Polara), Roma, 1996, *Depositi vel contra, Quod nerva*, p. 101 ss.

<sup>58</sup>) Sul tema, da ultimo, U. AGNATI, *Il commento di Bartolo da Sassoferrato alla lex quod Nerva (D. 16.3.32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino, 2004.

<sup>59</sup>) 'Quod nerva' (p. 101): 'Si igitur intellegis principium huius legis in lata culpa male sequitur textus qui concludit quod fraude non caret, quoniam fraus venit ex animo, ut l. i. supra de dolo (D. 4.3.1.2), lata culpa ex ignorantia'.

<sup>60</sup>) Baldo, invece, accetta la tesi di Petrus de Bellapertica, ma poi distingue fra un dolo presunto *respectu probationis* – quello di D. 4.3.1.2 – e un dolo

lo manifesto che si fonda su indizi manifesti, la *culpa latior* o dolo presunto che si fonda su indizi presuntivi, la *culpa lata, levis, levior* e *levissima*, ossia le quattro forme di *culpa* propriamente dette<sup>62</sup>:

Dico ergo quod hec l. ita debet intellegi. Nam debetis scire quod quidam est dolus verus et iste appellatur culpa latissima, et est dolus presumptus et iste appellatur culpa latior ut hic. Est culpa lata in qua non est dolus verus nec presumptus cuius finis est non intelligere ut infra de verbo. significa. l. late (D. 50.16.223.pr.). Est etiam culpa levis, levior et levissima ...<sup>63</sup>.

Omnis ergo dolus est presumptus et nullus dolus est manifestus? Respondeo. Quaedam sunt indicia manifesta et illa probata inducunt dolum manifestum ut dicit l. dolum, quaedam sunt indicia seu presumptiones non ita manifeste nec omnino dolum concludunt et ista de necessitate non inducunt dolum sed presumptive ...<sup>64</sup>.

La *culpa latior*, definita come ‘*machinatio ad decipiendum fallendumque al-*

---

presunto *respectu essentiae sive qualitatis*, quello della ‘*lex quod nerva*’ (ad lib. *Quartum Codicis, lex V Quae fortuitis* [C.I. 4.24.6] cit., p. 80 v., n. 23): ‘*Adverte, dolus presumptus dicitur dupliciter, quandoque respectu probationis: ut supra de dolo l. dolum (D. 4.3.1.2), quandoque respectu essentiae sive qualitatis. Et ita sumitur in d.l. quod nerva ...*’. Anche Paolo di Castro accetta il presupposto del Bellapertica, ma poi distingue il dolo vero da quello presunto sostenendo che il primo si fonda su ‘*praesumptiones consistentes in faciendo*’, il secondo su ‘*praesumptiones consistentes in non faciendo*’: *Pauli Castrensis in secundam Digesti Veteris partem, Lugduni, MDXLVI, tit. Depositi, Quod nerva*, p. 106: ‘... *dolus autem verus colligitur ex presumptionibus consistentibus in faciendo de quibus habetur gl. in l. dolus C. de dolo et de illis loquitur titulus de dolo. Dolus presumptus qui dicitur culpa latior consistit in presumptionibus consistentibus in non faciendo quando quid obligatus est aliquid facere et sciens se teneri non facit*’.

<sup>61</sup>) In questa definizione generale Bartolo distingue la *culpa* in sei *species* ma, in tutto il resto della trattazione, parla soltanto di cinque *species*, non riproponendo più la categoria della *culpa levior*.

<sup>62</sup>) Così espressamente *Bartholomeus de Saliceto, Super Digesto Veteri, Lugduni, MDLX, quod nerva*, p. 98: ‘*Culpa est genus et dividitur in duas species. Quorum una transit in proprium nomen et vocatur dolus: alia stat in nomen generis sui et vocatur culpa ... dolus autem dividitur in duas species, quia alius verus, alius presumptus*’.

<sup>63</sup>) BARTOLUS, *op. cit.*, ‘*Quod nerva*’ (p. 101).

<sup>64</sup>) BARTOLUS, *op. cit.*, ‘*Quod nerva*’ 14 (p. 102 v.).

terum adhibita presumptive<sup>65</sup>, ha, rispetto alla *culpa latissima*, minore forza probante e, come tale, in base a D. 48.8.7, è inutilizzabile nei giudizi criminali che esigono la prova diretta del dolo. Per la stessa ragione soltanto la *culpa latior*, non quella *latissima*, ammette l'*excusatio* del convenuto per presunzione contraria. Per Bartolo la *praesumptio fraudis* fondata sulla disparità di trattamento fra cose proprie ed altrui si vanifica sia quando i beni affidati siano *vilioris pretii* di quelli del depositario, sia quando siano comuni fra affidante ed affidatario: nel primo caso, la preferenza accordata ai propri beni è legittimata dal loro obbiettivo maggior valore<sup>66</sup>; nel secondo caso l'omissione di *diligentia quam suis* non giustifica una presunzione di dolo nell'affidatario-contitolare, perché il suo interesse diretto e personale all'incolumità della *res communis* porta di regola ad escludere la possibilità di un suo intento malevolo e fraudolento:

Iuxta praedicta quaero quid est differentia in effectu inter verum dolum et presumptum vel culpam latiore. Respondeo ... a vero dolo

---

<sup>65</sup> 'Quod nerva', cit., 13, p. 102 v. Ancora più puntuale la definizione di Baldo: *Baldi Ubaldi Commentaria in quartum et quintum Codicis lib., Lugduni, MDLXXXV, ad lib. Quartum Codicis, lex V Quae fortuitis* (C.I. 4.24.6), p. 80 v.: '*latior culpa est consideratio in suis, inconsideratio in commissis. ... Concedo igitur quod interpretatione latior culpa est dolus ... quantum autem ad veritatem naturalium terminorum, latior culpa est medium inter haec duo, dolum et latam culpam et de utroque participat, de dolo, quantum ad notitiam futuri pericoli, quia quod cognoscit in se, cognoscit in alio, cum lata autem culpa participat quia non ex animo: nec ex voluntate laesio contingit: sed per ignaviam, id est, pigritiam*'.

<sup>66</sup> Analoga riflessione si trova in Cino da Pistoia che, a proposito della disciplina della *locatio di horrea*, a cui applica le regole valevoli per il deposito, distingue fra *praesumptio maior* e *minor*: *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomii, id est, Digesti Veteris Doctissima Commentaria, Francoforti ad Moenum, MDLXXVIII, rist. anast. Torino, 1964, Super Codic. l. IIII, tit. LXV De locato et conducto, l. Dominus* (C.I. 4.65.1), p. 275 v.: '*Secundo quaero, nunquid sit sufficiens praesumptio, ut condemnetur locator, postquam res suae salvae factae sunt? Videitur quod sic, ut hic. Tamen dicunt Doc. quod praesumptio quandoque est minor, quandoque est maior. Nam pone, quod res locatoris erant graves, forte quia in horreis habebat serum vel similia, res conductoris erant leves et viliores. Isto casu et similibus non est praesumptio sufficiens, ut ff. commod. l. si ut certo § quod vero*' (D. 13.6.5.4).

nulla est excusatio, a presunto sic, ut si sit alia presumptio quae illam tollit, ut si res erat communis et aliae res depositarii erant pretiosiores, ut dixi supra in duobus ultimis commentariis. Item quia in causis criminalibus requiruntur luce meridiana clariores probationes ut l. sciant. C. de probationibus (C.I. 4.19.25)<sup>67</sup>; ille talis dolus non sufficit quia non debet quis ex presumptionibus damnari<sup>68</sup>.

All'ulteriore riflessione del Bellapertica, che legittimava la scelta del depositario di salvare dal perimento fortuito la propria cosa a scapito di quella affidata anche nel caso di beni di eguale valore, Bartolo non accenna. Lo farà, invece, Baldo che, nel commento alla '*lex quod Nerva*' del *Commentarium ad Digestum Vetus*<sup>69</sup>, ripropone la regola tradizionale per cui il depositario è tenuto in tal caso a preferire la *res aliena* alla propria, rilevando che il brocardo '*licitum est unicuique suam utilitatem praeponere*' e il suo corollario '*licitum est unicuique salutem rerum suarum praeponere*' non valgono per il deposito a causa dei peculiari obblighi di custodia ivi gravanti sull'obligato (*'ubi venit custodia, debet praeferri res aliena'*). In verità la soluzione non convince e, ancora per lungo tempo, susciterà radicali polemiche<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup>) *Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodorus AAA. Floro pp.: Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel iudiciis ad probationem indubitatis et luce clariores expedita* (a. 382).

<sup>68</sup>) BARTOLUS, *op. cit.*, '*Quod nerva*' 15 (p. 102 v.).

<sup>69</sup>) Baldi Ubaldi in *secundam Digesti Veteris partem commentaria, Venetiis, MDCXV, lib. XVI.3 depos., l. quod Nerva, nova additio*, p. 107.

<sup>70</sup>) Cfr. il *Tractatus de contractibus et negotiationibus* di Ludovico LOPEZ (II, cit., p. 241 s.): l'autore, da una parte, rinvia al *forum animi* che, custodendo la *veritas* della coscienza, è in grado di giustificare ciò che dal *forum exterior* viene punito in via di presunzione; dall'altra rinvia al prudente apprezzamento del giudice, perché soltanto in concreto è possibile di volta in volta graduare, in un caso come questo, l'entità della riprovevolezza del comportamento dell'obligato: '*Ad id autem, quod in obiectione est additum ... respondetur ... primo, quod hoc intelligendum est in foro exteriori quoad praesumptionem, quia praesumetur intercessisse dolus, quae quidam praesumptio in foro animae cessat, ubi constat veritas, scilicet, quod utraque simul non potuit salvare. Secundo dicitur, quod etiam in foro exteriori in hoc casu iudicium ferendum est a bono iudice arbitrando, an dolus intervenerit an non, quia non potest*

E' da notare che attraverso la teoria delle «presunzioni contrarie» Bartolo giunge anche a giustificare in modo nuovo la contraddizione esistente fra D. 16.3.32 – ove l'omissione di *diligentia quam suis* è presentata come *culpa latior* – e D. 17.2.72/D. 10.2.25.16, ove è presentata come *culpa levis* attenuata: con mirabile acume l'autore intuisce che la disparità di trattamento fra le cose proprie e quelle affidate può far presumere nel depositario un'intenzione malevola – cioè può configurare un'ipotesi di dolo presunto –, soltanto laddove riguardi una *res aliena* a cui l'affidatario non è direttamente e personalmente interessato. Viceversa la trascuratezza di una *res communis*, sia nel caso di comunione volontaria (la società di D. 17.2.72) che incidentale (la coeredità di D. 10.2.25.16), non fa presumere il dolo, ma suggerisce l'esistenza di una mera *culpa levis*, perché '*non ita de facili praesumitur dolus in rebus communibus ex negligentia cum ad eum pertineat commodum et incommodum, sicut in rebus alienis*'<sup>71</sup>. Si può dun-

---

*dari certa doctrina interdum super hoc, nisi ex rerum, et circumstantiarum, et personarum qualitate iudicium prudentiale et arbitrarium desumatur*'. Cfr. anche Lucii Ferraris *Prompta Bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica nec non asectica, polemica, rubricistica, historica*, III, Romae, MDCCLXXXV, *sv. Depositum, Depositarius*, p. 53, che rivede in senso equitativo la soluzione tradizionale, da una parte riconoscendo al depositario che, in un caso fortuito, abbia sacrificato la propria cosa per la salvezza di quella affidata *pretiosior*, il diritto ad una *compensatio damni*, dall'altra consentendogli nella stessa circostanza di prendere la decisione opposta se teme di non ricevere tale *compensatio* per lo stato di insolvenza in cui versa il deponente. Inoltre, nel caso di beni di eguale valore, l'autore riconosce al depositario il diritto di preferire la propria cosa a quella affidata se, in un caso fortuito, non possa salvarle entrambe; la *ratio* di ciò è che '*quia quisque magis seipsum dirigere debet quam proximum, adeoque depositarius potest potius res suas, quam alienas salvare, cum utraeque sunt aequalis valoris, eo vel maxime, quod depositum fit in gratiam solius deponentis*'.

<sup>71</sup>) BARTOLUS, *op. cit.*, *Quod nerva*, p. 101 v. Analogo ragionamento in BARTOLUS, *Super Secunda ff. Veteris Expolita Commentaria, tit. Pro socio, l. socius socio*, rist. in *Commentaria*, II (cur. G. Polara), cit., p. 109 v., e, ad esempio, in BARTHOLOMEUS DE SALICETO, *Super Digesto veteri, Lugduni*, MDLX, *quod nerva* 8, p. 98, PHILIPPUS DECIUS, *De regulis iuris, Lugduni*, 1545, p. 140, e Huberti Giphani *Antinomiarum Iuris civilis sive disputationum libri quattuor, Francofurti*, MDCV, *Disputatio XXX, De societate et mandato, Obiectiones et resolutiones ad lb. 9*, p. 80. Diversamente, nel commento alla *lex socius socio*, Bartolomeo da Saliceto ri-

que concludere con Bartolo che *'aut loquimur in rebus communibus et tunc non adhibere eam diligentiam quam in suis non est latior culpa, sed levis, aut loquimur in rebus alienis, et tunc est culpa latior ut hic, nisi sit aliqua presumptio ut hic'*<sup>72</sup>.

Tutto questo spiegherebbe, secondo Bartolo, anche l'apparente aberrazione del depositario *'diligentissimus'*, costretto suo malgrado a rispondere di *culpa levisissima* laddove la responsabilità è in linea di principio limitata al dolo: la trascuratezza di chi non è *'ita fidelis alteri sicut sibi'* fa, infatti, presumere di per sé un'intenzione malevola, quale che sia il grado iniziale e normale di diligenza dell'obligato. Né si può dire – con il glossatore Giovanni de Blensco (o Blansco) e, parzialmente, con Petrus de Bellapertica – che al diligentissimo nuoccia in tal caso la propria diligenza, perchè ciò che gli nuoce è, secondo Bartolo, il suo dolo presunto, desumibile direttamente dalla disparità di trattamento fra le cose proprie e le altrui:

Item opponitur, prout hic intellegitur de eo qui est plus diligens quam sint communiter homines diligentes in suis rebus, ergo videtur quod diligentia sua sit sibi damnosa quia si est minus diligens in alienis teneret et sic deterioris condicionis est iste quam minus diligens, supra l. non solum ff. de noxalibus (D. 9.4.13). Huius timore Joan. De Blensco qui primus tractavit hanc materiam multum seriose, in materia quam fecit super titulum de actionibus non tenebat istam opinionem de eo qui erat plus diligens. Alii moderni tenent et est verum, nam eo ipso quod non est ita diligens in alienis sicut in suis fraude non caret. Nec dicitur quod sibi noceat diligentia sua, quia est

---

chiama ancora la soluzione della glossa: *Super Digesto veteri, cit., tit. Pro socio, lex socius socio*, p. 102: *'In societate culpa levis est non adhibere eam diligentiam quam in rebus suis adhibebat tempore contractae societatis b. d. et notabiliter. Et hoc in societate quae procedit ex conventionione, ut hic et insti. eo § si (l.3.25.9). In societate vero non procedente ex conventionione sed incidentia quaedam levis culpa dicitur committi quando non adhibet talem diligentiam qualem adhibet in rebus suis tempore culpae commissae, ut supra fam. heredit. l. heredes § non tantum dolum (D. 10.2.25.16). In aliis autem causis levis culpa dicitur committi quando non fit id quod diligens paterfamilias esset facturus, ut l. si putator supra ad l. aquil. (D. 9.2.31) et hoc no.'*

<sup>72</sup>) BARTOLUS, *op. cit.*, *'Quod nerva'* (p. 101 v).

falsum, immo nocet dolus suus presumptus, quia non est ita fidelis alteri sicut sibi<sup>73</sup>.

Ma è evidente quanto la soluzione sia insoddisfacente sul piano dell'equità, il che, per lungo tempo, alimenterà le critiche: ancora in pieno cinquecento, nel *Tractatus de contractibus et negotiationibus* di Ludovico Lopez<sup>74</sup>, all'obiezione dell'*inconvenientia* di privilegiare il '*depositarius rudis et imperitus*' a quello '*expertus et solers*', il canonista non troverà di meglio che distinguere fra il foro esterno – ove vige la regola del dolo presunto – e quello della coscienza, ove '*praesumptio cessat et veritas constat*':

... dolus imputabitur depositario ad damnum, neque sua diligentia tunc est damnosa, sed dolus praesumptus est, qui tantum in foro exteriori nocebit ei. Non autem in conscientia, ubi praesumptio cessat, et veritas constat, debet id facti nocere illi.

Ma ciò non impedisce al dolo presunto, nell'elaborazione della glossa e di Bartolo, di penetrare profondamente nel circuito della prassi: ancora nel 1594, una decisione del Senato di Savoia riportata nel *Codex Fabrianus*<sup>75</sup> su un caso di furto di *pecuniae* depositate in un *cubiculum* chiuso a chiave, condanna il depositario detentore delle chiavi se, *cubiculo illaeso*, risultino sottratte le sole *pecuniae* del depositante:

Depositarius quidem, qui neque culpam promisit, neque deposito se ultro obtulit, de culpa non tenetur, multoque minus de casu fortuito, sed tantum de dolo. Sed tamen dolum praesumptum esse sufficiet, ut conveniri possit. Finge depositas pecunias in eo loco, cuius claves

---

<sup>73</sup>) BARTOLUS, *op. cit.*, '*Quod nerva*' (p. 101 s.). Giovanni DE BLENOSCO (o BLANASCO) aveva sostenuto questa tesi nel suo *Tractatus de actionibus*, ed. Bergierius, Lugduni, 1596.

<sup>74</sup>) II, cit., p. 242.

<sup>75</sup>) *Codex Fabrianus definitionum forensium, et rerum in sacro Sabaudiae Senatu tractatarum, ad ordinem titulorum Codicis Justiniani, auctore Antonio Fabro, I, Neapoli, MDCCCLXV, lib. IV tit. XXV De deposit., definitio IV, Depositarius non tenetur de culpa, nisi certis casibus, tenetur autem de dolo etiam praesumpto*, p. 329.

---

semper penes depositarium fuerint, et illaeso cubiculo amissas subtractasque res depositas, ac praeterea nihil ex iis rebus, quae ad depositarium ipsum pertinebant. Negari non potest, quin doli praesumptio urgeat contra depositarium, ideoque teneri eum depositi aequum erit. ... Nec depositario proderit, quod probet ex rebus subtractis quasdam in alterius manu et potestate visas esse, nisi probet etiam qua ratione fieri potuerit, ut ad possessorem res illae pervenerint. Cum alioqui necessario praesumendum fit, pervenisse facto et dolo eius qui claves habuit, sine quibus fieri non poterat, ut illaesis ianuis aut fenestris cubiculi, in quo res erant reconditae, quicquam ex iis subtraheretur.



## 5.

### LA «CULPA IN CONCRETO» NEI GIURISTI CULTI

All'eco suscitato fra i commentatori dalla *lectura Bartoli* della '*lex quod Nerva*', corrisponde fra gli umanisti l'eco eguale e contrario della critica, che si appunta soprattutto sulla divisione della *culpa* in sei gradi e sulla configurazione della *culpa latior* come categoria autonoma<sup>76</sup>: il primo fra i culti a riprendere ampiamente il tema, il tedesco Ulrico Zasius<sup>77</sup>, con opinione che diviene ben presto generale, critica Bartolo, '*purioris linguae insuetus*', per aver frainteso l'espressione '*culpa latior*' disconoscendovi un costrutto grammaticale tipico del latino classico che, qui come in altri luoghi giuridici o letterari<sup>78</sup>, usa il *comparativus pro positivo* (cd. comparativo assoluto) per meglio evidenziare il concetto-base, senza peraltro volerne creare una nuova *species*. Come già per la glossa, la *culpa latior* della '*lex quod Nerva*'

---

<sup>76</sup> E' generale l'osservazione che i diversi gradi della *culpa lata* o *levis*, evidenziati con i comparativi *latior* o *levior*, non indichino autonome *species* di *culpa* e che il comparativo '*latior*' riferito alla *culpa* nella '*lex quod Nerva*' sia usato, come in molte espressioni del latino classico, '*pro positivo*'. Questa critica a Bartolo si estende anche ai trattatisti che, sul punto, seguono l'insegnamento dei «*neoterici*», cioè dei culti rappresentanti della nuova metodologia: cfr. T. DECIANI, *Tractatus Criminalis*, I, *Augustae Taurinorum*, MDXCIII, *Liber Primus*, cap. III, *De Dolo*, 14-17, p. 4 verso s. e soprattutto cap. VI, *De culpa*, p. 6 verso ss.

<sup>77</sup> Anche ALCIATO esprime le stesse critiche, ma la sua trattazione è meno ampia e completa: *Alciati Commentarius in tit. De verb. sign.*, l. CCXXIII e l. CCXXVI, in *Opera omnia, Francofurti*, MDCXVII, c. 1098 s. e 1101 ss.

<sup>78</sup> Tutti gli umanisti citano il verso dell'Eneide (1.228) che a proposito di Venere recita: '*tristior et lachrymis oculis suffusa nitentes*' («afflitta e soffusa gli occhi splendenti di lacrime»).

non è categoria autonoma, ma una mera forma di *culpa lata* che, per le sue modalità, fa presumere nel depositario un'intenzione dolosa:

1. Magis et minus diversas species non constituere ... 3. Quibus consequens est culpam, sive eam latiore sive latissimam, et item leviolem aut levissimam nomines, ea tamen graduum intentione species non diversificari ... 7. Recte igitur Accursius in d.l. quod Nerva sub culpa latiore, latam intellexit, licet Bartolus putet ea expositione textum violari, quo tamen nihil est falsius. 8. Siquidem I.C. ibidem ornato schemate comparativum in positivo abutitur ... Sed ad hanc loquendi ductum Bartolus purioris linguae insuetus, cum non adverteret, labi facile poterat. Quae cum ita sint, et graduum augmenta specificam differentiam non constituent, rectius mihi culpa in duas dumtaxat species dividi oportere videtur, ut fit lata et levis<sup>79</sup>.

Ma il ritorno ad Accursio propugnato dagli umanisti non poteva che riproporre le difficoltà interpretative irrisolte dalla glossa, che Bartolo aveva tentato di superare isolando la *culpa latior* dalla *culpa lata* e inglobandola nel dolo: definire l'omissione di *diligentia quam suis* come una forma di *culpa lata* contrasta, infatti, con la lettera della '*lex quod Nerva*' che, sia nell'esordio ('*latiorem culpam dolum esse*') che nella conclusione ('*fraude non caret* ...), parla espressamente di dolo. Il problema di fondo, che coinvolge l'intera sistematica della responsabilità contrattuale, è quello della corretta configurazione dogmatica della figura nel quadro dei criteri di imputabilità: stando alla lettera del testo, essa costituisce una forma di *culpa lata* che viene colpita come dolo, ma ciò evidentemente crea una singolare e incerta commistione fra due concetti che sono per loro natura separati e distinti.

A questo problema i glossatori avevano risposto elaborando un concetto bifido di *culpa lata* di cui il depositario sarebbe stato contemporaneamente imputabile: da una parte il '*minorem quam suis*

---

<sup>79</sup>) Udalrici Zasii *Singularium Responsorum liber I*, in *Opera omnia*, V, Lugduni, MDL, rist. anast. Aalen, 1964, *caput II. Culpam non dividi per speciem, ut habet communis Doctorum opinio*, c. 33 s.

*rebus diligentiam prestare*’ della ‘*lex quod Nerva*’, dall’altra il ‘*non intelligere quod omnes intellegunt*’ della ‘*lex latae*’ (D. 50.16.223.pr.) esteso al deposito per applicazione di D. 24.3.24.5 in tema di dote (cfr. § 3). Di tale duplice responsabilità per *culpa lata* Accursio, forzando la lettera del testo, aveva anche trovato un riferimento letterale nel fr. 32 (nell’inciso ‘*nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est*’) ma, così facendo, aveva finito per aggravare indebitamente la responsabilità del depositario richiedendogli addirittura, contro il principio dell’*utilitas contrahentium*, il rispetto dello standard medio di diligenza richiesto dalla *natura hominum* (gl. ‘*nam et si quis*’ a D. 16.3.32 e gl. ‘*contractus*’ a D. 50.17.23: cfr. § 3).

Di questo errore interpretativo tutti gli umanisti si avvedono ed evitano di riproporlo, talvolta anche apertamente criticando, sul punto, la dottrina di Accursio (così ad esempio Antonio Fabro<sup>80</sup>, Pietro Fabro<sup>81</sup> e Jacopo Gotofredo<sup>82</sup>). Quanto, invece, alla precisa-

---

<sup>80</sup>) A. FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, II, Lugduni, MDL, *decad. LXXVI, error II, De lectione et sentent. l. quod Nerva 32 De deposito*, p. 305 ss., e *Rationalia in tertiam partem Pandectarum, IV, De Deposito lib. XVI tit. III, l. 32 Quod Nerva, Aurelianae*, MDCXXVI, p. 425 ss. Secondo l’autore la falsa interpretazione di Accursio dipende dalla lettera del testo che induce in errore se dall’inciso ‘*non ad eum modum quem hominum natura desiderat*’ non viene espunto il ‘*non*’. Senza la negazione il senso del testo sarebbe che il depositario diligentissimo che, *in deposito*, è diligente nella media, *fraude non caret*. Basandosi sulla corrotta lettera del testo, Accursio ‘*motus evidenter falsa ratione*’, avrebbe affermato ‘*quod hic depositarius in culpa lata esse videatur, cum tamen non sit culpa lata, sed levis si quis minorem diligentiam praestet, quam quae a diligenti patre familias praestari solet*’. Sull’opinione di Antonio Fabro cfr. *infra*, nel testo.

<sup>81</sup>) Pietro Fabro critica la soluzione di Accursio ma non emenda il testo: *Petri Fabri Commentarius ex repetita eiusdem auctoris praelectione plurimis in locis auctus et accurate illustratus, Parisiis*, MDLXXXV, ad tit. *De diver. reg. iur. ant.*, ad l. XXIII *Contractus*, p. 115: ‘*Ex quo sequitur, ut si in propriis rebus diligentissimus se praestet, fraude non careat, si ad eum duntaxat modum quem hominum natura desiderat, in deposito est diligens: quandoquidem in eo curam ad modum suum non praestat. Et retro, sicut sit in suis rebus negligentissimus, talem quoque se praestet in deposito, nihilomagis teneatur, quicquid Accursius existimet: nec enim hic subisse ulla fraus videtur. At quia non sua gratia accepit, sed eius a quo accepit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit*’.

<sup>82</sup>) Analoga critica in Jacobi Gotofredi in *titulum Pandectarum De diversis regulis iuris antiquis commentarius, Genevae*, MDCLII, l. XXIII *Contractus*, p. 112 s.:

zione dei contorni dogmatici della figura e dei suoi rapporti con la *culpa lata* e col dolo, manca fra i culti una dottrina unitaria, essendo invece individuabili, pur nelle peculiarità dei singoli autori, tre diverse correnti interpretative: la dottrina maggioritaria, inaugurata da Zasio e riproposta nelle linee essenziali da moltissimi autori (Antonio<sup>83</sup> e Pietro Fabro<sup>84</sup>, Jacopo Gotofredo<sup>85</sup>, Nicola Burgundio<sup>86</sup>, Jacobus Raevardus<sup>87</sup>, Giovanni D’Avezan<sup>88</sup>, Carolus Molinaeus<sup>89</sup>,

dopo avere descritto la *culpa lata* della ‘*lex quod Nerva*’, l’autore passa a descrivere le altre forme di *culpa* (*levis* e *levissima*) e a questo proposito aggiunge la critica alla lettura di Accursio, ma anche all’emendazione di Antonio Fabro: cfr. *infra*, nel testo.

<sup>83</sup>) Sulla tesi di Antonio Fabro cfr. *infra*.

<sup>84</sup>) *Petri Fabri Commentarius*, cit., ad tit. *De diver. reg. iur. ant.*, ad l. XXIII *Contractus*, p. 114 s.

<sup>85</sup>) *In Titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui*, cit., p. 112 s.

<sup>86</sup>) *Nicolai Burgundii Commentarius de periculis et culpis praestandis in contractibus*, Venetiis, MDCLXIV, p. 1 ss.

<sup>87</sup>) *Jacobi Raevardi ad Titulum Pandectarum De diversis regulis iuris antiqui Commentarius*, in *Opera omnia*, I, Neapoli, MDCCLXXIX, p. 91 ss. Interessante l’osservazione che la discussione sul concetto di *dolum depositarii* intervenuta fra Nerva e Proculo e riportata da Celso troverebbe la sua giustificazione nell’interpretazione della formula *depositi in factum*, che menzionava espressamente il dolo (p.94): ‘*Sunt etiam inter latas culpas aliae aliis latiores; et quo sint latiores, eo proximiores dolo sunt; omnis enim lata culpa dolus non est. Nam ex culpis latis quaedam comparari dolo malo dicuntur, ... quaedam dolo malo proximae sunt, ... Et quaedam denique, doli mali nomine continentur, c. 32 depositi. ... Hinc intellegimus quid sibi voluerit Celsus, cum scriberet, inter Nervam et Proculum tractatum fuisse, an latior culpa dolus sit, c. 32 depositi. Quandoquidem enim interdum doli appellatione latam culpam contineri, interdum non contineri liquido satis constabat; illud duntaxat inter Proculum et Nervam videtur agitatatum fuisse, an his verbis: Quod dolo malo eius factum esse dicitur, quae in eo edicto continentur quod de deposito proposuit Praetor, etiam lata culpa comprehendatur. Et cum Nerva latiore culpam dolum esse diceret, id Proculo displicuit, inter dolum et latam culpam in causa depositi (de ea enim sola contenditur) nonnullam esse differentiam statuendam existimanti?*’

<sup>88</sup>) *Joannis D’Avezan Contractuum liber Prior, caput XXVII In deposito praestatur dolus et lata culpa*, in «Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici ex collectione et museo Gerardi Meerman», IV, Hagae-Comitum, MDCCLII, p. 57.

<sup>89</sup>) *Caroli Molinaei Commentarius in Codicem Sacratissimi Imperatoris Iustiniani, in Operum Tomus quartus*, Parisiis, 1658, tit. XXXIV *Depositum vel contra lib. IV*, c. 231 ss.

Bartolomeo Cesio<sup>90</sup>, Wesembecius<sup>91</sup>, Vinnio<sup>92</sup>, Zoesius<sup>93</sup> etc.) individua due tipi di *culpa lata* – quello della ‘*lex quod Nerva*’ e quello della ‘*lex latae*’ – ma equipara al dolo soltanto il primo (cd. dolo presunto), escludendo che la grave e inescusabile negligenza della ‘*lex latae*’ possa mai avere alcunchè di comune con la malevola intenzione insita nel dolo. Ciò troverebbe conferma in D. 50.16.226 – testo finora poco richiamato nelle discussioni dottrinali in tema di *culpa* – ove il giurista Paolo, nel I libro dei *manualia*, distingueva fra due casi diversi di colpa grave, uno denominato *magna negligentia* e identificato con la *culpa*, l’altro denominato *magna culpa* e identificato col dolo (‘*Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*’): l’alternativa troverebbe, infatti, riscontro nella *culpa lata* della ‘*lex latae*’ e in quella della ‘*lex quod Nerva*’<sup>94</sup>.

Fra i maggiori e più originali rappresentanti di questa corrente interpretativa si conta in primo luogo Ulrico Zasius che, per distinguere la *culpa lata* della ‘*lex quod Nerva*’ da quella della ‘*lex latae*’, parla

---

<sup>90</sup>) *Interpretationes Iuris Bartholomei Chesii, cap. XLV, ad § pen. Inst. tit. De locat. et cond. Culpa alia lata, alia levis, at aliqua sit levissima, Florentiae, 1650, p. 411.*

<sup>91</sup>) *Matthaei Wesembecii in Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros Commentarii olim Paratitula dicti, Patavij, 1658, Depositi vel contra, 14, p. 476.*

<sup>92</sup>) *Arnoldi Vinnii in quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius, I, Venetiis, MDCCXXX, lib. III tit. XV Quibus modis re contrahitur obligatio, de comodato, 7, p. 652.*

<sup>93</sup>) *Henrici Jacobi Zoesii Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L, Venetiis, 1757, in lib. XVI Digest., tit. III depositi vel contra, 16-18, p. 430.*

<sup>94</sup>) Chiare sul punto sono, ad esempio, le parole di Antonio FABRO, *Rationalia*, cit., p. 426: ‘*Quid, obsecro, medium esse potest inter latam culpam et dolum? Debuerunt ergo potius interpretes distinguere latam culpam, quae ex nimis crassa et supina illa ignorantia nascitur, ab illa quae ex nimia negligentia, de qua in l. nimia negligentia 226 de verb. sign., ubi dicitur magnam negligentiam culpam esse, magnam vero culpam dolum esse, ut intellegamus magnam culpam, quae negligentiam maximam pro causa habet, dolo proximam esse, eodemque fere in omnibus iure censi, quo si verus dolus esset, quo sensu accipi etiam debet quod Nerva dicebat, latiore culpam dolum esse, non quasi si vero, aut dolus verus, aut praesumptus, sed effectum magis inspecto quam mera rei veritate, et haec decidendi ratio fit*’. Viceversa la *culpa lata* di D. 50.16.223.pr. non avrebbe nulla a che fare col dolo: ‘*Atqui nihil est quod tam distet a dolo quam crassa illa et supina ignorantia, quae nec doli capax esse videtur*’ (*Rationalia*, cit., p. 425).

rispettivamente di ‘*culpa versutiae*’ ed ‘*ignaviae*’, ma questa qualificazione, non attestata dalle fonti, non trova in genere il consenso dei successori<sup>95</sup>:

10. Igitur latam culpam in duo genera distinguimus. 11. Est enim quaedam ignaviae culpa, quaedam versutiae. Culpa ignaviae est quae supinum neglegentiam refert, vel vitio naturae parum perspicacis, vel ex prava educatione contracta. ... 13. Alia autem versutiae culpa eorum est qui ex versuto et malo proposito, animoque perfido et exulcerato, alienas vel res, vel negotia, affectata quadam improvidentia, maligne vel negligunt, vel dissimulant, cum in rebus suis sint praevidi et diligentes: et qui versutiam sub neglectiois vitium ita subvolvunt, ut manifesti quidam doli crimen, colore et velamine neglegentiae a sese amoveant, doli tamen machinatione non careant. ... 26. Lata culpa quae ignaviae est, dolo numquam aequiparatur, ... De hac culpa loquitur d.l. latae ff. de verb. sig. ... 31. Lata culpa dolo proxima, quae dicitur versutiae, ubique dolo comparatur, paribusque iuris decisionibus utraque obsolvunt. ... Licet ergo culpa versutiae velamento contengatur neglegentiae, pari tamen iure cum iusto dolo censebitur. Nam quid interest, an manifesto dolo machineris, an sub culpae obliquo ad dolum tendas? ... 32. ... deinde haec lata culpa dolo adeo est cognata, eique hactenus cohaeret, ut saepenumero I.C. eam culpam dolum nominet, ut in d.l. quod nerva et fa. l. magna ff. de verb. sig. cum similib. Quod tamen non intelligas, ut in lata culpa vere sit dolus: hoc enim esse non potest, cum dolus iustam et manifestam

---

<sup>95</sup>) La bipartizione di Zasio si ritrova in Ioachimus MYNSINGERIUS, *Apothelesma id est Corpus Perfectum Scholiarum ad Institutiones Iustinianas pertinentium, Lugduni*, MDCXXXIV, p. 126-128, in Jacobus SPIEGEL, *Lexicon iuris civilis, Lugduni*, MDXLVIII, sv. ‘*culpa lata*’, e in Joannis Brunemanni *Commentarius in Pandectarum Libros quinquaginta*, II, Neapoli, MDCCLXXX, tit. III *depositi vel contra*, ad l. *quod Nerva*. 32.1, p. 809. La bipartizione viene anche recepita da Joannis VOET, *Commentarius ad Pandectas, lib. XVI tit. III Depositum vel contra*, I, Neapoli, MDCC, p. 666 n. 7. Ma in generale le qualificazioni di ‘*culpa ignaviae*’ e ‘*versutiae*’ non vengono altrimenti riproposte. Critiche alla bipartizione di Zasio, ad esempio, in Joannis Corasii *Miscellaneorum Iuris Civilis Liber Quartus, caput I In expositione culpae et graduum eius*, 7, in *Operum Ioannis Corasii Tomus Posterior, Witebergae*, s.d., p. 673, e in Joannis Cavini *Lexicon Iuridicum Iuris Caesarei et Canonici, Coloniae Allobrogum*, MDCXL, sv. ‘*culpa*’, p. 247 ss.

imposturam inferat, at lata culpa sub velamento negligentiae fraudem subvolvat ...<sup>96</sup>

Egualemente poco seguita è la proposta di Antonio Fabro di emendare il 'non' dall'inciso '*nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat*' nell'intento di illuminare la reale portata del pensiero di Celso<sup>97</sup>: per Favre l'attuale redazione aveva condotto Accursio all'equivoco di imputare di *culpa lata* ogni depositario meno diligente della media salvo che avesse rispettato la *diligentia quam suis*; la nuova lettura dimostrerebbe, invece, che l'intento di Celso era quello di spiegare che anche un depositario mediamente diligente ('*nam et si quis ad eum modum quem hominum natura desiderat*') sarebbe stato imputato di *culpa lata* se non avesse rispettato la *diligentia quam suis*, cioè in sostanza che l'omissione di *diligentia quam suis* era colpita come *culpa lata* sulla sola base della disparità di trattamento fra cose proprie ed altrui indipendentemente dal grado iniziale e normale di diligenza dell'obbligato:

Dicemus hic ea tantum quae ad contextum legis brevius enarrandum pertinent, ac primum in versiculo illo qui statim sequitur, *Nam et si quis non ad eum modum*, tollendam esse negationem, quam Aloander iam ante nos feliciter sustulit. Sensus enim loci huius procul dubio ille est, si depositarius ad eum quidem modum, quem natura hominum desiderat diligens sit in re deposita custodienda, id est, eam diligentiam praestet, quam alius quilibet non diligentissimus paterfamilias, sed mediocriter diligens praestaret (natura siquidem in omnibus

---

<sup>96</sup>) ZASIUS, *Singularium responsorum liber I*, in *Opera omnia*, V, Lugduni, MDL, rist. anast. Aalen, 1964, *caput II Culpam non dividi per speciem, ut habet communis Doctorum opinio*, c. 34 ss. Analogo ragionamento in ZASIUS, *Super Infortiatio*, in *Opera omnia*, II, Lugduni, MDL, rist. anast. Aalen, 1964, *tit. Solutio matrimonio, l. Si mora*, 1-6, p. 62.

<sup>97</sup>) La stessa emendazione è proposta da Jacobus CURTIUS, *ΕΙΚΑΣΤΩΝ (id est Conjecturalium) Iuris Civilis Libri VI*, II, *caput XXVIII De lata et levi culpa; et correctae l. Quod Nerva 32 Depos.*, in «Thesaurus Iuris Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, cum praefatione Everardus Ottonis», V, *Trajecti ad Rhenum*, MDCCXXXV, c. 166-172.

fere mediocritate contenta est), maiorem autem diligentiam in suis rebus adhibere solet fraude illum non carere. Nec enim salva fide posse quam minore alienis rebus quam suis diligentiam praestare. ... Mirum vero non est, Accursium, caeterosque interpretes corrupta huius textus lectione deceptos iurisconsulti sententiam assequi non potuisse. Sic enim Accursius intellegit, ut si forte depositarius non sit ita diligens in re deposita custodienda, ut caeteri homines communiter esse solent, fraude non careat, nisi ad suum modum, quem scilicet tenet in rebus suis curam in deposito praestet, quod certe a Celsi sententia alienum est<sup>98</sup>.

Ma l'emendazione viene in genere considerata superflua: ad esempio, Jacopo Gotofredo si associa ad Antonio Fabro nella critica ad Accursio, ma rigetta l'emendazione del 'non' perché il '*sensus apertissimus*' del testo è che '*etsi in deposito non veniat ea diligentia, quam hominum natura desiderat, attamen ad suum modum depositarium diligentem esse oportere*'?

Sequuntur nunc duo alii diligentiae gradus, qui utrique indicantur per *modum quem hominum natura desiderat*: quaeque opposita latae culpa, in d.l. quod Nerva ff. depositi. Crassus enim Accursii error est et sequacium, qui haec verba accipiunt de lata culpa, quam depositarius praestat contra apertam Iurisconsulti mentem: nam ibi differenter opponitur in deposito diligentia in rebus suis (de qua mox) diligentiae ad eum modum quem natura hominum desiderat. Sicut et nimia eorum licentia est, qui in illis verbis, *si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit*, negativam non expungunt. Nam immo ea retinenda est: apertissimus enim illius loci sensus hic est, etsi in deposito non veniat ea diligentia, quam hominum natura desiderat, attamen ad suum modum depositarium diligentem esse oportere<sup>99</sup>.

La seconda corrente interpretativa, che fa capo soprattutto a Conan, Corasius e Donello<sup>100</sup>, equipara più tradizionalmente al dolo

---

<sup>98</sup>) *Rationalia*, cit., p. 426; analogo ragionamento nel *De erroribus pragmaticorum*, cit., p. 305 ss.

<sup>99</sup>) *Iacobi Gotofredi in Titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui commentarius*, cit., l. *contractus* 23, p. 112 s.

<sup>100</sup>) Cfr. *infra* la citazione delle opere. Analogo mi pare il ragionamento di



entrambi i tipi di *culpa lata* (quello della ‘*lex latae*’ e quello della ‘*lex quod Nerva*’) e li ritiene entrambi fonte di responsabilità per il depositario. L'immediato riferimento testuale è a C.I. 4.34.1, passo poco richiamato dai cultori del precedente indirizzo, che, in un caso di rapina di *ornamenta deposita* nella quale anche il depositario ha trovato la morte, esclude l'imputabilità all'*heres depositarii* del *detrimentum* conseguente al perimento fortuito delle cose, sulla base della regola che, *in deposito*, la responsabilità è limitata al dolo e alla *culpa lata*<sup>101</sup>:

Imp. Alexander A. Mestrio militi: Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, prestare debuit, non pertinet. Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit. PP. IIII id. Iul. Maximo II et Urbano cons. [a. 234]

Il testo è significativo perché l'estensione della responsabilità del depositario alla *culpa lata* vi è affermata con chiarezza, indipendentemente dai dubbi interpretativi suscitati dall'espressione *culpa latior* della ‘*lex quod Nerva*’: lo rileva, ad esempio, il Corasius<sup>102</sup>, che cita il passo in risposta al commentatore Giovanni Igneo il quale aveva invece sostenuto che ‘*latam ... culpam non praestat depositarius*’:

---

G. PROUSTEAU, *Recitationes ad legem XXIII Contractus Dig. De reg. iur.*, in «Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici ex collectione et museo G. Meerman», III, *Hagae-Comitum*, 1752, p. 501, di Ludovicus CHARONDA, ΠΕΙΘΑΝΩΝ seu *Verissimum Libri Tres, caput IX ad l. quod Nerva D. depositi*, in «Thesaurus Juris Romani cum praefatione Everardi Ottonis», I<sup>2</sup>, *Trajecti ad Rhenum*, MDCCXXXIII, c.782s., di CALVINUS, *Lexicon Iuridicum*, cit., sv. ‘*culpa*’, e di VOET, *Commentarium ad Pandectas*, cit., *lib. XVI tit. III Depositum vel contra*, VII, p. 732.

<sup>101</sup>) Il passo è riportato anche in *coll.* 10.8, dove il riferimento alla *culpa lata* manca: si tratta evidentemente di un'interpolazione giustiniana.

<sup>102</sup>) *Ioannis Corasii Miscellaneorum Iuris Civilis*, cit., *caput I*, 15, p. 675.

Obiicies, culpam latiore a lata, ob id diversam censer, quod illam certum sit, in depositum venire, quia dolus est, *d.l. quod Nerva*. Latam autem culpam non praestet depositarius: sed de solo dolo teneatur, *l. si ut certo, § nunc videndum, ff. commod.* (D. 13.6.5.4) *l. eum qui, § is autem ff. de furt.* (D. 47.2.14.3), in qua sententia est Ioan. Igneus praeses Rhotomagen. dignissimus et gravissimus author, in *l. contractus. ff. de regul. iur.* (D. 50.17.23)<sup>103</sup>. Quae tamen, bona tanti praesidis venia, vera non videtur, cum et in deposito, praeter dolum, lata culpa veniat, *l. I C. depos.* (C.I. 4.34.1). Nec obstat utique, quod dicat legislator, in deposito solum dolum venire, *l. contractus ff. de reg. iur.* Nam immoderata haec negligentia, quam latam culpam dicimus, tam dissoluta est, et gravis, sicut paulo ante posui, ut ea in fraudis suspicionem veniat, atque ideo a lege comparata, cadat in doli crimen.

Ma l'estensione della responsabilità del depositario all'inescusabile negligenza della 'lex latae' è, secondo questi autori, necessaria anche su un piano di politica del diritto: sarebbe troppo facile altrimenti – spiega bene Connan<sup>104</sup> – nascondere sotto il velo dell'imbecillità un comportamento realmente malizioso:

Latae culpae finis est, non intelligere quod omnes intellegunt, id est eo usque potest hominis ignorantia excusari, ut non dolo peccasse videatur. Ultra illum finem non est veniae locus, ut si quis crystallinum quod susceperat custodiendum, sponte sua in terram proiecerit credens non esse fragile, lapsus est non gravitate aliqua, sed opinione falsa quidam et stulta profecto, certe non improba: et tamen latae culpa reus est, quia ea ignoraverit, quae norunt omnes. Atque haec culpa lata praeterquam in delictis dolo aequiparatur, quod nisi ita constitutum esset, facile quivis malitias suas et fraudes ignorantiae velo obtenderet, et tamquam adumbraret.

La sintesi più compiuta di questo indirizzo si trova nel commento a

---

<sup>103</sup>) Corasius si riferisce all'opera di Giovanni IGNEO dal titolo *Repetitio Legis Contractus ff. de RI, Lugduni*, 1519.

<sup>104</sup>) *Francisci Connani Commentarius Iuris Civilis, de deposito, cap. IV, 7, in Commentariorum Iuris civilis Libri X, Basileae*, MDI.XII, p. 685.

C.I. 4.34.1 di Donello<sup>105</sup>, che distingue fra ‘*lata culpa ex capto hominum communi*’ – la grave negligenza della ‘*lex latae*’ di chi, ad esempio, getta *ex superiore loco* materiali pesanti sopra gli animali depositati –, e *lata culpa ex capto privato* (‘*et soluta diligentia eius de cuius culpa quaeritur*’), l’omissione di *diligentia quam suis* di chi, ad esempio, nell’imminenza di un’incursione nemica, ‘*abstulit res suas et alio transtulit, res autem depositas in villa reliquit*’:

Aestimatur autem lata culpa duabus ex rebus quae definitionem huius culpae continent. Aut enim aestimatur ex capto hominum communi, aut ex capto et soluta diligentia eius de cuius culpa quaeritur. Ex capto hominum communi, culpa lata intellegitur, cum quis peccavit et facto suo damnum dedit, dum non putat eventurum quod omnes homines eventurum intelligunt, pro capto hominum non dementium communi. Hoc est quod dicitur in *L. latae, de verb. sign.* ... Hac de causa tenebitur depositarius ob latam culpam huiusmodi, si proponas eum non cernentem dejecisse tegulas vel trabem ex superiore loco aedium, in eum locum ubi animalia deposita continebantur. ... Ex capto privato et soluta diligentia eius, de cuius culpa quaeritur, lata culpa esse intellegitur, si quis diligentior quam caeteri in rebus suis custodiendis, non adhibeat in re deposita eandem diligentiam quam in suis praestat, *L. quod Nerva, depos. L. mulier, § sed enim, ad Trebell.* (D. 36.1.23.3). Exempli causa: cum nuntiaretur hostes esse in vicinia, aliquis qui res depositas in villa habebat ... propter metum ejus pericoli abstulit res suas et alio transtulit, res autem depositas in villa reliquit, cum haberet satis spatii ad eas quoque transferendas, dicemus eum lata culpa peccasse, et ita damnum praestitutum: quia non, pro suo capto, diligens fuerit in rebus alienis, *d. L. quod Nerva D. hoc. tit.*

---

<sup>105</sup>) Hugonis Donelli *Commentariorum in Codicem Justiniani*, II, ad tit. XXXIV lib. IV C. Dep. vel contra, ad l. Si incursu I, 13 ss., in *Opera Omnia, Florentiae, MDCCCXLVI*, 1846, c. 492 ss. Sulla gradazione della *culpa* (da cui Donello elimina la categoria della *culpa levisissima* identificata con la *levis*) si veda anche Hugonis Donelli *Commentariorum in Codicem Justiniani*, II, cit., ad tit. XXXV lib. IV C. Man. vel contra, ad l. Procuratorem 11 (C.I. 4.35.11), 14 ss., c. 637 ss., e soprattutto Hugonis Donelli *Commentariorum de Iure Civili, lib. XVI cap. VII De culpa: quid sit, et quotuplex: tum quibus in contractibus praestanda sit, et quatenus*, in *Opera Omnia*, cit., IV, c. 689 ss.

---

Entrambe le forme di *culpa lata* sono, per Donello, imputabili al depositario ma l'equiparazione al dolo non è da intendere sul piano sostanziale, ma su quello dell'*interpretatio iuris* e degli effetti:

... revera lata culpa dolus non est. Distinguuntur enim haec definitionibus, id est re ipsa et substantia sua. Quod autem dicitur lata culpa dolus esse, ideo dicitur, quia interpretatione juris et effectu, lata culpa dolus est; quoniam jure pro dolo habetur, jure effectum doli patitur. Et quod dicitur in L. quod Nerva, D. hoc. tit. eum qui lata culpa peccat, dolo non carere, sic accipiendum est, non ut certitudine definitionis et re ita se res habeat, sed quia ita se habeat violenta praesumptione, quae iure pro explorata habetur; et jus ita est, ut sempre lata culpa pro dolo habetur<sup>106</sup>.

La terza corrente di pensiero risale ad un'originale intuizione di Francesco Duareno, che si distacca talmente dalla comune linea interpretativa da rimanere, salvo poche eccezioni<sup>107</sup>, ignorata<sup>108</sup>: nel

---

<sup>106</sup>) *Ad tit. XXXIV lib. IV cit.*, 17-18, c. 494 s.

<sup>107</sup>) Viene ripresa, ad esempio, da Gregorius LOPEZ, in *Animadversionum Juris Civilis Liber Singularis, caput XVII De culpa, quae dolo aequiparatur, et aliis culpae speciebibus, ad l. quod Nerva 32 D. Depositi*, in «Thesaurus Iuris Romani cum praefatione Everardi Ottonis», III, *Trajecti ad Rhenum*, MDCCXXXIII, c. 467 ss., e, fra i «culti» d'Olanda, da Gerardo NOODT, *Commentarius ad Digesta seu Pandectas, lib. XVI tit. III Depositi vel contra*, in *Gerardi Noodt Operum Omnium Tomus II, Coloniae Agrippinae*, MDCCLXIII, p. 292-293.

<sup>108</sup>) *Francisci Duareni Opera Omnia, Volumen Primum quo in Digestorum Priores Quatuor Partes et in Justinianei Codicis Titulos aliquot Commentarii continentur, in tit. Solutio matrimonii, dos etc., caput IX Si mora*, commento alle parole *non etiam culpa, Lucae*, MDCCLXV, p. 507. Maggiore influenza ha, invece, l'osservazione che il concetto di colpa non può essere oggetto di una gradazione troppo rigida, vivendo del caso concreto e del libero apprezzamento del giudice: «*Hi autem gradus culpa docendi causa sic a nobis distinguuntur, cum tamen certissimum sit, nulla certa juris definitione eos comprehendi posse, sed iudicis arbitrio relinquendos esse potius, qui pro re nata gravitatem et magnitudinem culpa ex circumstantiis aestimabit*» (p. 507). L'osservazione si trova anche, ad esempio, nel commentario *de periculis et culpis* di Nicola BURGUNDIO (*Commentarius de periculis et culpis praestandis in contractibus*, cit., caput I, 7, p. 2).

---

commento alla *lex* ‘*si mora*’ del titolo ‘*solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*’ (D. 24.3.9), Duareno adotta una definizione unitaria di *culpa lata* che richiama sia la ‘*lex latae*’ che la ‘*lex quod Nerva*’, e che è ravvisabile, ad esempio, in chi abbia abbandonato di notte un bene sulla pubblica via e poi si stupisca di averlo perduto:

Culpa lata dicitur ... cum quis non ad eum modum, quem communis hominum natura desiderat, diligens est, d. l. Quod Nerva, et in eo peccat, atque errat, quod omnes homines vulgo intellegunt, l. Latae De verb. signific. ut si quis rem ideo amiserit, quod nocturno tempore eam dimiserit in via publica, et causetur, se non putasse quenquam ablatum esse<sup>109</sup>.

Questo comportamento non è doloso nel senso proprio del termine (secondo la *definitio* canonica di D. 4.3.1), ma è tanto dissoluto e intollerabile da essere meritatamente trattato come tale, perché ‘*a natura communi hominum abhorret*’ e suscita, così, un fondato sospetto di frode:

Haec enim culpa, licet machinatio non sit, fraudandi, decipiendique alterius causa adhibita, ideoque a dolo distingui solet, l. I de dolo malo (D. 4.3.1), tamen adeo dissoluta, ac intolerabilis est, ut merito comparetur dolo malo, et aequae ac dolus malus, praestetur. Et quia a natura communi hominum abhorret, vis creditur fraude, et malo animo carere, qui hujus culpa arguitur<sup>110</sup>.

Ma la presunzione di dolo si elide se, in base alla ‘*lex quod Nerva*’, l’obbligato si dimostra *in suis* egualmente negligente:

Sed si appareat ex conjecturis, dolum malum abesse, ut, exempli gratia, si forte nihilo diligentior esse solet in suis rebus, etc. quamlibet lata negligentia pro dolo non habebitur. D. l. Quod Nerva<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup>) DUARENUS, *op. ult. cit.*, p. 506.

<sup>110</sup>) *Loc. ult. cit.*

<sup>111</sup>) *Op. ult. cit.*, p. 506-507. Cfr. anche, dello stesso autore, sulle *species* della *culpa*, *ivi, in tit. De in litem iurando*, XXXIII s., p. 390 ss.

Se la dottrina maggioritaria individuava nell'omissione di *diligentia quam suis* un caso autonomo di *culpa lata*, Duareno, al contrario, individua nella *diligentia quam suis* una scusante giudiziale al comportamento gravemente negligente del depositario, applicabile nel caso che *in suis* egli sia stato egualmente negligente. Con un solo tocco da maestro la secolare dottrina del dolo presunto fondata sulla '*lex quod Nerva*' viene istantaneamente dissolta. Molto tempo dopo il ragionamento ricompare in ambiente olandese, nel commento alla '*lex quod Nerva*' di Gerardo Noodt<sup>112</sup>:

Venio ad Nervam. Is non minus vere dixit, culpam latam esse dolum: aestimata videlicet culpa lata non vi et potestate naturali, sed iuris praesumptione. Vix enim potest lata culpa, id est, supina et crassa ignorantia, qualis est, nescire quod omnes homines sciunt, videri sincera? Magis debet credi quaesita et affectata dissimulandi sceleris et doli gratia, natura passim homines non faciente stultos, sed quales eos esse oportet. Hoc igitur sensu Celsus verissimam esse praedicat Nervae sententiam: quae alioquin Proculo ad veritatem exacta, non male displicebat. Sed vere Celsus, animadverso, homines a natura non nasci stultos, sed rebus aptos, alios plus, alios minus: existimavit, culpam latam depositarii, futuram deponenti noxiam, in actione depositi non pro errore, sed pro dolo, habendam esse: donec iudici liqueat, esse peccatum simplicitate vera et naturali, tum enim praesumptionem veritati manifestae et clarae cedere oportere. Id contingere ait Celsus, si depositarius dicatur pari simplicitate stultitiaque in re sua, inque re deposita, esse versatus.

Ma la forza della tradizione prevale ed è proprio con la scuola culta che incomincia a diffondersi la contrapposizione tra *culpa in concreto*

---

<sup>112</sup>) *Commentarius ad Digesta seu Pandectas, lib. XVI tit. III Depositi vel contra*, cit., p. 292-293. Cfr. anche le osservazioni di G. NOODT sulla *culpa* in *Probabilium Juris Civilis Liber Primus, caput IV, In actione pigneraticia plerumque praestari culpam levem, in commodato etiam levissimam*, in *Opera omnia*, I, Coloniae Agrippinae, MDCCLXIII, p. 12 s.

e *culpa in abstracto*<sup>113</sup>, che tanta fortuna avrà nella dottrina civilistica fino ai nostri giorni.

L'altro *difficilis nodus*<sup>114</sup> della materia era tradizionalmente quello del contrasto fra le concezioni di *diligentia quam suis* emergenti da D. 16.3.32 – con funzione ed effetto aggravanti della responsabilità del depositario – e da D. 17.2.72/D. 10.2.25.16, con funzione ed effetto attenuanti della responsabilità del socio e del comunista.

A questo problema Bartolo aveva già fornito una soluzione soddisfacente, che teneva conto della differenza obbiettiva esistente fra la custodia di una *res aliena* – nella quale l'omissione di *diligentia quam suis* poteva ben suggerire una presunzione di dolo nel depositario –, e l'amministrazione di *res communes*, ove tale presunzione si scontrava con l'interesse personale del socio e del comunista al buon esito delle operazioni: ad essa una prima corrente interpretativa (Cujacio, D'Avezan, Noodt)<sup>115</sup> si adegua perché, come bene spiega Cujacio, per chi è *pro parte dominus rei*, l'omissione di *diligentia quam suis* è più da intendere come un *re sua abuti* che come un *fraudem facere*<sup>116</sup>:

---

<sup>113</sup>) Cfr. *Iacobi Gothofredi In titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiquis*, cit., p. 114, *Arnoldi Vinnii in quattuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, I, cit., lib. III tit. XXVI de societate, I, p. 170, e PROUSTEAU, *Recitationes ad legem XXIII Contractus Dig. De reg. iur.*, cit., p. 501 e 530. Usa l'espressione '*culpa in abstracto*' anche Giovanni CORASUS, in *Miscellaneorum Iuris Civilis*, cit., caput I, 5, p. 673. Da qui in poi l'espressione diventa comune: così nella letteratura dell'*usus modernus Pandectarum*, ad esempio, *Joannis Brunemannii Commentarius in Pandectarum Libros quinquaginta*, II, Neapoli, MDCCLXXX, lib. XVI tit. III depositi vel contra, ad l. quod Nerva 32, 1, p. 809, e lib. XVII tit. II pro socio, ad l. socius socio 72, p. 840, I.G. HEINECCIUS, *Elementa Iuris Civilis secundum ordinem Institutionum*, in *Operum ad Universam Iuris Prudentiam Tomus I*, Neapoli, MDCCLVIII, lib. II tit. XXVI, § DCCCCXXXVII, p. 214, e Henricus DE COCCEIUS, *Tractatus de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio*, in *Exercitationum Curiosarum Palatarum, Trajectinarum et Viadrinarum Volumen Primum, Lemgoviae*, 1722, specie p. 61 ss., e poi sempre nella letteratura successiva.

<sup>114</sup>) Così lo definisce PROUSTEAU, *Recitationes*, cit., p. 529.

<sup>115</sup>) La stessa tesi è riproposta da J. D'AVEZAN, *Contractuum liber prior*, cit., p. 57, e da NOODT, *Comm. ad lib. XVII tit. Pro socio*, p. 302 s.

<sup>116</sup>) Tradizionalista in questa soluzione, il Cujacio è d'altro canto innovativo nella sua proposta esegetica del fr. 32, che affronta per la prima volta in

Depositarius autem dolum dumtaxat et eam culpam praestat, quae doli facies habet, id est, latam culpam, l. 1 C. depos. (C.I. 4.34.1) L. quod Nerva ff. eod. Minus esse attentum in depositis, quam in suis rebus, in depositario lata culpa est, quia non potest non dolo malo facere is, qui res suas bene et gnaviter gerit, depositas autem male et ignaviter. In socio autem, vel eo, qui sine societate cum alio rem communem habet, minus esse attentum in communibus, quam in propriis rebus lata culpa non est, non potest enim quis sine fraude rem communem negligere, quoniam pro parte rei dominus est, quin etiam maius re sua abuti intellegitur, quam fraudem facere<sup>117</sup>. ...

Ma tale soluzione è tutt'altro che incontrastata e si moltiplicano, fra gli umanisti, i tentativi di scioglimento dell'enigma<sup>118</sup>: a Donello si deve, in particolare, un'intuizione che farà scuola, che isola, sotto il

---

chiave palinogenetica. Cfr. *Jacobi Cujacii Paratitla in Libros L. Digestorum sine Pandectarum, Ad librum XVI Depositi vel contra tit. III, l. 32*, in *Opera*, III, Prati, MDCCCXXXVII, c. 434: l'autore rileva che il fr. 32 di Celso '*proprie pertinet ad edictum de magistratibus conveniendis*' (cioè al *tit. De tutelis § 127 De magistratibus conveniendis*) ed è da collegare a D. 22.3.11 e D. 27.8.7, tratti anch'essi dall'XI libro dei *digesta* di Celso. In quest'ultimo frammento, a proposito della '*cautio rem pupilli salvam fore*', Celso precisava che i magistrati che, nominando il tutore, '*dolo fecerunt ... ut minus pupillo caveretur*', sarebbero stati tenuti verso il pupillo in *solidum*, quelli invece che l'avessero fatto per colpa, sarebbero stati tenuti '*pro virili portione*'. Cujacio ipotizzava che, nel contesto, Celso si fosse domandato se la stessa obbligazione solidale prevista per il caso di dolo potesse sorgere a carico dei magistrati anche nel caso di *culpa lata* ed avesse a questo fine richiamato la disciplina del deposito (ove dolo e *culpa lata* sono equiparati) per dare risposta affermativa: '*...quaesitum fuit, an si id admiserint lata culpa, singuli in solidum teneantur? Et ait teneri: nam et in deposito venit lata culpa. Itaque et in hoc negotio veniet. Sed Celsus occasione data ad tit. de magistr. conven. de eo tractavit ...*'. Analoga trattazione in *Commentarius Jacobi Cujacii in tit. III De probation. et praes. lib. XXII Digest., ad l. XI*, in *Opera*, VII, Prati, MDCCCXXXIX, c. 1394 s. La stessa prospettiva palinogenetica compare in *Iacobi Gotofredi In titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiquis*, cit., p. 111.

<sup>117</sup> *Jacobi Cujacii Notae et Scholia, caput XIV Quibus modis re contrahitur obligatio*, in *Opera*, II, Prati, MDCCCXXXVI, c. 1091-1092.

<sup>118</sup> Un riassunto delle ipotesi avanzate in Guillelmus PROUSTEAU, *Recitationes ad legem XXIII Contractus Dig. De reg. jur.*, cit., p. 529 s.



profilo della responsabilità, il deposito dagli altri contratti, per la particolare delicatezza dell'*officium* della custodia affidato al depositario e per la fiducia piena e totale che il deponente ripone in lui. Laddove si guardi all' '*officium quo se obstrinxit depositarius ad rem bona fide servandam*', l'omissione di *diligentia quam suis*, che di per sé non configura necessariamente un comportamento riprovevole, assume il connotato della riprovevolezza e della frode perché il depositario, non prestando la stessa cura destinata alle proprie cose, dimostra di aver disatteso *contra bonam fidem* l'impegno di custodia assunto con il contratto:

Dicendum est in hoc genere negligentiae, quae admittitur in rebus depositis et fidei accipientis commissis non factum tantum ipsum per se spectari, sed et officium, quo obstringitur, qui accipit. Si factum per se spectetur, non potest dici statim dolo facere eum qui rem negligat; quia non continuo dixeris eum dedita opera et consulto id facere, ut res pereat aut deterior fiat, ut ante ostendi. Sin spectetur officium quo se obstrinxit depositarius ad rem bona fide servandam, hic recte dixerimus eum contra eam fidem facere, eoque hactenus fraude non carere, si cum sciat et possit rem curare, non curet. Cum enim hanc custodiam ex bona fide in se receperit, quae potest illi in negligentia sua esse excusatio, ubi scivit quid facto esset opus ad rem servandam et potuit id facere? Scivisse enim apparet: quia ut providet, ita eadem facit in suis<sup>119</sup>.

Fin qui la soluzione di Donello viene seguita e riproposta<sup>120</sup>: ma

---

<sup>119</sup>) *Hugonis Donelli Commentariorum de Iure Civili*, IV, lib. XVI, cap. VII, cit., IX, c. 701.

<sup>120</sup>) Ricompare, ad esempio, in Jacopo GOTOFREDO (*De diversis regulis iuris*, cit., p. 114 s.), che giustifica la diversa configurazione dell'omissione di '*diligentia quam suis*' nei due gruppi di rapporti colla maggiore riprovevolezza che assume l'infrazione di un obbligo, come quello di custodia, noto a tutti perché insito nella natura stessa del contratto di deposito, da quella degli obblighi meno evidenti che si fondano sugli altri rapporti: '*Res ita concilianda est, imo jam ante conciliavimus: nempe latae omnino culpa adscribi in deposito, si quis non aequam deposito custodiendo, atque rebus suis custodiendis diligentiam impendat, quia diligentia illa custodiaria in deposito omnem praestationis modum continet: et communis hominum intelligentiae est, depositum custodire oportere, quandoquidem hic unus verusque finis est depositi: deposi-*

l'autore procede oltre e, nel tentativo di superare appieno la contraddizione, elabora una teoria complessa che non avrà grande seguito in dottrina anche perché, nel suo sforzo ricostruttivo, finisce col prescindere dalla lettera dei testi<sup>121</sup>. Per Donello la *culpa* va sempre distinta in *culpa in faciendo* (colpa commissiva) e *culpa in omittendo*<sup>122</sup> (colpa omissiva o *negligentia*)<sup>123</sup>, ma tale distinzione rileva so-

---

*tum enim est quod custodiendum datur. ... Contra reliquae praestationes in caeteris contractibus non sunt communis intelligentiae, sed diligentiae et solertiae alicuius: ac nominatim aequa alienis in rebus quam in suis cura: sibi enim naturaliter quis mavult quam alteri?*». Ri-compare anche in Nicola BURGUNDIO (*Commentarius de periculis et culpis*, cit., *caput II Quid praestandum sit in deposito*, 1, 2, 7, p. 4 ss. e *caput IX Quid praestandum sit in societate*, p. 38 ss.) ma con una variante: l'autore si richiama infatti anche alla tesi dei glossatori per cui, nel deposito, la *diligentia quam suis* si intende rispettata quando l'obbligato tratta con la stessa cura, dopo la stipulazione del contratto, le proprie cose e quelle affidate, nella società, invece, quando il socio mantiene, dopo la stipulazione del contratto, la diligenza che prima di essa dimostrava abitualmente *in suis*: (*caput II*, 7, p. 6 s.) *'Diximus depositum fidei eius, apud quem deponitur, totum committendum esse, l. 1 in princ. D. depos. (D. 16.3.1.pr.). Ex quo sequitur, custodiam praestandam esse in hoc contractu, non ad eum modum, quem communis hominum natura desiderat, sed eum modum, quem is, qui depositum accepit, tenet in rebus suis, d.l. quod Nerva D. Depos. ... Non est igitur quaerendum, quam diligens fuerit depositarius tempore contractus, et an postea negligentius custodire coeperit; sed hoc unum spectandum est, utrum tunc, cum res deposita vel amissa est, vel deterior facta, diligentiam eam adhibuerit depositarius, quam adhibeat suis rebus: quia nec is se ulterius videtur obligasse, nec alter ab eo maiorem curam exigisse'*; (*caput IX*, 7, p. 40) *'... socium quidem teneri ad modum suum, sicuti depositarius, sed modum aliter in deposito, aliter in societate aestimandum esse: quippe depositarius modum quem habet tempore contractus, mutare potest. ... At vero socius modum, quem tenuit tempore contractus mutare non potest'*.

<sup>121</sup>) Ma viene ad esempio riproposta da Gregorio ROSIGNOLO, *Novissima Praxis Theologicolegalis in Universas de Societatibus, Simonia, et de Commodato, et Deposito Controversias*, Mediolani, MDCLXXXII, *Contractus VII De societate, Praenotio IV Ex qua culpa teneatur socius erga alios socios*, p. 7.

<sup>122</sup>) Il rilievo dato da Donello a questa distinzione è importante e nuovo, anche se sporadicamente essa era già apparsa in autori precedenti: compariva ad esempio in Giacomo Butrigario, ove era utilizzata per giustificare il rapporto fra la *'lex quod Nerva'* e la *'lex Si constante § Si maritus'* (D. 24.3.24.5): *Iacobi Butrigarii super ff. Veteri*, in *In Primam et Secundam Veteris Digesti partem*, II, Romae, MDCVI, rist. anast. in «*Opera Iuridica Rariora*», XIV (*cur. D. Maffei, E. Cortese, G. Rossi*), Bologna 1978, tit. *Depositum, lex. XXXII quod nerva*, p. 182: *'Conclude ergo, quia aut ex animo aliquid egi hic est dolus, si praeter animum, tunc aut non adhibeo*

prattutto per la *culpa levis*, perché di *culpa lata*, sia omissiva che commissiva, si risponde sempre, mentre fra i rapporti che ‘*levem culpam recipiunt, quidam recipiunt eam tantum quae in faciendo est, non etiam eam quae est in omittendo negligendove, quidam utramque*’<sup>124</sup>. Poi, sulla base di D. 50.17.23, Donello enumera cinque rapporti che prevedono una responsabilità per *culpa levis in faciendo* ma non *in omittendo*, vale a dire la società, la comunione, la tutela, la cura e la dote<sup>125</sup>. Con queste premesse si chiarisce, secondo l’autore, il rapporto fra D. 50.17.23, D. 17.2.72 (= *Iust. inst.* 3.25.9), D. 16.3.32: il precetto generale di D. 50.17.23 imputa al socio una responsabilità per *culpa levis in faciendo*, il che, com’è ovvio, non esclude la sua più grave responsabilità per *culpa lata*, sia *in faciendo* che *in omittendo*. L’omissione di *diligentia quam suis* è, secondo la descrizione di D. 16.3.32, un caso di *culpa lata in omittendo*. E al medesimo caso di *culpa lata in omittendo* fa riferimento D. 17.2.72 (= *Iust. inst.* 3.25.9) quando tratta dell’omissione di *diligentia quam suis* del socio. Non vi dunque contraddizione fra D. 16.3.32 e D. 17.2.72 (= *Iust. inst.* 3.25.9) perché entrambi si riferiscono alla medesima fattispecie:

XXVIII: Societas dicitur culpam recipere in d. l. contractus D. de

---

*illam diligentiam quam in meis, sum in lata culpa et in fraude praesumpta, aut adhibeo illam quam in meis non tamen illam quam diligens, tunc aut adhibeo culpam in omittendo, ut quia omitto id quod faceret diligens, sum in levi culpa in omittendo, et non teneo, aut committo in faciendo, ut quia facio id quod diligens non faceret, tunc licet sit levis culpa, tamen aequiparatur latae in omittendo, et ideo teneo de lata culpa, ut d. l. si constante § si maritus (D. 24.3.24.5)*’.

<sup>123</sup>) Si ha, per Donello, *culpa in faciendo* ‘*ubi quid facies quo damni causam des*’, *in non faciendo* ‘*ubi omissis necessariis ad custodiam et conservationem rebus, res aut pereat aut deterior fiat*’ (Hugonis Donelli *Commentariorum de Iure Civili*, IV, lib. XVI, cap. VII cit., XXVII, c. 723).

<sup>124</sup>) *Loc. ult. cit.*

<sup>125</sup>) ‘*Qui contractus levem culpam recipiant eam tantum, quae in faciendo sit, non quae in negligendo, hi ex universo genere eorum, quos levem culpam recidere diximus, in summa sunt quinque, societas, dos, tutela, cura, rerum communitio*’: Hugonis Donelli *Commentariorum de Iure Civili*, IV, lib. XVI, cap. VII cit., XXVII, c. 723 s. Donello fonda questa affermazione sulla *lex Contractus D. De reg. iur.* (D. 50.17.23).

---

reg. iur. ubi cum culpa distinguatur a dolo, jam saepe monui non aliam intellegi posse quam levem. Et tamen in § ult. Inst. De societ. diserte scriptum est, socium non maiorem diligentiam adhibere debere rebus communibus, quam suis rebus solet: hac autem non adhibita, hujus negligētia, id est culpa quae in non faciendo sit, nomine ita eum teneri, ut non maiorem praestet. Atqui non eandem diligentiam adhibere alienis rebus fidei tuae commissis culpa est lata, non levis. *L. quod Nerva. D. Depos.* Ita quem prius dicebamus praestare debere socio culpam levem, eum nunc non nisi culpam latam praestare debere dicimus. Quae si de eadem culpa dicuntur, apparet esse contraria. Quomodo igitur haec explicamus? Dici haec nimirum de diversis culpis, non de una et eadem: ac quod dicitur socium socio negligētia nomine non teneri nisi latae, perspicuum est dici quidam de culpa, sed de ea quae sit in non faciendo, ubi scilicet non fecit, quod eum pro diligentia debita prestare oportebat. Quod autem dicitur eum culpam levem prestare debere, sane verum esse; sed dictum accipiendum de culpa quae si recte a negligētia distinguitur ea sit culpa, quae sit in faciendo, ubi facto aliquo suo societati nocuit: quam quidem culpam omnem quanvis levem, atque adeo levissimam socius socio jure societatis praestabit. Idque ita declaratur in *L. de illo in pr. D. de soc. (D. 17.2.23.pr.)*<sup>126</sup>.

Molto più aderente ai testi è la successiva proposta esegetica di Vinnio, che di fronte al *nodus indissolubilis* della contraddizione fra D. 16.3.32 e D. 17.2.72/D. 10.2.25.16, precisa che l'omissione di *diligentia quam suis*, valutata in genere dai giuristi come *culpa levis*<sup>127</sup>, viene definita nella '*lex quod Nerva*' come *culpa latior* soltanto in quanto, nel caso concreto, Celso si riferisce ad un depositario già molto negligente *in suis rebus* ('*nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est*'), che *in rebus depositis* si rivela ancora più negligente<sup>128</sup>. Qui è naturale che il giurista abbia parlato di *culpa latior*

---

<sup>126</sup>) *Commentariorum de Iure Civili*, IV, lib. XVI, cap. VII cit., XXVIII, c. 724.

<sup>127</sup>) Così in D. 17.2.72 (= *Inst. inst.* 3.25.9) e in D. 10.2.25.16, ma anche in D. 23.3.17.pr. e in D. 27.3.1.pr.

<sup>128</sup>) Già Jacopo Gotofredo aveva osservato che l'espressione '*diligentia quam suis*' viene usata nei vari testi in modo diversificato e deve dunque essere distintamente interpretata a seconda del contesto: *In titulum Pandectarum De di-*

‘quoniam nullum hic aliud extremum dari potest’:

(2) Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. (3) Quae sunt ipsissima verba Caïi in *d.l. socius*, 72 *b.t.* (D. 17.2.72). Hic vero nobis pene indissolubilem nodum neccit responsum Celsi in *tit. quod Nerva*, 32 *depos.* Ubi jurisconsultus refert et probat, quod Nerva dixit, latiore culpam dolum esse, scilicet vi et effectu, ut non minus, quam dolum in deposito praestetur. Hujus autem culpae reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive, ut loquitur jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito praestat. At nihil amplius Justinianus a socio exigere videtur: inter quem tamen et depositarium hanc ipse differentiam antea constituit: quod socius praeter dolum etiam culpam et negligentiam praestet, depositarius non item. Et cuius igitur rei praestatio socium a depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet quam suam, ponere in lata culpa et proxima dolo, quam etiam praestat depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpae levi et negligentiae, quam praestet socius, depositarius non praestet. Illud Celsus facit in *d.l. quod Nerva*, 32 *depos.* Hoc alii passim, ut Justinianus hic (*Iust. inst.* 3.25.9), Caius in *d.l. socius*, 72 (D. 17.2.72), item Paulus *l. heredes* 25 § *non tantum*, 16. *famil. ercisc.* (D. 10.2.25.16) *leg. In rebus*, 17 *de jur. dot.* (D. 23.3.17.pr.) et Ulp. *L. 1 de tutel. et ration. distr.* (D. 27.3.1.pr.). Sed animadvertendum est Celsum expresse proponere ignavum aliquem et dissolute negligentem, id est, talem qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienae praestet, reum esse culpae latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in nomine videlicet diligenti ad communem modum, sed bono alioqui et frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in

---

*versis regulis iuris*, cit., p. 141.

re aliena ad aliquo exigitur, quam prestare solet in rebus propriis, arg. d.l. *quod Nerva*, 32 *depos*<sup>129</sup>.

Come si vede, rispetto all'età di Bartolo, la discussione sulla '*lex quod Nerva*' si è ampliata dando luogo a risultati diversificati, ma l'originario nucleo interpretativo, ossia la figura del dolo presunto inaugurata da Azzone a corollario del principio dell'*utilitas contrahentium*, non viene ancora del tutto scalfito.

---

<sup>129</sup>) In *Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, II, cit., *lib. III tit. XXVI De societate*, p. 170. Da questa tesi non si discosta molto quella risalente a Georgius Frantzkus ricordata da Guillelmus PROUSTEAU, *Recitationes ad legem XXIII Contractus Dig. De reg. jur.*, cit., p. 530.

## 6.

### LA «DILIGENTIA IN CONCRETO»

#### DAL GIUSNATURALISMO ALLE PRIME CODIFICAZIONI

I secolari dubbi interpretativi sulla lettura tradizionale della *'lex quod Nerva'* non avevano potuto scalfire né la dottrina della colpa né il principio dell'*utilitas* che ne costituiva l'intimo fondamento<sup>130</sup>. Ma la rivisitazione delle fonti alla luce della ragione avviata dal giusnaturalismo contribuì a sfatare alcuni preconcetti perpetuatisi nella tradizione, fornendo gli strumenti concettuali per il definitivo superamento, nei codici ottocenteschi<sup>131</sup>, dei principi cardine del sistema della responsabilità ereditato dal passato.

Tale rifiuto non fu tuttavia generale, visto che alcuni importanti esponenti del giusnaturalismo apertamente difesero la dottrina

---

<sup>130</sup>) Cfr. *Hugonis Grotii Institutiones Juris Hollandici e bellico in latinum sermonem translatae a Joanne van der Linden* (ed. H.F.W.D. Fischer), Haarlem, 1962, *liber III titulus VII De deposito*, § 9, p. 113: *'Si res perierit, vel deterior facta fuerit, depositarius ad resarciendum damnum non tenetur, nisi depositarii dolo vel lata culpa damnum acciderit. Culpa vero reus depositarius non habetur, si quid neglexerit, quod homo sapiens et prudens non omisisset (quisque enim praevidere debet, cui rem custodiendam tradit, nec aequum est, eum, qui gratis beneficium praestat, strictissime obligatum fore) sed si rem depositam non custodiverat, uti res proprias custodire solitus erat, omne damnum, quod ex hac culpa passim fuerim, resarcire tenetur ...'*; *liber III titulus XXI de societate*, § 7, p. 138: *'Singuli socii eorumque heredes actionem habent adversus singulos socios eorumque heredes, ... ad resarciendum omne damnum, quod quis dolo vel culpa socii passus fuit; hoc autem ita est intelligendum, ut major diligentia vel prudentia ab eo non requiratur, quam in rebus suis adhibere solet; societas enim utriusque gratia contrahitur'*.

<sup>131</sup>) Nelle prime codificazioni settecentesche il principio dell'*utilitas* e la tripartizione della colpa sono, invece, ancora pienamente attestati: cfr. *infra*.

tradizionale dagli attacchi dei critici, proprio in ragione dell'autorevolezza dei suoi antichi sostenitori<sup>132</sup>. Ciò si rivela con evidenza, ad esempio, nelle opere di Domat e di Pothier, che non solo ripropongono il principio dell'*utilitas contrabentium* e la disciplina classica della *diligentia quam suis* del depositario, ma giungono a formalizzare tale disciplina in regola positiva di condotta, laddove originariamente essa rilevava soltanto in negativo come un caso di *culpa lata* omissiva, cioè sotto il profilo della responsabilità del depositario per il caso di perimento o deterioramento della *res*<sup>133</sup>:

DOMAT, *Loix civiles*, I.VII.III.2: Le dépositaire est tenu d'avoir le même soin pour les choses déposées qu'il a pour les siennes. Et il seroit infidèle au dépôt, s'il y veilloit moins qu'à ce qui est à lui<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup>) All'autorità della tradizione fa riferimento espresso, ad esempio, Pothier quando tenta di reagire alle critiche dissacranti rivolte dall'avvocato Le Brun (cfr. *infra*, nel testo) alla dottrina tradizionale della colpa: *Appendice au Traité des obligations. De la prestation des fautes. Observation générale sur le précédent traité et sur les suivants*, in *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*<sup>2</sup>, II, Paris, 1861, p. 498: «C'est la doctrine des Accurse, des Alciat, des Duaren, des d'Avezan, des Vinnius, des Heineccius; et ceux mêmes qui se sont le plus appliqués à combattre les opinions communément reçues, et à proposer des nouveautés, tel qu'Antoine Faber, ne s'en sont jamais écartés»; p. 500: «Je n'entreprindrai pas point de réfuter les arguments par lesquels l'auteur de la dissertation combat l'ancienne doctrine, et prétend établir la sienne ... La réponse à ceux qu'il tire des différentes lois rapportées dans sa dissertation, se trouve dans les notes que j'ai faites sur ces lois dans mon ouvrage sur les Pandectes; je les ai tirées de Cujas et d'autres interprètes de réputation».

<sup>133</sup>) Nel seguito del titolo Domat ripropone la dottrina tradizionale della responsabilità del depositario: imputazione di dolo e *culpa lata* intesa nei due sensi di negligenza inescusabile e omissione di *diligentia quam suis* (*liv. I, tit. VII, sec. III, 3, 4*, p. 80), attenuazione del livello di diligenza richiesta nel caso di deposito presso «une persone de peu de sens, ou un mineur sans expérience, ou un homme négligent en ses propres affaires, comme seroit un prodigue» (*liv. I, tit. VII, sec. III, 5*, p. 80).

<sup>134</sup>) *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, I, Paris, MDCCXLV, *liv. I, tit. VII Du dépôt et du séquestre, sec. III Des engagements du dépositaire et de ses héritiers*, 2, p. 80.



POTHIER, *Traité du contrat de dépôt*, in *Traité des contrats de bienfaisance*, II.3.II.1 Art. I, Cor. 1<sup>135</sup>: La fidélité, que le dépositaire s'oblige d'apporter à la garde de la chose qui lui a été confiée, l'oblige à apporter le même soin, à la garde des choses qui lui ont été confiées, qu'il apporte à la garde des siennes<sup>136</sup>.

Analoga tendenza alla riproposizione dei principii tradizionali in una nuova veste sistematica, che li esalta generalizzandoli e formalizzandoli in regole positive di condotta, si osserva nell'ampio *Tractatus de doli, culpa et negligentiae praestationibus in quolibet negotio* di Henricus de Coccejus (Heidelbergae, 1672)<sup>137</sup> ove, ad una prima parte dedicata alla critica delle *propositiones* tradizionali<sup>138</sup>, segue la presentazione delle *assertiones* della nuova dottrina<sup>139</sup>. Le formulazioni ricevute dal passato vengono qui ricollocate in un rinnovato e più coerente contesto sistematico, nel tentativo di appianarne le contraddizioni e semplificarne il dettato.

L'errore interpretativo più grave della dottrina tradizionale (l'autore cita in particolare Bachovius, Vinnius e Franskus) sta per Coccejus nell'aver ristretto la '*diligentia in concreto*' della '*lex quod Nerva*' al mero ambito del contratto di deposito, con la conseguente iniquità di estendere oltre misura la responsabilità del depositario diligentissimo, contro il principio dell'*utilitas contrahentium*.

---

<sup>135</sup>) *Œuvres* (cur. M. Dupin Ainé), III, Bruxelles, MDCCCXXXI, p. 87: nel seguito Pothier ripropone la dottrina tradizionale, addirittura accettandone anche le conseguenze più estreme e criticate, come l'aggravamento di responsabilità del «diligentissimo» (p. 46). Analoghe considerazioni vengono riproposte nella trattazione di Pothier sulle «obbligazioni di dare» in *Trattato delle obbligazioni*<sup>3</sup>, I, Napoli, 1832, p. 82 s.

<sup>136</sup>) Sotto questo profilo i due autori hanno direttamente influenzato la formulazione dell'art. 1927 del Codice Civile francese e dei codici che da questo modello dipendono, prima fra tutte quella dell'art. 1843 del codice civile italiano del 1865. Cfr. *infra*.

<sup>137</sup>) In *Henrici de Cocceji Exercitationum Curiosarum*, cit.

<sup>138</sup>) *Dissertatio prima. De praestatione doli et culpa in contractibus juxta communem opinionem*, in *Henrici de Cocceji Exercitationum*, cit., p. 59 ss.

<sup>139</sup>) *Disputatio Secunda. De praestatione doli, culpa et negligentiae in contractibus: ubi nova sententia deducitur et demonstratur*, in *Henrici de Cocceji Exercitationum*, cit., p. 77 ss.

Propositio IX. Diligentia et culpa in causa depositi, et quidam in hac sola, in concreto consideratur, ita, ut sive sit negligentissimus<sup>140</sup> sive diligentissimus depositarius, in lata sit culpa, si minorem rebus aliis, quam suis diligentiam praestet, *Bachov. ad § 5 Q. m. r. c. ob. num 5. et ad Tr. I D. 10 Thes. 5. C. Disp. 26 th. 2 fin. Franskius Exerc. 9 q. 9.*

Haec omnino erronea sunt, et plane falsum est, quod in deposito tantum consideretur diligentia et culpa in concreto. ... (2) In deposito, non magis praestatur culpa in concreto, quam in reliquis contractibus. ... (6) Nihil plane rationis habet, quod in deposito debeat considerari culpa in concreto, in reliquis in abstracto; nec imaginari quis possit, qua causa talis distinctio oriri queat, aut quo fundamentum niti. ... (7) Denique quod magis adhuc absurdum eveniret, ut tantundem praestetur in deposito, quantum in commodato; ut, inquam, tantundem praestet is, cujus nulla est utilitas, quantum is, cujus omnis est utilitas ... Quid his absurdus? (8) Ratio abstracti et concreti, huc plane non quadrat<sup>141</sup>.

In realtà la bipartizione ‘*diligentia in abstracto*’ e ‘*in concreto*’ va riferita, secondo l’autore, a tutti i contratti poiché ‘*indistinte verum est quod salva fide nemo possit minorem curam alienis rebus, quas administrandas suscepit, quam suis, quia in tali casu praesumitur propositum aliquod laedendi alium*’<sup>142</sup>.

Tale bipartizione assume, tuttavia, connotati differenti a seconda del rapporto preso in considerazione: quando all’obbligato sia affidata la gestione di una *res aliena*, cioè nella maggioranza dei casi (deposito, gestione d’affari altrui, locazione, mandato etc.),

---

<sup>140</sup>) Secondo questa tesi, il depositario risponderebbe di *culpa in concreto* per omissione di *diligentia quam suis* anche se *negligentissimus in suis*. Coccejus ne evidenzia l’illogicità: infatti, ‘*si ... est negligentissimus in suis, non potest negligentior esse in rebus alterius, aut magis eas negligere; esset enim negligentia in suis maxima ... Nihil ergo insulsius est dictu, quam minorem diligentiam posse quem adhibere rebus alienis, quam suis, qui in suis plane nullam adhibet diligentiam. Non enim diligentia aliqua est minor nulla: nulla autem est diligentia negligentissimi*’ (Propositio IX, p. 67).

<sup>141</sup>) *Henrici de Cocceji Exercitationum*, cit., p. 67 s.

<sup>142</sup>) *Propositio X: In reliquis contractibus, uti, in quibus utriusque utilitas versatur, consideratur diligentia et culpa in abstracto*, p. 69.

---

L'omissione di «*diligentia in concreto*» rappresenta una *culpa lata* equiparabile al dolo, poiché la disparità di trattamento fra cose proprie ed altrui fa presumere nell'obbligato un'intenzione malevola (è il classico dolo presunto di Azone). Quando, invece, all'obbligato sia affidata la gestione di una *res communis*, cioè nei rapporti di *societas* e *re-rum communio*, l'omissione di «*diligentia in concreto*» non può intendersi che come *culpa levis* (D. 17.2.72 [= *Iust. inst.* 3.25.9]; D. 10.2.25.16) perché il personale interesse del comunista alla salvaguardia della cosa annulla la presunzione di dolo altrimenti desumibile dalla disparità di trattamento fra le cose proprie e le altrui (*nemo praesumitur iactare suum; quod fieret, si proposito doloso damnum rei communi inferret*)<sup>143</sup>:

Assertio III. Illa tamen culpa in societate dolo non comparatur, et hoc effectu levis culpa dici potest.

Latae culpa effectus est, ut dolo comparetur, et dolus exinde praesumatur: ille autem effectus cum cesset in societate et reliquis communionibus, hoc effectu culpa lata non est, sed effectum habet culpa levis, quae dolo opponitur. Cessare autem hunc effectum in societatibus, et in iis ex lata culpa dolum non praesumi, probamus his rationibus. (1) Quia non praesumitur dolus, ubi quis causam habet gerendi ... Socius autem, causam habet gerendi propter partem suam ... Non ergo in illo dolus est praesumendus ex lata culpa; sed plene probandum: quo casu, utpote in claris, non opus est conjecturis ... (2) Cum lata culpa ideo dolo comparetur, quia, ut dictum, dolus est praesumptus, quod leges dolus inde praesumunt ... hinc in societate et communionibus cessat illa praesumptio doli, et contrarium potius praesumitur, quia nemo videtur sibi velle obesse, et se laedere. Cum ergo socius gerat rem, quae est pro indiviso communis, non potest in ea damnum inferre parti socii, quin simul inferat portioni propriae, cum sit pro indiviso communia; quod nemo praesumitur ultro velle, quia naturale est unicuique, se ac sua diligere, *Cic. 3 Finib.*, naturalia autem praesumuntur; sed et nemo praesumitur iactare suum; quod fieret, si proposito doloso damnum rei communi inferret<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup>) Questa è la tesi già formulata da Bartolo: cfr. *supra*, § 4.

<sup>144</sup>) *Disputatio Secunda. De praestatione doli, culpa et negligentiae in contractibus: ubi nova sententia deducitur et demonstratur*, in *Exercitationum*, cit., p. 92 s.

Alla luce di queste precisazioni, che in gran parte ripercorrono solchi già tracciati dalla tradizione, la dottrina della *culpa* viene dal Coccejus riformulata in una trattazione nuova ed articolata: la distinzione *culpa (diligentia) 'in concreto' / 'in abstracto'*, che per l'autore informa di sé l'intero sistema della responsabilità, ha l'effetto di moltiplicare i gradi della colpa, che da tre (*lata, levis e levissima*) diventano cinque (*lata in abstracto, lata in concreto, levis in abstracto, levis in concreto, levissima*). Il depositario, infatti, risponde per dolo e *culpa lata* sia *in abstracto* che *in concreto*; il mandatario, il gestore d'affari, il conduttore, il venditore etc. per dolo, per *culpa lata in abstracto* e *in concreto* e per *culpa levis* in astratto; il socio e il comunista per dolo, per *culpa lata in abstracto* e per *culpa levis in abstracto* e *in concreto*; il comodatario per dolo, per *culpa lata in abstracto* e *in concreto*, per *culpa levis* in astratto e per *culpa levissima*.

Ma, come già osservato, queste autorevoli prese di posizione non impediscono ad autori sul punto più innovativi (ad esempio Pufendorf, Kreß, Le Brun), di mettere progressivamente in luce le intime contraddizioni del sistema, creando le premesse per il suo superamento: ciò avviene soprattutto ad opera di due pratici, Christianus Gottlob Kreß, avvocato di Halle, e Denis Le Brun, avvocato del Parlamento di Parigi, l'uno autore di una dissertazione per la *licentia in utroque iure* dal titolo *De usu pratico doctrinae difficillimae juris romani de culparum praestatione in contractibus*, discussa nel 1705 all'Università di Halle *praeside Christiano Thomasio* e pubblicata nel 1731<sup>145</sup>, l'altro autore di un *Essai sur la prestation des fautes, ou l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces*, pubblicato a Parigi nel 1764

---

<sup>145</sup>) *De usu pratico doctrinae difficillimae juris romani de culparum praestatione in contractibus ... praeside Dn. Cristiano Thomasio, Jcto, et facultate juridicae h.t. decano, pro licentia, summos in utroque iure honoris et privilegia doctoralia rite capessendi publice et solenniter submittit Christianus Gottlob Kreß Advocat. Immatric. Misenenensis, ad d. VI Junii anno MDCCCV, Halae, 1731*: l'opera in dottrina è stata spesso erroneamente attribuita al Thomasius.

e di lì a poco criticamente recensito dal Pothier<sup>146</sup>: per i due autori, le tradizionali classificazioni della colpa e della diligenza tramandate dalla dottrina sono insensate, illogiche ed inique e creano ai pratici difficoltà applicative; il principio dell'*utilitas* che ne costituisce il fondamento è pura invenzione degli interpreti contraddetta dagli stessi giuristi romani: lo dimostrano le regole del mandato e della *negotiorum gestio*, ove gli obbligati sono tenuti ad *exactissima diligentia* benché non traggano dal rapporto alcuna utilità. Chiunque, contrattualmente o non, amministri una *res aliena*, è tenuto dunque a conservarla con ogni diligenza, perché se non avesse voluto '*omnem diligentiam adhibere*', non avrebbe dovuto '<se> *immiscere negotio et rei alienae*'<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup>) *Essai sur la prestation des fautes, ou l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces*, par Le Brun, avocat au parlement de Paris, Paris, 1764, ripubblicata in calce alla recensione del Pothier (*Appendice au Traité des obligations. De la prestation des fautes*) in *Œuvres de Pothier*, cit., II, p. 503 ss. Altra recensione al saggio di Le Brun è quella di J.C. Hasse nell'appendice III del volume di *Die Culpa des römischen Recht. Eine Civilistische Abhandlung*<sup>2</sup> (cur. A. Bethmann-Hollweg), Bonn, 1838, p. 504 ss.

<sup>147</sup>) *De usu pratico doctrinae difficillimae*, cit., § XLI, p. 37. Per Kreß il principio dell'*utilitas*, invenzione di Africano, non fu generale nemmeno all'epoca della sua presunta formazione, essendo piuttosto opinione isolata di un '*juriconsultus non optimus nec acutissimus, a jurisconsultis reliquis plerisque neglecta*' (§ XL-XLI, p. 36); la sua intrinseca illogicità è attestata dalla regola '*in lege Aquilia et levissima culpa venit*', visto che l'assenza di qualsiasi utilità da parte di colui '*cujus rem citra contractum corrumpo*', non impedisce in capo al danneggiante una responsabilità per *culpa levissima* (§ XLI, p. 37); il sistema stesso presenta al suo interno elementi di indubbia contraddittorietà: la limitazione della responsabilità del depositario al dolo e alla colpa *lata* non resiste, infatti, alla critica di fronte all'evidente disparità di trattamento del mandatario che, pur non traendo dal contratto alcuna utilità, risponde per colpa lieve ed è tenuto a un'*exactissima diligentia* (§ XLII, p. 38); la stessa regola della *diligentia quam suis* del socio appare al Kreß profondamente illogica ed iniqua, se si pensa che l'attenuazione della responsabilità fondata sul principio '*de se queri debet*' tralascia il dato di fatto che '*non semper negligentiae adscribi potest, si quis socium adsumat parum diligentem, cum homines possint mores suos dissimulare*' (§ XLV, p. 41). La regola generale, valevole per ogni obbligazione, deve essere dunque questa: '*dolum et culpam quamcumque meam mihi non debere prodesse et alteri nocere, sive res ejus ex contractu penes me sit, sive*

Naufraga, dunque, la tripartizione della colpa e, con essa, ci si aspetterebbe che naufragasse anche la *diligentia quam suis*, che di questa tripartizione costituiva parte integrante. Ma ciò non accade: la figura, pur in diverse proporzioni a seconda degli autori, viene ridimensionata, ma mai del tutto abbandonata. Sopravvive, ad esempio, in Pufendorf, come dovere morale del depositario che, in forza dell'*amicitia* che lo lega al depositante e che informa di sé l'intero rapporto ('*nemo enim fere deponit, nisi apud amicum, aut de cuius probitate bene iudicat*'), salvi dal perimento la cosa depositata a scapito della propria. La *diligentia quam suis* non è qui regola giuridica suscettibile di sanzione in caso di inosservanza, ma mero dovere morale fondato sull'*amicitia*, non sanzionabile sul piano del diritto: in nessun caso, infatti, il depositario può essere costretto a sacrificare le proprie cose nell'interesse di quelle, anche più preziose, del depositante, poiché '*intermissa nuda amiciciae et humanitatis officia ad refusionem detri-*

---

*ctra contractum*' (§ XLI, p.37). Le cose altrui, infatti, '*quocumque ex contractu penes me sint*', vanno sempre custodite con maggior diligenza delle proprie perché '*in rebus propriis arbitrium habeam, eas pro lubitu perdendi, ergo multo magis negligendi, in alienis autem is, qui res suas mihi relinquit, regulariter non fidem solum meam sed et industriam respexisse videtur*' (§ XLI, p.37). Alla medesima dissoluzione del principio dell'*utilitas* giunge in Francia D. Le Brun che, a proposito della tripartizione della colpa, afferma anche che si tratta di una sottigliezza giuridica pericolosa nella pratica, che gli interpreti hanno dovuto insegnare «*plusieurs absurdités pour accorder les lois avec leur système*» e che la concettualizzazione della *culpa levissima* presuppone che, nei contratti stipulati nell'interesse di entrambe le parti, ove si risponde per *culpa levis*, vi sia un margine di negligenza ammesso (*Essai*, cit., § II, p. 506-507). Già PUFENDORF (*De iure naturae et gentium*, Zweiter Teil, Text [*liber quintus - liber octavus*], cur. F. Böhling, Berlin, 1998, *liber V*, § 7 *de deposito*, p. 478 ss.), alla tradizionale limitazione della responsabilità del depositario al dolo e alla colpa *lata*, opponeva l'idea che soltanto una diligenza in astratto, *qualem communiter diligentes homines circa proprias res solent adhibere*, potesse ripagare appieno i sentimenti di fiducia e di amicizia che il depositante ripone nel depositario ('*nemo enim fere deponit, nisi apud amicum, aut de cuius probitate bene iudicat*'). Questo non comportava per l'autore un eccessivo aggravamento di responsabilità, perché al depositario non viene mai richiesta una diligenza attiva ('*ut quis noctu diuque rei custos assideat*'), ma soltanto l'apprestamento di un *locus munitissimus* ove la cosa possa riposare al sicuro.

*menti inde orti non obligant*<sup>148</sup>:

§ 7. ... Unde etsi legibus amicitiae satisfecerim, si res amici aequae curam, ac proprias; neque ut meas alterius rebus posthabeam, si utraeque parisi sint pretii, quispiam salva fronte postulare queat; aequum tamen fuerit, ut quando utraque servari nequit, ego potius rem meam vilio-rem negligam, et pretiosorem depositam servem v.g. incendio abor- to, quis non judicaverit potius servandam esse cistam auro aut aliis pretiosis rebus, vel magni momenti instrumentis literisque plenam, quam vilem suppellectilem? Ita tamen ut deponens teneatur mihi restituere pretium earum rerum, quae mihi perierunt, dum ipsius res prae meis servatum eo; non secus atque alias impensas in depositas res factas, aut damna, quae per illam accepi. Quod si tamen quis rem suam vilio-rem deposito pretiosiori praetulerit, ubi de tali diligentia et cura non fuit conventum, amicitiae duntaxat et humanitatis jura vio- lasset censebitur, a praestanda rei aestimatione immunis. Nam neque inde factus est locupletior; et intermissa nudae amicitiae et humanita- tis officia ad refusionem detrimenti inde orti non obligant<sup>149</sup>.

Come vera e propria figura giuridica, la *diligentia quam suis* sopravvi- ve, invece, nel nuovo sistema ideato dal Le Brun ove, alla diligenza del buon padre di famiglia imposta a chi sia obbligato a gestire una cosa altrui, cioè nella maggioranza dei contratti e «quasi-contratti» (deposito, comodato, locazione, mandato, vendita, tutela, *negotiorum gestio* etc.), si accosta la *diligentia quam suis* applicabile ai soci e ai comproprietari che gestiscono una cosa o un patrimonio comune. Amministrando, infatti, un bene indiviso, è a costoro impossibile astenersi «d'administrer les parts de leurs coassociés ou de leurs co- propriétaires sans cesser d'administrer leurs propres parts»<sup>150</sup>. Con-

---

<sup>148</sup>) Questa soluzione del Pufendorf viene riproposta dal KREB (*De usu pratico doctrinae difficillimae*, cit., § XLIV p. 40-41) che dubita però della correttezza di sminuire la *diligentia quam suis* in dovere morale: infatti «*Nuda humanita- tis officia dicuntur, ubi nulla adfuit conventio*» ma, nel caso esaminato, esiste una *con- ventio* fra le parti e, a favore del depositario che abbia sacrificato la propria cosa per salvare quella affidata, sorge il diritto al risarcimento del danno.

<sup>149</sup>) *De jure naturae et gentium*, cit., V.7, p. 479.

<sup>150</sup>) *Essai*, cit., § XIII, p. 525.

seguenza necessaria sul piano della logica, atta anche a conciliare equamente gli interessi delle parti, è che ad essi non venga richiesta, nell'amministrazione della cosa comune, più della diligenza che adottano normalmente nelle proprie cose:

I ... Voyons maintenant pourquoi les lois romaines distinguent deux espèces de diligence. Cette distinction est fondée sur ce qu'il y a des choses dont la propriété nous est commune avec d'autres personnes, et d'autres dont nous ne sommes que simples détenteurs, ou dont nous nous sommes engagés à faire la tradition, et qui, par cette obligation, peuvent être considérées comme ne nous appartenant plus. Dans les premières, il faut, autant qu'il est possible, concilier nos droits avec ceux d'autrui. La meilleure manière de les concilier est de soigner les choses communes comme les nôtres. ... La règle qui prescrit la diligenza d'un bon père de famille, ne concernant que les choses qui appartiennent en totalité à autrui, ne reçoit point ici d'application. ... Dans les choses dont nous sommes simples détenteurs, ou dont nous devons faire la tradition, notre capacité réelle ou présumée est notre boussole. La manière dont nous administrons nos biens n'a point de rapport avec la manière dont nous devons administrer ceux des autres<sup>151</sup>.

L'autore è consapevole che la lettura tradizionale della '*lex quod Nerva*', che presuppone la regola generale della *diligentia quam suis* del depositario, contraddice apertamente la sua ricostruzione: ma per Le Brun il testo prova soltanto che «la faute grossière poussée à l'excès, est un dol». Celso, infatti, presenta il caso d' «un homme d'une extrême négligence dans ses affaires, qui se charge d'un dépôt, et qui le néglige encore plus que ses propres biens; et il décide que ce dépositaire n'est point exempt de dol»<sup>152</sup>.

Forse senza intuirlo fino in fondo, il Le Brun ha qui posto le basi per il definitivo superamento della contraddizione, da sempre parsa insuperabile, fra la *diligentia quam suis* del depositario (D.

---

<sup>151</sup>) *Essai*, cit., § 1, p. 504.

<sup>152</sup>) *Essai*, cit., § XIII, p. 525.



16.3.32) e la *diligentia quam suis* del socio e del comunista (D. 17.2.72 [= *Iust. inst.* 3.25.9], D. 10.2.25.16). Di queste intuizioni si farà tesoro in sede di esegesi della '*lex quod Nerva*', nella parte finale di questo lavoro (§ 9).

Con qualche ritardo i codici seguono gli sviluppi della dottrina. Così, mentre le codificazioni settecentesche, ancora tributarie dello *ius commune*, mantengono generalmente inalterata la sistematica tradizionale<sup>153</sup>, il Codice napoleonico del 1804<sup>154</sup>, l'«ABGB.» del

---

<sup>153</sup>) Così il *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* («CMBC.») del 1756, codificazione di diritto comune con valore sussidiario rispetto al diritto degli statuti (cfr. H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fabrlässigkeit*, cit., p. 157 ss.): qui la *diligentia quam suis* compare in tema di società (*op. ult. cit.*, p. 173 e nt. 1133), non in tema di deposito (*ibid.*, p. 175). Ma è significativo che nel progetto di revisione del «CMBC.» del 1811 (*Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811. Revidirter Codex Maximilianus Bavaricus civilis* (cur. W. Demel, W. Schubert), Ebelsbach, 1986), pur rimanendo la tradizionale tripartizione della colpa (*op. ult. cit.*, p. 436 § 26), venga eliminata la colpa *in concreto* dalla società perché fonte di eccessive incertezze interpretative (*op. ult. cit.*, *Motifs zum Vierten Teil*, § 6 c., p. 632). Soluzioni analoghe compaiono nel progetto del *Codex Theresianus* e nelle sue rielaborazioni (cfr. H.-J. Hoffmann, *op. cit.*, p. 157 ss. e 173). La tricotomia tradizionale e il principio dell'*utilitas* compaiono ancora nell'«ALR.» (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) del 1794 (cfr. H.-J. HOFFMANN, *op. cit.*, p. 157 ss.). Qui la *diligentia quam suis* ha un amplissimo campo di applicazione: I.3 § 25 (norma generale che stabilisce che il grado di imputazione viene valutato in base a determinate qualità delle parti soltanto nei delitti e nei contratti che presuppongono un particolare affidamento), I.13 §§ 55-58 (*diligentia quam suis* nel mandato gratuito), I.14 § 11 ss., 21 ss. (*diligentia quam suis* nel deposito), I.17 § 211-214 (*diligentia quam suis* nella società), II.1 § 554-555 (*diligentia quam suis* nella dote) e II.18 § 275 (*diligentia quam suis* nella tutela).

<sup>154</sup>) L'art. 1137, I comma, abbandona espressamente il principio dell'*utilitas*, obbligando ogni debitore alla diligenza del buon padre di famiglia: «L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille». Ma il secondo comma confonde le idee dicendo che «Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent», a causa della graduazione della diligenza ivi suggerita («obligation ... plus ou moins é-

1811<sup>155</sup> e il Codice Civile italiano del 1865<sup>156</sup> abbandonano il prin-

tendue»). Per i motivi della rinuncia legislativa alla tripartizione della colpa «plus ingénieuse qu'utile dans la pratique», cfr. M. BIGOT-PRÉAMENEU, *Exposé de Motifs*, in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, VI, Bruxelles, 1836, p. 153 s. Sulle ragioni storiche di tali formulazioni, C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile», XXXV, 1981, p. 993 ss. (= *Leggi, codici, giuristi*, cur. L. Vacca, Milano, 1982, p. 227 ss.). Fra i commentatori del codice civile si sviluppò sul punto un ampio dibattito fra chi riteneva abrogati i principii tradizionali e chi li considerava ancora vigenti: ampio sul tema il commento di Troplong all'art.1624 in tema di vendita (*Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la vente ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*<sup>5</sup>, Paris, 1856, I, p. 465 ss. nt. 361 ss), all'art. 1850 in tema di società (*Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du contrat de société ou commentaire des titres IX et X du code civil*, Bruxelles, 1846, p. 205 ss.), all'art. 1732 in tema di locazione (*Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De l'échange et du louage ou commentaire des titres VII et VIII du code civil*, Bruxelles, 1845, p. 203). Si vedano anche C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*<sup>4</sup>, VI, Bruxelles, 1824, *liv. III tit. III, Chap. III De l'effet des obligations, Sec. IV, §I Des causes et des fautes pour lesquelles sont dus les dommages et intérêts*, n. 230 ss., 201 ss., C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, I, Paris, 1868, *livre III titre III Chap. III B. De l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison*, n. 405 ss., F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles-Paris, 1878, § IV, *De l'inexécution des obligations, n. 1 de la faute*, n. 213 ss., p. 273 ss., L. LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil art. 1101 a 1386*, I, Paris, 1885, art. 1137, p. 413 ss., M. DURANTON, *Cours de droit civil, suivant le code français*<sup>4</sup>, VI, Bruxelles, 1841, *livre III, titre III, Section II de l'obligation de donner*, n. 397 ss., p. 138 ss., e C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*<sup>6</sup>, IV, Paris, 1942, § 308 p. 145 ss. n. 26.

<sup>155</sup>) Per il § MCCXCV dell' «ABGB.» ciascuno ha il diritto di esigere dal danneggiante la riparazione del danno arrecato con colpa, sia che questo sia derivato dall'inadempimento di un obbligo nascente da contratto, sia indipendentemente da esso. Per il § MCCXCVII chiunque abbia l'uso della ragione si presume capace di usare quel grado di diligenza e di attenzione che suole impiegarsi da chi non manca di queste facoltà e, se non le usa, è considerato in colpa (cfr. H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fabrlässigkeit*, cit., p.159 ss.). Le ragioni dell'abbandono dei principii tradizionali sono spiegate dal von Zeiller (relatore della revisione finale del codice) nel «Commentario sul codice civile universale per tutti gli stati ereditari tedeschi della monarchia austriaca», V, Mi-

cipio dell'*utilitas contrahentium* e la conseguente tripartizione della colpa, a favore di un unico grado di diligenza media, imposto ad ogni debitore nell'adempimento della sua obbligazione<sup>157</sup>.

Ma anche qui, come nelle opere di dottrina, il superamento dei principii tradizionali non porta con sé l'abbandono della *diligentia quam suis*: l'influenza della '*lex quod Nerva*' e della sua tradizione interpretativa è tale<sup>158</sup> che la figura rimane imperante nella disciplina del contratto di deposito (secondo le formulazioni positive già notate in Domat e Pothier) sia nella codificazione francese che in tutti i codici che da essa dipendono<sup>159</sup>, fra cui in particolare il Codice Ci-

---

lano, 1816, § MCCXCV ss., p. 297 ss.: l'uniformità del concetto di colpa e diligenza è – secondo l'autore – più conforme sia al diritto naturale (infatti «ciascuno ha facoltà di esigere dall'altro che lesi non vengano i di lui diritti, tanto ne' rapporti di contratto, che fuori di essi»: p. 300), sia alla vera teoria del diritto romano, alterata in seguito dagli interpreti (p. 299).

<sup>156</sup>) Art. 1224: «La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato all'art. 1843. Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute in questo codice». Per un interessante studio comparato «d'epoca» fra l'art 1224 del Codice Pisanelli e la corrispondente disciplina del diritto romano, della codificazione francese e del Codice Civile Albertino, T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice Civile italiano*, VIII, Torino, s.d., p. 259 ss.

<sup>157</sup>) Diversamente il «BGB.» sassone del 1865, pur eliminando la *culpa levisima*, mantiene in certa misura la gradazione della colpa e il principio dell'*utilitas*: per il § 728 («*Bürgerliches Gesetzbuch für das königreich Sachsen*», Aalen, 1973, p. 88) la responsabilità, di solito estesa al dolo, alla colpa grave e a quella lieve, si riduce al dolo e alla colpa grave per chi non tragga alcun vantaggio dal rapporto. Cfr. H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fabrlässigkeit*, cit., p. 160 ss.

<sup>158</sup>) La disciplina del contratto di deposito è così consolidata nella tradizione dottrinale e codicistica che ad essa, ad esempio, si rinvia senza commenti nei lavori preparatori del Codice Civile italiano del 1865: «Raccolta dei lavori preparatori del Codice Civile del Regno d'Italia», I, Palermo-Napoli, 1866, p. 133 e 353.

<sup>159</sup>) Praticamente identiche nel contenuto alle citate norme francesi sono le norme corrispondenti dei codici italiani preunitari (in «Collezione completa dei moderni Codici Civili degli Stati d'Italia», Torino, 1845): Codice pel Regno delle Due Sicilie (1819), art. 1799-1800; Codice Civile per gli Stati di Parma,

vile italiano del 1865:

Art. 1927 c.c. francese: Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.

Art. 1928: La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur: 1. si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt; 2. s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3. si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4. si il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute<sup>160</sup>.

Art. 1843 c.c. italiano del 1865: «Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie»;

art. 1844: «La disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore, 1. quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito; 2. quando ha stipulato una remunerazione per la custodia del deposito; 3. quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario; 4. quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa».

---

Piacenza e Guastalla (1820), art. 1988-1989; Codice Civile della Repubblica e del Cantone del Ticino (1837), art. 1046, 1047; Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1838), art. 1961-1962; Codice Civile per gli Stati Estensi (1852), art. 1972, 1973. Per altre norme codicistiche europee ed extra-europee esemplate su quelle francesi, cfr. H. HAUSMANINGER, *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 283 ss. e *Diligentia quam in suis*, cit., p. 179 ss.

<sup>160)</sup> Sull'applicazione della *diligentia quam suis* o della comune diligenza del buon padre di famiglia ci fu, nella seduta del 28 nevosio anno XII, una discussione fra Defermon e Portalis (*Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil par Jean-Étienne-Marie Portalis, publ. par F. Portalis*, Paris, 1844, p. 417): alla critica del primo per cui «cet article n'est pas assez clair et ne paraît pas soumettre le dépositaire à des soins assez étendus envers le dépôt qu'il a reçu», il secondo rispose che «un dépositaire qui rend un service d'ami ne doit pas être soumis à une responsabilité aussi étendue» e che se il depositante «place mal sa confiance, il commet une faute qui compense et qui couvre dans une certaine mesure la négligence du dépositaire»: così la *diligentia quam suis* nel contratto di deposito fu mantenuta.

Nella civilistica italiana dell'epoca, operante su un codice di matrice francese ma tributaria, sotto il profilo scientifico, della metodologia pandettistica, si ebbe un vivace dibattito sull'interpretazione ed applicazione degli artt.1843-1844 e in particolare sul significato dell'espressione «maggior rigore» ivi contenuta: secondo alcuni la *diligentia quam suis* dell'art.1843 costituiva mero strumento di attenuazione della responsabilità del depositario gratuito, salvo il ritorno alla disciplina comune della diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1224 nei casi previsti dall'art.1844<sup>161</sup>. Secondo altri l'art. 1843 non costituiva norma eccezionale ma vera e propria regola speciale applicabile, pur se con «maggior rigore», anche nei casi previsti dall'art. 1844 in ragione del particolare affidamento riposto dal depositante sul depositario da lui scelto: per costoro in tema di deposito occorreva sempre tener conto, per la diagnosi della responsabilità, delle capacità individuali del soggetto, fossero queste maggiori o minori della media<sup>162</sup>.

Ma la seconda soluzione creava difficoltà applicative per l'ambiguità dell'espressione «maggior rigore» dell'art.1844: così la giurisprudenza maggioritaria si orientò a favore della prima soluzione, con l'effetto pratico di limitare l'applicazione della *diligentia quam suis* ai pochi casi di deposito gratuito, richiedendo per il resto la comune diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1224<sup>163</sup>. Analogo per-

---

<sup>161</sup>) V. SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, in «RISG.», XIV, 1892, p. 3 ss., S. PEROZZI, *La culpa in concreto nel diritto civile. A proposito di una recente pubblicazione*, in «Temi Veneta», XVII, 1894, ora in *Scritti Giuridici* (cur. U. Brasiello), II, *Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, p. 639 ss., e F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*<sup>3</sup>, IX, *Dei contratti in specie (continuazione e fine)*, rist. Roma-Torino-Napoli, 1923, p. 376 ss.

<sup>162</sup>) V. POLACCO, *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, Padova, 1894, *passim*, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*<sup>2</sup>, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, p. 86 s. nt. 2, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*<sup>7</sup>, II, rist. Firenze, 1924, p. 33 ss., e L. SERTORIO, *La «culpa in concreto» nel diritto romano e nel diritto odierno*, Torino, 1914, soprattutto p. 263 ss.

<sup>163</sup>) Sul tema R. CAVALLARO, *Dalla diligentia quam suis alla culpa in abstracto nel contratto di deposito. Saggio sul diritto romano nella giurisprudenza dei tribunali italiani moderni*, tesi di laurea discussa nell'aa. 1991-1992 nell'Università Cattolica di

corso fu compiuto dalla dottrina francese, che tuttora riconosce comunemente alla disciplina dell'art. 1927 mero carattere suppletivo<sup>164</sup>, interpretando l'espressione «plus de rigueur» dell'art. 1928 come ritorno alla comune «*diligence d'un bon père de famille*» dell'art. 1137.

Fra i codici dell'epoca, soltanto l'«ABGB.» austriaco abbandonò la *diligentia in concreto* perché, secondo Franz von Zeiller, relatore della sua revisione finale, si trattava di «cosa ... pel giudice impossibile quasi a rilevare, ed in cui il cittadino diligente a peggior condizione si troverebbe di quello non diligente»<sup>165</sup>. La *diligentia quam suis* è, invece, ampiamente presente nella codificazione sassone del 1865<sup>166</sup> (come del resto lo sarà nel «BGB.» del 1900) su influenza della rivisitazione pandettistica delle fonti romane (cfr. § 7): la troviamo, infatti, prevista nel § 730 in via generale<sup>167</sup>, nel § 1371 in tema di società, nel § 1655 in tema di dote e nel § 1949 in tema di

---

Milano, Relatore il prof. Giovanni Negri.

<sup>164</sup>) Ad esempio H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, 1965, p. 826, N.D. DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, 1965, p. 74 s., M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, Paris, 1954, rist. Bad Feilnbach, 1995, p. 509 ss., e J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in «*Traité de droit civil*» (sous la direction de Jacques Ghestin), Paris, 1996, p. 1440 ss.

<sup>165</sup>) *Commentario sul Codice Civile Universale*, cit., V, *comm.* al § MCCXCVIII, p. 304. La *diligentia quam suis* viene eliminata anche dalla disciplina del contratto di deposito: il § CMLXI impone al depositario la custodia diligente e la restituzione della cosa, e il § CMLXIV afferma la sua responsabilità per mancanza della dovuta custodia, ma lo scagiona dal caso fortuito, anche quando avrebbe potuto salvare la cosa depositata, ancorché più preziosa, sacrificando la propria. Nel commento al § CMLXI il von Zeiller rinvia, per la determinazione della diligenza richiesta al depositario, ai §§ MCCXCV ss.

<sup>166</sup>) «*Bürgerliches Gesetzbuch für das königreich Sachsen*», cit. Cfr. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fabrlässigkeit* cit., p. 160 ss.

<sup>167</sup>) Secondo il § 730, chi per specifica disposizione di legge deve osservare soltanto la diligenza che è solito avere nei propri affari, gode di una responsabilità per colpa lieve attenuata, ma non può difendersi dall'accusa di colpa grave con l'argomento che egli non era solito agire diversamente nei propri affari.

tutela<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup>) Tradizionalmente la *diligentia quam suis* non era applicata in tema di dote e di tutela, nonostante che le fonti romane presentassero appigli in questo senso. La previsione normativa del Codice sassone dipende, come si vedrà, direttamente dalla rivisitazione pandettistica delle fonti romane.