

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

7.

LA «NEGLENTIA REBUS SUIS CONSUETA»  
DA HASSE AL «BGB.»

Per tanti secoli la *'lex quod Nerva'* era stata il centro del dibattito scientifico sulla dottrina della colpa e della *diligentia quam suis*. Per tanti secoli il pensiero giuridico, nel suo mai sopito affanno di sistematizzazione della sconnessa disciplina romana della responsabilità contrattuale, aveva fatto del frammento di Celso un punto cardine di ogni suo ragionamento. Nel settecento, per la prima volta, la revisione delle fonti avviato da alcuni giuristi pratici, come il Le Brun, aveva cominciato a scalzare la *'lex quod Nerva'* dal suo piedistallo, da una parte dimostrandone la natura di caso singolo non generalizzabile, dall'altra ravvisando in rapporti diversi dal deposito, come la società (D. 17.2.72 = *Iust. inst.* 3.25.9), la comunione (D. 10.2.25.16) e la dote (in particolare D. 24.3.24.5), il solo vero ambito di applicazione della *culpa in concreto* propriamente detta, intesa non più come un caso di *culpa lata*, ma come attenuazione di *culpa levis*. Tuttavia si trattava ancora di casi isolati e, agli albori dell'Ottocento, il primato concettuale della *'lex quod Nerva'* rimaneva immutato, anche per la massiccia *receptio* nei codici della regola della *diligentia quam suis* del depositario.

I tempi erano tuttavia maturi per un cambiamento di prospettiva: ed esso ebbe luogo ad opera della Pandettistica che, rivisitando con nuova mentalità i frammenti sulla *diligentia quam suis*, scardinò finalmente l'edificio concettuale fondato sulla *'lex quod Nerva'* e le sue false interpretazioni. Quest'ultima venne così riletta e reinterpretata con maggior aderenza al dato testuale, libera dalla tradizione che

per secoli ne aveva sviato la comprensione.

Il cambiamento prese l'avvio soprattutto con la pubblicazione a Kiel nel 1815 della monografia di Johann Christian Hasse «*Die culpa des römischen Recht*» (riapparsa a Bonn in II edizione ampliata a cura di August Bethmann-Hollweg nel 1838)<sup>169</sup>, i cui risultati innovativi, benché non recepiti in blocco dalla Pandettistica, costituirono certamente un punto di non ritorno nella lunga tradizione di studi sulla colpa e la *diligentia quam suis*.

«Niente è più facile – osservava Hasse – del sistema romano della colpa»<sup>170</sup>, che si distingue in *culpa lata* – il «*non intelligere quod omnes intellegunt*» della «*lex latae*» (D. 50.16.213.2) e il «*minorem quam suis rebus diligentiam praestare*» della «*lex quod Nerva*» – e *culpa levis*, l'omissione del grado di *diligentia* normale nel «*bonus et diligens pater familias*». A seconda del rapporto preso in considerazione e dell'*utilitas* di volta in volta ricavata, i contraenti rispondono soltanto di dolo e *culpa lata* – come nel deposito – o anche di *culpa levis*, come nei rapporti stipulati nell'interesse comune delle parti. In entrambe le sue forme, la *culpa lata* è in pratica difficilmente distinguibile dal dolo: ciò spiega la loro tradizionale equiparazione, dovuta al fatto che, come bene dirà il Windscheid, «la disattenzione di cui [il danneggiante] si rese colpevole è così di comune pericolo nel primo caso, così vergognosa nel secondo, ch'egli non può lagnarsi di sottostare alle conseguenze giuridiche del dolo»<sup>171</sup>. A tal punto le due fi-

---

<sup>169</sup>) Ma non bisogna tralasciare Egid VON LOHR, *Die Theorie der culpa. Eine civilistische Abhandlung* (I), Gießen, 1806 e *Beiträge zu der Theorie der Culpa* (II), Gießen und Darmstadt, 1808, ove le novità sono già in parte anticipate. Cfr. anche l'acuta esegesi di D. 16.3.32 di C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, XVI (trad. e ann. da L. Busatti, T. Trinchieri, C. Longo, T. Preda), Milano, s.d., p. 317 ss.

<sup>170</sup>) *Die Culpa des römischen Recht. Eine Civilistische Abhandlung* (Zweite vermehrte Ausgabe besorgt von D.A. Bethmann-Hollweg), Bonn, 1838, p. 169.

<sup>171</sup>) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>9</sup>, trad. it. – *Diritto delle Pandette* (cur. C. Fadda, P.E. Bensa) –, I, Torino, 1925, p. 347: ma nella nota 10b l'autore precisa che «dalle fonti non si può ricavare una regola fissa sui limiti, entro i quali ciò è effettivamente avvenuto nel diritto romano. Può riguardarsi co-

gure sono vicine che non di rado i giuristi romani mostrano di utilizzare l'*appellatio doli* per casi propri di *culpa lata*: ciò poteva accadere – spiega Hasse – perché il pretore romano non attribuiva al termine «dolo» il significato ristretto di volontarietà del danno (*animus nocendi*), ma l'accezione più ampia di consapevolezza del pericolo a cui la cosa altrui veniva sottoposta: quindi il debitore che, nell'adempimento della sua obbligazione, commettesse una colpa di qualsiasi entità – *levis* o *lata* – non abituale, tuttavia, nelle sue cose, rispondeva di *culpa lata* – equiparata al dolo – perché non aveva evitato alla controparte un pericolo di cui era consapevole e che *in suis* avrebbe certamente evitato<sup>172</sup>. Ciò risulta dal fr. 32 di Celso, di cui Hasse dà una lettura nuova (anche se per certi versi non del tutto perspicua), pur non disconoscendogli un ruolo centrale nella dottrina romana della *culpa in concreto*. Celso, che inizia riferendo la discussa tesi di Nerva sull'equiparabilità della *culpa lata* al dolo, cercherebbe qui di provare la correttezza della tesi del suo predecessore con un argomento a *potiori*: se una semplice *culpa levis*, quale è quella descritta nel '*nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est ...*', viene addirittura considerata dolo ('*fraude non caret*') quando l'autore di essa è solito evitarla *in suis* (*nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*), a maggior ragione essa potrà essere considerata *culpa lata* secondo la tesi di Nerva riportata in principio:

---

me sicuro che la *culpa lata* vien pareggiata al *dolus*, se si tratta di cosa, che urti contro un rapporto di obbligo esistente».

<sup>172</sup>) *Op. cit.*, p. 202 ss.: «Aller Zweifel konnte hier nur daher kommen, daß Einige hier den *dolus*, welcher im Edict genannt war, in dem engern Sinn verstanden, in welchem er ausschließlich auf *animus nocendi* (Schaden mit dem vollen Bewußtsein, man schade) geht; dies war falsch, denn indem der Prätor hier den *dolus* ausschließen wollte, wollte er alle *mala fides*, alles handeln aus arger, niedriger Gesinnung, also auch, da man mit Kenntnis der Gefahr es zum Schaden eines Andern darauf ankommen ließ, oder, auf eine heillose Art die Gefahr erkennend, Andern schadete, also auch, da man selbst das kleinste Versehen aus einer in eignen Geschäften seltenen Nachlässigkeit beging, verbannen. Alle *culpa lata*, alle *culpa in concreto*, war also im weitern Sinn *dolus*, und dieser weitere Sinn war gerade der rechte, welcher dem Edict unterlegt werden mußte».

Die Frage im Anfange ist auf die eigentlich grobe Schuld, *culpa lata*, wenn wenigstens der Vorwurf eintritt, einer habe nicht erkannt, was sonst alle erkennen, gestellt. Ob diese als *dolus* angesehen werden könne, wurde bezweifelt, Celsus entscheidet für die bejahende Partei. Sein Beweis ist ein *argumentum a potiori*. Schon wenn jemanden kein anderer Vorwurf treffen kann, als daß er nur nicht alles das erfüllte, was ein Anderer erfüllen würde, welcher alles das leistete, was menschliche Natur verlangt, d.h. was ein *bonus et diligens pater familias* zu leisten pflegt, denn dieser erfüllt die von der Natur dem Menschen vorgeschriebene Bestimmung, wenn er also auch nur eine leichte Schuld beging; so kann man ihn nicht von aller argen Denkgungsart frei sprechen, sobald sich zeigt, daß auch so kleine Versehen ihm im Eignen nicht vorzukommen pflegen, denn in der That gehört es allemal zur redlichen Gesinnung, welche jeder Contrahent bei dem andern voraussetzen muß, daß er wenigstens in dem besondern Verpflichtungsverhältniß sich nicht nachlässiger benehmen werde, als er gewöhnlich bei Verrichtungen auf eigne Rechnung thut, es mag übrigens der Grad dieser Nachlässigkeit kleiner oder größer sein. Kann nun also eine *culpa levis* unter Umständen in einem gewissen Sinne *dolus* sein, mit dem sich keine obligatio verträgt, so muß dies um so mehr von jeder an sich groben Schuld gelten. Der Schluß verstand sich von selbst, daher ward er nicht ausgeführt. Zieht man nun diese, wie mir scheint, ganz natürliche Erklärung den vielen künstlichen und sinnentstellenden Andrer vor, so sieht man auch, daß hier die *culpa in concreto*, nicht *culpa lata* genannt wird, sondern es wird nur eine *culpa levis*, die zugleich *culpa in concreto* ist, für *dolus* erklärt, und daraus geschlossen, daß um so eher eine jede *culpa lata*, sie mag nun zugleich *culpa in concreto* sein, oder nicht, für *dolus* gelten müsse<sup>173</sup>.

Dunque per Hasse, con la 'lex quod Nerva' Celso non si soffermava sulla *diligentia quam suis* come autonoma categoria dogmatica, ma tentava di meglio definire i concetti edittali di dolo e *culpa lata*, ampliandone i confini: infatti, per il pretore romano rientrava nel dolo, e a fortiori nella *culpa lata*, anche la *neglegentia rebus suis non consueta*.

Con ciò, tuttavia, non si superava ancora la contraddizione fra

---

<sup>173</sup>) *Op. cit.*, p. 196 ss.

il fr. 32 e i frammenti in tema di società, comunione e dote, ove la *diligentia quam suis* veniva presentata come attenuazione di *culpa levis*. A questo fine Hasse precisa che di *culpa lata* – commissiva od ommissiva –, anche nella forma descritta dal fr. 32, si rispondeva sempre, senza poter mai trovare scusanti al proprio comportamento gravemente negligente richiamandosi alla propria negligenza abituale. Diversamente in taluni rapporti in cui si rispondeva anche per *culpa levis* – come la società, la comunione, la dote e la tutela – per particolari ragioni<sup>174</sup>, il diritto romano aveva introdotto un correttivo a favore del debitore, attribuendogli, in caso di azione esercitata da parte del creditore, la possibilità di discolarsi *ope exceptionis* opponendo la ‘*neglegentia rebus suis consueta*’; al debitore convenuto per *culpa levis* spettava, in tali casi, per evitare la condanna, l’onere di dimostrare di essere abitualmente *in suis* parimenti negligente:

... bei den Contracten, welche *diligentia quam suis etc.* prästiren lassen, das *iudicium* auf *culpa levis* geht, und nur in einzelnen Fällen, wenn gerade der Handelnde als ein gewöhnlich Nachlässiger befunden wird, die Beschränkung der Beflissenheit eintritt, muß hier in der Regel jegliches leichte Versehen verantwortlich machen, und muß es präsumirt werden, daß der in Anspruch genommene durchweg und auch in der gerade in Frage stehenden Art der Thätigkeit ein Fleißiger zu sein pflege. Eine *culpa levis* ist hier zum Klaggrunde hinreichend, und nimmermehr kann es hier erforderlich sein, daß der Kläger sich auf den gewöhnlichen Fleiß des Andern berufe, vielmehr muß dieser letztere es zu seiner Entschuldigung anführen, es zum Gegenstande seiner *exceptio* machen, daß er ein Nachlässiger auch in Eignen sei, nicht aber genöthigt werden können, mehr zu leisten, als er in seinen eignen

---

<sup>174</sup>) Nella società, nella comunione e nella dote la ragione del beneficio sarebbe, secondo Hasse, il particolare legame esistente fra i soggetti e l’amministrazione di beni comuni (*op. cit.*, p. 247, 377 e 530); nella tutela il beneficio serviva a ripagare almeno in parte il grave onere imposto al tutore: tuttavia era raro che il tutore se ne servisse eccependo in giudizio la propria negligenza abituale, in quanto normalmente erano scelte come tutori, o dal testatore o dai magistrati dietro istruttoria, persone diligenti (p. 272-273 e 371).

Dingen zu leisten gewohnt sei<sup>175</sup>.

Tale scusante valeva tuttavia per i soli comportamenti omissivi, perché per i danni prodotti con *culpa in faciendo* il debitore risponde sempre, in base alla *lex Aquilia*, anche per una negligenza di lievissima entità (D. 9.2.44.pr.: ‘*In lege Aquilia et levissima culpa venit*’): nessuna gradazione di *culpa* aveva, infatti, rilievo nella responsabilità extracontrattuale *ex lege Aquilia*, applicabile a qualunque soggetto, indipendentemente dalla sua posizione all’interno del rapporto obbligatorio.

Nel nuovo sistema di Hasse la *diligentia quam suis* viene così dissolta come autonoma categoria dogmatica e, nello stesso tempo, sono superate le contraddizioni testuali che per secoli avevano occupato gli interpreti: la ‘*neglegentia rebus suis non consueta*’ della ‘*lex quod Nerva*’ non costituisce, infatti, che un mero caso di *culpa lata* equiparata al dolo; la ‘*neglegentia rebus suis consueta*’ della *lex socius socio* (*Iust. inst.* 3.25.9 = D. 17.2.72) e degli altri frammenti in tema di comunione, dote e tutela, perde la sua autonomia per ridursi a mezzo di difesa giudiziale apprestato dal diritto a favore di particolari debitori rispetto ad un’accusa di *culpa levis*.

Nella dottrina dell’epoca le intuizioni di Hasse non riscossero sempre generale e incondizionato consenso<sup>176</sup>. Non di rado esse furono sottoposte a critica<sup>177</sup> e, qualche volta, radicalmente disattese<sup>178</sup>:

---

<sup>175</sup>) *Op. cit.*, p. 177-178.

<sup>176</sup>) Seguono Hasse, ad esempio, C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum Scholarum in usum, Bruxellis*, 1838, p. 340 ss., L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, I<sup>3</sup>, München, 1859, trad. it. – *Trattato delle Pandette* (cur. F. Serafini) –, I<sup>3</sup>, Bologna, 1877, p. 163 ss., A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*<sup>2</sup>, II.1, Erlangen, 1879, p. 255 s., e C. TANNERT, *Theorie der diligentia quam suis, Inaugural-Dissertation*, Breslau, 1919, *passim*.; B. Windscheid accoglie in genere la ricostruzione di Hasse (*Diritto delle Pandette*, cit., I, p. 345 ss., e II, p. 65 ss.), salvo specificare che le fonti non autorizzano a parlare di *culpa lata* con riferimento all’omissione di *diligentia quam suis* di cui in D. 16.3.32: *op. cit.*, I, p. 347 nt. 10a.

<sup>177</sup>) Cfr. ad esempio la recensione al volume di Hasse uscita poco dopo la sua pubblicazione a cura di A.F.J. Thibaut, in «*Heidelbergsche Jahrbucher der Litteratur*», LX, 1815, p. 945 ss. Altra letteratura *infra*, in nota.



in particolare venne generalmente rifiutata la scelta di mantenere inalterata la tradizionale forma della *culpa lata in concreto*, giudicata in genere fonte di equivoci e poco fondata sul piano testuale<sup>179</sup>. Ma, al di là delle singole soluzioni ed esegesi, più o meno apprezzate dai successivi studiosi, il nuovo approccio determinò un radicale cambiamento nella definizione dogmatica dei principii cardine della responsabilità contrattuale e, più in generale, nella stessa mentalità giuridica del tempo: da questo momento, infatti, l'omissione di *diligentia quam suis*,

---

<sup>178</sup>) Una critica radicale si trova, ad esempio, in J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et de droit français*<sup>2</sup>, Paris, 1866, p. 240 ss. L'autore propose una soluzione alternativa che non ebbe, tuttavia, seguito in dottrina: nei rapporti come la società, la comunione, la dote e la tutela, che prevedono sia l'obbligo alla conservazione della cosa che l'obbligo alla sua gestione ed amministrazione, l'obbligato, nell'adempimento del primo, sarebbe tenuto alla diligenza del buon *pater familias*, nell'adempimento del secondo, alla più ridotta diligenza *quam suis*: l'attenuazione di responsabilità dipenderebbe dal fatto che si tratta di un impegno più oneroso e impegnativo. Su D. 16.3.32 Molitor criticò la soluzione di Hasse e ripropose la lettura tradizionale (p. 253 ss.).

<sup>179</sup>) Così, ad esempio, F. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, in *Beiträge zum Obligationenrecht*, III, Braunschweig, 1855, p. 374 ss., e A. HESSE, *Zur Lehre von dolus und culpa*, in «Archiv für civilistische Praxis», LXI, 1878, p. 222 ss. Hesse si discosta dall'opinione dominante che, sin da Hasse, considerava la *diligentia quam suis* soltanto come un beneficio per l'obbligato: secondo l'autore, invece, essa può anche aggravare la responsabilità se il soggetto è *in suis* più diligente della media (p. 220 ss.). Alla sola *culpa levis* riferiscono la *diligentia quam suis* anche A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*<sup>8</sup>, I, Jena, 1834, p. 127 ss., H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts, Der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage*, I, Berlin, 1911, p. 150 e nt. 13, R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, trad. it. – *Il momento della colpa nel diritto privato romano* (cur. F. Fusillo) –, Napoli, 1990, p. 50, F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 651 ss., PEROZZI, *La culpa in concreto*, cit., p. 641 ss., A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, B.I.4, Halle, 1878, rist. Aalen, 1963, p. 360 ss., K. VON MUTZENBECHER, *Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto innerhalb obligatorischer Rechtsverhältnisse, Inaugural-Dissertation*, Berlin, 1896, p. 32, G.F. PUCHTA, *System und Geschichte des römischen Privatrechts*<sup>10</sup>, Leipzig, 1893, p. 375, E. SANDER, *Ein Beitrag zur Lehre von der diligentia quam suis, Inaugural-Dissertation*, Berlin, 1898, *passim*, e SERTORIO, *La «culpa in concreto»*, cit., *passim*.

tradizionalmente accostata alla *culpa lata* della '*lex quod Nerva*', perse con essa ogni contatto, per divenire forma di *culpa levis* attenuata posta a beneficio del socio, del comunista, del marito e del tutore<sup>180</sup>, in ragione dei particolari rapporti di fiducia o fraternità riconoscibili all'interno di questo tipo di *obligationes*, dell'onere particolarmente gravoso imposto al tutore o della condizione *sui generis* del comproprietario che amministra una cosa comune<sup>181</sup>.

Così la «rivoluzione» di Hasse cambiò il corso della storia esegetica della '*lex quod Nerva*', che dalla Pandettistica venne generalmente presentata come il frutto più maturo della riflessione dogmatica di Celso sui concetti di dolo e *culpa lata*, sul loro fondamento, sul loro contenuto e reciproca connessione<sup>182</sup>.

La '*lex quod Nerva*' perse dunque il suo primato nella dottrina della *diligentia quam suis* ma ciò non ne comportò l'uscita dai circuiti delle trattazioni scientifiche sulla responsabilità contrattuale e l'obsolescenza come oggetto di studio: la sua tradizione millenaria era troppo forte, la sua storia esegetica troppo radicata perché una qualsiasi rivisitazione scientifica della dottrina della colpa potesse ragionevolmente pensare di discostarsene. Così '*lex quod Nerva*' ri-

---

<sup>180</sup>) Si veda la letteratura citata nella nota precedente.

<sup>181</sup>) Sulle motivazioni del beneficio della *diligentia quam suis* nei singoli rapporti, PERNICE, *Labeo*, cit., B.I.4, p. 360 ss., VON MUTZENBECHER, *Beiträge*, cit., p. 68, SANDER, *Ein Beitrag*, cit., p. 25 ss., e SERTORIO, *La «culpa in concreto»*, cit., p. 151 ss.

<sup>182</sup>) D.C.F. ELVERS, *Doctrinae juris civilis romani de culpa prima lineamenta, Gottingae*, MDCCCXXII, p. 10 ss., PERNICE, *Labeo*, cit., B.I.4, p. 366 ss, BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., II.1, p. 255 s., WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, p. 347 nt. 10, e II, p. 67 nt. 9, DERNBURG, *System*, cit., p. 150 nt. 13, ARNDTS, *Pandette*, cit., p. 164 e nt. 4, REGELSBERGER, *Pandekten*, cit., p. 651 nt. 11, F. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, cit., p. 354 ss., K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*<sup>2</sup>, II, *Schuld und Vorsatz*, 2, *Der Rechtswidrige Vorsatz*, Leipzig, 1916, p. 740 ss., HESSE, *Zur Lehre von dolus und culpa*, cit., p. 224, PEROZZI, *La culpa in concreto*, cit., p. 651, MUTZENBECHER, *Beiträge*, cit., p. 18, PUCHTA, *System*, cit., p. 374 e nt. d, TANNERT, *Theorie der diligentia quam suis*, cit., p. 16, POLLACCO, *La culpa in concreto*, cit., p. 21, e SERTORIO, *La «culpa in concreto»*, cit., p.71 ss.

mase nonostante tutto protagonista del rinnovato dibattito sulla responsabilità contrattuale, a volte elevata a base testuale della rificazione dogmatica del concetto di *culpa lata* tentata da alcuni pandettisti (come Hesse<sup>183</sup>, Binding<sup>184</sup>, Friedrich Mommsen<sup>185</sup>), a volte, al contrario, sminuita come opinione personale ed isolata di Celso,

---

<sup>183</sup> Per HESSE, *Zur Lehre von dolus und culpa*, cit., p. 203 ss., sia in D. 16.3.32 che in D. 9.2.39, D. 26.7.13.1, D. 13.6.5.4, si parla non di *diligentia quam suis*, ma di *culpa lata* intesa come consapevolezza e previsione del pericolo e conoscenza da parte del danneggiante dei mezzi per evitarlo.

<sup>184</sup> BINDING, *Die Normen*, cit., p. 740 ss.: secondo l'autore il fatto di trascurare arbitrariamente, premeditadamente, ma non dolosamente, le cose altrui a vantaggio delle proprie fonda la *culpa lata*. Infatti – propongo qui la traduzione di parte del testo per la sua particolare chiarezza ed eleganza – «se, in una situazione d'emergenza, l'obligato salva le proprie cose e abbandona quelle altrui, ciò suscita contro di lui il forte sospetto che, malgrado il pericolo, egli abbia mantenuto ancora abbastanza freddezza di spirito per separare prudentemente le proprie cose da quelle altrui e posporre volutamente le seconde a vantaggio delle prime. Ciò che a questa condotta manca del *dolus malus* è il fatto che il motivo egoistico che ha spinto l'autore a salvare la propria cosa è considerato in tale situazione agli occhi del diritto del tutto naturale, e manca inoltre la volontà di danneggiare l'altro». Un esempio chiaro di ciò si trova, secondo l'autore, in D. 16.3.32, che descrive un depositario nella seguente situazione: «egli non può restituire perché la cosa è perita o ne ha perso la detenzione. Se avesse tenuto nella custodia l'accuratezza che usa nelle sue cose, il bene non sarebbe andato perso: se la cosa fosse stata propria del depositario, essa sarebbe ancora in suo possesso. La deviazione dal tipo di sollecitudine che usa nelle proprie cose deriva soltanto dalla consapevolezza di detenerla come cosa altrui. La cosa è persa, consapevolmente, perché è quella altrui. Soltanto allora è chiaro che il giurista parla di una frode, di una *non salva fides* del depositario. Ma il depositario con consapevolezza e volontà ha assunto l'obbligo della restituzione della cosa e con ciò l'obbligo di non posporla alle proprie cose». Il concetto di *culpa lata* proposto dal Binding fu ampiamente criticato da O. LENEL nel saggio *Culpa lata und culpa levis*, in «ZSS.», XXXVIII, 1917, p. 263 ss.

<sup>185</sup> F. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, cit., p. 347 ss. Per l'autore la *culpa lata* si fonda su «un'indifferenza priva di scrupoli nei confronti dell'interesse altrui o almeno di tal natura che l'accusa di dolo può essere evitata soltanto richiamandosi ad una crassa ignoranza (un errore inescusabile)» (p. 354): a sostegno di questa definizione l'autore cita D. 16.3.32 (p. 355).

espressa in un momento in cui la dottrina della colpa non si era ancora del tutto consolidata (Dernburg<sup>186</sup>, Regelsberger<sup>187</sup>, Perozzi<sup>188</sup>).

Questo, in sintesi, lo stato della dottrina tedesca sulla *culpa lata* e la *diligentia quam suis* alla vigilia dei lavori preparatori della nuova codificazione: e il Windscheid, membro autorevole della prima commissione, tentò di applicarne rigorosamente i risultati, proponendo di limitare il beneficio della *diligentia quam suis* ai soli casi in cui, per particolari ragioni attinenti alla natura del rapporto, esso apparisse equamente conforme agli interessi delle parti (contratto di società, rapporti patrimoniali fra coniugi). La responsabilità in concreto fu, invece, nel primo progetto, esclusa dalla disciplina del contratto di deposito in ragione della rinnovata interpretazione della '*lex quod Nerva*' operata dalla Pandettistica, che aveva fatto giustizia dei malintesi del passato: secondo i «Motive» (in cinque volumi) che accompagnavano l'«Erster Entwurf» del «BGB.», la comune responsabilità per *culpa levis*, applicabile senza distinzione al deposito gratuito ed oneroso, sarebbe stata anche funzionale ad evitare un'ingiustificata disparità di trattamento fra depositario e mandatario gratuiti<sup>189</sup>.

Ma, nonostante tutto, la forza della tradizione prevalse e l'esito

---

<sup>186</sup>) DERNBURG, *System des Römischen Rechts*, cit., p. 150 nt. 13: «Celsus hat hier, wie er dies auch sonst oft tut, seine eigenen Wege eingeschlagen. Es ist dies um so weniger befremdlich, als zu seiner Zeit die Doktrin der *culpa* noch im Fluß, die Auffassung von *diligentia quam in suis rebus* als Unterart der *culpa levis* noch nicht allgemein anerkannt war». Concorde TANNERT, *Theorie der diligentia quam suis*, cit., p. 16.

<sup>187</sup>) REGELSBERGER, *Pandekten*, I, cit., p. 651 e nt. 11: il testo è già di per sè incerto e, dunque, non può essere interpretato estensivamente.

<sup>188</sup>) PEROZZI, *La culpa in concreto*, cit., p. 651: «Sarebbe ora, io dico, una gran bella cosa se ci decidessimo a lasciar da parte questo testo ... Esso contraddice pel concetto di *culpa lata* e per la responsabilità del depositario a tutte le altre fonti. Per ciò stesso esso non è parte del diritto romano, ma esprime un'opinione personale di Celso, che nessun antico ha accettato»; cfr. ID., *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908, p. 129 nt. 1.

<sup>189</sup>) *Motive zu den Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*<sup>2</sup>, Berlin, 1896, p. 573.

dei lavori fu opposto a quello prefigurato: la «Kommission für die zweite Lesung», dominata da germanisti desiderosi di far valere le peculiarità del diritto nazionale contro il diritto romano e la precedente leadership romanistica<sup>190</sup>, riesumò in funzione polemica la *diligentia quam suis* del depositario richiamandosi proprio alla sua invecchiata tradizione, rifluita da una parte nelle consuetudini dei Länder, dall'altra nei precedenti codicistici prussiano e sassone<sup>191</sup>: così la *diligentia quam suis* del depositario, faticosamente estromessa dal dibattito scientifico come lettura infondata di un testo malinteso, ritornò baldanzosa ed immutata nella disciplina codicistica, come se i cento, lunghi anni della rivisitazione pandettistica delle fonti romane, nulla avessero prodotto di determinante e significativo.

Qui sta l'origine del § 690 del «BGB.» sull'attenuazione di responsabilità del depositario gratuito, fonte tuttora, insieme agli altri casi di *culpa in concreto* mantenuti dal codice<sup>192</sup>, di dissensi dottrinali

---

<sup>190</sup>) Sulla polemica antiromanistica dell'epoca, con particolare riferimento ai criteri di responsabilità e ai gradi di diligenza richiesti nei singoli rapporti, C. FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, in «Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche», XXXII, 1901, p. 143 ss., SERTORIO, *La «culpa in concreto»*, cit., p. 216 s., e HAUSMANINGER, *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 286 ss., e *Diligentia quam in suis*, cit., p. 188 ss.

<sup>191</sup>) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1898, p. 393. Sul tema SERTORIO, *La «culpa in concreto»*, cit., p. 215 ss., e HAUSMANINGER, *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 286 ss., e *Diligentia quam in suis: a standard of contractual liability*, cit., p. 188 ss.

<sup>192</sup>) La *diligentia quam suis*, prevista nel I progetto in soli due casi, fu nel secondo estesa ad altri tre casi. § 708 contratto di società: qui la *diligentia quam suis* era prevista sin dal I Progetto sulla base dell'autorità del diritto romano e dei precedenti legislativi (*Motive*, cit., II, p. 601s.) e fu mantenuta, nonostante qualche dissenso, nella versione definitiva (*Protokolle*, cit., II, 418 ss.); la *culpa in concreto* fu invece esclusa sin dall'inizio (a favore della comune responsabilità per *culpa levis*) nella comunione (*Motive*, II, p. 678). § 1359 responsabilità dei coniugi nell'adempimento degli obblighi derivanti dal vincolo matrimoniale: anche qui la *diligentia quam suis* era prevista sin dal I Progetto (*Motive*, cit., IV, p. 121) e fu mantenuta (*Protokolle*, cit., IV, p. 108). § 1664 responsabilità dei genitori nella prestazione al figlio delle cure loro proprie: non si trovava nel I Progetto (*Motive*, cit., IV, p. 745-746) e fu introdotta nel II (*Protokolle*, cit., IV, p.

di larga portata, fra chi reputa tale misura inutile e dannosa, e chi si sforza di giustificarla alla luce dell'equità e della giustizia del caso singolo<sup>193</sup>.

561); diversamente la *diligentia quam suis* fu esclusa fin dall'inizio per il tutore (*Motive*, cit., IV, p. 1175-1176). § 2131 responsabilità dell'erede primo chiamato rispetto all'erede secondo chiamato in rapporto all'amministrazione dei beni ereditari: non si trovava nel I Progetto (*Motive*, cit., V, p. 101-102) e fu introdotta nel II (*Protokolle*, cit., V, p. 96). La *diligentia quam suis* è poi disciplinata in generale nel § 277, che stabilisce che chi gode del beneficio, non è mai dispensato dalla responsabilità per colpa grave. Ora la *diligentia quam suis* è anche richiamata dal § 346 c.2 n. 3 in tema di recesso dal contratto. La *diligentia quam suis* è anche prevista dal Codice delle obbligazioni svizzero del 1911, limitatamente alla responsabilità dei soci, all'art. 538.

<sup>193</sup> A favore, ad esempio, A. WACKE, *Diligentia quam in suis rebus adhibere solet*, in «Juristische Arbeitsblätter», XIII, 1981, p. 400 ss. Ma la dottrina maggioritaria vede con sfavore questa figura, che spesso conduce a risultati inopportuni perché avvantaggia i negligenti e pone pesanti problemi probatori: cfr. E. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, I, *Allgemeine Lehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, p. 291 s., ID., *Fabrilässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963, p. 9 ss. (sullo sviluppo storico-giuridico della dottrina della colpa in Germania), 151 ss. (sulla *culpa in concreto*), e ID., *Abschied von der culpa in concreto? BGH, VersR 1960, 802 und BGHZ 43, 313*, in «Juristische Schulung», VII, 1967, p. 496 ss. Cfr. anche, fra gli altri, N.C. DANNHORN, *Ansprüche von Kindern gegen ihre Eltern im Falle der Verletzung von Pflichten der elterlichen Verantwortung*, 2003 (Diss.), *passim*, P.C. MÜLLER-GRAF, *Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab der «diligentia quam suis» für Geschäftsführer in Personengesellschaften*, in «Archiv für civilistische Praxis», CXCI, 1991, p. 475-494, O. TATZEL, *Die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis. Eine Untersuchung des § 1359 BGB, Inaugural-Dissertation*, Tübingen, 1970, *passim*, H.-J. HOFFMANN, *Die Fragwürdigkeit der Haftung für diligentia quam suis*, in «Neue Juristische Wochenschrift», XXVII-LI, 1967, p. 1207 ss., W. ROTHER, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, München-Berlin, 1965, p. 185 ss., e W. VON HAGEN, *Die sogenannte Culpa in concreto nach bürgerlichem Gesetzbuch, Inaugural Dissertation*, Berlin, 1901. Per A. EHRHARDT, *Diligentia quam in suis*, in *Mnemosyna Pappulias*, Athenai, 1934, p. 102, queste norme sono il frutto di un malinteso trascinato per secoli. Comunque, sin dagli anni settanta, l'orientamento giurisprudenziale è nel senso di escludere l'attenuazione di responsabilità nei casi di incidente stradale: infatti, nel caso di incidente intervenuto su automobile noleggiata da più soggetti, quando alla guida ci fosse uno di loro (cfr., ad esempio, «BGHZ.» 46, 313 = «NJW.» 1967, p. 558s. = «JZ.» 1967, 225) o su auto del marito guidata dalla moglie (ad esempio «BGHZ.» 53, p.352 = «NJW.» 1970,

---

p.1271 = «Fam.RZ.» 1970, p. 386 con l'integrazione delle «Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen», 61, 1974, p. 101 ss.), le assicurazioni del danneggiante rifiutavano di rispondere dei danni, accampando la «diligenza abitualmente inferiore alla media» del guidatore. Il *deutsche Bundesgerichtshof* («BGH») giustamente si oppose a questi tentativi di interpretazione tendenziosa della lettera della legge, rispondendo che una «guida normalmente negligente», fonte per tutti di possibile rischio, non poteva mai essere scusata: sul tema HAUSMANINGER, *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 289 ss., e *Diligentia quam in suis*, cit., p. 192 ss., nonché la letteratura civilistica citata *supra*.





Fino agli inizi del novecento gli approfondimenti tematici sulla *culpa in concreto* del depositario e in generale sulla *diligentia quam suis* non si erano mai disgiunti dall'analisi esegetica della '*lex quod Nerva*', da sempre considerata caposaldo – ed insieme nodo problematico – dell'intera disciplina della responsabilità contrattuale, romana e positiva. Ma la trasposizione della *lex* in regola codificata di molti paesi (Francia, Italia, Germania, Argentina, Brasile, Costa Rica, Venezuela, Perù, Quebec etc.<sup>194</sup>) non poté che determinare la divaricazione fra gli studi di diritto positivo, interessati all'interpretazione della norma nell'ambito della regolamentazione codicistica della responsabilità e ai suoi problemi applicativi, e quelli di diritto romano, interessati al significato e alla portata del frammento nel suo contesto storico, alla luce della disciplina antica della responsabilità contrattuale<sup>195</sup>. Contemporaneamente, fra i due poli, perse di interesse fra i romanisti<sup>196</sup> lo straordinario patrimonio esegetico del diritto inter-

---

<sup>194</sup>) Notizie specifiche sul tema in HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 179 ss., e *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 283 ss.

<sup>195</sup>) Sulla storia della metodologia romanistica post-pandettistica, con specifico riferimento al tema della responsabilità contrattuale, utilissimo ad inquadrare dal punto di vista dogmatico e storico quanto nel testo si dirà, è C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1966, p. 3 ss., *Una casistica della colpa contrattuale*, in «SDHI.», LVIII, 1992, p. 413 ss. e *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, p. 1 ss.

<sup>196</sup>) Viceversa compaiono ampie e dettagliate trattazioni storico-giuridiche, fra tutte quella di HOFFMANN, *Die Abstufung der Fabrlässigkeit*, cit., *passim*,

medio<sup>197</sup>. Poiché la scelta programmatica del presente studio è quella di seguire le sorti della '*lex quod Nerva*' durante i lunghi secoli della sua storia esegetica al fine di proporre un'interpretazione più consapevole e storicamente fondata, si lasceranno da parte le problematiche attinenti agli esiti codicistici e dogmatici della regola (salvo i pochi accenni dei paragrafi precedenti) per concentrarsi sugli sviluppi dottrinali della *lex* nel quadro delle nuove metodologie

---

più volte richiamata, a cui rinvio per l'anteriore bibliografia, quella di H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt a.M., 1960, *passim*, quella di D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori: saggi*, Milano, 1957, *passim*, e quella più risalente di W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig, 1895, *passim*. Nella stessa prospettiva R. ZIMMERMANN, *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, specie p. 208 ss. Di recente è apparso un volume di atti dal titolo «La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de derecho romano» (cur. A. Murillo Villar), Burgos, 2001: qui accenni alla disciplina della responsabilità del depositario nella tradizione romanistica, con particolare riferimento all'ambiente spagnolo, compaiono in J.A. OBARRIO MORENO, *La responsabilidad del depositario y su recepción en las fuentes y en la doctrina medieval*, specie p. 596 ss. Si vedano anche M. TALAMANCA, '*Colpa. I. - Colpa civile. Diritto romano e intermedio*', in «ED.», VII, Milano, 1960, p. 517 ss., M. BELLOMO, '*Diligenza (Diritto intermedio)*', ivi, XII, Milano, 1964, p. 528 ss., ID., '*Dolo (Diritto intermedio)*', ivi, XIII, Milano, 1964, p. 725 ss., I. BIROCCHI, U. PETRONIO, '*Responsabilità contrattuale (Diritto intermedio)*', ivi, XXXIX, Milano, 1988, p. 1060 ss., e C.A. CANNATA, '*Responsabilità contrattuale nel diritto romano, medievale e moderno*', in «Digesto<sup>4</sup>. Discipline privatistiche. Sezione civile», XVII, Torino, 1998, p. 66 ss. Sul contratto di deposito, nella stessa prospettiva, G.P. MASSETTO, *Ricerche sul deposito necessario nella dottrina del diritto comune*, in «SDHI.», XLIV, 1978, p. 219s., F. MASTROPAOLO, *I singoli contratti*, VII, *I contratti reali*, in «Trattato di diritto civile» (dir. R. Sacco), Torino, 1999, p. 184 ss.; G. NEGRI, '*Il deposito nel diritto romano, medievale e moderno*', in «Digesto<sup>4</sup>. Discipline privatistiche. Sezione civile», V, Torino, 1989, p. 219 ss., e G. ASTUTI, '*Deposito. Diritto romano e intermedio*', in «ED.», XII, Milano, 1964, p. 212 ss. (= *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, III, Napoli, 1984, p. 1955 ss.).

<sup>197</sup>) Ma l'interesse si sta attualmente risvegliando: oltre ai contributi citati nella nota precedente, cfr. ad esempio, da ultimi, «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali», Napoli, 2003, e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, Napoli, 2005.

scientifiche della ricerca romanistica del XX secolo, nella prospettiva indicata nell'introduzione a questo lavoro, cui rinvio.

Com'è noto, il definitivo superamento della vigenza positiva dello *jus commune* nell'Europa del primo novecento aprì le porte al consolidamento del cd. metodo critico, che si proponeva un complessivo riesame testuale, sotto il profilo filologico e storico, del *Corpus Iuris* (e delle fonti giuridiche minori pervenute al di fuori di esso) teso anche ad individuarne l'eventuale presenza di interpolazioni giustiniane. Per la '*lex quod Nerva*' tale rinnovamento fu di particolare significato perché, al di là del concreto dissidio fra Nerva e Proculo sorto all'epoca del primo impero e poco dopo ripreso da Celso, il testo era stato per lo più presentato (persino dai giuristi culti) come il manifesto storico di un principio giuridico fondamentale, elevato a pilastro della sistematica della responsabilità contrattuale ereditata dal passato. Ora, per la prima volta, la fonte veniva rivista alla luce del contesto storico della scuola proculiana e, sulla scorta della *Palīngenesia Iuris Civilis* di Otto Lenel pubblicata nel 1889, veniva anche rivalutata sulla base della sua collocazione palīngenetica (rivelata dall'*inscriptio*) nel titolo '*de tutelis*' dei *Digesta* di Celso (n. 91).

Notoriamente alle novità metodologiche della critica del testo, non sempre corrispose un adeguato rigore scientifico negli studi esegetici dell'epoca, ed in effetti, qui come altrove, non rari sono gli eccessi di chi, senza plausibile ragione, giunge a svalutare la '*lex quod Nerva*' come prodotto deterioro di una logica bizantina schematica e generalizzante, sulla sola base di una sua presunta contraddittorietà interna o della presenza di parole ritenute arbitrariamente «sospette»<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup>) Accade così in molti saggi dell'epoca, per altri versi assai pregevoli: cfr. L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, II (*L'emptio-venditio*), Parma, 1903, p. 108 ss., DE MEDIO, *Studi sulla «culpa lata» in diritto romano*, cit., p. 27 ss., F. LITTEN, *Ueber «Lo Codis» und seine Stellung in der Entwicklungs-Geschichte des Culpa-Problems*, in «Mélanges Fitting», II, Montpellier, 1908, p. 610, B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Ver-tragshaftung im klassischen römischen Recht*, in «Festgabe O. Gierke», II, Breslau,

Più produttivo fu invece l'apporto di quegli esponenti della critica che, riprendendo una suggestione del Pernice<sup>199</sup> e riflettendo sulla collocazione palinogenetica del frammento, riferivano il passo al contesto originario della tutela, ipotizzando che Giustiniano lo avesse spostato nel titolo '*depositi vel contra*', interpolandone alcune parole, proprio al fine di confermare con una fonte classica l'equiparazione cara ai compilatori fra *culpa lata* e dolo<sup>200</sup>. Ciò apportava

---

1910, p. 247 ss. (dapprima l'autore interpreta correttamente il testo, poi lo giudica completamente alterato per ragioni meramente formali), G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (I), Tübingen, 1910, p. 48 s. (è interpolata l'espressione '*culpa carere*'), ID., *Unklassische Wörter*, in «ZSS.», LVII, 1937, p. 30 (è interpolato il verbo '*desiderare*'), ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, VI, in «ZSS.», LXVI, 1948, 281 (è interpolato il verbo '*displacere*'), LENEL, *Culpa lata und culpa levis*, cit., p. 277 ss., W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 297 ss. (che considera il testo non giustiniano, ma post-classico), E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositaris*, in «Festschrift P. Koschaker», II, Weimar, 1939, p. 81 nt. 3; H. KRÜGER, M. KASER, *Fraus*, in «ZSS.», LXIII, 1943, p. 167, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 259 ss., e G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 15. Il testo viene ad esempio giudicato «contraddittorio nelle sue stesse parti costitutive e in antitesi con quanto le fonti generalmente insegnano circa la responsabilità del depositario» (LUSIGNANI, *op. cit.*, p. 108), infelice e mal espresso (DE MEDIO, *op. cit.*, p. 27, LENEL, *op. ult. cit.*, p. 277 s.), contorto, incomprensibile e stonato (KUNKEL, *op. cit.*, p. 298) etc. Per altra letteratura interpolazionistica cfr. l'elenco dell'«Index Interpolationum», I, Weimar, 1929, c. 279, *ad h.l.*

<sup>199</sup>) Labeo. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*<sup>2</sup>, II.1, Halle, 1895, p. 202 e 215. Già il Cujacio aveva notato tale peculiare collocazione palinogenetica (cfr. *supra*, § 5).

<sup>200</sup>) LENEL, *Palinogenesia*, cit., I, c. 142 nt. 2 (Cels. n. 91), F. LITTEN, *Ueber «Lo Codi»*, cit., p. 610, F. STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 69 s., C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1933, p. 43 ss., E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1932, p. 294, p. 302 nt. 24 e p. 389 s.; ID., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, corso a.a. 1957-1958, p. 74 ss. e 176 ss., A. EHRHARDT, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 125 ss., H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in «ZSS.», LXV, 1947, p. 167, M. LAURIA, '*Perculum tutoris*', in «Studi S. Riccobono», III, Palermo, 1936, rist. Aalen, 1974, p. 312 nt. 130, e P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, rist. (cur. G. Bonfante e G. Crifò), Milano, 1963, p. 630 ss. (l'autore ritiene tuttavia an-

una nuova chiave di lettura, idonea forse a svelare aspetti inesplorati del testo, e non è dunque un caso che, ancora negli ultimi decenni, la tesi sia stata riproposta da personalità scientifiche di rilievo, che hanno fatto della *'lex quod Nerva'* un caposaldo della controversa disciplina romana della responsabilità del tutore<sup>201</sup>. Molti hanno giustamente rilevato<sup>202</sup> che, vista l'abitudine dei giuristi romani di argomentare per connessioni di idee, digressioni e paragoni, la variazione tematica di un frammento dal contesto dominante non è di

---

che possibile un riferimento incidentale al deposito nella sezione relativa alla tutela). Secondo un'altra opinione, peraltro poco seguita, la *'lex quod Nerva'* riguardava, invece, la *fiducia cum amico*: HECK, *Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann*, in «ZSS.», X, 1889, p. 130, e B. KÜBLER, *Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht*, in «Rechtsidee und Staatsgedanke. Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte, Festgabe J. Binder», Berlin, 1930, p. 73 ss.

<sup>201</sup>) F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960, p. 51 nt. 114, ID., *Culpa tutoris. Studio sulla responsabilità del tutore nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1960, p. 48 ss., ID., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, cit., I, p. 298 e nt. 9 (da ultimo l'autore ha sostenuto che, al posto di *'latiorem culpam'*, il testo potesse in origine presentare l'espressione *'laxiorem curam'*: *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1996, p. 65 nt. 33), G. CRIFÒ, *Illecito. Diritto romano*, in «NNDI.», VIII, Torino, 1962, p. 159 s., W. LITIEWSKI, *Depositary's liability in roman law*, in «AG.», CXC, 1976, p. 46 ss., CANNATA, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 162 nt. 84, ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 46 nt. 116, R. PANERO, *El Depósito*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 278 nt. 135; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae*, Madrid, 1996, p. 70 nt. 156, e MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., p. 185.

<sup>202</sup>) Già così lo stesso LENEL, *Culpa lata und culpa levis*, cit., p. 277 nt. 2, benché in *Palingenesia*, cit., I, c. 142 nt. 2 (Cels. n. 91) riferisca il testo alla tutela. Così anche, ad esempio, G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in «AG.», LXXXIII, 1909, ora in *Scritti Giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, p. 110, C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 172 s., P. VOCI, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'*. *I dati fondamentali*, in «SDHL.», LVI, 1990, p. 53 s., e R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. - II sec. D.C.)*, Milano, 1995, p. 436.

per sé prova sufficiente di interpolazione. Tuttavia, di fronte al dato oggettivo della collocazione palinogenetica del testo in un ambito certamente riferito alla tutela, il generico riferimento alla tecnica argomentativa dei giuristi romani non basta ad escludere con certezza ipotesi interpolazionistiche: il sospetto di interpolazione può, infatti, essere ragionevolmente escluso soltanto nel caso di evidente discrasia fra il contenuto della *lex* e la portata concettuale della *diligentia quam suis* del tutore, quale risulta dalle numerose attestazioni delle fonti sul tema. A questo nodo problematico si cercherà di dare una risposta esauriente nella parte finale di questo studio, in sede di rivalutazione esegetica del frammento.

Fra i primi sostenitori dell'attinenza del passo alla responsabilità del tutore vi fu Ludwig Mitteis con la sua magistrale monografia del 1908 «*Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*»<sup>203</sup>: occorre, tuttavia, precisare che, ben al di là di questa minuta ipotesi interpolazionistica, l'opera inaugurò un filone interpretativo che, con le dovute varianti, va tuttora per la maggiore fra gli esegeti della '*lex quod Nerva*', compresi quelli che ne sostengono la totale genuinità e l'originaria pertinenza al contratto di deposito.

Mettendo a frutto un'intuizione della Pandettistica (§ 7), Mitteis presentò la '*lex quod Nerva*' come attestazione significativa degli sforzi della giurisprudenza alto-imperiale verso l'ampliamento interpretativo del concetto di dolo: il che serviva, in particolare, nei rapporti tutelati da azioni infamanti (ad esempio tutela e società) che, secondo l'autore, non potevano prevedere un grado di responsabilità più pesante del dolo, proprio a causa della gravità della sanzione inflitta all'obbligato in caso di condanna. Con tale interpretazione estensiva la giurisprudenza avrebbe inteso rendere possibile la condanna dell'obbligato in ipotesi di grave negligenza, nonostante che fossero prive dei requisiti della consapevolezza o volontarietà

---

<sup>203</sup>) *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1908, p. 331 ss.

del danno tipico del dolo propriamente detto<sup>204</sup>. Così, nel fr. 32, Nerva e Celso avrebbero formulato il principio nuovo e non da tutti condiviso che «die Zurücksetzung fremder Angelegenheiten gegen die eigenen unehrlich ist»<sup>205</sup> e che la mancanza di fedeltà di chi è meno diligente *in alienis* che *in suis* deve essere considerata dolo anche se non presenta gli estremi della consapevolezza/volontarietà del danno secondo l'accezione più ristretta del termine. Interpolati erano, invece, per Mitteis, tutti i testi in cui la *diligentia quam suis* non fosse presentata come ampliamento del concetto di dolo, ma come attenuazione della responsabilità per colpa: unica eccezione poteva forse essere D. 17.2.72 in tema di società, a patto di considerarlo (a dire il vero contro la lettera del testo, che parla espressamente di *culpa levis*) come attestazione del tentativo gaiano di estendere la classica responsabilità per dolo del socio oltre i suoi originari limiti concettuali<sup>206</sup>.

In seguito molti studi<sup>207</sup> misero opportunamente in luce l'erroneità del supposto legame fra condanna infamante e responsabilità per dolo, dimostrando, attraverso nuove attestazioni epigrafiche o con la semplice rilettura non prevenuta delle fonti giuridiche tradizionali, che il criterio della colpa era applicato già in età classica a molti rapporti tutelati da azioni infamanti, primo fra tutti quello di società. Praticamente incontrastata rimane comunque, fino ai nostri giorni, l'intuizione di fondo del Mitteis che la '*lex quod Nerva*' fosse espressione del cammino della giurisprudenza classica verso l'estensione del concetto di dolo a gravi infrazioni della *fides* prive dell'evidenza della consapevolezza/volontarietà del danno: in seguito i giustinianeî, nella loro opera di stilizzazione dogmatica dei concetti

---

<sup>204</sup>) Così anche ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 38 ss.

<sup>205</sup>) *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, cit., I, p. 333.

<sup>206</sup>) Ma l'autore è più propenso all'idea dell'interpolazione: *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, cit., I, p. 333.

<sup>207</sup>) Sin da quello di KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip*, cit., p. 271 s. Sul tema cfr. ora G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997 p. 193 ss., con la letteratura citata.

giuridici ereditati dal passato, avrebbero relegato questi casi gravi di infrazione involontaria della *fides* nella categoria residuale della *culpa lata*. Sulla base della «*lex quod Nerva*» interpretata secondo questi presupposti, si è anche tentato in dottrina di formulare una nuova categoria concettuale, quella del cd. «dolo relativo», rilevabile in chi, già negligente *in suis*, si riveli nella custodia del deposito ancor più negligente: secondo questa lettura, Celso avrebbe creato la nuova figura del dolo relativo al fine di difendere la proposta di Nerva di equiparare al dolo la grave negligenza del depositario, contro l'obbiezione di Proculo che escludeva tale possibilità nel caso di un depositario già gravemente negligente *in suis*<sup>208</sup>.

In ogni caso, per l'attuale dottrina dominante, la «*lex quod Nerva*» contiene un nucleo genuino del pensiero classico ed attesta per quest'epoca l'esistenza di un concetto elastico di dolo, nel quale rientravano ipotesi di grave infrazione della *fides*, volontarie o non, come, nel caso di specie, l'omissione di *diligentia quam suis* del depositario<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup>) La tesi è di H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis: a standard of contractual liability*, cit., p. 179 ss., *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 283 ss. e *Diligentia quam in suis*, in «Festschrift M. Kaser», München, 1976, p. 265 ss. La tesi è accolta da ZIMMERMANN, *The law of Obligations*, cit., p. 210 s. Di «dolo relativo» in un senso un po' diverso parla W. SELB, *Das Problem des relativen «dolus» in D. 16.3.32*, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1964, p. 1173 ss., secondo cui dalla «*lex quod Nerva*» risulta che, per Nerva e Celso, una grave negligenza del depositario rientrava nel dolo, a meno che quest'ultimo non dimostrasse di essere parimenti negligente *in suis*. Concorda col Selb SITZLA, *Sulla responsabilità del depositario*, cit., p. 191 ss.

<sup>209</sup>) SERTORIO, *La «culpa in concreto»*, cit., 71 ss., ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., p. 102 ss., S.B. THAYER, *Report de culpa lata et diligentia in iure romano*, in «BIDR.», XLV, 1938, p. 388 s., G. MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in «RIDA.», II, 1949, p. 185, H.J. WOLFF, *Zur Geschichte der diligentia quam suis*, in «Iura», VI, 1955, p.152 ss., G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in «Rivista di Diritto Civile», IX, 1963, p. 168 s., M. KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>2</sup>, I, München, 1971, p. 510, MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 170 ss., LITEWSKI, *Depositary's liability*, cit., p. 46 ss., V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, p.



L'osservazione contiene senza dubbio un fondo di verità<sup>210</sup>, ma va a mio parere precisata alla luce di un'attenta rilettura del passo nella sua integrità strutturale e contenutistica perché, in questa generica formulazione, essa finisce coll'attribuire ai giuristi romani l'idea, logicamente e storicamente inaccettabile, che a qualcuno – e a maggior ragione al depositario, titolare di un contratto gratuito – possa *tout court* essere imposto dal diritto l'obbligo di trattare le cose affidate come le proprie, sanzionandolo di dolo in caso di inosservanza. Riprendendo un'acuta osservazione del Pufendorf (§ 6), la *diligentia quam suis* così intesa può tutt'al più ergersi ad obbligo morale, ma non può assurgere ad obbligo giuridico sanzionato sul piano del

---

172 ss., ID., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino, 1989, p. 108, S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari, 1984, p. 248 s., P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in «AUPA», XXXVIII, 1985, p. 200 nt. 397 (riprendendo un'osservazione del CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., p. 319 nt. 1, l'autore pensa che Celso intenda qui «affermare non già che la colpa *lata* equivale al dolo, sebbene che il dolo è *culpa latior*»), NEGRI, *Deposito*, cit., p. 231, TALAMANCA, *Colpa civile*, cit., p. 521 e 523, e *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 550 e 668, J. MAUEL, *Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs*, Köln, 1985, p. 23 ss., R. PANERO GUTIÉRREZ, *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989, p. 103 ss., VOICI, '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*', cit., p. 53 ss., F. MERCOGLIANO, '*Diligentia quam in suis*' per i giuristi romani classici, in «Index», XIX, 1991, p. 384 ss., N. BENKE, F.-S. MEISSEL, *Übungsrecht zum römischen Schuldrecht<sup>2</sup>*, Wien, 1993, p. 54, CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»*, cit., p. 433 ss., L. MANNA, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, in «Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 11-12 maggio 1995», Milano, 1998, p. 479 ss., e F. SCOTTI, *Antologia del Digesto giustiniano. Testi tradotti e annotati*, Milano, 2005, p. 104 s. Nello stesso senso anche la letteratura citata sopra, che riferisce tale conclusione al tema della responsabilità del tutore.

<sup>210</sup> Questa era anche l'interpretazione degli scoliasti bizantini: cfr. lo *sch. Σημείωσαι* di Stefano a *Bas.* 13.1.5 (= *D.* 13.6.5.2) in tema di comodato, in cui, richiamando la '*lex quod Nerva*', si precisa che è dolo anche non usare per le cose depositate la stessa cura delle proprie: sul tema e in generale sulla reinterpretazione bizantina della *diligentia quam suis*, ampiamente, NÖRR, *Die Fabrilässigkeit*, cit., p. 17 ss. (cfr. *supra*, § 1).

diritto: il disagio dei giuristi di ogni epoca di fronte all'iniquità di questa formulazione emerge con chiarezza dal tentativo ricorrente<sup>211</sup> di interpretare D. 16.3.32, contro la lettera del testo, alla luce di D. 13.6.5.4 in tema di comodato, cioè come statuizione della responsabilità del depositario che, in caso di perimento fortuito della cosa affidata, abbia, nella stessa circostanza, salvato la propria. Si aggiunga che la suddetta impostazione, salvando la classicità del fr. 32 come tentativo di interpretazione estensiva del concetto di dolo, giunge di regola a sacrificare, come frutto di interpolazione o di modifica postclassica, i testi ove la figura emerge sotto un diverso profilo, cioè come attenuazione (nella società e in un frammento sulla dote) o aggravamento (nella tutela e in un altro frammento sulla dote) della responsabilità per colpa<sup>212</sup>. In realtà l'antitesi tra clas-

---

<sup>211</sup>) Molte volte ciò è accaduto nel corso della tradizione romanistica, sin dalle legislazioni barbariche (cfr. *supra*, § 2) e dalla glossa (§ 3). Nel secolo XX la stessa lettura è stata data, ad esempio, da KÜBLER, *Der Einfluß der griechischen Philosophie*, cit., p. 73 ss. (l'autore, sulla base degli studi di P. KOSCHAKER sulla legislazione di Hammurabi in tema di deposito [*Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Leipzig, 1917, p. 27 ss.], individua nella regola un principio comune a molte legislazioni antiche), THAYER, *Report de culpa lata et diligentia*, cit., p. 388 s., PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners*, cit., p. 167, e da F.M. DE ROBERTIS, *Culpa tutoris. Studio sulla responsabilità del tutore nel sistema della compilazione giustiniana*, cit., p. 48 ss., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962, p. 33 ss., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, II, *I singoli rapporti*, Bari, 1964, 386 ss., e *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, cit., I, p. 298 e p. 301 nt. 21. Ma è evidente che si tratta di due ipotesi radicalmente diverse, la prima (D. 16.3.32) basata sul confronto fra l'atteggiamento attuale dell'obbligato nei confronti della cosa affidata e quello abituale *in suis*, la seconda (D. 13.6.5.4) basata sul confronto fra la differente sorte subita, in un caso fortuito, dai beni propri e da quelli affidati.

<sup>212</sup>) Così, oltre a tutti gli autori già richiamati che ritengono la *diligentia quam suis* tout court bizantina, MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., I, p. 323 r, 331 ss., BETTI, *Istituzioni*, cit., II, p. 403 s., TALAMANCA, *Colpa civile*, cit., p. 520 ss., VOCI, *Diligentia*, cit., p. 57 ss. (su D. 17.2.72 in tema di società), p. 97 (su D. 27.3.1.pr. in tema di tutela) e p. 100s. (su D. 23.3.17.pr. in tema di dote). Per HAUSMANINGER (*Diligentia quam in suis*, cit., p. 265 ss., specie p. 276 ss, *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 283 ss., e *Diligentia quam in suis: a standard of contrac-*

sico e postclassico-giustiniano non risolve i problemi di una figura giuridica che si presenta contraddittoria anche all'interno della disciplina dei singoli istituti (si veda, ad esempio, la contraddizione fra D. 23.3.17.pr. e D. 24.3.24.5 in tema di dote).

Da ultimo occorre ricordare la posizione del Cannata, che ha supposto la presenza nel testo di un'ampia glossa postclassica<sup>213</sup> da 'nisi tamen' a 'praestat' e da 'nec enim' alla fine<sup>214</sup>, cioè proprio nella parte riferita alla *diligentia quam suis*<sup>215</sup>: nel contesto originario Nerva e Celso si sarebbero limitati a qualificare come doloso il comportamento del depositario che avesse usato nella custodia «una diligenza inferiore a quella corrispondente al comportamento che può defi-

---

*tual liability*, cit., p. 179 ss.), seguito, ad esempio, da ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., 210 ss., sono classici D. 16.3.32 e D. 17.2.72 (qui Gaio avrebbe trasformato il concetto di «dolo relativo» elaborato da Celso su base casistica, in standard tecnico di responsabilità contrattuale), postclassici tutti gli altri casi di *diligentia quam suis* ove essa compare come attenuazione di responsabilità per colpa. E' interpolata o postclassica la *diligentia quam suis* nella società per F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrecht*, in «ZSS», LIV, 1934, p. 67 ss., G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I, *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938, p. 184 s., KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., I, p. 576 nt. 48, M. TALAMANCA, 'Società (Diritto romano)', in «ED.», XLII, Milano, 1990, p. 855 s., J.H. LERA, *El contrato de sociedad. La casística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, p. 59, e F.F. De BUJÁN, *Sistema Contractual Romano*, Madrid, 2003, p. 406 ss.; nella tutela, ad esempio, per LAURIA, 'Periculum tutoris', cit., p. 293 nt. 49, BONFANTE, *Responsabilità del tutore*, cit., p. 623 ss., DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore*, cit., specie p. 11 ss., e *Culpa tutoris*, cit., specie p. 13 ss., e F. CANCELLI, 'Diligenza (Diritto romano)', in «ED.», XII, Milano, 1964, p. 520.

<sup>213</sup> *La responsabilità contrattuale*, in «Derecho romano de obligaciones», cit., p. 162 nt. 84, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 46 nt. 116, e *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 73 nt. 20.

<sup>214</sup> Il testo originario si sarebbe dunque limitato a queste parole: 'Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, fraude non caret'.

<sup>215</sup> Addirittura, in *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano* (Cagliari, a.a. 1967-1968), Milano, s.d., p. 319 nt. 1, l'autore afferma di considerare il testo pienamente genuino soltanto nella generica affermazione iniziale 'Quod Nerva ... videtur'.

nirsi come «il comportamento umano» ... perché chi affida ad un soggetto la propria cosa ha diritto di attendersi che questi si comporterà da persona normale»<sup>216</sup>. L'autore considera la fattispecie del fr. 32 come un caso di «dolo tipizzato», cioè come un comportamento tipico, considerato dai giuristi doloso sulla sola base dei suoi connotati esteriori: l'individuazione di casi di «dolo tipizzato» sarebbe stata, infatti, una necessità di fronte alle difficoltà pratiche connesse all'accertamento giudiziale del dolo in quanto «stato dell'anima».

Ma il taglio radicale che questa ricostruzione presuppone non solo appare di per sé ingiustificato di fronte alla piena comprensibilità del testo nella lezione tramandata (cfr. § 9), ma finisce coll'attribuire ai giuristi l'idea – secondo me inaccettabile sia sul piano logico che sotto il profilo storico – che un comportamento possa essere giudicato doloso soltanto perché meno diligente della media: si tratta in realtà di una prospettiva non nuova che, già lummeggiata su altre basi da Accursio, è stata più volte criticata, a partire dalla scuola dei commentatori, nell'intero corso della tradizione romanistica (cfr. § 3 ss.).

Alla luce delle suggestioni della dottrina del novecento, si rivela ora opportuna una revisione dei testi che parta da una nozione di *diligentia quam suis* non aprioristica ed unitaria, ma variabile e modellata sulle esigenze concrete dei singoli rapporti<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup>) *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 72.

<sup>217</sup>) Così già MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*», cit., p. 379 ss.

9.

PER UNA RILETTURA CONCLUSIVA DELLA «LEX QUOD NERVA»  
ALLA LUCE DEGLI ALTRI TESTI SULLA «DILIGENTIA QUAM SUIS»

a. Al di là delle svariate letture date alla ‘*lex quod Nerva*’ nel corso dei secoli e della diversa portata di volta in volta riconosciutale per la ricostruzione della dottrina della colpa e della *diligentia quam suis*, comune a molti studi esegetici è il tentativo di individuare nella *lex* la statuizione di un principio generale (quello del «dolo presunto» a partire dai glossatori, quello del «dolo ampliato» a partire dalla Pandettistica) senza una corrispondente ed adeguata considerazione del dato testuale: in realtà, come sporadicamente messo in luce, nel corso dei secoli, da diversi esponenti della dottrina (già Vinnio<sup>218</sup>, poi Le Brun<sup>219</sup>, Glück<sup>220</sup>, von Löhr<sup>221</sup>, Sertorio<sup>222</sup>, Rotondi<sup>223</sup>, Cian<sup>224</sup>, Hoffmann<sup>225</sup>, Hausmaninger<sup>226</sup>), il testo non statuisce il principio generale che l’omissione di *diligentia quam suis* del depositario sia dolo, ma descrive il caso specifico di un depositario abitual-

---

<sup>218</sup>) *Arnoldi Vinnii in quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., II, p. 170 (cfr. *supra*, § 5).

<sup>219</sup>) *Essai*, cit., § XIII, p. 525 (cfr. *supra*, § 6).

<sup>220</sup>) *Commentario alle Pandette*, XVI, cit., p. 317 s.

<sup>221</sup>) *Die Theorie der Culpa*, cit., p. 30 ss.

<sup>222</sup>) *La «culpa in concreto»*, cit., 71 ss.

<sup>223</sup>) *La misura della responsabilità*, cit., p. 102 ss.

<sup>224</sup>) *Lata culpa dolo aequiparatur*, cit., p. 168 s.

<sup>225</sup>) *Die Abstufung der Fabrlässigkeit*, cit., p. 8.

<sup>226</sup>) *Diligentia quam in suis*, cit., p. 265 ss., *Rechtsvergleichende Notizen*, cit., p. 284 ss., e *Diligentia quam in suis: a standard of contractual liability*, cit., p. 183 ss.

mente più negligente *in suis* di quanto la *natura hominum*<sup>227</sup> richieda, che *in deposito* sia ancor più negligente<sup>228</sup> e con ciò tradisca l'affidamento riposto in lui dal depositante, annullando l'operatività del principio '*de se queri debet*' (in base al quale chi abbia assunto un depositario negligente, deve imputare a sé ogni conseguente danno)<sup>229</sup>. Infatti, come bene spiega il Rotondi, «chi affida un oggetto a persona notoriamente trascurata *de se queri debet*: ma ognuno deve avere il diritto di aspettarsi che quella persona sia almeno tanto diligente quanto lo è usualmente»<sup>230</sup>. In tale lettura, come chiarisce il Sertorio, trova giustificazione anche il comparativo *latior* della frase d'esordio (... *latiorem culpam dolum esse* ...) che indica che «il supposto depositario avrebbe commesso per le cose depositate una colpa *più grave* di quelle, pur già *latae*, che soleva commettere per sé»<sup>231</sup>.

Ma, dati per certi questi presupposti, la piena comprensione del passo richiede, a mio parere, un'ulteriore precisazione. Secondo la lettura attualmente dominante<sup>232</sup> il testo documenterebbe l'intento dei giuristi alto-imperiali di estendere la responsabilità per dolo del depositario a casi privi del requisito della consapevolezza delle conseguenze dannose del proprio comportamento, e proverebbe l'elasticità classica del criterio del dolo in contrapposizione alla staticità e rigidità del concetto giustiniano. A sostegno di questa tesi la

---

<sup>227</sup>) In questo contesto la '*natura hominum*' è, secondo CERAMI, *La concezione celsina del ius*, cit., p. 47 nt. 92, la «coscienza morale di ciascun uomo», secondo F. CAMACHO EVANGELISTA, *«Ius naturale» en las fuentes jurídicas romanas. I. «Ius naturale» en Ulpiano (D. 1.1.1.3) (Inst. 1.2.pr.)*, in «Estudios Jurídicos U. Alvarez Suárez», Madrid, 1978, p. 49, la «regla de la normalidad moral».

<sup>228</sup>) '*... nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret*'.

<sup>229</sup>) Sulla insospettabilità del principio – che, tuttavia, non si fonda su una regola dogmatica unitaria – Th. MAYER-MALY, *De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*, in «Festschrift M. Kaser», München, 1976, p. 229 ss., e J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *«De se queri» = ΕΑΥΤΟΝ ΑΙΤΙΑΣΘΑΙ*, in «Estudios J. Iglesias», II, Madrid, 1988, p. 1065 ss.

<sup>230</sup>) *La misura della responsabilità*, cit., p. 108-109.

<sup>231</sup>) *La «culpa in concreto»*, cit., p. 78.

<sup>232</sup>) Cfr. *supra*, § 8.

dottrina è solita citare alcuni frammenti del titolo ‘*depositi vel contra*’ del Digesto, ove i giuristi mostrano di estendere la tutela del depositante a casi di mancata o difettosa restituzione della cosa depositata indipendentemente dalla verifica dell’intenzionalità del suo comportamento e della consapevolezza delle sue conseguenze: è il caso, ad esempio, del depositario condannato, secondo l’opinione di Giuliano, sul semplice presupposto del suo rifiuto di restituire la cosa (D. 16.3.1.22), del *sequester* condannato per aver liberato, spinto dalla misericordia e non allo scopo specifico di consentirgli la fuga, uno schiavo miseramente legato in attesa di processo (D. 16.3.7.pr.), o di chi, ricevuto un deposito da uno schiavo, venga condannato per averlo restituito allo stesso schiavo, nonostante potesse, valutando le circostanze, sospettare che la volontà del *dominus* era contraria alla restituzione (D. 16.3.11.pr.):

D. 16.3.1.22 Ulp. 30 *ad ed.*: Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo malo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo malo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? Vel condicio depositionis non exstitit?

D. 16.3.7.pr. Ulp. 30 *ad ed.*: Si hominem apud se depositum ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vincum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempetive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.

D. 16.3.11.pr. Ulp. 41 *ad Sab.*: Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. Denique Sabinus hoc explicuit addendo: «nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle». Hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. Sed et si ante eius rei furtum fecerat

servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel creditur dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. Non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. Idemque et in omnibus debitoribus servandum Pomponius scribit.

Ma a ben vedere, intendere questi casi come attestazione di un consapevole tentativo giurisprudenziale di ampliamento sostanziale del concetto di dolo<sup>233</sup> appare incongruente con il tenore dei testi, che impostano il problema sotto il mero profilo processuale: in D. 16.3.1.22 Giuliano prospetta come doloso il contegno del depositario che rifiuta la restituzione di fronte all'espressa domanda del deponente. Marcello rileva l'eventualità di cause oggettive che giustifichino il rifiuto di restituzione e che quindi escludano il dolo attuale. Nella prospettiva del testo ulpiano, che mette a confronto Giuliano con Marcello, il punto di vista è quello processuale della mancata restituzione dolosa e dell'eventualità di circostanze a difesa del convenuto che escludano il dolo. Nel fr. 7.pr. D. 16.3 Ulpiano rifiuta, seppure che un certo imbarazzo, l'idea che l'esercizio della misericordia da parte del sequestratario infedele lo giustifichi di fronte all'azione dei codeponenti che ne fanno valere il dolo<sup>234</sup>. In D. 16.3.11.pr. non deve stupire la menzione del dolo del depositario,

---

<sup>233</sup>) Così li intende oggi la letteratura dominante, con un'inversione di tendenza rispetto al fuoco della critica interpolazionistica a cui in passato questi testi sono stati sottoposti (cfr. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung*, cit., 109 s., con la letteratura citata). Cfr. MANNA, *Una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale*, cit., p. 481 ss., TAFARO, *Regula e ius antiquum*, cit., p. 246 ss., R. HERRERA, *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito*, in «Estudios J. Iglesias», III, Madrid, 1988, p. 1420 s., LITEWSKI, *Depositary's liability*, cit., p. 18 ss., MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 166 ss., e ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 35.

<sup>234</sup>) In un caso analogo i giuristi escludono espressamente il dolo (D. 4.3.7.7 Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere?*



non consapevole per sua colpa della contraria volontà del *dominus* dello schiavo deponente alla restituzione allo schiavo stesso: ancora una volta il depositario non può difendersi nell'*actio depositi* esperita dal *dominus* per questa restituzione contraria alla sua volontà, adducendo la sua ignoranza colposa<sup>235</sup>. In questo modo i sospetti di interpolazione vengono mitigati e i testi mantengono la loro interna coerenza logica.

In tale quadro si chiarisce meglio anche la portata del fr. 32, che costituisce attestazione significativa dei tentativi giurisprudenziali dell'epoca di estendere l'operatività dell'*actio depositi in factum* e *in ius* a casi di grave infrazione della *fides* che non rientrerebbero di per sé nella fattispecie tipica del dolo<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup>) Non è dunque il caso di considerare l'inciso '*si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit*' come una glossa post-classica: così SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario*, cit., p. 202 ss., DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, cit., II, p. 384 s., ID., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, cit., I, p. 162 ss., e LONGO, *Corso*, cit., p. 43; contro questa ipotesi, invece, TAFARO, *Regula e ius antiquum*, cit., specie p. 252 s. (con altra letteratura). Acuta l'esegesi di R. MARTINI, *Di un discusso riferimento alla «culpa» in tema di deposito*, in «Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 7-9-aprile 1987», I, Milano, 1988, p. 205 ss., che ritiene che il passo non ponga un problema di responsabilità contrattuale, ma di considerazione della *suspicio culpa* ai fini dell'effetto non liberatorio dell'adempimento: infatti alla presenza di cause oggettive tali da indurre a ritenere che «l'adempimento nelle mani dello schiavo non era voluto dal *dominus*», l'adempimento stesso non avrebbe potuto essere liberatorio (p. 212).

<sup>236</sup>) Sulla datazione delle azioni *in factum* e *in ius* e sui dibattiti alto-imperiali in ordine alla loro operatività ed estensione applicativa, che rivelano una coincidenza cronologica con l'epoca della '*lex quod Nerva*', da ultimo, A. CASTRO SAÉNZ, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica*, in «La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de derecho romano», Burgos, 2001, p. 187 ss., PANERO GUTIÉRREZ, *Deponere y reddere*, cit., p. 75 ss., NEGRI, *Deposito*, cit., p. 228 ss., MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 218 ss., e J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in «SDHL», XXVIII, 1962, p. 233 ss.

b. Come già notato (§ 8) il fr. 32 di Celso, in ragione dell'originaria collocazione palinogenetica, è stato non di rado in dottrina riferito alla tutela, quasi che la disputa fra Nerva e Proculo alludesse alla possibile estensione della responsabilità per dolo del tutore al caso dell'omissione della *diligentia* abituale nei suoi affari. Si dimostrerà ora che l'incoerenza sostanziale rilevabile fra il concetto di *diligentia quam suis* del tutore e il caso descritto dalla '*lex quod Nerva*', consente ragionevolmente di escludere tale sospetto.

Com'è noto, il tema della responsabilità del tutore in età classica è stato oggetto in dottrina di un'annosa disputa<sup>237</sup> fra chi, soprattutto in passato, la considerava limitata al dolo<sup>238</sup>, chi pensava ad un criterio di imputabilità oggettiva fondato sul mero nesso di causalità fra interposizione gestoria ed evento dannoso<sup>239</sup>, e chi – con opinione oggi maggioritaria – ritiene genuine le svariate attestazioni delle fonti sull'estensione della sua responsabilità fino alla colpa<sup>240</sup>. Comunque, nonostante le differenze di opinione, è comune

---

<sup>237</sup>) Le dispute dipendono in larga misura dall'oscurità e contraddittorietà dei testi: «Storicamente non si riuscirà mai (temo)» – scriveva LAURIA, '*Periculum tutoris*', cit., p. 285 – «a sceverare nettamente le varie correnti di pensiero nelle diverse epoche».

<sup>238</sup>) Così MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., I, p. 327 ss., EHRHARDT, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 101 ss., ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 38 ss. e 55 ss., e BONFANTE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 623 ss. Altra lett. in VOCI, '*Diligentia*', cit., p. 86 ss. Sull'argomento fondamentale di questa tesi, cioè la natura infamante dell'azione, e la sua inattendibilità, cfr. le critiche già mosse nel § 8.

<sup>239</sup>) Così LAURIA, '*Periculum tutoris*', cit., p. 285, che pensava che, fino ad Ulpiano, la responsabilità del tutore non fosse «commisurata secondo criteri tecnici (dolo, *culpa*, *custodia*, ecc.) dai quali in genere si prescinde: si dichiara obbligato il tutore qualora risenta danno il pupillo, affermandosi che l'esistenza del danno è prova che il tutore non ha osservato la *fides*, non ha adempiuto ai doveri del suo *officium*». La tesi è ripresa e radicalizzata da DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore*, cit., p. 81 ss. Dello stesso autore cfr. anche *Culpa tutoris*, cit., *passim*, e '*Exactissima diligentia*' (*Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*), in «SDHI.», XXIII, 1957, p. 119 ss.

<sup>240</sup>) Ad esempio G. MACCORMACK, *The liability of the tutor in classical roman*

fra gli interpreti l'idea che la gestione del patrimonio pupillare debba essere informata ai criteri generali della *fides et diligentia*<sup>241</sup>, ossia dell'accuratezza, ocularietà, attenzione, premura e partecipazione affettiva e psicologica<sup>242</sup> agli interessi del pupillo, da cui discende, come da *genus a species*, la lunga serie di obblighi specifici ricordati nelle fonti, come quello della tempestiva assunzione dell'ufficio, dell'accurata redazione dell'inventario, della regolare tenuta dei conti, dell'oculato investimento del patrimonio pupillare in *nomina idonea* o beni immobiliari, dell'educazione e cura della persona del pupillo, e

---

*law*, in «The Irish Jurist», V, 1970, 369 ss., TAFARO, *Regula e ius antiquum*, cit., p. 295 ss., e VOCI, 'Diligentia', cit., p. 86 ss.

<sup>241</sup>) Le attestazioni dell'espressione, relativamente alla gestione pupillare, vanno da Cicerone ad Ulpiano: citazioni in VOCI, 'Diligentia', cit., p. 87 nt. 3. Particolarmente significativa è l'attestazione di *Gai. inst.* 1.200 (= *Inst. inst.* 1.24.pr.), ma cfr. anche Quint., *Inst. Orat.* 7.4.35, D. 26.1.7-8, D. 26.5.21.5, D. 26.7.12.1, D. 27.4.3.7 e D. 27.5.4. A tal punto si pone in primo piano l'interesse del pupillo, che al magistrato è concesso di discostarsi dalla designazione paterna del tutore, se dubita della sua idoneità all'*officium* (perché ad esempio era *bonae vitae et frugi* all'epoca della nomina testamentaria, poi ha iniziato a *male conversari*: D. 26.7.3.3), ai tutori nominati dal padre possono essere aggiunti, se necessario, dei curatori (D. 26.7.3.4), l'*officium* del tutore, che risponde al pubblico interesse, non può mai essere sospeso, nemmeno per volontà paterna (D. 26.7.5.8: qui il padre aveva disposto che la tutela fosse gestita *consilio matris*), non si può disporre pattiziamente l'esonerazione da responsabilità del tutore (D. 26.7.5.7), è lecito ai tutori *negligere* il *praeceptum patris* se una soluzione diversa appare più favorevole al pupillo (D. 26.7.5.9 e D. 26.7.47.1).

<sup>242</sup>) «... *reliqua sunt in cura, attentione animi, cogitatione, vigilantia, adsiduitate, labore; complectar uno verbo, quo saepe iam sumus usi, diligentia, qua una virtute omnes virtutes reliquae continentur*»: sono parole di Cicerone, *de orat.* 2.35.150, che corrispondono esattamente all'accezione di *diligentia* individuata nel testo. Sulle diverse accezioni del termine e sulla sua classicità, a dispetto della radicale critica interpolazionistica del KUNKEL (*Diligentia*, cit., p. 266 ss.), cfr. W.W. BUCKLAND, *Diligens paterfamilias*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 87 ss., EHRHARDT, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 101 ss., CANCELLI, *Diligenza*, cit., p. 517 ss. TAFARO, *Regula e ius antiquum*, cit., p. 295 ss., e VOCI, 'Diligentia', cit., p. 33 ss. Cfr. anche I. DE FALCO, «*Diligentiam prestare*». *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle «obligationes»*. *Tesi di Dottorato*, Napoli, 1991, *passim*, con l'ampia recensione di C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale*, cit., p. 413 ss.

---

così via<sup>243</sup>.

In tale contesto rientrano con piena coerenza, al di là dei sospetti di interpolazione frequentemente avanzati<sup>244</sup>, i frammenti attestanti la cd. *diligentia quam suis* del tutore, che alludono proprio alla «fattiva devozione agli interessi del pupillo» che deve indurre il tutore ad «un impegno non inferiore a quella cura che egli porta negli affari propri»<sup>245</sup>: accezione, del resto, non infrequente, anche al di fuori del campo specifico della tutela, nelle fonti extra-giuridiche, prime fra tutte quelle evangeliche<sup>246</sup>. E' il caso, ad esempio, di D. 27.3.1.pr., Ulp. 36 *ad ed.*, ove la '*diligentia quanta in suis rebus*' del tutore si aggiunge alla statuizione generale dei criteri di imputabilità della colpa e del dolo, come «grado di chiusura» della sua responsabili-

---

<sup>243</sup>) Sul tema, in particolare, VOCI, '*Diligentia*', cit., p. 87 ss. Cfr., ad esempio, D. 26.7.32.2, D. 26.7.39.3, D. 26.7.47.2, D. 27.3.1.pr., D. 27.5.1.9, C.I. 5.51.7 (responsabilità del tutore per azioni ed omissioni), D. 27.3.1.3 e 9.4 (obbligo di rendiconto della gestione), D. 26.7.7.pr., C.I. 5.37.24 (inventario iniziale dei beni), D. 26.7.7.1 (alienazione di cose deperibili), D. 26.7.7.2, 3, 7 (acquisto di fondi idonei), D. 26.7.7.3 ss., D. 26.7.15, 16 (investimento ad interessi del denaro pupillare, anche se è il tutore stesso a prendere il denaro a prestito), D. 26.7.12.3, 13.pr., D. 27.21.1 (il tutore è preposto non solo alla gestione del patrimonio, ma anche ai costumi ed educazione del pupillo), D. 26.7.15 (escussione dei debitori pupillari), D. 26.7.30 (difesa processuale), D. 26.7.32.1 (conservazione accurata delle *cautiones* di pagamento dei *vectigalia*), C.I. 5.37.4 (deposito del denaro ad interesse o sua conversione nell'acquisto di fondi), e C.I. 5.37.23 (cura del pagamento del *vectigal* enfiteutico). Significativa, al riguardo, è l'espressione '*periculum tutelae*' che, come bene spiega il Betti (*Istituzioni*, cit., II.1, p. 296), «indica il rischio della gestione in quanto dipendente da un'apprezzamento del tutore» che così «assume ... una responsabilità per l'esito non conforme agli interessi pupillari».

<sup>244</sup>) Sul punto cfr. *supra*, § 8.

<sup>245</sup>) Sono parole del BETTI, *Istituzioni*, cit., II.1, p. 393.

<sup>246</sup>) Mette in luce la diffusione di tale accezione nella percezione dell'uomo comune dell'età alto-imperiale WOLFF, *Zur Geschichte der diligentia quam suis*, cit., p. 152 ss., che porta l'esempio significativo di *P. Mert.* I.24, una lettera privata di origine incerta del 200 d.C. in cui, alle ll. 12-14, si domanda al destinatario una cura diligente e attenta come nelle proprie cose. Nello stesso ordine di idee rientra la famosa notazione del Vangelo di Giovanni (10.11 ss.).

tà<sup>247</sup>: qui, come giustamente ha osservato il MacCormack, «the sense is that the *tutor* is required to take proper care ... and is liable for failure to take such care ... *Diligentia* is mentioned explicitly because of the importance of the fault constituted by the failure to take care»<sup>248</sup>:

In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, prestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.

Analoga prospettiva è quella di D. 26.7.33.pr., Call. 4 *de cogn.* che, a dispetto delle critiche di illogicità e dei sospetti di interpolazione<sup>249</sup>, indica soltanto che, nella gestione del patrimonio pupillare, si chiede a tutori e curatori di prestare la diligenza che un *pater familias* attento e sollecito presta normalmente nelle sue cose:

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.

Benché il criterio ivi seguito sia eminentemente astratto, anche qui come nel frammento precedente ciò che preme al giurista è precisare che dal tutore si pretende una gestione attiva, attenta, accurata,

---

<sup>247</sup>) MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*», cit., p. 392.

<sup>248</sup>) *The liability of the tutor*, cit., p. 376.

<sup>249</sup>) Ad esempio dell'EISELE, III. *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in «ZSS.», XIII, 1892, p. 128 s.: «Dass Jemand *rebus suis diligentiam praestare debet*, ist ein Unsinn; das *rebus suis* ist interpolirt». L'osservazione è stata ripresa da HAUMANINGER, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 279 nt. 43. Opportunamente il BUCKLAND (*Diligens paterfamilias* cit., p. 104) opponeva che «there is nothing odd in speaking of the care which a man ought to shew in his own affairs». Peraltro l'espressione si ritrova, riferita a vari rapporti, in altri testi giuridici (D. 7.1.65.pr., D. 13.6.18.pr., D. 13.7.14, D. 18.1.35.4, *Inst. inst.* 3.24.5) e comunque è comune nelle fonti letterarie «la figura dell'uomo modello ... nell'ambito dell'amministrazione della propria azienda agraria» (CANCELLI, *Diligentia*, cit., p. 524).

---

sollecita, come è di regola quella di chi amministra una cosa propria: interpretazione, questa, conforme alla testimonianza dei Basilici ove, nello scolio Οὐχ (n. 4) a D. 27.3.1.pr. = *Bas.* 38.3.1, lo scoliasta anonimo interpreta la *diligentia quam suis* ivi richiamata come la *diligentia exacta* dell' ἐπιμελής ἄνθρωπος proprio sulla base del confronto del testo con D. 26.7.33.pr. di Callistrato<sup>250</sup>.

Coerenti con tale impostazione di fondo sono anche le trattazioni casistiche dei giuristi, che proprio del confronto fra le scelte del tutore *in rebus suis* e *in rebus pupilli*, fanno sovente un criterio diagnostico della sua responsabilità nel caso concreto. Così per Scevola, che imputa ai tutori la perdita economica derivante al pupillo dal loro atteggiamento omissivo quando, in seguito ad un incendio distruttivo dell'intera documentazione di credito, pupillare e personale, essi abbiano salvaguardato gli interessi propri (convocando i debitori per chieder loro il pagamento o la *novatio obligationum*) ma non quelli del pupillo. E' interessante notare che nel passo la *diligentia quam suis* non compare come autonomo criterio di responsabilità, ma come mero elemento diagnostico dell'esistenza del dolo o della colpa in capo ai tutori nel caso concreto<sup>251</sup> («... *si adprobatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse*»):

D. 26.7.57.pr., Scév. 4 *dig.*: Chirographis debitorum incendio exustis cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam aut novationem facendam cogere, cum idem circa [prios] <proprios> debitores propter eundem casum fecissent, id omissent circa debitores pupillorum, an, si quis propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? Respondit, si adprobatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse, praestari ab his hoc debere<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup>) Cfr. NÖRR, *Die Fabrlässigkeit*, cit., p. 48 s. Analoghe osservazioni già in C. FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, in «Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche», XXXII, 1901, p. 141 ss., e in SERTORIO, *La 'culpa in concreto'*, cit., p. 15 ss.

<sup>251</sup>) Così anche MACCORMACK, *The liability of the tutor*, cit., p. 373.

<sup>252</sup>) Analogo criterio si trova espresso in D. 26.7.12.2, Paul. 38 *ad ed.*: il

Analogo criterio è utilizzato da Gaio per statuire la responsabilità del *tutor* che abbia lasciato infruttuoso il denaro pupillare con la scusa di non aver trovato *nomina idonea*, ma abbia oculatamente e con successo collocato il proprio:

D. 26.7.13.1, Gai 12 *ad ed. prov.*: Non est audiendus tutor, cum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveni-  
ret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.

Lo stesso confronto serve al pretore per valutare la scusabilità del tutore che, assentandosi improvvisamente, abbia lasciato il pupillo in condizioni miserevoli facendogli mancare addirittura gli *alimenta*: egli, infatti, non sarà rimosso, ma soltanto temporaneamente affiancato da un curatore se, per un'assenza necessaria ed improvvisa, si sia trovato nell'impossibilità di provvedere non solo agli interessi del pupillo, ma anche ai suoi propri:

D. 27.2.6, Tryph. 14 *disp.*: Si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis adfinibus atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem: et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. Si vero necessaria absentia tutoris et improvisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suae providere nec consulere pupillo potuerit et speratur redire et idoneus sit tutor nec expediat alium adiungi et pupillus alimenta de re sua postulet: recte constituetur ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat.

Identico criterio è infine attestato in ordine alla valutazione dell'accogliabilità dell'*excusatio tutelae* in caso di *adversa valetudo* del chiamato

---

testo non è, tuttavia, del tutto perspicuo.

---

all'*officium*: essa, infatti, per disposizione imperiale, può essere accolta soltanto in caso di impedimento serio, comprovato dall'impossibilità di provvedere anche ai propri interessi personali:

D. 27.1.10.8, Mod. 3 *ex*: ... Adversa quoque valetudo excusat, sed ea quae impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit, ut imperator noster cum patre rescripsit<sup>253</sup>.

Quanto tale peculiare accezione di *diligentia quam suis* fosse radicata nella mentalità del tempo, lo dimostra la Novella giustiniana 72 dell'anno 538 che, al capo VIII, raccomandando ai curatori una gestione patrimoniale particolarmente accurata nel caso di difficoltà economiche del pupillo, usa l'espressione ὡς ἂν ἐπὶ τοῖς ἑαυτῶν πράγμασι per indicare la richiesta di massima partecipazione, psicologica ed affettiva, agli interessi di quello. Come si vedrà, in seguito al progressivo avvicinamento della potestà maritale alla tutela come altrettanti uffici protettivi, questa stessa accezione di *diligentia quam suis* verrà, in età giustiniana, estesa all'amministrazione dei beni do-

---

<sup>253</sup>) La soluzione corrisponde a quella di un rescritto di Settimio Severo ambientato nell'Egitto romano e pubblicato negli «Apokrimata. Decisions of Septimius Severus on legal matters. Text, translation and historical analysis by W.L. Westermann, legal commentary by A.A. Schiller», New York, 1954, p. 79 s., ll.35-39: alla richiesta di esenzione dalle civiche liturgie per malattia di un tale Cronio, figlio di Eracleide, l'imperatore risponde che la malattia scusa soltanto se non si è in grado di curare nemmeno i propri affari. Richiama il testo contro la diffusa, e non sempre fondata, tendenza interpolazionistica E. SEIDL, *Papyrologie und Interpolationenkritik an den Digesten*, in «*Annales Universitatis Saraviensis*», VIII, 1959, p. 25 s. Il testo prova lo stretto legame, già messo in luce con precisione dall'EHRHARDT (*Diligentia quam in suis*, cit., p. 101 ss.), esistente fra le norme sulla responsabilità dei magistrati e dei titolari di *publica officia* in genere, e quelle sulla responsabilità del tutore: l'autore dimostrò così, contro l'opinione del KUNKEL (*Diligentia*, cit., p. 266 ss.), che in questo campo il concetto di '*diligentia*' era applicato sin dalla prima età classica. Sull'accostamento fra tutela e curatela di diritto privato e *curae publicae* si veda anche A. PALMA, *Le 'curae publicae'*. *Studi sulle strutture amministrative romane*, Napoli, 1980, p. 15 ss.



tali<sup>254</sup>. Lo dimostrano C.I. 5.14.11.4, una costituzione giustiniana del 530 riferita alla conservazione dei documenti parafernali di credito della moglie, e D. 23.3.17.pr., un testo tratto dal VII libro del commentario ad *Sabinum* di Paolo ove, alla classica responsabilità del marito per dolo e colpa, viene aggiunta la menzione della *diligentia quam suis* probabilmente su imitazione di D. 27.3.1.pr. in tema di tutela<sup>255</sup>:

C.I. 5.14.11.4: Dum autem apud maritum remanent eadem cautiones, et dolum et diligentiam maritus circa eas prestare debet, qualem circa suas res habere invenitur ne ex eius malignitate vel desidia aliqua muliebri accedat iactura. Quod si evenerit, ipse tandem de proprio resarcire compelletur<sup>256</sup>.

D. 23.3.17.pr.: In rebus dotalibus virum prestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

E' evidente che l'accezione di *diligentia quam suis* del tutore qui ricostruita, non ha nulla a che fare con quella attestata dalla «lex quod Nerva» e, in generale, con l'accezione unitaria che a questa espressione è stata data sin dai primi secoli della tradizione romanistica<sup>257</sup>:

---

<sup>254</sup>) Mentre la *diligentia quam suis* del marito aveva in epoca classica un significato competentemente diverso: cfr. *infra*, nel testo.

<sup>255</sup>) Sulle riforme giustiniane delle azioni per la restituzione della dote, F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, p. 205 ss.

<sup>256</sup>) Per NÖRR, *Die Fabrlässigkeit*, cit., p. 50 nt. 1, al «dolum» corrisponde nel testo la «malignitas» («dolum ... ne ex eius malignitate ...»), alla «diligentia quam suis» la «desidia» («diligentiam ... qualem circa suas res ... desidia»): se ciò è vero, conferma che l'accezione data da Giustiniano nel contesto alla «diligentia quam suis» del marito è proprio quella di diligenza attiva ed operosa, volta a migliorare le condizioni economiche della moglie, assimilabile a quella del tutore nei confronti del pupillo.

<sup>257</sup>) In questo senso hanno ragione coloro che negano che nella tutela sia mai stata applicata la *diligentia quam suis* nel senso comune del termine: così FADDA, *Il buon padre di famiglia*, cit., 173ss., e SERTORIO, *La 'culpa in concreto'*,

piuttosto, i frequenti malintesi dottrinali sul tema sono proprio dipesi dal tentativo di esaminare i testi secondo una concezione preconcepita, sacrificando le peculiarità dei singoli rapporti. In realtà la *diligentia quam suis* è un mero parametro di fatto di cui talvolta, per particolari ragioni, i giuristi si servono come criterio di determinazione della responsabilità dell'obbligato.

In ogni caso, la grave negligenza assimilabile al dolo della '*lex quod Nerva*', che legittima il depositante ad esperire l'*actio depositi* quando il depositario, già negligente *in suis*, sia nella custodia del deposito ancor più negligente, non ha nulla a che fare con il surplus di diligenza attiva richiesta al tutore nella gestione del patrimonio pupillare in funzione protettiva. E' quindi da escludere che D. 16.3.32 si sia originariamente riferito alla tutela.

c. La trattazione non sarebbe completa senza un riferimento ai testi in cui la *diligentia quam suis* compare in funzione attenuativa della responsabilità per colpa<sup>258</sup>: si è visto, infatti, che sin dai glossatori la contraddizione fra D. 16.3.32 in tema di deposito, ove la *diligentia quam suis* aggrava la responsabilità dell'obbligato, e D. 17.2.72 (= *Iust. inst.* 3.25.9) in tema di società e D. 10.2.25.16 in tema di comunione ove, invece, ne attenua la responsabilità per colpa, costituisce un topos del dibattito scientifico sulla responsabilità contrattuale.

Indizi utili alla soluzione del problema si possono ricavare in primo luogo da D. 10.2.25.16, nonostante la poca considerazione di cui il testo ha generalmente goduto nelle trattazioni romanistiche sul tema:

D. 10.2.25.16, Paul. 23 *ad ed.*: Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare

---

cit., p. 15 ss.

<sup>258</sup>) Come già notato (§ 7) questi casi erano privilegiati nella ricostruzione pandettistica della *diligentia quam suis*, perché la figura era sempre intesa come attenuazione di *culpa levis*.

debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hoc coniunxit ad societatem non consensus, sed res.

Secondo la lezione della *Florentina*, il frammento esordisce dicendo che la responsabilità del coerede per danni arrecati *in re hereditaria* non si limita al dolo ma si estende alla colpa a causa del carattere incidentale della comunione. Il riferimento evidente è al contratto di società, in cui per Paolo si risponde in misura più ridotta (soltanto per dolo) perché *‘de se queri debet’* chi ha scelto un socio negligente. Tuttavia elemento diagnostico dell’esistenza della colpa in capo al comunista non è, come di consueto, l’assenza della *diligentia* del *bonus pater familias*, ma l’assenza di *diligentia quam suis*, perché questi (sia coerede che collegatario) *‘propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit’*.

La diversa interpretazione del testo resa in età bizantina dello scolio Κισομένων (n. 13) ad *Bas.* 42.3.25 ha spinto gli editori<sup>259</sup> a proporre una diversa lettura che, alla statuizione iniziale della responsabilità del coerede per dolo e colpa, fa seguire l’attenuazione della *diligentia quam suis* fondata, oltre che sulla gestione *propter suam partem*, sul carattere incidentale della comunione:

... non tantum dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres: quoniam tamen cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum, non talem diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias: nam quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, ideo negotiorum gestorum in eum actio non competit ...

Tuttavia, seguendo questo indirizzo, il beneficio della *diligentia quam suis* deriverebbe al comunista dall’inapplicabilità del principio *‘de se queri debet’*, perché egli, contrariamente al socio, non ha potuto sce-

---

<sup>259</sup>) La proposta del Mommsen è recepita anche dagli editori italiani del Digesto «milanese».

gliere i compartecipi alla comunione. Ma è noto che, all'opposto, lo stesso principio viene presentato in D. 17.2.72 come motivazione della concessione del beneficio nella società, il che crea fra i due testi un insanabile contrasto. Emerge inoltre con evidenza l'assenza di un legame logico fra la prima motivazione (il carattere incidentale della comunione) e la seconda (la gestione *propter suam partem* del comunista). La genuinità di questa seconda motivazione è, invece, confermata dalla sua coerenza con il contesto complessivo del passo, i cui §§ 17 e 18 trattano proprio di problematiche attinenti a danni arrecati alla comunione da uno solo dei suoi membri a causa di decisioni o posizioni assunte singolarmente o della gestione isolata della *res communis*. Infatti il § 17 allude al caso di un legato di *homo incertus*: il legatario muore ma, fra i coeredi, uno non acconsente alla scelta dell'*homo* proposta dagli altri e così impedisce a tutti l'acquisto del legato. Secondo Paolo, questi potrà essere condannato nel *iudicium familiae heriscundae* intentato dai coeredi al *quantum intersit eorum*. Lo stesso accade nel caso opposto, quando, cioè, fra più coeredi a cui spettava la scelta dell'*homo* da dare in legato, uno solo non abbia consentito alla proposta degli altri. I coeredi, condannati nel processo intentato dal legatario per mancato adempimento del legato, possono rivalersi contro di lui con l'*actio familiae heriscundae*:

D. 10.2.25.17: Si incerto homine legato et postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impederit legatum, is qui impedit hoc iudicio ceteris quanti intersit eorum damnabitur. Idem est, si e contrario unus ex heredibus, a quibus generaliter homo legatus est quem ipsi elegerint, noluerit consentire, ut praestetur quem solvi omnibus expediebat, et ideo conventi a legatario iudicio pluris damnati fuerint.

Un caso analogo è presentato nel § 18, ove si dichiara tenuto a titolo di colpa il coerede che, avendo adito prima degli altri (istituiti, ad esempio, sotto condizione), abbia con la sua inerzia determinato l'estinzione per non uso delle servitù costituite a favore dei fondi ereditari:

D. 10.2.25.18: Item culpae nomine tenetur, qui, cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

Sono tutti casi in cui un coerede è condannato con l'*actio familiae heriscundae* perché col suo comportamento ha impedito un'acquisto o ha cagionato una perdita a tutti gli altri membri della comunione. Ciò suggerisce di cercare la vera motivazione dell'attenuazione di responsabilità alla *diligentia quam suis* enunciata nel § 16 dello stesso frammento, proprio nella gestione *propter suam partem* del comunista e nella rilevata assenza, in capo a lui, di legittimazione – attiva e passiva – all'*actio negotiorum gestorum*, cioè, in ultima analisi, nel rapporto esistente fra azioni divisorie e *actio negotiorum gestorum*.

Tale rapporto viene bene evidenziato da Ulpiano nel fr. 6.2 del titolo '*communi dividundo*' quando, in un caso di gestione isolata di un fondo comune da parte di uno dei comproprietari, precisa che l'azione esercitata dagli altri per ottenere il risarcimento dei danni (arrecati dal «gestore» all'intero) o la divisione dei lucri, sarà l'*actio communi dividundo* se la gestione della sua parte è inscindibile dalla gestione del tutto – cioè se si tratta di *communio pro indiviso*<sup>260</sup> –, l'*actio negotiorum gestorum* nel caso contrario (cd. *communio pro diviso*)<sup>261</sup>:

D. 10.3.6.2, Ulp. 19 *ad ed.*: Sive autem locando fundum commune sive colendo de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo iudicio tenebitur, et si quidem communi nomine id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum oportet, si vero non

---

<sup>260</sup> Sul tema P. PANERO ORIA, *D. 10,3,28 (Pap. 7 quaest.): responsabilidad por alteraciones en la cosa común*, in «La responsabilidad civil», cit., p. 603 ss., e A. MURILLO VILLAR, *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000, *passim*.

<sup>261</sup> Questa distinzione fra '*pars pro diviso*' e '*pars pro indiviso*' era già nota a Quinto Mucio: D. 50.16.25.1, Paul. 21 *ad ed.* Per '*communio pro diviso*' si intende «quella situazione in cui una serie di *partes pro diviso*, oggetto di proprietà solitaria, configurano, sul piano sociale ed economico, un tutto: si pensi ai poderi risultanti dalla spartizione di un fondo di dimensioni maggiori, che si sentano ancora legati fra di loro dalla comune origine» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 410).

communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut damnum ad ipsum respiciat. Hoc autem ideo praestat communi dividundo iudicio, quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi dividundo iudicium locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur.

Nel primo caso il gestore agisce per sé stesso, perché gli sarebbe stato impossibile gestire la propria parte senza gestire contemporaneamente quella degli altri. Nel secondo caso agisce volutamente per altri, nella consapevolezza di obbligarli a sé e di poter poi ottenere il rimborso delle spese con l'*actio negotiorum gestorum contraria*<sup>262</sup>.

Su questa base la limitazione di responsabilità alla *diligentia quam suis* nella comunione, affermata da Paolo, trova una coerente spiegazione: al membro di una *communio pro indiviso* che gestisca da solo la *res communis*, non può essere chiesta più diligenza di quella che normalmente usa nelle sue cose perché *propter suam partem causam habuit gerendi*, cioè non avrebbe potuto gestire la cosa propria senza gestire contemporaneamente quella degli altri<sup>263</sup>. Così se nel corso di tale gestione solitaria egli reca danno alla *communio*, la colpa

---

<sup>262</sup>) A tale consapevolezza di obbligare altri a sé per la concessione dell'*actio negotiorum gestorum* nella *communio pro indiviso* alludono anche D. 10.3.14.1, Paul. 3 *ad Plant.*, e D. 10.3.29, Paul. 2 *quaest.*

<sup>263</sup>) Un'assonanza con questo modo di vedere compare in una costituzione di età costantiniana (C.I. 4.35.21) in cui la pesante responsabilità per colpa del mandatario viene giustificata alla luce del principio che ciascuno *in suis* è *'moderator atque arbiter'* e *'pleraque ex proprio animo facit'*, ma *in alienis*, una volta assunto l'incarico, non è esente da colpa, qualunque negligenza od omissione abbia commesso nell'amministrazione: Imp. Constantinus A. Volusiano pp. (a. 313-315 [?]): *'In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est'*. Ciò è confermato dallo *sch.* *ΤΟΥΤΕΣΤΑΙ* di Taleleo al passo (Bas. 14.1.83 = C.I. 4.35.21, *sch.* 3), che richiama espressamente la *diligentia quam suis*: cfr. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit*, cit., p. 36.

– e la conseguente condanna nell'azione divisoria intentata dai comproprietari per il risarcimento – sarà rilevabile unicamente nell'omissione della *diligentia* abituale nelle sue cose (*'talem igitur diligentiam prestare debet, qualem in suis rebus'*).

D. 10.2.25.16 si riferisce esclusivamente alla comunione fra coeredi e collegatari. Tuttavia è evidente che la *gestio propter suam partem* che giustifica l'attenuazione di responsabilità del comunista, vale anche per quel socio che, essendo comproprietario del patrimonio comune della *societas*, lo abbia gestito singolarmente e in tale occasione abbia provocato un danno alla *res communis*: anch'egli, infatti, non potrebbe gestire la propria parte senza gestire contemporaneamente quella degli altri. Per questa ragione, in tali circostanze, i consoci non possono pretendere dal socio-gestore più della diligenza abituale nei suoi affari e, in caso di danno arrecato alla *res communis* per una sua scelta gestionale sbagliata, non possono ottenerne la condanna giudiziale al risarcimento se non provandone una *neglegentia 'rebus suis non consueta'*: a questo solo parametro concreto il giudice dovrà attenersi nella valutazione della colpa, non a quello astratto della diligenza del buon padre di famiglia. Ciò vale non solo se i soci esercitino per il risarcimento l'azione divisoria *communi dividundo*, ma anche se preferiscano esperire l'*actio pro socio*: infatti l'alternatività fra le due azioni nel caso di *res communes sociorum*, più volte rilevata dalle fonti (cfr. D. 17.2.31-34, 43, ma soprattutto D. 17.2.38.1<sup>264</sup>) induce a ritenere che anche alla seconda dovessero essere adattati i criteri di clemenza nella valutazione della colpa formulati per la prima. Che tale speciale considerazione per il socio «gestore» della *res communis* non fosse estranea alla mentalità dei giuristi del tempo, lo dimostra anche il fr. 51.pr. D. 17.2 (Ulp. 30 *ad Sab.*) ove, in un caso di furto della *res communis* da parte di un socio, si precisa che l'*actio furti* richiede il dolo ma che tale condizione psi-

---

<sup>264</sup>) D. 17.2.38.1, Ulp. 30 *ad Sab.*: *'Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait'*.

---

cologica è difficilmente rilevabile in colui che, essendo *dominus partis*, «*iure potius sua re uti quam furti consilium inire*».

In questa luce il fr. 72 D. 17.2 (= *Iust. inst.* 3.25.9) trova, a mio parere, una spiegazione coerente:

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.

Infatti, osservando con attenzione il dato testuale, si nota che il passo non riguarda, come generalmente si sostiene<sup>265</sup>, l'attività del socio nel suo complesso ma, come occasionalmente rilevato da qualche esponente della dottrina più risalente<sup>266</sup>, si concentra sul problema della gestione di *res communes* della *societas* da parte di uno dei

---

<sup>265</sup> Cfr. per tutti SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 289 ss., con la discussione della letteratura precedente: l'autore riferisce il principio al socio d'opera, in particolare nel caso di apporti personali di *industria* – «prestazioni d'opera ... contrassegnate da particolare operosità e intraprendenza» – e *gratia* – «prestigio personale, credito, influenze e capacità di rapporti» (p. 294). Interpreta D. 17.2.72 secondo la tesi dominante anche DE BUJÁN, *Sistema Contractual Romano*, cit., p. 407. Da ultimo F.-S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt a.M., 2004, p. 291 ss., e *Zur Konkurrenz von actio pro socio re und actio communi dividundo*, in «*Orbis Iuris Romanus*», V, 1999, p. 155 ss., individua correttamente un collegamento fra D. 10.2.25.16 e D. 17.2.72, ma poi non lo svolge ritendendo comunque il primo profondamente alterato.

<sup>266</sup> Il primo a intendere così il frammento è stato, a quanto mi risulta, il Le Brun (cfr. *supra*, § 6). La spiegazione ritorna occasionalmente in qualche esponente della dottrina, ma non ha mai avuto grande seguito: così in A.F.J. THIBAUT, sia nella recensione al volume di HASSE, *Die Culpa des römischen Recht*, pubblicata nel 1815 in «*Jahrbücher der Litteratur*», LX, p. 954, sia nel *System des Pandekten-Rechts*, cit., p. 130s.: chi cavalca su un cavallo comune – scrive Thibaut (rec. ad HASSE, cit., p. 954) – non può dire: puoi cavalcare alla morte la tua parte ideale, ma mantieni in salvo la parte ideale dell'altro ... Del tutto naturale era allora la ricerca di una misura intermedia e nulla potrebbe essere più adatto della diligenza *in concreto*. La stessa spiegazione ritorna in POLACCO, *La culpa in concreto*, cit., p. 19 s.



soci membri della comunione (*‘sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet’*)<sup>267</sup>. Il testo enuncia dunque il principio che al socio comproprietario e gerente di *res communes societatis* non può essere richiesta dagli altri soci, nella gestione del patrimonio comune, più della diligenza abituale nelle sue cose perché *propter suam partem causam habuit gerendi*, cioè non avrebbe potuto gestire la propria parte senza gestire contemporaneamente quella degli altri. Per questa ragione la diagnosi della responsabilità per colpa del socio che, nel corso della gestione della *res communis*, abbia recato danno alla *societas* si deve conformare al parametro della *diligentia quam suis*, che non è standard autonomo di responsabilità, ma mero indirizzo di «clemenza» nell’individuazione della colpa nel caso concreto, da applicarsi nei ristretti limiti sopra indicati. L’autore delle *res cottidianae* – sia questi Gaio o un postclassico – ha riportato questa regola forse senza capirne l’originario fondamento: per questo l’ha giustificata col principio *de se queri debet*<sup>268</sup> (*‘qui parum diligentem sibi socium acquirit de se queri debet’*) che tuttavia, come già notato dal Pernice, non rappresenta nel contesto una vera e propria motivazione, ma si riduce alla «notazione di un dato di fatto e non va al di là di una magra consolazione»<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup>) Tale prospettiva viene confermata dallo scolio Σημείωσαι, ὅτι οὐ (n. 5) a *Bas.* 12.1.50 (= *D.* 17.2.52.1-2), ove si distingue fra il socio d’opera, che risponde per colpa omissiva se con la sua opera non avvantaggia la società, e il socio comproprietario della *res communis*, che risponde per colpa commissiva se reca danno al patrimonio comune: cfr. NÖRR, *Die Fabrlässigkeit*, cit., p. 30 s.

<sup>268</sup>) Principio, peraltro, della cui classicità non si dubita: MAYER-MALY, *De se queri debere*, cit., p. 229 ss., e TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*De se queri*», cit., p. 1065 ss.

<sup>269</sup>) *Labeo*, cit., B.2.1, p. 361; cfr. MUTZENBECHER, *Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto*, cit., p. 39 nt. 1 e p. 61, e THIBAUT, che nella ricordata recensione al volume di HASSE, p. 953, precisa che il principio *‘de se queri debet’* non ha senso per la statuizione della *culpa in concreto* del socio, perché a) la limitazione vale anche nella *communio incidens*; b) anche negli altri contratti si sceglie un contraente; non è nemmeno possibile, per l’autore, richiamarsi alla particolare avvedutezza consigliata nella scelta del socio, perché allora lo stesso dovrebbe valere per *locatio operis* e mandato. La giustificazione del *‘de se queri debet’*

Tale interpretazione si colloca coerentemente nel quadro delle nostre conoscenze sui dibattiti giurisprudenziali dei primi secoli dell'impero (richiamati proprio da D. 17.2.72 = *Iust. inst.* 3.25.9) sull'opportunità di estendere la responsabilità del socio, fino ad allora limitata al dolo, al criterio più rigoroso della colpa. Lo stesso Paolo, in D. 10.2.25.16, sopra citato, sembra alludere ad una responsabilità del socio limitata al dolo. Se, infatti, da D. 17.2.52.2 (Ulp. 31 *ad ed.*) sappiamo che Celso propose di rendere responsabili per colpa il socio d'opera e il socio «gestore» di *res communes*, è del tutto verosimile che, nel corso dello stesso dibattito, lui stesso o un altro giurista del tempo possano aver rilevato l'opportunità di attenuare alla *diligentia quam suis* la responsabilità per colpa del socio-gestore di *res communes*, come nella comunione incidentale, in ragione della cd. '*gestio propter suam partem*'.

d. La *diligentia quam suis* presenta effetto attenuativo della responsabilità per colpa dell'obbligato anche in D. 24.3.24.5 in tema di dote, ove Ulpiano, chiedendosi se la moglie sia legittimata ad agire con l'*actio rei uxoriae*<sup>270</sup> contro il consorte che abbia crudelmente maltrattato gli schiavi dotali, distingue fra un marito *saevus tantum in servos uxoris*, ed un marito crudele di natura, che non risparmi dalle sevizie nemmeno i propri schiavi. In teoria, secondo Ulpiano, l'azione sarebbe ammessa nel solo primo caso, perché nel secondo la regola della *diligentia quam suis* imposta al marito nell'amministrazione dei beni dotali è stata formalmente rispettata ('*diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exiget, nec plus possit*'). L'equità suggerisce, tuttavia, al giurista di estendere la legittimazione anche al secondo caso, perché la '*saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est*':

---

è, invece, nel contesto, del tutto fondata per MAYER-MALY, *De se queri debere*, cit., p. 241 ss. e TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*De se queri*», cit., p. 1065 ss.

<sup>270</sup> Il titolo in cui il frammento è inserito tratta dell'*actio rei uxoriae* (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 642 ss., Ulp. n. 954): non c'è dunque ragione di riferire il passo all'*actio legis Aquiliae*, come sostenuto dal Glück (*Commentario alle Pandette*, cit., XXIII [cur. R. D'Ancona], Milano, 1898, p. 742).

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

Se D. 24.3.24.5 fosse l'unica attestazione delle fonti sulla *diligentia quam suis* del marito nell'amministrazione dei beni dotali, pochi dubbi potrebbero sussistere sulla sua originaria portata attenuativa della responsabilità di questi. Ma, come già visto (*sub b*), nel fr. 17.pr. del titolo 23.3, la *diligentia quam suis* del marito indica, all'opposto, il particolare grado di diligenza attiva a lui richiesta nell'amministrazione della dote, in ragione dell'ufficio protettivo assunto nei confronti della moglie, assimilabile a quello del tutore nei confronti del pupillo. Tuttavia l'origine giustiniana di questa assimilazione del marito al tutore è suggerita dal già citato C.I. 5.14.11.4, ove Giustiniano prevede il surplus di diligenza attiva a cui il marito, in ragione del suo ufficio protettivo, è tenuto nei confronti degli interessi economici della moglie. Inoltre che, in età classica, la *diligentia quam suis* del marito fosse intesa nel senso attenuante di D. 24.3.24.5 e non in quello aggravante di D. 23.3.17.pr., è attestato dalla disciplina stessa della dote in quest'epoca e dalla speciale natura degli obblighi del marito su di essa: è noto, infatti, che il patrimonio dotale, trasferito in piena proprietà al consorte al momento del matrimonio, rientrava tendenzialmente in perpetuo fra i suoi beni, salvo l'obbligo di restituzione nel caso di scioglimento del vincolo per divorzio o morte (cfr. D. 23.3.1). La restituzione riguardava, tuttavia, l'entità iniziale del patrimonio, non i frutti percepiti (frutti naturali, interessi maturati, canoni di locazione etc.) e gli eventuali incrementi (cfr. ad esempio D. 23.3.7.pr., 1), cosicché al marito non si chiedeva una gestione attiva come quella imposta al tutore, ma la mera conservazione del *receptum* in ragione dell'eventuale obbligo di restituzione. Così, in caso di scioglimento del vincolo, il marito o i suoi eredi dovevano restituire tutto quanto

ricevuto in identica quantità e qualità (salvo il naturale deterioramento di alcuni beni, come gli indumenti): ciò non poneva problemi nel caso di beni fungibili, da restituire comunque nella quantità iniziale nonostante le eventuali perdite dipendenti, ad esempio, da cattiva gestione o da scelte sbagliate (cfr. ad esempio D. 23.3.42)<sup>271</sup>. Poteva, invece, risultare problematica la restituzione dei beni infungibili, nel caso di loro perimento o deterioramento: per evitare le difficoltà era usuale la previa *aestimatio* di questi beni, che trasferiva in capo al marito ogni rischio di perimento, anche fortuito (cfr. ad esempio D. 23.3.10.pr., C.I. 5.12.5)<sup>272</sup>. In mancanza, sin dall'età repubblicana, il marito rispondeva sino ai limiti della colpa, cosicché, ad esempio, Caio Gracco, per *sententia* di Publio Mucio Scevola, fu ritenuto responsabile della perdita dei beni della moglie Licinnia avvenuta nel corso della *seditio* in cui lui stesso aveva trovato la morte, perché si disse che questa era stata da lui provocata con colpa (D. 24.3.66.pr.).

Collocando in tale panorama il dettato di D. 24.3.24.5, il beneficio della *diligentia quam suis* ivi richiamato si può spiegare alla luce della circostanza che, amministrando una cosa formalmente propria (benchè propria della moglie per considerazione sociale), il marito non può essere tenuto ad una diligenza superiore a quella abituale.

Tuttavia lascia perplessi che, in età classica, possa essere stato previsto in via generale un obbligo – benché attenuato – di diligenza in capo ad un soggetto che, dei beni dotali, è proprietario pieno ed incondizionato: nella società e nella comunione, infatti, la regola della *diligentia quam suis* si spiega alla luce della circostanza che il socio e il comunista, gestendo la propria *pars*, gestiscono inevitabilmente anche quella degli altri (cd. *gestio propter suam partem*): ma il marito, pur in previsione di una restituzione e nonostante la conce-

---

<sup>271</sup>) Nel caso di fondato timore di prossima insolvibilità del marito, la moglie poteva anche agire con l'*actio rei uxoriae constante matrimonio*: D. 24.3.24.pr.

<sup>272</sup>) Sul tema, da ultimo, E.C. SILVEIRA MARCHI, «*Periculum rei venditae*» e «*Periculum dotis aestimatae*», in «Labeo», XLVII, 2001, specie p. 392 ss.

zione sociale della dote come patrimonio della donna destinato ai bisogni suoi e della sua famiglia<sup>273</sup>, gestisce pur sempre un patrimonio totalmente suo.

La soluzione a questo problema va cercata nel contesto del passo ove, come si vedrà, la regola della *diligentia quam suis* del marito viene formulata in un ambito più specifico di quanto finora sia stato in dottrina prospettato.

Nella *Palingenesia Iuris Civilis* di Otto Lenel, il fr. 24.5 rientra nel titolo '*de re uxoria*' (*edict. XX*) sotto la rubrica '*solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*' (*edict. 113*), dopo una serie di testi dedicati a problematiche connesse alla legittimazione attiva della moglie o del *pater* (Ulp. n. 954 ss.) e alla possibilità di azione *constante matrimonio* nel caso di rischio per la solvibilità del marito (Ulp. n. 957). Il § 5 del fr. 24 è collocato in Ulp. n. 958, preceduto soltanto dal § 4, mentre i paragrafi precedenti dello stesso frammento sono collocati separatamente in Ulp. n. 957.

Il § 4 del fr. 24 descrive il caso di un marito che, per volontà della moglie, abbia manomesso schiavi dotali. L'ossequio al desiderio della moglie lo esime ovviamente dall'obbligo di restituzione, al momento dello scioglimento del matrimonio, degli stessi schiavi o del loro valore. Tuttavia ci si chiede se alla moglie compete almeno la restituzione dei *bona* percepiti o dovuti *ex obligatione* dai liberti in base al diritto di patronato. Per Ulpiano la pretesa è fondata nel solo caso che la moglie, manifestando il desiderio della manomissione, abbia inteso, non donare gli schiavi al marito, ma contrarre con lui un *negotium* in tal senso. Allora, nell'*actio rei uxoriae* di restituzione, ella potrà pretendere quanto percepito a tale titolo dal marito ed egli sarà inoltre tenuto a prestare *officio iudicis* una *cautio* di restituzione di tutto ciò che in futuro riceverà *ex bonis liberti vel ex obligatione*:

Si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit, si quidem donare ei mulier voluit, nec de libertatis causa impositis ei praestandis tenebi-

---

<sup>273</sup>) Ciò traspare anche dal finale del fr. 24.5.

tur: quod si negotium inter eos gestum est, utique tenebitur, ut officio iudicis caveat restitutum se mulieri, quidquid ad eum ex bonis liberti vel ex obligatione pervenisset<sup>274</sup>.

Il testo riguarda dunque la *condemnatio* dell'*actio rei uxoriae* ed eventuali pretese della moglie, ulteriori rispetto alla mera restituzione della dote. Allo stesso campo attiene evidentemente il § 5, ove non viene formulato un criterio generale, ma ci si limita a chiedere se la moglie, attraverso l'*actio rei uxoriae*, possa anche pretendere, oltre alla restituzione della dote, un risarcimento per *saevitiae* commesse dal marito sugli schiavi dotali (anche indipendentemente da un loro danneggiamento fisico, che nel passo non è menzionato): ciò era del resto tecnicamente possibile vista la struttura della formula al *quod aequius melius erit*, che lasciava al *iudex* un ampio potere discrezionale, consentendogli di applicare *retentiones* a favore del marito, ma anche di aumentarne la condanna qualora particolari ragioni lo richiedessero.

In questo specifico quadro deve essere collocata la notazione ulpiana sulla *diligentia quam suis* del marito, che non costituisce regola generale, ma è funzionale a precisare il limite della richiesta della moglie di includere nell'entità della condanna dell'*actio rei uxoriae* un risarcimento per le *saevitiae* commesse dal marito sugli schiavi dotali.

e. L'analisi dei testi ha dimostrato che il concetto di *diligentia quam suis* non può essere assunto in modo unitario<sup>275</sup>, ma costituisce un parametro variabile fondato sul confronto fra la scelta comporta-

---

<sup>274</sup>) Sul passo, la cui parte iniziale è riprodotta anche in D. 24.3.62, Ulp. 33 *ad ed.*, e in generale sulla manomissione dello schiavo dotale, da ultimo, A.C. FERNÁNDEZ CANO, *La manumisión del esclavo dotal*, in «Labeo», I, 2004, specie p. 149 ss.

<sup>275</sup>) Così, ancora di recente, si è fatto da parte di DE BUJÁN, *Sistema Contractual Romano*, cit., p. 125, secondo cui il criterio della *culpa in concreto* si applicherebbe «a aquellas relaciones contractuales en las que las partes intervinientes, en el momento de nacimiento, han contratado en atención a las concretas circunstancias personales de la otra parte contratante».

mentale dell'obbligato nell'adempimento dell'obbligazione e il suo atteggiamento *in rebus suis*, di cui i giuristi si servono per la diagnosi della sua responsabilità quando la natura del rapporto lo consenta e lo giustifichi. Così nella tutela (e nella dote di età giustinaea), ove è richiesta all'obbligato una diligenza attiva tesa al massimo profitto nell'interesse del pupillo, il confronto fra il comportamento attuale del tutore e quello abituale o fra le scelte da lui assunte nella medesima circostanza *in rebus pupilli* e *in rebus suis*, può essere elemento diagnostico di responsabilità quando la *diligentia in suis* si sia nei fatti rivelata superiore. Viceversa, nella comunione e nella società (e, nei limiti indicati sopra, nella dote), la *gestio propter suam partem* dell'obbligato spinge i giuristi a limitare la sua responsabilità, conformandola al grado di diligenza abituale nelle sue cose.

Una conferma di quanto detto si trae dal confronto con altre testimonianze giurisprudenziali che, pur non abitualmente richiamate sul tema, presentano identico modulo argomentativo e analogo criterio diagnostico di responsabilità: D. 19.1.54.pr. presenta il caso di uno schiavo venduto, che si sia rotto una gamba durante una mansione pericolosa impostagli dal venditore prima della *traditio*. Labeone esclude la responsabilità del venditore nel caso che la mansione fosse abituale per lo schiavo. Paolo dissente e rifiuta il principio, affidandosi al più sicuro criterio astratto della *diligentia* del buon padre di famiglia:

Lab. 2 *pitb.*: Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum discendere aut in cloacam demitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. ...

In D. 7.9.1.3 Ulpiano fa dipendere la definizione concreta del contenuto dell'obbligo dell'usufruttuario (assunto con la *cautio boni viri*

---

*arbitratu*) di non rendere deteriore la *causa ususfructus*, dall'atteggiamento che, in un caso simile, egli avrebbe assunto *in re sua*:

Ulp. 79 *ad ed.*: Cavere autem debet viri boni arbitratu perceptu iri usum fructum, hoc est non deteriorem se causam usus fructus facturum, quae in re sua faceret.

In D. 9.2.39 Pomponio fissa i limiti della reazione consentita al proprietario di un fondo contro l'irruzione di *alienum pecus* (oltrepassando i quali, sarà tenuto *ex lege Aquilia*) sulla base dell'entità che la reazione stessa avrebbe avuto se l'animale fosse stato suo:

Pomp. 17 *ad Q. Muc.*: Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis apprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum apprehendisset, quondam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo apprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

In D. 13.6.5.4, infine, la responsabilità del comodatario per il perimento della cosa comodata viene eccezionalmente estesa al *damnum fatale* se, nella stessa circostanza, egli abbia potuto salvare la sua:

Ulp. 28 *ad ed.*: ... proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

A questa regola non si sottrae la '*lex quod Nerva*', a dispetto della lunga tradizione di studi che vi ha voluto sempre individuare la statuizione di un principio generale: per Nerva e Celso la tutela processuale del depositante, subordinata generalmente alla prova del dolo del convenuto, poteva di fatto e per ragioni di equità essere e-



stesa a un caso di *culpa latior* quando, nel caso concreto, si rilevasse che la negligenza del depositario nella custodia era stata ancora maggiore della sua negligenza abituale.