

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*

ESTRATTO



CAMERINO

2016

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*



CAMERINO

2016

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Antonio Flamini

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino, febbraio 2016.

INDICE

Rocco Favale e Carlotta Latini

<i>Introduzione</i>	3
---------------------------	---

Antonio Flamini

<i>Dei delitti e dei quasi-delitti</i>	5
--	---

Carlotta Latini

<i>Dei progressi del diritto civile in Italia. Una causa celebre sui versi di Giovanni Pascoli e l'emersione del diritto d'autore</i>	15
---	----

Rocco Favale

<i>Le forme negoziali nella codificazione civile post-unitaria</i>	33
--	----

Lucia Ruggeri

<i>L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale</i>	55
---	----

Luca Petrelli

<i>L'agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà o di altri diritti reali nel codice civile del 1865</i>	63
---	----

Felice Mercogliano

<i>Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni</i>	73
--	----

Serafina Larocca

<i>L'azione surrogatoria</i>	89
------------------------------------	----

Giovanni Varanese

*La recezione del modello della presupposizione.....*117

Andrea Barenghi

*La responsabilità contrattuale. Due considerazioni minime.....*133

Maria Pia Gasperini

*Processo e strumenti di giustizia alternativa nel codice di procedura civile del 1865.....*145

Fabrizio Lorenzotti

*L'indennità di espropriazione: il ritorno alla legge del 1865.....*157

Sara Spuntarelli

*I limiti esterni della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione nell'interpretazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, n. 2248, All. E).....*181

Maria Lucia Di Bitonto

*Il codice di procedura penale del 1865: il modello e le ideologie.....*205

Francesco Casale

*Appunti sull'attualità del codice di commercio nel diritto societario degli anni Duemila.....*223

Ugo Pioletti

*La dimensione penalistica dello ius mercatorum.....*237

FELICE MERCOGLIANO

Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni

Sommario: 1.- Premessa intorno alle matrici storiche delle soluzioni codicistiche. 2.- Il criterio della *diligentia quam in suis* e le codificazioni italiane. Presenze ed assenze. 3.- Proposte interpretative moderne. 4. Un'opinione di Francesco De Martino. 5.- Le fonti romane. 6.- Il brano cruciale: Cels. 11 *dig.* D. 16.3.32. 7.- Un esempio di previsione più ampia del criterio nel BGB.

1. *Premessa intorno alle matrici storiche delle soluzioni codicistiche*

Propongo appena qualche breve riflessione ulteriore, che non aspirano alle pretese di una trattazione monografica¹, né di un saggio in tema di '*diligentia quam in suis*'² nell'esperienza giuridica romana e nella disciplina codicistica, con particolare riferimento ai codici moderni che l'abbiano prevista o eliminata volutamente. In questi essa può essere presa in considerazione come criterio per misurare l'adempimento nelle obbligazioni, a proposito dunque della responsabilità nei rapporti tra privati: è ben noto come le grandi codificazioni civili scaturite dalla civiltà liberale, ispirata dalla nuova concezione dello Stato di diritto in Europa, principalmente tutelino i diritti individuali, nelle sole relazioni tra i cittadini e soltanto dopo verrà il tempo della tutela costituzionale di essi anche verso lo Stato stesso³. Mentre la titolarità dei diritti diveniva, sin dal *Code civil*, un fatto essenzialmente per-

¹ Rimando per ciò ai recenti volumi, con ampio ragguaglio di bibliografia, rispettivamente di L. MAGANZANI, *La «diligentia quam in suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2006 e di G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, Trento, 2008, del quale si v. pure il capitolo III *La «diligentia quam in suis»*, in ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, 89-151, ove una cospicua sintesi delle opinioni maturate dall'A., espone un po' più ampiamente appena poco prima nel saggio *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, 243-289.

² Per miei contributi precedenti mi sia consentito rinviare a *«Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici* (1991) ed *Itinerari di (dis)continuità dal diritto romano ai diritti europei* (2011), ora entrambi in *Fundamenta*, 2^a ed., Napoli, 2012, 125-170 e spec. 184-197, ivi fonti e letteratura in dettaglio, che in questa sede mi sembra più opportuno non ripetere.

³ Sul punto v., fra gli altri, F.P. CASAVOLA, *I diritti umani* (1997), in ID., *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, III, Napoli, 2004, 365-371.

sonale, qualsiasi confronto con il diritto previgente nella 'società del codice civile' si fondeva sul diritto romano⁴.

Con una cifra qualificante sono presenti, difatti, categorie concettuali romanistiche nel Codice civile del Regno d'Italia, allorché l'unificazione nazionale ormai politicamente compiuta nel 1861 sfociò, sul piano giuridico, nell'entrata in vigore di esso (promulgato con R.D. n. 2358 del 23 giugno 1865) il 1 gennaio 1866. Il definitivo progetto Pisanelli del 1863 era molto aderente al modello francese⁵, plasmato su quest'ultimo specialmente in materia di obbligazioni e contratti. In effetti, era il risultato questo di una fase che va dalla modernizzazione in Italia del diritto giustiniano, tramite il contributo dogmatico di glossatori e commentatori, sino all'influenza del *Code civil* francese su quello italiano, nel contesto delle codificazioni del secolo XIX⁶, e ancora sul codice del 1942⁷.

In altri termini, può in fondo dirsi che, per quanto riguarda l'esperienza giuridica privatistica nella storia italiana, il codice civile che porta con sé l'unità statale anche normativa si fonda in gran parte sul modello napoleonico fortemente influenzato in senso romanistico da Pothier, dato che fino ad allora la scienza giuridica nazionale s'era orientata verso la scuola dell'esegesi francese⁸ ed appena dagli ultimi scorcì dell'Ottocento si rivolse pure alla pandettistica tedesca⁹. Pur con lo 'stampo' straniero francese, oramai nell'Italia postunitaria la connessione inscindibile avrebbe dovuto essere una sola: quella tra unità nazionale, Stato

⁴ Così C. GHISALBERTI, *La società del codice civile*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio Napoli gennaio-novembre 1996. Atti*, Napoli, 1998, 390-392.

⁵ Queste informazioni ultimamente le fornisce A. MEOLA, *La ricerca*, in *La tradizione classica e l'Unità d'Italia. La questione del diritto romano*, a cura di C. Lanza, Napoli, 2015, 11.

⁶ Su queste problematiche v., per tutti, la trattazione affidante di G. WESENBERG – G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Padova, 1999, spec. 30-77 e 208-300 con bibliografia.

⁷ Cfr., in generale, R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna, 1996³.

⁸ Con acume critico M. TALAMANCA, *Il diritto fra giuristi e legge*, in O. TROIANO – G. RIZZELLI – M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2004, 20 nt. 24 rivalutava persuasivamente la capacità interpretativa dell'«... 'École de l'Exégèse', nella quale – seppur con minore profondità, ma anche con minore astrattezza, della coeva e contermina pandettistica d'oltre il Reno – i grandi civilisti francesi dell'Ottocento, quantunque un po' troppo spesso impacciati dalla sudditanza ideologica verso le 'legge', costruivano, qualsiasi fossero state le speranze del grande imperatore e dei suoi collaboratori, un sistema che andava ben al di là della spiegazione letterale degli articoli del codice, il cui tenore non è mai auto evidente né di automatica applicazione, come s'illudono, da Giustiniano in poi, tutti i grandi legislatori (ma il *Corpus Iuris* è, come tutti sanno, più una compilazione che una codificazione)».

⁹ Si v. a proposito di tale trama che percorre l'esperienza che da Pothier va fino al BGB, tra i tanti, P.G. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea*, ed it. a cura di E. Cantarella, Milano 2001, 139-157; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, 2ª ed., Torino, 2010, 86-131.

italiano e diritto positivo, come aveva intuito ed espresso nella sua prolusione camerale del 1879 Vittorio Scialoja¹⁰.

2. Il criterio della '*diligentia quam in suis*' e le codificazioni italiane. Presenze ed assenze

Per giungere al caso appunto della *diligentia quam in suis* nel deposito gratuito, va detto che nell'art. 1224 del Codice civile italiano unitario si ritrova in sostanza ricalcato l'art. 1137 del Codice francese, con tale enunciazione letterale: «La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento delle obbligazioni, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843. Questa regola per altro si deve applicare con maggior o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice».

A sua volta, questo è il dettato dell'art. 1843 del Codice stesso, che riproduce l'art. 1927 del Codice francese¹¹: «Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie»; da combinare con il successivo art. 1844, che riproduce l'art. 1928 del Codice francese, specificando le quattro ipotesi nelle quali «la disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore: 1°. Quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito; 2°. Quando ha stipulato una remunerazione per la custodia del deposito; 3°. Quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario; 4°. Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa».

La *diligentia quam in suis* configurava così il parametro di valutazione esclusivamente del contratto di deposito, inteso come tipicamente gratuito ed avente per oggetto unicamente beni mobili, seguendo la scia del legislatore napoleonico, al quale s'erano peraltro già fedelmente allineate le norme omologhe dei codici preunitari emanati tra il 1819 ed il 1852¹².

Dunque, nel 1865 per il deposito a titolo gratuito il Codice disvela una singolare misura specifica di responsabilità, in deroga alla disciplina ordinaria e non esattamente uguale alla diminuzione fissata, dal canto suo, nell'art. 1746 per la fattispecie della responsabilità a carico del mandatario gratuito, il cui comportamento avrebbe dovuto essere valutato, come s'esprime il legislatore, «meno rigorosamente». Si può riscontrare dunque la scelta codicisti-

¹⁰ Mi permetto di rinviare in argomento a F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata»*. Rileggendo la prolusione camerale di Scialoja su diritto positivo ed equità, in ID., *Fundamenta*, cit., 231-243, spec. 238.

¹¹ «Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent».

¹² Riportate in dettaglio da SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., 87 nt. 19.

ca a favore di un unico grado di diligenza media, che viene imposta a qualsiasi debitore, ma¹³ «anche qui, come nelle opere di dottrina, il superamento dei principii tradizionali non porta con sé l'abbandono della *diligentia quam suis*: l'influenza della '*lex quod Nerva*' e della sua tradizione interpretativa è tale che la figura rimane imperante nella disciplina del contratto di deposito (secondo le formulazioni positive già notate in Domat e Pothier) sia nella codificazione francese che in tutti i codici che da essa dipendono, fra cui in particolare il Codice Civile italiano del 1865 ... Nella civilistica italiana dell'epoca, operante su un codice di matrice francese ma tributaria, sotto il profilo scientifico, della metodologia pandettistica, si ebbe un vivace dibattito sull'interpretazione ed applicazione degli artt. 1843-1844 e in particolare sul significato dell'espressione 'maggior rigore' ivi contenuta: secondo alcuni la *diligentia quam suis* dell'art. 1843 costituiva mero strumento di attenuazione della responsabilità del depositario gratuito, salvo il ritorno alla disciplina comune della diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1224 nei casi previsti dall'art. 1844. Secondo altri l'art. 1843 non costituiva norma eccezionale ma vera e propria regola speciale ... la giurisprudenza maggioritaria si orientò a favore della prima soluzione, con l'effetto pratico di limitare l'applicazione della *diligentia quam suis* ai pochi casi di deposito gratuito, richiedendo per il resto la comune diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1224. Analogo percorso fu compiuto dalla dottrina francese, che tuttora riconosce comunemente alla disciplina dell'art. 1927 mero carattere suppletivo, interpretando l'espressione '*plus de rigueur*' dell'art. 1928 come ritorno alla comune '*diligence d'un bon père de famille*' dell'art. 1137».

Sarà poi attratto appunto nell'orbita della disciplina del mandato a titolo gratuito anche il deposito a titolo gratuito, quando nel successivo Codice del 1942 la normativa in materia fu, per così dire, 'ribaltata'. Con un'inversione prescrittiva evidente, difatti l'art. 1768 ancor oggi in vigore recita: «*Diligenza nella custodia*. - Il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia. Se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore».

3. *Proposte interpretative moderne*

Qual era stata la ragione del 'ribaltamento' di prospettive per disciplinare il deposito? L'ha spiegata bene di recente Gianni Santucci¹⁴. Una controversia dottrinarica tra civilisti condusse all'assoluta eliminazione del criterio del criterio della '*diligentia quam in suis*' dal Co-

¹³ Da qui seguo l'accurata esposizione della MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 79-82.

¹⁴ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, p. 130-151; nonché si v. già ID., *Diligentia quam in suis*, cit., 87-91.

dice del '4215, poiché avrebbe potuto secondo alcuni comportare un inasprimento di responsabilità e non una mitigazione di essa.

In realtà, all'eliminazione del criterio della *diligentia quam in suis* dal codice civile del '42, attualmente in vigore in Italia, condusse comunque l'impressione che si trattasse di un criterio direttivo troppo isolato. Impressione peraltro scaturente dalla considerazione erronea sul piano storico-giuridico della *diligentia quam in suis* stessa quale criterio autonomo ed ulteriore di responsabilità¹⁶, non da una consapevole analisi del senso delle fonti testualmente rimaste ed elaborate a lungo nella tradizione romanistica.

Riprendo la chiara sintesi della disputa dottrinarica che ne fa Santucci¹⁷: «Secondo alcuni studiosi, la letterale formulazione dell'art. 1843 non disponeva affatto che la *diligentia quam in suis* del depositario dovesse essere considerata a priori meno grave ed onerosa per il debitore rispetto a quella del buon padre di famiglia stabilita in via generale all'art. 1224. Il caso che tale dottrina prospettava era quello del depositario che nei propri affari era solito comportarsi secondo la più alta diligenza, cioè con un criterio, in termini di intensità, ben superiore a quello della diligenza media del buon padre di famiglia; egli, comunque, avrebbe dovuto rispondere per colpa, qualora non avesse impiegato nel custodire la cosa la sua diligenza abituale, anche se, paradossalmente, si fosse comunque comportato secondo il modello ordinario del *bonus paterfamilias* ... Diversamente, da parte di altri autori, e in particolare dal Simoncelli, si era sostenuto che la *diligentia quam in suis* posta a carico del depositario all'art. 1843 rappresentasse sempre una forma di diligenza attenuata in confronto al tipo normale di diligenza del buon padre di famiglia e a quest'ultima si dovesse ritornare nei quattro casi espressamente previsti dall'art. 1844 che contemplava un maggior rigore nella valutazione della responsabilità del depositario. La gratuità del rapporto di deposito, nel pensiero di questa dottrina, costituiva la ragione della presenza della *diligentia quam in suis*, come forma di responsabilità attenuata, tant'è che uno dei casi di aggravamento della responsabilità rispetto alla *diligentia quam in suis* era proprio costituita dal fatto che il depositario avesse stipulato a suo favore una remunerazione per la custodia».

Prevalse la prima proposta interpretativa, che produsse l'attuale stato della normativa codicistica in materia motivata all'epoca in sede ministeriale con argomentazioni, in maniera evidente per i romanisti almeno, schematicamente dirette a collegare la gratuità al minor ri-

¹⁵ Mi sia permesso di rinviare sul punto a quanto esposto in MERCOGLIANO, *Itinerari di (dis)continuità*, cit., in ID., *Fundamenta*, cit., 194-197.

¹⁶ Per la dimostrazione del contrario, ch'era proprio allora l'intento del mio saggio, mi permetto di rinviare a MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici, cit., 125-170.

¹⁷ SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., 87-90.

gore e non più in grado di rispecchiare la duttilità casistica e al contempo sistematica dei giuristi classici romani¹⁸. Insomma, in altre parole, portò all'eliminazione del criterio della *diligentia quam in suis* dal codice attualmente in vigore¹⁹ una controversia dottrinale nella civilistica italiana che incentrò la disputa sul punto nevralgico che dubbia sarebbe risultata la sua funzione. Quest'ultima avrebbe dovuto essere in teoria stabilmente mitigatrice della responsabilità contrattuale nel caso del deposito gratuito, poiché il debitore non riceve profitti remunerativi, ma in particolare aveva sostenuto ciò Vittorio Polacco²⁰, sostenitore di un significato autonomo sì rispetto alla misura della diligenza del buon padre di famiglia, ma da cui avrebbe potuto scaturire un potenziale aggravio di responsabilità per l'obbligato; dunque non ci sarebbe stato un evidente collegamento alla gratuità della prestazione di una diminuzione del carico della responsabilità stessa: sembra però emerga in questo modo un'eterogenesi a favore dell'idea di *culpa in concreto* medievale e moderna del significato autentico romano²¹.

Nella cornice dell'influenza più generale del diritto romano nel corso della vicenda codificatoria degli anni '40 del secolo scorso, in cui inserire l'isolata eliminazione del criterio della *diligentia quam in suis*, è appena il caso di ricordare in maniera autentica a questo punto altresì la Relazione ministeriale al re del 1941, la quale dice che la (strategica nel diritto civile) «disciplina delle obbligazioni, pur tenendo conto delle nuove direttive politiche ed economiche, non si è distaccata dalle frontiere del diritto romano...»²². I criteri d'imputazione dell'inadempimento è, infatti, sintomatico che vengano individuati nel dolo, nella colpa e nella diligenza, sulla falsariga romanistica. In verità, per rendersene conto basta già uno sguardo agli articoli-capisaldi dell'impalcatura del Codice in materia: l'art. 1176, concernente la diligenza richiesta nell'eseguire la prestazione dovuta: «*Diligenza nell'adempimento*. - Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia...» ; e

¹⁸ Vale la pena forse riportare ancora quanto scrive in dettaglio SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., 90-91: «Nel Progetto ministeriale del codice civile del 1936, la *diligentia quam in suis* era ancora stabilita nel caso di deposito gratuito all'art. 647. Nella pertinente relazione del Ministro Guardasigilli se ne spiegava però la sua eliminazione in questi termini: 'ho abbandonato il criterio della diligenza in concreto, ed ho affermato, invece, che la colpa del depositario deve valutarsi meno rigorosamente. In tal modo la responsabilità del depositario si è fatta corrispondere a quella del mandatario: ed infatti il depositario, in sostanza, è un mandatario *in custodendo*. Ma più che altro ho considerato anche qui che la c.d. diligenza in concreto alle volte dà luogo ad aggravii di responsabilità che non si possono ammettere quando il deposito è gratuito'».

¹⁹ Dall'art. 1768 cod. civ. it., per l'esattezza.

²⁰ Si v. la monografia di V. POLACCO, *La culpa in concreto nel diritto civile italiano*, Padova, 1894.

²¹ Eterogenesi rilevata a ragione da SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 50, 130-138, 150-151 e cfr. miratamente ID., «*Diligentia quam in suis*» e valutazione della responsabilità «con minor rigore» nel codice civile italiano, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 355 ss.

²² *Relazione ministeriale al libro delle obbligazioni*, Roma, 1941, 219: segnala ciò di recente P. GIUNTI, in 'Osservatorio critico' della letteratura (III), a cura di M. Miglietta, in L.R. 4, 2015, 373.

l'art. 1218, che disciplina l'imputazione al debitore della responsabilità per inadempimento: «Responsabilità del debitore. - Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». La matrice romanistica appare chiara, anche se il rapporto stesso tra le due regole, - quella sulla diligenza (art. 1176) e l'altra sulla responsabilità (art. 1218), quasi a voler spezzare l'unitario fenomeno della responsabilità contrattuale, - in qualche modo resta un nodo irrisolto a quanto pare nella dottrina odierna²³, in cui la responsabilità civile nel suo complesso viene delineata come unica di recente²⁴.

Nell'ambito della scienza giuridica italiana gli studiosi dell'esperienza romana, nonché della tradizione romanistica, tempestivamente sottoposero ad analisi critiche le innovazioni in materia civilistica, con particolare riguardo alle concezioni di fondo trasmesse dall'Ottocento e anche da secoli precedenti²⁵. Sin dal *Code civil*, come si sa, le definizioni teoriche codicistiche erano state influenzate dal giusnaturalismo, in linea con il diritto romano-giustiniano rielaborato nelle Università europee²⁶.

4. Un'opinione di Francesco De Martino

Va ricordata, in un simile contesto, un'opinione significativa in materia pubblicata da Francesco De Martino, all'indomani dell'entrata in vigore del codice del '42, ora riedita. L'opinione di De Martino sembra risultare emblematica, in particolar modo, di come l'elaborazione dei giuristi (e specialmente dei romanisti) abbia reagito alla codificazione del '42. Quest'ultima aveva lasciato comunque varchi aperti a possibili interpretazioni divergenti, su punti anche nevralgici, qual è il caso dell'inestricabile intreccio normativo tra la regola generale in tema di criteri d'imputazione dell'inadempimento mediante la previsione del dovere di diligenza del debitore, da un lato (art. 1176); e la rilevanza del dovere di diligenza stesso ai fini della rilevanza della responsabilità per colpa, dall'altro (art. 1218). In sostanza,

²³ Si v. sul punto A. di MAJO, *Diligenza e buona fede nella responsabilità contrattuale*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 2000, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 153-170.

²⁴ Su tale linea interpretativa P. LAMBRINI, *La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica*, in *LR.*, 4, 2015, 129-136.

²⁵ Sottolinea il punto, in particolare, G.G. ARCHI, *I codici civili dell'Italia unita. Dalla tradizione romanistica dell'800 ai giorni nostri*, in *SDHI.*, 58, 1992, 34-42.

²⁶ Lo mette in rilievo R. SACCO, *Diritto romano e «Code Napoléon»*, in *Index*, 14, 1986, 99-108.

quindi, secondo il codice civile di nuova fattura, fra diligenza e colpa²⁷. Lo scopo di massima, almeno apparente, sarebbe stato quello di operare una risistemazione organica dei criteri sulla diligenza (a scapito, in particolare, della regola concernente la *diligentia quam in suis*), agganciata alla nozione – non impeccabile, neppure sul piano della (antiquata) terminologia – del ‘buon padre di famiglia’²⁸.

Di recente è riemerso, difatti, che Francesco De Martino, nel suo saggio *Elementi classici e principii romani nella riforma*, scritto in occasione dell'entrata in vigore del Codice civile (nel fatidico giorno della fondazione di Roma, il 21 aprile del 1942)²⁹, a proposito delle misure di responsabilità nella prestazione delle obbligazioni, notava finemente: «Il codice ha accolto il criterio tradizionale che nell'adempimento la misura della diligenza è riferita al tipo del buon padre di famiglia. La relazione afferma che questo criterio è stato elaborato dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il contenuto di questa diligenza dalle concezioni dominanti nella vita sociale. Ora innegabilmente il concetto della *diligentia* del *bonus pater familias* è concetto romanistico, ma è dubbio che esso sia stato elaborato dalla giurisprudenza classica: piuttosto su spunti classici relativi ai vari tipi di responsabilità, che vigevano in quel sistema, le scuole postclassiche e soprattutto Giustiniano hanno elaborato il concetto in esame e le varie categorie della diligenza»³⁰.

De Martino continua: «Ad ogni modo obbedisce ad un saggio criterio la tendenza dell'attuale legislatore ad attuare un regime unico nella disciplina dell'adempimento: ne risulta soppresso il regime speciale del deposito, fondato sulla *diligentia quam in suis* (*culpa in concreto*). Tuttavia, in taluni rapporti speciali il criterio della diligenza media va misurato con minor rigore, in quanto, pur restando ferma la responsabilità per colpa grave, si richiede una valutazione meno rigorosa della diligenza (mandato e deposito gratuito, ecc.)...». Ancora, egli conclude che «il regime della responsabilità è quindi in gran parte immutato, mentre sarebbe stata desiderabile in molteplici casi una piena restaurazione dei dommi classici, con una ripartizione oggettiva dei rischi fondata sul criterio dell'*utilitas*»³¹. De Martino qui fa

²⁷ Si v., per un sintetico orientamento generale moderno, S. RODOTÀ, s.v. *Diligenza (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, 12, Milano, 1964, 539-546.

²⁸ Cfr. in argomento, nonché sull'anastrofe costituita dagli artt. 1176 e 1218 c.c., ricalcati sugli artt. 1147-1148 e 1137 del *Code civil*, C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 993-1013.

²⁹ Su di ciò si v. F.E. D'IPPOLITO, *L'illusione di un codice per il fascismo*, Napoli, 2012, 15-17 (il saggio di Francesco De Martino, in origine pubblicato nel 1943, viene riedito *ivi* in appendice, 81-154).

³⁰ *Ibid.*, 143.

³¹ *Ibid.*, 143-144.

un riferimento mirato al criterio dell'*utilitas contrahentium*³², che ha come *ratio* la semplice idea di collegare un aumento oppure una diminuzione della responsabilità ai vantaggi che i contraenti possano o meno ricevere dal contratto, in linea di massima e come principio generale. Ma soprattutto egli effettua una distinzione tra regime giustiniano e quello classico, per influsso dell'approccio esegetico datato, di stampo interpolazionista, di cui un terreno di scontro campale fu la genesi classica o postclassica-giustiniana della responsabilità soggettiva, in dialettica con quella oggettiva. Di lì ad un ventennio all'incirca, l'interpolazionismo estremo avrebbe finalmente potuto essere superato da un atteggiamento più rispettoso e conservativo³³ della tradizione testuale delle fonti romane e dello *ius controversum* in esse contenuto, quale tipico risultato delle dispute fra i giuristi specialmente nel «sistema aperto»³⁴ dell'età classica, in grado perfino di fronteggiare l'imperversare dell'attività normativa imperiale³⁵.

5. Le fonti romane

Ma per cercare di comprendere la questione della funzione aggravante o attenuatrice la responsabilità dell'obbligato, pare opportuno accennare e volgere un sia pur rapido sguardo ai brani nei *Digesta* giustiniane che conservino lo stesso termine (con insignificanti varianti verbali), per fattispecie diverse, come la società, la comunione incidentale ereditaria, la dote e i rapporti tra coniugi, la tutela e la curatela³⁶. Sembra, al contempo, necessario accostarsi pure ad un problema logicamente essenziale. Vale a dire le posizioni dottrinarie di massima sulle ragioni per quali la *diligentia quam in suis* dovrebbe comportare un regime di responsabilità, a carico dell'obbligato, più o meno gravoso rispetto a quello della diligenza

³² In Ulp. 29 *ad Sab. D.* 50.17.23.

³³ Esemplare, per la svolta storiografica verso il conservativismo, è lo scritto di M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962), in ID. *Ausgewählte Schriften I*, Camerino, 1976, 3-34.

³⁴ Sullo *ius controversum* dei *prudentes* come «sistema aperto», conservato dal Digesto, si v. M. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia*, a cura di A. Corbino con la coll. di F. Milazzo, Padova, 1995, 205-242.

³⁵ Sul punto v. adesso, ampiamente, M. BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi e imperatori*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, 97-204, aggiornato ed ampliato rispetto ad ID., *L'indipendenza dei giuristi (dallo «ius controversum» all'autorità del principe)*, in *«Ius controversum» e «auctoritas principis». Giuristi, principe e diritto nel primo impero*. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico «G. Boulvert». Copanello 11-13 giugno 1998, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2003, 403-458. Ricostruisce metodi e momenti fondamentali M. BRETONNE, *«Ius controversum» nella giurisprudenza classica*, in *MAL*, ser. IX, vol. XXIII, fasc. 3, Roma, 2008, 755-879.

³⁶ Gai. 2 *rer. cott. D.* 17.2.72 (società); Paul. 23 *ad ed. D.* 10.2.25.16 (comunione incidentale ereditaria); Paul., 7 *ad Sab. D.* 23.3.17 pr. (amministrazione ad opera del marito della dote); Ulp. 33 *ad ed. D.* 24.3.24.5 (trattamento crudele degli schiavi dotali); Ulp. 36 *ad ed. D.* 27.3.1 pr. e Call. 4 *de cogn. D.* 26.7.33 pr. (tutela).

del buon padre di famiglia. Ora, direi che possa essere menzionato, a mo' di esempio, il ponderoso contributo sui criteri romani di responsabilità di Voci³⁷, perché rispecchia ancora una predisposizione della storiografia romanistica ad impostare le questioni rotanti, fra le altre, attorno al criterio della *diligentia quam in suis* come se discendessero quali effetti obbligati dai principi in materia di responsabilità tra l'esperienza classica e quella giustiniana³⁸. Le soluzioni sul piano filologico testuale sarebbero determinate, dunque, dal tipo di regime vigente prima del decadimento già tardoclassico, secondo le idee risalenti sul punto ad Hausmaninger³⁹.

Se si eccettua per un attimo il solo brano celsino in D. 16.3.32, su cui tornerò⁴⁰ in questa sede stessa per l'importanza assolutamente nodale che riveste, i restanti brani hanno subito la sorte di essere reputati non autentici, alterati in sede di redazione dei *Digesta* giustiniane, allorché non si inserissero nel quadro delineato per l'epoca dei giuristi, i quali attestano invece l'uso della *diligentia quam in suis* in vari passi, ad iniziare dall'interessante testo gaiano in D. 17.2.72⁴¹. In quest'ultimo frammento viene prevista un parametro di responsabilità del socio per *culpa* commisurato alla sua *diligentia* nei propri affari, non indirizzata quindi verso quella *exactissima*, poiché per decidere di riunirsi in una *societas* si valuta e si sceglie il proprio *socius*, di cui si dovrebbero conoscere i comportamenti abituali, che vanno accettati anche se più negligenti rispetto ai comportamenti mediamente tipici del 'buon padre di famiglia' allora. Insomma, dice Gaio significativamente, ci si lamenta di sé stesso nei casi andati male.

Pure i brani posteriori esprimono motivazioni di volta in volta comprensibili del criterio in esame e, al contempo, ne delineano globalmente una funzione flessibile. Sia in fattispecie relative a beni in comunione, come l'ipotesi concernente una comunione incidentale ereditaria, descritta da Paolo (in D. 10.2.25.16⁴²), il quale afferma che il coerede, così come

³⁷ P. VOCI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, in *SDHI.*, 56, 1990, 29-143; spec. in tema di *diligentia quam in suis* si v. *ibid.*, 53-54, 57, 87, 96-97, 100-104.

³⁸ Ho cercato di offrire una sintetica panoramica di letteratura sul punto già in MERCOGLIANO, «Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici, cit., 125-135.

³⁹ Si cfr. la complessiva disamina di H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 265-280.

⁴⁰ V. *infra* § 6.

⁴¹ Gai. 2 rer. cott. D. 17.2.72. *Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiaae 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 adquisit, de se queri debet.*

⁴² Paul. 23 ad ed. D. 10.2.25.16. *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coerede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniungit ad societatem non consensus, sed res.*

il collegatario, è tenuto a rispondere non per la diligenza qual è tipica di un diligente padre di famiglia (a cui sarebbe tenuto il *negotiorum gestor* di affari altrui), bensì quella che adopera nelle sue cose, dal momento che sono beni anche suoi *pro quota* e con il coerede non ci ritroviamo uniti in virtù di un contratto, ma in lui ci imbattiamo incidentalmente; il legame dunque sorge non tanto dal consenso, quanto dalla cosa stessa. Sia in vari altri casi, un po' diversi tra di loro, ma accomunati dal dover rispondere di beni non propri, qual è il caso del marito per i beni⁴³ e i servi dotali, che apporta la moglie⁴⁴, e del tutore per i beni del pupillo⁴⁵.

Sulla base di esegesi più rispettose dei dati testuali hanno, quindi, dato di recente un nuovo slancio al dibattito in materia soprattutto la ricostruzione critica, improntata giustamente al conservativismo ed alla flessibilità, della Maganzani, che la giudica un tipo di diligenza dai contorni più precisamente delineati e in grado di offrire la flessibilità giusta per un riferimento calzante a delle condotte non esattamente definibili con la sola misura della diligenza media⁴⁶; nonché le proposte interpretative di Santucci (giustamente nel senso di un'autonoma configurazione d'affinamento del concetto di *dolus* e non come ulteriore gradazione autonoma di *culpa*), il quale tuttavia intravede non tanto una sua flessibilità funzio-

⁴³ Precisa Paolo che verso la moglie per le cose dotali, ricevute a proprio vantaggio, si risponderà pure a titolo di colpa, anche se il marito presterà la diligenza che comunque mostra avere per le sue di cose: Paul. 7 *ad Sab.* D. 23.3.17 pr. *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.*

⁴⁴ Il caso di un marito di smodata crudeltà con gli schiavi della moglie viene riferito da Ulpiano, che però riafferma il principio in base al quale la moglie deve prendere il coniuge così com'è e può esigere quindi da lui solo la abituale *diligentia quam in suis* di colui con il quale s'è unita in matrimonio e nulla di più, pur se gli eccessi di connaturata crudeltà non possono essere trasportati dagli schiavi suoi a quelli della moglie, perché pure in tal caso (come nell'eventualità che sia crudele soltanto con quelli della moglie) non restano impuniti: Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.24.5. *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 exigat, quam rebus suis exiget, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.*

⁴⁵ Si v. Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr. *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, ratione reddet hoc iudicio, prestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam*, cfr. Call. 4 *de cogn.* D. 26.7.33 pr. *A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide praeberere debet.*

⁴⁶ Si v. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 111-139 con letteratura, ove programmaticamente l'a. procede ad una rilettura conclusiva di D. 16.3.32 alla luce degli altri passi sulla *diligentia quam in suis*, traendone una sintesi finale davvero giusta, che va nella direzione della flessibilità funzionale di cui, per quel che può valere, io ero convinto da tempo (*ibid.* 136-137: «L'analisi dei testi ha dimostrato che il concetto di *diligentia quam suis* non può essere assunto in modo unitario, ma costituisce un parametro variabile fondato sul confronto fra la scelta comportamentale 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»).

nale, quanto un originario ambito di applicazione differente, in via ipotetica nel quadro della *fiducia*⁴⁷.

6. Il brano cruciale: Cels. 11 'dig.' D. 16.3.32

Va a questo punto richiamato pure il noto testo-base di Cels. 11 *dig.* D. 16.3.32. In quest'ultimo brano s'è conservato l'archetipo concettuale per le proposte interpretative sul punto della custodia a titolo gratuito, in riferimento al problema del non abbassare il livello di cura quando le cose tenute in deposito non siano proprie, se si vuole salvare la buona fede e non ricadere (in fondo volutamente ed è per ciò che sin dai glossatori e ancora nella romanistica contemporanea sono state avanzate erroneamente configurazioni in tal caso di dolo: presunto, relativo etc., laddove si tratta invece tecnicamente davvero di una «*culpa latior*») in un comportamento fraudolento.

Il caso della *diligentia quam in suis* ricopre pertanto un posto a sé stante nel ventaglio dei criteri di responsabilità per l'inadempimento contrattuale, per quanto concerne il deposito nell'esperienza giuridica romana⁴⁸, poiché non corrispondente con la colpa lata, dato che essa sarebbe stata un ampliamento della categoria del *dolus*, come (a ragione, secondo me) sosteneva Emilio Betti⁴⁹. Il linguaggio usato da Celso a tale riguardo è: «*culpa latior*»,

⁴⁷ SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 91-93 e spec. 111-120 (e si v. già lo spunto in ID., *Diligentia quam in suis*, cit., 83-84; nonché *amplius* ID., *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, cit., 276-289).

⁴⁸ Utile risulta la trattazione recente della F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 95-97, con bibliografia di massima in materia di deposito, *ibid.* XXI, la quale ivi, nell'apparato delle note di commento a D. 16.3.32, segue ragionevolmente a sua volta la MAGANZANI, *La «diligentia quam in suis» del depositario*, cit., 104-124, in particolare le sue ben calibrate argomentazioni sulla flessibilità e quindi la funzione non solo attentatrice la responsabilità del criterio della *diligentia quam in suis*, nonché riguardo l'orientamento in senso conservativistico in ordine alla *sedes materiae* (deposito e non tutela). Nella letteratura romanistica specifica non soccorre molto la monografia specifica di G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 14-16, il quale sembra appena sfiorare il punto della responsabilità del depositario per «*culpa in concreto*» in D. 16.3.32, accennando ad un regime classico esclusivamente per dolo (pur se inteso dai giuristi in modo piuttosto elastico), poi esteso anche alla colpa grave soltanto in età giustiniana, in omaggio al principio «*culpa lata dolo aequiparatur*»; evidente mi pare l'ottica ancora interpolazionistica, specie laddove afferma che del passo celsino non se ne dovrebbe tener conto in materia di deposito, poiché saremmo in presenza di una mera (*ibid.* 15) «disattenzione invero assai grave dei Compilatori, i quali avrebbero inserito nel titolo «*depositi vel contra*» un testo che riguardava la responsabilità del tutore, senza però ritoccarlo opportunamente». Ma una simile visuale interpolazionista è diffusa e ancora presente, se si considera che, ad es., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 210-212, nel contesto delle obbligazioni reali giudica la *diligentia quam in suis* lo standard di responsabilità equivalente alla *culpa in concreto*, non in *abstracto*, configurata in D. 16.3.32 come «dolo relativo» (sulle orme di W. SELB, *Das Problem des relativen 'dolus' in D. 16.3.32*, in *Syntelexia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, 1173 ss.), perché, reputando D. 17.2.72 interpolato tramite l'inserimento di matrice giustiniana della *culpa*, pensa che le menzioni posteriori a Celso del criterio in esame sarebbero non autentiche (sulla scia a sua volta di H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in *Festschrift für Max Kaser*, München, 1976, 265 ss.).

⁴⁹ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 173-175, nel senso che il passo di Celso in D. 16.3.32 (ivi, p. 174) – contenga una «profonda innovazione attestata da questa testimo-

comparativo assoluto, da interpretare – secondo me – quale concettualizzazione autonoma rispetto alla *culpa lata*, come mostra il testo base (notissimo almeno ai romanisti)⁵⁰, per significato storico-giuridico e rilevanza concettuale ai fini delle successive teorie elaborate in materia, che è:

Cels. 11 dig. D. 16.3.32. *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem quam suis rebus diligentiam praestabit.*

Sul piano importante della legittimazione ai rimedi processuali azionabili, in caso di comportamento che non sia privo di frode («*fraude non caret*»), una recente spiegazione⁵¹ mi sembra una sintesi che possa illustrare quanto si trae dal brano celsino: pure «se il depositario si comporta nei confronti delle cose affidategli in custodia con una diligenza inferiore a quella che usa nella proprie cose, egli risponde per dolo, perché ciò è contrario alla *fides*»; quindi non è assente la frode nei casi in cui si configuri la seguente ipotesi: «il depositario che si comporta nei confronti delle cose ricevute in custodia con una diligenza inferiore alla media o si comporta con una diligenza inferiore a quella usata nella custodia delle proprie cose». Di conseguenza: «In entrambi i casi, il deponente ha l'azione di deposito. Se il depositario si comporta con le proprie cose con una diligenza inferiore alla media e cura quelle del deponente allo stesso modo, il deponente non ha l'azione di deposito»⁵². Questa conclusione si deduce perché in D. 16.3.32 viene descritto⁵³ «il caso specifico di un depositario abitualmente più negligente *in suis* di quanto la *natura hominum* richieda, che *in deposito* sia ancor più negligente e con ciò tradisca l'affidamento riposto in lui dal depositante». Va escluso pertanto il riferimento originario alla figura giuridica della tutela di quanto si rinviene in D. 16.3.32 (ipotesi interpolazionistica diffusa e consolidatasi nel tempo in misura maggioritaria in dottrina, ma che anche a me sembra inverosimile ed antiquata, seppur motivata dal

nianza di Celso»: «la rilevanza della *fides* come dovere di fedeltà è non solo presente agli occhi di Nerva e di Celso, ma è aggravata dalla antitesi con la 'fraus', che è presente in qualunque comportamento dal quale risulti che l'obbligato ha trattato gli interessi altrui con una dedizione minore di quella posta nel trattare i propri».

⁵⁰ Sul brano si v. già MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*», cit., ed ID., *Itinerari di (dis)continuità*, cit., ora in ID., *Fundamenta*, cit., 142-148 e 189-193.

⁵¹ Fornita dalla SCOTTI, *Il deposito*, cit., 97, nt. 474.

⁵² SCOTTI, *Il deposito*, cit., *ibidem*.

⁵³ Spiega a sua volta bene la MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 111-112.

facile appiglio testuale della ricostruzione palinogenetica leneliana⁵⁴), dato che⁵⁵ «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 *in deposito* ancor più negligente, non ha nulla a che fare con il surplus di diligenza attiva richiesta al tutore in funzione protettiva nella gestione del patrimonio pupillare».

Era stato peraltro questo, la celebre *lex quod Nerva*, il passo che aveva offerto lo spunto in materia di deposito per la previsione della *diligentia quam in suis* come criterio più preciso degli altri al fine di individuare l'esatta responsabilità a carico del depositario, nonché a costituire punto di riferimento ed oggetto di studio in relazione alle ricostruzioni delle graduazioni di dolo e colpa ad opera di molteplici generazioni di giuristi, sin da Bartolo di Sassoferatto⁵⁶, nell'arco dell'età medievale e moderna⁵⁷. Sul concetto di *culpa latior* attestato da D. 16.3.32 fu imperniata, infatti, una 'modernizzazione' operata da Bartolo, il quale alla tripartizione (corrispondente più o meno ad altrettali gradi di *diligentia*) della *culpa* in *lata*, *levis* e *levissima*, propria delle stratificazioni da parte dei glossatori, aggiunse pure la *culpa latissima*, *levior* ed appunto la *culpa latior* in rapporto con la *diligentia quam in suis*. Da quest'ultimo nesso, anzi, aveva preso lo spunto la trattazione d'ampio respiro di Bartolo⁵⁸, destinata a dominare a lungo gli sviluppi successivi del cruciale dibattito su dolo, colpa e diligenza nell'ambito della problematica circa la responsabilità civile⁵⁹, quale apporto esemplare del più noto dei commentatori e della connaturata predilezione per le definizioni e le visuali

⁵⁴ Si v., infatti, O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I (1889), rist. Roma, 2000, col. 142 (Cels. 91), che abbina il frammento in D. 16.3.3, al titolo *De tutelis* del *liber XI* dei Digesti di Celso.

⁵⁵ Sottolinea a ragione MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 124.

⁵⁶ Cfr. di recente in materia U. AGNATI, *Il commento di Bartolo da Sassoferatto alla lex quod Nerva (D.16,3,32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino, 2004, 130-178; nonché si v., per tutti, M. TALAMANCA, s.v. *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, 7, Milano, 1960, 517-534 con letteratura.

⁵⁷ V. ultimamente, ad es., in argomento A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Une répétition de Pierre de Belleperche sur la "loi" Quod Nerva [D. 16,3,32]*, in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel* (= *Fundamina*. Editio specialis, 20), II, Pretoria, 2014, 536-545; sull'innovazione importante apportata da Pierre de Belleperche nel considerare l'omissione di *diligentia quam in suis* dolo vero (e non presunto, come poi farà Bartolo, né un livello di *culpa*) si sofferma MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 31-36. Si cfr., inoltre, Accursio, Glossa *Minorem* ad D. 16.3.32: *Minorem quam debet: ut si in suis non est diligens ut alii homines. Sed quid si in suis est diligentissimus, in depositis est ut alii homines? Videtur esse in fraude: ut ibi, nisi tamen et cetera*, su cui AGNATI, *Il commento di Bartolo*, cit., 143-144 e TALAMANCA, s.v. *Colpa civile*, cit., 526.

⁵⁸ Ne sottolinea il grande rilievo, con considerazioni suggestive, L. LABRUNA, *L'opinione di Bartolo e i giuristi dabbene*, in *Index*, 28, 2000, 69-73.

⁵⁹ Si v. su ciò MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 37-44, la quale reputa la *repetitio* della *lex quod Nerva* del 1343 di Bartolo «per lungo tempo il manifesto della teoria della responsabilità contrattuale nel diritto comune» (*ibid.* 37) e riconosce in maniera plausibile che «con mirabile acume l'autore intuisce che la disparità di trattamento fra le cose proprie e quelle affidate può far presumere nel depositario un'intenzione malevola – cioè può configurare un'ipotesi di dolo presunto –, soltanto laddove riguardi una *res aliena* a cui l'affidatario non è direttamente e personalmente interessato. Viceversa la trascuratezza di una *res communis*, sia nel caso di comunione volontaria (la società di D. 17.2.72) che incidentale (la coeredità di D. 10.2.25.16), non fa presumere il dolo, ma suggerisce l'esistenza di una mera *culpa levis*».

‘sostanzialiste’⁶⁰, nel loro procedere «ad una serie di operazioni logiche di scomposizione e ricomposizione»⁶¹ dei brani del *Corpus iuris*, tra i quali D. 16.3.32 ricopre un ruolo nevralgico.

Gli altri brani nei *Digesta* giustinianeî che conservano lo stesso criterio, per le altre fattispecie, come la società, la comunione incidentale ereditaria, la dote e i rapporti tra coniugi, la tutela e la curatela⁶², non avranno la medesima ‘fortuna’ nella storiografia giuridica né negli sviluppi codificatori, se non sporadicamente nel BGB.

7. Un esempio di previsione più ampia del criterio nel BGB

Infine, pare allora il caso di accennare all’uso più ampio che del criterio ha fatto il BGB.

I paragrafi in vigore del BGB nei quali compare il criterio di responsabilità riferito alla ‘*diligentia quam in suis*’ sono ben sei, dopo una precisazione di carattere generale sulla non esenzione da colpa grave, viene prevista per la custodia gratuita, fra i soci, tra i coniugi, a carico dei genitori e verso l’erede susseguente⁶³. Nel codice germanico dunque è stato, più che ‘sistemato’ in una singola disposizione codicistica com’era avvenuto in Italia nel 1865,

⁶⁰ Sul punto si v. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 146-151.

⁶¹ Riprendo un’efficace frase di ORESTANO, *Introduzione*, cit., 66.

⁶² Gai. 2 *rer. cott.* D. 17.2.72 (società); Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.25.16 (comunione incidentale ereditaria); Paul., 7 *ad Sab.* D. 23.3.17 pr. (amministrazione del marito della dote); Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.24.5 (trattamento degli schiavi dotati); Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr. e Call. 4 *de cogn.* D. 26.7.33 pr. (tutela).

⁶³ Si v. dalla recente traduzione italiana curata da Salvatore Patti: § 277. *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*. – Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit. [«*Diligenza nei propri affari*. – Chi è tenuto a rispondere solamente per la diligenza che è solito applicare nei propri affari, non è liberato dalla responsabilità per colpa grave»]; § 690. *Haftung bei unentgeltlicher Verwahrung*. – Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [«*Responsabilità per la custodia gratuita*. – Se la custodia è stata intrapresa gratuitamente, il depositario risponde soltanto secondo la diligenza che è solito prestare nei propri affari»]; § 708. *Haftung der Gesellschafter*. – Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [«*Responsabilità dei soci*. – Dell’adempimento delle obbligazioni a suo carico ciascun socio risponde solamente secondo la diligenza che è solito prestare nei propri affari»]; § 1359. *Umfang der Sorgfaltspflicht*. – Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. [«*Estensione dell’obbligo di diligenza*. – Nell’adempimento degli obblighi che derivano dal rapporto coniugale, i coniugi devono rispondere reciprocamente solo per quella diligenza che sono soliti osservare nelle proprie questioni»]; § 1664. *Beschränkte Haftung der Eltern*. – (1) Die Eltern haben bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. [«*Responsabilità limitata dei genitori*. – (1) I genitori devono rispondere nell’esercizio della potestà genitoriale nei confronti del figlio solo per la diligenza che sono soliti impiegare nelle proprie questioni»]; § 2131. *Umfang der Sorgfaltspflicht*. – Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [«*Estensione del dovere di diligenza*. – Nei confronti dell’erede susseguente, l’erede antecedente deve farsi garante, con riguardo all’amministrazione, solo di quella diligenza che suole adottare nei suoi affari»].

quasi 'sistematizzato' in una pluralità di paragrafi che sono così ben precisamente forniti di un esatto criterio di responsabilità per l'inadempimento, al termine di una traiettoria scientifica tedesca lunga quasi un secolo⁶⁴.

Insomma, cacciato dalla porta del codice civile italiano del 1942, si potrebbe dire che la *diligentia quam in suis* rientri nell'odierno panorama multilivello del diritto europeo dalla finestra della comparazione e della storia, perché l'interpretazione supera qualsiasi codificazione nell'offrire ricchezza di parametri e ragioni per risolvere casi e problemi giuridici altrimenti indecifrabili.

Per concludere, a tale proposito di massima efficacia mi pare si possa ricordare quindi una significativa pagina del compianto Talamanca sulla dialettica tra giuristi e codici, con la quale mi piace ora chiudere queste mie brevi note⁶⁵: «Pur nei condizionamenti – ineliminabili – del presente, il giurista deve sempre aver presente che la sua alta funzione resta essenziale per l'applicazione del diritto, e quindi anche per la sua armonizzazione. Nonostante le false rappresentazioni che ha potuto suscitare l'ubriacatura codificatoria che inizia nel XVIII secolo, egli non deve pensare di aver qualcosa di oggettivo dinanzi a sé che deve descrivere, come lo scienziato della natura (ma anche qui l'oggettivismo – esasperato o meno – è da tempo in ritirata). Il testo normativo è ben altra cosa che il mondo naturale, non è altro che un insieme di proposizioni mute finché il giurista non le faccia parlare nella storia, perché il diritto si risolve nella sua storia, è un precipitato di una lunga storia. Il legislatore non dà, in definitiva, che degli ordini, il diritto è creato dall'interprete, consapevole di quella storia, conoscendo la quale egli può più facilmente recuperare il fondamento giuridico da cui nasce e verso cui è indirizzato il diritto. È in questo spirito che il giurista è necessario per creare quella cultura giuridica omogenea, che è l'unico senso che possa aver l'armonizzazione del diritto».

⁶⁴ Approfondita scrupolosamente da MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario*, cit., 85-97, sin dal «punto di non ritorno» costituito dalla monografia innovativa di J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung*, 2^a Ausg. hg. A. Bethmann-Hollweg, Bonn 1838; rist. Aalen, 1963. Cfr. altresì SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 127-128 (e già ID., *Diligentia quam in suis*, cit., 83-84).

⁶⁵ M. TALAMANCA, *Il diritto fra giuristi e legge*, cit., 21.

CONTRIBUTI DI

Antonio Flamini

Professore Ordinario di diritto privato presso l'Università degli studi di Camerino

Carlotta Latini

Professoressa Associata di storia del diritto italiano presso l'Università degli studi di Camerino

Rocco Favale

Professore Ordinario di diritto privato comparato presso l'Università degli studi di Camerino

Lucia Ruggeri

Professoressa Ordinaria di diritto privato presso l'Università degli studi di Camerino

Luca Petrelli

Professore Ordinario di diritto agrario presso l'Università degli studi di Camerino

Felice Mercogliano

Professore Associato di diritto romano presso l'Università degli studi di Camerino

Serafina Larocca

Ricercatrice di diritto privato presso l'Università degli studi di Camerino

Giovanni Varanese

Professore Associato di diritto privato comparato presso l'Università degli studi del Molise

Andrea Barenghi

Professore Straordinario di diritto privato presso l'Università degli studi del Molise

Maria Pia Gasperini

Professoressa Associata di diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Camerino

Fabrizio Lorenzotti

Professore Associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino

Sara Spuntarelli

Professoressa Associata di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino

Maria Lucia Di Bitonto

Professoressa Associata di diritto processuale penale presso l'Università degli studi di Camerino

Francesco Casale

Professore Associato di diritto commerciale presso l'Università degli studi di Camerino

Ugo Pioletti

Ricercatore di diritto penale presso l'Università degli studi di Camerino

Il volume è stato chiuso nel febbraio 2016.