

FELICE MERCOGLIANO*

*Riflessioni su responsabilità e inadempimento***

Sommario: 1. Premesse sulla distinzione tipologica tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. – 2. Distinzioni strutturali in ambito di responsabilità soggettiva. – 3. Concetti duttili avverso schematismi moderni nel caso di *diligentia* e *culpa*. – 4. Rileggendo Betti a proposito di imputabilità dell'inadempimento. – 5. Ancora su D. 16.3.32.

1. *Premesse sulla distinzione tipologica tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*

Vorrei, ricordando istruttive pagine sulla responsabilità in diritto romano¹, svolgere qualche minima riflessione, a partire dalla indistinguibilità tra i diversi tipi di essa: contrattuale ed extracontrattuale (così come è stato di recente messo in risalto dalla Lambrini)². Rinvio ad altri studi, anche miei, per temi strettamente connessi ancora discussi e lunghi dal trovare soluzioni in dottrina in materia di risarcimento del danno e inadempimento dell'obbligazione³. La Lambrini sottolinea bene, tra l'altro, come sia riscontrabile quale affermata linea di tendenza, che oramai i «principali ordinamenti europei ed extraeuropei si muovono proprio nella

*Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Formativo per me fu M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 653 ss. Recentissimo ed efficace pure il volume di G. COPPOLA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2021, p. 384 ss.

² P. LAMBRINI, *La sistematica del codice civile italiano in tema di responsabilità civile*, in EAD., *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli, 2019, p. 151 ss.; analoghe considerazioni svolge l'A. in EAD., *La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica*, in *Legal Roots*, 4, 2015, p. 129 ss. e cfr. ora, in sintesi, EAD., *Fondamenti del diritto europeo. Manuale istituzionale*, Torino, 2021, p. 218 ss.

³ Ad es., v. la questione tuttora aperta della delimitazione del concetto di responsabilità oggettiva, danno ingiusto e *culpa*, su cui cfr., da ultimo, G. VALDITARA, *Alle radici del danno ingiusto*, in G. VALDITARA – F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino, 2020, p. 3 ss., con bibliografia.

direzione di una progressiva unificazione del concetto di responsabilità civile»⁴, senza distinzioni in fondo superflue, dunque, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Quindi, alla romanista veneta appare un'opinione oramai affievolita quella della necessità dell'alternativa tra l'esigenza di rispettare uno specifico obbligo verso un soggetto determinato, da un lato, e, dall'altro, il riferimento abituale al divieto celebre del *neminem laedere*. Difatti: «l'obbligazione da contratto tende oggi a presentarsi con una struttura complessa, caratterizzata da una serie di obblighi accessori, i quali sembrano derivare più da un generale dovere di non ledere la sfera giuridica altrui piuttosto che da un accordo ... lo schema del diritto assoluto da tempo non è più sufficiente a delimitare l'ambito della tutela aquiliana, che si spinge fino alla tutela del credito»⁵. Ciò per riassumere, seppur di necessità rapsodicamente, alcune delle giuste considerazioni della Lambrini, su un problema qual è quello della responsabilità privata nell'esperienza giuridica romana, che non è peraltro limitato ad un esclusivo aspetto terminologico, ma implica vari altri aspetti sostanziali e processuali⁶. Si pensi alle critiche fondate che un vero specialista come il compianto Cannata rivolgeva sul piano dommatico alle espressioni che in materia si discostassero da quella, generale, di responsabilità appartenente al campo del diritto privato, quale ad es. quella di responsabilità civile stessa⁷ che criticava per virare su una terminologia più corrispondente a soluzioni codicistiche fondate sulle fonti romane, qual è quella imperniata su inadempimento e responsabilità per inadempimento⁸.

2. Distinzioni strutturali in ambito di responsabilità soggettiva

Pare appena il caso che io ricordi alcune partizioni di massima in materia, comunemente adoperate almeno per quanto concerne la responsabilità cosiddetta contrattuale.

⁴ *Ibid.*, p. 152.

⁵ *Ibid.*, p. 152 ss.

⁶ Com'è ovvio, non posso dilungarmi su tanti altri profili di estremo interesse, qual è ad es. la tutela extracontrattuale del danno meramente patrimoniale, ovvero sia della tutela aquiliana del credito di cui pure sono stati attentamente studiati i fondamenti romanistici: si v., per tutti, M.F. CURSI, *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche*, in *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, 2007, p. 215 ss.; nonché più di recente, EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*², Napoli, 2021; ultimamente, sulle azioni 'aquiliane', per tutti cfr. A. TORRENT RUIZ, *Ad legem Aquiliam II. Estudios procesales*, Madrid, 2021, con bibliografia.

⁷ Si v. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, p. 5 ss.

⁸ Cfr. C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 1 ss.

Come nessun romanista ignora, i criteri di imputazione dell'inadempimento da parte del debitore si distinguono abitualmente in soggettivi e oggettivi, che configurano rispettivamente la tipologia della responsabilità soggettiva e oggettiva. Ma tale classificazione viene elaborata nella dottrina moderna. Le figure indiscutibilmente attestate dalle fonti romane sono, lo sanno tutti, *dolus* e *culpa*, che si intendono oggi di solito come paradigmi della responsabilità soggettiva, da un canto; della *custodia* come canone della responsabilità oggettiva, d'altro canto.

La responsabilità soggettiva si riferisce a un criterio ovviamente soggettivo di imputazione addossato al debitore.

Nella dottrina moderna, criterio soggettivo è quello per il quale il debitore risponde in base all'atteggiamento tenuto dal punto di vista psicologico, sia che gli si possa imputare di aver voluto l'evento e ciò configura la categoria concettuale del *dolus*; sia che gli si rimproveri di averlo comunque causato per negligenza, imprudenza o imperizia e ciò a sua volta configura la *culpa*. Criterio oggettivo, invece, è quello per cui, a prescindere da qualsiasi verifica dell'atteggiamento psicologico, il debitore risponde per il solo fatto della prestazione mancata (*custodia*)⁹. Il vero banco di prova dell'assetto così ricostruito, imperniato sulla colpa, è il problema della specifica rilevanza e appropriata qualificazione di quella componente soggettiva nell'atteggiamento del debitore, che l'ascendente esercitato dalla datata critica testuale interpolazionistica tendeva a rimuovere. Rileggiamo le puntualizzazioni di Talamanca¹⁰, sulla svolta esegetica: «è stata lungamente prevalente, negli anni dell'interpolazionismo, l'opinione che i giuristi classici non avrebbero impiegato il criterio della *culpa* – quale mancata adibizione della diligenza – né nella responsabilità aquiliana (dove il termine avrebbe designato il nesso di causalità materiale ...), né nella responsabilità contrattuale dove l'imputabilità al debitore dell'impossibilità della prestazione si sarebbe determinata, nei rapporti obbligatori tutelati da *iudicia bonae fidei*, in base ai criteri del *dolus* e della *custodia*. Questa opinione, che rendeva necessaria una serie molto ampia di interpolazioni oggettivamente ingiustificate, è ormai definitivamente abbandonata». Anche se il compianto giurista adopera, come s'è appena visto, la

⁹ Come poneva in rilievo, fra gli altri, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659 s.

¹⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. p. 662.

duplice aggettivazione (aquiliana e contrattuale) della responsabilità, gli è ben chiara la necessità di definire i veri termini del quadro concettuale della responsabilità a Roma, cercando di identificare la categoria della colpa con una sintesi che vale ancora la pena di rileggere¹¹: «la colpa consiste nella causazione dell'evento che rende impossibile la prestazione per negligenza, imprudenza, imperizia. L'imperizia ha un ambito precisamente delimitato, consistendo nella mancanza delle capacità intellettuali e tecniche necessarie per raggiungere un determinato risultato, connesso, in generale, con un'attività professionale (Ulpiano e Celso, in D. 19.2.9.5): quali deve, ad es., avere un orafo cui sia data una gemma da intagliare, un capomastro cui sia stata commessa una costruzione, un medico cui sia stato affidato un malato, e così via dicendo. Più difficile stabilire la linea di separazione fra negligenza ed imprudenza: in sostanza si designa, con questi termini (da considerarsi un'endiadi), il difetto di attenzione nel tenere un comportamento e la mancata previsione delle conseguenze che possono derivare da esso (nella colpa cosciente: la convinzione di poter evitare, avendole previste, le conseguenze dannose della propria condotta). I *prudentes* non hanno, in effetti, mai approfondito l'analisi concettuale di *dolus* e *culpa*, il che corrisponde alla metodologia casistica che seguivano. I criteri flessibili ed adattabili seguiti per stabilire se, in un dato avvenimento, vi fosse stato dolo o colpa coincidevano, più o meno ampiamente, con quelli dianzi enunciati. Per quanto riguarda il dolo, non si presentavano particolari problematiche: e, a differenza del dolo negoziale, non risultano definizioni della categoria...»; invece «in materia di danno aquiliano, già agli inizi del I sec. a.C., si faceva coincidere la colpa con la mancata previsione di fatti che potevano esser previsti usando della normale diligenza».

Quindi, va intravista una stabilità nella distinzione strutturale tra colpa e dolo, ma non in una presunta distinzione tra tipologie di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), come oggi si usa fare. Una costante rimane semmai l'individuazione della diligenza, invece. Nel chiarire come la diligenza stessa venisse intesa dai giuristi romani, ancora Talamanca¹² pone in evidenza problematiche storico-giuridiche mai risolte, così: «nella discussione casistica i *prudentes* adattano alle particolarità delle varie figure contrattuali, se non della singola fattispecie, i referenti in base ai quali individuano l'insorgere della *culpa*, senza procedere alle

¹¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 663.

¹² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. p. 665 ss.

classificazioni che si riscontrano nella compilazione giustiniana, sia riguardo alla *culpa* stessa, che della *diligentia*. La *diligentia* è, per i *prudentes*, l'atteggiamento che, in positivo, deve avere il debitore per non ricadere in *culpa*, che viene integrata, in linea di massima, dall'assenza della diligenza stessa (a parte l'*imperitia*). Le classificazioni che si trovano nel 'diritto della compilazione' sono difficilmente articolabili in un sistema coerente. All'interno della *diligentia*, si distingue la *diligentia quam suis* dalla *diligentia (diligentis) patrisfamilias*: alla violazione dell'una e dell'altra corrispondono rispettivamente – secondo la terminologia medievale – *culpa in concreto* e *in abstracto*. La *diligentia diligentis*, terminologia non classica, era la diligenza e la cura usate nel comportarsi da buon padre di famiglia, colui che, secondo il comune sentire sociale, deve considerarsi persona prudente ed accorta: una diligenza valutata, dunque in astratto, ché il buon padre di famiglia è un tipo ideale, non esiste nella realtà quotidiana. La *diligentia quam suis* era, invece, quella che il singolo debitore usava nello sbrigare i propri affari, coincidesse con la *diligentia diligentis*, ne fosse inferiore o superiore. Come parametro per stabilire la *culpa*, i giuristi classici si riferiscono sicuramente a quella che i medievali avrebbero chiamato la *diligentia diligentis*. Per essi, la *diligentia quam suis* non rientrava nell'ambito della *culpa*: in alcuni *bonae fidei iudicia*, in cui si rispondeva soltanto per dolo (ad es., nell'*actio depositi*), la giurisprudenza del I-II sec. d.C. considerava che fosse in dolo il debitore che, nell'adempimento dell'obbligazione, non adibisse la stessa cura e la stessa diligenza che poneva nei propri affari. In D. 16.3.32, ciò era sostenuto da Nerva e Celso, che parlavano, al proposito, di una *latior culpa*, mentre, all'interno della stessa scuola proculiana, Proculo andava in avviso contrario... Nell'ambito, invece, della *culpa in abstracto* dei medievali, si trovano già in periodo classico tracce dell'individuazione della categoria della *culpa lata*, cui corrisponde una *magna* o *nimia negligentia*, un *non intelligere id quod omnes intelligunt* ('non rendersi conto di quanto tutti comprendono': così Ulpiano, in D. 50.16.213.2). A tale individuazione si procedeva per assimilare al *dolus* la *culpa lata* (come accadeva, del resto, per la *culpa latior*, corrispondente alla violazione della *diligentia quam suis*), in modo che le più crasse violazioni del dovere di diligenza venissero addebitate anche a coloro che rispondevano soltanto in base al dolo stesso. Le affermazioni dei *prudentes* al riguardo, separate spesso dal loro contesto ad opera dei compilatori giustiniani, assumono – nel *Corpus Iuris* – una portata generale: con tutta probabilità, i classici procedevano, invece, caso per caso secondo la loro generale metodologia... Nel Digesto e nel

Codice si colgono le tracce della tendenza postclassica e bizantina verso una maggiore sistematizzazione della materia della responsabilità, ma è difficile costruire un coerente sistema sulla base del materiale contenuto nella compilazione (lo ha, invano, tentato, la dottrina occidentale a partire dai glossatori), e non è, del resto, sempre sicura l'individuazione di quelle che fossero le effettive tendenze delle scuole postclassiche e dei compilatori... Al di là delle modificazioni nel regime sostanziale, nella compilazione si nota la tendenza – già iniziata nelle scuole orientali – ad un'esplicita contrapposizione e classificazione delle varie figure di *culpa*. I giuristi classici avevano, più o meno ampiamente, individuato un grado elevato di colpa, la *culpa lata*, ma non le avevano contrapposto tutti gli altri casi come *culpa levis*, categoria creata probabilmente dalle scuole postclassiche. Nella tendenza sistematrice delle scuole orientali, v'era il problema della *diligentia quam suis*, figura che i classici utilizzavano nell'ambito della responsabilità per dolo. I postclassici, invece, accentuano, a quanto sembra, la circostanza che si trattava di un comportamento in cui mancava la volontà dell'agente diretta all'evento, onde esso non rientrava strutturalmente nel dolo. In alcuni passi si ritrova, infatti, la tendenza a distinguere due diverse gradazioni nella responsabilità per *culpa*, a seconda che il debitore risponda per la violazione della *diligentia diligentis* o della *diligentia quam suis*. Questo spunto non viene, però, perseguito fino in fondo: e nella compilazione è ancora presente – in D. 16.3.32 – l'equiparazione al dolo della violazione della *diligentia quam suis* in quanto *latior culpa*».

3. Concetti duttili avverso schematismi moderni nel caso di 'diligentia' e 'culpa'

Ho appena richiamato l'esposizione del compianto Talamanca per mostrare quanto sia ancora un patrimonio ricco e preciso quello derivato dai giuristi romani in materia di responsabilità, che non occorre articolare in schemi ulteriormente prodotti con visuali moderne sulla base della supposizione che abbiano fondamenti antichi nelle fonti romane. Si tratta, insomma, di evitare schematismi in tema di concetti elastici, qual è il caso di *dolus*, *culpa* e *diligentia*, di per sé già sufficienti per elaborare svolgimenti rispondenti a realtà attuali. Bisogna peraltro evitare il rischio di perdere arricchimenti concettuali, riposti nelle riflessioni dei giuristi romani classici, su problematiche che in concreto possano manifestare continuità di *ratio* e soluzioni simili sul piano casistico. Il versante dell'adattamento di concetti elastici a una

dialettica che la distinzione strutturale tra dolo e colpa in fondo ancora rispetta sul piano teorico, va preservato senza timori ideologici.

La diligenza, dal canto suo, ha una configurazione appunto elastica per eccellenza, e in questa veste va ancora appresa e configurata, nonché nei connessi sviluppi codicistici nel «sistema» del codice civile, come notava Stefano Rodotà più di mezzo secolo fa¹³. Che ora Paola Lambrini, a proposito della sistematica codicistica, risvegli la problematica della dualità sovrapposta modernamente alle fonti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, a mio parere, rivela di nuovo un'esigenza di chiarificazione di rapporti tra romanistica e civilistica, nei quali ognuno faccia la sua parte e svolga il proprio ruolo. Almeno per consentire la rintracciabilità di quanto sia davvero scritto nelle fonti a proposito di criteri dell'inadempimento imputabile dell'obbligazione, a differenza delle creazioni dei gradi poi dell'elaborazione medievale e, infine, delle soluzioni, talvolta, non ottimali, codicistiche moderne. Troppo datata pare risultare, ormai, la contrapposizione tra l'epoca dei giuristi classici e il periodo postclassico e giustiniano circa la concettualizzazione di *diligentia* e *culpa*¹⁴.

Un'osservazione recentissima cauta si deve a Giovanna Coppola¹⁵, la quale conclude in argomento, giungendo pure lei al punto controverso ed esemplare della *diligentia quam in suis*¹⁶, così: «nonostante comunque i classici non abbiano elaborato una teoria della responsabilità, fu da essi che i Compilatori trassero i principi che stanno alla base della visione giustiniana e moderna della responsabilità, creati generalizzando le soluzioni escogitate dai giuristi nel risolvere i singoli casi concreti. Così Giustiniano distinse, accanto al dolo, *culpa lata* e *levis*. La prima, che consisteva nel disattendere ciò che tutti sono in grado di considerare, e che pertanto è equiparata al dolo, si distingue dalla seconda, che invece dipendeva dall'inosseranza della *diligentia* approntata dall'uomo medio (il *bonus pater familias*): figure, queste, collegate al criterio dell'*utilitas contrahentium*, nel senso che trovava applicazione la *culpa levis* nei contratti che avvenivano nell'interesse del debitore o di entrambe le parti, mentre se il contratto avveniva nell'interesse del solo creditore la responsabilità del debitore era limitata alla

¹³ Si v. S. RODOTÀ, s.v. «*Diligentia (diritto civile)*», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 538, nt. 1.

¹⁴ Ancora pervicacemente configurata, come basilare contrapposizione, da F. CANCELLI, s.v. «*Diligentia (diritto romano)*», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 517 ss.

¹⁵ G. COPPOLA, *Institutiones*, cit., p. 157.

¹⁶ Su cui rinvio a quanto ho scritto in G. VALDITARA – F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza*, cit., p. 61 ss.

culpa lata. Talvolta, inoltre, il criterio per valutare la colpa del debitore non era il comportamento dell'uomo medio, ma la misura di *diligentia* che il debitore usava nei propri affari (*diligentia qualem quis suis rebus adhibere solet*): gli interpreti parlano al riguardo di *culpa in concreto*, e la contrappongono alla *culpa in abstracto*, riferibile appunto al comportamento del *bonus paterfamilias*».

4. Rileggendo Betti a proposito dell'imputabilità dell'inadempimento

Anche se esposte da me in ordine fin troppo sparso e rapsodico, queste riassuntive considerazioni finora possono disorientare se non si rintracciano linee guida in materia, che riconducano ai fondamentali concetti elaborati in diritto romano circa l'imputazione dell'inadempimento delle obbligazioni. Più miratamente vorrei ritornare a un volume sobrio, perfino disadorno nella confezione editoriale, ma dai contenuti mirabili per analisi e apparato di fonti, un lavoro ancora una volta prezioso di Emilio Betti: *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione romana*, frutto di un corso monografico romano dell'anno accademico 1957-58, opera che ci rammenta la sana tradizione di svolgere da parte dei Maestri, e poi riversare per iscritto, corsi di diritto romano, ovverosia non delle materie di base per matricole (Istituzioni e Storia, tradizionalmente), in cui spiegare a livelli universitari avanzati, convinzioni personali, distanti dalle nozioni istituzionali, ben più raffinate ed espressive della propria personalità scientifica¹⁷.

La trattazione bettiana, forse poco conosciuta e apprezzata attualmente¹⁸, delinea i capisaldi concettuali necessari di un quadro complesso, ma che si regge grazie alle matrici romane e alla elaborazione romanistica imperniata sulla distinzione logica strutturale tra *dolus* e *culpa*. In materia di responsabilità ancor oggi adeguati, anzi indispensabili, strumenti interpre-

¹⁷ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1957-58.

¹⁸ Gli studi si concentrano ora sulla sua di poco precedente *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, rist. cur. G. Crifò, Milano, 1990, su cui si v. di recente M. BRUTTI, *La "dissoluzione dell'Europa": ideologia e ricerca teorica in Betti (1943-1955)*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, 2020, p. 81 ss.; cfr., poi, la drastica affermazione dell'inutilizzabilità scientifica oggi degli studi bettiani di diritto pubblico romano, di A. BANFI, *Qualche considerazione sull'attualità del pensiero di Giorgio Luraschi*, in *L'applicazione del diritto romano nelle realtà locali*, Bari, 2019, p. 47; ultimamente, cfr. riguardo Emilio Betti. I. FARGNOLI, *Le affinità giuridico-culturali con l'America Latina nella testimonianza di Emilio Betti*, in *Roma e America*, 41, 2020 ma 2021, p. 327 ss. con bibliografia.

tativi dalla matrice squisitamente romanistica. Certo, siamo ormai abituati a ragionare mediante schematismi costruiti nella modernità e con sovraccarichi ideologici attualizzanti, come la contrapposizione tra responsabilità oggettiva e soggettiva, che risulta equivoco opporre nettamente; nonché tra quella contrattuale ed extracontrattuale che oggi viene contestata come ultimamente viene sostenuto dalla Lambrini. Sul piano della ricostruzione storica, la più affidabile verisimiglianza viene conservata dalla distinzione tra responsabilità aquiliana e contrattuale, invece.

Ma la base sulla quale si fondano i criteri di responsabilità è saldamente costituita dal dualismo giustiniano scaturente dall'assetto classico configurato tramite *dolus* e *culpa*. A quest'ultima rivolgono i loro ragionamenti i giuristi classici, per edificare su di essa un (anche se derivante dalla pratica) 'sistema' sul piano concettuale della più complessiva responsabilità privata. Il vero problema sottostante è però quello dell'inadempimento delle obbligazioni, giacché, nel suo senso classico, *culpa* va intesa come imputabilità del mancato o ritardato adempimento spiega appunto Betti¹⁹. Dunque, da individuare erano i criteri di valutazione dell'imputabilità dell'inadempimento a seconda della tipologia di rapporti di obbligazioni o di prestazioni dovute²⁰. I giuristi romani non sottostavano a schematismi, nemmeno a quello che bipartiva *dolus* e *culpa*, la cui inconfondibile diversità strutturale, in particolare, non può essere deformata da categorizzazioni tutte moderne, che non vennero delineate nei tempi di più energica trattazione della responsabilità da parte dei giuristi romani. Per l'esattezza, Betti dimostrava l'esigenza di un trattamento differenziato dell'imputabilità a seconda della fonte del *vinculum iuris*, ponendo in risalto il criterio della *utilitas contrahentium*, tramite l'esplicativa antitesi tra comodato e deposito, così²¹: «nel chiarire la massima dell'utilitas contrahentium, vale a dire dell'interesse (esclusivo o concorrente) all'attuazione di un dato assetto d'interessi, nei quali si tratta di restituire la cosa che si è ricevuta in affidamento, con la differenza che negli uni (ad es. nel comodato) si tratta di affidamento nell'interesse del consegnatario, negli altri (deposito) l'affidamento avviene nell'interesse di colui che ha affidato la cosa»²². Il

¹⁹ Spec. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 3 ss.

²⁰ Chiarisce E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 13 ss.

²¹ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 47.

²² Betti richiama naturalmente Gai 3.205-207, nonché Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.5 e Mod. Coll. 10.2.4.1 e 4.

giurista camerte quindi chiarisce limpidamente²³: «il depositario non è tenuto alla conservazione nella forma tipica della custodia della cosa depositata e la sua responsabilità è limitata al caso in cui la mancata restituzione sia dovuta a un suo comportamento doloso»; appunto perché «vi è un'antitesi tra il prestito a uso, dove il solo accipiente ritrae un vantaggio dall'assetto d'interessi posto in essere e il deposito, dove, al contrario, l'accipiente presta i propri servizi nell'interesse dell'affidante. Tale diversità di situazione degli interessi determina, ovviamente, una diversità di trattamento in ordine all'imputabilità dell'inadempimento: così, mentre il comodatario è tenuto a garantire la conservazione della res in vista del suo obbligo di restituirla integra (custodiam praestare), il depositario, invece, è chiamato a rispondere solo di un proprio fatto che sia stato dolosamente diretto a rendere impossibile la restituzione». Nei giuristi tardoclassici tuttavia «era già iniziato un movimento interpretativo, di grande interesse per la storia dei dogmi, e che pone in rilievo il criterio della diligenza, quale stregua di valutazione dei rapporti contrattuali»²⁴ e, secondo Betti, emerge una divergenza di trattamento fra differenti tipologie di obbligazioni se si tiene presente la «relatività delle valutazioni giuridiche». Quindi, soltanto «se non ci si ferma alla superficie del fenomeno sociale implicante un obbligo di rem reddere, ci si può spiegare come nell'ambito di uno stesso rapporto contrattuale l'adempimento in funzione dell'interesse del creditore possa venire in discussione sotto diversi profili»²⁵.

5. Ancora su D. 16.3.32

Betti riserva una esemplare riconsiderazione al brano celsino in D. 16.3.32²⁶, con delle delucidazioni che, per la loro efficacia sul piano dell'interpretazione della logica dell'inadempimento delle obbligazioni nell'esperienza romana, mi sembra sia giunto il momento di rileggere e su cui riflettere ancora una volta molto attentamente. Sulla base della appena enunciata

²³ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 48 s.

²⁴ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 50.

²⁵ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit. p. 58 s.

²⁶ Su cui mi sia consentito rinviare, per un esame più articolato e discussione della bibliografia, a F. MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici (1991) e ID., *Criterio della «diligentia quam in suis» e codici moderni* (2016), in G. VALDITARA – F. MERCOGLIANO, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza*, cit., Torino, 2020, p. 61 ss.; adde ora PH. SCHEIBELREITER, *Der «ungetreue» Vervahrer. Eine Studie zur Haftungsbegründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht*, München, 2020, p. 255 ss., con altra letteratura.

affermazione della relatività delle valutazioni giuridiche, come canone interpretativo di prudenza nel distinguere il dolo dalla colpa, un'applicazione di essa estende «il concetto di bona fides, fin a ricomprendere nel suo contrario non solamente il dolo, ma anche la trascuratezza dei propri doveri che oltrepassi un certo limite»²⁷. Istruttivo di questa tendenza dei giuristi classici è il brano in D. 16.3.32, dal quale si trae – spiega in maniera condivisibile e limpida-mente razionale Betti²⁸ – che «secondo il giurista Nerva va considerata imputabile a stregua di dolo anche una trascuratezza imperdonabile (come già vide il Donello, *latior culpa* sta a indicare solo un'accentuazione della culpa, designa cioè non già un grado di colpevolezza distinto in modo meccanico, come accadrà in epoca postclassica, bensì il carattere imperdonabile della trascuratezza). Tale opinione, che Proculo, fermo alla tradizionale antitesi *dolus-bona fides*, respingeva, viene invece accettata da Celso».

In conclusione, non si deve imperniare ogni ragionamento e valutazione di responsabilità privata esclusivamente su dolo e colpa, ma pure sulla diversità di interessi nelle situazioni specifiche, ove sempre più rilievo deve assumere dunque il criterio della diligenza come canone affidabile di interpretazione e giostrare come i giuristi romani con concetti e criteri il più ampiamente possibile. Nel codice civile italiano del 1942, invece non si è andati più in là, per il deposito gratuito²⁹, dell'assimilazione con il minor rigore come metro (generico) di misurazione dell'adempimento del mandato a titolo gratuito. In fondo, si è voluto equiparare il criterio dell'interesse unilaterale all'attuazione del rapporto, così nel caso del mandato come in quello del deposito, se a titolo gratuito. Nell'esperienza giuridica romana in linea di principio invece non coesistevano come oggi gratuità e onerosità, ma v'era il fenomeno della custodia chiesta *gratis* soprattutto da mercanti *peregrini*, che non volevano riportarsi indietro merci e le affidavano ai *cives*³⁰.

Betti, come s'è visto seppur rapidamente, definiva i criteri di imputazione dell'inadempimento ricercandone la storia e le configurazioni ricavabili dai giuristi romani, al fine di disporre di un patrimonio concettuale ricco ed elastico in ampia misura, pur senza perdere

²⁷ E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit. p. 63.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Art. 1768, comma 2, cod. civ. it. (1942).

³⁰ Sulla tematica delle relazioni con gli stranieri a Roma si rinvia a F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020, p. 3 ss., con bibliografia; *adde*, fra gli altri, il significativo contributo di G. WOOLF, *Strangers in the City*, in *Xenofobia y racismo en el mundo antiguo*, Barcelona, 2019, p. 127 ss.

precisione valutativa. Così si può delineare una proiezione europea di analisi giuridiche, che oltrepassino le anguste antitesi tra dolo e colpa che sembrano ridurre questi criteri come monolitici concetti, laddove non sono fondati e applicati sin dalla giurisprudenza romana su contrapposizioni che travisano applicazioni concrete rispondenti ai comportamenti tenuti in buona fede.

In altri termini, Betti mette a frutto analisi e argomentazioni dei giuristi romani con il metodo duttile che era il loro, sconfessando aprioristici preconconcetti, che poi costringono nei ragionamenti giuridici a cercare anomalie ed eccezioni a quadri schematici inidonei a dare risposte accettabili nel quadro che diviene sempre più europeo e globale della responsabilità³¹. In D. 16.3.32, in particolare, il giurista camerterse riscopre l'esatta portata della *bona fides* come componente il criterio di interpretazione della *diligentia quam in suis*. Betti delinea i caratteri giusti della *culpa latior* quale trascuratezza non dovuta a negligenza, ma riconducibile a un comportamento insopportabilmente lesivo dell'affidabilità riposta nel depositario, che pure non godesse di reputazione lusinghiera e tale da non suscitare aspettative elevate. Si configurava in tale fattispecie un concorso di profili nella individuazione della responsabilità del depositario³², che riafferma la relatività delle valutazioni giuridiche, ben delineata da Betti, che anche su ciò ancora una volta vale la pena di rileggere attentamente.

Abstract

Il saggio, premesse considerazioni su tipologie e criteri in materia di responsabilità privata romana e intorno soprattutto al concetto di diligenza, riesamina le caratteristiche salienti delle considerazioni di Emilio Betti, condotte approfonditamente, come pochi hanno fatto nel Novecento, sugli aspetti connessi alla responsabilità del depositario a titolo gratuito così

³¹ Anche quella aquiliana: cfr. di recente P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*², Genève-Zurich, 2020, p. 619 ss. ed ha costituito pure una concettualizzazione ad ampio raggio europeo la causalità, come dimostra di recente il saggio interessante, dichiaratamente di 'diacronica microstoriografia', di W. ERNST, *Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*, Cambridge, 2019, p. 3 ss.

³² Per Betti il passo sarebbe stato riferito al tutore, ma tale ipotesi interpolazionistica, ricordata di recente molto bene dalla L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006, p. 102 nt. 200, viene altrettanto bene da lei anche, in una rilettura esegetica conclusiva del brano in D. 16.3.32, confutata: si v. *ivi*, p. 111 ss., spec. p. 124.

come descritta da Celso nel frammento in D. 16.3.32, valorizzando la tradizione del diritto romano in una prospettiva europea.

Abstract

The essay, having premised considerations on typologies and criteria regarding Roman private liability and above all around the concept of diligence, re-examines the salient features of Emilio Betti's considerations, conducted in depth, as few did in the twentieth century, on aspects related to the liability of the depositary free of charge as described by Celsus in the fragment in D. 16.3.32, enhancing the tradition of Roman law in a European perspective.

Camerino, novembre 2021.