

*1. deb. 207*

*J. epedat...*  
*Jan prof. Dr. F. Weyrov*  
*1. listě podává*  
*an A*

GIOVANNI WÁŽNY

PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELL'UNIVERSITÀ DI MASARYK IN BRNO

**14-F-57**

# Svolgimento della responsabilità per colpa nel diritto romano

Excerptum ex Actis Congressus Iuridici Internationalis  
Romae, 12-17 Novembris 1934  
Vol. I, pag. 345-357



ROMAE  
APUD CUSTODIAM LIBRARIAM PONT. INSTITUTI UTRIVSQUE IURIS  
PIAZZA S. APOLLINARE 49  
1935

SUMMARIUM. — Negotiorum gestio, tutela, societas.

Critica modernae doctrinae quae negat aetate classica, culpam fuisse consideratam in his iuridicis relationibus.

Idea doli non sufficit ad explicandam responsabilitatem in praefatis relationibus iuridicis. Nec iisdem potest ratio custodiae applicari.

Relatio inter mandatum et negotiorum gestionem in responsabilitate, iuxta mentem classicorum auctorum. Interpretatio cuiusdam textus Digesti.

Variae practicae condiciones auctoribus classicis suaserunt distinctionem inter dolum et culpam. Casus quidam communis negotiorum gestionis et tutelae.

Papinianus, Ulpianus-Julianus; rescripta imperatorum. Celsus.

Formulae compilatorum.

Coarctatio responsabilitatis ex culpa lata in textibus interpolatis.

Textus Codicis Iustiniani. Momentum interpolationis horum textuum. Aetas byzantina.

Nella compilazione giustiniana, la responsabilità dai contratti e quasi-contratti, diversa nelle diverse cause obbligatorie, si può sottoporre alle seguenti categorie: *dolus*, *culpa lata*, *culpa levis*, *custodia*, *periculum*. Più nettamente ed esplicitamente troviamo codesta scala delle forme di responsabilità civile nelle annotazioni dei giureconsulti bizantini (1). Ma non c'è dubbio che questa scala di responsabilità, questa quadripartizione — la *culpa lata* si confonde col *dolus* — rende bene il senso di vari casi di responsabilità nella stessa compilazione giustiniana, se anche la terminologia varia; *periculum* si confonde col *casus fortuitus*, la *custodia* alterna colla *diligentia diligentissimi patris familias*, *culpa levis* colla *exacta diligentia*.

Dov'è, in queste costruzioni dottrinali, il punto di partenza classico?

La scienza romanistica moderna è logicamente portata, e sempre con più sicurezza, a ritenere che il diritto classico non conoscesse altri criteri di responsabilità che il *dolus* e la *custodia*: accanto ad essi ap-

---

(1) Cfr. ad esempio lo scolio di Stefano al D. 17, 2, 52, 3 (Bas. I 751 οὐκ ἀπαρτετ).

pena c'è posto per il criterio della *culpa*, che può al più essere ammesso come criterio d'importanza secondaria <sup>(2)</sup>.

Ebbene, non c'è dubbio che il nuovo apprezzamento della *custodia* in diritto classico — responsabilità per la perdita e deteriorazione delle cose affidate — dovesse necessariamente condurre alla constatazione che il campo d'applicazione della *culpa*, nel senso tecnico, fosse molto più ristretto di quanto si credeva prima di queste moderne indagini su la *custodia* classica <sup>(3)</sup>. Ma trovato il concetto classico della *custodia* come una certa forma del rischio della perdita della cosa affidata si è andato e si va troppo lontano in questa direzione. Si estende troppo il campo d'applicazione della *custodia*: — si parla, ad esempio, della *custodia tutoris, socii, conductoris operis* <sup>(4)</sup>. Dall'altro canto, ove non si ammetta tale estensione della *custodia*, si estende troppo il concetto antitetico del *dolus* <sup>(5)</sup>. In ambedue le direzioni scientifiche, il criterio classico della *culpa*, se non sparisce direttamente, ha almeno un posto secondario.

Non trovo giusta questa tendenza delle indagini. Ebbi già più volte occasione di constatare che accanto ai casi del *dolus* e della *custodia*, certo numerosi, vi sia nella casistica classica, una serie altrettanto numerosa di fattispecie, dove la responsabilità non si spiega col criterio del rischio (*custodia*), e neppure come conseguenza d'un atto doloso (*dolus*). Tali casi troviamo in abbondanza nei commentari classici al *iudicium tutelae*, come ebbero occasione di constatare già più volte e l'ul-

<sup>(2)</sup> Confr. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, 324 segg.; HAYMANN, *Textkritische Studien, Custodia*, Z. Sav. S. 40, 167 segg.; 260; 267; HAYMANN, *Die Haftung des neg. gestor*, Sunti delle relazioni, Congresso int. di d. r.; ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 34 segg., 189 segg.; WIAECKER, *Haftungsformen des r. Gesellschaftsrechtes*, Z. Sav. S. 54, 35 segg. Confr. anche, per il caso di tutela, BONFANTE, *Diritto di famiglia*, 457 segg. Come sostenitore della responsabilità per *culpa* confr. ad esempio KUEBLER, *Die Haftung für Verschulden*, Z. Sav. St. 39, 172 segg.; VÁŽNY, *Custodia*, Annali Sem. Palermo, 12, 104, Vedecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university 1930, 198 segg. Responsabilità del tutore, Congresso int. di d. r.; MARIO LAURIA, *Periculum tutoris*, 1933; FRESE, *Prokuratur und neg. gestio*, Mélanges Cornil, I, 367.

<sup>(3)</sup> Confr. ad es. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità*, 67 segg.

<sup>(4)</sup> HAYMANN, Z. Sav. S. 40, 190 e segg.; KUNKEL, Z. Sav. S. 45, 276; WIAECKER, Z. Sav. S. 54, 47 segg.

<sup>(5)</sup> Confr. gli autori, citati nella nota 2).

tima volta nella relazione, fatta l'anno scorso nel Congresso internazionale di diritto romano.

Contemporaneamente con me, Mario Lauria, nelle sue preziose indagini sul *periculum tutoris*, ha mostrato come e quanto contribuì al riconoscimento dottrinale della *culpa*, quale criterio della responsabilità del tutore, il giurista Papiniano. Ma io credo che non solo Papiniano, il quale adoperava certamente il criterio della *culpa tutoris* con esplicita e tecnica consapevolezza, ma anche gli altri giuristi Ulpiano, Paolo e anche Giuliano e Celso si basano sul criterio della *culpa* nelle decisioni sulla responsabilità del tutore. Nelle fonti troviamo elementi numerosi di questa dottrina in frammenti di questi giureconsulti <sup>(6)</sup>.

Se la tutela col suo *periculum culpae* rappresenti un caso speciale del *gerere negotia aliena*, è, già a priori, certo, anche prescindendo dai testi ufficiali in questa materia, che lo stesso *periculum culpae* subisse nel diritto romano il *negotiorum gestor* <sup>(7)</sup>. Anche qui la casistica mostra, più che non i testi ufficiali di portata generale, sospetti, bisogna riconoscerlo, d'interpolazione. Per il nostro scopo bastano due esempi, notevoli come testimonianze del rapporto dottrinale fra la gestione d'affari e il mandato, il primo testo, fra la gestione d'affari e la tutela, il secondo testo.

L. 21 § 3 D. 3, 5 Paulus, libro nono ad edictum:

*Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non id hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit tu mihi praestes.*

Il testo è prezioso, perchè distingue nettamente la responsabilità del mandatario (di *Lucius Titius*, che ha gestito gli affari altrui in conseguenza del mandato datogli da un terzo) e la responsabilità del gestore d'affari (del terzo che ha dato l'incarico a *L. Titius*) <sup>(8)</sup>. Dal rapporto nascono due azioni: *mandati* al mandante contro il gestore incaricato, *negotiorum gestorum* al *dominus negotii* contro il terzo mandante (il quale appunto *negotia gerit* mediante il mandato dato

<sup>(6)</sup> Confr. la mia relazione, fatta al Congresso di d. r. 1933. I testi, addotti in questa relazione, devono essere completati con un testo di Celso, D. 27, 8, 7.

<sup>(7)</sup> Confr. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità* 214 segg.

<sup>(8)</sup> Per la distinzione di due rapporti, del mandato e della *neg. gestio* nel nostro caso veggasi WINDSCHEID, *Pandektenrecht* II § 431, n. 4, p. 631.

a *L. Titius*). Il gestore incaricato ha causato il danno al *dominus negotii* per sua negligenza. Risponde per questo al suo mandante? No. Perché altrimenti basterebbe la cessione di questa *actio mandati* al *dominus negotii* per realizzare completamente tutto l'affare. Ma appunto questa cessione dichiara il nostro testo insufficiente e la ragione è ovvia: il mandatario (*L. Titius*) è responsabile davanti al suo mandante solo per il *dolus*, non già per la *culpa*, della quale si tratta nel caso concreto. Invece verso il *dominus negotii* il gestore risponde (nel nostro caso il mandante) anche per la *culpa*, e non potendo effettuare quest'obbligo colla cessione della sua *actio mandati* (trattandosi della negligenza) deve risarcire il danno, che gli si imputa dal punto di vista che abbia eletto la persona negligente.

Questo ragionamento ritengo del tutto logico. E allora non posso consentire con gli autori che vi trovano il pensiero bizantino, tanto più che le proposte, fatte dagli autori per ricostruire il pensiero classico, sono troppo differenti<sup>(9)</sup>. Si potrebbe forse dubitare, se la responsabilità del gestore fosse motivata col *quod imprudenter eum elegeris*<sup>(10)</sup>; ma anche la cancellazione di queste parole come interpolate (di cui dubito) non importerebbe grave cambiamento nel merito del testo, trattandosi al più dell'idea che il danno fatto dal mandatario per negligenza si imputi alla *culpa* del mandante come gestore.

Dalla netta contrapposizione del rapporto di mandato e di *negotiorum gestio*, fatta così spiccatamente nel nostro testo, esce con evidenza la responsabilità classica dei *negotiorum gestor* per la *culpa*. Il valore della contrapposizione di questi due rapporti è già diminuito

<sup>(9)</sup> Lo SCHULZ (*Z. Sav. S.* 27) riteneva il testo genuino; cambiò quest'opinione negli studi posteriori. Confr. poi BESELER, *Beiträge* 3, 178; KUNKEL, *Z. Sav. St.* 45, 327; PARTSCH, *Studien zur neg. gestio*, 15 n.; PAMPALONI, *Bull. Ist. d. r.* 20, 229 ss.; *Index interpolationum*, I, 41.

L'impossibilità della ricostruzione *tu mihi a. n. g. teneris, ut actiones tuas praestes* (altro interpolato) risulta da ciò che fu detto sopra: la prestazione dell'*actio mandati* era nel caso concreto (negligenza) insufficiente; lo stesso vale circa l'opinione che nel nostro testo si imponeva al mandante (gestore) di fare il processo contro il mandatario e trasferir ciò, che si abbia ottenuto, al *dominus*. E non vi è solo l'accentuazione della negligenza nella fine del testo che documenta che si trattava del danno per negligenza; lo stesso è contenuto nella parola *recte* che significa non solo conforme al diritto, ma anche *quasi bonus paterfamilias* (SECKEL-HEYMANN, *Handlexikon*).

<sup>(10)</sup> PARTSCH, *cit.*, PAMPALONI, *cit.*

nella compilazione giustiniana<sup>(11)</sup>, la quale impone anche al mandatario la responsabilità per la *culpa* nei testi interpolati<sup>(12)</sup>. È molto sintomatico, che un annotatore bizantino spiega l'insufficienza della cessione dell'*actio mandati* nel nostro testo, coll'idea alquanto povera dell'insolvenza del mandatario: invece nel diritto classico si trattava di conseguenza del vario regime della responsabilità (nel mandato il *dolus*, nella *negotiorum gestio* la *culpa*<sup>(13)</sup>).

E adesso l'altro documento, ancor più interessante, è dato da due testi di Papiniano, dai quali esce la *negotiorum gestio* e la *tutela*.

Papinianus l. octavo decimo quaestionum, fr. 72 § 3 D. 35, 1.

*Quid ergo si ita scriptum sit: 'peto, post mortem tuam restituas hereditatem ita, ne satis fideicommissi petatur neve ratio exigatur', sine dubio per huiusmodi verba non interponendae quidem cautionis condicio videbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intellegatur: idque in eius persona, qui negotia gessit cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est.*

Papinianus l. septimo responsorum, fr. 41 D. 26, 7.

*Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere, quoniam eius liberatio, quod ex tutela perceptit aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.*

Non posso esaminare qui la questione della responsabilità del tutore. Me ne occupai in altre occasioni<sup>(14)</sup>. La responsabilità per la *culpa* segue da numerose attestazioni genuine, penetra indubbiamente nella ricchissima casistica, modificandosi soltanto qua e là per opera dei compilatori.

<sup>(11)</sup> E questo è un notevole indice della genuinità del pensiero, contenuto nel testo citato.

<sup>(12)</sup> Confr. MITTEIS, *R. Privatrecht* 325 segg., 327 nota.

<sup>(13)</sup> Il testo citato è prezioso anche in ciò che ci mostra il principio donde risultava la responsabilità del mandatario per il *dolus*, del neg. gestore per la *culpa*; il mandante eleggendo lui stesso la persona del mandatario sopporta il rischio proveniente dalla sua poca diligenza personale; invece nella *neg. gestio*, dove si tratta della spontanea assunzione degli affari altrui, il *dominus* può chiedere la diligenza del gestore. Confr. anche KUEBLER, *Z. Sav. St.* 39, 197.

<sup>(14)</sup> Negli studi citati nella nota 2).

Il testo di Papiniano appartiene a quelle attestazioni <sup>(15)</sup>. Non voglio negare qualche piccolo ritocco fatto al testo dai compilatori. Indubbia resta la fattispecie, indubbia resta la soluzione nonchè la formulazione tecnica del pensiero: il legato di liberazione dall'obbligo di *rationes reddere* rilasciato al tutore non si riferisce agli atti dolosi; libera così il tutore solo dalla responsabilità per la *culpa*. Prova indiscutibile che la responsabilità del tutore non era limitata al dolo, perchè altrimenti tutta la questione non avrebbe senso.

Interessantissimo che lo stesso problema si ripete presso lo stesso giureconsulto per quello che riguarda la gestione d'affari altrui: il legato di liberazione dall'obbligo di rendere i conti rilasciato all'erede fiduciario, al *negotiorum gestor*. La soluzione è uguale: *ut culpa, non etiam dolus remissus intellegatur*.

Si potrebbe pensare che fosse Papiniano il primo che formulò la responsabilità e dalla *tutela* e dalla *negotiorum gestio* come la resp. per la *culpa* nel senso tecnico. Infatti, la stessa questione dell'effetto di un legato con cui la *necessitas rationis reddendae* è stata data al *neg. gestor*, la troviamo già in Modestino, il quale si contenta di decidere solo dal lato negativo che tale legato non si riferisca a ciò *quae dolo vel ex fraude qui negatia gesserit commissa sit*, senza designare tecnicamente la responsabilità abbracciata dal legato (D. 34, 3, 8, 6). Da ciò si potrebbe pensare che per la giurisprudenza dei tempi di Pomponio era già chiaro, sì, che la responsabilità del *neg. gestor* ecceda i limiti del *dolus*, restando però — per la giurisprudenza prima dei tempi di Papiniano — dubbio se essa sottoponesse questi casi della responsabilità non dolosa all'idea della *culpa*. Dunque tale stato di cose quale suppone Mario Lauria per lo sviluppo della responsabilità del tutore <sup>(16)</sup>. Ma credo che questo dubbio non esista. Appunto perchè per la tutela si può provare che già a Celso e a Giuliano era chiarissima l'idea della *culpa* come criterio della responsabilità del tutore (fr. 7, D. 28, 7 e fr. 5 § 7 D. 26, 7). Piuttosto potrebbe pensarsi che, almeno nella *neg. gestio* ci fosse un rescritto imperiale, che per sviluppar la portata del *legatum liberationis*, sopra menzionato, trovò per la prima volta l'occasione di adoperar il criterio di distinzione di *dolus* e *culpa* (nel senso tecnico). Il testo citato di Papiniano ricorda un rescritto

<sup>(15)</sup> Confr. RABEL, *Grundzüge*, 478. Confr. anche LEVY, *Z. Sav. St.* 37, 48 segg.

<sup>(16)</sup> *Periculum tutoris*, p. 30 segg.

(*idque — scil. ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur — in eius persona, qui negotia gessit cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est*). Certamente non nel senso, che il rescritto avesse introdotto la responsabilità per la *culpa* nella *neg. gestio*, ma nel senso, che esce dal testo, che cioè si debba adoperare per sviluppare il valore del legato menzionato la distinzione fra il *dolus* e la *culpa*. Del resto lo stesso pensiero troviamo utilizzato già da Scevola (fr. 40 § 4 D. 40, 7). Questi decide che il dovere di *rationes reddere*, imposto allo schiavo come condizione della *manumissio testamento*, significhi la prestazione della colpa <sup>(17)</sup>; il dovere di *rationes reddere* è certamente normale obbligo del *neg. gestor*; quest'obbligo abbraccia la prestazione di tutto ciò *quod culpa eius (neg. gestor) deberet imputari*. Ecco una prova lampante che anche per Scevola l'obbligazione del *neg. gestor* significa la prestazione della *culpa*.

I testi esaminati bastano di per sé, senza aiuto di testi ufficiali in materia, a mostrar con evidenza l'idea della *culpa* come criterio della responsabilità del *neg. gestor*.

Vediamo brevemente il punto di vista dei compilatori.

I compilatori estendono la responsabilità del *neg. gestor* fin al limite estremo (confr. I 3, 27, 1 *ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*; confr. fr. 5 § 14 D. 3, 5, dove è interpolata la frase *et vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit* <sup>(18)</sup>). Impongono la prestazione della *culpa* anche al mandatario <sup>(19)</sup>. Restringono invece — questo sembra almeno a prima vista — la responsabilità del tutore, dichiarandolo responsabile nei casi speciali per la sola *culpa lata*. In questa connessione si trovano specialmente tre testi del Codice di Giustiniano, che giova esaminare come esempi tipici d'interpolazione, finora non chiariti abbastanza.

Imp. Antoninus A. Praesentino c. 2 C. 5, 51.

*Nomina paternorum debitorum si idonea fuerunt initio susceptae tutelae et per latam culpam tutorum minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, iudex qui super ea re datus fuerit dispiciet: et si palam dolo*

<sup>(17)</sup> *Respondit, si id esset, quod culpa eius deberet imputari, spectare ad rationis reddendae necessitatem.*

<sup>(18)</sup> Su queste interpolazioni confr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* Però dirò subito che le interpolazioni non hanno una notevole importanza pratica.

<sup>(19)</sup> Confr. i testi interpolati, citati dal MITTEIS, *op. cit.*

*tutoris vel manifesta negligentia cessatur, tutelae iudicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse statuere curabit.*

Il testo si ritiene interpolato. Il Mitteis<sup>(20)</sup> reputa interpolate le parole *culpa lata*, il Kunkel<sup>(21)</sup> anche le parole *manifesta negligentia*. Per me l'interpolazione del testo risulta dal confronto con la casistica romana, e principalmente con un testo di Paolo, decidente lo stesso caso. Ecco come formula la fattispecie il giureconsulto classico: *si tutor constitutus quos invenerit debitores non convenerit ac per hoc minus idonei efficiantur* (fr. 15 D. 26, 7). Questa fattispecie e altre numerosissime, formulate analogamente, sono semplicemente casi della responsabilità, in cui la *culpa* è implicitamente compresa — ovvero, si può anche dire, tali casi sono illustrazioni della *culpa*. Da questo punto di vista elimino anche io le parole *per latam culpam*; il confronto col testo di Paolo da un lato, la struttura del testo dall'altro lato lo prova quasi matematicamente<sup>(22)</sup>.

La seconda parte del testo del codice riguarda il punto di vista giudiziario. Il giudice deve esaminare prima della sentenza, se la cessazione del tutore gli si debba imputare come la negligenza, dovendo condannarlo solo accertata la evidente negligenza. L'accentuazione della manifesta negligenza non sorprende in questa parte di rescritto, avente in mira il regolamento del punto di vista giudiziario. E perciò ritengo le parole '*manifesta negligentia*' genuine, in accordo col Mitteis, il quale giustamente le interpreta nel senso di un '*beweisrechtlicher Begriff*'.

Il senso limpido del rescritto, stante in armonia col citato testo di Paolo, colla casistica romana, corrispondente all'interna struttura del testo, a cui siamo così giunti, hanno perturbato i compilatori con ritocchi piccoli, ma infelici, quasi inetti. Perturbando il punto di vista giudiziario con quello giuridico, hanno compreso la *manifesta negligentia* il cui senso abbiamo accertato, nel senso di *culpa lata*<sup>(23)</sup>, e, convinti

<sup>(20)</sup> *Op. cit.* 335, n. 76.

<sup>(21)</sup> *Z. Sav. S.* 45, 319, n. 76.

<sup>(22)</sup> Ovvero, basterebbe forse l'eliminazione della parola *latam*? Non lo credo; la seconda parte del testo, in cui l'imperatore istruisce il giudice a prender rigorosamente in esame, se la cessazione si può qualificare come una negligenza, lo esclude logicamente. Invero, se già nella fattispecie fosse addotto anche l'elemento soggettivo della *culpa*, non si comprende l'incarico, dato al giudice, a esaminare, se vi fosse la colpa.

<sup>(23)</sup> Confr. MITTEIS, *op. cit.*; KUNKEL, *op. cit.*; DE MEDIO, *Bull. Ist. d. r.* 18, 294.

che l'imperatore volesse introdurre la responsabilità per la sola *culpa lata* in questo caso speciale, hanno ritenuto necessario di addurre la *culpa lata* già nella fattispecie; e per completamento hanno aggiunta l'eventualità del dolo. Questi ritocchi hanno reso il testo difficilmente comprensibile. Hanno imposto agli interpreti la domanda, perchè il tutore appunto in questo caso risponda solo del dolo e *culpa lata*. Hanno suggerito ad esempio l'opinione, che solo nell'amministrazione delle cose paterne risponda il tutore della *culpa lata*, obbligato altrimenti regolarmente per la *culpa levis* giustificazione, come è chiaro, poco felice, ma esplicabile, quando il Corpus iuris doveva esser interpretato per se solo<sup>(24)</sup>.

Imp. Alexander A. Iusto, c. 2 C. 5, 55.

*Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. si qua vero sunt, quae, cum geri debuerunt, omissa sunt, latae culpa ratio omnes aequaliter tenet.*

Il Levy<sup>(25)</sup> ritiene interpolata la seconda parte del testo, introducendo la principale primaria responsabilità di tutti i tutori, anche i cessanti, nel caso, che l'affare tutelare non sia stato procurato da nessuno. A provar quest'interpolazione adduce, fra l'altro, la relazione di Taleleo, che parla di questo regolamento di responsabilità come di un *novum*. Il peso di quest'argomento viene però indebolito, se si considera che lo stesso Taleleo nello sviluppo della sua relazione cerca giustificare questo regolamento di responsabilità con argomenti logici, razionali: ciò che non sarebbe necessario, anzi mal si comprenderebbe di fronte a una positiva norma nuova. Da questo si ricava piuttosto l'impressione, che anche per lo stesso Taleleo si tratti di una norma speciale, non già d'una novità legislativa. Tanto più, se troviamo nel Digesto altri documenti di questo regolamento di responsabilità nel caso menzionato<sup>(26)</sup>. Ma il testo del Codice contiene già da per sé un elemento, che può condurre alla soluzione: la menzione di *lata culpa*, che è certamente interpolata; il testo genuino diceva forse *omnes aequaliter tenentur*. Ora non si può supporre, che gli stessi compilatori abbiano una volta, cioè nel testo del Codice, congiunto questo modo di responsabilità

<sup>(24)</sup> È interpretazione di Taleleo (al C. 5, 51, 3; confr. HEIMBACH, *Bas. III*, 725).

<sup>(25)</sup> *Z. Sav. St.* 37, 67 segg.

<sup>(26)</sup> D. 26, 7, 55, 3; D. 26, 7, 39, 11. Confr. però il LEVY, *op. cit.* L'interpolazione di questi testi ritengo dubbia, almeno per quel che riguarda il *meritum*, l'idea.

alla condizione di *culpa lata*, omettendo questa condizione nelle interpolazioni del Digesto? Piuttosto si comprende, che questo modo di responsabilità (la primaria responsabilità di tutti, compresi i cessanti, nel caso di *communis neglegentia*) fosse noto già al diritto classico e che i compilatori abbiano utilizzato il testo del Codice per interpolarvi la condizione di *culpa lata*.

Quale è il significato di questa interpolazione? A me pare, che si tratti di una mera costruzione. Invece delle parole *communis neglegentia*, con cui il giurista classico rende bene la situazione, i compilatori adoperano il termine *culpa lata*. Con altre parole, equiparano *communis neglegentia* a *culpa lata*: trattandosi della pluralità di colpevoli (tutore gerente e tutore cessante) si tratta per i compilatori della *culpa lata*. Credo, che i compilatori abbiano sentito la necessità di giustificare con questo concetto di *culpa lata* la primaria responsabilità di tutori cessanti nella situazione menzionata <sup>(27)</sup>. Non l'hanno introdotto questo modo di responsabilità, ma trovandolo nei testi classici hanno creduto necessario giustificarla con la *culpa lata*: e quindi l'hanno costruita. Di questo metodo di interpolazioni che trovo nel citato testo del Codice, ho incontrato un'interessante analogia negli scoli byzantini. Nel fr. 86 D. 47, 2 si nega al tutore la legittimazione attiva dell'*actio furti ob rem sua culpa subreptam*. I bizantini (Dorotheus) per giustificare questa regola, che trovano a prima vista incomprensibile, riguardano necessario interpretare la parola *culpa* nel senso di *lata culpa*. Come lo fanno? Dicono, che il *tutor* risponde dell'*exactissima* diligenza. Questo grado di diligenza fa impossibile a loro avviso il furto. Dunque se il furto è stato commesso si vede che non fu adoperata *exactissima diligentia*, e tale mancanza, che sarebbe per gli altri debitori la semplice *culpa*, si dichiara, trattandosi di tutori, *culpa lata* <sup>(28)</sup>.

Altri testi del Codice dov'è interpolata la *culpa lata*, appartengono alla materia della responsabilità dell'erede del tutore.

Si tratta anzitutto del vessatissimo testo, c. 1 C. 5, 54 di Severo e Antonino <sup>(29)</sup>. Del testo, contenente tante contraddizioni, ritenuto per-

<sup>(27)</sup> Nello stesso modo, come hanno ritenuto necessario giustificare la responsabilità dell'erede del tutore per la *culpa lata*.

<sup>(28)</sup> Confr. HEIMBACH, *Bas. V* al D. 47, 2, 85 *ὁ ἐκ τούτων μὴ μεγάλως ἐπιμελησάμενος μεγάλην ἀμέλειαν καὶ ὅλον δόλον νομίζεται ἁμαρτεῖν* (qui ex his non summam diligentiam praestat, magnam neglegentiam et quasi dolum admittere creditur).

<sup>(29)</sup> Confr. LENEL, *Culpa lata und culpa levis*, *Z. Sav. St.* 39, 270 segg.; ROTONDI, *Scritti II*, 300 segg.

ciò generalmente interpolato, naturalmente con molto vario apprezzamento dell'interpolazione, ritengo genuine solo le parole *heredes tutoris ob neglegentiam condemnari non oportet*, alle quali io sarei proclive a dare quel senso, che ha nel D. 27, 7, 4, 1 la frase *neglegentia plane propria heredi non imputabitur*. Invece i compilatori stabiliscono qui il principio, che l'erede del tutore non risponda della negligenza del tutore.

Da quest'innovazione compilatoria ritenuta come tale oggi quasi generalmente, si può dedurre l'interpolazione della c. 5 C. 5, 53 di Diocleziano.

*Licet adversus heredes ob non factum inventarium ius iurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, iudicem tamen velut ex dolo tutoris aliis iudiciis instructum adversus eos ferre sententiam convenit.*

Ritengo interpolate le parole *velut ex dolo*. È vero, sì, che la cardinale omissione dell'inventario qualificò la giurisprudenza classica (D. 26, 7, 7, pr.) come emanazione del dolo, per giustificare l'ammissibilità del *ius iurandum in litem* contro tale tutore. Anche nella costituzione citata si tratta del *non factum inventarium*, ma la qualifica di questa omissione come dolosa non si capisce, perchè convenuto è l'erede del tutore che è senza colpa. Stante il principio, che l'erede subentra nella posizione giuridica del defunto, dunque nel caso concreto nell'obbligazione *tutelae*, accertato nel caso concreto, che il *dolus proprius* non gli si può imputare, cosicché profitta delle costituzioni eliminanti il *ius iurandum in litem* di fronte a tale erede <sup>(30)</sup>, era deciso, in qual modo il giudice debba far la condanna. La qualifica dell'omissione del defunto tutore come omissione dolosa non aveva senso.

Invece per i compilatori era direttamente necessario accentuare che l'erede sia convenuto per il *dolus defuncti*, perchè altrimenti, in caso della negligenza del defunto tutore l'erede non potrebbe esser tenuto. Questo è il senso delle parole *velut ex dolo*, che bisogna ritenere interpolate.

Chiudendo queste osservazioni posso forse esprimere un'idea più generale: che accanto a l'immensità delle interpolazioni di valore pratico, legislativo e incontriamo qualche volta con le interpolazioni che hanno valore di mere costruzioni; che talune interpolazioni potessero sorgere in conseguenza della falsa interpretazione del testo classico.

<sup>(30)</sup> Confr. ROTONDI, *Scritti II*, 296 segg.