

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

«*Plus tenetur homo vitae suae providere quam vitae alienae*»

«L'uomo è tenuto a provvedere più alla propria vita che alla vita altrui»

[S. Tommaso d'Aquino, S. Th., II-II, q. 64, a. 7, resp. ¹]

1. Se è vero quanto afferma Giambattista Vico (1668-1744) nella ventesima *degnità* della “terza impressione” de *La scienza nuova*, e cioè che «*i poemi d'Omero [sono] due grandi tesori del diritto naturale delle genti*», la prima figura “documentata” di auto-responsabilità che la civiltà occidentale conosca è probabilmente quella impersonata dai compagni di Ulisse, i quali – come tradusse sapientemente il Pindemonte – «*delle colpe lor tutti perìro*» (*Odissea*, I, 7).

In effetti, quello che oggi viene comunemente chiamato “principio di auto-responsabilità” – locuzione in realtà impropria, come cercheremo di dimostrare nel corso del presente studio, essendo più corretto parlare di “auto-imputazione” o *imputatio sibi* – rappresenta un canone generale che alberga nella nostra esperienza giuridica quantomeno dal diritto romano, come dimostra quel passo del *De diversis regulis juris antiqui* in cui si afferma: «*[Quod] quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*»² («chi accusa un danno per sua colpa, non risulta in realtà subire alcun danno»: D. 50.17.203).

A fronte di tale *regula juris*, la scienza giuridica continentale avrebbe, poi, adottato la ben nota clausola del c.d. *sibi imputet*, già presente in numerosi passi del Digesto e del *Codex* – ad esempio, C. 4.29.22.1: «*sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit*» – e oggi comunemente adoperata in ogni ramo dell'ordinamento giuridico in chiave di esclusione dell'imputazione altrui³.

¹ Il passo tommasiano è originariamente tratto da un'indagine sulla legittima difesa, ma pare comunque icastico riportarlo al principio della nostra ricerca.

² P. COPPA-ZUCCARI, *La «compensazione delle colpe»*, Modena, 1909, 26 ss.

³ Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale – Parte Speciale*, vol. I, Lucca, 1881, 108: «La sentenza del poeta, *chi è causa del suo mal pianga se stesso*, non è che l'espressione di un sentimento universale della pubblica coscienza».

A ben vedere, nel diritto moderno e contemporaneo, il principio del *sibi imputet*, ampiamente recepito e rielaborato in seno al diritto civile – non senza addentellati con il canone generale di buona fede e con lo strumento processuale della *exceptio doli generalis*⁴ –, stentò e stenta tutt'oggi a fare ingresso nella materia penale, probabilmente per due ordini di ragioni: da un lato, il fatto che la pena, ove intesa quale mera *satisfactio rei publicae*, non sia suscettibile di compensazione nei modi del diritto privato⁵; dall'altro lato, più di recente, una sempre maggiore tendenza a individuare la vittima del reato quale *centro di gravità* del sistema punitivo, cui tutti gli istituti del diritto penale dovrebbero tendere quasi per forza centripeta, donde l'endemica avversione verso canoni e principî i quali, in qualche modo, abbiano l'effetto di far gravare sulla persona "offesa", in tutto o in parte, la "responsabilità" del danno occorso⁶.

Di primo acchito, il principio per cui ciascuna persona è chiamata *de jure* a farsi carico delle conseguenze derivanti da un proprio atto *lato sensu* errato o manchevole, senza potersene dolere verso terzi, potrebbe apparire assolutamente ovvio e lapalissiano, e come tale non meritevole di particolari approfondimenti o ricerche⁷; sennonché, non è chi non veda come, specie negli ultimi approdi del diritto vivente, una crescente istanza *pan-penalistica* e responsabilitaria abbia progressivamente eroso gli argini che contenevano l'*imputatio* giuridica entro i (naturali) confini dell'altrui auto-responsabilità, così che il principio del *sibi imputet* subisce oggi ingenti limitazioni e ampu-

⁴ DEMELIUS, *Über Kompensation der Culpa*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, 52 ss., spec. 57.

⁵ I.F. EISENBACH, *De compensatione circa maleficia, vel quasi, occasione legis XXXVI. Dig. De dolo malo*, Tubingae, 1778, § 15, 37; cfr. F. CARRARA, *ult. op. cit.*, 107: «... la pena irrogandosi nello interesse di tutti i consociati, i demeriti dell'offeso, la sua imprudenza, ed anche il suo dolo, non siano motivo sufficiente per defraudare i cittadini della repressione alla quale hanno interesse e diritto» (l'illustre Autore, tuttavia, non condivide tale asserzione).

⁶ Anche in ambito civilistico (R. CARLEO, *Danno da fumo e autoresponsabilità*, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8, 1792 ss.), con specifico riferimento al c.d. "danno da fumo", si è osservato come i filoni interpretativi più "severi" siano giunti ad assegnare forza predominante alle ragioni del danneggiato rispetto a quelle del danneggiante, sino alle punte estreme, per le quali non si tutela più il danneggiato *tout court* bensì, tramite la tutela immediata di quest'ultimo, si intendono proteggere «interessi diffusi di una massa di "persone"... [secondo] una protezione paternalistica, che accentua la situazione passiva di uno dei due soggetti».

⁷ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 27; secondo l'Autore, «se il danneggiato, ed esclusivamente il danneggiato è causa colposa del proprio danno, [...] il danno non è *iniuria datum* – potrebbe qui rammentarsi il principio *qui iure suo utitur neminem laedit* – e la questione sulla risarcibilità di esso è assolutamente esclusa».

tazioni, tanto da imporsene un nuovo approfondimento da parte della scienza giuridica.

A fronte di tale scenario, potrebbe dirsi che, nell'attuale *geistige Situation* del diritto penale, il principio di auto-imputazione rappresenta quasi un *tabù*, a fronte di quel *totem* vorace che la vittima di reato – o meglio, la sua prosopopea ideologica – sta sempre più impersonando, come dimostra la recente emanazione della c.d. “*direttiva europea vittime*” (2012/29/UE), la quale, pur non potendosi qui esaminare nel dettaglio, scolpisce chiaramente la citata tendenza generale degli ordinamenti continentali; tale complessiva “inclinazione” giuridico-culturale, a dire il vero, finisce per investire drasticamente il presidio penale (sostanziale e processuale) dell'inedito e *improprio* compito di tutelare vicariamente i beni o interessi giuridici, al cospetto di un sistema amministrativo e civile reputato – e non sempre a torto – come insufficiente a tal fine.

A questo riguardo, volendo tracciare sin d'ora, “a volo d'uccello”, la parabola discendente del principio di auto-responsabilità all'interno della disciplina penale odierna, potremmo preliminarmente citare un recente lapidario *dictum* della Suprema Corte Penale, secondo il quale «il principio di auto-responsabilità non [potrebbe] mai porsi come causa sopravvenuta idonea da sola a produrre l'evento e tale cioè da escludere il nesso di causalità, *essendo, se mai, causa preesistente*»⁸.

Proprio l'estrema disinvoltura con cui il diritto vivente – in particolare, il formante giurisprudenziale – ha inteso liquidare il bimillenario canone del *sibi imputet*, peraltro dietro il controverso “scudo” dell'art. 41, comma 2, c.p., induce lo studioso contemporaneo ad un nuovo ripensamento del tema, volto a restituire al canone di auto-responsabilità quella portata e quella *gittata* domestiche che, nella realtà, gli competono.

Nel corso della presente indagine, dunque, cercheremo di ripercorrere *fenomenologicamente* le tracce o figure giuridiche dell'auto-imputazione che, a mo' di *fil rouge*, sono presenti nelle trame del nostro stesso diritto vigente, al fine di dimostrare come la *Selbstverantwortung* rappresenti un vero e proprio canone generale, avente portata precettiva e interpretativa, *già immanente e consustanziale* al nostro stesso sistema positivo, e dunque non bisognoso di essere autonomamente introdotto o *ex novo* (ri-)fondato.

Nella **prima parte** del lavoro, in tale prospettiva, si tenteranno di tratteggiare molto brevemente le radici del *sibi imputet* all'interno del diritto romano (**cap. I**), per poi transitare in modo altrettanto sintetico nelle legislazioni ro-

⁸ Cass., Sez. IV, 6 maggio 2009, n. 26663, inedita.

mano-barbariche, nel diritto canonico ed in quello comune (**cap. II**), sino alle soglie della contemporaneità giuridica (**cap. III**).

Questa sezione introduttiva, invero, non avrà alcuna pretesa di esaustività e, con tutta probabilità, potrà apparire deficitaria e a tratti anti-filologica agli occhi degli specialisti di tali branche del diritto: per ciò chiediamo sin d'ora indulgenza, precisando che, con tali cenni iniziali, non pretenderemo certo di sviscerare il tema dell'auto-responsabilità all'interno dei citati rami del sapere giuridico, bensì – più modestamente – cercheremo di mostrare, in modo rapido e *per suggestioni*, che quello dell'auto-responsabilità non è un problema peregrino e privo di sostrato teorico, ma rappresenta una *questione perenne*, che i giuristi di ogni tempo e di ogni provenienza hanno sollevato e investigato. In definitiva, dalla variegata onnipresenza del *sibi imputet* all'interno del pensiero giuridico occidentale cercheremo di dedurre, per filigrana, che l'auto-responsabilità è un canone altrettanto originario e ineludibile quanto lo stesso *problema dell'imputazione* (“*chi ha fatto cosa?*”, “*questo fatto è opera di chi?*”).

La **seconda parte** della ricerca, più strettamente penalistica, dopo una breve introduzione alla materia (**cap. I**), consta sostanzialmente di due sotto-partizioni.

Nei primi capitoli si cercherà di comprendere se l'auto-responsabilità costituisca un immediato corollario di istituti quali il consenso dell'avente diritto (**cap. II**), il nesso di causalità e la sua “interruzione” (**cap. III**), nonché la c.d. “imputazione obiettiva dell'evento” (**cap. IV**).

Successivamente, avrà luogo un'articolata disamina circa i rapporti tra il *sibi imputet* e la responsabilità omissiva impropria, nel tentativo di dimostrare che, a ben vedere, il nostro art. 40, comma 2, c.p. («Non impedire un evento, *che si ha l'obbligo giuridico di impedire*, equivale a cagionarlo») rappresenta il vero *locus* normativo in cui il principio di auto-responsabilità trova recepimento e attuazione già in seno al diritto positivo: il nostro Codice dell'anno 1930, infatti, al di fuori delle speciali ed eccezionali “situazioni di garanzia” di natura giuridica, reputa e presume ciascun cittadino come *garante di se stesso* (*Selbst-garant*) e, come tale, “auto-responsabile” (*Selbst-verantwortlich*), cioè non titolato ad imputare a terzi gli eventuali danni che egli stesso si sia auto-procurati, il che aiuterà a proiettare un'importante luce sui rapporti dommatici tra imputazione e auto-imputazione del danno (**cap. V**).

L'ultimo capitolo della monografia costituisce la vera e propria *pars construens* del nostro studio, avendo l'ambizione di proporre, a valle delle varie precedenti “decostruzioni” dell'auto-responsabilità, un percorso interpretativo *in positivo*, in cui cercare di decifrare il *sibi imputet* quale corollario del principio generale dell'imputazione (**cap. VI**): in tale prospettiva, seppur in modo

interlocutorio – trattandosi di una materia notoriamente sconfinata – sarà necessario prendere posizione sull'autentico significato della *imputatio* penale (**Zu-rechnung*), al fine di incardinare l'auto-responsabilità all'interno del più profondo basamento della nostra materia, vale a dire la *messa-in-conto* di un fatto di reato ad una certa persona, anche detta *responsabilità personale per fatto proprio* (donde il sottotitolo del presente libro).

Fra i principali snodi teorici e argomentativi di tale percorso vi saranno, fondamentalmente, la nozione di “responsabilità oggettiva” e quella di “caso fortuito”, istituti e *problemi* che, sotto vari aspetti, concorrono a scolpire in modo più chiaro e preciso la nozione generale di “imputazione”, nel tentativo di comprendere se il primo “gradino” o segmento della *Zurechnung* abbia natura strettamente oggettiva o presenti già in sé una qualche infiltrazione di *culpa* personale.

L'incursione nella “galassia” della imputazione sarà, come detto, assolutamente interlocutoria e bisognosa di futuri approfondimenti, anche di natura filosofico-teoretica; ci auguriamo, tuttavia, che dalla stessa risulti corroborata, con sufficiente *vis* argomentativa, la ricostruzione dell'auto-imputazione da noi proposta.

Prima di entrare *in medias res*, vorrei ringraziare il mio Maestro, Mauro Ronco, professore emerito di diritto penale dell'Università di Padova, senza il quale la presente ricerca e tutte le mie umili investigazioni non avrebbero mai potuto prendere forma: a Lui va la mia più profonda gratitudine e riconoscenza.

Tengo, inoltre, a rivolgere un sentito ringraziamento anche all'amico e collega dott. Lukas Staffler, dell'Università di Innsbruck, il quale mi ha fornito una preziosa guida per orientarmi all'interno della sconfinata dottrina di lingua tedesca; a lui rivolgo un profondo segno di riconoscenza, con l'augurio di una meritata e brillante carriera.

Ringrazio il prof. Luigi Cornacchia per l'amichevole e affettuoso supporto morale, scientifico e umano riservatomi in questi anni.

Ringrazio ancora di cuore il prof. Carlo Pelloso e il prof. Francesco Fasolino per le preziose considerazioni di carattere romanistico; il prof. Manlio Miele e i suoi collaboratori per le citazioni di diritto canonico; il dott. Riccardo Mazzariol per la revisione della parte civilistica. Ovviamente mai alcun mio errore o alcuna mia mancanza dovrà essere a loro imputata.

Ringrazio infine il prof. Giovanni Caruso, il prof. Carmelo Domenico Leotta, la dott.ssa Marianna Orlandi, la dott.ssa Michela D'Angelo, il dott. Manuel Bianchi, la dott.ssa Emanuela Sbabo e la dott.ssa Alice Grasso per avermi guidato, aiutato e sostenuto in questi anni di ricerca, nonché il dott. Luca Carraro ed Alberto Carioli per l'utile collaborazione nel reperimento del materiale bibliografico e nella revisione delle bozze.

Padova, il 1° marzo 2017
Sante Ceneri

PARTE I

IL PRINCIPIO
DI AUTO-RESPONSABILITÀ
NEL DIRITTO CIVILE ROMANO,
INTERMEDIO, MODERNO
E CONTEMPORANEO

CAPITOLO PRIMO

LE RADICI ROMANISTICHE DEL PRINCIPIO DI AUTO-RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. Il concetto di *compensatio negligentiae* nel diritto romano. – 2. Compensazione di colpe e compensazione di delitti. – 3. La compensazione di colpe nella materia extracontrattuale. – 4. La compensazione di colpe nella materia contrattuale. – 5. *Fazit*.

1. *Il concetto di compensatio negligentiae nel diritto romano.*

Nelle fonti di diritto romano¹, a margine della nozione generale di *compensatio debiti*, si registra un istituto ad esso apparentemente analogo ma, a ben vedere, profondamente eterogeneo, che la dottrina civilistica intermedia e moderna avrebbe denominato “compensazione di colpe”².

¹ Probabilmente la disamina che segue potrebbe lasciare in qualche modo perplesso il romanista puro, giustamente ancorato alle categorie metodologiche e sostanziali del proprio settore scientifico-disciplinare; chiediamo, dunque, sin d’ora venia per le sicure mancanze e imprecisioni che contraddistinguono il nostro incedere e precisiamo che, come anticipato nelle nostre considerazioni introduttive (*supra*), lo scopo della presente indagine storico-giuridica non è quello di fornire una ricostruzione esaustiva e “filologica” del principio di auto-responsabilità secondo il diritto dei romani (con la doverosa sotto-distinzione in diritto arcaico, diritto classico e diritto dell’epoca post-classica): non ne avremmo né le competenze né le capacità. Scopo della stessa è, invece, dimostrare come, nell’ordinamento giuridico degli antichi, fossero già presenti i chiari *germi* dai quali si sarebbe poi dipanato il moderno concetto di “auto-responsabilità”.

² P. COPPA-ZUCCARI, *La «compensazione delle colpe»*, cit., *passim*; alle pp. 10-12, l’Autore mette in luce come la natura equivoca del termine “compensazione di colpe” – equivoca non trattandosi tecnicamente, come detto, di compensazione in senso stretto («Nessun debito da risarcimento può sorgere a carico del danneggiato, che per colpa propria ha nociuto a sé stesso!») – ne ha consigliato la sostituzione con la più precisa locuzione “colpa cooperante [nella produzione del danno]”; cfr. anche V. CANDICE, *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, Napoli, 1920, *passim*. Nella dottrina penalistica, già il Carrara ebbe a sostenere che la compensazione di colpe, fonte storica dell’odierna nozione di “auto-responsabilità”, affondasse le proprie radici nel diritto romano (F. CARRARA, *Programma di diritto criminale – Parte generale*, Lucca, 1877, § 555, 429).

In particolare, nel Libro XVI del Digesto, poco dopo la definizione generale di “compensazione” fornita da Modestino («*debiti et crediti inter se contributio*»: D. 16.2.1), è presente il riferimento ad una «*compensatio negligentiae facta*», la quale, secondo quanto riferito da Ulpiano nei libri *ad edictum*³, si sarebbe verificata nel caso in cui, all’interno di una società, uno dei membri avesse danneggiato la *societas* o avesse prelevato beni sociali, e l’altro *socius* versasse parimenti in negligenza in relazione a tale danneggiamento o a tale appropriazione⁴, nel qual caso il socio negligente avrebbe perduto la propria azione risarcitoria nei confronti del compagno infedele, così venendo meno in capo a quest’ultimo qualsivoglia *obligatio* («*desinere nos invicem esse obligatos*»)⁵.

Tale fattispecie, emersa nel più ampio ambito del fallimento degli insolventi, presentava una fondamentale peculiarità rispetto alla comune compensazione di debiti: essa, infatti, a differenza di quest’ultima, non si fondava sulla coesistenza di due rapporti di credito/debito reciproci e speculari (destinati, co-esistendo, ad

³ Il frammento, peraltro, si ritiene oggetto di interpolazione (H. KELLER, *Recensione a S. SOLAZZI, La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950, in *Iura*, II, 1951, in cui il KELLER afferma che il passaggio ulpiano *de quo* sarebbe espressione del principio di interdipendenza funzionale tra le obbligazioni dei soci, piuttosto che un’applicazione del meccanismo della compensazione in senso stretto; *contra* F. WIEACKER, *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in *ZSS*, 69, 1952, 326).

⁴ (Ulp. 63 *ad ed.*) D. 16.2.10.pr.: «*Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem*» («Se entrambi i soci hanno commesso una pari negligenza nei confronti della società, bisogna dire che si cessa di essere obbligati l’uno verso l’altro, poiché la compensazione della negligenza opera *ipso iure*. Allo stesso modo, si ammette che, se uno ha percepito una parte dei beni comuni e l’altro è colpevole di equivalente negligenza, va ritenuta operante la compensazione e liberazione reciproca *ipso iure*»). Sul citato passo ulpiano, cfr. J.F. EISENBACH, *De compensatione circa maleficia*, cit., 20. Cfr. anche D. 2.10.3.3 («*Si et stipulator dolo promissoris et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit quo minus ad iudicium veniret: neutri eorum praetor succurrere debet, ab utraque parte dolo compensando*»); D. 18.1.57.3 («*Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedentes*»). Per un interessante e recente studio in tema di *actio pro socio*, cfr. S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, 293 ss., 302, n. 22, con rinvio a (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 16.2.11 («*Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas*»).

⁵ Si ritiene che tale compensazione *ipso iure* non fosse ammessa dal diritto classico (che, tutt’al più, la contemplava quale compensazione *ex fide bona*, frutto dell’apprezzamento del giudice e non automatica) e che, dunque, il citato passo sia stato oggetto di una interpolazione giustiniana (G. ASTUTI, voce *Compensazione (storia)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1961, 2).

estinguersi l'un l'altro e a titolo rispettivamente *satisfattivo*⁶), bensì su un unico atto illecito fonte di danno, in relazione al quale, tuttavia, il socio danneggiato, in quanto a propria volta negligente, “perdeva” l'azione risarcitoria nei confronti del socio danneggiante, in una sorta di perenzione *ab imis* del torto («*obligatio in ipsa nativitate perimitur*»)⁷. In questa ipotesi, in definitiva, la domanda risarcitoria risultava impedita non già in quanto estintasi a titolo *satisfattivo* per compensazione *stricto sensu*, ma in quanto intrinsecamente “non esercitabile”: non poteva, infatti, il socio negligente agire, nei confronti del socio pur infedele, in relazione a danni che egli stesso avrebbe potuto e dovuto evitare con l'ordinaria diligenza che gli competevasi⁸; in tale prospettiva, l'unico punto di congiunzione tra la compensazione in senso proprio e la c.d. “compensazione di colpe” consisteva nel fatto che entrambe determinassero, seppure per motivi differenti, l'*ablazione*⁹ di una obbligazione risarcitoria.

Un simile caso era previsto anche in D. 39.2.40.1¹⁰, ove si precisava che, qualora un muro sia in comproprietà a più persone e, per un difetto strutturale, crolli e cagioni danno a uno dei comproprietari, l'altro comunista non potrà essere chiamato, neppure in parte, a rispondere di tale nocumento; e ciò nemmeno nel caso in cui un comproprietario accusi un danno maggiore dell'altro.

2. *Compensazione di colpe e compensazione di delitti.*

Per meglio comprendere la nozione romanistica della *compensatio negligentiae*, è necessario distinguere la medesima rispetto ad un altro istituto ad essa estraneo, costituito dalla *compensatio delicti*: quest'ultima, a differenza

⁶ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 11-12 («La compensazione dei crediti non fa, in una parola, che *esplicare* la virtù *normale* dei crediti stessi; la compensazione delle colpe avrebbe la virtù di *eliminare* gli effetti *normali* di un fatto colposo») (corsivi originali).

⁷ *Ibidem*.

⁸ P. PICHONNAZ, *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di «compensatio ipso iure»*, in *Led on Line – Rivista di diritto romano*, II, 2002, 340-341.

⁹ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 15.

¹⁰ (Ulp. 43 *ad Sab.*) D. 39.2.40.1: «*Quotiens communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debet, cum communis rei vitio contigerit. Quod si, quia alter eum presserat vel oneraverat, idcirco damnum contigit, consequens est dicere detrimentum hoc, quod beneficio eius contingit, ipsum sarcire debere. Quod si aequaliter utriusque oneribus pressus decidit, rectissime Sabinus scripsit, parem utriusque causam esse. Sed si alter plures vel pretiosiores res amiserit, melius est dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem*».

della prima, si sostanziava effettivamente in una compresenza di due distinti comportamenti illeciti e dannosi, coesistenti e reciproci, secondo una struttura più simile alla compensazione di debiti tostoché alla c.d. “compensazione di colpe”¹¹: in tale ipotesi, era destinato a soccorrere il principio indicato in D. 4.3.36, secondo cui «*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*»¹².

È a dirsi, tuttavia, che la “non punibilità” dei delitti reciproci non rappresentava, nel diritto romano, un principio generale valevole per ogni forma di illecito, bensì una regola giuridica settoriale, operante solo in relazione a ben precise famiglie di *delicta* e al cospetto di alcune condizioni¹³.

In *primis*, doveva trattarsi di *paria delicta* («*paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*»)¹⁴, ossia di illeciti della stessa specie¹⁵ e di pari grado.

In ogni caso, il principio della *compensatio delicti* veniva ammesso, in via casistica e frammentaria, limitatamente a speciali figure delittuose come, ad esempio, l'adulterio¹⁶, le ingiurie verbali e reali (purché scambiate *in continenti* e non *ex intervallo*, come prevedeva anche il nostro art. 599 c.p.)¹⁷ e, forse,

¹¹ W. PLOG, *Die sogenannte Kulpakompensation bei Schadensersatzansprüchen nach römischem Rechte*, Druck v. J. Abel, 1896, 14; P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 19.

¹² (Marc. 2 reg.) D. 4.3.36. Cfr. J.F. EISENBACH, *op. cit.*, 6; C.F. GLUCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Erlangen, 1796, 120: «*In jenem Falle hebt sich die gegenseitige Verbindlichkeit durch Compensation dergestalt, daß keiner von beyden gegen den anderen klagen kann*»; D. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 15.

¹³ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 20: «I giureconsulti romani, a giustificare la decisione di un caso speciale, adducono spesso motivazioni generali e fondamentali, che si rivelerebbero irragionevoli ed ingiuste, se si volessero, trattandole come principii, applicarle in tutta la loro estensione».

¹⁴ (Pap. 11 *quaest.*) D. 24.3.39: «*Viro atque uxore invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*»; (Ulp. 70 *ad ed.*) D. 50.17.154: «*Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa. Sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori “aut si rei quoque in ea re dolo actum sit”. Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit*». Cfr. E. RÜHM, *Das eigene Verschulden des Verletzten als Grund zur Ausschliessung der Ersatzpflicht im gemeinen Rechte*, J. Abel, 1898, 46 ss.

¹⁵ W. PLOG, *op. cit.*, 17.

¹⁶ (Pap. 11 *quaest.*) D. 24.3.39. In tal caso, i coniugi adulteri non potevano vantare reciproci diritti sulla *dos* o sulla *donatio propter nuptias* (P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 20). Cfr. anche (Scaevola 19 *quaest.*) D. 24.3.47 («*Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur: cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit aut postea probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori praeberit, audiendus est*»).

¹⁷ (Ulp. 57 *ad ed.*) D. 47.10.17.8: «*Plane si defendendi domini gratia aliquid fecerit, rationem ei constare apparet, inque eam rem adversus agentem exceptio obicienda erit*» (cfr. W. PLOG, *op. cit.*, 15).

le lesioni personali¹⁸; trattavasi, in particolare, di ipotesi eccezionali di “difesa privata”, in cui l’esercizio della ritorsione in autotutela finiva per supplire all’intervento pubblico¹⁹.

Peraltro, la reciprocità dei delitti sembrava operare solo nei rapporti privati fra cittadini, escludendo l’esperibilità delle *actiones* private, ma lasciando comunque intatto il *jus puniendi* della comunità sotto forma di “pena pubblica”²⁰.

Ciò premesso, il tema della *compensatio delicti* non verrà nella presente sede affrontato e sviscerato, poiché si tratta di istituto in gran parte eccentrico rispetto al principio di auto-responsabilità, quest’ultimo essendo destinato ad operare – come meglio si vedrà nello sviluppo del nostro studio – a prescindere da una vera e propria reciprocità delle offese e, anzi e per lo più, al cospetto di un solo evento lesivo occorso alla c.d. “vittima”.

Dedicheremo, invece, la seguente disamina al problema della *compensatio negligentiae*, il quale pare essere l’antica fucina in cui il moderno canone dell’auto-responsabilità sorse e si sviluppò, come nel prosieguo dell’indagine cercheremo di meglio chiarire.

3. La compensazione di colpe nella materia extracontrattuale.

Il più celebre e discusso passo del Digesto in cui sembrano essere chiaramente scolpiti i più risalenti prodromi del principio di auto-responsabilità è il frammento n. 203 di Pomponio²¹, denominato dalla dogmatica tedesca

¹⁸ (Alfenus 2 *dig.*) D. 9.2.52.1. Il frammento, tuttavia, è di interpretazione controversa (P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 22); cfr. D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 13.

¹⁹ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 21: «Il nocumento economico inflitto al coniuge colpevole deve giovare soltanto al coniuge incolpevole»; V. von LEYDEN, *Die Sogenannte Culpa-Compensation im Burgerlichen Gesetzbuch*, Heymann, 1902, 21: «Der Grund dieser Compensation beruht [...] darin, weil es die Gesetze für unbillig halten, gegen den andern wegen eines Vergehens zu klagen, dessen man sich selbst schuldig gemacht hat».

²⁰ C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano, 1905, 91-92; P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 20-21 («Il *ius puniendi* dello Stato non è affatto tocco dalla pluralità e reciprocità delle violazioni dell’ordine giuridico»), con rinvio a (Ulp. 8 *disp.*) D. 48.5.2.4. («*Qui hoc dicit lenocinio mariti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est huiusmodi compensatio admissa. Ideo si maritum velit reus adulterii lenocinii reum facere, semel delatus non audietur*»), nonché a (Ulp. 2 *de adult.*) D. 48.5.14.5 («*Judex adulterii ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*»). Cfr. J.F. EISENBACH, *op. cit.*, 68; W. PLOG, *op. cit.*, 15; V. von LEYDEN, *op. cit.*, 21.

²¹ In verità, nella *littera Florentina* manca il riferimento a Pomponio; tuttavia, nell’edizione del

*Quod-quis-Regel*²², contenuto in D. 50.17 (*De diversis regulis juris antiqui*). Secondo lo stesso, «*quod [si] quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*»²³; vale a dire: «Chi accusa un danno per sua colpa, non risulta in realtà subire alcun danno»²⁴. Altrimenti detto: «se il danneggiato, ed esclusivamente il danneggiato, è causa colposa del proprio danno, nessuno può essere obbligato al risarcimento»²⁵; in tal caso, il danno, dal punto di vista della *lex Aquilia*, non è *iniuria datum* e, dunque, non consente al danneggiato di esperire la relativa *actio*²⁶.

Uno fra i maggiori romanisti del secolo 20°, Emilio Betti (1890-1968), nel commentare il frammento di Pomponio, ne diede una parafrasi assolutamente significativa: «Si tratta, dunque, di questo: che se qualcuno è causa del proprio male, non può riversarlo sopra un altro, ma deve necessariamente sopportarlo, senza che vi sia rimedio. *In ciò consiste l'autoresponsabilità privata*»²⁷.

1553 di Torelli compare il nome del giureconsulto romano, presente anche nella *littera vulgata*. Oggi si ritiene che l'attribuzione del frammento a Pomponio sia corretta (E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence: A Historical and Comparative Study*, Leiden-Boston, 2014, 16).

²² D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 7.

²³ (Pomp. 8 *ad Q.M.*) D. 50.17.203. L'interpolazione di *si fra quod e quis* è opera del primo correttore della *littera Florentina*; più in generale, il frammento ha dato adito ad alcuni problemi di traduzione, poiché, stando al suo *incipit* – «*quod quis...*» –, esso pare estrapolato da un più ampio testo, forse in tema di legato, quasi fosse la formula terminativa di una decisione o di un parere. Ritengono che, nel periodo classico, il principio pomponiano non costituisca un canone generale dell'ordinamento: P. AUMANN, *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Hamburg, 1964, 6 ss., nonché E.G.D. VAN DONGEN, *op. cit.*, 14 ss.

²⁴ Il passo è citato in G. CRIFÒ, voce *Danno (storia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 620, e così viene commentato: «Va sottolineato che non si ha un danno in senso tecnico quando chi lo subisce ne sia stato egli stesso l'autore» (con rinvio a ID., voce *Illecito (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, § 2, 154, n. 2).

²⁵ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 27; cfr. E. LONCAO, 'Culpa' e 'casus' nella storia del diritto italiano, in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, vol. VI, Palermo, 1917, 150: «Se, in questo caso, il viandante riceveva un danno si doveva ritenere che egli stesso era stato la causa vera del danno, che gli si doveva perciò imputare».

²⁶ *Ibidem*. In effetti, la parola *damnum* è usata, nel frammento pomponiano, due volte: nel primo caso sta a significare un generico pregiudizio materiale; nel secondo caso, invece, essa assume un'accezione più ristretta e tecnica, stando a indicare quel danno che sia giuridicamente risarcibile (V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, ristampa della II ed., Napoli, 1958, 222, n. 1).

²⁷ E. BETTI, *Diritto Romano, I. Parte Generale*, Padova, 1935, 412 (corsivo nostro); séguita l'insigne Autore: «Il fenomeno è precisamente l'inverso di quello cui assistiamo quando si fa luogo alla sanzione di un torto, almeno allorché si tratti di una sanzione riparatoria: qui la vittima del torto ha proprio il diritto di riversare sul colpevole il pregiudizio illegittimo che ne è conseguenza [...]. Non vi è, fra le due situazioni, se non questo tratto comune: che il male ricade su chi ne è causa; vale a dire: la imputabilità del fatto è decisiva per la messa a carico delle sue conseguenze».

A fronte di tale principio generale, il Digesto, soprattutto nel Titolo II (*Ad legem Aquiliam*) del Libro IX, contemplava numerose ipotesi in cui la responsabilità extracontrattuale era comunemente esclusa in virtù di un'accertata *culpa* in capo al soggetto danneggiato.

In D. 9.2.31²⁸, ad esempio, si dava il caso di un soggetto che, nel potare un albero, cagionasse la morte del malcapitato passante, colpito dalla caduta di un ramo: in tale ipotesi, la responsabilità aquiliana del *putator* veniva ammessa solo qualora la potatura fosse avvenuta all'interno di un fondo soggetto al transito di persone: infatti, la natura del fondo lasciava presumere che taluno vi potesse eventualmente transitare; viceversa, ove non sussistesse alcun *iter* nel fondo in questione, la responsabilità del *putator* a titolo di colpa era tendenzialmente esclusa, non potendosi pretendere che costui profetizzasse o "indovinasse" («*cum divinare non potuerit*») l'imprevedibile passaggio del terzo.

Tale fattispecie concreta sollevò e solleva tutt'oggi, in dottrina, non pochi interrogativi, soprattutto con riferimento alla clausola finale «*nam culpa ab eo exigenda non est*», riferita, per l'appunto, al caso in cui il fondo non fosse soggetto all'*iter*: in tale ipotesi, pare che l'obbligazione *ex lege Aquilia* venisse meno per radicale inesistenza di una *culpa* in capo al soggetto agente²⁹, così che il danno doveva interamente addebitarsi al fatto che il terzo si fosse introdotto (per sua negligenza³⁰) in un fondo non destinato al transito («*si nullum iter erit*»).

Interessante osservare che, nel medesimo frammento paolino, anche per l'ipotesi che la caduta del ramo avvenisse in un luogo non soggetto ad alcun

²⁸ (Paul. 10 *ad Sab.*) D. 9.2.31: «*Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit*». Cfr. anche *Institutiones, de leg. Aq.*, 4.3.5: «*Item si putator ex arbore deiecit ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est neque praeclamavit, ut casus evitari possit, culpa reus est: si praeclamavit neque ille curavit cavere, extra culpam est putator. Aequè extra culpam esse intellegitur, si seorsum a via forte vel in medio fundo caedebat, licet non praeclamavit, quia eo loco nulli extraneo ius fuerat versandi*». Cfr., infine, (Paul. *sing. de publ. iud.*) D. 48.8.7: «*In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet*» (v. E. LONCAO, *op. cit.*, 149 ss.)

²⁹ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 9.

³⁰ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 28; E. RUHM, *op. cit.*, 24.

transito, la responsabilità del *putator* – già esclusa, come detto, a titolo di colpa – poteva, invece, configurarsi eventualmente a titolo di dolo, laddove il soggetto agente, nonostante la conformazione privata dei luoghi, si fosse comunque concretamente avveduto del transito altrui e, in tale contesto, avesse causato la caduta mortifera del grave. Tale eccezione dimostra come i giuristi romani avessero già intuito un aspetto nel quale generazioni di penalisti moderni e contemporanei si sarebbero, poi, problematicamente imbattuti, ossia l'efficacia direttamente *tipizzante* del dolo e della colpa rispetto alla nozione di illecito.

Un altro celebre caso era contenuto in D. 9.2.9.4³¹ e riguardava un soggetto introdottosi in un campo da giuoco, destinato al lancio di giavellotti, donde la sua morte ad opera del dardo ivi scagliato da un atleta: in tal caso, la responsabilità aquiliana del lanciatore era esclusa³² («*Aquilia cessat*»), poiché la vittima non avrebbe dovuto introdursi abusivamente e improvvisamente nel campo («*quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere*»³³). Cionondimeno, come nel citato caso del *putator*, residuava comunque un'eventuale responsabilità dolosa in capo all'atleta, qualora egli, scorto effettivamente il passante, lo avesse colpito appositamente o consapevolmente («*data opera*»).

In un altro passo *ad legem Aquiliam* (D. 9.2.28)³⁴, si dava il caso di un

³¹ (Ulp. 18 *ad ed.*) D. 9.2.9.4: «*Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur*». Un simile caso è riportato in PLUTARCO, *Pericle*, 36.3. Cfr. anche *Institutiones, de leg. Aq.*, 4.3.4: «*Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in Campo, locove ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur: si alius tale quid admisit, culpa reus est. Idem iuris est de milite, si is in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit*» (significativo notare come, nelle *Institutiones*, il caso del giavellotto e il caso del *putator* fossero consecutivi, quasi a significare che si trattava di esemplificazioni espressive di un medesimo principio generale). Nelle fonti bizantine, cfr. B. 60.3.9.

³² Di contro, dalla prima parte del frammento, secondo la quale «*si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est*», si ricava che, ove il giavellotto fosse stato lanciato al di fuori degli appositi e dedicati luoghi (ad esempio, in luogo pubblico), l'eventuale ferimento del servo sarebbe stato fonte di responsabilità, in attuazione della regola generale espressa in (Paul. 22 *ad ed.*) D. 9.2.10: «*Nam lusus quoque noxius in culpa est*».

³³ Per i dubbi di interpolazione, cfr. E.G.D. VAN DONGEN, *op. cit.*, 60 ss.

³⁴ (Paul. 10 *ad Sab.*) D. 9.2.28: «*pr. Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. I. Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit: et multa huiusmodi deprehendantur, quibus*

soggetto che, cadendo in una trappola allestita dai cacciatori (o vedendo ivi cadere un proprio animale o oggetto), si fosse procurato un qualche danno alla persona o al patrimonio; in tale evenienza, ai fini della responsabilità del cacciatore che avesse previamente installato la trappola, si distinguevano due ipotesi: se la trappola era stata collocata in un luogo comunemente soggetto a pubblico transito, sussisteva la responsabilità del cacciatore; se, invece, si trattava di un luogo che notoriamente e per consuetudine fosse destinato alla caccia («*si in aliis locis, ubi fieri solent*»), l'eventuale danno che la vittima si fosse procurato avrebbe dovuto rimanere a suo carico, poiché ella aveva previsto, o comunque avrebbe potuto prevedere, l'evento³⁵.

Tale frammento del Digesto risulta particolarmente significativo, quantomeno per due ordini di ragioni: *in primis*, nel diritto romano, stando al citato passo paolino, quella che oggi chiameremmo "auto-responsabilità" della vittima si riteneva sussistere non solo ove il soggetto danneggiato avesse effettivamente *previsto* l'evento («*neque scierit...*»), ma anche qualora egli avesse *potuto prevedere* il medesimo («*... aut providere potuerit*»), pur in assenza di una concreta rappresentazione del fatto.

Ma ciò che viepiù interessa ai fini della nostra indagine è la chiusa del menzionato frammento, ove si afferma che, al di là dello specifico caso del cacciatore e della trappola³⁶, il diritto civile romano sembrava contemplare molte altre ipotesi in cui l'attore avrebbe visto rigettata la propria domanda risarcitoria, proprio in virtù del fatto che il pericolo fosse da lui personalmente evitabile («*et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit*»); il che sembra indicare che, già nel diritto romano, i casi di auto-responsabilità del soggetto danneggiato non ricorressero isolatamente e per mere ragioni contingenti, ma rispondessero ad una sorta di canone generale, già a quel tempo – o quantomeno in epoca giustiniana – immanente al "sistema"³⁷.

summovetur petitor, si evitare periculum poterit» (cfr. C.F. REINHARDT, *Ergänzungen zu Christian Friedrich von Glücks ausführlicher Erläuterung der Pandecten*, Stuttgart, 1836, 553). Secondo taluni, il passo potrebbe essere stato oggetto di interpolazioni (S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia: criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1968, 378 ss., 423 ss.).

³⁵ «In questa seconda ipotesi, evidentemente, essendo a tutti nota la possibile presenza di trappole, si riteneva che il danneggiato fosse in grado di conoscere e prevedere il pericolo; perciò il fatto di non averlo saputo evitare si imputava direttamente alla sua imprudenza» (L. DESANTI, *La legge Aquilia: tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 125, n. 77).

³⁶ Simile caso era riportato in (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 43.24.7.8: «*Praeterea si fossam feceris in silva publica et bos meus in eam incidit, agere possum hoc interdicto, quia in publico factum est*».

³⁷ Come di seguito si ribadirà, anche Emilio Betti, nelle *Istituzioni di diritto romano* pubblicate nel 1935, dimostrò come l'auto-responsabilità – ossia quel principio per il quale, «se qualcuno è

Assai articolato e significativo era, poi, un altro caso, esposto in D. 9.2.11.pr.³⁸, e che potrebbe essere così riassunto: mentre un barbiere sta radendo la barba a un servo, sopraggiunge una palla che urta contro il rasoio, dal che deriva il ferimento dello sfortunato cliente³⁹. A fronte di ciò, dice Ulpiano riportando l'opinione di Proculo, il barbiere dovrà rispondere dell'evento («*in tonsore esse culpam*»), se egli si è determinato ad esercitare il proprio mestiere in un luogo destinato per consuetudine al gioco o al transito («*ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat*»), e proprio questo è ciò che gli si imputa («*est quod ei imputetur*»).

Tuttavia, séguita con perspicacia il giureconsulto romano, non è nemmeno sbagliato affermare («*quamvis nec illud male dicatur*») che chi si sia affidato ad un barbiere, il quale eserciti il mestiere in un luogo palesemente pericoloso, debba imputare a sé l'eventuale danno che ne consegue («*ipsum de se queri debere*», traducibile anche in «*sibi imputare debet*»), essendosi in definitiva egli stesso sottoposto consapevolmente o comunque negligenzemente ad una situazione di "pericolo". In tal caso, pur sussistendo una qualche colpa anche in capo al *tonsor*, costui non potrà essere chiamato a rispondere del danno, quest'ultimo dovendosi imputare all'imprudente cliente⁴⁰.

Il Digesto conosceva, poi, alcuni casi in cui la condotta del danneggiato non era tale da escludere integralmente la responsabilità aquiliana del terzo, ma solo da ridurla.

causa del proprio male, non può riversarlo sopra un altro, ma deve necessariamente sopportarlo» (E. BETTI, *Diritto romano – I. Parte generale*, cit., 412) – sia un canone generale «di cui [già] i romani mostra[rono] vivissimo il senso» (*ibidem*, 256).

³⁸ (Ulp. 18 *ad ed.*) D. 9.2.11: «*Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat [recte radebat; cfr. B.60.3.11.pr: ὁ κουρευόμενος δοῦλος], gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere*» (si discute se il periodo «*et sane [...] imputetur*» appartenga a Proculo o sia un commento di Ulpiano, da leggersi sistematicamente e sinotticamente con D. 50.17.203: E.G.D. VAN DONGEN, *op. cit.*, 88-89; inoltre, l'ultimo inciso – «*ipsum de se queri debere*» – è oggetto di probabile interpolazione). Il Carmignani così commentò il passo ulpiano: «Non vi ha colpa nel feritore quando la situazione pericolosa, nella quale senza animo di ferire ferì, fu dal ferito voluta, e cercata» (G. CARMIGNANI, *Celebri cause discusse dal Cav. Comm. Giovanni Carmignani*, vol. I, Pisa, 1843, 94 e 98, n. 23).

³⁹ Va ricordato che i romani più poveri solevano farsi radere da barbieri ambulanti, i quali esercitavano il proprio mestiere in giro per la città e non all'interno di appositi locali protetti (cfr. MARZIALE, *Epigrammata*, VII.60(61).7-10; ORAZIO, *Epistulae*, I.7.50; GIOVENALE, *Saturae*, VI.214).

⁴⁰ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 32-33; E. RUHM, *op. cit.*, 28.

Ad esempio, in D. 9.2.30.4⁴¹, si afferma che, qualora un servo venga ferito non mortalmente («*non mortifere*»), e poi egli perisca a causa di negligenza – sua o del padrone⁴² –, il soggetto feritore risponderà solamente per le lesioni personali e non per la morte («*de vulnerato actio erit, non de occiso*»); in altro simile passo (D 9.2.52.pr.)⁴³, si afferma che, qualora il servo muoia a causa delle ferite cagionategli da un terzo, quest'ultimo risponderà del decesso, a meno che quest'ultimo non sia imputabile a negligenza del padrone o imperizia del medico («*medici inscientia aut domini neglegentia*»).

A tali frammenti fa da *pendant*, più in generale, quello contenuto in D. 9.2.11.3⁴⁴, in cui, con estrema sottigliezza concettuale e preconizzando un dibattito teorico che avrebbe impegnato la letteratura giuridica sino ai nostri giorni, si afferma che – secondo il parere di Celso –, qualora qualcuno venga ferito mortalmente e poi deceda, il terzo feritore risponderà esclusivamente di lesioni personali, e non già di omicidio, laddove si accerti che la morte sia sopraggiunta per altra causa lesiva («*ex alio vulnere periit*»), e non già in diretto collegamento eziologico-offensivo con le prime lesioni.

4. *La compensazione di colpe nella materia contrattuale.*

Nell'esposizione che precede, si sono brevemente tratteggiati i prodromi della *imputatio culpae propriae* nella materia dell'illecito aquiliano romano; è di estremo interesse, tuttavia, osservare che medesimi principî erano stati riconosciuti e cristallizzati dagli antichi giureconsulti anche nell'ambito del risarcimento del danno contrattuale.

In tema di comodato, ad esempio, nel Titolo VI del Libro XIII del Digesto, al frammento D. 13.6.5.7⁴⁵, si dà il caso di un soggetto che conceda a ter-

⁴¹ (Paul. 22 *ad ed.*) D. 9.2.30.4: «*Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso*».

⁴² P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 38.

⁴³ (Alfenus 2 *dig.*) D. 9.2.52.pr.: «*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur*».

⁴⁴ (Ulp. 18 *ad ed.*) D. 9.2.11.3: «*Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius*». Cfr. G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione Gregoriana*, vol. II, Macerata, 1841, 277. Problematico e per certi versi antinomico, rispetto al passo di Ulpiano, risulta il successivo frammento di Giuliano (*Iul. 86 dig.*) D. 9.2.51.

⁴⁵ (Gai. 1 *de verb. oblig.*) D. 13.6.5.7: «*Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum ro-*

zi l'uso del proprio cavallo, poi ferito in guerra nelle mani del comodatario: se il comodante aveva consegnato l'animale perché venisse adoperato *in villa*, il comodatario avrebbe risposto della sua (impropria e non autorizzata) destinazione bellica; se, invece, il comodante lo aveva concesso proprio affinché venisse usato in guerra, egli avrebbe dovuto imputare a sé il danno, in quanto frutto di una sua personale decisione («*meum erit periculum*»). In quest'ultimo caso, peraltro, il fondamento dell'auto-imputazione poteva, in qualche modo, rinvenirsi alla luce di un principio *lato sensu* consensualistico («*volenti non fit iniuria*»), considerato che la *res* comodata era stata sottoposta ad un rischio espressamente “assentito” e “autorizzato” da parte del comodante.

In altro simile caso, che giova citare per la sua estrema chiarezza linguistica e concettuale, Pomponio precisava: «se ti avrò dato in comodato un cavallo, affinché tu lo utilizzi per giungere fino a un determinato luogo, e se poi il cavallo subirà un deterioramento nel viaggio stesso e senza tua colpa, non sarai tenuto a risarcirmi: piuttosto sarò in colpa io, che comodai il cavallo per un viaggio talmente lungo da non poter essere sopportato dall'animale» (D. 13.6.23⁴⁶). Interessante, dunque, osservare come, in tale caso, il comodante, che pur avesse perduto il proprio animale, dovesse imputare a sé tale perdita («*nem ego in culpa ero*»), avendo egli stesso consentito che la *res* venisse adibita ad un uso ad essa, in realtà, non confacente.

E ancora: il diritto romano contrattuale prevedeva che, pur al cospetto di un qualche inadempimento, il contraente inadempiente rispondesse solo ed esclusivamente dei danni da lui direttamente cagionati, con esclusione dei nocuenti che l'altro contraente avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza, come prevede tutt'oggi il nostro art. 1227, comma 2, c.c., altro chiaro esempio di auto-responsabilità già ampiamente presente nell'esperienza romanistica.

In D. 19.1.21.3⁴⁷, ad esempio, si dava il caso di un venditore inadempiente, il quale non aveva regolarmente consegnato all'acquirente la *res* compra-

gavit pertinet: nam si tibi equum commodaveris, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum».

⁴⁶ (Pomp. 21 *ad Quint. Muc.*) D. 13.6.23: «*Si commodaveris tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit».*

⁴⁷ (Paul. 3 *ad ed.*) D. 19.1.21.3: «*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit».*

venduta: a fronte di ciò, il venditore era tenuto a risarcire solo il danno che «*modo circa ipsam rem consistit*», ossia quello che costituisse effetto immediato dell'inadempimento, e non anche il danno che, secondo il normale corso delle cose, non si sarebbe prodotto se il compratore avesse prestato l'ordinaria diligenza per evitarlo⁴⁸. Pertanto, si afferma nel passo paolino, se taluno vende del grano ma poi non lo consegna, l'acquirente potrà chiedere la restituzione del prezzo, ma non potrà imputare al venditore inadempiente l'eventuale morte del suo servo per inedia, poiché è evidente che, pur in assenza della consegna della merce, l'acquirente avrebbe potuto agevolmente reperire *aliunde* il cibo necessario al sostentamento del servo. Come commentato dalla moderna dottrina civilistica, nel citato caso, «l'inadempimento non è *causa* della morte degli schiavi, [essendo] imputabile [quest'ultima] alla colpa del compratore»⁴⁹; in ipotesi simili, «l'inadempimento è solo *occasione*, ma non causa [dei danni, i quali] sono dovuti esclusivamente al creditore»⁵⁰, il che ben dimostra come ai giureconsulti romani – ma, invero, persino alla stessa filosofia greca, come vedremo più oltre – fosse già ben chiara la distinzione fra (vera) causa e (mera) occasione degli eventi dannosi o pericolosi.

Un interessante filone casistico del diritto romano in cui, nell'ambito *lato sensu* contrattuale, veniva in rilievo il comportamento “auto-lesivo” del soggetto danneggiato era quello della condotta delle parti nella fase della formazione della volontà negoziale. A tal riguardo, risulta insuperata la disamina svolta da Emilio Betti nel suo monumentale *Diritto Romano – Parte generale* (1935)⁵¹, in merito alle radici romanistiche del principio di auto-responsabilità.

L'insigne Autore, nel prendere parte alla disputa dottrinale fra i c.d. “dichiarazionisti” e i c.d. “volontaristi” – che meglio verrà esaminata *infra*, nel terzo capitolo della presente parte –, e nell'aderire al primo di tali orientamenti, affermò essere immanente al diritto romano un canone ermeneutico di fondamentale importanza, secondo il quale le dichiarazioni o i comportamenti negoziali devono essere necessariamente interpretati non (solo) secondo l'intima volontà del proponente, ma anche e soprattutto tenendo in considerazione l'affidamento che esse dichiarazioni abbiano potuto ingenerare nei terzi, persino contro (o comunque oltre) la volontà del dichiarante.

A titolo esemplificativo, nel Titolo I del Libro XLV del Digesto (*De verborum obligationibus*), al frammento n. 38.18, si riporta la massima ulpiana se-

⁴⁸ P. COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, 48.

⁴⁹ *Ibidem* (corsivo originale).

⁵⁰ *Ibidem*, 47 (corsivo originale).

⁵¹ E. BETTI, *Diritto Romano, I. Parte Generale*, cit., *passim*.

condo cui «*in stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*»⁵², dal che il Betti inferiva che l'eventuale dichiarazione proferita con «riserva mentale, restrizione taciuta o scherzo nascosto»⁵³ fosse comunque destinata a vincolare il soggetto verso i terzi, stante la prevalenza “auto-responsabile” del *dichiarato* rispetto al *voluta*⁵⁴.

In particolare, chiosava l'illustre romanista marchigiano, «su codesta irrilevanza [dell'eventuale riserva mentale in capo al dichiarante: n.d.r.] non sembra che i classici abbiano mai nutrito il menomo dubbio. Essa scaturiva per loro non già – si noti – da considerazioni d'ordine pratico e contingente, come, ad es., dalla riconosciuta opportunità di tutelare le esigenze del commercio, ma dalla *essenza stessa* del negozio giuridico quale atto di autonomia, strumento della libera iniziativa privata. *Autonomia e libertà d'iniziativa*», seguitava infatti il Betti, «*importano logicamente un'auto-responsabilità della parte per l'uso inetto o inopportuno che essa ne faccia: auto-responsabilità, di cui i romani mostrano vivissimo il senso [...].* Ben s'intende, sotto il profilo ora delineato, che una dichiarazione leggiera o insincera, la quale si presenti obbiettivamente seria e incondizionata nella valutazione sociale, *sia messa a carico dell'autore* – consapevole, com'esso è, della discrepanza fra lo scopo da lui perseguito e la funzione tipica del negozio»⁵⁵.

Nello stesso ambito, assai significativo era il passo di Papiniano (in D. 2.14.39)⁵⁶, secondo cui gli antichi giureconsulti erano soliti imputare la pattuizione oscura o ambigua – *recte*, i pregiudizi derivanti da siffatta oscurità o ambiguità – al venditore o al locatore che avesse avuto la possibilità di redigere

⁵² (Ulp. 49 *ad Sab.*) D. 45.1.38.18.

⁵³ E. BETTI, *ult. op. cit.*, 255-256.

⁵⁴ *Ibidem*, 277, n. 4: «La stessa riserva mentale può, eccezionalmente, essere riconoscibile alla controparte o al destinatario della dichiarazione, pur essendo creduta irricognoscibile dallo stesso dichiarante. Si può allora dubitare se non giunga ad invalidare il negozio. Ma in un sistema informato, come il romano (classico), all'idea dell'auto-responsabilità privata, la soluzione di massima dovrebbe essere anche qui negativa, a differenza del caso di errore ostativo riconoscibile, salva – se del caso – l'*exceptio doli*».

⁵⁵ *Ibidem*, 256 (corsivi nostri), con rinvio a 201, n. 2: «La necessità di sottostare alle conseguenze dannose degli atti illeciti propri si designa col termine tecnico di “*auto-responsabilità*” [...] in senso parallelo e simmetrico a quello in cui si chiama *responsabilità* la necessità di sottostare alla sanzione de' propri atti illeciti. Come nell'un caso si risponde *verso altri* per l'inosservanza di un *vincolo giuridico* da cui si era tenuti in loro confronto (a tutela di un loro interesse), così nell'altro si sopporta *noi stessi* il danno derivante dal non aver adempiuto un *onere* ch'era ordinato al nostro *proprio* vantaggio: onde si dice da taluno che qui si ha una “*responsabilità verso se stessi*” (corsivi originali).

⁵⁶ (Pap. 5 *quaest.*) D. 2.14.39: «*Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*».

le clausole contrattuali in modo più chiaro («*in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*»), frammento che così venne commentato dal Betti: «la controparte, invero, dovrà risentire le conseguenze della negligenza o disattenzione propria, nel caso che la dichiarazione, redatta in termini oscuri o ambigui, non risponda alla sua rappresentazione, dal momento che, così redatta, poté essere da lei controllata prima della conclusione del negozio»⁵⁷.

Una speciale ipotesi in cui l'eventuale discrepanza fra il voluto e il dichiarato non doveva invece ritenersi fonte di auto-responsabilità in capo al dichiarante era quella in cui un siffatto *hiatus* dovesse ritenersi frutto di un errore scusabile; in tal caso, «*in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur*»⁵⁸.

Un'altra ipotesi in cui, nel diritto romano, l'auto-responsabilità non era destinata ad operare era, secondo il Betti, quella del soggetto che si fosse procurato autonomamente un "danno" (*recte*, un oneroso vincolo contrattuale), ma versando in una qualche condizione di precarietà o fragilità personale⁵⁹, come ad esempio il minore di anni venticinque, il quale disponeva per ciò di una speciale facoltà impugnatoria avverso il negozio da lui stipulato⁶⁰, ovvero il soggetto caduto *in vinculis* o comunque costretto a rimaner assente dalla vita

⁵⁷ E. BETTI, *ult. op. cit.*, 263; séguita l'illustre romanista: «Quello stesso criterio di auto-responsabilità che, nel caso di discrepanza imputabile a chi assume l'obbligazione, induce a interpretare la dichiarazione nel suo significato oggettivo e quindi contro di lui, fa sì che essa venga invece interpretata a suo favore nel caso che, per colpa della controparte, il tenore della dichiarazione non risponda all'idea che questa se ne faceva».

⁵⁸ (Paul. 14 *quaest.*) D. 34.5.3 (cfr. A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (Secoli XIV-XVI)*, Milano, 2012, 166); si tratta di un frammento in tema di successione ereditaria, ma avente portata generale (G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento*, Milano, 1997, 158). Si veda anche (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 50.17.116.pr.: «*Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est. Non capitur, qui ius publicum sequitur. Non videntur qui errant consentire*»; nonché (Pomp. 34 *ad Sab.*), 39.3.20: «*Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est*».

⁵⁹ E. BETTI, *ult. op. cit.*, 660-661: «Si è notato più volte come l'iniziativa privata, in quanto libera, sia materia di oneri, e importi un rischio per l'inerzia o per l'uso inabile o incauto che se ne faccia. Ora però, per quanto logico sia in generale il criterio di far risentire all'interessato il danno della propria inerzia o negligenza, non sempre tuttavia appare giusta un'applicazione irremissibile dell'autoresponsabilità privata. Vi sono dei casi in cui, a determinare uno stato giuridico pur risultante dal rigoroso congegno dei principî, hanno concorso circostanze tali da farne apparire iniquo il mantenimento».

⁶⁰ (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.4.1.1: «*Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam"*».

sociale per ragioni di interesse pubblico («*rei publicae causa*») ⁶¹.

Nel prosiegua del proprio studio, l'Autore ricercò numerose prove a suffragio dell'immanenza dell'auto-responsabilità al diritto romano ⁶², giungendo alla conclusione per la quale il diritto classico sarebbe stato profondamente permeato da tale canone generale, mentre i compilatori giustinianei avrebbero in un secondo momento propugnato «tutt'altra concezione, avversa all'idea dell'auto-responsabilità privata» ⁶³, probabilmente a cagione della mutata situazione politico-istituzionale e della mutata visione dell'uomo e del suo dinamismo pratico.

In particolare, nel rassegnare le proprie conclusioni sul negozio giuridico nel diritto di Roma, l'insigne giurista affermò essere il *negotium* «uno strumento utile, ma non privo di pericoli: se ne valgano pure i privati per regolare i propri interessi, *ma a proprio rischio*» ⁶⁴.

A significare la fondamentale valenza concettuale e pratica del principio di auto-responsabilità nel diritto contrattuale romano, il Betti evidenziò come, sino al

⁶¹ (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 4.6.1.1: «*Verba autem edicti talia sunt: "Si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur: item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui pro magistratu "per magistratus" sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit"*».

⁶² E. BETTI, *ult. op. cit.*, 258, con copioso rinvio a significativi frammenti del *Corpus Juris*.

⁶³ *Ibidem*, 258, n. 3. Una conclusione parzialmente diversa sembra trarsi da E.G.D. VAN DONGEN, *op. cit.*, 102, ove si afferma che, mentre in epoca classica il principio pomponiano del *sibi imputet* era stato codificato nello specifico ambito del legato, solo i compilatori giustinianei avrebbero conferito ad esso una valenza generale, tanto da cristallizzare il medesimo in un'astratta *regula juris* (per l'appunto, D. 50.17.203).

⁶⁴ *Ibidem*, 288: «Probabilmente un vivissimo senso di responsabilità doveva indurre uomini educati alle austere dottrine stoiche – quali erano i giuristi romani – e, prima di loro, uomini dal temperamento fermo e diritto – quali erano gli stessi romani – a trattare con rigore la parte consapevole della discrepanza fra la causa del negozio e lo scopo riposto da lei perseguito, *facendole sopportare* le conseguenze onerose della propria mancanza di chiarezza» (corsivi nostri). Cfr. 293: «Nella rigorosa e coerente concezione della giurisprudenza classica, libertà e autonomia privata portano in sé stesse il freno e la sanzione dell'auto-responsabilità per l'uso inabile che se ne faccia. Liberi i privati di regolare i propri interessi come credono meglio; *ma purché assumano su di sé le conseguenze del regolamento prescelto*»; 411: «Nell'atto in cui pone in essere il negozio giuridico, incombe alla parte una serie di oneri: α) un onere di attenzione a quel che dice o fa; β) un onere di conoscenza, sia circa il significato della dichiarazione che fa, sia circa la situazione di fatto sulla base della quale si determina a volere un negozio; γ) un onere di chiarezza quanto a limitare o ad escludere, se vi ha interesse, il valore impegnativo del negozio».