



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Carlo De Cristofaro

**Principi di 'Diritto Romano presupposto' in
materia di caso fortuito e responsabilità
contrattuale**

Numero XV Anno 2022

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Principi di ‘Diritto Romano presupposto’ in materia di caso fortuito e responsabilità contrattuale

SOMMARIO: 1. ‘*Casus (fortuitus)*’ in una recente pronuncia della Corte di Cassazione. – 2. Caso fortuito e *indicium bonae fidei* in C. 4.24.6. – 3.1. Tracce della *regula romana* ‘*casus a nullo praestantur*’ nel codice civile italiano (in relazione alla responsabilità contrattuale). Artt. 1637, comma I° (Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9.2), e 1805, comma I°, cod. civ. (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.4). – 3.2. (Segue) Art. 1635 cod. civ. (Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2-4, Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 19.2.25.6, C. 4.65.8) – 3.3. (Segue) Art. 1787 cod. civ. (*Coll.* 10.9, C. 4.65.1) – 4. La prevedibilità del caso fortuito alla luce dei criteri indicati in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11pr. – 5. Sintesi e conclusioni. – 6. Appendice.

1. ‘*Casus (fortuitus)*’ in una recente pronuncia della Corte di Cassazione

In un noto suo adagio, il maestro del cinema Claude Chabrol asserisce che ‘viviamo in una società nella quale le pizze arrivano più velocemente della polizia’¹. Senza alcuna finalità sminuente il senso critico di tale sineddoche – con la quale si intende sottolineare la ridotta capacità di reazione delle Istituzioni in situazioni di notevole necessità, anche in confronto al servizio di consegna a domicilio di una pizzeria –, non possiamo esimerci dal coglierne la particolare adeguatezza a descrivere una vicenda processuale interessata, all’esito di un *iter* giudiziario ultradecennale, da una pronuncia della Corte di Cassazione.

¹ Citazione riportata in J.-C. RIBAUT, *Le renouveau de la pizza blanche*, in *Le Monde*, 8 novembre 2006, online: «Nous sommes dans une société où les pizzas arrivent plus vite que la police».

Al di là delle interessanti tematiche giuridiche sottese alla stravagante fattispecie esaminata, che a breve ripercorreremo, l'ordinanza n. 9997/2020 (resa dalla VI Sezione Civile il 28 novembre 2019 e depositata in cancelleria il 28 maggio 2020, Pres. Frasca, Rel. Rossetti) offre allo storico del diritto spunti di profonda riflessione, soprattutto per l'apparente applicazione in chiave attualizzante del diritto romano che viene proposta dal Supremo Collegio nella parte motivata. Profilo, questo, su cui occorre soffermarsi per due ordini di ragioni, fra di loro interconnesse ed in parte concentriche: da un lato, per verificare l'effettiva conferenza dei richiami all'esperienza giuridica dei Romani operati nel caso di specie dalla Cassazione; dall'altro lato, al fine di apportare un contributo all'animato dibattito circa la misura dell'attualità del diritto romano come fondamento del diritto (specialmente europeo) moderno², che in questa sede esamineremo nella

² La letteratura in materia è vastissima, pertanto ci limitiamo ai riferimenti essenziali, ai quali si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche: le fondamentali avvertenze preliminari contenute in E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG*, 99, 1928, 129 ss. e in *AG*, 100, 1928, 26 ss. (ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, 59 ss.); ID., *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I. *Anormalità del negozio giuridico*, Padova, 1930, 1 s.; ID., *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in *BIDR*, 39, 1931, 33 ss. (ora in ID., *Diritto*, cit., 135 ss.); S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino, 1967, spec. 1 ss., 27 ss., 141 ss.; G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in *Riv. dir. civ.*, XVII.1, 1971, 369 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 287 ss., volume cui si rimanda anche per gli ulteriori contributi ivi pubblicati); C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*², I. *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino, 1976, spec. 9 ss., 120 ss.; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008; ID., *Diritto romano e fondamenti del diritto europeo*, in *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), a cura di A. Triscioglio, Napoli, 2009, 79 ss.; L. LABRUNA, *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Napoli, 1999, spec. 1 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su 'i fondamenti del diritto europeo': una occasione da non sprecare*, in *Iura*, 51, 2001, 1 ss.; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, stati: una dialettica incessante*, in *Iura*, 52, 2001, 131 ss. (anche in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 117 ss. e ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 1 ss.); ID., *Una nuova dogmatica per il diritto privato*

europeo, in *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti ed il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, in *Nuove Autonomie*, XV, 2006, 71 ss. (ora in ID., *Giurisprudenza*, cit., 45 ss.); gli atti pubblicati in *Harmonisation Involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia* (Foggia, 20-21 giugno 2003), a cura di O. Troiano, G. Rizzelli e M.N. Miletta, Milano, 2004; L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 7, 2004, 53 ss.; EAD., *Interpretazione e 'scientia iuris'. Problemi storici e attuali*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza (Università degli Studi di Milano – Bicocca. 19-20 novembre 2009)*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, 3 ss.; F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index*, 33, 2005, 83 ss. (ora in ID., *'Fundamenta'*, Napoli, 2007, 21 ss.); *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2006; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, spec. 3 ss., 217 ss.; M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008, spec. 19 ss., in parte 63 ss., 94 ss. e M. MICELI, *Recensione a M. BARBERIS, Europa*, cit., dal titolo *Brevi considerazioni su diritto romano, scienza del diritto e identità giuridica europea* (leggendo Barberis, *'Europa del Diritto'*), in *D@S*, 15, 2017; *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2010; L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo, I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello 'ius commune'. Lezioni*², Torino, 2011; EAD., *La tradizione romanistica nel diritto europeo, II. Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*², Torino, 2010; A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli, 2012, spec. 9 ss., 87 ss.; M. NARDOZZA, *"Il problema della storia dei giuristi romani" nella romanistica italiana tra Ottocento e Novecento*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, 2012, 663 ss.; L. PEPPE, *Uso e ri-uso del diritto romano*, Torino, 2012, spec. 1 ss.; L. FRANCHINI, *La formazione di un diritto comune europeo. Ruolo e utilità della tradizione giuridica romanistica: la dialettica delle opinioni a confronto; il punto sullo stato della dottrina*, Roma, 2013; i contributi pubblicati nel volume *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, 2016 (in particolare vd. A. CALORE, *La romanistica italiana dal 1945 al 1970: tra storia e dogmatica*, 103 ss.; C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il terzo millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, 179 ss., spec. 191 ss.; L. DE GIOVANNI, *Il diritto romano nella crisi del diritto*, 242 ss.; M. BRUTTI, *La solitudine del presente*, 295 ss.); A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo, I. La disciplina generale del contratto*, Torino, 2018; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018; i contributi presenti in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino,

sua relazione con il formante giurisprudenziale (rispetto al quale, come è stato di recente osservato, può assumere la funzione di «fonte persuasiva»³).

Illustriamo, innanzitutto, il *casus* oggetto della pronuncia. Nel 2007 i genitori di un'allora minorenne convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma, Sez. Dist. Ostia, il gestore di una pizzeria esponendo che la loro figlia aveva patito lesioni personali allorché la cameriera, dopo aver subito un urto, faceva scivolare una pizza rovente sul braccio della bambina, la quale rimaneva ustionata.

La Giustizia Ostiense, con sentenza n. 285 del 20 novembre 2008, rigettava la domanda in quanto riteneva dimostrato che il rovesciamento della pietanza «era stato cagionato da un caso fortuito e precisamente da un urto improvviso e imprevedibile»⁴ che veniva inferto, all'addetta al

2018; G. FINAZZI, *Identità nazionali e identità europea alla luce del diritto romano e della tradizione romanistica*, in *Italian Review of Legal History*, IX.3, 2017, 1 ss.; i contributi pubblicati in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno – Trento, 13-14 dicembre 2018*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti e S. di Maria, Trieste, 2019 (in particolare, vd. S. DI MARIA, *L'insegnamento della materia: i contenuti*, 47 ss.; R. CARDILLI, *Lo studio del diritto romano e i Fondamenti del diritto europeo*, 57 ss.; M.F. CURSI, *Fondamenti del diritto europeo: dall'esperienza alcune perplessità e un'opportunità*, 83 ss.; T. DALLA MASSARA, *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, 91 ss.; A. SACCOCCIO, *Diritto romano, fondamenti e fondamentali*, 157 ss.; L. SOLIDORO, *I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina*, 189 ss.); gli studi raccolti in C. CASCIONE, *Diritto romano e giurisprudenza odierna. Studi e miniature*, a cura di F. Tuccillo e M. Auciello, Napoli, 2020; M. RODRÍGUEZ PUERTO, *La scienza giuridica romanistica e i principi giuridici*, in *Ann. Fac. Giur. Camerino – Studi*, 9, 2020, 1 ss.; R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, spec. XVII ss., XXXV ss. All'analisi dello stato della dottrina e delle prospettive future di utilizzo dell'esperienza giuridica romana in chiave storico-comparatistica, ma con finalità anche operative, verrà dedicato un apposito studio, tutt'ora in corso. Sull'ordinanza della Suprema Corte n. 9997/2020, vd. M. AUCIELLO, *L'argomento romanistico. Vincoli della tradizione e fantasmi ideologici nelle pronunce della Suprema Corte*, tesi di dottorato inedita (XXXIV Ciclo), 141 ss. (ma anche 1 ss. per un inquadramento del tema).

³ F. SCOTTI, *L'utilizzo del diritto romano come fonte persuasiva nella giurisprudenza inglese: una decisione della House of Lords in materia di responsabilità civile e nesso di causalità*, in *TSDP*, 11, 2018, 1 ss., spec. 51 ss.

⁴ Pag. 2 dell'ordinanza 9997/2020, in cui si cita la sentenza della Corte d'Appello di Roma.

servizio, proprio da parte di uno dei commensali della giovane danneggiata. I genitori soccombenti, dunque, interponevano gravame dinanzi alla Corte d'Appello di Roma la quale, con sentenza n. 4460 del 5 luglio 2017, accoglieva la domanda degli appellanti, condannando l'esercente la pizzeria al risarcimento del danno per lesioni personali (di natura estetica, e giudicato non emendabile) nella misura di euro 30.000,00. Il ribaltamento della sentenza emessa dal Giudice di prime cure derivava dal riesame del contesto in cui si era consumato l'infortunio: il Collegio Capitolino, infatti, rilevava come dalla compagine istruttoria fosse emerso che la comitiva di banchettanti di cui faceva parte la minore si era contraddistinta per la notevole indisciplinatezza e, pertanto, era prevedibile che la cameriera venisse urtata da uno dei componenti del gruppo, «di talché avrebbero dovuto essere adottate delle adeguate cautele ed attenzioni»⁵.

Il gestore dell'attività spiegava ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, avverso cui le controparti resistevano con controricorso. La Suprema Corte, dopo aver rigettato l'eccezione preliminare di inammissibilità del gravame – sollevata dai controricorrenti in virtù della sua supposta tardività⁶ – procede all'esame del primo motivo, con cui il ricorrente lamenta, *ex art.* 360, n. 3, cod. proc. civ., la violazione degli artt. 1173, 1176, 1218 e 2043 cod. civ. In particolare costui eccepisce l'errata interpretazione, da parte della Corte d'Appello, della domanda proposta dagli attori, che avrebbe dovuto essere qualificata «come domanda extracontrattuale, ai sensi dell'articolo 2043 c.c., e di

⁵ Pag. 3 dell'ordinanza 9997/2020, in cui si cita la sentenza della Corte d'Appello di Roma.

⁶ Sul punto, la Corte: «Le parti resistenti hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per tardività. Tale eccezione è infondata. La sentenza impugnata è stata pubblicata il 5 luglio 2017. Essa non è stata notificata per i fini di cui all'articolo 325 c.p.c. Poiché il presente giudizio è iniziato nel 2007, ed in ragione del suo oggetto non sfugge alla sospensione feriale dei termini, l'odierno ricorrente aveva a disposizione ai sensi dell'articolo 327 c.p.c., per proporre il proprio ricorso per cassazione, un anno e 62 giorni (in virtù del cumulo della sospensione feriale dell'anno 2017 e di quella dell'anno 2018), decorrenti dal 5 luglio 2018. Il suddetto termine scadeva dunque il 5 settembre 2018, mentre il ricorso per cassazione è stato proposto il 2 febbraio 2018» (pag. 3 dell'ordinanza).

conseguenza addossare loro l'onere della prova della colpa e del nesso causale». Osserva il ricorrente, a sostegno di tale tesi, che il contratto di ristorazione «ha ad oggetto unicamente la fornitura, da parte del ristoratore, delle pietanze e delle bevande; ne trae la conclusione che l'infortunio occorso ad un cliente durante il periodo in cui si trattiene nel ristorante, originato dalla condotta di un altro avventore, non rientrerebbe nel 'programma contrattuale' cui si obbliga il ristoratore»⁷.

Il motivo viene giudicato, dalla Cassazione, infondato. La Corte, infatti, rileva che il contratto di ristorazione comporta l'obbligo, per il gestore dell'attività, non soltanto di vendere cibi preparati o da preparare, bensì di fornire «ricetto ed ospitalità»⁸ all'avventore. Ne deriva che il creditore della prestazione (*id est*, il cliente del ristorante) 'affida' all'altra parte la propria persona, incluso il correlato diritto all'incolumità, operazione da doversi qualificare come un «effetto naturale del contratto»⁹ ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. e del combinato disposto con l'art. 32 Cost., a sua volta «norma direttamente applicabile (c.d. 'Drittwirkung') anche nei rapporti tra privati»¹⁰. Pertanto deve intendersi

⁷ Entrambi i virgolettati vengono citati da pag. 4 dell'ordinanza.

⁸ Pag. 4 dell'ordinanza 9997/2020.

⁹ Pag. 4 dell'ordinanza 9997/2020. Sul valore di tale locuzione, anche con riferimento all'ordinanza in parola, vd. M. AUCIELLO, *L'argomento*, cit., 145 ss. nt. 12, con amplissima bibliografia citata.

¹⁰ Pag. 5 dell'ordinanza 9997/2020. Sul punto cfr. la massima di E. VALENTINO, *Nota a Cass. Civ.*, 28 maggio 2020, n. 9997, Sez. VI, in *Diritto & Giustizia*, 105, 2020, 5: «Nel contratto di ristorazione, come in quello d'albergo o di trasporto, il creditore della prestazione affida la propria persona alla controparte e tanto basta per far sorgere a carico di quest'ultima l'obbligo di garantire l'incolumità dell'avventore, quale effetto naturale del contratto ex art. 1374 c.c.». Cfr. anche M. GIUSTI, *Nota a Cass. Civ.*, 28 maggio 2020, n. 9997, Sez. VI, in *GiustiziaCivile.com*, 7 dicembre 2020, con copia di bibliografia ed ulteriori riferimenti giurisprudenziali in materia (nonché la relativa massima in *Mass. Giust. civ.*, 2020/1, 215: «nel contratto di ristorazione (così come, del resto, in quello d'albergo o di trasporto), sull'erogatore della prestazione grava anche l'obbligo di garantire l'incolumità fisica dell'avventore, quale effetto naturale del negozio ex art. 1374 c.c. che deriva dalla necessaria applicazione dell'art. 32 Cost. anche ai rapporti fra privati»). Ampia disamina della questione in M. AUCIELLO, *L'argomento*, cit., 149 ss., 169 ss.

correttamente individuata, dalla Corte d'Appello di Roma, la natura contrattuale della domanda proposta dagli attori¹¹.

Con il secondo motivo, contenente due distinte censure, il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., sia la violazione degli artt. 2043, 2049, 2697 cod. civ., sia degli artt. 40 e 41 cod. pen. *In primis*, viene eccepita la mancata indicazione, da parte della Corte *a qua*, del dovere giuridico violato dal ristoratore, al quale sarebbe stata erroneamente attribuita la responsabilità per l'accaduto «senza previamente individuare quale sarebbe dovuta essere la condotta alternativa corretta che questi avrebbe dovuto tenere»¹². *In secundis*, si censura la violazione delle regole di accertamento del nesso di causalità: la verifica dell'incidente a causa dell'urto, impresso alla cameriera da parte di uno dei commensali della vittima (dunque, un terzo), dovrebbe, secondo la prospettazione del ricorrente, qualificarsi come caso fortuito, escludente il nesso di causalità fra il supposto inadempimento e il danno subito dalla vittima.

La Cassazione esamina chirurgicamente le distinte parti di cui si compone il secondo motivo, sviluppando le seguenti riflessioni. Innanzitutto, non è accoglibile la censura del ricorrente in ordine alla violazione, da parte della Corte d'Appello, dei principi regolanti il criterio causalità materiale. Infatti, se da un lato l'artefice dell'impulso che ha determinato la perdita di equilibrio della cameriera è un soggetto terzo (il convitato della minorenne), dall'altro lato il danno è stato certamente

¹¹ In senso conforme all'ordinanza 9997/2020, cfr. Trib. Termini Imerese, Sez. I, 2 agosto 2021, n. 843: «[...] Nel contratto di ristorazione, pertanto, così come in altri contratti, quali quello d'albergo o di trasporto, il creditore della prestazione affida la propria persona alla controparte, la quale assume così l'obbligo di garantirne l'incolumità ex art. 1374 c.c. Per gli E. detto obbligo discende dall'art. 32 della Costituzione, applicabile in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra e non solo nel contratto di ospitalità o in quello di trasporto di persone. Applicando i suesposti principi alla fattispecie in esame, si osserva che non può essere esclusa la responsabilità del gestore del ristorante convenuto, il quale – la notte del verificarsi del sinistro – ha permesso che una sala adibita alla ristorazione venisse trasformata in sala da ballo, utilizzando uno spazio ristretto ed angusto e, sicuramente, non idoneo ad essere adibito a locale per il ballo [...]».

¹² Pagg. 5-6 dell'ordinanza 9997/2020.

causato dalla dipendente del ristorante la quale, vertendosi su un caso di danneggiamento *corpore corpori illatum*¹³, ne è autrice in ragione del principio di equivalenza causale¹⁴. Ciò posto, potrebbe al più verificarsi la sussistenza di eventuali circostanze esimenti la responsabilità *ex artt.* 1218 e 1176 cod. civ.¹⁵: si tratta, tuttavia, di un vaglio che attiene alla fase di accertamento dell'elemento soggettivo della colpa, rispetto al quale la sussistenza del nesso causale non può revocarsi in dubbio e, per tale ragione, la prima parte del secondo motivo deve ritenersi infondata.

Proseguendo nella propria disamina, la Suprema Corte ritiene viceversa fondata la censura formulata dal ricorrente in ordine alla violazione «delle regole sulla colpa»¹⁶. Il Collegio sviluppa la propria valutazione scomponendo, innanzitutto, l'*iter* logico-giuridico seguito dalla Corte d'Appello, al termine del quale è stata dichiarata non esclusa la responsabilità del ristoratore, i cui passaggi fondamentali vengono riassunti come segue: (a) il fatto del terzo integra gli estremi del caso fortuito; (b) il caso fortuito non esclude la colpa dell'autore del danno, se la condotta del terzo sia prevedibile od evitabile; (c) nel caso di specie

¹³ Questa affermazione solleva alcuni dubbi, in quanto il danno causato alla minore non è *corpore corpori* (atteso che si tratta della caduta di una pizza rovente scivolata dal piatto trasportato dalla cameriera); viceversa, è tale la spinta impressa dal commensale sul corpo dell'addetta al servizio.

¹⁴ Principio sancito dall'art. 41 cod. pen. (*Concorso di cause*): [I] *Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.* [II] *Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.* [III] *Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.* Sull'applicabilità di tale principio anche ai casi di responsabilità aquiliana, vd. Cass. Civ., Sez. Lav., 30 novembre 2009, n. 25236; Cass. Civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360; Cass. Civ., Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 15537; Cass. Civ., Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 3458.

¹⁵ Aspetto, questo, evidenziato nella massima dell'ordinanza 9997/2020 in *Guida al diritto*, 2020/26, 121: «Chi accede in un ristorante ha il diritto di pretendere dal gestore che sia tutelata la sua incolumità fisica. In caso di incidente, il ristoratore può evitare la condanna solo se dimostra il caso fortuito che non poteva essere né previsto né evitato e che comunque ha fatto tutto il possibile per evitare l'incidente».

¹⁶ Pag. 6 dell'ordinanza 9997/2020.

la 'agitazione' dei ragazzi che componevano la comitiva presente nel ristorante era prevedibile, e si sarebbe potuta evitare, da parte del ristoratore, adottando 'le adeguate cautele'.

Le affermazioni di cui alle lett. a) e b) vengono ritenute corrette, mentre la lett. c) viene giudicata il frutto di falsa applicazione degli artt. 1218 e 1176 cod. civ. In particolare, soffermandosi sull'esame della figura del 'caso fortuito', la Suprema Corte evidenzia che, ai fini dell'esclusione della colpa del danneggiante, lo stesso deve mostrare due caratteristiche: l'imprevedibilità/inevitabilità; la sussistenza di un obbligo legale o contrattuale, in capo al danneggiante, di prevederlo o evitarlo¹⁷.

I precetti in questione, arguisce il Collegio, «sebbene non espressamente dettati dal codice civile, discendono da una tradizione millenaria e sono dal codice presupposti, più che imposti»¹⁸: se ne rintraccia il fondamento storico in un rescritto di Ottaviano¹⁹, al cui contenuto viene attribuito l'inedito rango di 'precetto immanente' alla materia, rimasto inalterato nel corso dell'esperienza giuridica di diritto intermedio ed approdato, seppure con una serie di smussature, fino nelle moderne codificazioni. In esse sarebbe permeato il principio secondo cui l'evento fortuito, laddove prevedibile o evitabile, è privo di attitudine liberatoria (contrattuale o aquiliana) per l'autore del danno il quale aveva il dovere di prevederlo/evitarlo.

¹⁷ Sulla nozione giuridica di 'caso' e sulle sue caratteristiche (con particolare riferimento alla figura del caso fortuito), vd. in particolare, fra i vari, A. CANDIAN, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *NNDI*, II, Torino, 1958, 988 ss.; G. COTTINO, voce *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 377 ss.; P. FORCHELLI, voce *Caso fortuito e forza maggiore (I, Diritto civile)*, in *EG*, V, Roma, 1988, 1 ss., con ampio ragguaglio bibliografico; G. GREGORI, voce *Caso fortuito e forza maggiore (II, Diritto penale)*, in *EG*, V, cit., 1 ss. Ulteriore copiosa bibliografia richiamata in M. AUCIELLO, *L'argomento*, cit., 214 s. 195.

¹⁸ Pag. 7 dell'ordinanza 9997/2020.

¹⁹ Occorre qui citare testualmente il relativo passaggio, tratto da pag. 7 dell'ordinanza 9997/2020: «[...] basterà ricordare al riguardo che già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, § 6, *De casu fortuito*) sancì che "*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (...), nullo bonae fidei iudicio praestantur*"». Sul testo e sui suoi esatti contenuti, vd. *infra* § 2.

Successivamente, gli Ermellini si interrogano circa la sussistenza del requisito della presunta 'imprevedibilità' del caso fortuito, accertamento da condursi in concreto ai sensi del comma II° dell'art. 1176 cod. civ., secondo il quale occorre verificare se il professionista medio potesse, con la diligenza da lui esigibile, prevedere quel che sarebbe accaduto oppure, in alternativa, potesse adottare «condotte diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta»²⁰.

Nella formazione della propria decisione il Collegio rievoca un passo del commentario all'editto del pretore di Ulpiano, sistemato come D. 9.2.11pr.²¹, depositario di criteri ermeneutici e principi di diritto «pacifici da due millenni»²² ed utilizzabili anche nel caso di specie: in particolare viene applicata la regola secondo cui il caso fortuito assume la funzione di circostanza esimente soltanto laddove venga appurato, nel concreto, che lo stesso non si verifichi in un contesto di carente sorveglianza, a sua volta determinata dalla superficialità del soggetto obbligato a prevedere e scongiurare l'*eventus damni*. Dunque, una volta impostato quale valido canone ermeneutico il criterio di accertamento della colpa stabilito nel passo ulpiano, «nel presente giudizio, l'affermazione della prevedibilità del caso fortuito si sarebbe potuta affermare solo a condizione che fosse accertato in concreto che l'urto inferto ad uno dei camerieri, da parte di un avventore, fosse una circostanza ampiamente prevedibile da qualunque ristoratore diligente»²³.

E dopo aver tracciato, secondo siffatte coordinate logico-argomentative, l'impianto dogmatico di riferimento per la fattispecie in esame, il Supremo Collegio stabilisce che, in punto di legittimità, la Corte d'Appello ha falsamente applicato gli artt. 1176 e 1218 cod. civ. Infatti il Giudicante *a quo* «non ha indagato se la esagitazione della persona che urtò la cameriera fu subitanea o si protrasse da tempo, ed in tal caso da quanto tempo; non ha stabilito in che cosa sia consistita; non ha accertato se fu la cameriera ad avvicinarsi incautamente ad uno

²⁰ Pag. 8 dell'ordinanza 9997/2020.

²¹ Vd. *infra* § 4.

²² Pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020.

²³ Pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020.

scalmanato, o se fu quest'ultimo a raggiungerla imprevedibilmente ed urtarla, allontanandosi dal posto fino a quel momento occupato; non ha accertato se vi erano stati precedenti richiami all'ordine da parte del gestore del ristorante, o se questi avesse colpevolmente tollerato l'ineducazione dei suoi avventori»²⁴.

Pertanto, limitatamente a tali profili, il secondo motivo del ricorso viene ritenuto fondato.

Non si rinvencono, nell'ordinanza in questione, elementi utili a ricostruire l'articolazione del terzo motivo di gravame: lo stesso, infatti, non costituisce oggetto di specifico esame in quanto risulta assorbito dall'accoglimento del secondo²⁵.

Viene infine accolto il quarto motivo – con cui il ricorrente lamenta l'assenza di motivi a sostegno della determinazione del danno patito dalla vittima – in quanto la Corte d'Appello, nella quantificazione del 'danno estetico non emendabile' in una cifra pari ad € 30.000,00, non ha indicato «in cosa consistette tale pregiudizio estetico; quale ne fu l'entità; se abbia causato solo una invalidità permanente od anche una invalidità temporanea; in che termini percentuali potesse stimarsi l'invalidità da esso provocata; attraverso quali criteri è pervenuta alla determinazione del suddetto importo», con ciò determinando la violazione dell'art. 1223 cod. civ. «in quanto ha liquidato il danno non patrimoniale senza accertarne in concreto l'entità»²⁶. In definitiva, la Corte di Cassazione accoglie il secondo (quantomeno *in parte qua*) ed il quarto motivo del ricorso, rigetta il primo e dichiara assorbito il terzo, rinviando alla Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione, e demandandole la quantificazione delle spese del giudizio di legittimità.

L'interesse dello storico del diritto non può che essere sollecitato dai contenuti dell'ordinanza, nella quale l'esperienza giuridica degli antichi Romani viene per ben due volte invocata non soltanto con la finalità ricostruttiva, in chiave diacronica, delle norme codicistiche di riferimento della fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, ma anche

²⁴ Pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020.

²⁵ Pag. 10 dell'ordinanza 9997/2020.

²⁶ Entrambi i virgolettati vengono citati da pag. 10 dell'ordinanza 9997/2020.

allo scopo di trarvi concreti elementi per la valutazione e la decisione del caso.

Il nostro approfondimento prenderà le mosse dal § 3.3²⁷, nel quale la costruzione delle caratteristiche del caso fortuito viene ricondotta al principio di diritto stabilito in un rescritto del 225 d.C. di Alessandro Severo, conservato in C. 4.24.6, secondo cui “*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (...), nullo bonae fidei iudicio praestantur*”. Una volta analizzati i contenuti del passo – densi di aspetti problematici, soprattutto per quanto concerne la genuinità del testo e la sua coerenza sostanziale con il contesto storico al quale risale – verificheremo l'idoneità del principio in esso formulato a supportare il ragionamento logico-giuridico condotto dalla Cassazione nell'ordinanza n. 9997/2020.

Ci soffermeremo, in particolare, sull'esame di due fra le molteplici norme che il Supremo Collegio individua come direttamente tributarie della costruzione romana in tema di *casus fortuitus* e responsabilità contrattuale: gli artt. 1637, comma I°, e 1805, comma I°, cod. civ., nei quali risultano tangibili gli addentellati con Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9.2 e Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.4²⁸. Successivamente, muovendoci nel medesimo solco tracciato dalla Cassazione, procederemo ad appurare la sussistenza di ulteriori collegamenti fra le norme codicistiche in materia di caso fortuito e le fonti romane, assestandoci sui due esempi reputati, a nostro sommosso avviso, più significativi: l'art. 1635 cod. civ. (in relazione a Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2-4, Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 19.2.25.6 e C. 4.65.8)²⁹ e l'art. 1787 cod. civ. (con riguardo a *Coll.* 10.9 e C. 4.65.1)³⁰.

L'ultima parte dello studio verrà dedicata all'esame del § 3.4 dell'ordinanza, nel quale la Suprema Corte – per la verifica *in facto* in ordine alla prevedibilità/evitabilità del caso fortuito – richiama e fa propri i criteri valutativi adoperati da Proculo, a sua volta citato da

²⁷ Vd. *infra*, § 2.

²⁸ Vd. *infra*, § 3.1.

²⁹ Vd. *infra*, § 3.2.

³⁰ Vd. *infra*, § 3.3.

Ulpiano in un famosissimo passo del commentario all'editto del pretore riprodotto in D. 9.2.11pr.³¹.

Alla sintesi ed alle conclusioni sul lavoro svolto³² segue, in appendice³³, la trascrizione del testo dell'ordinanza oggetto di indagine.

2. *Caso fortuito e 'iudicium bonae fidei' in C. 4.24.6*

La prima parte dell'ordinanza di particolare interesse ai nostri fini è costituita dal § 3.3. La Suprema Corte enuclea, in quella sede, le caratteristiche – potenzialmente riscontrabili nell'evento infausto connotante il caso di specie – di cui il caso fortuito deve risultare munito al fine di escludere la colpa del danneggiante: la sua imprevedibilità, da un lato; l'obbligo (legale o contrattuale) del responsabile di prevederlo o evitarlo, dall'altro lato. Tratteggiata questa premessa, la Cassazione sviluppa la seguente digressione in chiave diacronica, di cui postula l'utilità ai fini di una corretta interpretazione delle logiche giuridiche sottese alla questione concreta posta al suo vaglio:

«Tali precetti, sebbene non espressamente dettati dal codice civile, discendono da una tradizione millenaria e sono dal codice presupposti, più che imposti: basterà ricordare al riguardo che già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, § 6, *De casu fortuito*) sancì che “*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (...), nullo bonae fidei iudicio praestantur*”.

Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio (“*casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare*”), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali.

In questi, tuttavia, fu conservata la regola secondo cui il debitore è liberato dal caso fortuito (si vedano ad esempio gli artt. 1492, comma 3, c.c., in tema di perimento della cosa venduta; 1637 c.c., in tema di accollo

³¹ Vd. *infra*, § 4.

³² Vd. *infra*, § 5.

³³ Vd. *infra*, Appendice.

da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; 1686, comma 3, c.c., in tema di responsabilità del vettore; 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il “*cum praevideri non potuerint*” del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata.

Pertanto l'evento fortuito, ma prevedibile od evitabile, non libera l'autore del danno da responsabilità, contrattuale od aquiliana che sia (così, da ultimo, Sez. 3 -, Ordinanza n. 25837 del 31/10/2017, Rv. 64641-01)»³⁴.

Giova osservare, anche soltanto per apprezzare l'interessante portata del ragionamento sviluppato dalla Corte, che una lunga porzione del testo³⁵ risulta escerpita dall'antecedente – e discretamente fortunata³⁶ – ordinanza n. 25837 del 31 ottobre 2017 (Sez. III, Pres. Di Amato, Rel. Rossetti), ove il medesimo Estensore aveva già avuto modo di affrontare il tema del caso fortuito, evidenziando la necessità ripercorrerne l'evoluzione storico-giuridica al fine di rintracciarne una precisa definizione.

³⁴ Pag. 7 s. dell'ordinanza 9997/2020.

³⁵ Da «[...] già un rescritto» a «[...]ovvia e scontata».

³⁶ All'idoneità del taglio storico-giuridico dell'ordinanza per la ricostruzione della nozione moderna di caso fortuito viene dato rilievo anche dalla giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Milano, Sez. X Civ., 14 febbraio 2019, n. 1459; Trib. Bari, Sez. II Civ., 14 maggio 2019, n. 2056; Trib. Roma, Sez. XIII Civ., 11 luglio 2019, n. 14694; Trib. Milano, Sez. X Civ., 17 settembre 2019, n. 8245; Trib. Roma, Sez. XIII Civ., 17 dicembre 2019, n. 24121; Trib. Milano, Sez. X Civ., 16 gennaio 2020, n. 413; Trib. Avezzano, 20 maggio 2020, n. 81; App. Roma, Sez. VIII, 20 novembre 2020, n. 5771; Trib. Potenza, 12 aprile 2021, n. 383; Trib. Potenza, 27 aprile 2021, n. 443; App. Torino, Sez. III Civ., 15 giugno 2021, n. 673; Trib. Milano, Sez. X Civ., 6 luglio 2021, n. 5884; Trib. Milano, Sez. X Civ., 21 febbraio 2022, n. 1535; Trib. Potenza, 31 marzo 2022, n. 399; Trib. Milano, Sez. X Civ., 11 aprile 2022, n. 3115; Trib. Milano, Sez. X Civ., 23 maggio 2022, n. 4498) e di legittimità (echi in Cass. Civ., Sez. III, 29 marzo 2019, n. 8765 [Pres. Olivieri, Rel. Positano], § 9.4), nonché dalla dottrina (S. GENNAI, *Responsabilità della p.a. per danni connessi alla manutenzione delle strade*, in *Diritto & Diritti*, 2017, Sez. 'Schede di Diritto', online; C. GIAQUINTA, *Responsabilità del danno cagionato da cose in custodia: quando la condotta è essa stessa caso fortuito liberatorio*, in *Cammino Diritto*, XII, 2017, online).

Tuttavia, mentre nell'ordinanza del 2017 la Corte indicava la «millenaria tradizione giuridica»³⁷ alla stregua di un criterio autonomo ed extra-ordinamentale, al quale attingere per colmare il segnalato *vulnus* definitorio del legislatore in materia di caso fortuito, con l'ordinanza del 2020 la componente storica viene posta in intima correlazione con il codice civile, tanto da risultarvi concettualmente (e non soltanto cronologicamente) presupposta. Infatti il 'formante storico' – cui risulta attribuita, sulla base delle argomentazioni esposte dalla Cassazione, la funzione di integrazione e interpretazione di istituti attuali, operazioni entrambe destinate a conseguire risvolti applicativi³⁸ – sembra guadagnare una posizione interna all'ordinamento: la sua immanenza verrebbe testimoniata, limitatamente all'istituto in esame, da alcune disposizioni contenute nel codice del '42 (vengono citati, a mo' di esempio, gli artt. 1492, comma III°, cod. civ., in tema di perimento della cosa venduta; 1637 cod. civ., in tema di accollo da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; 1686, comma III°, cod. civ., in tema di responsabilità del vettore; 1805 cod. civ., in tema di responsabilità del comodatario) rispetto alle quali la retrospezione storica costituisce non

³⁷ § 3.2. La premessa all'intervallo testuale indicato *supra*, nt. 35, è la seguente: «La responsabilità del custode, per i danni causati dalla cosa che è in sua custodia, è esclusa quando questi dimostri "il caso fortuito": così stabilisce l'art. 2051 c.c. Il codice civile non dà una definizione di "caso fortuito": nondimeno, per millenaria tradizione giuridica, con quell'espressione si designa l'evento che non poteva essere in alcun modo previsto o, se prevedibile, non poteva essere in alcun modo prevenuto». La conclusione, invece, è la seguente: «"Caso fortuito", dunque, per la nostra legge è quell'evento che non poteva essere previsto (ad esempio, un terremoto). Ed al caso fortuito è equiparata la forza maggiore, ovvero l'evento che, pur prevedibile, non può essere evitato (ad esempio, un evento atmosferico)».

³⁸ Vd, in particolare, la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi)...* per l'approvazione del 'Codice civile', in *Codice civile. Testo e Relazione ministeriale*, Roma, 1943, § 22, ove viene operato riferimento alla «tradizione scientifica nazionale (diritto romano, comune, ecc.)» tra gli elementi componenti la nozione di 'ordinamento' (vd., sul punto, I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi?»*, in *Dir. civ. cont.*, 18 novembre 2016, 6 dell'estratto, online; S. DI MARIA, *Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Index*, 46, 2018, 623 ss., spec. 625 e nt. 12).

un mero esercizio auto-legittimante, bensì un pilastro dalla concreta attitudine regolativa.

Il ricorso non occasionale ad una siffatta linea di ragionamento giuridico, tesa a valorizzare le ricadute applicative di un intelligente recupero della tradizione giuridica antica, viene testimoniata dalla ricorrenza della medesima impostazione storicizzante ed al contempo attualizzante, ad opera della Terza Sezione del Supremo Collegio, con riferimento alla materia delle obbligazioni. L'assenza di una esplicita definizione di tale figura giuridica da parte del legislatore del 1942 viene ritenuta colmabile, anche in questo caso, attraverso il recupero della nozione di *obligatio* fornita da Gaio³⁹, giudicata perfettamente idonea a costituire la cornice entro cui innestare una riflessione giuridica, e dai risvolti pratici, intorno all'istituto in questione: «[...] Il codice civile non dà la definizione di 'obbligazione', ma ne disciplina le fonti, il contenuto e gli effetti (art. 1173 c.c.). Il concetto di 'obbligazione' è dato dunque per presupposto dal legislatore, a causa della millenaria tradizione giuridica formatasi su esso: tradizione che, ancor oggi, nella sostanza non si discosta dalla definizione romanistica, la quale ravvisa nell'obbligazione un *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei causa, secundum nostrae civitatis iura*. Sussiste dunque una obbligazione di diritto civile quando il creditore ha la facoltà di esigere, ed il debitore ha l'obbligo di adempiere. Sussistendo tali condizioni, il creditore è titolare di un diritto soggettivo perfetto, anche quando il debitore sia una pubblica amministrazione [...]»⁴⁰.

³⁹ Più che di definizione, osserva Falcone, si tratterebbe di una 'distinzione': «l'ipotesi che avanziamo è che Gaio non abbia voluto descrivere compiutamente e distesamente la nozione di *obligatio*, bensì abbia costruito l'enunciato con la finalità esclusiva di fissare un aspetto significativo che potesse distinguere l'*obligatio* da altre rappresentazioni concettuali che, per qualche verso, mostravano tratti somiglianti» (G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", Torino, 2003, 8 s. Si rimanda al testo nella sua completezza per quanto concerne l'approfondito esame della definizione di *obligatio* e delle sue origini).

⁴⁰ Cass. Civ., Sez. III, 12 febbraio 2019, n. 3987 (Pres. De Stefano, Rel. Rossetti), § 4.3.

Ma in quest'ultima ipotesi – riflettente un'impostazione di Sezione in via di consolidamento⁴¹ – il ricorso alle elaborazioni della giurisprudenza romana sembra esaurire la propria utilità una volta tratteggiati i contorni della categoria dogmatica generale, cui vengono successivamente ricondotte le disposizioni codicistiche particolari. Viceversa, quanto alla fattispecie affrontata nell'ordinanza 9997/2020, il recupero della prospettiva storica non ci sembra svolgere soltanto una funzione di inquadramento: il richiamo a due specifici 'testi' (il rescritto conservato in C. 4.24.6 ed il commento di Ulpiano all'editto del pretore riprodotto in D. 9.2.11pr.) è sintomatico della precisa, nonché dichiarata, finalità di riutilizzare il ragionamento logico-giuridico seguito dalla cancelleria imperiale e dal Maestro di Tiro al fine di orientare, dal punto di vista operativo, la decisione in ordine alla questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte.

Tale necessità sembra venire giustificata, da un lato, dalla denunciata carenza di una disciplina civilistica⁴² di carattere generale in materia di *casus fortuitus* e forza maggiore e, dall'altro lato, dal correlato bisogno di ricostruirla attingendo ai 'principi romanistici presupposti' che, a parere dell'Estensore, sono immanenti nelle disposizioni codicistiche dedicate ad alcune specifiche ipotesi di caso fortuito.

Tuttavia, prima ancora di verificare se, ed in quale misura, possano ravvisarsi nel moderno codice civile italiano norme sul caso fortuito echeggianti gli approdi raggiunti dalla più matura giurisprudenza romana, occorre vagliare attentamente il ragionamento sviluppato dalla Cassazione, la quale individua un principio generale e tutt'ora valido nel rescritto contenuto in C. 4.24.6, che recita “*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint [...], nullo bonae fidei iudicio praestantur*”.

Risulta pertanto fondamentale – ai fini dell'elaborazione di una riflessione critica in ordine alla idoneità della *regula iuris* di matrice romanistica, richiamata dalla Corte, a trasformarsi in principio di diritto

⁴¹ Il medesimo ragionamento, infatti, viene sviluppato anche in Cass. Civ., Sez. III, 14 marzo 2022, n. 8107 (Pres. Vivaldi, Rel. Valle).

⁴² Viceversa, in ambito penalistico, presidia la clausola generale costituita dall'art. 45 cod. pen., secondo cui «Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o forza maggiore».

‘implicito’ dell’odierno codice civile (e da esso presupposto) – la preventiva verifica dei contenuti del passo citato nell’ordinanza (C. 4.24.6), nonché la sua rilevanza nella riflessione della giurisprudenza romana in ordine alla materia del caso fortuito.

Cominciamo dalla lettura integrale del rescritto:

C. 4.24.6: IMP. A. ALEXANDER TROPHIMAE. *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.* A 225 PP. ID. APRIL. FUSCO ET DEXTRO CONSS.

Occorre innanzitutto sottolineare un dato di primario rilievo per la corretta contestualizzazione del passo. Diversamente da quanto indicato nell’ordinanza della Cassazione oggetto di esame (nonché nella precedente ord. 25837 del 2017), la paternità del *rescriptum* conservato in C. 4.24.6 non è attribuibile ad Augusto⁴³, bensì all’imperatore Alessandro Severo⁴⁴ la cui cancelleria, apprendiamo dalla *subscriptio*, alle idi di aprile

⁴³ L’errore di identificazione dell’imperatore da parte dell’Estensore deriva, probabilmente, dalla consultazione di una edizione (come, ad esempio, la recente *The Codex of Justinian. A New Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text. Based on a Translation by Justice Fred H. Blume*, edited by B.W. Frier, Cambridge, 2016, 892), recante l’abbreviazione dell’*inscriptio* come ‘*Idem A.*’, laddove la lettera ‘A’ indica la parola ‘*Augustus*’ inteso non come nome proprio dell’imperatore (il quale, nella *inscriptio* di C. 4.24.2, cui C. 2.24.6 si richiama, è indicato correttamente come ‘*Imp. Alexander A. Demetrio*’), bensì come sinonimo di *Princeps*. Auciello (citando C. CASCIONE, *L’invalente cont(r)atto*, in ‘*Liber amicorum*’ per S. Tafaro. *L’uomo, la persona, il diritto*, I, a cura di A.F. Uricchio e M. Casola, Bari, 2019, 3 [ora in ID., *Diritto*, cit., 125]) definisce la disattenzione dell’Estensore una «strana svista» (M. AUCIELLO, *L’argomento*, cit., 211 e nt. 187).

⁴⁴ Su Alessandro Severo, vd. i seguenti, principali, riferimenti bibliografici (ciascuno, ad eccezione della voce enciclopedica della *PWRE*, con indicazione di ulteriore letteratura): P. GROEBE, voce ‘*Aurelius*’, n. 221, in *PWRE*, II/4, Stuttgart, 1896, coll. 2526 ss.; F. GROSSO, *Severo Alessandro. Appunti dalle lezioni*, Palermo, 1968; R. SORACI, *L’opera legislativa e amministrativa dell’imperatore Severo Alessandro*, Catania, 1974, (e, con riferimento alla costituzione in questione, 117 s. nt. 28); F. NASTI, *Note sulla politica*

del 225 d.C. (quindi oltre due secoli dopo il principato di Ottaviano), mentre sono consoli Fusco e Destro, risponde – sviluppando un ragionamento in linea con un altro rescritto risalente all'anno precedente⁴⁵ – al quesito sottopostogli da una tale Trophima in tema di

filosenatoria di Alessandro Severo con particolare riferimento alla 'Historia Augusta', in Ann. Ist. St. Filos., 13, 1996, 67 ss.; EAD., L'attività normativa di Severo Alessandro, I. Politica di governo, riforme amministrative e giudiziarie, Napoli, 2006; F. LOVOTTI, Il conferimento dei poteri a Severo Alessandro con particolare riferimento ai tempi dichiarati nell'«Historia Augusta», in 'Historiae Augustae Colloquium Perusinum' 2000. Atti dei Convegni sulla Historia Augusta, VIII, a cura di G. Bonamente e F. Paschoud, Bari, 2002, 345 ss.; incidentalmente vd. anche F. BOTTA, Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell'«homicidium» in diritto romano classico, in D@S, 12, 2014, 20.

⁴⁵ C. 4.24.5: IMP. A. ALEXANDER DISCORIDAE. *Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur: sed si culpa reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet.* A 224 PP. XIII K. MAI. IULIANO ET CRISPINO CONSS.. Discorides interroga la cancelleria imperiale in ordine alla sussistenza di eventuale responsabilità del creditore il quale ha perduto un oggetto argenteo ricevuto in pegno. Viene risposto che se il bene non è più nella disponibilità del pignorante *sine suo vitio*, allora costui non sarà condannato alla restituzione del suo valore. Viceversa, se il creditore ha smarrito l'oggetto *culpa*, oppure se non riuscirà a provare di aver effettivamente perduto il bene dato in pegno, costui sarà condannato a pagare *quantum debitoris interest*. Sospetti di interpolazione del sintagma '*culpa reus*' in G. BESELER, *Beitrag zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 85 («Dieser sonderbare Ausdruck, der soviel ich ermittelt habe nur 6 mal bei den Klassikern vorkommt, wird überall auf Interpolation beruben»); dell'inciso '*manifestis rationibus*' in F. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS, 7, 1886, 28. Ulteriore letteratura sul passo: J. BIERMANN, '*Custodia*' und '*vis maior*', in ZSS, 12, 1891, 46 s.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, 40, 1919, 230; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in ZSS, 65, 1947, 144 s. ove ritiene che la *ratio* fondamentale del passo rimanga sostanzialmente indenne pur alla luce della precedente critica interpolazionista; S. SOLAZZI, *Costituzioni glossate o interpolate nel 'Codex Justinianus'*, in SDHI, 24, 1958, 17 (e vd. *ibidem*, nt. 1 *contra* F. HAYMANN, *Textkritische*, cit., 230); H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 624 s.; R. ROBAÏE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 214 nt. 13, 239 ss., ove nella lettura viene esaltata la stretta correlazione di C. 4.24.5 con C. 4.24.8; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994, 158 nt. 34 (ove, peraltro, concorda con H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., 144 s. sulla complessiva coerenza del contenuto del passo al di là degli emblemi bizantini in esso contenuti). Sugli

responsabilità del creditore pignoratizio⁴⁶. Del resto il titolo C. 4.24 presenta la nomenclatura '*De actione pigneraticia*': il caso sottoposto all'Imperatore, infatti, ha ad oggetto lo smarrimento di beni consegnati in garanzia.

Trophima, verosimilmente, manifesta alla cancelleria imperiale le proprie incertezze⁴⁷ circa le conseguenze dell'*amissio* dei *pignora* da parte del suo *creditor*⁴⁸. Secondo il rescrittore, la perdita da parte del creditore pignoratizio dell'oggetto dato in garanzia, se determinata dal *casus fortuitus* (come l'*adgressio latronum*), è inidonea a legittimare il debitore all'attivazione di un *iudicium bonae fidei*⁴⁹. E, allo stesso tempo, al creditore

strascichi del passo in relazione al § 460 ABGB, vd. J. MATTEI, *I paragrafi del codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde*, II, Venezia, 1853, 414 e nt. 5; in relazione al § 459 ABGB, vd. N. FORAMITI, *Il codice civile generale austriaco corredato di tutte le leggi ad esso relative emanate dopo la sua promulgazione sino al presente e di quelle conservate in vigore esposte nella loro integrità. Annotato col testo delle corrispondenti leggi romane*, II.2, Venezia, 1859, 513.

⁴⁶ Responsabilità che, ricordiamo, diversamente dal comodatario (il quale è tenuto all'*exactissima diligentia*), deriverebbe dal non aver prestato *exacta diligentia* (G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I. *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938, 237).

⁴⁷ Sulla cui natura vd. *infra* nel testo.

⁴⁸ Ankum ipotizza uno scenario più particolareggiato: «Trophima era la debitrice di un creditore, al quale aveva dato delle cose in pegno. Alla scadenza la somma dovuta è stata richiesta (stragiudizialmente) a Trophima. Essa ha appreso che il suo creditore era stato vittima di un assalto di banditi, che avevano anche rubato le cose date in pegno. Trophima ha dunque domandato se poteva rifiutare di pagare il suo debito e chiedere al creditore la differenza fra il valore dei *pignora* e la somma dovuta» (H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 625). A nostro sommesso avviso, la lettura del testo del rescritto non avalla la diacronia proposta da Ankum: non viene precisato, infatti, se il creditore abbia richiesto a Trophima l'adempimento della prestazione, né se costei abbia scoperto, soltanto in quel momento, che la *res pignerata* fosse stata sottratta per effetto di una *adgressura latronum*. Viceversa, il tenore del passo sembra suggerire che sia proprio la debitrice – dopo aver appreso dello smarrimento dei beni consegnati in garanzia, ma in assenza di alcun invito all'adempimento da parte del creditore – a chiedere lumi in ordine alle conseguenze giuridiche dell'*amissio pignorum*.

⁴⁹ Ankum immagina i risvolti processuali della vicenda: stando al contenuto del responso, infatti, «la debitrice non potrà dunque *submovere* il creditore opponendogli l'*exceptio doli*» (H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 625). Per quanto, anche in questo caso

non viene impedito di chiedere l'adempimento della prestazione, a meno che le parti non abbiano stabilito che la perdita della cosa liberi il debitore.

Di notevole rilievo per la nostra riflessione è l'*incipit* del passo, nel quale viene riscontrata «una delle più energiche attestazioni della dottrina del *casus maior* (*qui praevideri non potest*)»⁵⁰. La perentorietà del principio enunciato e la giustapposizione dell'aggettivo '*fortuitus*' al sostantivo '*casus*' sono indiziari, secondo molteplici Studiosi, di un'interpolazione

(vd. *supra* nt. 48), non si tratti di una informazione direttamene evincibile dal passo, lo Studioso giustifica la propria deduzione sulla base di quanto stabilito da Ulpiano in 76 *ad ed.* D. 44.4.4.8, secondo il quale il pretore deve concedere al debitore l'*exceptio doli* contro la *condictio certae pecuniae* esperita dal creditore responsabile del perimento del bene consegnato in garanzia. Questo il testo: *Item quaeritur, si uniones tibi pignori dederō et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas. exstat nervae et atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: "si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur": sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.* In letteratura, vd. H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preußische und französische Gesetzgebung*², Heidelberg, 1868, 175 ss. (spec. 178 e nt. 3 per la discussione di ulteriore letteratura); E. COSTA, *L'exceptio doli*, Bologna, 1897, 136 s.; E. CARUSI, *Sul concetto della 'exceptionis defensio'*, in *SDSD*, 19, 1898, 258 s.; H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 622 s.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto*, cit., 46, 61, 94, 126, 164; F. MILONE, *La 'exceptio doli generalis'*. *Studio di diritto romano*, Roma, 1970, 201; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 214 nt. 13, 246; G. WESENER, *Nichtediktale Einreden*, in *ZSS*, 112, 1995, 117 s., con copia di ulteriore letteratura citata; C.A. CANNATA, *'Exceptio doli generalis' e diritti reali*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 233 ss. (ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, dalle cui pagg. 594 ss. si cita); A. CARAVAGLIOS, *'Exceptio doli generalis' ed agire del 'servus'*, in *Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno. Atti del XXXIII Convegno Internazionale G.I.R.E.A. dedicati alla memoria di Franco Salerno*, a cura di F. Reduzzi Merola, Roma, 2012, 423 s.; R.-M. RAMPENBERG, *La bonne foi contractuelle: d'un passe glorieux a un avenir contraste?*, in *Fundamina*, 20, 2014, 782; A. GRILLONE, *Per un'ontologia della 'fiducia' nel diritto romano classico, in I rapporti fiduciari: temi e problemi*, a cura di A. Petrucci, Torino, 2020, 29 s.

⁵⁰ V. ARANGIO-UIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, 4, 1912, 75 ss. (ora in ID., *Rariora*, 23 ss., dalla cui p. 44 si cita).

triboniana della costituzione, testimoniante l'elaborazione della figura del *casus fortuitus* soltanto in epoca tardoantica⁵¹.

De Medio, in particolare, osserva che per il diritto romano classico l'antitesi maggiormente pregnante si realizza fra *casus* e *voluntas*, «presentataci con costanza dalle fonti e su cui poggia essenzialmente il concetto stesso di caso (caso = non volontà)»⁵² e che l'elaborazione della «strana figura»⁵³ del caso detto 'fortuito' è frutto dell'intervento dei compilatori, fautori della contrapposizione tra *casus fortuitus* e *casus voluntarius*⁵⁴.

⁵¹ Per le posizioni espresse dagli Studiosi in ordine a questioni di dettaglio connesse al problema degli innesti bizantini in tema di '*casus fortuitus*', vd. *infra* nel testo e nelle ntt. del presente §. Per un inquadramento generale dei termini della questione. vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 44 nt. 2, con copia di bibliografia citata.

⁵² A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*, 20, 1908, 199.

⁵³ A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 199.

⁵⁴ Fra i testi ritenuti maggiormente rappresentativi della tendenza interpolazionista dei compilatori in tema di *casus (fortuitus)* si veda, ad esempio, C. 6.25.4pr.-1, ove si riscontra la sospetta contrapposizione fra *casus fortuitus* e *voluntarius*: IMP. A. ALEXANDER AEMILIO [pr.] *Si pater filium quem in potestate habebat sub condicione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit nec in defectum eius exheredavit, iure testatus non videtur. [1] Cum autem trans mare et longe te agentem sub hac condicione heredem scriptum esse dicas, si in patriam, quae in provincia Mauritaniae erat, regressus fuisses, nec exheredatum te adleges, si in eum locum non redisses, manifestum est multis casibus non voluntariis sed fortuitis evenire potuisse, ut eam implere non posses: et ideo adire non prohiberis hereditatem* A 224 PP. VI. K. APRIL. IULIANO ET CRISPINO CONSS.. Il passo ha ad oggetto la designazione di un figlio *in potestate* quale erede *sub condicione*: la cancelleria imperiale precisa che, laddove la condizione non venisse soddisfatta per caso *non voluntarius sed fortuitus*, al figlio non verrebbe proibito di accedere ugualmente all'eredità. Vd. A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 199, secondo cui la menzionata contrapposizione «è addirittura sorprendente e tale da sconvolgere ogni salda idea, in materia di avvenimenti casuali, nella mente di chi reputi il testo genuino». Si tratta di un passo scarsamente esaminato in letteratura, per lo più soltanto menzionato con riferimento alla materia ereditaria, vd. F. DEL ROSSO, *Saggio d'interpretazione della legge 'Julius XV. Dig. de conditionibus institutionum' che dimostra la validità del testamento del fu Sig. Adriano Prato querelato di nullità dal sacerdote Luigi Prato avanti il Tribunale dei Bagni di S. Giuliano*, Pisa, 1836, 12 s.; B. COHEN, *Conditions in Jewish and Roman Law*, in *Harry Austryn Wolfson Jubilee Volume on the Occasion of his Seventy-fifth Birthday*, Jerusalem, 1965, 203 ss.

Infatti dal confronto fra una serie di testi (C. 4.34.1 e *Coll.* 10.8.1⁵⁵;

⁵⁵ Un ulteriore indizio in favore della matrice compilatoria della figura del *casus fortuitus* si evince dal confronto fra i due seguenti testi: da un lato C. 4.34.1 (*Imp. A. Alexander Mestrio mil.*) *Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desuit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit* <a 224 pp. iiii id. iul. Maximo II et Urbano cons.>; e, dall'altro lato, *Coll.* 10.8.1, ove viene riportata una versione del medesimo rescritto contenuta nel Codice Gregoriano: *Gregorianus libro III sub titulo 'De deposito': Imp. Alexander A. Mestrio militi. Incursu latronum ornamenta deposita apud interfectum ab eis perierunt: detrimentum ad heredes eius qui depositum accepit, qui dolum tantum praestare debuit, non pertinet. Quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit. Prop. VII kal. Iul. Maximo bis et Urbano cons. (a. 234).* Su C. 4.34.1, vd. F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto*, cit., 124 e nt. 42, 142 e nt. 199, 184 e nt. 49, 199 e nt. 36, 203 e nt. 62, 210 nt. 2, 215 nt. 22, 282 s., 290 nt. 2; M. MARRONE, *'Actio ad exhibendum'*, in *AUPA*, 26, 1957, 356 s., 394, 444 nt. 468, 492 nt. 129, 511 nt. 185, 581, 582, 587 nt. 444, 592 nt. 463; H.T. KLAMI, *'Mutua magis videtur quam deposita'*. *Über die Geldverwahrung im denken der römischen Juristen*, Helsinki, 1969, 191; soprattutto per quanto concerne il profilo della *culpa lata* e la sua interpretazione da parte dei Medievali, vd. L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam in suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *RDR*, 3, 2003, 22 ss.; vd. anche I. RUGGIERO, *I privilegi dei militari in tema di successioni dalle costituzioni imperiali alle 'leges Barbarorum'*, in *BIDR*, 113, 2019, 242 e nt. 20; O. MARLASCA MARTÍNEZ, *Contrato de depósito: responsabilidad del depositario en los textos romanos y medievales*, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, VII. *Derecho de contractos*, coordinado por R.P. Rodríguez-Montero y A.I. Clemente Fernández, Madrid, 2021, 895 (del volume), 2493 (dell'intera opera). Sui contenuti di *Coll.* 10.8.1 e, più in generale, sull'intero titolo da cui il passo è escerpito, vd. F. LUCREZI, *Il deposito in diritto ebraico e romano (Studi sulla 'Collatio', VIII)*, Torino, 2017, 26. Venendo al confronto fra i due testi, De Medio si era già occupato incidentalmente della questione in *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR*, 17, 1905, 25 e nt. 2, osservando che dalla comparazione di C. 4.34.1 con *Coll.* 10.8 emerge «luminosamente che il diritto classico non conosceva ancora la responsabilità del depositario per *culpa lata*». Gli innesti dei compilatori più significativi si rintracciano con riferimento al *casus fortuitus* (riscontrabile nei segmenti *'vel alio fortuito casu'*, *'vel alterius fortuiti casus'*), su cui vd. A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 200 s., con indicazione di ulteriori fonti.

I. 3.14.2 e Gai. 2 *aur. D.* 44.7.1.4⁵⁶; I. 3.14.4 e Gai. 2 *aur. D.* 44.7.1.6⁵⁷) emergerebbe la paternità bizantina della *fortuitas* come attributo del *casus*,

⁵⁶ Nel confronto di I. 3.14.2 ([...] *Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nibilo minus obligatus permanet* [...]) con Gai. 2 *aur. D.* 44.7.1.4 (*Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nibilo minus obligatus permanet* [...]) viene evidenziato l'inserimento della parola '*fortuito*' nella versione delle istituzioni giustiniane, tratta verosimilmente dalle *Res cottidianae* di Gaio (così anche C. FERRINI, *Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1901, 173), la cui trascrizione nel Digesto si manifesterebbe genuina (A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 202).

⁵⁷ I. 3.14.4: *Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere*. Anche in questo caso (vd. nt. precedente), l'ispirazione del passo dalle *Res cottidianae* appare giustificata dal riscontro con Gai. 2 *aur. D.* 44.7.1.6: *Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur*. Il testo trascritto nei *Digesta* (almeno limitatamente alla porzione che li è stata riportata) è pressoché identico a quello delle istituzioni giustiniane, ad eccezione del riferimento all'*actio pigneraticia* (sul punto, vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1935, [rist. Napoli, 1958, dalle cui pp. 67, 68 nt. 1 e 152 nt. 1 si cita]) ed alla sostituzione di '*tenetur*' con '*obligatur*' (su cui vd. F. DE IULIIS, *Studi sul 'pignus conventum'. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino, 2017, 52 nt. 139, con ulteriore bibliografia citata); G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 257 s.). Quanto al prosieguo, secondo Ferrini la paternità gaiana del testo conservato in I. 3.14.4 sarebbe valida almeno per il segmento '*Sed quia* [...]' (C. FERRINI, *Sulle fonti*, cit., 174), mentre si intuisce che per De Medio anche il successivo '*quam si praestiterit* [...]' *creditum petere*' è tratto dai *Libri aureorum*: lo Studioso, infatti, ritiene che – coerentemente con il linguaggio adoperato in D. 44.7.1.4 ('*quolibet casu*') – Gaio anche in questa circostanza si sarebbe limitato a parlare di *casus*: «e se così è chi crederà inverosimile che i compilatori abbiano tra *aliquo* e *casu* inserito '*fortuito*'?» (A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 204). In letteratura, su I. 3.14.4 vd. H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., 144; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 65 ss., 81, 102 s. e nt. 128, 178, 180; F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, II. *I singoli rapporti*, Bari, 1964, 351 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, II, Bari, 1982, spec. 675 ss.; per un esame in chiave comparatista con la figura talmudica del '*mishka*', vd. S. ZEITLIN, *Studies in Talmudic Jurisprudence*, I. *Possession, Pignus and Hypothec*, in *JQR*, 60, 1969, 103 s.; H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 594 s.; C.M. TARDIVO, *Studi sul 'commodatum*', in *AG*, 204, 1984, 284

viceversa non riconosciuta dalla giurisprudenza di età classica. E questa ipotesi andrebbe applicata pure al rescritto conservato in C. 4.24.6, nel quale la qualificazione dell'*adgressura latronum* come 'caso fortuito' è frutto di un allineamento concettuale con C. 4.34.1⁵⁸ e I. 3.14.2⁵⁹ (ove al *casus* dell'*incursus latronum* viene a sua volta giustapposto l'attributo '*fortuitus*'⁶⁰), nonché con la regola esposta in I. 3.14.4, secondo cui il creditore è privo di responsabilità per la perdita della cosa consegnatagli in pegno soltanto se ciò avviene per *casus fortuitus*.

Aderisce alla prospettazione di De Medio l'Arangio-Ruiz il quale, recuperando le argomentazioni di fondo sviluppate dall'autorevole Studioso, ritiene che il sospetto d'interpolazione del testo possa legittimamente estendersi anche all'espressione '*cum praevideri non potuerant*'⁶¹. Si tratta di una congettura che, a nostro avviso, da un lato risulta coerente con la tesi della tendenziale superfluità di attributi connotanti il *casus* – trattandosi, per la giurisprudenza classica, di una fattispecie la cui (unica) caratteristica è l'estraneità alla *voluntas*, alla quale si contrappone –, ma, dall'altro lato, non ci sembra trovare riscontro nella prassi degli interventi compilatorî individuati, in materia, da De Medio, solitamente limitati all'inserzione dell'aggettivo '*fortuitus*' oppure

ss.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 22 nt. 35, 214 nt. 15, 215 nt. 18, 217 nt. 34, 220, 231, 232, 234 nt. 110, 252 nt. 175, 255, 370 s. e nt. 90; J. DAZA MARTÍNEZ, *El problema de los límites de la responsabilidad contractual en el derecho romano clásico*, in *Fundamentos*, VII, cit., 235 s. (del volume) 2255 s. (dell'intera opera). Su D. 44.7.1.6, vd. in particolare M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I². *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 524 e nt. 17; ID., *Das Römische Privatrecht*, II². *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, 352 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 594 s.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 231, 255; 447 ss. Su entrambi I. 3.14.4 e D. 44.7.1.6 vd. A. WEGMANN STOCKEBRAND, '*Obligatio re contracta*', Tübingen, 2017, 3 nt. 12 e 13, 9, 74 nt. 60, 75 nt. 66, 107 e nt. 240, 206 nt. 156, 216 nt. 230, 236, 239 s. (nonché S. BARBATI, *Recensione a A. WEGMANN STOCKEBRAND, 'Obligatio'*, cit., in *SDHI*, 84, 2018, 521 ss.; F. BONIN, *Recensione a A. WEGMANN STOCKEBRAND, 'Obligatio'*, cit., in *Quaderni Lupiens di Storia e Diritto*, 9, 2019, 443 ss., spec. 447 ss.).

⁵⁸ Vd. *supra*, nt. 55.

⁵⁹ Vd. *supra*, nt. 56.

⁶⁰ In C. 4.34.1: «[...] *Si incursu latronum vel alio fortuito casu* [...]»; in I. 3.14.2: «[...] *si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit* [...] *aut latronum hostiumve incursu* [...]».

⁶¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 44 s. nt. 2.

dell'intera espressione '*casus fortuitus*', e non già estesi all'innesto dell'emblema sospettato da Arangio-Ruiz.

Anche per Haymann il passo presenta notevoli stranezze che tradiscono una massiccia rielaborazione triboniana: da un lato, la '*ungeschickte Relativsatz*' che include l'*adgressura latronum* nel novero dei '*quae [...] cum praevideri non potuerant*' (a sua volta definita '*farblose*'); dall'altro lato, la '*ungeschicke Wendung*' della espressione '*pignora quae interierunt prestare*', al posto di '*salva esse praestare*'⁶².

Al di là della critica interpolazionista – alla luce della quale, come abbiamo osservato, il rescritto contenuto in C. 4.24.6 mostra numerosi punti deboli, a meno che non venga esaminato «par un observateur non prévenu»⁶³ –, una questione notevolmente spinosa è rappresentata dal riferimento al *bonae fidei iudicium*, cui la cancelleria imperiale impedisce a Trophima di accedere, in quanto l'*amissio pignorum* si è verificata per effetto di un *casus fortuitus*. Sul punto si registrano due correnti di pensiero.

Secondo il primo orientamento, non è inverosimile⁶⁴, oppure è da considerarsi certo⁶⁵, che il *pignus* (al pari del *commodatum*), la cui originaria forma di tutela giuridica consiste in una *formula in factum concepta*, in progresso di tempo si sia avvicinato ai *iudicia bonae fidei* – modellati sul prototipo della formula *in ius* tipica del deposito e lentamente penetrati, anzi '*recepti*'⁶⁶, nel *ius civile* –, in quanto idonei ad apprestare una tutela notevolmente più ampia rispetto alle *actiones in factum*⁶⁷. A sostegno di tale

⁶² F. HAYMANN, *Textkritische*, cit., 220.

⁶³ A. GOURON, *Gage confirmatoire et gage pénitentiel en droit romain (Suite)*, in RHD, 1961, 39, 213.

⁶⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 42 s.

⁶⁵ Citiamo qui F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 32, 1911, 43 e nt. 2, il quale menziona C. 4.24.6 a dimostrazione del principio di responsabilità da 'Custodia-Haftung' incombente sul creditore pignoratizio, accettando dunque indirettamente la genuinità del passo.

⁶⁶ R. FIORI, '*Ius civile*', '*ius gentium*', '*ius honorarium*': il *probelam* della '*recezione*' dei '*iudicia bonae fidei*', in BIDR, 101-102, 1998-1999, 165 ss., con citazione di ampia bibliografia.

⁶⁷ Sui *iudicia bonae fidei*, sono fondamentali i due contributi di A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964; ID., *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in SDHI, 33, 1967, 65 ss.; si vedano anche i due studi di W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein der*

teoria presidia, oltre al rescritto riportato in C. 4.24.6 (nel quale, abbiamo visto, si nega a Trophima il *iudicium bonae fidei* contro il creditore pignoratizio che ha smarrito per *casus fortuitus* il bene consegnatogli a garanzia), anche I. 4.6.28⁶⁸, contenente una elencazione dei *bonae fidei*

'formula in ius concepta' mit der 'bona fides'-klausel bei der Leihe, in RIDA, 45, 1998, 287 ss.; ID., *Das Bestehen der 'formula in ius concepta' mit der 'bona-fides'-klausel beim Pfand*, in Labeo, 45, 1999, 183 ss.; più di recente, vd. J. PARICIO, *Genesi e struttura dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'*. In memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001), a cura di F. Zuccotti, Milano, 2011, 207 ss., con copia di bibliografia citata. Sul rapporto fra *formula in factum* e *formula in ius*, vd. da ultimo C. CORSETTI, *La creazione del diritto dal processo: il 'praetor' e le 'actiones in factum'*, in *La 'giurisdizione'. Una riflessione storico-giuridica. Raccolta di scritti del seminario di studi interdisciplinari del dottorato di ricerca in discipline giuridiche* (Roma, 31 maggio 2018), a cura di R. Benigni e B. Cortese, Roma, 2019, 72.

⁶⁸ I. 4.6.28: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticiae, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio [...]*. Fra la sterminata letteratura, in cui il passo risulta citato anche incidentalmente e in relazione a discorsi di dettaglio rispetto alle singole azioni, vd. E. LEVY, *Neue Lösung von Gai IV, 62*, in ZSS, 49, 1929, 472 s.; L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i 'bonae fidei iudicia'*, in BIDR, 63, 1960, 129 ss., spec. 159 ss.; C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in Iura, 21, 1970, 52 ss.; R. ROBAYE, *Sanction judiciaire du contrat de gage en droit romain classique*, in RIDA, 34, 1987, 316 s.; ID., *L'obligation*, cit., 257, 321 nt. 30; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, 130 ss.; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein der 'formula in ius concepta' mit der 'bona fides'-klausel bei der Leihe*, in RIDA, 45, 1998, 287 ss.; ID., *Das Bestehen der 'formula in ius concepta' mit der 'bona-fides'-klausel beim Pfand*, in Labeo, 45, 1999, 183 ss., spec. 185 s.; P. GARBARINO, *Brevi osservazioni in tema di azioni di buona fede in diritto giustiniano*, in *della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 191 ss.; R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*², Torino, 2010, 39; M. MILANI, *I poteri del giudice nei 'bonae fidei iudicia' e il patto risolutivo viziato da 'metus'*. Alcune riflessioni, a margine di Paul. 11 'ad ed.' D. 4.2.21.4, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 281 nt. 4; E. GIANNOZZI, *La 'bona fides'. Fil d'Ariane du droit romain des contrats?*, in *La rev. du Cent. Michel de l'Hosp.*, 16, 2018, 12 s.; V. CARRO, *Alcune osservazioni in tema di 'communio': la natura giuridica dell'actio communi dividundo*, in *Jus-Online*, 1, 2019, 314; G. ROMANO, *Giuliano e i 'nova negotia'*. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi, I, Torino, 2021, 9 ss.

iudicia, nella quale viene inclusa l'*actio pigneraticia*. Il passo, tuttavia, risulta coerente con il celeberrimo Gai. 4.62⁶⁹, da cui è evidentemente tratto, soltanto per la prima parte (dalla menzione dell'*actio ex empto* fino all'*actio tutelae*)⁷⁰, mentre il tratto successivo, in cui è richiamata l'*actio pigneraticia*, potrebbe risultare – in accordo con quanto osserva Arangio-Ruiz⁷¹ – di foggia bizantina (piuttosto che il frutto di una ricopiatura soltanto parziale, nel manoscritto di Verona, dell'originario elenco gaiano⁷², e sempre ammesso che il compendio assemblato dal compilatore delle '*Res Cottidianae*' fosse, in ogni caso, esente da innesti e modifiche), incluso l'inserimento della nostra azione nell'elenco delle *actiones bonae fidei*.

Quindi, sebbene in linea teorica non sarebbe irragionevole affermare che sul piano della tutela giudiziale del *pignus* siano confluiti, in una certa epoca (non anteriore al primo secolo dell'impero e forse anche alle Istituzioni di Gaio⁷³), i *bonae fidei iudicia*, il sospetto di interpolazione di I. 4.6.28 finisce per influenzare, a sua volta, il giudizio sulla genuinità dell'intero ragionamento sviluppato in C. 4.24.6. Secondo Arangio-Ruiz, infatti, è verosimile «che l'imperatore rescrittore si sia fermato alla ipotesi, sottopostagli dalle parti, della *adgressura latronum*; e che tutta la

⁶⁹ Gai. 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*. Per la letteratura (trattasi, si ribadisce, di una selezione di coordinate essenziali), vd. nt. precedente, ma anche A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 54 ss.; F. LOMBARDO, *Studi sulla 'stipulatio' e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano, 2020, 111 s.; E.M. POLO ARÉVALO, *La responsabilidad en la 'locatio-conductio' 'operis': algunas consideraciones desde la perspectiva de los 'bonae fidei iudicia'*, in *Fundamentos*, VII, cit., 2653 e nt. 23; G.A. RADICE, *Caposaldi romanistici nei principi generali del codice civile cinese 2020*, in *Iura & Legal Systems*, 8.2, 2021, 46 s. Sui dubbi relativi alla completezza del testo di Gaio, vd. *infra* nt. 72.

⁷⁰ Per le questioni relative alla presunta incompletezza del testo gaiano, vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 46 s.

⁷¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 43.

⁷² G. SEGRÈ, *Sull'età dei giuristi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, VI, Napoli, 1906, 333 ss., spec. 334 nt. 1, su cui *contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 45 ss.

⁷³ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 48.

dichiarazione generale sul caso fortuito (*quae – in quibus*) sia dovuta ai compilatori»⁷⁴.

Stando al secondo orientamento l'associazione dell'*actio pignoratitia* con i giudizi di buona fede costituisce, con molta probabilità, il risultato di una pratica bizantina; dunque i passi attestanti siffatto collegamento sono da ritenersi interpolati e, per conseguenza, non probanti per l'età precedente⁷⁵. Ciò impedirebbe, infatti, anche soltanto in via presuntiva, di ipotizzare che il rito applicabile per le azioni a tutela del pegno fosse, prima del tardoantico, scandito da una formula *in ius* con la clausola della *bona fides*. Levy, ad esempio, sostiene recisamente che C. 4.24.6 rientra nel novero degli 'anerkannt verfälschte Texte'⁷⁶ nei quali è visibile tale manipolazione di matrice triboniana.

L'adesione a tale lettura, tuttavia, implica una ulteriore conseguenza: infatti, una volta teorizzata la natura spuria del riferimento ai *bonae fidei iudicia*, occorre formulare una ipotesi di ripristino del testo originario. Si segnala, a tale riguardo, il controverso tentativo ricostruttivo di Segrè⁷⁷ – incerto sull'uso, nei giudizi aventi ad oggetto il pegno, della formula *in ius* accompagnata dalla clausola *ex fide bona*⁷⁸ – secondo cui l'espressione 'nullo bonae fidei iudicio' avrebbe sostituito l'originario sintagma '*fiduciae iudicio*', recuperato dalla lettura di D. 39.6.42pr.⁷⁹.

⁷⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 45. Lo Studioso si spinge oltre e prosegue così la propria riflessione: «Il che fa altresì dubitare che la prima generalizzazione ne abbia provocato un'altra, facendo affermare per tutte le azioni di buona fede quello che Alessandro Severo aveva scritto per la *pignoratitia*: anche questa seconda generalizzazione corrisponderebbe ad una tendenza triboniana».

⁷⁵ Per gli Studiosi che aderiscono a tale concezione, vd. *infra* nel testo e relative note.

⁷⁶ E. LEVY, *Zur Lebre von den sog. 'actiones arbitrarie'*, in ZSS, 36, 1915, 2 e nt. 5. Inoltre vd. *ibidem*, nt. 4 per l'elencazione di ulteriori passi e letteratura.

⁷⁷ G. SEGRÈ, *Sull'età*, cit., 348.

⁷⁸ G. SEGRÈ, *Sull'età*, cit., 333.

⁷⁹ Pap. 13 resp. D. 39.6.42pr.: *Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietates ad eam rediret, si postea superstitis liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutam. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum*

initium acceperat. Sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certae conditionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri. Sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur. Il passo, nonostante l'approfondito e lungo studio condottovi in letteratura, si distingue per i contenuti particolarmente complicati da districare. Il caso esaminato da Papiniano riguarda una tale Seia, la quale ha donato, mediante *traditio* e con riserva di usufrutto, i propri beni al suo parente Tizio, stabilendo, da un lato, che in caso di premorienza del donatario, *'proprietas ad eam rediret'*. Dall'altro lato, le parti convenivano che nell'ipotesi in cui, alla morte di Seia, fossero rimasti vivi i figli di Tizio, *'ad eos bona pertinerent'*. Dunque, sulla base di tali accordi, qualora gli *heredes* di Tizio avessero rivendicato contro Seia taluni beni oggetto della donazione, costei avrebbe potuto opporvi l'*exceptio doli*. Ma, se costoro avessero intentato un giudizio di buona fede, si sarebbe dovuto stabilire se la donna avesse o meno dovuto prestare in loro favore una *cautio*, contenente l'impegno di costei alla restituzione, in loro favore, dei beni donati al momento della sua morte. Papiniano, a questo punto, si interroga in ordine alla funzione (ed alla natura) della *cautio* in parola, chiedendosi se la stessa non sia, in realtà, un espediente per aggirare gli accordi originari, costituendo una nuova donazione diretta in favore dei figli di Tizio. Occorre preventivamente stabilire se il rapporto giuridico intercorso fra Seia e Tizio intorno alla presunta interpolazione del passo sia da qualificarsi come una donazione munita di una condizione (che Papiniano definisce *'certa'*), oppure come una donazione *mortis causa*. Il giurista accoglie quest'ultima ipotesi, concludendo che la *cautio* imposta a Seia sia un modo di *'extorqueri'* ad ella una seconda donazione. Il passo presenta molteplici problemi di interpretazione, riguardanti la natura della *traditio* stipulata fra Seia e Tizio, la struttura degli accordi satellitari al trasferimento, l'intenzione e lo scopo della rivendica esperita dagli eredi di Tizio, per i quali si rimanda alla vasta letteratura in argomento: W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, spec. 129; S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, Catania, 1950, 160 ss.; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, 107 ss.; P. SIMONIUS, *Die 'Donatio Mortis Causa' im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, 160 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. Parte speciale. Successione *'ab intestato'*. Successione testamentaria², Milano, 1963, 443 nt. 22, 448; U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali*, I. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo, Napoli, 1965, 100 ss.; U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in ZSS, 85, 1968, 108 s.; M. MARRONE, *Su rivendica e azione negatoria di usufrutto. Contributo all'analisi di D. 39.6.42 pr. (Papin. 13 'resp.')*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Torino, 2007, 209 ss.; M. MILANI, *La 'fiducia cum amico'*. Struttura, applicazioni pratiche, forme di tutela, tesi di dottorato inedita (XXVIII Ciclo), 171 ss., con copia di ulteriore letteratura citata. Per quanto di nostro interesse,

Intorno a questa ipotesi, di netta formulazione – e basata sulla tesi secondo cui è possibile riscontrare, nella compilazione giustiniana, una pressoché inscindibile sovrapposizione fra *pignus* e *fiducia cum creditore*⁸⁰ – si sono aggregate opinioni meno estreme. Secondo alcuni Autori, la tesi proposta da Segrè non può considerarsi pienamente dimostrabile, ma soltanto verosimile.

Per Biondi⁸¹ – il quale, a nostro avviso, presenta una soluzione notevolmente semplificante – il sintagma '*nullo bonae fidei iudicio praestantur*' potrebbe verosimilmente essere stato modificato sulla base di un precedente '*nullo praestantur*', a poco rilevando, per i giustiniane, la natura del procedimento azionato di fronte alla «irresponsabilità per caso

in particolare con riguardo al segmento '*Bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur*', la critica maggioritaria ritiene che si tratti di una manipolazione bizantina, innestato sull'originaria *actio fiduciae* vd. F.L. KELLER, *Ueber L. Seia 42 pr. 'De mor. ca. don.' und über den Satz, daß die 'Exceptio doli – bonae fidei iudicium' mache*, in ZGR, 12, 1845, 400 ss., spec. 403 ss.; PH.E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien. Este Folge*, in ZCP, 2 (n.F.), 1846, 201 s.; J.J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, I, Basel, 1847, 1 e nt. 1; CH.L. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, 326 ss.; F. SENN, *Études sur le droit de obligations*, I. *Études d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris, 1914, 50 ss.; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in AUPA, 12, 1929, 302 nt. 3; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, Milano, 1933, 153 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 130 s.; M. AMELOTI, *La 'donatio'*, cit., 107 ss. Ulteriore letteratura in '*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*', III, curaverunt E. Levy et E. Rabel, Weimar, 1935, 112. *Contra*, vd. P. HECK, *Die 'fiducia cum amico contracta', ein Pfandgeschäft mit Salmann*, in ZSS, 10, 1889, 135 ss.; F. HAYMANN, *Zur 'lex' 42 pr. D. 'de mortis causa donationibus'*, 39,6, in ZSS, 38, 1917, 218 ss.; P. SIMONIUS, *Die 'Donatio'*, cit., 163 ss. Anche a distanza di molti anni dal primo cesello della critica interpolazionista di inizio secolo scorso, le perplessità in ordine alla genuinità del passo risultano pienamente confermate, come osservato di recente da M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 209 s.

⁸⁰ Vd. O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS, 3, 1882, 104 ss.; G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 234 s.

⁸¹ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, Palermo, 1920, 240 e nt. 2, ove evidenzia innanzitutto che le ipotesi compilatorie suggerite da De Medio e da Arangio-Ruiz, riguardo al *casus maior*, sono difficili da accettare in quanto relative ad «una questione ancora aperta» e, spostandosi sulla tesi di Segrè, definisce la sua «ricostruzione positiva» priva di qualsiasi appiglio.

fortuito», la quale è «generale e del tutto indipendente dal carattere del *iudicium*»⁸².

Anche Kaser, seguito da Gouron⁸³, pur manifestando fondati dubbi circa l'esistenza di una clausola *'ex fide bona'* abbinata alla formula *in ius*, inizialmente non si sposta da una posizione di incertezza⁸⁴. In progresso di tempo, Kaser ammette la possibilità che l'*actio pigneraticia* si articolasse, in epoca classica, con formula *in ius* e di buona fede⁸⁵, richiamando però l'attenzione sulla oggettiva difficoltà interpretativa delle fonti in

⁸² B. BIONDI, *'Iudicia'*, I, cit., 240. Anche lo Studioso parte dal presupposto per cui l'inclusione, nel diritto giustiniano, dell'azione nascente dal pegno nei giudizi di buona fede deriva dalla sostituzione della *fiducia* con il *pignus*, la quale portò «necessariamente i compilatori ad attribuire direttamente o indirettamente all'azione pigneraticia quel carattere *bonae fidei* che nei testi classici risultava per la formula *fiduciae*» (B. BIONDI, *'Iudicia'*, I, cit., 239 s.). *Contra* U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio*, Macerata, 1927, 22, secondo cui l'ipotesi di Biondi circa la portata generale dell'irresponsabilità per caso fortuito (e la sua indipendenza dal carattere del *iudicium*) è «ammissibile, entro certi limiti, se non si ritiene che la dottrina del *casus maior* appartenga ai compilatori. È vero nel senso che la irresponsabilità per caso fortuito non è ammessa solo nei giudizi di buona fede: ma ciò non impedirà di porre in luce la conformità del principio in esame con il carattere b.f. del giudizio nel quale quel principio si fa valere. *Nulla bonae fidei iudicio praestantur* non può forse interpretarsi in quest'ultimo senso? È vero sicuramente anche per il diritto giustiniano. Quindi, se la frase in esame si interpreta nel senso che essa è contraria al principio che "la irresponsabilità per caso fortuito è generale, e del tutto indipendente dal carattere del *iudicium*", la difficoltà che si vorrebbe eliminare, in relazione a un certo punto (in ordine al diritto classico) risorge, in ordine al diritto giustiniano, relativamente ad un altro punto».

⁸³ A. GOURON, *Gage*, cit., 213 e ntt. 175 e 176.

⁸⁴ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I¹, München, 1955, 449 e nt. 8, con discussione della letteratura precedente. Vd. anche la posizione critica assunta da H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 626.

⁸⁵ M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982, spec. 238 ss. Ma vd. anche *ibidem*, 83 ove, con riferimento a C. 24.4.6, osserva che «Daß für unvorhergesehene Zufälle, z.B. Überfall durch eine Räuberbande, bei den *bonae fidei iudicia* nicht gehaftet wird, trägt zwar keinen Regelsatz, ist aber als Regelsatz wohl annehmbar und kann zur Begründung eines Reskripts benutzt worden sein», ma con la precisazione che in ogni caso non è possibile stabilire se si tratti di *pignus* o *fiducia*.

materia⁸⁶. Per altro verso Ankum, pur non rievocando direttamente la tesi di Segrè, congettura che il caso di Trophima sia relativo a un'ipotesi di *fiducia* e non di pegno: «In questo caso la formulazione soggettiva *cum praevideri non potuerint* non è sorprendente, poiché il cr. fiduciario sarebbe responsabile per *culpa*»⁸⁷.

Più reciso nell'avversione alla tesi di Segrè appare Lenel il quale, dopo aver sviluppato una proposta ricostruttiva dell'editto in tema di *actio pigneraticia*⁸⁸, si chiede se accanto ad una *formula* concepita *in factum* ve ne fosse anche una *in ius* di buona fede. Lo Studioso non si sbilancia, in quanto a sua detta non sussistono elementi decisivi in favore dell'una o dell'altra tesi⁸⁹ e, pertanto, ritiene in via definitiva che la posizione di Segrè risulti indimostrata («ohne Anführung von Beweisen»⁹⁰).

Tutte le tesi fino ad ora esposte, tuttavia, ci sembrano condividere un punto debole di fondo: la sostanziale assenza di riflessione circa la

⁸⁶ In particolare, osserva Kaser che non sempre è possibile comprendere quanto ampia sia l'accezione del termine *pignus* e se, dunque, talvolta venga adoperato, in traslato, al posto di *fiducia* (vd. spec. M. KASER, *Studien*, cit., 120 nt. 333, con esempi).

⁸⁷ H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 626.

⁸⁸ O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, 255: *S. p. A^m A^m N^o N^o rem q. d. a. ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse auto per N^m N^m stetisse, quo minus solveretur, eamque rem A^o A^o redditam non esse, quanti ea res erit, et rel. Carrelli*, nel suo studio circa l'accessorietà del pegno in diritto romano, prende le mosse proprio dalla formula di Lenel, osservando che questa «ricostruzione pone in evidenza il carattere accessorio del pegno, costituito *propter pecuniam debitam*, carattere che ci viene confermato da numerosi testi, ove vien detto che il pegno è costituito *propter aliquam obligationem*, o, con riferimento al mutuo, *propter pecuniam debitam*, o per gli interessi di essa, o, trattandosi di *invecta* e di *illata, pro pensionibus*» (E. CARRELLI, *Sull'accessorietà del pegno nel diritto romano*, Roma, 1934, 5 s.).

⁸⁹ Sul punto, vd. anche quanto riferito in tema di *commodatum* in O. LENEL, *Das 'edictum'*³, cit., 252 ss., nonché ID., *Der Prätor in der 'legis actio'*, in ZSS, 20, 1909, 350 ove, riferendosi alla formula adoperata nel rescritto imperiale di nostro interesse, osserva che «daß sie jemals in anderer Gestalt – etwa ohne den Zusatz '*ex fide bona*' – im Gebrauch war, ist unerweislich und gewiß sehr unwahrscheinlich». Vd. anche J. PARTSCH, *Recensione a O. LENEL, Das 'edictum perpetuum'*², Leipzig, 1907, in ZSS, 31, 1910, 417 (ad §§ 98-99).

⁹⁰ O. LENEL, *Das 'edictum'*³, cit., 255 nt. 6, con critica alla posizione espressa da B. BIONDI, *'Iudicia'*, I, cit., 240.

destinazione del rescritto, elemento che certamente potrebbe risultare utile per una migliore ricostruzione del contesto (soprattutto giuridico) con il quale la cancelleria imperiale si è confrontata, per lo scioglimento del quesito posto dalla richiedente.

Sul punto si è soffermato, fra pochissimi, Hofmann⁹¹, seguito da Weiss⁹², il quale ha ipotizzato che la decisione di Severo Alessandro concernesse il territorio provinciale (teoria supportata, soprattutto, dal marcato tratto greco del nome di Trophima). Ed è probabile che, in territorio ellenico, fosse ancora nel III sec. d.C. ritenuto vigente un antico principio – già esposto ai tempi di Lisia⁹³ – secondo cui il creditore pignoratizio era sempre responsabile, almeno in linea di massima, per lo smarrimento della cosa pignorata, al punto tale che la sua perdita liberava il debitore.

Un tale 'background' consente di cogliere, anche sotto il profilo della cultura giuridica da cui proviene, la richiesta inoltrata alla cancelleria imperiale da Trophima (la quale potrebbe avere in mente la menzionata regola di diritto greco) volta a conoscere se, effettivamente, anche in

⁹¹ F. HOFMANN, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*, Wien, 1870, 113 ss., spec. 115 s.

⁹² E. WEISS, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I. *Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*, Weimar, 1909, 37; seguito da V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 45 nt. 1, ove si aggancia la teoria di Weiss sulla diffusione provinciale dell'editto per dichiarare definitivamente superata l'ipotesi del '*fiduciae indicio*' proposta da Segrè. Sulla scorta di questa riflessione, lo Studioso napoletano ritiene che il testo genuino del rescritto avesse ad oggetto soltanto la parte relativa all'*adgressura latronum*, essendo il resto di mano bizantina. Tale tesi viene a sua volta ripresa in E. CARRELLI, *Sull'accessorietà*, cit., 20.

⁹³ Lys. 8.10: Πρῶτον μὲν ἅπαντα δι' ὑμῶν πράξαντά με περὶ τῆς θέσεως τοῦ ἵππου πρὸς Ἡγέμαχον, κάμνοντα τὸν ἵππον ἀνάγειν με βουλόμενον Διόδωρος οὐτοσί ἀποτρέπειν ἐπειρᾶτο, φάσκων οὐδὲν ἀντιλέξειν περὶ τῶν δώδεκα μνῶν Πολυκλέα, ἀλλ' ἀποδώσειν. τότε λέγων ταῦτα, μετὰ τὸν θάνατον τοῦ ἵππου κατέστη τελευτῶν ἀντίδικος μετὰ τούτων, λέγων ὡς οὐ δίκαιόν με εἶη κομίσασθαι τὸ ἀργύριον. Sebbene il discorso costituisca – come osservato da Hofmann – un esercizio di retorica, la natura didattica del discorso non diminuisce la portata probante del passo in ordine alla sussistenza, presso i Greci, di un principio di responsabilità del creditore pignoratizio più ampio rispetto ai Romani, fino a riconnettervi una portata liberatoria per il proprietario del *pignus* (F. HOFMANN, *Beiträge*, cit., 115 nt. 3).

caso di *adgressura latronum* è possibile assumere un'iniziativa giudiziale – sul cui scopo a breve ci soffermeremo – nei confronti del creditore. Dunque, per esigenze di coerenza del sistema giuridico, il ragionamento seguito nel rescritto (strutturato secondo la successione «cas – *regula* – solution»⁹⁴) sarebbe stato impostato chiarendo i confini della responsabilità del pignorante e sancendo la «*regula et son applicabilité à tous les iudicia bonae fidei*»⁹⁵, secondo cui «*Quae fortuitis casibus accidunt, nullo bonae fidei iudicio praestantur*». Si perviene, così, ad una delimitazione della responsabilità del creditore pignoratizio (responsabilità che Kaser, fra gli altri⁹⁶ ma non in assenza di opinioni discordanti⁹⁷, precisa configurarsi per *custodia*⁹⁸ almeno fino all'età giustiniana, quando venne attenuata, se non addirittura rimossa, come criterio autonomo⁹⁹).

Le posizioni fin qui espresse stimolano qualche ulteriore riflessione.

⁹⁴ R. CARDILLI, *L'obligation de 'praestare' et la responsabilité contractuelle en droit romain*, in *RIDA*, 43, 1996, 128.

⁹⁵ R. CARDILLI, *L'obligation*, cit., 128.

⁹⁶ Vd. voce '*Custodia*', in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, hrsg. von A. Thon, Jena, 1891, 116; J. BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *ACP*, 78, 1892, 267 ss.; ID., '*Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias*' oder die Haftung für '*Custodia*', in *ACP*, 52, 1869, 76 ss.; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 32, 1911, 26 ss., 99; G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 236 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 626 ss. È in ogni caso fondamentale, a nostro avviso, la precisazione di Luzzatto, il quale osserva che «accanto a testi nei quali si afferma senza equivoco che il *creditor pigneraticius* è tenuto per *custodia* tecnica, ne compaiono altri nei quali sembra farsi leva sopra criteri diversi di responsabilità, sia per opera dei giureconsulti classici, sia attraverso l'intervento dei compilatori giustiniani» (G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 236).

⁹⁷ Le posizioni contrarie sono accomunate dal medesimo presupposto, secondo cui furono i compilatori ad inserire la *custodia* come criterio di responsabilità nella figura del *pignus* e, per tale ragione, tale requisito non sarebbe certamente rispettoso degli assetti originari in materia di obblighi del *creditor pigneraticius*: vd. F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 213 ss.; J. PARIS, *La responsabilité de la 'custodia' en droit romain*, Paris, 1926, 181 ss., 327 ss.; intermedia la posizione di V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*², cit., 138 ss.

⁹⁸ M. KASER, *Studien*, cit., 116 e nt. 313, con indicazione di ulteriori esempi di responsabilità del creditore pignoratizio sia per *culpa* che per *custodia*. Vd. anche *ibidem*, 236 s. e nt. 22.

⁹⁹ M. KASER, *Studien*, cit., 197.

È stato ampiamente dimostrato che le fonti relative all'inquadramento processuale dell'*actio pigneraticia*, specialmente nel tardo Principato, sono di complessa interpretazione e si espongono a molteplici dubbi relativi al profilo della loro genuinità. Dall'altro lato – e senza rinunciare, per questo, a riconoscere la mano triboniana nei passi esaminati –, a nostro avviso, va tenuto in debita considerazione che il rescritto riportato in C. 4.24.6 risale all'inizio del III sec. d.C., momento storico nel quale sono in corso di realizzazione due importanti transizioni: il progressivo sopravvento del *pignus* sulla *fiducia*¹⁰⁰; l'espansione delle fattispecie tutelate mediante *iudicia bonae fidei*¹⁰¹ (la portata di tale nostra affermazione è da attenuarsi alla luce delle cautele che abbiamo esposto nell'*incipit* di questo paragrafo, soprattutto in relazione a Gai. 4.62 e I. 4.6.28). Contemporaneamente, abbiamo osservato che l'origine ellenica di Trophima potrebbe testimoniare la destinazione del rescritto al territorio greco, ove è altamente probabile che i giudizi di buona fede in tema di pegno, di matrice pretoria, si siano affermati con maggiore velocità (stante la scarsa penetrazione del *ius civile* nel territorio provinciale).

Pur senza respingere totalmente le suggestioni derivanti dalle numerose ipotesi di interpolazione del passo, potremmo dunque ipotizzare che nelle coordinate di tempo e di luogo in cui vive e opera Trophima l'*actio pigneraticia* si articoli mediante una *formula in ius concepta* contenente la clausola di buona fede e che, per tale ragione, la donna chieda lumi circa la sua corretta attivazione nei confronti del creditore pignoratizio spossessato della *res* da una banda di ladri. Diversamente

¹⁰⁰ Ci venga consentito – oltre alla letteratura citata nelle precedenti ntt. di questo paragrafo – il richiamo ad alcuni manuali istituzionali: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 479; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, 393 s., spec. 471; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 751 s., 861; D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 2006, 337 s.; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*², Torino, 2017, 383 s.

¹⁰¹ Ferme le premesse alla nt. precedente, vd. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 662; M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 471; A. GUARINO, *Diritto*¹², cit., 867; D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni*³, cit., 172; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto*², cit., 393 s., 553.

dalla ipotesi ricostruttiva di Ankum circa il contenuto delle pretese di Trophima¹⁰² – cui non riteniamo di poter aderire in assenza di un preciso conforto testuale – ci sembra ipotizzabile che costei si rivolga all'Imperatore spinta dalla necessità di comprendere la natura delle richieste da poter avanzare contro il creditore (la cui puntuale enunciazione è fondamentale, oltre che vincolante, e rappresenta il momento di «immediata determinazione e definizione formale del diritto»¹⁰³ nel processo formulare), fra le quali, evidentemente, è convinta di poter invocare l'estinzione del proprio debito.

Se si accetta questa congettura, la risposta della cancelleria imperiale si rivela sufficientemente articolata e robusta dal punto di vista logico-giuridico. Dapprima, infatti, viene enunciato il principio, di carattere generale, secondo cui il verificarsi di un *casus fortuitus* esclude l'attivazione di un *iudicium bonae fidei*. Poi il rescrivente precisa: il creditore rimane legittimato a richiedere l'adempimento della prestazione, a meno che le parti non abbiano previsto che alla sottrazione della *res* pignorata conseguano effetti liberatori per il debitore.

3.1. *Tracce della 'regula' romana 'casus a nullo praestantur' nel codice civile italiano (in tema di responsabilità contrattuale). Artt. 1637, comma I° (Ulp. 32 'ad ed.' D. 19.2.9.2), e 1805, comma I°, cod. civ. (Ulp. 28 'ad ed.' D. 13.6.5.4)*

All'esito della ricostruzione dei contenuti e del contesto in cui si colloca il rescritto conservato in C. 4.24.6, torniamo all'ordinanza 9997/2020 della Cassazione. La specificità della materia oggetto di responso della cancelleria imperiale rende la fonte selezionata dal Supremo Collegio¹⁰⁴ non particolarmente adeguata a veicolare il principio secondo cui il verificarsi del caso fortuito determina il venir meno della responsabilità del debitore.

¹⁰² Vd. *supra* ntt. 48 e 49.

¹⁰³ G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, Torino, 1960, 152.

¹⁰⁴ Seppur non manchino esempi maggiormente rappresentativi, sulla cui amplissima elencazione vd. A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 158 ss.

Come abbiamo osservato, nel caso di Trophima il rapporto obbligatorio fondamentale (quello di credito-debito) sopravvive all'*adgressio latronum* e, pertanto, non soltanto l'oppignorante è destinata a patire la perdita della *res* senza potersi rifare sul creditore pignoratizio, ma sarà anche tenuta all'adempimento della prestazione originariamente convenuta. L'effetto de-responsabilizzante, viceversa, si spiega unicamente nei confronti del creditore – il cui diritto rimane intatto nonostante l'intervenuto spoglio – il quale, infatti, non potrà essere convenuto in giudizio.

È altrettanto vero che, una volta estrapolata e decontestualizzata, la *regula* riprodotta nel rescritto di Severo Alessandro (*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, nullo bonae fidei iudicio praestantur*) appare idonea a sintetizzare icasticamente il principio secondo cui il caso fortuito esclude la colpa del danneggiante, se non poteva essere previsto o evitato e se il responsabile aveva l'obbligo legale o contrattuale di prevederlo od evitarlo (ricordiamo che, nella fattispecie oggetto di esame nell'ordinanza, si verte in materia di responsabilità contrattuale del ristoratore). Di gran lunga più celebre in tema di caso fortuito, tanto da essere penetrato con prorompente nella letteratura privatistica vigentista italiana¹⁰⁵ e internazionale¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ad esclusione della manualistica istituzionale (per tutti, si cita A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*^{A2}, Padova, 2005, 680 ss., 929), vd. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (*dir. vig.*), in *ED*, XXXIX, Milano, 1988, 1073; S. NICCOLAI, *Il Covid e le sue metafore*, in *Costituzionalismo.it*, s.n., 2021, 260 ss. L'utilizzo del principio in questione ha debolmente agitato, verso la fine del XIX secolo, il dibattito in materia di infortunistica sul lavoro, vd. G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, Torino, 1887 (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Torino, 1921, 27 ss., dalle cui pp. 71 ss. si cita); C. DEI MARCHESI DE LUCA, *La responsabilità negli infortuni sul lavoro*, in *Riv. Int. Sc. Soc. Disc. Anzil.*, VI, 1894, 161 ss.; G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quad. Fior.*, XVII, 1988, 155 ss., spec. 193 ss. (ora anche in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, 105 ss.).

¹⁰⁶ CH. ANN, *Innovators in the Crossfire: A Policy Sketch for Unknowable Risks in European and United States Product Liability Law*, in *Tul. Eur. Civ. Law Forum*, X, 1995, 178; J.F. CHAMIE, *Frustration of Contract and Impossibility of performance en el Common Law estadounidense*, in *Rev. Der. Priv.*, XVIII, 2010, 95 ss., spec. 115 ss.; C. JANSEN, *Accidental Harm Under*

(non senza critiche¹⁰⁷), è il brocardo '*casus a nullo praestantur*' – tratto da un passo del commentario ulpiano a Sabino e trascritto in D. 50.17.23¹⁰⁸ – che ottenne particolare fortuna nel sistema dello *ius commune*¹⁰⁹.

Per quanto concerne i profili generali della materia dell'inadempimento dell'obbligazione, la dottrina medioevale fu «sostanzialmente ricalcata sul sistema romano, anche se i dottori delle

(Roman) Civil Law, in *The Challenge of Chance. A Multidisciplinary Approach from Science and the Humanities*, edited by K. Landsman and E. van Wolde, Cham, 2016, 233 ss.

¹⁰⁷ Vd. il lucido esame di G. PAOLA DI LORENZO, *La teoria del caso fortuito attinta dalle fonti del Diritto Romano*, in *Il Foro Catanese*, V, 1885, 57: «*casus a nullo praestantur*, non ci conduce a credere che nel caso fortuito nessuno presta il rischio e pericolo, e che l'obbligazione finisce, mentre è risaputo che, se cessa nei contratti unilaterali, nei bilaterali invece perdura l'obbligazione del promissario, quantunque il promittente per caso fortuito non ha potuto adempiere alla sua obbligazione, non ha potuto prestare la cosa promessa? Il caso fortuito apporta un danno, ma chi risente questo danno? Egli è certo che alcuno lo deve sopportare, ed è illogico il dirsi: *a nullo praestantur*. Nemmanco queste due formule adunque sono accettabili [l'Autore si riferisce anche a '*impossibilium nulla obligatio*', n.d.a.], quantunque esse si avvicinino di molto allo spirito ed al criterio dei romani giureconsulti nello imputare il danno commesso senza dolo o colpa». Riguardo alle radici romanistiche dei principi in tema di caso fortuito trasfusi nel codice civile italiano del 1865, vd. U. PRANZATARO, *Della responsabilità civile per il danno prodotto dagli animali (contributo alla dottrina della responsabilità indiretta)*, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro IX*, diretto da P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1903, 173 ss.

¹⁰⁸ Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23: [...] *Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*. In letteratura, per quanto di nostro interesse, vd. S. TAFARO, '*Regula*' e '*ius antiquum*' in D.50.17.23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari, 1984; ID., *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, 69 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria generale della responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1983, 55 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 47 ss.; R. CARDILLI, *L'obligation*, cit., 126 ss.; A. PETRUCCI, *Fondamenti*, I, cit., Torino, 2018, 377; F. BERTOLDI, *Inadempimenti del comodatario e profili di responsabilità nel diritto romano*, in *Forum Historiae Iuris*, s.n., 2020, §§ 136 ss. (online); B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della 'res emptae' e della 'res locata'. Inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'*, Roma, 2020, 32 ss.

¹⁰⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990 (rist. 1992), 794 s. (vd. anche, con riferimento alla responsabilità del mandatario, *ibidem*, 430).

Scuole italiane sottoposero a un processo di raffinata rielaborazione la distinzione dei vari gradi di responsabilità del debitore per l'inadempimento»¹¹⁰. Con specifico riferimento al principio del '*casus a nullo praestantur*', è stato di recente affermato da Cardilli – con osservazioni rispetto alle quali anche l'ordinanza della Cassazione appare in sostanziale sintonia¹¹¹ – che esso «percorre la storia del diritto dall'alto medio-evo fino alle codificazioni, realizzando una linea di continuità particolarmente significativa»¹¹². Il suo precipitato si riscontra, infatti, in talune disposizioni codicistiche le quali, stando alla riflessione sviluppata dalla Suprema Corte, riecheggiano il criterio romanistico, che rimane latente ma nondimeno concretamente tangibile, una volta ricercato.

Ed è su questi presupposti che possiamo – senza indulgere in ingenui aspirazioni attualizzanti – instaurare una comparazione storica: da un lato, per valorizzare l'elaborazione giurisprudenziale romana in materia di caso fortuito e la sua successiva metabolizzazione nell'esperienza giuridica moderna, e, dall'altro lato, per appurare come essa sia transitata nel codice civile italiano – di cui certamente costituisce uno dei fondamenti – tentando altresì di «svelare le ideologie che alimentano e (spesso inconsapevolmente) condizionano i nostri attuali modi di ragionare e pensare giuridicamente»¹¹³.

¹¹⁰ L. SOLIDORO, *La tradizione*, I², cit., 230.

¹¹¹ Pag. 6 dell'ordinanza 9997/2020: «Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio (*'casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare'*), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali».

¹¹² R. CARDILLI, *Fondamento*, cit., 479 e vd. anche *ibidem*, nt. 4; 495 s. e l'ampia bibliografia citata nelle ntt. 50-54. Quanto all'evoluzione tanto romanistica e tanto medievale-moderna del concetto di *praestare*, anche in relazione al *casus*, si rimanda al ponderoso lavoro di ID., *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995. L'esame specifico del percorso compiuto dalla dottrina del *casus* attraverso il diritto comune e fino ai codici richiederebbe un'estensione monografica del presente lavoro e, per tale ragione, non possiamo andare oltre un ragionamento per grandi linee. Per maggiore approfondimento si rimanda, in particolare, a G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 2 ss.

¹¹³ R. CARDILLI, *Fondamento*, cit., XXXV. In termini di modalità e finalità della comparazione riguardo a fattispecie precise e circoscritte, come è il nostro caso,

Cominciamo dalla verifica delle quattro norme indicate nell'ordinanza 9997/2020 della Cassazione, nelle quali «fu conservata la regola secondo cui il debitore è liberato dal caso fortuito [...], ma se ne obliò la giustificazione di *'cum praevideri non potuerint'* [...], probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata»¹¹⁴.

Ci asterremo dall'analisi degli artt. 1492, comma III° (in tema di perimento della cosa venduta)¹¹⁵, e 1686, comma III° (in tema di responsabilità del vettore)¹¹⁶, cod. civ. in quanto essi, all'esito della nostra verifica, sono risultati sì tributari del criterio generale, di matrice romanistica, in materia di effetto liberatorio del *casus (fortuitus)* ma, allo stesso tempo, non sembrano trarre direttamente – quanto a tale specifico profilo – la propria *ratio* da alcuna fonte romana a noi nota. Viceversa, gli artt. 1637, comma I°, e 1805, comma I°, cod. civ. offrono spunti per una più approfondita riflessione.

Art. 1637, comma I°, cod. civ. (*Accollo di casi fortuiti*): *L'affittuario può, con patto espresso, assumere il rischio dei casi fortuiti ordinari. Sono reputati tali i fortuiti che, avuto riguardo ai luoghi e a ogni altra circostanza, le parti potevano ragionevolmente ritenere probabili.*

La norma consente alle parti di un contratto di affitto di fondo rustico di intervenire sul reciproco riparto delle responsabilità, stabilendo –

seguiamo i recenti e validi indirizzi metodologici tracciati nel volume di M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021.

¹¹⁴ Pag. 6 dell'ordinanza 9997/2020.

¹¹⁵ Art. 1492, comma III°, cod. civ. (Effetti della garanzia): *«Se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto: se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo».*

¹¹⁶ Art. 1686, comma III°, cod. civ. (Impedimenti e ritardi nell'esecuzione del trasporto): *«Il vettore ha diritto al rimborso delle spese. Se il trasporto è stato iniziato, egli ha diritto anche al pagamento del Prezzo in proporzione del percorso compiuto, salvo che l'interruzione del trasporto sia dovuta alla perdita totale delle cose derivante da caso fortuito».* In materia vd. R. FIORI, *L'allocazione del rischio nei contratti relativi al trasporto*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di E. Lo Cascio e D. Mantovani, Pavia, 2018, 507 ss.

mediante un accordo manifesto – che l'affittuario possa assumersi il rischio del *casus fortuitus* ordinario (da intendersi come prevedibile, o comunque verosimile, in relazione al contesto dell'affitto). La disposizione sembra riecheggiare¹¹⁷ un parere di Giuliano, riportato da Ulpiano nel commentario all'editto del pretore e riprodotto in D. 19.2.9.2:

Ulp. 32 *ad ed. D. 19.2.9.2: Iulianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.*

Il passo – inserito nel titolo D. 19.2, rubricato '*Locati conductus*'¹¹⁸ – è stato scarsamente esaminato in letteratura: lo si trova, talvolta, soltanto menzionato o trascritto in contesti di più ampio respiro¹¹⁹. Si tratta di un testo significativo, tuttavia: in esso emerge la tendenza dei giuristi romani ad accordare la tutela processuale a «all agreed-upon clauses of a lease, even where these seriously weakened the position of one party»¹²⁰, al

¹¹⁷ La corrispondenza viene notata anche in S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 289 e nt. 1.

¹¹⁸ Lenel ipotizza una collocazione nel commentario ulpiano del tutto simmetrica a quella triboniana, proponendo un sottotitolo appositamente dedicato alla tutela processuale (*De actione locati*): O. LENEL, *'Palingenesia iuris civilis'*, II, Lipsiae, 1889, coll. 637 s.

¹¹⁹ P. KRÜCKMANN, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in ZSS, 63, 1943, 11; J.A.C. THOMAS, *Digest 19.2.9.3*, in ZSS, 79, 1962, 336; ID., *An Aquilian Couplet*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, 190, 191 e nt. 90; B.W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980, 62; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der 'vis maior' im römischen Recht*, in IVR 4, 32, 1981, 88, 96; K.P. JOHNE, J. KÖHN, V. WEBER, *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches: eine Untersuchung der literarischen juristischen und epigraphischen Quellen vom 2. Jahrhundert v.u.Z. bis zu den Severern*, Berlin, 1983, 214 (ma anche, soltanto come menzione, *ibidem*, 247, 254); J.D. HARKE, *'Locatio conductio', Kolonat, Pacht, Landpacht*, Berlin, 2005, 11. Vd. anche ntt. successive.

¹²⁰ B.W. FRIER, *Landlords*, cit., 183 s., ove vengono citati, ad ulteriore supporto, anche Ulp. 32 *ad ed. D. 19.2.11.1* (*Si hoc in locatione convenit "ignem ne habeto" et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. Aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem*); Alf. 3 Dig. a Paul. epit. D. 19.2.30.4 (*Colonus villam hac lege acceperat, ut in incorruptam redderet praefer vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum*

punto tale da consentire ai contraenti di alterare il regime della responsabilità e decidere di tenere il *colonus* responsabile per caso fortuito, senza che vi sia un effettivo collegamento fra il suo agire ed il verificarsi della *vis maior* (o il non evitarsene gli effetti)¹²¹.

L'ultima norma indicata dalla Cassazione nel proprio elenco è la seguente:

Art. 1805, comma I°, cod. civ. (*Perimento della cosa*): *Il comodatario è responsabile se la cosa perisce per un caso fortuito a cui poteva sottrarla sostituendola con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria.*

Con la disposizione codicistica si impone al comodatario uno specifico obbligo di *diligentia*, al punto tale da stabilire il criterio comportamentale al quale costui è tenuto ad attenersi nel caso in cui, nel contesto di una situazione emergenziale e irresistibile, si trovi costretto a scegliere fra il mettere in salvo la cosa propria oppure la *res* del comodante. Vi è corrispondenza, nei contenuti, con un passo del commentario all'editto di Ulpiano avente ad oggetto la medesima questione¹²²:

Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.4: *Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.*

esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse).

¹²¹ I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung bei der 'locatio conductio' zur Zeit des Prinzipats*, in *ANRW*, II.14, 1982, 638.

¹²² Vd. S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 305.

Il parere del giurista di Tiro è inserito nel titolo 13.6, rubricato '*Commodati vel contra*'¹²³, ed è in diretta successione logica con D. 13.6.5.3, ove viene trattato il tema della *culpa* nel comodato. Qui Ulpiano ritiene che il comodatario non sarà ritenuto responsabile per il deterioramento o la perdita della cosa, salvo che ciò si sia verificato per sua *culpa*. Né *tenebitur* in caso di danneggiamento da *incendium*, *ruina* o *aliquid damnum fatale*, a meno che, potendo scegliere di sostituire la sua *res* con quella del comodante, il comodatario abbia preferito mettere in salvo la propria.

Contro il passo sono stati rivolti molteplici strali dalla critica interpolazionista. I principali rilievi¹²⁴ vengono proposti con riferimento all'inciso '*vel aliquid damnum fatale*', definito un «emblema triboniano», in quanto eccessivamente generalizzante (al pari del precedente '*aut quid simile accidir*')¹²⁵ e, peraltro, in netta contraddizione ontologica con gli esempi riportati di *incendium* e *ruina*, i quali non si riferiscono a circostanze in astratto inevitabili.

Neppure attribuibili ad Ulpiano sarebbero le parole '*nisi aliqua culpa interveniat*' (già sospettate da Ferrini¹²⁶), in quanto il principio di

¹²³ Lenel ricostruisce l'originario posizionamento dell'intero blocco D. 13.6.5.2-10 ponendolo in una sottosezione rubricata '*Ad formulas*' (O. LENEL, '*Palingenesia*', cit., II, coll. 580 s.).

¹²⁴ Oltre a quanto evidenziato *infra* nel testo e ntt. 125, 126 e 127, vd. J. BARON, '*Diligentia*', cit., 66 s.; G. PACCHIONI, G. LEONI, C. FADDA, L. BUSATTI, A. ASCOLI, C. FERRINI, I. CUGUSI, *Seconda appendice del traduttore al § 857*, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIII*, diretto da P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1906, 279 e nt. 1; B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910*, II, *Privatrecht. Zivilprozeßrecht*, Breslau, 1910, 259; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 125; E. ALBERTARIO, '*Actio de universitate*' e '*actio specialis in rem*', in *AUP*, 31, 1919, 74 ss. (dalla cui pag. 16 e nt. s.n. dell'estratto si cita); F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 207 e nt. 3.

¹²⁵ A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 196 e nt. 1, con ulteriore indicazione di espressioni generalizzanti la cui paternità viene ricondotta, dallo Studioso, ai Bizantini.

¹²⁶ C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in *AG*, 53, 1894, 265 nt. 1, ove precisa che ad ogni modo «se esso dà un carattere troppo scrupoloso e scolastico alla esposizione, non turba menomamente il senso».

esclusione della *culpa* per effetto del caso fortuito sembra di matrice giustiniana¹²⁷.

Si tratta, in ogni caso, di rilievi riguardanti per lo più lo stile dell'esposizione, evidentemente rimaneggiata dai Bizantini (non senza sbavature) con la finalità di semplificare il discorso e di renderlo coerente con gli altri testi sistemati nel titolo¹²⁸. Il contenuto complessivo del passo, per quanto non integralmente autentico, si rivela coerente con l'assetto della responsabilità del comodatario così come configurata nel tardoantico ed acquisita al vaglio degli Studiosi medievali, fino a transitare pressoché inalterata nell'art. 1805, comma I°, cod. civ.

3.2. (*Segue*) Art. 1635 cod. civ. (*Ulp. 32 'ad ed.' D. 19.2.15.2-4, Gai. 10 'ad ed. provinc.' D. 19.2.25.6, C. 4.65.8*)

A questo punto si esaurisce l'elencazione, nell'ordinanza 9997/2020 della Cassazione, di *exempla* di norme in tema di caso

¹²⁷ A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 196 si riferisce alla introduzione, nel campo del caso, del «concetto di *culpa*, in base alla quale probabilmente distinguono casi imputabili e non imputabili (= maggiori, inevitabili)». Concordi anche W. KUNKEL, '*Diligentia*', in *ZSS*, 45, 1925, 269, nt. 1; H.H. PFLÜGER, *Zur Lebre*, cit., 124 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*², cit., 97 ss.

¹²⁸ K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Bohlau, 1966, 206 s.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema*, I, cit., 58 nt. 95, 60 nt. 104, 169 nt. 130, 214 nt. 170, 298 nt. 10, 307 nt. 40, 308 nt. 45, 332 nt. 20, 341 nt. 46, 348 nt. 66, 361, 382 nt. 199, 385, 508 e nt. 4, 514 nt. 10, 522, 523 nt. 11, 527 nt. 29, 532 nt. 22; ID., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, II, Bari, 1982, 650 nt. 12, 654, 666 ss., 668 nt. 109, 788 nt. 90, 790 nt. 94; S. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 135 nt. 38, 136 nt. 39, 154 nt. 97, 300 ss., 303 nt. 18, 311; S. TAFARO, '*Regula*', cit., 226, 233 e nt. 37, 238; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 19 e 43 nt. 85, 175; W. ERNST, *Wandlungen des 'vis maior' – Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Index*, 22, 1994, 293 ss. 307 s.; R. CARDILLI, *L'obligation*, cit., 128 e nt. 80; L. MAGANZANI, *La 'diligentia'*, cit., 4 s. nt. 11; U. AGNATI, *La 'culpa lator' di Celso, la 'culpa lata' dei Glossatori e il 'dolus praesumptus' di Bartolo da Sassoferrato*, in *Studi urb. A*, 87, 2020, 448 e ntt. 45-46; F. BERTOLDI, *Inadempimenti*, cit., §§ 133 ss.; E. FREGOSO, *Neither a Borrower Nor a Lender Be. Il comodato in Inghilterra fra common law e 'ius commune' (secoli XII-XIX)*, Roma, 2020, 45 ss., spec. 50 s.

fortuito nelle quali è tangibile l'impronta romanistica. Ma possiamo tentare di spingere oltre l'indagine in materia, verificando se il portato della tradizione giuridica di Roma in tema di *casus* sia riscontrabile anche in altre disposizioni codicistiche riguardanti il caso fortuito, e limitatamente all'ipotesi di responsabilità contrattuale. A tale riguardo, non dedicheremo un'apposita analisi agli articoli del codice che, da un nostro esame, sono risultati privi di dirette (o molto vicine) risponderne a fonti antiche: trattasi degli artt. 1007¹²⁹, 1648¹³⁰, 1693 e 1694¹³¹,

¹²⁹ Art. 1007 cod. civ. (Rovina parziale di edificio accessorio): «*Le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche nel caso in cui, per vetustà o caso fortuito, rovini soltanto in parte l'edificio che formava accessorio necessario del fondo soggetto a usufrutto*». Per questa norma, da leggersi in combinato disposto con l'art. 1006 cod. civ. (*Rifiuto del proprietario alle riparazioni*), che prevede il diritto, per l'usufruttuario fattosi carico delle opere di riparazione della *res* di fronte all'inerzia del proprietario, il diritto di ritenzione del bene a garanzia del rimborso delle spese. Il principio non ci sembra spiccatamente compatibile con i principi romanistici generali il tema di *casus*: in questo caso, infatti, l'accidentalità della rovina di un edificio collegato al fondo soggetto a usufrutto non è sufficiente a mandarne il proprietario esente da responsabilità. Anche Di Marzo osserva, con riferimento agli artt. in questione, che il profilo di matrice romanistica più marcatamente visibile è, piuttosto, «il '*ius retentionis*' accordato dall'usufruttuario, secondo lo spirito del diritto romano, come mezzo di perseguire il rimborso delle spese che sono a carico del proprietario» (S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 186).

¹³⁰ Art. 1648 cod. civ. (Casi fortuiti ordinari): «*Il giudice, con riguardo alle condizioni economiche dell'affittuario, può disporre il pagamento rateale del fitto se per un caso fortuito ordinario, le cui conseguenze l'usufruttuario ha assunte a suo carico, si verifica la perdita di almeno la metà dei frutti del fondo*». Riguardo a tale norma, per gli aspetti di nostro interesse, vd. *supra* nel testo riguardo all'art. 1637 cod. civ. Per quanto concerne il contenuto del Libro IV, Titolo 3 cod. civ. (*Dell'affitto a coltivatore diretto*), osserva Di Marzo che «*Queste norme speciali non hanno riscontro nelle fonti romane: esse sono informate a nuove considerazioni sociali*» (S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 289).

¹³¹ Art. 1693 cod. civ. (*Responsabilità per perdita e avaria*): «[I] Il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura o dai vizi delle cose stesse o del loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario. [II] Se il vettore accetta le cose da trasportare senza riserve, si presume che le cose stesse non presentino vizi apparenti d'imballaggio»; art. 1694 cod. civ. (*Presunzione di fortuito*): «*Sono valide le clausole che stabiliscono presunzioni di caso fortuito per eventi che normalmente in relazione ai mezzi e alle condizioni del trasporto, dipendono da caso fortuito*». Sulla responsabilità del

2743¹³² cod. civ.

Tanto debitamente premesso, volgiamo all'esame delle norme che presentano manifesti addentellati con la tradizione giuridica romana, le quali, pertanto, potrebbero più verosimilmente costituire il risultato di una assimilazione/metabolizzazione dei precetti tramandati dalla compilazione giustinianea in tema di caso fortuito. Di particolare rilievo,

vettore, vd. *supra* nt. 116. Per quanto riguarda l'art. 1693 cod. civ., si vedano le fondamentali considerazioni di R. FERCIA, *Dovere di diligenza e 'rischi funzionali'*, Napoli, 2005, 159.

¹³² Art. 2743 cod. civ. (*Diminuzione della garanzia*): «Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito». Con questa norma vengono estese al pegno le regole già valide in tema di perimento del bene su cui viene iscritta ipoteca (S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 375.), disciplinate dall'art. 1980 cod. civ. abr.: «Qualora i beni sottoposti all'ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca e in mancanza al pagamento del suo credito». Non esamineremo le corrispondenze con il diritto romano in quanto nelle fonti che ci apprestiamo ad indicare non viene contemplata, diversamente dal cod. civ. it., l'ipotesi di perimento della *res* per caso fortuito. Si vedano, comunque, Marc. *l.S. ad form. hypoth.* D. 20.6.8pr.: *Sicut de re corporali extincta, ita et usu fructu extincto pignus hypothecae perit*. Il passo va coordinato con gli ulteriori principi esposti da Marciano *l.S. ad form. hypoth.* D. 20.1.16.2 (in tema di mera trasformazione della cosa data in garanzia): *Si res hypothecae data postea mutata fuerit, aequae hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta: item si de loco convenit et domus facta sit: item de loco dato, deinde vineis in eo positis* (in letteratura, vd. in particolare A. WATSON, 'Actio serviana' and 'actio hypothecaria'. *A conjecture*, in *SDHI*, 27, 1961, 356 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II. *Le garanzie reali*, Padova, 1963, 194; M. VINCI, *Ricerche in tema di 'retentio'*, Torino, 2018, 54 nt. 95, 161 e nt. 238); e da Paolo in 5 *resp.* D. 20.1.29.2 (sull'estensione dell'ipoteca ad un edificio ricostruito nel medesimo punto di un immobile crollato): *Domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de iure pignoris. Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est cum iure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumptus in exstruktionem erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent* (sul passo vd. spec. E. NARDI, *Sudi sulla ritenzione in diritto romano*, I. *Fonti e casi*, Milano, 1947, 382 s.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II. *Profilo storico*, Milano, 1957, ove il passo viene incidentalmente recuperato alle pp. 92, 110 nt. 81, 174 s.; M. VINCI, *Ricerche*, cit., spec. 41 s. e nt. 78, 84 ss., 177 ss., 183 ss., 191 s.).

ai nostri fini, è il principio espresso all'art. 1635 cod. civ. – cui accede, come corollario e per traslato, l'art. 1636 cod. civ.¹³³ –, il quale recita:

Art. 1635 cod. civ. (*Perdita fortuita dei frutti negli affitti pluriennali*): [I] *Se durante l'affitto convenuto per più anni, almeno la metà dei frutti in un anno non ancora separati perisce per caso fortuito, l'affittuario può domandare la riduzione del fitto, salvo che la perdita trovi compenso nei precedenti raccolti.* [II] *Qualora la perdita non trovi compenso nei precedenti raccolti, la riduzione è determinata alla fine dell'affitto, eseguito in conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi. Il giudice può dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione della perdita sofferta.* [III] *La riduzione non può mai eccedere la metà del fitto.* [IV] *In ogni caso si deve tener conto degli indennizzi che l'affittuario abbia conseguiti o possa conseguire in relazione alla perdita sofferta.* [V] *Al perimento è equiparata la mancata produzione dei frutti.*

Il dettato codicistico manifesta una spiccata simmetria¹³⁴ con due distinti passi conservati nella compilazione i quali, giova premetterlo, fanno parte di un ben più ampio reticolato in cui la disciplina della responsabilità contrattuale subisce «un costante adeguamento ai connotati del caso concreto»¹³⁵. Per ovvie ragioni, ci limiteremo all'esame dei soli testi funzionali alla nostra indagine storico-comparatistica.

¹³³ Art. 1636 cod. civ. (*Perdita fortuita dei frutti negli affitti annuali*): *Se l'affitto ha la durata di un solo anno e si è verificata la perdita per caso fortuito di almeno la metà dei frutti, l'affittuario può essere esonerato dal pagamento di una parte del fitto, in misura non superiore alla metà.*

¹³⁴ Vd. S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 288 s.

¹³⁵ C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in IURA, 43, 1992, 69. Sulla natura e sulle finalità di tale lavoro compiuto dalla giurisprudenza, anche con riferimento al passo che ci accingiamo a riportare, vd. S. SCHIPANI, *Principi e regole per il debito internazionale dei paesi in via di sviluppo. La prospettiva romanistico-civilistica*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 417 ss., spec. 448 ss.

Partiamo dall'esame di un fondamentale¹³⁶ parere di Ulpiano (a sua volta modellato sui precedenti responsi di Servio e Papiniano) in tema di danni al fondo concesso in locazione e di rinegoziazione parziale o temporanea del canone di locazione:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2-4: [2] *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: Si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.* [3] *Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: "Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est".* [4] *Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

Si verte, come per D. 19.2.9.2, in tema di *locatio-conductio*¹³⁷.

¹³⁶ Il testo è stato centrale per la dottrina dell'Evo medio, su cui vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'eredità romana e gli sviluppi medievali della 'remissio mercedis' nella 'locatio rei'*, in *BIDR*, 100, 1997, 139 ss., spec. 149 ss., con ampia bibliografia e letteratura citate.

¹³⁷ Su cui vd. *supra*, § 3.1, a proposito dei contenuti e della collocazione, all'interno del Digesto, di D. 19.2.9.2. Anche la sistemazione palinogenetica è molto ravvicinata, vd. O. LENEL, *'Palinogenesia'*, II, cit., coll. 639 s.

Nel § 2 Ulpiano – il quale sta commentando la formula edittale dell'*actio ex conducto* – si domanda se il locatore sia da ritenersi responsabile, nei confronti del conduttore, per l'ipotesi di danno causato da una tempesta al bene concesso in locazione¹³⁸. Il giureconsulto risponde rifacendosi al parere precedentemente espresso in materia da Servio¹³⁹, secondo il quale la soluzione è positiva e risulta adottabile in tutte le ipotesi di *vis cui resisti non potest*; diversamente il rischio viene sopportato dal colono per ogni *vitium ex ipsa re* (come l'inacidimento del vino, oppure il deterioramento delle *segetes* a causa di vermi o erbacce). In applicazione di tale principio, nell'ipotesi di frana/calamità¹⁴⁰ la responsabilità sarà del *dominus*, pertanto il conduttore – oltre a sopportare il danno patito per la perdita delle sementi – non sarà tenuto a corrispondergli la *merces*; così anche nel caso di malattia delle piante¹⁴¹,

¹³⁸ Tale interrogativo, osserva Cannata, viene posto «né in termini di responsabilità né in termini di rischio, ma di definizione delle obbligazioni di una parte verso l'altra [...]» (C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 70); così anche ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 88.

¹³⁹ Inizialmente si tratta di una «materialización de la regla de la búsqueda de la justicia en el caso concreto» che «con el tiempo puede haberse convertido en un uso que provocaría la generalización e introducción de cláusulas contractuales que se incluirían, con frecuencia, en los arriendos rústicos» (F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, '*Deductio mercedis*', forma alternativa de '*garantía*' del conductor, in RIDA, 53, 2006, 160 s.).

¹⁴⁰ Seguiamo, nell'offrire la duplice traduzione del vocabolo '*labes*', F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris' e di 'remissio mercedis'*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, I. *Studi storico-giuridici*, Milano, 1978, 337, ma vd. anche R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 253 s. Sul significato più generale del lemma e sulla sua riconducibilità alla categoria della '*vis maior*', anche con riferimento al passo in esame, vd. B. CORTESE, *Lab. 1 'pith.' D. 19.2.62. 'Responsabilità' e 'impossibilità' nella 'locatio operis': Labeone e Paolo in D. 19.2.62*, in *Il diritto romano caso per caso*, cit., 150 nt. 2 e pp. ss.; sul passo in esame vd. anche EAD., *La tutela in caso di vizio della 'res emptā' e della 'res locatā'. Inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'*, Roma, 2020, 124 ss.

¹⁴¹ Non concordiamo con la traduzione di Grego del termine '*uredo*' in 'insolita gelata', presente in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIX*, diretto da P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1891, ripresa anche da A. MASI, *Il problema della remissione della mercede nella locazione di fondi rustici alla luce di una testimonianza di Columella*, in *Studi D'Amelio*, I, cit., 276 e nt. 19. Oltre che al significato letterale del lemma, la traduzione in 'golpe' (infezione delle piante) ci sembra suffragata anche da Cic. *nat. d.* 3.35; Plin. *nat. hist.*

oppure di un inconsueto *fervor solis*. Anche nell'ipotesi di rovina del terreno in conseguenza di un terremoto, *damno domini esse*: ciò in quanto la coltivabilità del fondo è un requisito presupposto alla stipula del contratto di locazione e, pertanto, il ripristino della sua materiale fruibilità risulta a carico del padrone.

Viceversa – e qui Servio introduce una «precisazione»¹⁴² rispetto allo schema anzidetto – laddove l'accidente non si configuri *extra consuetudinem* (ad esempio, la sottrazione di un *aliquid* dal campo da parte di un esercito di passaggio¹⁴³), il danno rimane a carico del colono e il canone dovrà essere pagato.

I contenuti trasversali del passo ne hanno stimolato l'esame in molteplici ed eterogenei contesti, ove non di rado sono fioccate le segnalazioni di interpolazioni, specialmente in ordine alla costruzione della figura del *casus*, che qui viene presentato da Servio come '*vis cui resisti non potest*'¹⁴⁴. Ma, al di là delle sfumature esegetiche connotanti le diverse

18.68.275, ma spec. 18.69.279, ove il Sapiente indica le cause di sterilità dei vegetali riconducendola alla categoria della *vis maior*: [...] *publica haec et magnae differentiae a prioribus, aliis vero robiginem, aliis uredinem, aliis corbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem*. Sul punto, osserva Sitzia che ad «una mentalità moderna potrebbe forse apparire non corretta la qualificazione dell'*uredo* come ipotesi di *vis maior*», ma i precedenti testi «mi sembra escludano però ogni dubbio per i romani» (F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 338 nt. 18). Anche per Cannata si tratta di «malattia delle piante: gettaione o agrostemma» (C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 70).

¹⁴² F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 338. *Contra* H. ANKUM, '*Remissio mercedis*', in *RIDA*, 19, 1972, 225.

¹⁴³ Su cui vd. Colum. *re rust.* 1.5.7 e, in letteratura, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 52 nt. 58; A. MASI, *Il problema*, cit., 276 s. Sui problemi ricostruttivi di questa parte del passo, vd. spec. H. ANKUM, '*Remissio*', cit., 224, su cui diffusamente F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 338 s.

¹⁴⁴ A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 188 s. sostiene che Ulpiano si stia riferendo soltanto al *casus* e che l'espressione '*cui resisti non potest*' sia triboniana; viene seguito da A. GUARNIERI-CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, Perugia, 1924, 50; TH. MAYER-MALY, '*Locatio conductio*'. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 142, 161 s. e nt. 43, con ulteriore letteratura citata; ID., *Haftung aus Miete nach Staatsunrecht*, in *ZSS*, 74, 1957, 368 ss.; M. KASER, '*Periculum locatoris*', in *ZSS*, 74, 1957, 174 nt. 72. Per ulteriori critiche interpolazioniste, vd. la posizione intermedia espressa da F. SITZIA,

posizioni espresse in letteratura – forse parzialmente dissipate con il ritrovamento di PSI 1449¹⁴⁵ –, associate ad evidenti problematiche relative alla paternità degli *exempla* enumerati¹⁴⁶, il passo offre l'importante testimonianza della circolazione, già in età repubblicana, del principio di esenzione di responsabilità per sopravvenuto caso fortuito¹⁴⁷, tanto che Kaser ritiene il testo la «Hauptzeugnis» riguardo alla *regula* del '*periculum est locatoris*'¹⁴⁸.

Gli aspetti verso cui si è principalmente concentrata l'attenzione della critica sono polarizzati, come già lucidamente osservato da Nicosia¹⁴⁹, intorno a due punti.

In *primis* ci si è domandati – sulla base della formulazione del passo, definita «überrascht», almeno «von der modernen Dogmatik»¹⁵⁰ – quale fosse l'effettivo contenuto del *periculum locatoris*. Da un lato, v'è chi ha sostenuto che il rischio si componesse di due elementi: uno negativo

Considerazioni, cit., 340 e ntt. 25, 26, 27, nonché il richiamo ai presunti problemi di coordinamento del passo con il successivo D. 19.2.19.1, rifiutati da R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 230 nt. 1 (ma vd. anche *ibidem*, 234 nt. 10 per ulteriori aspetti del testo segnalati come problematici in letteratura).

¹⁴⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 'ad edictum', in una pergamena di provenienza egiziana*, in *AG*, 153, 1957, 140 ss. e, con riferimento al nostro passo, 144, 145 («ora, per quanto non si possa respingere in linea assoluta il sospetto di manipolazioni subite dal passo in età pregiustiniana, sembra a noi che nessuna fra quelle che la dottrina ha sospettate nel nostro passo sia in tal grado probabile, da poter prevalere sul criterio di genuinità derivante dal fortunato ritrovamento»). Vd. anche C.A. CANNATA, *Alcune osservazioni ed ipotesi su PSI 1449*, in *AG*, 158, 1960, 25 ss. (con ulteriore letteratura sul frammento citata alle pp. 25 s., in nota); F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 331 ss.; D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, 121 e nt. 30; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 234 e nt. 9.

¹⁴⁶ Problema trattato molto approfonditamente da R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 236 s.

¹⁴⁷ Così K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *RIDA*, 3, 1949, 470 s.

¹⁴⁸ M. KASER, '*Periculum*', cit., 169.

¹⁴⁹ G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, in *RISG*, 63, 1957-1958, 406.

¹⁵⁰ D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme*, cit., 121. Nella medesima prospettiva vd. R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 237 e nt. 15.

(consistente nel dovere del locatore di non richiedere il pagamento della mercede), e uno positivo (la corresponsione dell'*id quod interest* qualora, per effetto della calamità, il conduttore avesse patito anche un danno emergente)¹⁵¹. Dall'altro lato – opinione, questa, rivelatasi prevalente – è stato suggerito che il verificarsi di un *casus maior* determinasse soltanto l'inesigibilità della *merces*¹⁵² oppure, laddove già prestata, la sua restituzione¹⁵³. Non è possibile procedere, in questa sede, ad un esame specifico della questione in quanto ciò richiederebbe il confronto con molte altre fonti¹⁵⁴, dunque ci limitiamo ad osservare che, almeno per quanto concerne la posizione di Ulpiano – e, sembrerebbe dal tenore complessivo del discorso, anche di Servio e Papiniano –, il locatore dovrà limitarsi a non richiedere la mercede, senza tuttavia rimanere obbligato al pagamento dell'*id quod interest*.

Per altro verso, si è tentato di precisare il significato dell'espressione '*vitia ex ipsa re oriantur*' e, anche in questo caso, si registrano due orientamenti opposti. Secondo la tesi per lungo tempo prevalente, l'inciso starebbe ad indicare i vizi intrinseci della *res* oggetto di locazione, dovendosi concludere che il locatore non risponde in relazione a tali

¹⁵¹ E. SECKEL, E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 47, 1927, 221 ss. (i quali ipotizzano, più che un duplice contenuto del *periculum locatoris*, l'esistenza di *ius controversum* in materia); similmente TH. MAYER-MALY, '*Locatio*', cit., 161 s.

¹⁵² E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1915, 36 ss. (il quale crede nel transito da un originario assetto nel quale al locatore veniva richiesto soltanto l'*id quod interest* ad un assestamento soltanto verso il principio dell'inesigibilità del canone di locazione); M. KASER, '*Periculum*', cit., 167 ss.; G. NICOSIA, *La responsabilità*, cit., 407; K. VISKY, *Die Miet- und Pachtverträge in der Wirtschaftskrise des dritten Jahrhunderts*, in JJP, 19, 1983, 34 s. Vd. anche D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme*, cit., 121 e nt. 32 per ulteriore letteratura sul tema.

¹⁵³ J.M. RAINER, *Servius und Labeo zur 'cautio damni infecti'*, in '*Ars boni et aequi*'. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, hrsg. von M.J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart, 1993, 292.

¹⁵⁴ Si vedano i lavori citati *supra*, alle ntt. 151 e 152, per l'indicazione di ulteriori testi in materia.

profili¹⁵⁵. Con una completa e convincente argomentazione¹⁵⁶, largamente in sintonia con la posizione espressa da Betti¹⁵⁷, Nicosia ha tuttavia evidenziato che i casi menzionati in D. 19.2.15.2 (l'acidimento del vino e il deterioramento delle *segetes* a causa di vermi o erbacce) non possono valutarsi come 'vizi della cosa locata', giacché Ulpiano opera più propriamente riferimento ad alcuni difetti dei prodotti del fondo (*vitia fructuum*, non qualificabili come *vis maior*¹⁵⁸), ma derivanti in qualche modo da quest'ultimo¹⁵⁹, i quali devono essere sopportati dal colono laddove ragionevolmente rientranti nel rischio connaturato all'attività della coltivazione¹⁶⁰.

Dunque Servio, nel ragionamento riportato da Ulpiano, richiama (e sviluppa, approfondendone anche aspetti di dettaglio) il principio

¹⁵⁵ Vd. E. COSTA, *La locazione*, cit., spec. 50 s.; TH. MAYER-MALY, 'Locatio', cit., 142, 161 ss., 193; M. KASER, 'Periculum', cit., 176. Ulteriore letteratura citata in G. NICOSIA, *La responsabilità*, cit., 407 s. nt. 18.

¹⁵⁶ G. NICOSIA, *La responsabilità*, cit., 407 ss. *Contra*, A. MASI, *Il problema*, cit., 276 nt. 14.

¹⁵⁷ E. BETTI, 'Periculum'. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, I, Milano, 1956, 192; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, 426. Sulla più ampia posizione espressa da Betti in materia, vd. G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, 691 ss.

¹⁵⁸ Così anche F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 334.

¹⁵⁹ J.M. RAINER, *Servius*, cit., 292; sulla rilevanza giuridica del *discrimen* fra '*vis cui resisti non potes*' e '*vitia quae ex ipsa re oriuntur*' nel passo in questione vd., molto diffusamente, R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 241 ss.

¹⁶⁰ Sulla medesima linea anche F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 338 nt. 21, il quale riconduce il tema del rischio intrinseco all'attività di coltivazione anche alle ipotesi di danni *extra consuetudinem*: «[...] non si può venire incontro ad un agricoltore il quale perde il raccolto perché non sa difendersi dalle normali manifestazioni delle forze della natura». Vd. anche D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme*, cit., 122 e nt. 36; P. PINNA PARPAGLIA, '*Vitia ex ipsa re*'. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983, 9 ss. Si rimanda a quest'ultimo lavoro per l'esame approfondito della nozione di vizi '*ex ipsa re*', su cui non ci è possibile soffermarci ulteriormente nella presente sede. Vd. anche D. KEHOE, *Investimento e sicurezza del possesso nell'affitto agrario romano*, in *Terre, proprietari e contadini dell'impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*, a cura di E. Lo Cascio, Roma, 1997, 66; A. PETRUCCI, *Sopravvenienze e regolamento contrattuale: riflessioni sul pensiero giurisprudenziale romano fra tarda repubblica e principato*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, V, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 528.

secondo cui il *periculum* (= la responsabilità¹⁶¹) per i danni e le perdite sofferte dal conduttore ricade sul locatore se si tratta di *vires maiores*, mentre incombe sul conduttore se gli eventi che hanno determinato il detrimento – seppure insoliti, o addirittura eccezionali – rientrano nella sfera di tolleranza che ci si aspetta da un colono medio. La continuità di siffatta linea di pensiero giuridico (da non doversi necessariamente interpretare in chiave ‘evoluzionista’, come sottolineato da Cardilli¹⁶²) ci sembra confermata dall’esplicito richiamo operato alla posizione di Servio, a distanza di tre secoli, dal giurista di Tiro, nonché da un’ulteriore testimonianza di Gaio, il quale ritorna, in un tempo pressoché intermedio fra i due, sull’argomento:

Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 19.2.25.6: *Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

Alla suggestiva somiglianza di questo brano con il dettato dell’art. 1635 cod. civ. è difficile resistere. Nel passo – contestato¹⁶³, in passato¹⁶⁴,

¹⁶¹ Osserva Cannata che «[...] in termini di responsabilità è la risposta che vi si dà citando Servio [...]» (C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 70).

¹⁶² R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 57 s. nt. 111.

¹⁶³ Sulla presunta matrice giustiniana del criterio di modicità, con particolare riferimento al passo in esame: G. BESELER, *Beitrage*, III, cit., 203; E. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, in *Riv. dir. comm.*, XX, 1922, 685; A. GUARNERI CITATI, ‘*Semel commissa poena non evanescit*’, in *BIDR*, 32, 1922, 251 nt. 1 (con richiamo ai *loci* di ‘*modicus*’ indicati nella voce ‘*modicus*’ da noi citato dalla seguente recenziere edizione: G. SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1926, 347 s.); G. LONGO, *Questioni esegetiche*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, 689 s.; TH. MAYER-MALY, ‘*Locatio*’, cit., 135, 142.

¹⁶⁴ La sostanziale genuinità del testo, almeno nei suoi contenuti di massima, viene perorata in A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 114 nt. 3; F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 341 s.; vd., in parte, anche K. VISKY, *Die Miet- und Pachtverträge*, cit., 30 s.; B. FRIER, *Law, Economics, and Disasters down on the Farm*:

in punto di genuinità – il giurista introduce un ulteriore criterio per la valutazione della *laesio* patita dal conduttore. Il ragionamento è in linea con quello sviluppato da Servio¹⁶⁵, ma parte dalla prospettiva diametralmente opposta: assodato che ciascun agricoltore deve accettare il rischio di perdere una parte del raccolto a causa di eventi riconducibili alla categoria della *vis maior*, il *periculum* è *locatoris* soltanto in relazione alle ipotesi in cui l'*eventus damni*, per quanto di per sé già irresistibile, vada oltre la soglia di *tolerabilitas*: nel caso, ad esempio, di calamità tanto eccezionale da determinare una perdita di frutti spropositata e imprevedibile.

La sopportazione del *periculum* in capo al locatore, dunque, viene stabilita in base ad un calcolo «di proporzionalità delle perdite rispetto alla ripartizione della rendita fra le due parti in gioco»¹⁶⁶, quasi ci si trovasse di fronte ad una *societas*¹⁶⁷, e levigata in maniera tale da aversene luogo in via residuale, piuttosto che principale.

Infatti, vi si ricorre esclusivamente nel caso in cui l'evento imprevedibile e incontrastabile eroda il sinallagma contrattuale, rendendo il locatore inadempiente all'obbligo di mettere a disposizione del colono un fondo idoneo alla coltivazione¹⁶⁸ (elemento cui si aggiunge, per formare l'obbligazione dello '*stare praes*' alla quale è tenuto il locatore¹⁶⁹,

'*Remissio Mercedis*' Revisited, in *BIDR*, 92-93, 1990, 150; R. FIORI, *La definizione*, cit., 239 nt. 188; Rimangono valide le osservazioni sulla natura spuria dell'espressione 'Θεοῦ βίαν', di recente ribadite da R. QUADRATO, *Gaio cristiano?*, in *Studi Nicosia*, I, cit., 330 s.;

¹⁶⁵ Secondo Ankum si tratterebbe di una soluzione giuridica diversa da quella prospettata in D. 19.2.15.2 (H. ANKUM, '*Remissio*', cit., 226). *Contra* F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 342 nt. 34, cui aderiamo.

¹⁶⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Remissio mercedis*'. *Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005, 75, su ci vd. le considerazioni espresse da F. SITZIA, '*Remissio pro rata?*', in *Studi Nicosia*, I, cit., 463 s. e nt. 46

¹⁶⁷ Aspetto sottolineato in R. CARDILLI, '*Bona fides*'²², cit., 202.

¹⁶⁸ Questo particolare aspetto viene evidenziato anche da C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 71; L. VACCA, *Sul rischio del locatore nella 'locatio conductio re'*, in *Studi Nicosia*, I, cit., 313.

¹⁶⁹ Sul punto vd. molto diffusamente R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 237 ss., spec. 239 s., seguito da S. SCHIPANI, *Principi*, cit., 450. Per un confronto con molteplici ulteriori

la garanzia per le condizioni 'esterne' della coltivazione¹⁷⁰).

Conclusa la disamina del commento all'editto provinciale di Gaio, torniamo ad Ulpiano.

Il § 3 di D. 19.2.15¹⁷¹ contiene la soluzione di un quesito pratico mediante l'applicazione dei principi enunciati nel § 2, dei quali viene testimoniata la persistenza in età imperiale (e, più precisamente, in un momento non meglio identificato fra il 27 a.C. ed il II sec. d.C.). Infatti, anche nel caso di richiesta di *remissio* (*mercedis*) in ipotesi di fondo distrutto a causa di un incendio, con una «soluzione benevola»¹⁷² viene rescritto che *'non immerito subveniendum tibi est'*. La letteratura romanistica – pur in assenza, per quanto ci consta, di dubbi circa la genuinità del testo – si è interrogata circa l'effettiva necessità di rivolgersi alla cancelleria imperiale per domandare la rimessione della *merces* in caso di incendio: si tratta di una catastrofe che, di per sé, rientrerebbe *de plano* nella categoria della *vis maior* e, dunque, darebbe indiscutibilmente luogo alla responsabilità del locatore.

Secondo Ankum il ricorso all'imperatore è frutto di una strategia processuale del colono il quale, non potendo convenire in giudizio il locatore nelle forme della *cognitio* ordinaria al fine di conseguire la *remissio* – evidentemente, avrebbe potuto opporre il danno derivante dall'incendio come *exceptio* soltanto qualora il proprietario del fondo avesse agito contro di lui per ottenere il pagamento della mercede –, confida nell'automatico trasferimento della vertenza sul piano della

fonti, volto a ricostruire le oscillazioni della giurisprudenza romana in tema di responsabilità del locatore, vd. *ibidem*, 259, 276, 283 s., 311, 332 s., 343, 352, 377

¹⁷⁰ Così R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 235, ove osserva che «*Frui praestare*, in sostanza, come reinterpretazione del *vim praestare* di Servio, non significa più, soltanto, il godimento del fondo produttivo, ma proprio il godimento della capacità produttiva del fondo, cioè dei frutti, i quali sono dati dalla sinergia di attività umane e di fattori naturali» (ma vd. anche *ibidem*, 240 s.); sul testo, in tema di «accollo dei pericoli 'consueti'», vd. ID., *'Bona fides' tra storia e sistema*², Torino, 2010, 197 ss.

¹⁷¹ Ne riportiamo il testo per maggiore facilità di consultazione. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.3: *Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: "Si praedium coluisti, propter casum incendiū repentini non immerito subveniendum tibi est"*.

¹⁷² L. VACCA, *Sul rischio*, cit., 314.

cognizione *extra ordinem* determinato dalla preventiva richiesta di un rescritto in materia¹⁷³.

Palazzolo propone, invece, una soluzione decisamente più coerente con il ragionamento sviluppato da Servio-Ulpiano nel § 2: se l'incendio rientra, da un lato, nella categoria delle *vires maiores*, ma, dall'altro lato, vige il principio secondo cui il *periculum locatoris* si configura soltanto nei casi di eventi imprevedibili oltre l'ordinaria tollerabilità di un colono medio, il conduttore ben può aver interpellato la cancelleria imperiale – non necessariamente nell'ottica di un contenzioso giudiziale¹⁷⁴ – per conoscere se, nel caso di specie, avrebbe avuto o meno titolo per richiedere la *remissio* delle mercede¹⁷⁵.

Questa lettura, a nostro avviso, risulta avvalorata (come osservato anche da Mayer-Maly¹⁷⁶, Masi¹⁷⁷, Sitzia¹⁷⁸ e, sebbene indirettamente, da de Buján¹⁷⁹) dall'esordio del testo del rescritto, il quale recita '*Si praedium coluist?*: come abbiamo osservato nella parte finale del § 1 e nel commento di Gaio conservato D. 19.2.25.6, il progressivo restringimento delle ipotesi di applicabilità del *periculum locatoris* rende necessario un giudizio in ordine al concreto detrimento subito dal colono per effetto della *vis maior*. Pertanto il *periculum locatoris*, sostanziantesi nella *remissio mercedis*, avrà luogo soltanto laddove apparirà dimostrato che il danno sopportato dal conduttore ha superato la soglia di tollerabilità da doversi mediamente usare in relazione ad un simile

¹⁷³ H. ANKUM, '*Remissio*', cit., 235 s.

¹⁷⁴ L'auspicio sotteso all'iniziativa del colono potrebbe essere quello di una transazione stragiudiziale, come osservato anche da A. PETRUCCI, *Sopravvenienze*, cit., 533 s.

¹⁷⁵ N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 75 e nt. 6.

¹⁷⁶ TH. MAYER-MALY, '*Locatio*', cit., 142 s.

¹⁷⁷ A. MASI, *Il problema*, cit., 278.

¹⁷⁸ F. SITZIA, *Considerazioni*, cit., 343.

¹⁷⁹ F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, '*Deductio*', cit., 163: «La solución es considerar que el conductor tiene, razonablemente, derecho a pedir el perdón de la renta acordada ese año en el que no ha podido disfrutar, es decir cultivar con un provecho económico, el fundo arrendado».

evento (peraltro sì inarrestabile, ma non del tutto imprevedibile): ciò al fine di salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico del contratto¹⁸⁰.

Nel successivo § 4¹⁸¹ viene riportata la soluzione di Papiniano (tratta dal quarto libro *responsorum*) per l'ipotesi di rinuncia alla riscossione del canone di locazione, da parte del proprietario del fondo, in conseguenza di una cattiva annata agraria. Il Giurista precisa che qualora negli anni successivi il raccolto migliori, il *dominus* potrà richiedere anche il pagamento del canone oggetto di remissione, anche se quando si è verificata la rinuncia è stata adoperata la parola '*donatio*', perché questa dovrà intendersi come '*transactio*'. Allo stesso modo, se la carestia si è verificata nell'ultimo anno della locazione, ma le annate precedenti sono state buone, il conduttore non avrà diritto ad alcuno sconto.

La genuinità del testo non si presta, nel suo complesso¹⁸², ad obiezioni di particolare rilevanza sul piano sostanziale. Il ragionamento di Papiniano determina il superamento della prospettiva incentrata sulla definizione dei limiti caratterizzanti lo '*stare prae*' del locatore (che occupa il § 2, contenente la riflessione, di due secoli precedente, di Servio) e la sua traslazione sul piano della *remissio mercedis* e dei relativi confini (introdotta più esplicitamente già nel § 3), tendenza le cui tracce si riscontrano già nella letteratura del I sec. d.C.¹⁸³. Il caso esaminato è quello del locatore il quale (forse per proteggere il sinallagma contrattuale e, quindi, il comune interesse ad un raccolto redditizio,

¹⁸⁰ L. VACCA, *Sul rischio*, cit., 314.

¹⁸¹ Ulp. 32 ad ed. D. 19.2.15.4: *Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remisit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remisit? Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

¹⁸² Vd. M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1965, 120 nt. 138; TH. MAYER-MALY, '*Locatio*', cit., 144; altro in F. SITZIA, '*Periculum*', cit., 349 e nt. 60.

¹⁸³ Vd. Colum. *re rust.* 1.7.1; Plin. *ep.* 10.8, sui quali vd. A. MASI, *La remissione*, cit., 280 s.; Plin. *nat. hist.* 18.69, 16.47, su cui vd. F. SITZIA, '*Periculum*', cit., 346 s.

simboleggiante la buona riuscita del rapporto agrario¹⁸⁴) rimette la mercede, in due distinte ipotesi.

Nella prima ci troviamo di fronte ad una semplice *remissio ob sterilitatem*, condizione, quest'ultima, afferente alla categoria della *vis maior*¹⁸⁵ e determinante, in astratto, l'inadempimento del proprietario il quale ha messo a disposizione del colono un fondo non idoneo alla coltivazione. Secondo il ragionamento giuridico richiamato e sviluppato da Ulpiano-Servio nel § 2 di D. 19.2.15, in caso di *sterilitas* il *periculum* è *locatoris*, pertanto non vi è da stupirsi della scelta operata dal proprietario del fondo il quale ha spontaneamente rinunciato al canone di locazione. Ma dalla parte finale del § 2, dal § 3 e da D. 19.2.25.6 apprendiamo che la *vis maior* non è un criterio cui ricorrere in maniera indifferenziata: perché il rischio derivante dalla *vis maior* ricada sul *locator* (il quale, volente o nolente, dovrà rinunciare alla mercede), deve valutarsene il peso con riguardo al complessivo andamento del rapporto di colonato. Perciò, secondo Papiniano, la *remissio* è legittimamente revocabile laddove le condizioni del fondo migliorino ed i successivi raccolti si rivelino molto redditizi, in quanto l'oscillazione nella resa del terreno deve essere tollerata dal colono se il bilancio delle annate è, nel suo complesso, comunque positivo.

Nella seconda ipotesi la *remissio* avviene *verbo donationis*: in virtù dei principi appena richiamati, la donazione sarà da intendersi come

¹⁸⁴ In questo caso la determinazione del locatore a rimettere la mercede, ancorché unilaterale, potrebbe, nella sostanza, costituire il frutto di un accordo o il risultato di una richiesta formulata dal colono, come osservato da F. SITZIA, '*Periculum*', cit., 347 e ntt. 54 e 55, 348 e nt. 57. Il profilo dell'equilibrio fra le prestazioni deve essere salvaguardato mediante una valutazione compiuta secondo *bona fides* (R. FIORI, *La definizione*, cit., 261 e nt. 1; R. CARDILLI, '*Bona fides*'², cit., 202 s.).

¹⁸⁵ Giungiamo a questa deduzione in quanto, dal tenore complessivo del *casus* illustrato da Papiniano, non si tratta di un difetto congenito del fondo tale da renderlo totalmente inadatto alla coltivazione (si sarebbe trattato, in questo caso, di un *vitium* del bene locato che avrebbe al più determinato la risoluzione del contratto e, dunque, il rilascio del fondo al proprietario), bensì di una condizione episodica e transitoria destinata a migliorare negli anni successivi (la quale, per la sua dirompenza rispetto ad una condizione di normalità nella resa del raccolto, non può che configurarsi come *vis maior*, in quanto irresistibile e parzialmente imprevedibile).

*transactio*¹⁸⁶ e, pertanto, il locatore potrà richiedere ugualmente il pagamento della mercede se i raccolti successivi saranno *uberes*¹⁸⁷. Questa soluzione presuppone che il *locator* non conoscesse con esattezza il contenuto dei propri obblighi derivanti dalla *vis maior* (e che, pertanto, abbia spontaneamente/ingenuamente dato vita ad una *donatio* in luogo di una *remissio/transactio*, ritenendola uno strumento equo per fronteggiare l'annata agricola inaspettatamente sterile¹⁸⁸), oppure che avesse errato nell'estrinsecare la volontà di remissione della mercede, rappresentandola al conduttore come una vera e propria donazione.

La parte conclusiva del paragrafo viene dedicata all'ipotesi in cui la sterilità del fondo si manifesta nell'ultimo anno di durata del contratto di locazione. In tal caso, Papiniano propone di valutare l'eventuale *remissio* con riguardo all'andamento del raccolto negli anni precedenti, ancorché noto al locatore¹⁸⁹.

¹⁸⁶ A. PETRUCCI, *Sopravvenienze*, cit., 533. Secondo Salomone, la *donatio* non è, in ogni caso, una figura giuridica compatibile con il contratto di locazione, per il quale è necessaria la fissazione di un corrispettivo: tale regola risulterebbe avallata proprio da D. 19.2.15.4 (A. SALOMONE, *'Venditio donationis causa'*², Torino, 2016, 81 s.). In letteratura, vd. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *'Remissio'*, cit., 77 ss.; P. PICHONNAZ, *From Clausula 'Rebus sic Stantibus' to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role*, in *Fundamina*, 17, 2011, 130 ss.

¹⁸⁷ Concordiamo con i dubbi di Petrucci circa le modalità di valutazione della fertilità delle annate successive (A. PETRUCCI, *Sopravvenienze*, cit., 533). Simili rilievi anche in I. MOLNÁR, *Verantwortung*, cit., 678.

¹⁸⁸ In una simile ottica ragiona inizialmente Sitzia, il quale ipotizza che si potrebbe «prima vista affermare che l'esclusione è determinata dal fatto che ci troviamo dinanzi ad un'ipotesi in cui la *remissio* costituisce per il locatore un obbligo giuridico sulla base dei principi relativi alla ripartizione del rischio nella locazione dei fondi rustici» (F. SITZIA, *'Periculum'*, cit., 348). Ma è lo stesso Studioso a distogliersi da questa ipotesi (la quale coglie «soltanto una parte della realtà» [*ibidem*, 349]) in quanto la qualificazione giuridica del negozio determinante la remissione della mercede è, per Papiniano, un passaggio incidentale e volto unicamente a raggiungere lo scopo di accordare al proprietario l'esigibilità della mercede, anche se formalmente rinunciata, in ragione degli sviluppi del raccolto negli anni successivi.

¹⁸⁹ Elemento testuale (*et scit locator*) opportunamente sottolineato da K. VISKY, *La responsabilité*, cit., 37.

La stabilità delle logiche sino ad ora evidenziate fin oltre il II sec. d.C. risulta confermata da un rescritto del 231 d.C., indirizzato da Alessandro Severo ad un tale Sabiniano Igino:

C. 4.65.8: IMP. A. ALEXANDER SABINIANO HYGINO. *Licet certis annuis quantitativibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur.* A 231 PP. K. AUG. POMPEIANO ET PELIGNO CONSS.

Il contesto in cui si innesta la questione giuridica è lievemente differente rispetto alle cornici di D. 19.2.15.2-4 e D. 19.2.25.6. Il presupposto è costituito, ancora una volta, dal verificarsi di un evento di forza maggiore oppure dalla necessità di compensare le annate sterili con quelle floride. Tuttavia, diversamente dai passi che abbiamo esaminato sino ad ora, l'attenzione del giurista non è puntata né sulla posizione del locatore (e del *periculum* che sarà tenuto a sopportare), né su quella del conduttore (e della misura della tolleranza che dovrà portare verso le *vires maiores*, il cui accadimento costituisce una variabile prevedibile nel corso dell'attività di coltivazione pluriennale). Il problema, infatti, è quello di stabilire un criterio generale per fronteggiare gli inconvenienti anzidetti in assenza di previsioni *ad hoc* nel contratto e di usi locali in materia: l'intervento imperiale, dunque, «ha un carattere meramente suppletivo»¹⁹⁰. E nella decisione della cancelleria osserviamo che, per la prima volta, viene esplicitato il criterio in base al quale occorre effettuare una valutazione degli equilibri contrattuali violati dall'evento di forza maggiore: la *bona fides*.

Tenuto conto di tale ultimo approdo, dunque – e almeno con riferimento ai passi da noi esaminati –, è possibile delineare, con nettezza, il percorso evolutivo seguito nella costruzione della responsabilità contrattuale del locatore di fondo rustico derivante dal

¹⁹⁰ A. PETRUCCI, *Sopravvenienze*, cit., 536.

casus maior. Ad un criterio inizialmente formalistico (quello di Servio, in D. 19.2.15.2), secondo il quale *periculum est locatoris* nel caso di forza maggiore e di eventi *extra consuetudinem* che apportino un detrimento al fondo, si sovrappone la necessità di verificare se l'accidente – per quanto imprevedibile ed irresistibile – ecceda la soglia di *tolerabilitas* solitamente connaturata all'esercizio dell'attività di agricoltura (D. 19.2.15.3). Successivamente Gaio (D. 19.2.25.6) suggerisce che la ripartizione del rischio e del *periculum* debba essere calcolata con riguardo all'effettivo impatto che l'*eventus* ha sugli equilibri complessivi del contratto. E la salvaguardia del sinallagma assume un ruolo centrale, al punto tale (stando al ragionamento di Papiniano, conservato in D. 19.2.25.6) da determinare la nullità – o il mutamento del *nomen iuris* – degli accordi di remissione della mercede intercorsi fra locatore e colono senza tenere conto del successivo miglioramento della resa del fondo.

Tutti questi criteri, a nostro parere, vengono definitivamente sintetizzati e consacrati nella *bona fides*¹⁹¹ richiamata dalla cancelleria imperiale in C. 4.65.8, la quale costituisce la «massima»¹⁹² cui il giudice dell'appello della *cognitio* sarà costretto ad attenersi nella decisione del *casus*: nell'ipotesi sottoposta al nostro esame si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di un «criterio elastico di definizione in concreto dei confini del diritto»¹⁹³.

I riflessi della metabolizzazione dell'esperienza giuridica romana si rintracciano, molto nitidamente, nel richiamato art. 1635 cod. civ., la cui struttura sembra ricalcare il medesimo percorso da noi seguito. Nel

¹⁹¹ Talvolta intesa, con riferimento al caso di specie, come criterio di valutazione commerciale della *remissio* (TH. MAYER-MALY, 'Locatio', cit., 145, 147); da altri intesa come espressione dell'*aequitas* (A. TRISCIUOGGIO, 'Bona fides' e locazioni pubbliche nelle 'opiniones' di Ulpiano, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 328).

¹⁹² A. PETRUCCI, *Soppravvenienze*, cit., 545.

¹⁹³ A. PALMA, *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 37.

comma I°, infatti, viene stabilito il principio di portata generale, riecheggiante la regola del *periculum est locatoris*, secondo cui è possibile richiedere la riduzione (e non più la *remissio*) del canone (comunque non oltre la metà, come precisato nel comma III°) laddove, nel caso di affitto convenuto per più anni, in un anno almeno la metà dei frutti perisca per caso fortuito (oppure, specifica il comma V°, non venga affatto prodotta [*sterilitas*]). Tale possibilità, tuttavia, può concedersi al conduttore soltanto avuto riguardo all'andamento dei precedenti raccolti: nel caso in cui le perdite risulteranno compensate da quanto realizzato nelle annate trascorse – ovvero dagli indennizzi conseguiti *aliunde* dal conduttore, come precisato al comma IV° –, il colono non potrà richiedere la riduzione del canone.

Dall'altro lato (comma II°), se l'annata nella quale si verifica l'evento di forza maggiore non è l'ultima, la riduzione verrà discussa all'esito della locazione, «eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi». Non sconcerta l'omissione, nel testo dell'articolo 1635, del riferimento alla *bona fides* in quanto – a nostro sommosso avviso – è da ritenersi comunque operativa la clausola generale di interpretazione del contratto stabilita dall'art. 1366 cod. civ., con il quale la norma in questione va certamente coordinata.

3.3. (Segue) Art. 1787 cod. civ. (‘Coll.’ 10.9, C. 4.65.1)

L'ultima norma che rimane da esaminare è l'art. 1787 cod. civ., in tema di responsabilità dei magazzini generali, il cui testo è il seguente:

Art. 1787 cod. civ. (*Responsabilità dei magazzini generali*): *I magazzini generali sono responsabili della conservazione delle merci depositate a meno che si provi che la perdita, il calo o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio.*

È agevole ravvisare una spiccata corrispondenza dei contenuti di questa norma con la seguente costituzione del 213 d.C.¹⁹⁴ di Caracalla. Si

¹⁹⁴ Vd. S. DI MARZO, *Le basi*, cit., 303.

tratta di un rescritto riportato nella *Collatio*, con *inscriptio* e *subscriptio*¹⁹⁵, tratto dai *libri responsorum* di Paolo¹⁹⁶ e riprodotto, con alcune modifiche, nella compilazione giustinianea:

Coll. 10.9: Paulus libro responsorum V sub titulo 'ex locato et conducto': 'Imp. Antoninus Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet. Prop. IIII non. Nov. Antonino IIII cons.'". Paulus respondit: satis praepositam constitutionem declarare his, qui horrea locant, maiorem vim imputari non posse.

C. 4.65.1: IMP. ANTONINUS A. IULIO AGRIPPINO. *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet.* A 213 PP. PRID. NON. IAN. ANTONINO A. IIII ET BALBINO CONSS.

L'imperatore stabilisce che il proprietario dei magazzini (*locator*¹⁹⁷) nei quali sono depositati taluni beni non risponde per i danni derivanti da *vis maior* e da *effractura latronum*¹⁹⁸. Una volta terminata la situazione di

¹⁹⁵ Non si tratta di una circostanza usuale, come osservato da M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in *AUPA*, 51, 2006, dalla p. 9 del cui estratto si cita.

¹⁹⁶ È stato osservato che il posizionamento dello stralcio del quinto *liber responsorum* di Paolo al termine del decimo titolo della *Collatio* potrebbe essere tanto sintomatico del noto disordine caratterizzante l'opera del collazionatore – si tratterebbe, infatti, di un assemblamento del tutto provvisorio e mai definitivamente sistemato –, tanto della sua consapevolezza che il giurista romano fosse l'autore dei *l.r.* ma non anche delle *Sententiae* (delle quali viene riportato un brano in *Coll.10.7*): vd. F. LUCREZI, *Il deposito in diritto ebraico e romano*, Torino, 2017, 26 s.

¹⁹⁷ Sul binomio *locator-conductor* in relazione ai contratti d'opera, fra cui anche quello che ci occupa, vd. R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 119 e nt. 6. Per un esame del passo in relazione ad altri testi significativi per tracciare i confini dell'obbligazione dell'*horrearius*, vd. *ibidem*, 129 ss.

¹⁹⁸ In letteratura, vd. C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 30, 1964, 253 ss.; ID., *Ricerche*, cit., 111 s.; P.J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Leiden-Boston, 2012, 41, 44.

pericolo, se le *res* vengono danneggiate per cause esterne¹⁹⁹, il magazzino risponderà di quei danni. Da qui discende il commento di Paolo, «probabilmente risalente a un allievo»²⁰⁰, il quale sintetizza il contenuto della costituzione ribadendo che l'*horrearius* non è tenuto, nei confronti del proprietario delle *res* depositate (*conductor*), per i danni derivanti da forza maggiore (in cui è da ritenersi compresa anche l'incursione da parte dei ladri²⁰¹).

La *lex* non contempla una graduazione degli eventi di forza maggiore, perciò si può ritenere che per l'individuazione del loro livello di imprevedibilità ed irresistibilità dovrà adoperarsi il criterio dell'*homo eiusdem generis*, tenuto a prestare una *diligentia* superiore a quella del buon padre di famiglia. Similmente, anche l'art. 1787 cod. civ. non contiene indicazioni in tal senso, ma la giurisprudenza (seppur non recentissima) ha tracciato i contorni della cautela da doversi adoperare, stabilendo il seguente principio: «La diligenza che si richiede ai magazzini generali

Quanto alla natura della responsabilità, per *culpa* o *custodia* del soggetto al quale il creditore ha affidato una *res*, è imprescindibile C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966, spec. 111 s. per i passi oggetto del nostro esame (ove vengono sostanzialmente richiamati i risultati raggiunti nel precedente studio del 1964), da cui si evince che «gli ultimi giuristi classici fossero orientati nel senso di costruire la *custodia* come responsabilità limitata dalla *vis maior*. L'impostazione della costituzione di Caracalla, come quella breve nota di Paolo, è in ogni modo decisamente volta a determinare la sfera della responsabilità in senso negativo, individuandovi cioè fatti idonei a scagionare il custode». Sulla posizione di Cannata in tema di *custodia* e *culpa*, vd. C. PELLOSO, *Sulla responsabilità contrattuale di 'fullo' e 'sarvinator' nel II secolo d.C.*, in *TSDP*, 13, 2020, 1 ss., con amplissima ulteriore bibliografia citata e con attenta ricostruzione dello stato della dottrina, e p. 47 e nt. 65 con riferimento al caso dell'*horrearius*.

¹⁹⁹ Sulle implicazioni (anche in termini di sospetta interpolazione) derivanti dal diverso posizionamento, nelle due tradizioni testuali, del vocabolo '*extraneis*', vd. F. WUBBE, *Zur Haftung des Horrearius*, in *ZSS*, 76, 1959, 514 s. Cfr. anche le ulteriori perplessità di F. SCHULZ, '*Scientia*', '*Dolus*' und '*Error*' bei der Stellvertretung nach klassischen römischen Recht, in *ZSS*, 33, 1912, 52 s. e nt. 3; S. DIETER, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios*, in *ZSS*, 87, 1970, 377 s.

²⁰⁰ F. LUCREZI, *Il deposito*, cit., 27.

²⁰¹ Sull'omissione, da parte di Paolo, dell'*effractura latronum*, vd. C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi*, cit., 265; ID., *Ricerche*, 112.

nell'adempimento dell'obbligo di custodia delle merci depositate è più rigorosa di quella del buon padre di famiglia e comporta la scelta di un luogo adatto alla conservazione della merce, la protezione dei possibili rischi esterni e la cura per evitare ogni maggior danno che, pur in presenza di un evento fortuito, può essere evitato. Per esimersi da responsabilità, i magazzini generali devono fornire la prova positiva della causa esonerativa, mentre rispondono dei danni la cui causa rimane ignota. Il carattere eccezionale di un fenomeno naturale (nel caso, precipitazione atmosferica) non è di per sé solo sufficiente a configurare l'ipotesi di caso fortuito, in quanto non esclude la sua prevedibilità» (Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 1991, n. 5267²⁰²).

4. *La prevedibilità del caso fortuito alla luce dei criteri indicati in Ulp. 18 'ad ed.' D. 9.2.11pr.*

Dalla verifica compiuta è emerso che la costruzione codicistica italiana in tema di caso fortuito e responsabilità contrattuale risente in larga misura della tradizione giuridica romana. Ne risulta nettamente percepibile l'impianto di fondo, sostanziandosi nel principio – che ci limitiamo a sintetizzare – secondo cui il caso fortuito e la *vis maior*, purché non prevedibili o evitabili, liberano il soggetto contrattualmente tenuto ad impedirne il verificarsi.

Torniamo un'ultima volta al testo dell'ordinanza 9997/2020 della Cassazione, della quale resta da esaminare la parte conclusiva del ragionamento logico-giuridico seguito dall'Estensore nel § 3.4, che riportiamo di seguito:

«La prevedibilità o l'evitabilità del caso fortuito, quando questo sia costituito dal fatto d'un terzo, non può essere presunta in astratto, ma va accertata in concreto. E l'accertamento in concreto di tali circostanze esige che si stabilisca *in facto*:

²⁰² In *Dir. maritt.*, 1992, 98.

(a) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore 'medio', di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c.), potesse con la diligenza da lui esigibile prevedere quel che sarebbe poi accaduto;

(b) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore 'medio', di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c.), potesse concretamente adottare condotte diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta.

Anche questi principi sono pacifici da due millenni: la fattispecie oggi all'esame di questa Corte, infatti, riecheggia un celebre cado si cui riferisce Ulpiano (*Libri XVIII Ad Edictum*, in Dig., IX, 2, 11, pr., *si cum pila quidam luderent*), in cui si discuteva della responsabilità d'un barbiere che, mentre radeva un cliente, lo ferì alla gola perché colpito al braccio da un pallone, scagliato da ragazzi che giocavano nei pressi.

In quel caso il grande giureconsulto ritenne il barbiere in colpa non già per aver ferito il cliente, ma per avere scelto di esercitare la propria professione in un luogo dove *notoriamente* i ragazzi giocavano a palla.

Allo stesso modo, nel presente giudizio, l'affermazione della prevedibilità del caso fortuito si sarebbe potuta affermare solo a condizione che fosse accertata in concreto che l'urto inferto ad uno dei camerieri, da parte di un avventore, fosse una circostanza ampiamente prevedibile da qualunque ristoratore diligente. Tale accertamento, però, nel caso di specie è mancato»²⁰³.

La norma di diritto vigente idonea a stabilire se la condotta del ristoratore (in persona della sua dipendente, deputata a svolgere il servizio ai tavoli) possa andare esente da responsabilità è, come inquadrato dal Collegio, l'art. 1176, comma II°, cod. civ., che recita «*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*». Sulla base del dettato codicistico, la Cassazione ritiene opportuno svolgere, nel caso di specie, una doppia verifica: se il professionista fosse in condizioni di prevedere quanto stava per accadere indipendentemente dalla sua volontà; se costui potesse tenere un

²⁰³ Pagg. 8 e 9 dell'ordinanza 9997/2020.

comportamento concretamente idoneo a scongiurare gli effetti dell'evento (la precipitazione della pizza arroventata sul braccio della bambina).

Laddove in entrambi gli ambiti non dovessero emergere criticità nel comportamento del ristoratore, la sfortunata cliente sarà costretta a patire, in virtù del principio di auto-responsabilità (anch'esso immanente al sistema²⁰⁴, e comunque da interpretarsi alla luce della 'Kulpakompensation' sancita dall'art. 1227 cod. civ.²⁰⁵, sconosciuta ai Romani, i quali adottavano il criterio del 'all or nothing'²⁰⁶), le conseguenze del danno subito in occasione dell'imprevedibile ed irresistibile disgrazia.

La fattispecie sottoposta all'attenzione del Supremo Collegio risulta, per molti tratti, simile al *casus* esaminato da Ulpiano in un famosissimo passo del commentario all'editto del pretore²⁰⁷, trascritto in D. 9.2.11pr., del quale – seppure con una certa imprecisione – la Corte riporta i contenuti. Ecco il testo:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11pr.: *Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, 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*

²⁰⁴ Su cui, di recente, vd. G. CIVELLO, *Il principio del 'sibi imputet' nella teoria del reato: contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, spec. 7 ss.

²⁰⁵ Art. 1227 cod. civ. (*Concorso del fatto colposo del creditore*): «[I] Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. [II] Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

²⁰⁶ I. FARGNOLI, *Die durchschnittene Kehle*, in *Fundamina*, 20, 2014, 283 ss.; S. GALEOTTI, *Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, 8, 2018, 393 ss., spec. 393 ntt. 1, 2, 3, con copia di bibliografia citata. Vd. anche *infra*, nt. 213.

²⁰⁷ Vd. O. LENEL, *'Palingenesia'*, II, cit., 524, ove il passo viene sistemato nel titolo *'Ad legem Aquilianam' (ad caput primum)*, nel § 614, ipotizzandone una sistemazione del tutto simile all'ordine di trascrizione seguito dai compilatori. Per un'analisi del testo anche con riferimento alla letteratura 'non giuridica', vd. M. AUCIELLO, *L'argomento*, cit., 248 ss., con copia di bibliografia.

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.

Il giurista di Tiro riferisce il seguente parere, formulato da Mela. Se un *tonsor*, mentre sta radendo uno schiavo in un luogo aperto, viene colpito sul braccio da una palla²⁰⁸ e recide il collo del suo cliente, allora sarà tenuto al risarcimento *ex lege Aquilia* colui il quale verrà ritenuto responsabile. Il giurista, adottando uno stile apparentemente sibillino, si limita ad indicare che la responsabilità è da individuarsi *in quocumque eorum culpa sit*²⁰⁹. La sua posizione è dunque indecifrabile, forse per effetto di un intervento espungente dei giustinianeï²¹⁰, ma vi è chi ha letto nell'uso dell'avverbio al grado comparativo *'vehementius'*, in luogo di *'vehementer'*, la propensione a condannare il giocatore il quale ha colpito la palla 'con troppa veemenza' (cioè con una forza superiore a quella mediamente consentita)²¹¹.

Successivamente, Ulpiano richiama la posizione di Proculo, il quale fornisce una risposta contraria al barbiere: ciò che gli si imputa è di aver scelto come posto per collocare la sua poltrona un luogo in cui notoriamente si gioca oppure si transita.

Ma, dall'altro lato – e qui è impossibile comprendere se si tratta di una obiezione di Ulpiano a Proculo, di una contro-argomentazione di

²⁰⁸ Osserva Wacke che il «gioco in questione, in realtà, doveva essere simile ad un hockey con bastoni, dato che la *pila percussa* è, propriamente, la 'palla battuta'» (A. WACKE, *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index*, 19, 1991, 363). Vd. anche R. GAMAU, *'Pro virtute certamen': Zur Bedeutung des Sports und von Wettkämpfen im klassischen römischen Recht*, in *Sport und Recht in der Antike*, hrsg. von K. Harter-Uibopuu und Th. Kruse, Wien, 2014, 275 ss., spec. 301 s.

²⁰⁹ Cannata così interpreta questa espressione: «qui la soluzione del caso dipende dalla soluzione del problema della colpevolezza del fatto, in quanto quella del problema del nesso causale conduce indifferentemente all'uno (quegli che lanciò la palla) e all'altro soggetto (il barbiere)» (C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 18).

²¹⁰ A. WACKE, *Incidenti*, cit., 364.

²¹¹ G. ROTONDI, *Dalla 'lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. civ.: ricerche storico dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 14, 1916, 487 nt. 4; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990 (rist. 1992), 1011.

Procuro al suo stesso ragionamento iniziale, oppure di un rilievo proveniente da un terzo anonimo²¹² –, la colpa è anche del cliente il quale (a sua volta consapevole del contesto nel quale si trovava collocata la postazione per la rasatura) si è volontariamente sottoposto al *tonsor* e, dunque, ha implicitamente accettato il rischio di venire ferito o ucciso²¹³. Una interessante linea interpretativa viene fornita nei Basilici, ove è riportata una versione sintetica del passo di Ulpiano²¹⁴, nella quale risulta

²¹² Per del Castillo Santana i giuristi impegnati nell'esame della questione sono quattro: Mela, Procuro, un terzo giurista (il cui parere è «si alguien se confía a un barbero que tiene colocada al silla en lugar peligroso, sólo él tiene la culpa») ed infine Ulpiano («ciertamente si el barbero afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tráfico era frecuente, hay motivo para imputarle a él la responsabilidad; también se dice acertadamente que si alguien de confía a un barbero... sólo él tiene la culpa»), vd. M.S. DEL CASTILLO SANTANA, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, 30. Questa lettura ci risulta difficile da accettare, in quanto la lettera del testo non consente, a nostro avviso, un ulteriore sdoppiamento del terzo giurista in due distinte entità.

²¹³ Per Albanese è questa la soluzione definitiva al quesito: «Tenendo, appunto, presente la posizione del frammento in seno al commentario, pensiamo che il nucleo fondamentale del testo genuino, visibile anche nell'attuale, grave, alterazione, doveva riferirsi alla possibilità di non concedere la azione aquiliana contro il *tonsor*, che pure aveva ucciso *adiecto cultello*, cioè *corpore*, dato che la sua azione era conseguita ad una spinta altrui» (B. ALBANESE, *Studi sulla Legge Aquilia*, I, Palermo, 1950, 144). E con riferimento alla terza soluzione proposta nel passo, Looschelders ha precisato che l'esenzione di responsabilità del barbiere non deriva dall'applicazione del principio di 'Kulpakompensation', di fatto sconosciuto ai romani, infatti «Die Wendung 'de se queri debere' besagt insofern also gerade nicht, daß dem getöteten Sklaven ein eigenes Verschulden zur Last fällt, welches mit einem wtwaigen Verschulden des Barbiers konkurrieren bzw. dasselbe aufheben würde» (D. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, 1999, 12).

²¹⁴ B. 60.3.11 (Heimb. LX, 272): Οὐλπ. Ἐάν τις σφαιρίζων ρίψη τὴν σφαῖραν εἰς τὴν χεῖρα τοῦ κουρέως, καὶ λαρυγγιομηθῇ ὁ κουρευόμενος δοῦλος, ὁ κουρεὺς ἐνέχεται, ἐὰν ἐκούρευσεν, ἐνθα κατὰ συνήθειαν ἐγίνετο τὸ παίγνιον, ἢ ἐνθα συνεχῆς ἦν ἡ πάροδος εἰ καὶ τὰ μάλιστα καλῶς λέγει τις, εἰ αὐτῷ ὀφείλειν μέμφεσθαι τὸν αὐτὸν κουρεῖ καταπιστεύσαντα ἐν ἐπικινδύνῳ τόπῳ κουρεύοντι. Ulp. *Si quis pila ludens deiecerit pilam in tonsoris manum, et servo, qui tondebatur, gula fuerit praecisa, tonsor tenetur, si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat: etiamsi maxime recte quis dicat, ipsum de se queri debere, qui se in periculoso loco tondenti tonsori committit.*

di molto valorizzata la terza soluzione, per cui la «Haftung des Barbiers sollte folglich ausgeschlossen werden»²¹⁵, mentre lo Scoliasa Hagiotheodoritos propende – in ultima istanza, e soltanto dopo aver comunque valutato l'ipotesi di addossare la colpa al *tonsor*, per salvaguardare la salute di altri suoi potenziali clienti – per la distribuzione della colpa fra il barbiere e lo schiavo²¹⁶.

²¹⁵ I. FARGNOLI, *Die durchschnittene Kehle*, cit., 279.

²¹⁶ Schol. 3 ad B. 60.3.11 (Heimb. LX, 272): Τοῦ Ἀγιοθεοδωπ. Ἐχρὴν ἄν, φησί, ἐν δυσὶ τοῦτοις ἀνθρώποις πταίσασι, τῷ τε κουρεῖ τῷ ἐν τοιοῦτῳ τόπῳ κουρεύοντι, καὶ τῷ καταπιστεῦσαντι ἑαυτὸν τῷ τοιοῦτῳ κουρεῖ, χείρονος αἰρέσεως εἶναι τὸν κουρευθέντα καὶ ἀκοῦειν, ὅτι ἑαυτὸν καταμέμφου, καὶ μηδὲ ἀγωγὴν ἔχειν κατὰ τοῦ κουρέως. Ἀλλ' ὅμως χείρονος αἰρέσεως ποιοῦμεν μᾶλλον τὸν κουρέα, καὶ ἀγωγὴν καθυπαγομένον διὰ δύο αἰτίας· μίαν μὲν, ἵνα μὴ ἐξ ἀποτελέσματος τὸν δεσπότην τοῦ δούλου τὸν μηδὲν πταίσαντα, ἀλλὰ παντελεῖ ἔχοντα ἄγνοιαν ζημιώσωμεν, καὶ τοῦ διπλοῦ ἀποστερήσωμεν, τὸν δὲ κουρέα ἀνένοχον καταστήσωμεν, ὅπερ ἄδικον· ἑτέραν δέ, ὅτι, κἂν μὴ δοῦλος ἦν, ἀλλ' ἐλεύθερος ὁ λαρυγγοτομηθεὶς, δίκαιόν ἐστιν, ἐκ δύο κακῶν τὴν τοῦ μείζονος κακοῦ ἀναστολήν προτιμήσασθαι, παρ' ὃ τιμωρῆσαι τὸ ἔλαττον. Εἰ γὰρ μὴ τὸν κουρέα τιμωρήσωμεν, πολλοὺς ἂν ὁ τοιοῦτος καὶ ἄλλους βλάβῃ τοιουτοτρόπως. Ἴδου τὸ μείζον κακόν, ὅπερ προανασταλῆναι ἔδει, καὶ μὴ ἓνα κουρέα βλάπτειν ὄχλον πολύν, κἂν ὁ ὄχλος ἀπρόσεκτος. Δίκαιον οὖν ἐστὶ, καὶ οὕτω ποιοῦμεν καὶ τιμωροῦμεν τὸν κουρέα, καὶ οὐχὶ τὸν κουρευθέντα ἀποκλείομεν· ὅπερ ἦν, εἰ ὠρίσθη κακοῦ ἐλάττονος τιμωρία. Τιμωροῦμεν τοίνυν τὸν κουρέα, καὶ πολλοὺς ἐλευθεροῦμεν μελλούσης βλάβης, συνεργεῖν ἔχοντες εἰς τοῦτο καὶ τὸν κανόνα τοῦ γ'. τιτ. τοῦ β'. βιβ. τὸν λέγοντα· ὅτε χωρὶς βλάβης οὐκ ἐνδέχεται γενέσθαι τι, τὸ ἦττον ἄδικον ἐπιλεγόμεθα. Ἐν δὲ τῷ ἀνωτέρῳ θεματι μόνον ἔπαισεν ὁ παρελθών, ἔνθα οἱ ἀκοντίζοντες ἐπαίζον· ἐκεῖνοι γὰρ ἐν κάμπῳ ἀκοντίζοντες οὐδὲν πταῖσμα ἐποίουν. Hagiotheodor. Ex his duobus hominibus delinquentibus, inquit, tonsore, qui in tali loco tondet, et eo, qui eiusmodi tondori se committit, oporteret deterioris conditionis esse eum, qui tonsus est, et sibi imputare, neque actionem habere in tondorem, et actioni subiicimus ob duas causas: alteram, ut ne ex ecentu dominum servi nihil delinquentem et prorsus ignorantem laedamus et duplo privemus, tonsorem autem noxa excimamus, quod iniustum esset: alteram, quod, etsi non servus, sed liber esset is, cui gula praecisa fuit, aequus est, ex duobus malis praeferre maioris mali prohibitionem, quam minus punire. Nam si tonsorem non puniverimus, plures alios hic tali modo laeserit. En maius malum, quod prohiberi oportet, et caveri, ne unus tonsor magnam multitudinem hominum damno afficiat, licet multitudo parum attenta sit. Aequum igitur est, et hoc facimus, et tonsorem punimus, nec excludimus tonsum: quod esset, si minoris mali poena statueretur. Punimus igitur tonsorem, multosque futuro damno liberamus, adiumento habentes regulam tit. 3. lib. 2. dicentem: Cum sine damno fieri aliquid non potest, minus iniustum eligimus. Superiori autem casu solus peccavit is, qui transiit per eum locum, ubi iaculantes ludebant: illi enim in campo

Il testo, la cui genuinità è oggetto di alcune isolate contestazioni per aspetti formali²¹⁷, risulta particolarmente importante in quanto costituisce uno dei pochi casi in cui, nei *Digesta*, viene fornito un preciso – per quanto, si badi, privo di coordinate temporali – spaccato di vita quotidiana dell'antica Roma, che impreziosisce e rafforza il dato giuridico²¹⁸. Come rilevato da Wacke, e prima ancora da Schipani²¹⁹, nel passo non viene fornita una vera e propria soluzione in ordine alla indicazione del soggetto tenuto al risarcimento (verso il *dominus* del servo) *ex lege Aquilia* – probabilmente previa concessione di un'*actio utilis*, giacché il danno non si è verificato *corpore*²²⁰ –, ciò in quanto si tratta di una *quaestio facti* «della quale era rimessa la giudice la valutazione concreta: il giurista si limitava, nel proprio *responsum*, a fornire soltanto i criteri fondamentali per la decisione»²²¹. In questo contesto, la densità di argomentazioni e circostanze dedotte nel passo rispecchia l'uso dei giuristi romani di non concepire la 'reproche objectif' subita dal soggetto passivo in modo astratto: perfino nelle più rigide ipotesi di responsabilità oggettiva (= presunta), in cui non rientra il caso di specie, il danno deve essere contestualizzato mediante la «considerazione della possibilità che

iaculantes nihil deliquerunt. Sul testo dello scolio vd. D. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit*, cit., 13; I. FARGNOLI, *Die durchschnittene Kehle*, cit., 279 ss.

²¹⁷ G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 114; ID., *Miszellen*, in *ZSS*, 43, 1922, 540; ID., *Romanistische Studien*, in *ZSS*, 50, 1930, 30 ss.; W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in *ZSS*, 49, 1929, 174 ss.; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della colpa*, Torino, 1969, 420 ss.

²¹⁸ I. FARGNOLI, *Die durchschnittene Kehle*, cit., 276.

²¹⁹ S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 420 parla di «dubbio insolubile».

²²⁰ B. ALBANESE, *Studi*, I, cit., 144 s.

²²¹ A. WACKE, *Incidenti*, cit., 364. Di simile avviso MacCormack, il quale nota che, nel presentare la questione, Ulpiano non dice se «was the player or the barber careless, or would a diligent man have foreseen that an injury would occur? Instead he considers a number of specific situations: did the barber shave at or near a place where games of ball were customarily played, or where the passage of passers by was frequent or did the slave entrust himself to a barber who had his chair in a dangerous place?», quindi «The question asked was, did this state of affairs constitute *culpa*?» (G. MACCORMACK, *Aquilian 'culpa', in 'Daube noster'. Essays in Legal History for David Danbe*, edited by A. Watson, Edinburgh-London, 1974, 216).

il soggetto agente aveva di prevedere il danno che dall'azione concreta poteva derivare»²²².

Il famosissimo brano, sul cui esame ci sembra superfluo indugiare ulteriormente, presenta a nostro avviso un elemento di notevole disomogeneità, sul piano dell'inquadramento dogmatico della vicenda, con il caso affrontato dalla Suprema Corte nell'ordinanza 9997/2020. La fattispecie del barbiere trattata in D. 9.2.11pr., infatti, per i Romani costituisce un esempio di responsabilità extracontrattuale²²³, tanto vero che la 'norma' intorno alla quale si concentrano le ipotesi proposte è la *lex Aquilia* (e, precisamente, il primo *caput*). Il caso del ristoratore, viceversa, viene esaminato nella prospettiva della responsabilità contrattuale in quanto, mediante una lettura dell'art. 1374 cod. civ. alla luce dell'art. 32 Cost., la Corte ritiene che il dovere di protezione, da parte del ristoratore, dell'incolumità degli avventori costituisca un corollario del contratto di ricetto e ospitalità.

E il peso giuridico della 'posizione di garanzia' ricoperta, *ex contractu*, dal titolare della pizzeria si apprezza, innanzitutto, nella fase di ricostruzione del nesso di causalità: è inconcepibile, infatti, che all'indisciplinato compagno di mensa della minore – il quale ha materialmente impresso la spinta sulla cameriera, determinandone lo scivolamento – possa muoversi alcun addebito, in quanto l'alternativa alla condanna del ristoratore è costituita non già dall'individuazione di un altro soggetto potenzialmente responsabile dell'accaduto (costui risulterebbe svincolato dall'obbligo contrattuale di salvaguardia della ragazzina; al massimo il terzo potrebbe risultare responsabile ex art. 2043 cod. civ., ma una simile domanda risarcitoria non risulta essere mai stata spiegata dalla parte attrice, né il ristoratore convenuto ha formulato una simile richiesta, integrando il contraddittorio con i genitori del minore irrequieto), bensì dal giudizio negativo in ordine al paventato

²²² Così, con riferimento al passo in esame, vd. C.A. CANNATA, *Ricerche*, I, cit., 15.

²²³ Ma si veda la possibile lettura alternativa proposta da S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 332 s., 421 s. nt. 24. Tale lettura viene evidenziata e cautamente accolta, in parte, da M. AUCIELLO, *L'argomento*, cit., 254 s.

inadempimento del titolare, determinante il rigetto della richiesta di risarcimento del danno formulata nei suoi riguardi.

Viceversa, nel caso del barbiere viene lasciata aperta ogni possibile alternativa, proprio perché si discute in tema di responsabilità extracontrattuale: in particolare nel responso di Mela si vede contemplata, tra le varie opzioni possibili, anche la condanna del giocatore di *pila* il quale ha sferrato il colpo *vehementius* (cioè in maniera più violenta del normale), dando il via alla concatenazione di eventi che ha portato alla morte del servo.

Una volta sottolineata questa importante distinzione preliminare in termini di inquadramento giuridico delle due fattispecie, occorre valutare il peso e la funzione di D. 9.2.11pr. ai fini del ragionamento sviluppato dalla Cassazione. Nel testo dell'ordinanza è evidente che l'unica soluzione giuridica concretamente vagliata dal Supremo Collegio è la seconda proposta nel passo: «il grande giureconsulto [qui, erroneamente, l'Estensore di riferisce ad Ulpiano, il quale, tuttavia, si limita a riportare il parere di Proculo] ritenne il barbiere in colpa non già per aver ferito il cliente [il caso, più propriamente, è di *occisio aquiliana*²²⁴], ma per avere scelto di esercitare la propria professione in un luogo dove *notoriamente* i ragazzi giocavano a palla»²²⁵. Né potrebbe essere diversamente: la prima ipotesi (di Mela) ha ad oggetto l'individuazione del responsabile *ex lege Aquilia*, pertanto è inconferente all'inquadramento giuridico della fattispecie in esame; la terza ipotesi (di Ulpiano-Proculo-anonimo) è altrettanto superflua in quanto il comportamento del commensale non è sottoposto al vaglio della Corte (viceversa, ricordiamo, l'oggetto di valutazione è il presunto inadempimento del ristoratore all'obbligo di diligenza qualificata nell'esecuzione della prestazione, ex art. 1176, comma II°, cod. civ., implicante la salvaguardia dell'incolumità fisica degli avventori).

Ciò posto osserviamo che, a dispetto dell'esordio del § 3.4 dell'ordinanza, nel quale viene indicato che l'accertamento *in facto* deve essere effettuato con riguardo sia alla diligenza qualificata che

²²⁴ B. ALBANESE, *Studi*, I, cit., 124 s.

²²⁵ Pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020.

all'adottabilità di condotte «diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta»²²⁶, il successivo riferimento al *casus* romanistico esercita una influenza dirompente sulla verifica svolta in concreto dalla Corte, la quale, sulla scorta del ragionamento giuridico di Ulpiano-Proculo, si concentra quasi esclusivamente sul criterio della prevedibilità dell'evento (finendo per sovrapporlo a quello di diligenza qualificata *ex* art. 1176, comma II°, cod. civ.): «Allo stesso modo, nel presente giudizio, l'affermazione della prevedibilità del caso fortuito si sarebbe potuta affermare solo a condizione che fosse accertata in concreto che l'urto inferto ad uno dei camerieri, da parte di un avventore, fosse una circostanza ampiamente prevedibile da qualunque ristoratore diligente»²²⁷.

Infatti, benché nel successivo § 3.5 la Cassazione censuri l'operato della Corte d'Appello *a qua* – colpevole di non aver accertato in concreto «la prevedibilità e l'evitabilità»²²⁸ dell'evento dannoso, limitandosi a postularle in astratto²²⁹ – le defezioni ascritte al Collegio Capitolino di secondo grado vertono tutte intorno al criterio della prevedibilità dell'evento, piuttosto che dell'evitabilità in concreto. Infatti questi sono

²²⁶ Pag. 8 dell'ordinanza 9997/2020.

²²⁷ Pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020.

²²⁸ Pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020. La legittimità delle critiche sviluppate dalla Suprema Corte nei confronti del metodo e del merito dell'accertamento in fatto operato dalla Corte d'Appello deriva dall'inidoneità dell'indagine compiuta in secondo grado la quale, laddove fosse stata completa ed ineccepibile, sarebbe stata viceversa insindacabile nel merito (cfr., sul punto, Cass. Civ., Sez. II, 30 giugno 2021, n. 18509: «In tema di responsabilità contrattuale, l'accertamento del nesso di causalità giuridica, che lega l'evento alle conseguenze dannose risarcibili e che va compiuto in applicazione della regola eziologica posta dall'art. 1223 c.c., costituisce, al pari di quello relativo al nesso di causalità materiale tra l'inadempimento e il danno, nonché dell'accertamento circa la prevedibilità del danno medesimo, un apprezzamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità, ove sorretto da motivazione adeguata ed immune da errori»; in senso conforme cfr. Cass. Civ., Sez. II, 8 settembre 2017, n. 20961).

²²⁹ Diffusamente, sul sostrato da cui la Suprema Corte sembrerebbe trarre il proprio ragionamento sul punto, vd. M. AUCIELLO, *L'argomento*, cit., 191 ss. (con copia di bibliografia e in particolare, oltre alle ricerche di C.A. Cannata citate nelle ntt. precedenti, il fondamentale lavoro monografico di R. FERCIA, *Dovere*, cit.), 207 s.

gli aspetti che la decisione d'appello non avrebbe opportunamente indagato²³⁰:

a) «se la esagitazione della persona che urtò la cameriera fu subitanea o si protrasse da tempo, ed in tal caso da quanto tempo»: afferisce alla sfera della prevedibilità, in quanto se fosse stato dimostrato che uno dei commensali aveva assunto un atteggiamento indisciplinato già da tempo, si sarebbe potuto arguire che il cameriere era consapevole di starsi avvicinando ad un tavolo contenente un elemento turbolento;

b) «non ha stabilito in che cosa sia consistita [l'esagitazione]»: anche questo criterio attiene al piano della prognosi, poiché un'attenta valutazione in ordine alla effettiva portata dell'inquietudine del commensale avrebbe potuto rendere la cameriera cosciente del potenziale pericolo;

c) «non ha accertato se fu la cameriera ad avvicinarsi incautamente ad uno scalmanato, o se fu quest'ultimo a raggiungerla imprevedibilmente ed urtarla, allontanandosi dal posto fino a quel momento occupato»: si verte ancora una volta in tema di prevedibilità, in quanto la Cassazione censura la mancata verifica in ordine alla imponderabilità della dinamica da parte della cameriera. Ma la possibilità che la cameriera abbia tenuto un atteggiamento incauto (ipotesi che rimane una mera presunzione indimostrata) può essere indice di una attenzione pur sempre residuale, da parte del Supremo Collegio, in ordine all'evitabilità dell'evento;

d) «non ha accertato se vi erano stati precedenti richiami all'ordine da parte del gestore del ristorante, o se questi avesse colpevolmente tollerato l'ineducazione dei suoi avventori»: la formulazione di un eventuale rimprovero, da parte del ristoratore al commensale incivile, implica che il gestore della pizzeria avrebbe dovuto innanzitutto avvedersi del suo atteggiamento agitato, prevedendone l'esito.

La mancanza di accertamento, durante la fase di merito, in ordine al contesto in cui si è consumato l'*eventus damni*, non consente alla Cassazione una ulteriore indagine circa la concreta evitabilità

²³⁰ Sono elencati a pag. 9 dell'ordinanza 9997/2020, da cui si citano i prossimi virgolettati nel testo.

dell'evento²³¹, la quale inciderebbe sulla 'quantità' di responsabilità attribuibile al debitore rivelatosi inadempiente²³². Non sono noti i dettagli cinematici del fatto e, per tale ragione, non è possibile in alcuna misura ipotizzare quale tipo di movimento o manovra evasiva la cameriera avrebbe potuto compiere per evitare di ricevere il colpo dal commensale della minore; né è chiaro se l'agitazione dei giovani avventori di quello specifico tavolo si fosse manifestata in maniera tale da consentire al ristoratore di richiamarli alla tranquillità, di invocare l'intervento dei loro genitori, oppure di espellerli dal locale in quanto avrebbero reso il servizio impossibile o eccessivamente rischioso.

²³¹ Tale ulteriore accertamento è fondamentale ai fini della risarcibilità del danno, come ricordato da Cass. Civ., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31957: «Non basta che un evento sia prevedibile, per imputarne il verificarsi a titolo di colpa a chi ha un obbligo di controllo, occorrendo anche che esso sia evitabile, in considerazione delle circostanze soggettive e oggettive del caso concreto. È onere, pertanto, di colui che agisca facendo valere la responsabilità omissiva altrui quello di dimostrare o almeno di allegare la ricorrenza di una colpa non solo specifica – violazione del precetto – ma anche generica, in quanto postulante la indagine circa le modalità della condotta attraverso i criteri di prevedibilità ed evitabilità» (massimata in *Guida al Diritto* 2019, XI, 49); vd. anche Cass. Civ., Sez. II, 19 ottobre 2015, n. 21117: «In tema di responsabilità contrattuale le conseguenze dell'inadempimento o del ritardo non dolosi sono limitate al danno che si poteva prevedere al momento in cui l'obbligazione deve essere eseguita, qualora esista un apprezzabile intervallo tra i due momenti. La verifica della prevedibilità del danno, che deve essere effettuata sulla base della regolarità causale, deve tenere conto delle circostanze di fatto, concretamente conosciute dal soggetto inadempiente» (massimata in *Guida al Diritto* 2016, I, 74).

²³² Sul punto, cfr. App. Brescia, Sez. I, 7 settembre 2021, n. 1098: «In tema di risarcimento del danno da inadempimento, l'imprevedibilità, alla quale fa riferimento l'art. 1225 c.c., costituisce un limite non all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare, determinando la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una determinata categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute».

5. Sintesi e conclusioni

È tempo di ripercorrere i principali contenuti della ricerca svolta e di trarre le relative conclusioni.

Il punto di partenza del nostro studio è costituito dalla ordinanza n. 9997/2020 della Cassazione (resa dalla VI Sezione Civile il 28 novembre 2019 e depositata in cancelleria il 28 maggio 2020, Pres. Frasca, Rel. Rossetti), nella quale la Suprema Corte esamina la funzione svolta dal caso fortuito a fronte dell'obbligo contrattuale, sussistente in capo al debitore, di prevedere o evitare il verificarsi di un dato *eventus damni*.

Partendo dal rescritto di Alessandro Severo del 225 d.C. conservato in C. 4.24.6 – ed indicato dalla Cassazione nel § 3.3 dell'ordinanza 9997/2020 come tassello cardine per la costruzione della figura giuridica del caso fortuito – abbiamo analizzato l'incidenza del *casus fortuitus* nell'ipotesi di *amissio* di un bene costituente oggetto di *pignus*²³³.

Dall'esegesi del passo sono emersi due fondamentali elementi che inducono a dubitare della genuinità del testo: la probabile matrice triboniana della locuzione '*casus fortuitus*'; la sospetta manipolazione del rescritto nel punto in cui l'*actio pigneraticia* viene indicata come *iudicium bonae fidei* (scandito, cioè, da una formula *in ius* munita della clausola di *bona fides*). Ripercorrendo le teorie di volta in volta formulate dagli Studiosi in ordine ad entrambe le questioni, abbiamo innanzitutto osservato che la supposta interpolazione del sostantivo '*casus*' mediante la giustapposizione dell'attributo '*fortuitus*' non altera la sostanza della regolamentazione giuridica elaborata dalla cancelleria imperiale ma, al tempo stesso, priva il rescritto del valore simbolico della costruzione classica della dottrina sul caso. Quanto al secondo problema, si è valutata l'opportunità di attuarne la portata, valorizzando la collocazione temporale e geografica del provvedimento: l'origine greca di Trophima (la richiedente il rescritto) potrebbe giustificare l'anticipazione, in territorio provinciale, della tutela pignoraticia mediante giudizio di buona fede.

²³³ Vd. *supra*, § 2.

All'esito dell'esame condotto su C. 4.24.6 abbiamo concluso che – seppure la specificità della questione in esso trattata non ne consenta la sovrapposizione alla fattispecie affrontata dalla Cassazione nell'ordinanza n. 9997/2020 – la *regula* riprodotta nel rescritto di Severo Alessandro (*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, nullo bonae fidei iudicio praestantur*) appare idonea a sintetizzare icasticamente il principio secondo cui il caso fortuito esclude la colpa del danneggiante, se non poteva essere previsto o evitato e se il responsabile aveva l'obbligo legale o contrattuale di prevederlo od evitarlo.

Successivamente, dopo aver operato un breve riferimento al diritto intermedio, ci siamo concentrati sull'analisi – fra le varie norme citate, dalla Cassazione, come direttamente tributarie dell'impostazione romana in tema di caso fortuito – degli artt. 1637, comma 1°, e 1805, comma 1°, cod. civ., i quali mostrano una spiccata coincidenza (sia formale, che sostanziale) con alcune fonti romane, rispettivamente Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9.2 e Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.4²³⁴.

Raccogliendo la suggestione sollevata dal Supremo Collegio, abbiamo tentato di approfondire ed estendere – oltre alle norme elencate nell'ordinanza n. 9997/2020 – la ricerca degli elementi di matrice romana, in tema di caso fortuito e responsabilità contrattuale, presenti nel codice civile italiano. Particolarmente complesso e significativo si è rivelato, in tale ottica, l'esame dell'art. 1635 cod. civ., la cui ricchezza di contenuti ha consentito di analizzare molteplici fonti (Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2-4, Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 19.2.25.6, C. 4.65.8), attraverso le quali risulta scandita l'evoluzione del pensiero romano di epoca classica in materia di incidenza del *casus* sugli obblighi nascenti *ex contractu*²³⁵. Abbiamo ultimato la rassegna con l'analisi dell'art. 1787 cod. civ. – in tema di responsabilità dei magazzini generali –, nel quale è agevole trovare una spiccata corrispondenza, nella forma e nella *ratio*, con una costituzione di Caracalla riportata in *Coll.* 10.9 e C. 4.65.1.

Nell'ultima parte dello studio sono stati esaminati i contenuti del § 3.4 dell'ordinanza ove la Cassazione, dopo aver indicato i criteri utili

²³⁴ Vd. *supra*, § 3.1.

²³⁵ Vd. *supra*, § 3.2.

all'accertamento, *in facto*, in ordine alla prevedibilità/evitabilità dell'*eventus damni*, richiama il contenuto di un passo del commentario all'editto del pretore di Ulpiano, trascritto in D. 9.2.11pr., mutuandone in parte la *ratio* ai fini della decisione del caso della minorenni ustionata²³⁶. Dall'analisi condotta è emerso che, pur di fronte a categorie della responsabilità diametralmente opposte (extracontrattuale, nel caso del *tonsor*; contrattuale, nel caso del ristoratore), il ragionamento sviluppato da Proculo – considerato alla luce del reticolato di parametri indicati nel passo del Digesto in questione – costituisce una base di partenza giuridicamente solida per la valutazione compiuta dal Supremo Collegio nel § 3.5 dell'ordinanza. Sulla scorta dei risultati raggiunti, possiamo svolgere alcune riflessioni conclusive, partendo dal provvedimento della Suprema Corte che costituisce la base del presente studio.

Letta con gli occhi dello storico del diritto, l'ordinanza n. 9997/2020 della Cassazione si presta, prima di ogni altra considerazione, ad alcune obiezioni legate alle inesattezze nelle citazioni romanistiche ivi contenute.

Intanto, il rescritto conservato in C. 4.24.6 non è riconducibile a Ottaviano, bensì all'imperatore Alessandro Severo (fra i due corrono ben tre secoli); inoltre i destinatari non sono «i prefetti del pretorio Fusco e Destro»²³⁷, ma una tale Trophima. Il differente quadro storico e la finalità particolare del rescritto, che viceversa nell'ordinanza della Suprema Corte sembra acquisire la portata generale di una *lex*, costituiscono precisazioni imprescindibili per la contestualizzazione del passo e per l'esame delle problematiche esegetiche che lo affliggono. Il principio '*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint [...] nullo bonae fidei iudicio praestantur*' – per quanto in linea di massima sia sufficiente a veicolare l'idea di fondo che l'evento di forza maggiore, imponderabile ed inevitabile, libera la parte contrattualmente obbligata a prevedere/impedire l'evento – all'esito di una opportuna indagine si è rivelato inidoneo, di fronte a fonti ben più emblematiche, a veicolare con completezza la posizione dei Romani rispetto all'impatto che il *casus* ha

²³⁶ Vd. *supra*, § 4.

²³⁷ Pag. 7 dell'ordinanza 9997/2020.

sul sinallagma contrattuale. Nel caso di Trophima, infatti, l'analisi della cancelleria sul *casus* è incidentale, e piuttosto finalizzata a risolvere le implicazioni di natura processuale della questione, con particolare riferimento ad uno specifico rito del *iudicium bonae fidei*.

Il confronto fra alcune norme del codice civile italiano in materia e le fonti romane con le quali le prime presentano palesi addentellati ha consentito di stabilire che la costruzione del principio '*casus a nullo praestantur*' andò incontro, durante l'epoca classica, ad una massiccia rimeditazione. Si giunse, infatti, alla progressiva introduzione della *bona fides* come criterio per la stima dell'effettiva incidenza del *casus* (divenuto poi, per i giustinianeî, *fortuitus*) sugli equilibri sinallagmatici e sul reciproco dovere delle parti di sopportare gli accadimenti irresistibili ma, ancorché fortuiti, astrattamente prevedibili e connaturati allo svolgimento di una data attività.

Per quanto concerne il passo del commentario all'editto del pretore di Ulpiano, trascritto in D. 9.2.11pr., abbiamo avuto modo di constatare che nel testo vengono riportate dal Maestro di Tiro le posizioni di molteplici giuristi (Mela, Proculo ed un terzo di controversa identità) e che la soluzione ritenuta più affidabile dalla Suprema Corte non è quella dell'autore del commentario, bensì di Proculo. Inoltre, benché vi sia sostanziale identità nella fattispecie pratica esaminata dalla Cassazione con quella del *tonsor*, l'inquadramento dogmatico risulta del tutto dissimile, in quanto i Romani si approcciano alla questione in termini di responsabilità aquiliana, mentre per i moderni si tratta di responsabilità contrattuale. Dal complesso di questi elementi si riceve la netta impressione che il lavoro di retrospezione compiuto dal Collegio per valorizzare il dato storico finisca, a tratti, per appiattirlo.

Tenendo ferma questa imprescindibile considerazione di carattere generale, il giudizio in ordine all'operazione compiuta dalla Corte è, a nostro avviso, tendenzialmente positivo. L'impalcatura su cui poggia il ragionamento dell'ordinanza, nel suo complesso, ci sembra solida nella misura in cui – al di là di sbavature e travisamenti che emergono all'esito di una più approfondita analisi – riesce a cogliere e veicolare i dati giuridici di fondo sulla cui base viene fondata la valutazione.

È inconsueta, da parte del Supremo Collegio, una tanto spiccata cura verso l'inquadramento storico, la cui valorizzazione viene appositamente compiuta per orientare, in maniera determinante e senza dubbio originale, la regolamentazione pratica della fattispecie: prescindendo dal grado di raffinatezza della riflessione sviluppata dalla Corte, l'ordinanza n. 9997/2020 costituisce un esempio di uso intelligente dei fondamenti romanistici del diritto contemporaneo per una completa ricostruzione delle figure giuridiche e per l'intercettazione delle *rationes* decisionali più adeguate e attinenti alla loro intima natura.

Non si tratta, a nostro avviso, di un mero esercizio di retorica auto-legittimante, bensì della ricerca, con finalità operative ben precise, di un'intima consapevolezza in ordine ai riflessi dell'esperienza storico-giuridica sulla struttura e sul funzionamento dei singoli istituti di diritto vigente, che andrebbe incoraggiata e, in ultima istanza, supportata mediante un costante e proficuo aggiornamento della magistratura (anche mediante la formazione istituzionale) in ordine al progresso della ricerca scientifica romanistica²³⁸.

²³⁸ Si segnala l'avvicinamento della scienza giuridica romanistica a tematiche quali il diritto dello spazio o la robotica, su cui vd. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle: A Roman Interpretation*, in *61st Colloquium on the Law of Outer Space (Bremen, Germany)*, 2018, online; M. FALCON, 'Res communes omnium' e diritto dell'"outer space". Contributo al dialogo sulla 'Roman Space Law', in *TSDP*, 12, 2019, 1 ss.; L. FRANCHINI, *Disciplina romana della schiavitù ed intelligenza artificiale odierna. Spunti di comparazione*, in *Dir. Merc. Tecn.*, XI, 2020, spec. 2 nt. 3, con indicazione dei contributi di Cantarella e Procchi; oppure i progetti di recupero della prospettiva storica per dare risposta alle sfide future del diritto, come 'ANTARes – A New Thinking About 'Res'. Roman Taxonomies in the Future of Goods'.

6. *Appendice*²³⁹

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE CIVILE – 3

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RAFFAELE FRASCA	- Presidente -
Dott. LINA RUBINO	- Consigliere -
Dott. FRANCESCO MARIA CIRILLO	- Consigliere -
Dott. MARCO ROSSETTI	- Rel. Consigliere -
Dott. GABRIELE POSITANO	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 4480-2018 proposto da:

(*omissis*), elettivamente domiciliato in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che lo rappresenta e difende;

– ricorrente –

contro

(*omissis*), (*omissis*), (*omissis*), elettivamente domiciliati in (*omissis*), presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che li rappresenta e difende;

– controricorrenti –

²³⁹ Il testo qui trascritto non segue la distribuzione tipografica presente nell'originale dell'ordinanza. I riferimenti alle singole pagine presenti nelle note del testo si riferiscono all'originale e non alla presente riproduzione, il cui scopo didattico è unicamente quello di agevolare la consultazione. Timbri, segni grafici, piè di pagina e colonne a margine vengono omessi di proposito.

avverso la sentenza n. 4460/2017 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 05/07/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 28/11/2019 dal Consigliere Relatore Dott. MARCO ROSSETTI.

FATTI DI CAUSA

1. Nel 2007 (*omissis*) e (*omissis*), dichiarando di agire sia in proprio che quali genitori esercenti la potestà genitoriale sulla figlia minore (*omissis*), convennero dinanzi al Tribunale di Roma, sezione di Ostia, (*omissis*), esponendo che la propria figlia minore (*omissis*), mentre si trovava all'interno del ristorante gestito dal convenuto, patì lesioni personali allorché uno dei camerieri, mentre serviva una pizza ancora fumante, la fece cadere sull'arto superiore della propria figlia, che ne restò ustionata.

Chiesero perciò la condanna del convenuto al risarcimento dei danni rispettivamente patiti.

2. Con sentenza 20 novembre 2008 n. 285 il Tribunale di Roma rigettò la domanda.

La sentenza venne appellata dai soccombenti; la Corte d'appello di Roma, con sentenza 5 luglio 2017, n. 4460 accolse il gravame.

3. Per quanto in questa sede ancora rileva, la Corte d'appello reputò che il gestore del ristorante dovesse ritenersi responsabile dell'accaduto ai sensi dell'articolo 1218 c.c.

La Corte d'appello ritenne dimostrato che *“effettivamente il rovesciamento della pizza sul braccio di (omissis) era stato cagionato da un caso fortuito e precisamente da un urto improvviso ed imprevedibile”*, inferto da un avventore alla cameriera intenta nel servizio ai tavoli, e che persona la quale aveva malaccortamente urtato la cameriera era uno dei commensali della danneggiata.

Soggiunse tuttavia la Corte d'appello che, dal momento che la vittima ed i suoi commensali costituivano una *“comitiva di giovani turbolenta”*, fosse per il gestore del ristorante *“del tutto prevedibile la possibilità che la*

cameriera fosse urtata da uno dei componenti del gruppo, di talché avrebbero dovuto essere adottate delle adeguate cautele ed attenzioni?”.

4. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da (*omissis*) con ricorso fondato su quattro motivi; hanno resistito con controricorso (*omissis*)

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Le parti resistenti hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per tardività.

Tale eccezione è infondata.

La sentenza impugnata è stata pubblicata il 5 luglio 2017.

Essa non è stata notificata per i fini di cui all'art. 325 c.p.c.

Poiché il presente giudizio è iniziato nel 2007, ed in ragione del suo oggetto non sfugge alla sospensione feriale dei termini, l'odierno ricorrente aveva a disposizione ai sensi dell'articolo 327 c.p.c., per proporre il proprio ricorso per cassazione, un anno e 62 giorni (in virtù del cumulo della sospensione feriale dell'anno 2017 e di quella dell'anno 2018), decorrenti dal 5 luglio 2017.

Il suddetto termine scadeva dunque il 5 settembre 2018, mentre il ricorso per cassazione è stato proposto il 2 febbraio 2018.

2. Col primo motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'articolo 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli articoli 1173, 1176, 1218 e 20143 c.c..

Luce che la Corte d'appello avrebbe dovuto qualificare la domanda proposta dagli attori come domanda extracontrattuale, ai sensi dell'articolo 2043 c.c., e di conseguenza addossare loro l'onere della prova della colpa e del nesso causale.

Sostiene, a tal riguardo, il ricorrente che il contratto di ristorazione ha ad oggetto unicamente la fornitura, da parte del ristoratore, delle pietanze e delle bevande; ne trae la conclusione che l'infortunio occorso ad un cliente durante il periodo in cui si trattiene nel ristorante, originato dalla condotta di un altro avventore, non rientrerebbe nella “programma contrattuale” cui si obbliga il ristoratore.

2.1. Il motivo è infondato.

Chi accede in un ristorante, stipulando *per facta concludentia* un contratto rientrante nel *genus* del contratto d'opera, ha diritto di pretendere dal gestore che sia preservata la sua incolumità fisica.

Il contratto di ristorazione, infatti, nella sua struttura socialmente tipica comporta l'obbligo del ristoratore di dare ricetto ed ospitalità ad all'avventore. In mancanza di questo elemento, non di contratto di ristorazione si dovrebbe parlare, ma di compravendita di cibi preparati o da preparare.

Nel contratto di ristorazione pertanto, come in quello d'albergo o di trasporto, il creditore della prestazione *affida* la propria persona alla controparte: e tanto basta per fare sorgere a carico di quest'ultima l'obbligo di garantire l'incolumità dell'avventore, quale effetto naturale del contratto ex art. 1374 c.c..

Ne può condividersi, a tal riguardo, quanto dedotto dal ricorrente a pagina 4, per ultimo capoverso, del proprio ricorso, e cioè che gli "obblighi di protezione" possono essere invocati soltanto quando "*l'esposizione al pericolo della persona del contraente rappresenti un corollario specifico di quel tipo contrattuale*".

Premesso che non è del tutto chiaro cosa debba intendersi per "corollario specifico" d'un contratto, va qui ricordato che gli effetti del contratto discendono:

- a) dalla volontà delle parti;
- b) dalla legge;
- c) dall'equità (art. 1374 c.c.).

Effetto derivante dalla legge, e quindi onnipresente in ogni contratto, è l'obbligo di salvaguardare l'incolumità fisica della controparte, quando la prestazione dovuta sia teoricamente suscettibile di nuocerle. Tale obbligo discende dall'art. 32 cost., norma direttamente applicabile (c.d. *Drittwirkung*) anche nei rapporti tra privati, e sussiste necessariamente in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di ospitalità o di trasporto di persone, ma anche in quelli – ad esempio – di albergo, di spettacolo, di appalto

(quando l'*opus* da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento di una pratica sportiva, di ristorazione.

3. Col secondo motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'articolo 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli articoli 2043, 2049 e 2697 c.c.; nonché degli articoli 40 e 41 c.p..

Al di là di tali riferimenti normativi, effettivamente non pertinenti rispetto al contenuto del motivo (pagine 5-8 del ricorso), nella illustrazione del motivo vengono formulate due distinte censure.

Da un lato si sostiene che la Corte d'appello ha erroneamente attribuito all'odierno ricorrente la responsabilità per l'accaduto, senza previamente individuare quale sarebbe dovuta essere la condotta alternativa corretta che questi avrebbe dovuto tenere, ovvero l'obbligo giuridico da lui violato.

Sotto altro profilo, il ricorrente deduce che la Corte d'appello ha violato le regole che disciplinano l'accertamento del nesso di causa. Sostiene essere stato accertato in punto di fatto, e comunque essere incontestato, che l'incidente si verificò perché la cameriera addetta al servizio ai tavoli venne urtata da un membro della comitiva cui si accompagnava la vittima, il quale "*in piedi si agitava scompostamente nella sala*"; e che il fatto del terzo, integrando gli estremi del caso fortuito, esclude il nesso di causa tra inadempimento e danno.

3.1. Nella parte in cui lamenta la violazione delle regole sulla causalità (materiale) il motivo è infondato.

Secondo il ricorrente, poiché il fatto del terzo costituisce un caso fortuito, esso esclude necessariamente il nesso di causa tra la condotta inadempiente (o, in caso di fatto illecito, tra la condotta colposa) ed il danno.

La tesi non può condividersi.

Nel caso di specie il danno è stato arrecato non dal terzo, ma dal personale dipendente del ristorante gestito dal convenuto.

Si è dunque trattato di un danno *corpore corpori illatum*, ed in virtù del principio di equivalenza causale la sussistenza del nesso era indiscutibile: quella di cui unicamente si poteva contendere era se il personale

dipendente del convenuto poteva o non poteva, con l'ordinaria diligenza, prevenire il fatto dannoso: giudizio che attiene però all'accertamento della colpa, non del nesso causale.

3.2. Nella parte in cui lamenta la violazione delle regole sulla colpa il motivo è fondato.

La Corte appello ha accertato in punto di fatto che la vittima si infortunò perché la cameriera che stava servendo le pietanze fu urtata da una terza persona, perse l'equilibrio e lasciò cadere una pizza bollente sul braccio della danneggiata.

Accertati questi fatti concreti, la Corte d'appello ha ritenuto che tale dinamica dell'accaduto non escludesse la responsabilità del ristoratore, così ragionando:

- (a) il fatto del terzo integra gli estremi del caso fortuito;
- (b) il caso fortuito non esclude la colpa dell'autore del danno, se la condotta del terzo sia prevedibile od evitabile;
- (c) nel caso di specie la "agitazione" dei ragazzi che componevano la comitiva presente nel ristorante era prevedibile, e si sarebbe potuta evitare da parte del ristoratore adottando "le adeguate cautele".

3.3. La prima e la seconda delle suddette affermazioni sono corrette, la terza invece costituisce, nel caso specifico, falsa applicazione degli artt. 1218 e 1176 c.c..

È certamente vero che il fatto del terzo può integrare gli estremi del caso fortuito, ed è altresì vero che il caso fortuito, per escludere la colpa del danneggiante, deve avere due caratteristiche:

-) non poteva essere previsto, né evitato;
-) il responsabile aveva l'obbligo (legale o contrattuale) di prevederlo od evitarlo.

Tali precetti, sebbene non espressamente dettati dal codice civile, discendono da una tradizione millenaria e sono del codice presupposti, più che imposti: basterà ricordare al riguardo che già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal *Codex Iustiniani*, Libro IV, Titolo XXIV, § 6, *De casu*

fortuito) sancì che “*quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (...), nullo bonae fidei iudicio praestantur*”.

Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio (“*casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare*”), e da questo pervenne immutato all’età delle codificazioni, ed ai codici attuali.

In questi, tuttavia, fu conservata la regola secondo cui il debitore è liberato dal caso fortuito (si vedano ad esempio gli artt. 1492, comma 3, c.c., in tema di perimento della cosa venduta; 1637 c.c., in tema di accollo da parte dell’affittuario del rischio di caso fortuito; 1686, comma 3, c.c. in tema di responsabilità del vettore; 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il “*cum praevideri non potuerint*” del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata.

Pertanto l’evento fortuito, ma prevedibile od evitabile, non libera l’autore del danno da responsabilità, contrattuale od aquiliana che sia (così, da ultimo, Sez. 3 -, Ordinanza n. 25837 del 31/10/2017, Rv. 646461 - 01).

3.4. La prevedibilità o l’evitabilità del caso fortuito, quando questo sia costituito dal fatto d’un terzo, non può essere risulta in astratto, ma va accertata in concreto. E l’accertamento in concreto di tali circostanze esige che si stabilisca *in facto*:

(a) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore “medio”, di cui all’art. 1176, comma secondo, c.c.), potesse con la diligenza da lui esigibile prevedere quel che sarebbe poi accaduto;

(b) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore “medio”, di cui all’art. 1176, comma secondo, c.c.), potesse concretamente adottare condotte diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta.

Anche questi principi sono pacifici da due millenni: la fattispecie oggi all’esame di questa Corte, infatti, riecheggia un celebre caso di cui riferisce Ulpiano (*Libri VXIII Ad Edictum*, in Dig., IX, 2, 11, pr., *si cum pila quidam luderent*), in cui si discuteva della responsabilità d’un barbiere che, mentre radeva un cliente, lo ferì alla gola perché colpito al braccio da un pallone, scagliato da ragazzi che giocavano nei pressi.

In quel caso il grande giureconsulto ritenne il barbiere in colpa non già per aver ferito il cliente, ma per avere scelto di esercitare la propria professione in un luogo dove *notoriamente* i ragazzi giocavano a palla.

Allo stesso modo, nel presente giudizio, l'affermazione della prevedibilità del caso fortuito si sarebbe potuta affermare solo a condizione che fosse accertata in concreto che l'urto inferto ad uno dei camerieri, da parte di un avventore, fosse una circostanza ampiamente prevedibile da qualunque ristoratore diligente.

Tale accertamento, però, nel caso di specie è mancato.

3.5. La sentenza impugnata, infatti, non ha accertato in concreto la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento dannoso, ma le ha postulate in astratto.

La decisione d'appello non ha indagato se la esagitazione della persona che urtò la cameriera fu subitanea o si protraesse nel tempo, in tal caso da quanto tempo; non è stabilito in che cosa sia consistita; non ha accertato se fu la cameriera ad avvicinarsi incautamente ad uno scalmanato, o se fu quest'ultimo a raggiungerla imprevedibilmente ed urtarla, allontanandosi dal posto fino a quel momento occupato; non è accertato se vi erano stati precedenti richiami all'ordine da parte del gestore del ristorante, o se questi avesse colpevolmente tollerato l'ineducazione dei suoi avventori.

In mancanza di questi accertamenti, la Corte d'appello ha falsamente applicato gli artt. 1176 e 1218 c.c., perché ha escluso *in iure* l'efficacia esimente del caso fortuito, senza accertare *in facto* se quel caso fortuito fosse prevedibile od evitabile.

4. Il terzo motivo di ricorso resta assorbito dall'accoglimento del secondo.

5. Col quarto motivo il ricorrente lamenta che la Corte d'appello abbia stimato il danno alla persona patito da (*omissis*) in euro 30.000 “*senza ulteriori motivazioni*”.

5.1. Il motivo è manifestamente fondato.

La Corte d'appello ha ritenuto che (*omissis*), in conseguenza dell'infortunio, patì “*non un danno funzionale, ma solo un danno estetico non emendabile*”, ed ha liquidato tale pregiudizio complessivamente nell'unitaria cifra di 30.000 euro.

Tuttavia la sentenza non indica in cosa consiste tale pregiudizio estetico; quale ne fu l'entità; se abbia causato solo una invalidità permanente od anche una invalidità temporanea; in che termini percentuali potesse stimarsi l'invalidità da esso provocata; attraverso quali criteri è pervenuta alla determinazione del suddetto importo.

La sentenza pertanto, oltre ad adottare una motivazione solo apparente, ha finito in tal modo per violare l'art. 1223 c.c., in quanto ha liquidato il danno non patrimoniale senza accertarne in concreto l'entità.

6. Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.q.m.

(-) accoglie il secondo ed il quarto motivo di ricorso; rigetta il primo; dichiara assorbito il terzo;

(-) cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sesta Sezione civile della Corte di cassazione, addì 28 novembre 2019.

Il Presidente
(*Raffaele Frasca*)

ABSTRACT

Il contributo prende le mosse dall'esame dell'ordinanza n. 9997/2020 della Corte di Cassazione nella quale viene esaminato il tema della funzione svolta dal caso fortuito a fronte dell'obbligo contrattuale, sussistente in capo al debitore, di prevedere o evitare il verificarsi di un dato *eventus damni*. Il ragionamento logico-giuridico appare sviluppato dal Collegio con particolare attenzione al dato storico, ritenuto essenziale per la soluzione del caso di specie in virtù della matrice romanistica dei principi in tema di caso fortuito presupposti al vigente codice civile italiano. Partendo dal rescritto di Alessandro Severo del 225 d.C. conservato in C. 4.24.6, si procede con l'analisi, in chiave storico-comparatistica, di alcuni articoli del codice civile, aventi ad oggetto il '*casus fortuitus*', i quali mostrano una spiccata coincidenza (stilistica e contenutistica) con le fonti romane. Nella parte finale del contributo, viene esaminato il passo del commentario all'editto del pretore di Ulpiano, trascritto in D. 9.2.11pr., anch'esso richiamato dalla Suprema Corte in relazione al caso esaminato, e se ne valuta l'incidenza ai fini della decisione assunta nell'ordinanza in commento.

The paper is based on the examination of the order no. 9997/2020 of the Corte di Cassazione in which is examined the issue of the function of the unforeseeable circumstances in relation to the contractual obligation, existing on the part of the debtor, to foresee or avoid the occurrence of a given *eventus damni*. The logical-legal reasoning seems to be developed by the Commission with particular attention to the historical data, considered essential for the solution of the case by virtue of the Roman matrix of the principles on the subject of unforeseeable circumstances presupposed by the current Italian civil code. Starting from the rescript of Alexander Severus of 225 AD preserved in C. 4.24.6, we proceed with the analysis, in a historical-comparative key, of some articles of the civil code, concerning the '*casus fortuitus*', which show a marked coincidence (both stylistic and of content) with Roman sources. In the final part of the contribution, the passage of the commentary on the edict of the praetor by Ulpian, transcribed in D. 9.2.11pr., also

recalled by the Corte di Cassazione in relation to the specific case, is examined and its impact evaluated for the purposes of the decision taken in the order.

PAROLE CHIAVE

caso fortuito; responsabilità contrattuale; diritto romano; Corte di Cassazione

unforeseeable circumstances; contractual liability; Roman law; Corte di Cassazione

CARLO DE CRISTOFARO

Email: carlo.decrisofaro@uniroma1.it

