

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Diritto privato e valori sociali in una
prospettiva diacronica

Giovanni Berti de Marinis, Maria Vittoria Bramante,
Alice Cherchi, Maria Cheri, Corrado Chessa,
Laura d'Amati, Carlo Dore, Maurilio Felici,
Angela Galato, Giovanni Gandino,
Anna Maria Mancaleoni, Marco Manna,
Raimondo Motroni, Rosanna Ortu,
Maria Pia Pignalosa, Giovanni Maria Uda

XXX

2025-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

A Eleonora Nicosia

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO, CONTEMPORANEO E DELL'ECONOMIA

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università Ca’ Foscari di Venezia)

Comitato di redazione

Maria Teresa NURRA (Caporedattrice – Università di Sassari)

Annamaria ABBRUZZESE (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università di Milano Statale); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Maria Alessandra IANNICELLI (Università Roma Tre); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università di Milano Statale); Raimondo MOTRO-

NI (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Marco BODELLINI (Università di Bergamo); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Maria Novella BUGETTI (Università di Ferrara); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Macerata); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Rosa CALDERAZZI (Università di Bari “Aldo Moro”); Valeria CAREDDA (Università di Cagliari); Maria Luisa CHIARELLA (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Alessandro CIATTI CÀIMI (Università di Torino); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università di Milano Statale); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università della Tuscia Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Claudia IRTI (Università Ca’ Foscari di Venezia); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Simone MEZZACAPPO (Università di Perugia); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Maria Concetta NANNA (Università di Bari “Aldo Moro”); Eleonora NICOSIA † (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Carmela ROBUSTELLA (Università di Foggia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Pieremilio SAMMARCO (Università di Bergamo); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLO (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università Ca’ Foscari di Venezia); Domenico SICLARI (Sapienza Università di Roma); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Noah VARDI (Università Roma Tre); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILLOTTO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-688-5

© 2025, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2025, luglio-dicembre, pubblicato online il 30 luglio 2026.

I contributi del presente volume di cui sono autori Giovanni Berti de Marinis, Corrado Chessa, Raimondo Motroni e Maria Pia Pignalosa sono pubblicati a cura di Paoloefisio Corrias e costituiscono la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del Convegno “Il diritto civile della finanza: principi, mercato, contratti e sostenibilità. Riflessioni in occasione della pubblicazione del volume I contratti del mercato finanziario di Daniele Maffei”, tenutosi a Cagliari il giorno 9 maggio 2025.

INDICE

Diritto privato e valori sociali in una prospettiva diacronica

LAURA D'AMATI, In memoriam. <i>Eleonora Nicosia</i>	p. 351
GIOVANNI BERTI DE MARINIS, <i>Il neoformalismo nei contratti finanziari</i>	p. 353
CORRADO CHESSA, <i>La responsabilità dell'intermediario per fatto del consulente o del preposto</i>	p. 367
RAIMONDO MOTRONI, <i>L'«oro da investimento» nei canali distributivi bancari</i>	p. 373
MARIA PIA PIGNALOSA, <i>Scommesse autorizzate e razionalità</i>	p. 397
MARIA VITTORIA BRAMANTE, <i>La condizione della donna in epoca romana. Il contributo dei testimoni della cultura materiale e giuridica da Ercolano antica</i>	p. 407
ALICE CHERCHI, <i>Ancora sul perfezionamento del mutuo nel cd. contractus mohatrae: tra divergenze «apparenti» ed elaborazioni bizantine. La riflessione di Stefano</i>	p. 441
MARIA CHERI, <i>Metodologie, esperienze e pratiche della ricerca storico-giuridica: le fonti (Bertinoro 24-26 luglio 2025)</i>	p. 477
CARLO DORE, <i>Patto commissorio, patto marciano e «articolazioni sequenziali» di prestazioni sussidiarie attuative del rapporto obbligatorio</i>	p. 485
MAURILIO FELICI, <i>Schiavi affrancati e relazioni con i patroni a Roma e nelle realtà provinciali dell'impero</i>	p. 511

ANGELA GALATO, <i>Valutazione automatizzata di appropriatezza e tutela dell'investitore</i>	p. 535
GIOVANNI GANDINO, <i>Transizione energetica e terzo settore. Le potenzialità applicative della fondazione di partecipazione nell'ambito delle comunità energetiche rinnovabili</i>	p. 549
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>I magazzini generali alla luce della Legge Modello UNCITRAL/UNIDROIT "on warehouse receipts"</i>	p. 561
MARCO MANNA, <i>L'Ars loquendi dell'avvocato. Prime considerazioni tra deontologia e tecnica della persuasione giudiziaria</i>	p. 595
ROSANNA ORTU, <i>Os vitia animi do servus no edito de mancipiis emundis vendundis. Categoria jurisprudencial e tutela do comprador</i>	p. 617
GIOVANNI MARIA UDA, <i>Introduzione a Mario Segni, Autonomia privata e valutazione legale tipica, Padova, 1972</i>	p. 643

In memoriam
Eleonora Nicosia

Laura d'Amati

“Scusa, ma io te la posso dire una cosa?”. Era questa la domanda che Eleonora mi poneva ad ogni incontro e ad ogni telefonata, nel bel mezzo di un qualsiasi discorso. Una sorta di intercalare, che lasciava trasparire il garbo e l'innata gentilezza che la contraddistinguevano.

Non sapevo nulla della sua malattia: è andata via in punta di piedi, così come è vissuta, qualche giorno prima di Natale dello scorso anno, a soli 57 anni.

Il nostro legame, caratterizzato da affetto sincero e stima reciproca, è nato e si è consolidato grazie all'assidua partecipazione ai seminari organizzati da Mario Talamanca e da Luigi Garofalo a Canazei e a Cortina d'Ampezzo, continuati negli anni successivi a Bressanone, tradizionale propaggine patavina, rivolti ai giovani studiosi della disciplina; e il valore aggiunto di questo legame era dato dall'essere entrambe figlie di grandi Maestri, dai quali abbiamo potuto apprendere il rigore e la sensibilità giuridica, senza mai godere di alcun privilegio.

Eleonora ha mosso i suoi primi passi a Catania, come allieva di Franca La Rosa. Al 2000 risale la sua prima pubblicazione sulla *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, in tema di *manumissio per epistulam*. La partecipazione ai seminari romanistici del 2006, dedicati alla compravendita e all'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano, ha fatto spostare la sua attenzione verso questo ampio settore di ricerca che l'ha tenuta occupata per diversi anni, nei quali ha pubblicato un buon numero di lavori. Leitmotiv delle sue indagini è stato inizialmente quello dell'*in diem addictio*: ha pubblicato così un primo contributo, *'Utilitas contrahentium' e 'in diem addictio'* nel volume frutto di quei seminari (in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007), poi un altro contributo in volume, *D. 18.2.15.1 e l'“in diem addictio”: difficoltà offerte dal testo e proposte di emendamenti* (in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano, 2007), e infine la bella monografia del 2013, dal titolo *'In diem addictio' e lex commissoria*, per i tipi della Libreria Editrice Torre di Catania, che appare come uno sviluppo della monografia di esordio del 2009, pubblicata con la stessa casa editrice, dal titolo *'Sub condicione resolvitur. Le clausole di riso-*

luzione nella *'emptio venditio'*. La dedica alla mamma ricorda un dolore che tanto ha segnato la sua vita.

Legati ai temi degli stimolanti seminari di Bressanone sono stati anche i contributi *'Actio in rem'* e *'actio in personam'* nella impostazione di Gaio (in *'Actio in rem e actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011), *L'espressione 'ut optima lege e la 'dictio-creatio' del 'dictator'* (in *La dittatura romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2017), e *Sulla non intenzionalità nella repressione criminale romana* (in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I, *Le discipline generali*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022). Della discussione dei primi risultati del lavoro sulla dittatura, svoltasi in una cornice del tutto particolare quale quella veneziana dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere e Arti, in occasione delle giornate in ricordo di Alberto Burdese (29-30 aprile 2016), ho vivido il ricordo. La relazione che Eleonora aveva tenuto era stata particolarmente brillante, solida nei riferimenti scientifici. Era emozionata quel giorno, tanto.

Eleonora ha pubblicato anche una serie cospicua di saggi in volumi collettanei di ampia diffusione o in riviste di prestigio, dimostrandosi una studiosa di intelletto versatile, capace di spaziare nei vari campi del diritto. Ricordo a tal proposito *Moriuntur ut servi?*⁹ *Un aspetto rilevante della condizione giuridica dei 'Latini Iuniani'* (in *Filia, Scritti per Gennaro Franciosi*, III, a cura di F.M. d'Ippolito, Napoli, 2007); *'Promissio iurata liberti'?*⁹ (in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 66, 2013); *'Actio negativa e actio negatoria'* (in *Iura*, 61, 2013); *'Manlius adulescens' (e la lex Voconia)* (in *Scritti per Alessandro Corbino*, V, a cura di I. Piro, Tricase, 2016); *'Si paret Aulo Agerio ius esse altius tollere': una proposta di ricostruzione* (in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 111, 2017), *La condición resolutoria en los actos jurídicos* (in *RIDROM, Revista Internacional de Derecho Romano*, 21, 2018); *Effettività della tutela nell'esperienza processuale romana: alcuni esempi* (in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara, Torino, 2021); e *L'iniuria' alla 'uxor'* (in *Iura and Legal Systems*, 10/2, 2023). Conclude questa rassegna una snella monografia pubblicata nel 2020, dal titolo *Un 'alieni iuris' titolare della 'manus' sulla 'uxor'*.

Le vicende della vita seguono percorsi per noi sempre insondabili e «la morte, maldestra, intromette la sua ultima parola / a sproposito: ma non c'è vita / che almeno per un attimo / non sia stata immortale. / La morte / è sempre in ritardo di quell'attimo»¹: e non solo grazie ad un attimo Eleonora è ancora qui con noi.

¹ W. SZYMBORSKA, *Sulla morte senza esagerare*, in *La gioia di scrivere. Tutte le poesie (1915-2009)*, trad. it. Milano, Adelphi, 2009, leggermente modificata.

Il neoformalismo nei contratti finanziari

Giovanni Berti de Marinis

Sommario: 1. Il neoformalismo contrattuale. – 2. Il neoformalismo nei contratti bancari e finanziari: le problematiche connesse alla validità dei c.dd. contratti monofirma. – 3. Evoluzione del vincolo formale da elemento di struttura del contratto a strumento atto a procedimentalizzare la conclusione dei contratti bancari e finanziari. – 4. Spunti di riflessione sulle disposizioni emergenziali in tema di sottoscrizione semplificata dei contratti bancari e finanziari.

1. *Il neoformalismo contrattuale*

La lettura del bel volume di Daniele Maffei dal titolo *I contratti del mercato finanziario* offre molti interessanti spunti per tornare su una delle problematiche più attuali che sono emerse all'interno dell'ordinamento italiano che è quella relativa all'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha riguardato i profili formali dell'autonomia negoziale¹. Le disposizioni di settore, con sempre maggiore intensità, assoggettano la valida conclusione dei contratti a vincoli di natura formale² che, spesso sotto la spinta del legislatore comunita-

¹ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2024, p. 254 ss.

² G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XXVI, Torino, 2006, p. 796; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Padova, 2006, p. 1; U. SALVESTRONI, *Spunti sul vecchio e nuovo formalismo*, in AA. Vv., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 2255 ss.; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 63 ss.; R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 99 ss.; F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in M. PENNASILICO (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, p. 25 ss. In tal senso la dottrina ha notato un'evidente evoluzione del vincolo di forma soprattutto in merito alle funzioni che lo stesso sembra ormai essere orientato a realizzare: P. PERLINGIERI, *La forma legale del licenziamento individuale come «garanzia»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 1069 ss.; V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino-Napoli, 1994, p. 538; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 74 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Camerino-Napoli, 1999, p. 243 ss.; T. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Camerino-Napoli, 2006, p. 65 ss.; S. POLIDORI, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 702 ss.; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*,

rio³, si colorano di finalità e funzioni nuove ed ulteriori rispetto a quelle che comunemente si assegnano alla forma del contratto⁴.

La normale mutevolezza che caratterizza la disciplina dell'autonomia negoziale la quale, per ovvie ragioni, tende ad adattare il contratto alle sempre diverse esigenze socio-economiche che emergono in una certa epoca⁵, sembra quindi contrassegnare anche l'elemento formale il quale si evolve di pari passo all'evoluzione della società⁶.

Milano, 2008, p. 113 ss.; S. PAGLIANTINI, *La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti: textform, forme di protezione e struttura del contratto*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, p. 108 ss.; L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 16 ss. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione dei vincoli formali e della loro portata, si rinvia a A.M. SINISCALCHI, *Solemnitates e probationes all'alba della prima codificazione italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 378 ss.

³ Nonostante la normativa comunitaria abbia dato un deciso contributo all'introduzione di vincoli formali, non può tacersi l'autonoma attenzione riservata dal legislatore nazionale alla tematica delle forme negoziali. Si veda, ad esempio l'evoluzione che ha subito, per esigenze evidentemente protettive, il contratto di locazione. In merito v. M. BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004, p. 122 ss.; M. FALABELLA, *Locazione abitativa conclusa verbalmente e nullità dedotta dal locatore*, in *Giur. merito*, 2009, p. 653 ss.; A. PIRAS, *Locazione di immobili adibiti ad uso abitativo stipulata verbalmente e validità del contratto*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 144 ss.; N. SCRIPPELLITI, *Locazione di fatto e nullità per violazione di forma scritta*, in *Arch. loc. cond.*, 2010, p. 630 ss.; A.M. SINISCALCHI, *La violazione dell'onere di forma nella locazione abitativa*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 826 ss.; M. TREPPAOLI, *La nullità per difetto di forma di un contratto di locazione abitativa a scopo transitorio*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, p. 132 ss.; F. FERRARA, *Locazione abitativa e forma scritta*, in *Contratti*, 2016, p. 468 ss.; S. BELLETTATO, *Locazione abitativa e obblighi di forma*, in *Studium iuris*, 2016, p. 207 s.; P. LAGHI, *Forma "ad essentiam" e nullità di protezione: declinazioni funzionali della forma nelle locazioni ad uso abitativo*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 256 ss.

⁴ N. IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, p. 28 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 79 ss. Per qualche considerazione generale sulla rinnovata tendenza al formalismo, si veda anche G. ALPA, *La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 461 ss.

⁵ La problematica rientra in quella, più generale e articolata, che autorevole dottrina ha definito come «complessità dell'ordinamento». Si veda, in tal senso, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 15 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 180 s.

⁶ Si pensi, rimanendo nell'ambito degli elementi essenziali del contratto, all'evoluzione subita dalla causa nelle riflessioni della dottrina e giurisprudenza interna che tende a valorizzarne la portata contrapposta all'altrettanto palese tendenza da parte della dottrina europea – chiaramente riscontrabile nelle varie elaborazioni di norme contrattuali comuni – ad eliminare tale elemento da quelli considerati essenziali per la valida conclusione di un contratto. Su tali problematiche, senza pretesa di esaustività, G. GANDOLFI, *Il progetto "pavese" di un codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 465; R. RASCIO, *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss.; G.B. FERRI, *Validità e patologie nel Code Européen des contrats*, *ivi*, 2005, p. 929 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in ID. (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005, p. 1 ss.; P. PERLINGIERI e R. PANE, *Causa*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Napoli, 2007, p. 373 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 109 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p.

Tale nuova tendenza ad imporre la necessaria formalizzazione dell'autonomia negoziale va inquadrata nel fenomeno che la dottrina ha definito con il termine di «neoformalismo» contrattuale⁷ il quale riassume in sé tanto il proliferare quantitativo di vincoli formali quanto, soprattutto, la loro marcata funzionalizzazione quali strumenti di tutela del contraente debole⁸. Quando si parla di «neoformalismo», infatti, non si allude esclusivamente ai precetti che impongono la forma scritta per la conclusione del contratto⁹ ma anche a tutti quei vincoli contenutistici, redazionali e lessicali che tanto nella fase contrattuale quanto in quella precontrattuale – pur con le peculiarità che caratterizzano il singolo elemento «neoformale» –, condividono la medesima finalità: rafforzare la tutela del contraente debole¹⁰.

Un ritorno alla necessaria formalizzazione dei negozi¹¹ che, rallentando

273 ss.; U. LAPORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010, p. 48 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 898 s.

⁷ È il caso di segnalare come il termine «neoformalismo» riassume in sé una molteplicità di vincoli – fra i quali la forma scritta del contratto, la necessaria formalizzazione delle informazioni precontrattuali e di quelle da fornire durante l'esecuzione del contratto, le formalità richieste per l'esercizio del diritto di recesso, i vincoli contenutistici riguardanti tanto il contratto quanto le informazioni, ecc. – che hanno in comune la finalità di proceduralizzare l'autonomia negoziale al fine di tutelare il contraente svantaggiato. Su tale profilo, v. F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al principio di trasparenza*, in *Id.*, *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 94, ove afferma: «il formalismo diviene pretesa alla “oggettiva conformità” alle prescrizioni dell'ordinamento, quali che siano». Da ultimo, su tale fenomeno, v. E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018, *passim*.

⁸ Tale irrigidimento formalista è stato notato, fra gli altri, da V. RIZZO, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli, 2003, p. 620 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e fra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 48 ss.; G. MARINO, *La forma del contratto fra codice civile e normativa comunitaria (seconda parte)*, in *Dir. form.*, 2003, p. 1775; S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto, appunti per una voce*, in *Studi senesi*, CXVI, 2004, p. 116; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 767 ss.; U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 535 ss.; F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 872 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 119 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNV* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 221 ss. e spec. p. 231 ss.

⁹ Per una distinzione fra forma e formalità dell'atto di autonomia, S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, cit., p. 25 ss.

¹⁰ Sul punto v. S. PAGLIANTINI, art. 1350, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 2011, p. 18 ss. Con diversità di opinione, cfr. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., pp. 127 ss. e 251 ss.

¹¹ In tal senso U. BRECCIA, *La forma*, cit., p. 536, ove nota: «che l'abbandono del formalismo abbia agevolato il commercio nel primato della buona fede e dell'equità è, fin dai tempi lontani, un fatto documentato, ma non rispecchia per intero le successive e diversificate tendenze di sviluppo dei mercati». Nello stesso senso M. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, cit., p. 112, la quale afferma: «si è pertanto osservato che il ritorno delle forme ha segnato un capovolgimento rispetto al trend introdotto dal diritto moderno che, sotto la spinta delle

l'autonomia negoziale, si prefigge l'obiettivo di assottigliare l'intrinseco disequilibrio che caratterizza determinati rapporti contrattuali¹².

Emerge, dunque, l'attuale costante implementazione di vincoli formali in ambiti prima lasciati alla totale libertà di forma che è figlia del fatto che la massificazione delle negoziazioni ha determinato l'instaurarsi di una profonda distanza fra contraenti imponendo, fra le altre cose, un ritorno alla forma (*rectius*: al formalismo) volto proprio ad indurre il contraente debole a non farsi risucchiare nel gorgo di negoziazioni non del tutto consapevoli¹³. Cambia quindi il ruolo assegnato all'elemento formale: non più una forma equidistante ma una forma schierata dalla parte del contraente aderente. In una parola, una «forma di protezione»¹⁴.

Va inoltre notato come, modernamente, i nuovi vincoli di forma si concentrano su negozi che hanno ad oggetto beni mobili e, soprattutto, servizi. Scompare quindi il costante parallelismo fra forma e trascrizione che lascia il passo a più elaborate ricostruzioni che pongono in connessione il vincolo formale con le conseguenze rimediali derivanti dalla sua violazione. All'endiadi forma/trascrizione¹⁵ si sostituisce quella forma/nullità (o, per meglio dire, forma di protezione/nullità di protezione) con tutte le difficoltà ermeneutiche che tale passaggio sta determinando.

Una forma che, come a breve si vedrà, appare sempre più qualificabile quale ritorno ad un formalismo che fuoriesce dal contratto per abbracciare, di regola, l'intera negoziazione che appare costantemente scandita dalla previsione di oneri formali dal primo contatto fra i futuri contraenti fino alla conclusione dello stesso. La forma, cioè, è elemento percepibile all'interno dell'intero procedimento che porta due soggetti a vincolarsi reciprocamente attraverso un contratto.

Tutto ciò rende evidente come le peculiarità che caratterizzano l'elemento formale nell'attuale assetto ordinamentale non possano essere correttamente ricostruite senza dare primaria rilevanza alla rinnovata funzione assolta dal vincolo. La forma, cioè, è uno strumento necessario a perseguire un fine che ne condiziona profondamente la disciplina sia sostanziale che sanzionatoria¹⁶.

esigenze del commercio, aveva premuto per liberarsi di elementi di intralcio alla speditezza e la certezza dei traffici, tra i quali, in special modo, i rigori di tipo formale».

¹² E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 597.

¹³ Cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 4; F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al principio di trasparenza*, cit., p. 90.

¹⁴ Sul punto, A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1117 ss.

¹⁵ Tale aspetto risulta evidente negli stessi lavori preparatori al Codice civile in relazione all'art. 1350 c.c.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 45: «ogni come del diritto ha sempre un perché giuridicamente rilevante». V., di segno opposto, le considerazioni di N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 88 s., il quale afferma: «lo scopo è stato valutato nella fase nomogenetica, e ora appare dimenticato e trasceso

2. Il neoformalismo nei contratti bancari e finanziari: le problematiche connesse alla validità dei c.dd. contratti monofirma

Volendo però circoscrivere l'attenzione al moderno atteggiarsi della forma all'interno dei contratti finanziari, va segnalato che tali riflessioni appassionano oggi gli studiosi del diritto civile sollecitati, in particolare, dal recente arresto delle Sezioni unite in tema di contratti di investimento c.dd. monofirma intendendo per tali quei negozi sui quali, in apparente contrasto con quanto disposto dall'art. 23 t.u.f.¹⁷, figura esclusivamente la sottoscrizione del cliente e non quella dell'intermediario¹⁸. Il contrasto giurisprudenziale sulla materia portato all'attenzione del supremo consesso¹⁹, risolto poi nei medesimi termini

nella struttura dell'atto. "Che cosa è" non "perché è": conta ciò che è chiesto ("requisito"), non perché è chiesto».

¹⁷ La disposizione richiamata, nell'affermare che «I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto [...] e un esemplare è consegnato ai clienti» e che la loro eventuale informalità è sanzionata con la nullità relativa, è stata interpretata da una parte della dottrina come una disposizione che non impone un vincolo di forma scritta *ad substantiam* da assolvere necessariamente nelle forme della scrittura privata. La norma introdurrebbe, sotto pena di nullità, un mero onere di documentazione. In questo senso sembra esprimersi, da ultimo, S. PAGLIANTINI, *Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 729 ss. In generale, per una prima ricostruzione del tema, R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 778 ss.; A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, *ivi*, 1993, I, p. 298; R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim.*, 1993, p. 719 ss.; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 1 ss.; G. ALPA, *Decreto Eurosim: la tutela dei consumatori*, in *Soc.*, 1996, p. 1062 ss.; V. ROVITO, *art. 23*, in G.F. CAMPOBASSO, *Testo unico della finanza. Commentario*, I, Torino, 2002, p. 199; M. MIOLA, *art. 24*, *ivi*, p. 216; A. URBANI, *Forme di tutela del cliente*, in F. Capriglione (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, I, Padova, 2005, p. 316 ss.; P. MORLUPO, *La questione della forma dei servizi d'investimento*, in L. DI NELLA (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, Napoli, 2007, p. 87 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 246; M.G. BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688 ss.; A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo remediale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2336 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Forma degli ordini e dovere di diligenza nel Testo Unico della Finanza*, in *Rass. giur. umbra*, 2009, p. 1 ss.; ID., *L'invalidità formale nei contratti di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 37 ss.

¹⁸ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 255 ss.

¹⁹ Si tratta dell'ordinanza di rimessione Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 535, con nota di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale* e con nota di M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*. L'ordinanza è stata altresì pubblicata in *Contr.*, 2017, p. 398 con nota di D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*. Va segnalato che tale ordinanza, non rimette alle Sezioni unite la questione sulla scorta di un contrasto giurisprudenziale di per sé inesistente, ma quale questione di massima importanza. In argomento v., diffusamente, S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e*

che di seguito si vedranno anche in relazione ai vincoli formali che l'art. 117 t.u.b. impone per i contratti bancari²⁰, si compone, di fatto, in due distinti filoni. Il primo, di gran lunga maggioritario, aveva affermato la nullità dei contratti monofirma escludendo, di conseguenza, sia che tale carenza potesse essere sanata attraverso la dichiarazione del cliente di aver ricevuto una copia del contratto sottoscritta dal professionista, sia che potesse avere efficacia sanante la produzione in giudizio del contratto da parte dell'intermediario²¹. Il secondo, minoritario all'interno della giurisprudenza di legittimità²² ma comunque presente nelle pronunce di merito²³, propendeva invece per qualificare come assolto il vincolo di forma con la sola sottoscrizione da parte del cliente evidenziando la natura meramente informativa del suddetto vincolo²⁴.

Le sezioni unite²⁵, affievolendo la rigidità del vincolo formale imposto dall'art. 23 t.u.f.²⁶, affermano la piena validità dei contratti monofirma e giun-

creatività giurisprudenziale), in *Contr.*, 2017, p. 679 ss.; G. LA ROCCA, *La "forma informativa" innanzi alle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, c. 2740 ss.

²⁰ V., fin d'ora, Cass., 2 aprile 2021, n. 9196, in *www.dejure.it*.

²¹ Fra le altre, Cass., 24 febbraio 2016, n. 3623; Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, nn. 8395 e 8396; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331 tutte in *www.dejure.it*. Con riferimento ai contratti bancari e, segnatamente, all'analogo vincolo formale stabilito dall'art. 117 del d.lg. 24 settembre 1993, n. 385, v. Cass., 3 gennaio 2017, n. 36, in *www.dejure.it*. Sul punto, v. le considerazioni di D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit. p. 261.

²² Si segnala, quale isolato precedenti, Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in *www.dejure.it*.

²³ Con diversità di motivazione, v. Trib. Roma, 4 febbraio 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 13 maggio 2013, *ivi*; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2013, in *Corr. giur.*, 2014, p. 63; Trib. Venezia, 8 luglio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3606; A. Venezia, 28 luglio 2015, in *Foro pad.*, 2016, p. 202, con nota di C. DI MIELE, *Il ruolo della forma nei contratti di intermediazione finanziaria nel caso di carenza di sottoscrizione*; App. Napoli, 28 dicembre 2016, in *www.dejure.it*.

²⁴ Ricostruisce lo stato della dottrina e della giurisprudenza sul punto, P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 165 ss.

²⁵ Cass. Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 275 con nota di A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. monofirma*, e di M.L. CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*. Senza pretesa di esaustività, v. su tale pronuncia, G. D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 138 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma e modalità di un'informazione materializzata? Le SS. UU. Ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.*, *ibidem*, p. 143 ss. In senso analogo, Cass., Sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1653, in *www.dejure.it*; L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1283 ss.; R. AMAGLIANI, *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018*, n. 898, in *Contr.*, 2018, p. 149 ss.

²⁶ È interessante notare come, secondo parte della dottrina, tale esigenza di affievolimento del rigore formale sia necessaria proprio per non imbrigliare eccessivamente l'interesse del mercato a concludere affari. Si sofferma su tale esigenza, C. MEDICI, *Sulla (contestata) validità dei contratti bancari aventi ad oggetto servizi di investimento sottoscritti dal solo cliente: monofirma allo sbaraglio?*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 293. Il punto appare rilevante se messo in diretta relazione con le ragioni che, vigente il Codice del commercio, spingevano la dottrina dell'epoca a ritenere i vincoli formali delle inutili e controproducenti limitazioni. Sul punto, v. *supra*.

gono a tale conclusione proprio valorizzando la funzione assolta dal vicolo di forma. Essendo questo individuato nell'esigenza di informare, afferma la Corte, nessun apporto funzionale può essere dato alla sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario ove lo stesso abbia consegnato una copia del negozio al cliente.

La sentenza è particolarmente controversa ma, a prescindere dalla correttezza o meno della soluzione, è innegabile una maggiore ed opportuna sensibilità della giurisprudenza verso l'esigenza di verificare il «perché» di un determinato vincolo formale al fine di individuare la sua disciplina sostanziale e sanzionatoria. Ma appare evidente, stando all'impostazione da ultimo assunta dalla Cassazione, come la forma di cui all'art. 23 t.u.f. – e connesse normative di settore – da forma del contratto si converte in un formalismo (redazione del contratto per iscritto, sua consegna al cliente ed acquisizione della firma di quest'ultimo)²⁷ fatto di adempimenti che si inquadrano proprio in quel «giusto processo di formazione del contratto» che funzionalizza ogni passaggio al raggiungimento del risultato prescelto sanzionando le eventuali violazioni solo se – e nella misura in cui – le stesse siano in grado di compromettere il raggiungimento dello scopo.

Nel ribadire l'astratta condivisibilità del metodo applicato dalla sentenza menzionata, non può mancarsi di rilevare come l'esattezza della decisione finale dipenda, però, dalla corretta individuazione di quelle che sono le funzioni assolute dal vincolo formale nell'ambito del procedimento progressivo di formazione del contratto all'interno di quello specifico mercato di riferimento²⁸.

Non sembra corretto, sotto tale punto di vista, affermare che le finalità assolute dal vincolo formale siano esclusivamente informative riguardando anche, al contrario, la necessità di far fronte ad esigenze di certezza del diritto che, soprattutto all'interno di rapporti negoziali complessi e che si protraggono nel tempo con costanti e significative modifiche diacroniche, appare elemento da salvaguardare²⁹. Tale obiettivo, forse, potrebbe essere raggiunto

²⁷ Cfr., A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, cit., p. 279 il quale parla di una forma-dovere di comportamento che non integra un requisito strutturale dell'atto. In senso analogo, G. D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro*, cit., p. 140 ss.

²⁸ È evidente che se si dovesse ritenere che la forma prescritta all'art. 23 t.u.f. abbia solo ed esclusivamente valore informativo, non vi sarebbe alcuna criticità nel ritenere il vincolo formale assolto anche attraverso la mera sottoscrizione del cliente con contestuale consegna di una copia del contratto. Questa è la posizione da ultimo espressa da C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 741 ss.

²⁹ Sul punto v., da ult., le riflessioni di F. DI CIOMMO, *Sulla giustizia ingiustizia (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 255 s. *Contra*, A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 662, il quale ritiene assente tale funzione a causa dell'assenza, in tale ambito, di regimi pubblicitari e, pertanto, ritiene che tale vincolo di forma realizzi esclusivamente funzioni di conoscibilità del contenuto negoziale.

con maggiore facilità riconoscendo la validità dei soli contratti sottoscritti da entrambe le parti³⁰. Stando al disposto delle Sezioni unite, infatti, si avrebbe una completa riarticolazione del procedimento di formazione del contratto che si comporrebbe della redazione per iscritto dello stesso, della sua sottoscrizione da parte del cliente con contestuale consegna di una copia del negozio e dell'inizio dell'esecuzione del regolamento contrattuale da parte del soggetto professionale³¹. Una nuova «liturgia» nella formazione dei contratti finanziari che, di fatto, degradano la forma vincolata da elemento essenziale del contratto a fattore squisitamente procedurale reinterpretandola quale mero strumento di documentazione di un accordo che contribuisce a formare unitamente agli altri elementi che devono ricorrere³².

Il problema da porsi è, però, che ruolo giochi la sottoscrizione della controparte qualificata in relazione al raggiungimento delle molteplici finalità assolute dal vincolo formale imposto dall'art. 23 tuf³³. Sotto tale profilo, va segnalato come il cliente sia sovente fortemente interessato ad ottenere l'esecuzione del contratto rispetto alla quale l'esplicita assunzione da parte dell'intermediario tramite la sottoscrizione degli obblighi ivi cristallizzati appare di non secondaria importanza. L'assenza della sottoscrizione all'interno di tali contratti determina infatti delle incertezze che possono pregiudicare il cliente che, legittimamente e correttamente, voglia far valere i diritti scaturenti dal rapporto negoziale. Ci si dovrà chiedere, all'interno di un contratto monofir-

³⁰ In questo senso, P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1480; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario*, cit., p. 558; G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 27 ss. La superfluità della sottoscrizione del professionista è invece difesa da M.L. CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*, cit., p. 299 ss.; U. SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 734 ss. e spec., p. 735 ove evidenzia come imponga la sottoscrizione anche al professionista agevola significativamente la possibilità per il cliente che, lungi dal voler far valere l'invalidità di uno o più ordini, «intenda far valere l'inadempimento di un eventuale obbligo dell'intermediario, preliminare all'investimento e discendente direttamente dal regolamento contrattuale: prodotto in giudizio il documento in suo possesso, non sottoscritto dall'intermediario, il cliente si potrebbe trovare a dover contrastare una eventuale difesa che neghi la riferibilità del contratto, e quindi dello specifico obbligo, allo stesso intermediario». Cfr., sul punto, anche M. MUSSUTO, *Contratto quadro monofirma: per le Sezioni Unite è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore*, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*, 2018.

³¹ Le Sezioni unite, nell'esprimere il principio di diritto, affermano che il consenso dell'intermediario «ben possa desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti» e descrive il processo di formazione del contratto in tal modo: da un lato la sottoscrizione del contratto da parte del cliente e, dall'altro, la consegna del documento negoziale, la raccolta della sottoscrizione del cliente e l'esecuzione del contratto da parte dell'intermediario. Le Sezioni unite richiamate sembrano far qui applicazione del disposto di cui all'art. 1327 c.c.

³² V. sul punto, le considerazioni di D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 254 s.

³³ La stessa sentenza definisce come «non commendevole» la prassi delle controparti professionali di non sottoscrivere il contratto.

ma: da che momento il contratto può essere considerato efficace nei confronti dell'intermediario? Può il cliente pretendere l'immediata esecuzione del contratto fin dal momento dell'avvenuta sottoscrizione unilaterale o è necessario, per la conclusione dello stesso, attendere la spontanea esecuzione da parte dell'intermediario? Su chi grava l'onere probatorio di ricostruire le eventuali modifiche del rapporto negoziale pattuite *medio tempore* attraverso contratti unilateralmente sottoscritti e non eseguiti da controparte o eseguiti solo parzialmente? Da quale momento tali eventuali modifiche risultano efficaci? In caso di contratto monofirma solo parzialmente eseguito, la manifestazione del consenso dell'intermediario per fatti concludenti va circoscritta solo alle clausole oggetto di esecuzione o a tutto l'accordo risultando, in tale ultimo caso, inadempiente per le prestazioni non eseguite? Può il cliente che voglia agire in sede monitoria nei confronti della controparte qualificata individuare in un contratto che rechi solo la sua firma la prova scritta richiesta dal codice di rito?

Sono domande che, prima o poi, si porranno all'attenzione della giurisprudenza ma che manifestano, fin d'ora, come forse la funzione assolta dai vincoli formali in ambito bancario e finanziario non sia solo ed esclusivamente informativa. In tale contesto, ritenere del tutto influente la sottoscrizione della controparte qualificata permette alla stessa di creare un clima di incertezza a lei estremamente favorevole.

Se l'esigenza dichiarata dalle Sezioni unite è quella di evitare «conseguenze distorte o anche opportunistiche» portate avanti da clienti che, per liberarsi dal contratto, ne facciano valere l'informalità senza aver subito alcun pregiudizio dalla stessa, sembra che la soluzione più adeguata non sia quella di affermare la generalizzata validità dei contratti monofirma³⁴. Ove il vizio di forma sia soltanto il cavillo utilizzato da parte dello scaltro cliente al fine di ottenere un ingiusto vantaggio, infatti, il problema risulterebbe risolvibile semplicemente – e con minori effetti collaterali – valorizzando l'abusività dell'esercizio dell'azione della nullità, senza con ciò precludere – con portata generale – l'esercizio della stessa in tutte le circostanze nelle quali la mancata sottoscrizione da parte del professionista abbia effettivamente generato una situazione di incertezza pregiudizievole per il cliente e che lo stesso ritenga opportuno rimuovere esperendo il rimedio demolitorio della nullità³⁵.

³⁴ Sul punto, v. le considerazioni di U. SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma*, cit., p. 737 ss. il quale, pur concordando con l'esigenza di trovare altrove lo strumento normativo per evitare «comportamenti opportunistici, volti a far valere il difetto di forma al di là delle esigenze di protezione per cui è posto», lo rintraccia nella «ridefinizione delle regole probatorie» con cui far valere il regolamento contrattuale. Sull'esigenza di stimolare una rilettura del profilo della legittimazione ad agire del cliente nei casi di nullità relativa che tenga in considerazione la sussistenza di un interesse meritevole di essere tutelato, sia concesso il rinvio – pur se riferito alla fattispecie del c.d. uso selettivo delle nullità relative – a G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 612 ss.; ID., *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, ivi, 2016, II, p. 283 ss.

³⁵ Nonostante la tematica non sia oggetto della presente indagine, va segnalato che la problematica dell'ambito di operatività delle c.dd. nullità selettive è stata da ultimo composta da

3. *Evoluzione del vincolo formale da elemento di struttura del contratto a strumento atto a procedimentalizzare la conclusione dei contratti bancari e finanziari*

Volendo iniziare a trarre qualche breve conclusione, va quindi segnalato che, in generale, il c.d. «neoformalismo» vede la rinascita non solo – e non tanto – di vincoli formali per la valida conclusione del contratto, ma di veri e propri formalismi che «ritualizzano» (ovviamente in chiave moderna) la procedura di formazione del contratto. Si fa riferimento all'adempimento meccanicistico – per molti aspetti inconsapevole – di vincoli relativi alla fornitura di informazioni da dare in tempo utile prima della conclusione del contratto su moduli a volte predisposti dallo stesso legislatore; alla compilazione – spesso guidata – di moduli per la profilatura del clientela; alla partecipazione del contraente a questionari che dovrebbero indicare il suo livello di conoscenza del mercato di riferimento; alla ridondanza di firme da apporre alle suddette documentazioni precontrattuali e contrattuali; alla necessità di uniformarsi ad un determinato lessico improntato alla trasparenza ecc. Tutto ciò procedimentalizza l'autonomia privata scandendola attraverso adempimenti che, per come applicati, assomigliano sempre più a rituali la cui violazione genera un rimprovero da parte dell'ordinamento.

Tale maniera di intendere modernamente la forma del contratto, sembra aver influenzato profondamente anche le modalità con cui la giurisprudenza ha da ultimo interpretato i vincoli di forma che le disposizioni del mercato finanziario riferiscono espressamente ai contratti conclusi in quei mercati. Appare infatti evidente che, nonostante la lettera della norma, gli orientamenti giurisprudenziali in tema di contratto monofirma convertono quello che originariamente era un elemento di struttura dell'atto, nella mera procedimentalizzazione delle modalità di conclusione dei contratti stessi che, quindi, sono validi se, una volta predisposti dal professionista e messi a disposizione del cliente, questi li abbia accettati apponendo la propria firma e la controparte professionale li abbia eseguiti.

In questo si nota un interessante parallelismo con la maniera con cui l'ordinamento tratta la forma degli atti processuali assoggettati ad una regolamentazione che, consacrata anche nel diritto processuale nel combinato disposto dell'art. 121 c.p.c. (non a caso rubricato «Libertà delle forme»)³⁶ con l'art. 156, comma 3 c.p.c., ha la sua fonte nelle precipue finalità pratiche assolute dal codice di rito. L'atto processuale, infatti, fa parte di un procedimento che

Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 705 alla quale si è poi uniformata la successiva giurisprudenza. V., in tal senso, Cass., 17 maggio 2021, n. 13259, in *Foro it.*, 2021, I, c. 2325.

³⁶ Su tale problematica, E. VULLO, *art. 121*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, 3^a ed., Milano, 2007, p. 1144 ss.; P. PELLEGRINELLI, *art. 121*, in *Codice di procedura civile ipertestuale*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, 2^a ed., Torino, 2008, p. 599 ss.

ha quale scopo quello di giungere alla corretta soluzione della controversia. Il pragmatismo del diritto processuale ha sempre portato il legislatore a valorizzare il raggiungimento dell'obiettivo considerando inutile mettere in pericolo il procedimento a causa di vizi che non sono stati in grado, di fatto, di incidere negativamente sul raggiungimento dello scopo finale. La funzione della ricerca della giustizia propria del processo³⁷, giustifica una funzionalizzazione di tutti gli elementi che ne fanno parte. Tutto viene orientato al raggiungimento di tale scopo e, non è un caso, che proprio in relazione alla forma degli atti processuali sia stato espresso il principio di «strumentalità delle forme»³⁸, proprio a voler significare l'esigenza di valorizzare l'elemento formale in senso funzionale³⁹.

Nonostante il tecnicismo della materia ed il suo apparente formalismo, il processo civile appare caratterizzato quindi da una sensibilità che, per lungo tempo, è rimasta estranea alla cultura di diritto privato sostanziale ma che sembra oggi emergere, in tema di forma, proprio attraverso la nuova ricostruzione che l'elaborazione della moderna dottrina ha dato all'elemento in parola. Si assiste, infatti, ad una «procedimentalizzazione» del contratto scandita sovente da vincoli formali che crea un parallelismo, pur con le dovute differenze, fra procedimento di formazione dei contratti finanziari e processo civile. In entrambi i casi, pur con le dovute distinzioni, ci si trova di fronte ad un insieme di atti ed attività normativamente imposte al fine di raggiungere un risultato. Al c.d. «giusto processo civile» si potrebbe così sostituire il «giusto processo di formazione del contratto» a voler intendere l'insieme di atti ed attività che, se correttamente espletati, rendono corretta la progressiva formazione del contratto. Come il fatto di garantire il «giusto processo civile» non garantisce l'emanazione di una sentenza «giusta», così il «giusto processo di formazione del contratto» non garantisce di per sé la giustizia contrattuale ma, in entrambi i casi, ci troviamo di fronte ad una procedimentalizzazione che è funzionalizzata a raggiungere quell'obiettivo.

In tale contesto la forma, letta alla luce della moderna dottrina che ne ha esaltato le nuove ed inedite funzioni, non può più essere analizzata sotto un profilo statico (forma dell'atto) ma piuttosto sotto il profilo dinamico della capacità della stessa di dare un apporto positivo alla creazione di rapporti giuridici equilibrati.

³⁷ E. BETTI, *Il processo come strumento di giustizia*, in *Ann. Fac. di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1963, p. 3 ss.

³⁸ L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim.*, 1990, p. 1 ss.

³⁹ Cfr., P. MANCARELLI, *La nullità degli atti processuali ed il principio di strumentalità delle forme*, in *Arch. giur.*, 2002, p. 335, il quale afferma che l'art. 121 c.p.c. «è una norma di c.d. chiusura del sistema, nel senso che suggerisce qual è stata la *ratio* che ha informato il legislatore nella sua opera di tipizzazione degli atti, in modo che l'interprete, qualora dovesse trovarsi di fronte ad un atto non espressamente disciplinato nelle sue forme, vi si adegui».

4. *Spunti di riflessione sulle disposizioni emergenziali in tema di sottoscrizione semplificata dei contratti bancari e finanziari*

Ulteriori spunti di riflessione possono giungere dalle novità introdotte dalla normativa emergenziale volta a fronteggiare il diffondersi della pandemia da COVID-19. Nonostante si tratti di disposizioni che, per loro natura, erano fin dall'inizio destinate ad esaurire la loro efficacia una volta cessato lo stato di emergenza, le stesse sembrano però foriere di ulteriori considerazioni in relazione alle tematiche qui affrontate. Si tratta, in particolare dell'art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 e dell'art. 33 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 che, con disposizioni speculari, danno la possibilità ai clienti al dettaglio⁴⁰ che intendano concludere contratti bancari e di investimento durante il *lockdown*, di assolvere i vincoli di forma stabiliti dalle disposizioni di settore richiamate, sostituendo la sottoscrizione con una e-mail anche non certificata recante la volontà di concludere il contratto accompagnata dall'invio in allegato di un documento di identità⁴¹.

La ragione che ha giustificato tale presa di posizione da parte del legislatore emergenziale si rinviene, come pare evidente, nell'esigenza di evitare che il confinamento imposto dal virus, impedendo ai potenziali clienti di recarsi presso le filiali bancarie e di sottoscrivere i relativi contratti, potesse paralizzare il comparto bancario e finanziario ponendo però, per quello che qui interessa, due profili sui quali indugiare ulteriormente al fine di verificare l'evoluzione dei vincoli formali in parola.

In primo luogo, va evidenziato che tali disposizioni emergenziali risultano del tutto compatibili con l'orientamento giurisprudenziale che valuta formalmente validi i contratti c.d. monofirma⁴². Il portato di tale affermazione è, quindi, la possibilità che durante la pandemia si potessero assolvere i vincoli formali di cui alle norme bancarie e finanziarie di settore senza l'apposizione di alcuna formale sottoscrizione dei contratti bancari e finanziari. Mentre infatti la firma del professionista poteva essere sostituita dal procedimento di formazione del contratto stabilito dalle Sezioni unite, la firma del cliente – di regola

⁴⁰ Sull'ambito di applicazione soggettivo della disposizione, si rinvia alle considerazioni di F. SARTORI, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina semplificata e spunti in tema di forma vincolata*, in U. MALVAGNA e A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pisa, 2021, p. 257 ss.

⁴¹ Tale modalità di conclusione dei contratti viene equiparata dal legislatore all'apposizione di una firma digitale in deroga a quanto stabilito all'art. 20 del Codice dell'amministrazione digitale. Sul punto, C. ROBUSTELLA, *Emergenza sanitaria e intervento normativo sulla conclusione semplificata dei contratti del mercato finanziario*, in U. MALVAGNA e A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, cit., p. 247.

⁴² V., sul punto, A. TUCCI, *Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in tema di forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma 1-bis CAD*, in U. MALVAGNA e A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, cit., p. 253.

necessaria – poteva però essere sostituita ai sensi della normativa emergenziale da una manifestazione del consenso effettuata tramite e-mail con le modalità sopra descritte. La peculiarità di tale eventualità è che i vincoli formali di cui all'art. 23 t.u.f. e 117 t.u.b. sono passati dal poter essere assolti tramite un contratto “mono-firma”, al poter essere validamente assolti anche per il tramite di contratti “senza-firma” se conclusi durante lo stato di emergenza.

A tale considerazione se ne somma un'altra di carattere, questa volta, sistematico. Infatti, se è vero che si tratta di norme dettate dalle contingenze del momento e che nel diritto dell'emergenza risulta necessario – ed in un certo senso auspicabile – procedere a bilanciare i contrapposti interessi in maniera nuova, proprio per le considerazioni sopra svolte, sembra opportuno chiedersi se in una prospettiva *de jure condendo* le misure adottate durante l'emergenza Covid-19 non possano diventare un futuro modello di semplificazione dell'attuale formalismo che presidia i contratti bancari e di investimento.

Partendo dal dato normativo, va in primo luogo segnalato che le disposizioni menzionate hanno sicuramente una portata temporanea essendo destinate a venir meno al cessare dell'emergenza sanitaria. Non può però trascurarsi l'impatto che le norme in parola potrebbero avere su una giurisprudenza ormai estremamente sensibile ad una valutazione del vincolo formale in chiave funzionale. L'apertura riscontrata nel diritto della crisi sanitaria, infatti, si fonda sulla convinzione legislativa per cui le esigenze “informative” del cliente risultano sostanzialmente rispettate anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia chiamato a manifestare la propria volontà negoziale tramite e-mail seguendo la procedura descritta poco sopra. Ma se così è, non sembra assolutamente da escludere che, pur in assenza di una specifica disposizione in tal senso, la creatività giurisprudenziale possa portare a qualificare comunque come rispettosa dell'art. 23 t.u.f. e dell'art. 117 t.u.b. tale modalità di conclusione dei contratti. Pur se in una fase di emergenza, e con il precipuo fine di agevolare la conclusione dei contratti nei mercati bancari e finanziari, il legislatore ha comunque ritenuto il procedimento di formazione dei contratti tramite e-mail quale valido succedaneo della sottoscrizione del cliente e, in quanto tale, comunque idoneo ad assicurare la realizzazione delle finalità informative che si ritiene siano tipiche dei menzionati vincoli formali.

Quello prospettato è, come pare evidente, uno dei possibili scenari futuri ma che appare, allo stato dei fatti, tutt'altro che difficile a realizzarsi di fronte ad una giurisprudenza che tratta i vincoli di forma con una certa malleabilità e li interpreta alla luce delle esigenze che di volta in volta sembrano emergere dai mercati⁴³.

⁴³ Cfr., sul punto, le considerazioni di A. TUCCI, *Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in tema di forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma 1-bis CAD*, cit., p. 254.

Abstract [Ita]

Il formalismo nei contratti finanziari è stato al centro negli ultimi anni di importanti novità giurisprudenziali che hanno aperto la strada ad una rinnovata interpretazione del ruolo che la forma assolve all'interno delle moderne negoziazioni. Il saggio si propone l'obiettivo di analizzare tale evoluzione del formalismo negoziale guidata da una più sensibile attenzione verso i profili funzionali assolti dai vincoli neoformali.

Parole chiave: vincolo di forma; neoformalismo; contratti finanziari; sottoscrizione; nullità.

Abstract [Eng]

Formalism in financial contracts has been the focus of significant developments in case law in recent years, paving the way for a renewed interpretation of the role that form plays in modern negotiations. This essay aims to analyze this evolution of contractual formalism, guided by a more sensitive focus on the functional aspects fulfilled by neo-formal constraints.

Keywords: formal constraint; neo-formalism; financial contracts; signature; nullity.

La responsabilità dell'intermediario per fatto del consulente o del preposto

Corrado Chessa

La responsabilità dell'intermediario trova un'ampia trattazione nel volume di Daniele Maffei *"I contratti del mercato finanziario"*¹. Nel capitolo intitolato *"Le regole di esecuzione dei contratti del mercato finanziario e i rimedi"*, l'Autore, con il suo consueto stile analitico e approfondito, rende subito edotto il lettore della completezza degli argomenti da trattare, disegnando quasi in termini figurativi le questioni fin dal sommario.

Non potendo in questa sede condurre una disamina completa di tutti i profili attinenti alla responsabilità dell'intermediario, il presente contributo si limita ad alcuni specifici aspetti. In particolare, verte sulla responsabilità dell'intermediario per fatto del consulente finanziario o del preposto.

La fattispecie trova – come è noto – regolamentazione, per quanto attiene alla legislazione speciale, nel 3° comma dell'art. 31 del t.u. dell'intermediazione finanziaria che prevede la responsabilità dell'intermediario in solido con il consulente finanziario abilitato all'affare fuori sede. La responsabilità non è esclusa anche se i danni vengono accertati in sede penale. Per la disciplina codicistica si deve fare riferimento agli artt. 1228 e 2049 c.c.

La giurisprudenza di legittimità ha escluso la responsabilità solidale soltanto nell'ipotesi in cui difetti il nesso di occasionalità necessaria nel rapporto tra l'intermediario ed il consulente e il compimento dell'illecito da parte del consulente². Daniele Maffei nel suo lavoro sottolinea che il venir meno del

¹ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* diretto da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2024.

² Così, Cass., 10 febbraio 2025, n. 3425; Cass., 11 novembre 2024, n. 28952, entrambe in *Dejure*; Cass. 27 agosto 2020, n. 17947, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2021, 638 ss., con nota di C. CHessa, *Profili di responsabilità della banca per l'infedele operato del proprio dipendente accompagnato dall'acquiescenza del cliente*. In precedenza, *ex multis*: Cass., 4 marzo 2014, n. 5020; Cass., 19 luglio 2012, n. 12448; Cass., 25 gennaio 2011, n. 1741; Cass., 7 aprile 2006, n. 8229 tutte in *Onelegale*. In argomento si veda in particolare Cass., 24 marzo 2011, n. 6829, la quale ha condannato il promotore finanziario in solido con l'intermediario ai sensi dell'art. 2049 c.c. evidenziando che ai fini del concretarsi della fattispecie è sufficiente che il comportamento del primo sia stato soltanto agevolato e reso possibile dall'inserimento del promotore medesimo nell'attività di intermediazione mobiliare e si sia realizzato nell'ambito e coerentemente alle

nesso di occasionalità necessaria rappresenta un'ipotesi estrema in quanto la giurisprudenza di legittimità giustamente considera l'occasionalità necessaria compatibile con il superamento, da parte del consulente, dei limiti del contratto. Ciò significa, quindi, che, anche nel caso di inosservanza del contratto, la responsabilità solidale permane proprio in ragione del nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito e il rapporto tra intermediario e consulente. La condizione è che il comportamento del consulente finanziario rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze affidategli, anche se egli abbia agito per finalità estranee a quelle del preponente.

Di venir meno del nesso di occasionalità necessaria può parlarsi anche qualora la condotta dell'investitore danneggiato, pur non dovendo necessariamente qualificarsi come collusione, divenga talmente anomala da concretare una consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul consulente³.

finalità in vista delle quali l'incarico è stato conferito, in maniera tale da far apparire al terzo in buona fede che l'attività posta in essere per la consumazione dell'illecito rientri nell'operato dello stesso promotore. Nello stesso senso, Cass., 30 gennaio 2008, n. 2089; Cass., 29 settembre 2005, n. 19166. Sempre a proposito della responsabilità solidale tra l'intermediario finanziario ed il promotore ogniqualvolta sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il danno subito dal risparmiatore e le incombenze affidate al preposto, tra le decisioni di merito si vedano: App. Torino, 25 febbraio 2025, n.187; App. Ancona, 1 febbraio 2021; App. Milano, 21 ottobre 2020; Trib. Arezzo, 17 marzo 2020; Trib. Foggia, 12 marzo 2020; Trib. Forlì, 20 gennaio 2020; Trib. Brescia, 18 gennaio 2020; Trib. Avezzano, 14 gennaio 2020; Trib. Siena, 21 dicembre 2019; Trib. Nocera Inferiore, 27 agosto 2019; Trib. Siena, 1° luglio 2019; Trib. Velletri, 11 settembre 2018; Trib. Mantova, 10 maggio 2016; Trib. Arezzo, 11 ottobre 2013; Trib. Prato, 23 febbraio 2011. Sul tema si vedano altresì le riflessioni di G. BEVIVINO, *Alcune riflessioni "civilistiche" tratte da Cass. pen. 13.11.24 n. 41832 e da Cass. pen. 11.11.24 n. 41220*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2025, 1152 ss., e di C. PULEJO, *In tema di responsabilità solidale della società di intermediazione mobiliare per i danni arrecati a terzi dal promotore finanziario*, in *Foro it.*, 5, 2019, I, 1723-1725.

³ Conf., recentemente, Cass., 20 novembre 2024, n. 29890, in *Dejure*; Cass., 21 dicembre 2024, n. 33854, in *Le società*, 10, 2025, 1062 ss., con nota di N. SOLDATI, *Responsabilità della banca per danni cagionati a terzi dai propri incaricati: il "nesso di occasionalità necessaria"*; App. Firenze, 27 settembre 2024, n. 1629, in *Giur. it.*, 8-9, 2025, 1834 ss., con nota di V. FILIPPI, *Responsabilità dell'intermediario nel fatto illecito del promotore: nessun automatismo*. Nello stesso senso v. Cass., 22 novembre 2018, n. 30161, in *Onelegale*; Cass., 26 luglio 2017, n. 18363, in *Le società*, 3, 2018, 328 ss., con nota di N. SOLDATI, *Responsabilità del promotore finanziario e onere della prova*; Cass., 31 luglio 2017, n. 18928, in cui, a proposito della ripartizione dell'onere probatorio, si statuisce che spetta all'intermediario dimostrare che l'illecito – la cui sussistenza deve essere provata dall'investitore – è stato consapevolmente agevolato in qualche misura dal danneggiato; Cass., 1° marzo 2016, n. 4037, che, riferendosi alla condotta dell'investitore, usa l'espressione «consapevole e fattiva acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore», pur accertando la responsabilità ex art. 23 d.lgs. n. 415/1996 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie considerata –, nonostante il cliente avesse consegnato al promotore le somme di denaro di cui questi si era illecitamente appropriato con modalità difformi (assegni bancari recanti, in bianco, il nome del prenditore) dai vigenti regolamenti Consob. Per dei più risalenti precedenti di legittimità v. Cass., 13 dicembre 2013, n. 27925, che ha escluso la responsabilità solidale dell'intermediario finanziario allorché la condotta del danneggiato assuma connotati anomali quali, ad esempio, la consegna al promotore finanziario dei propri codici di accesso ai servizi di "banca on line", da qualificarsi come consapevole acquiescenza

È questa l'espressione adottata dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità largamente prevalente, per individuare i limiti della responsabilità solidale prevista dall'art. 31 del t.u. dell'intermediazione finanziaria.

Maffei ritiene che le medesime regole in ordine alla responsabilità dell'intermediario per il fatto del consulente debbano applicarsi nell'ipotesi di colui che sia *de facto* preposto al compimento di un'attività corrispondente a quella del consulente finanziario e, anche in tal caso, la responsabilità è esclusa quando difetti il nesso di occasionalità necessaria tra il rapporto di preposizione ed il compimento dell'illecito.

Un discorso lievemente differente, invece, riguarda la fattispecie della responsabilità dell'intermediario per fatto proprio quando egli agevola o tollera che si presenti come preposto chi non lo è e crea la falsa apparenza di un rapporto di consulenza o di preposizione. Maffei sottolinea esattamente che in questo caso il titolo della responsabilità dell'intermediario non è il rapporto o il fatto della preposizione, ma la creazione di una situazione di apparenza sulla quale il terzo ha fatto affidamento senza colpa⁴. Ciò implica che, ai fini della esclusione di una simile responsabilità, sia irrilevante il difetto del nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito commesso dal preposto apparente e l'apparente rapporto tra il preposto medesimo e l'intermediario⁵.

Dopo aver descritto le differenti ipotesi di responsabilità dell'intermediario per fatto altrui, pare opportuno riflettere sulla natura della responsabilità. Nel suo volume Daniele Maffei affronta la questione occupandosi del termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno e afferma che esso è sempre decennale, evidenziando, quindi, la natura contrattuale della responsabilità, derivante da violazione di obblighi legali⁶. Lo stesso Maffei, in proposito, afferma testualmente:

Anche quando le condotte dell'intermediario non consistono nella violazione della *regulation*, o di disposizioni a contenuto determinato, non è applicabile il più breve termine, quinquennale, di prescrizione, che è proprio dell'illecito aquiliano, e ciò perché, anche prima della conclusione del contratto, o del compimento degli atti di investimento, e comunque in occasione di qualsiasi contatto con l'investitore che avvenga nel contesto del rapporto di intermediazione, l'intermediario agisce sotto il vincolo delle obbligazioni legali poste a suo carico dalla legge, e quindi si rende inadempiente ad obbligazioni, siano esse precontrattuali o c.d. contrattuali.

alla violazione delle regole gravanti sul promotore; Cass., 19 marzo 2010, n. 6708; Cass. civ., 7 aprile 2006, n. 8229, in *Onelegale*.

⁴ Cfr. E. BATTELLI, *Questioni di rappresentanza apparente nei contratti finanziari e di assicurazione*, in *Riv. dir. impresa*, 1, 2023, 31 ss.

⁵ Cfr. F.F. MARINO, *Condotta anomala dell'investitore quale causa di riduzione della responsabilità solidale dell'intermediario per condotta infedele del promotore finanziario*, in *Giur. comm.*, 5, 2023, II, 786. In giurisprudenza, v. Cass., 22 novembre 2018, n. 30161, cit.

⁶ Cfr. G. VISINTINI, *La summa divisio: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Danno resp.*, 2, 2025, 145 ss.

Daniele Maffei ritiene, altresì, che l'assoggettabilità dell'azione di risarcimento del danno al termine quinquennale di prescrizione costituisca un caso di scuola perché ciò è possibile solo se l'intermediario compie un illecito in danno dell'investitore al di fuori del rapporto di intermediazione. La soluzione di fondo prospettata da Maffei è sicuramente convincente e da condividere in quanto soltanto in presenza di un illecito compiuto al di fuori del rapporto di intermediazione può operare il termine di prescrizione quinquennale in ragione della natura aquiliana della responsabilità. Nel caso dell'illecito compiuto dal consulente o dal preposto di fatto fuori dal rapporto di intermediazione verrebbe quindi in considerazione una responsabilità dei padroni e dei committenti ai sensi dell'art. 2049 c.c.⁷, e non più la responsabilità contrattuale per il fatto degli ausiliari ai sensi dell'art. 1228 c.c. con prescrizione decennale⁸.

A mio avviso l'eventualità dell'illecito riferibile all'intermediario trova riscontro normativo anche nel già ricordato inciso finale del 3° comma dell'art. 31 del t.u. dell'intermediazione finanziaria che, riferendosi ai danni arrecati a terzi dall'intermediario e dal consulente finanziario in solido fra loro, prevede espressamente: «*anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale*». Ciò deve, quindi, indurre a ritenere che anche il Legislatore del t.u. abbia contemplato l'ipotesi dell'atto illecito dal quale scaturisce la responsabilità penale, posto in essere dal consulente finanziario al di fuori del rapporto di intermediazione.

D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità, in presenza di un illecito compiuto dal consulente o dal preposto *de facto*, ha ricondotto la fattispecie nell'orbita della previsione dell'art. 2049 c.c. piuttosto che in quella dell'art. 1228 c.c.. E ciò in sintonia con quella parte della dottrina⁹ che ha rinvenuto numerosi elementi di comunanza fra le due previsioni normative non soltanto nell'elastica riconducibilità al preponente del fatto compiuto dal preposto, ma anche nella tendenziale identità tra la figura dell'*ausiliario* in ambito contrattuale e quella del *commesso* in sede aquiliana¹⁰.

⁷ In dottrina si vedano G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 6 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, 70 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *La responsabilità dei padroni e dei committenti e l'invenzione dell'occasionalità necessaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 531.

⁸ Per le differenze tra le due disposizioni si veda CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero della responsabilità (artt. 1228-1229)*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2003, 37; per una più approfondita analisi del rapporto fra gli artt. 1228 e 2049 c.c. si rinvia a COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053)*, ivi, 2009, 137 ss.

⁹ VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., 6 ss.; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 70 ss.; COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053)*, cit., 137 ss.

¹⁰ Fin da tempi ormai risalenti la Suprema Corte (cfr., sul punto, Cass., 20 aprile 1989, n. 1855, in *Foro it.*, 1990, I, 1970, nonché Cass., 15 giugno 1999, n. 5946), identifica la nozione di ausiliario ex art. 1228 c.c. con quella di commesso prevista dall'art. 2049 c.c.; nello stesso senso, in dottrina, COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053)*, cit., 137 ss.

Anche il criterio del nesso di occasionalità necessaria, utilizzato dalla giurisprudenza per ricondurre la responsabilità del preposto a quella dell'intermediario, deve considerarsi come elemento sintomatico della possibile natura extracontrattuale della responsabilità dell'intermediario per fatto altrui.

Nell'ipotesi in cui sussista una responsabilità dell'intermediario ai sensi dell'art. 2049 c.c., la giurisprudenza di legittimità afferma che essa opera fino a quando la condotta del danneggiato non divenga talmente anomala da poter essere qualificata come acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul preposto¹¹. Questo limite al diritto al risarcimento del danno in favore del cliente viene esaminato da Daniele Maffei in due paragrafi intitolati "*Il cliente furbo*" e "*Il cliente che collude con l'intermediario*" nei quali l'Autore evidenzia la presenza del dolo dell'investitore, generatore dell'anomalia, che di frequente si concreta o, al momento della profilazione, attraverso dichiarazioni false o consapevolmente reticenti ovvero durante l'esecuzione del rapporto, attraverso versamenti di denaro contante al preposto *de facto* oppure con intese intercorse con quest'ultimo e dirette a compiere atti di investimento in violazione delle regole o indipendentemente da esse.

La soluzione prospettata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione non convince particolarmente perché allarga eccessivamente le maglie di operatività dell'art. 2049 c.c. qualificando come responsabilità aquiliana alcune fattispecie che a mio avviso dovrebbero, invece, essere ricondotte nell'area della responsabilità contrattuale. Ritengo, infatti, in linea col pensiero di Daniele Maffei, che il principio del rischio d'impresa debba fungere da criterio guida per la qualificazione della natura della responsabilità del preposto in solido con quella dell'intermediario, con la conseguenza che i casi di responsabilità aquiliana di quest'ultimo si riducono a ipotesi di scuola.

Di diverso avviso, invece, VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., 5; e FRANZONI, *L'illecito*, cit., 701, i quali ritengono che la nozione di "ausiliario" sia più ampia di quella di "commesso".

¹¹ L'anomalia della condotta dell'investitore, idonea ad escludere il nesso di occasionalità necessaria tra il fatto lesivo e le incombenze affidate al promotore – e, dunque, la responsabilità indiretta dell'intermediario ex art. 2049 c.c. –, può essere desunta dal giudice a partire da un apprezzamento complessivo delle circostanze concrete che risultino quali indici sintomatici (così, Cass., 21 dicembre 2024, n. 33854, cit.). Sul punto si veda pure Cass. 27 agosto 2020, n. 17947, cit., in cui la Suprema Corte si è avvalsa di una serie di indici presuntivi per escludere la responsabilità dell'intermediario finanziario in ragione della colpevole acquiescenza del cliente danneggiato alla violazione delle regole di condotta gravanti sul promotore, applicando alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2049 c.c. la regola del concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c., integrato, nel caso di specie, dal contegno significativamente anomalo. F.F. MARINO, *Condotta anomala dell'investitore quale causa di riduzione della responsabilità solidale dell'intermediario per condotta infedele del promotore finanziario*, cit., 795, rimarca che «la condotta anomala del risparmiatore può, dunque, essere valorizzata sia come causa di esclusione del nesso di occasionalità necessaria, sia come fatto colposo concorrente con l'illecito del promotore, contribuendo a determinare con chiarezza la quota di danno risarcibile ed eventualmente ascrivibile all'intermediario».

Abstract [Ita]

Partendo dalle riflessioni compiute da Daniele Maffei nel volume “I contratti del mercato finanziario”, il presente contributo esamina il tema della responsabilità dell’intermediario finanziario per l’operato del consulente o del preposto, analizzando in particolare il regime di responsabilità solidale previsto dall’art. 31 t.u.f. e i criteri di imputazione di cui agli artt. 1228 e 2049 del Codice Civile. Il lavoro approfondisce inoltre la natura contrattuale di tale responsabilità, sostenendo l’applicabilità del termine di prescrizione decennale e il rilievo del principio del rischio d’impresa rispetto alla qualificazione aquiliana spesso adottata dalla giurisprudenza.

Parole chiave: responsabilità dell’intermediario finanziario; responsabilità contrattuale; risarcimento del danno; prescrizione; rischio d’impresa.

Abstract [Eng]

Building on the reflections developed by Daniele Maffei in the monograph *I contratti del mercato finanziario*, this paper examines the liability of financial intermediaries for the conduct of their financial advisors or other agents. It focuses in particular on the joint and several liability regime established by Article 31 of the Italian Consolidated Law on Finance and on the attribution criteria set out in Articles 1228 and 2049 of the Italian Civil Code. The paper further investigates the contractual nature of such liability, arguing in favor of the applicability of the ten-year limitation period and emphasizing the relevance of the principle of business risk in contrast to the tort-based characterization that is often adopted by Italian case law.

Keywords: financial intermediary liability; contractual liability; damage compensation; limitation period; business risk principle.

L'«oro da investimento» nei canali distributivi bancari*

Raimondo Motroni

1. Preliminarmente, vorrei rivolgere i più sentiti ringraziamenti al Prof. Paoloefisio Corrias per l'invito a questa rilevante iniziativa, alla quale devo l'occasione di aver potuto riflettere sull'opera¹ del Prof. Daniele Maffeis, che parimenti saluto e ringrazio.

Nel consultare «I contratti del mercato finanziario», mi sono trovato dinanzi non alla monografia che mi aspettavo, ma a un imponente volume del Trattato Cicu-Messineo, il che mi ha posto di fronte all'interrogativo sulla possibilità di aggiungere ulteriori riflessioni rispetto a quelle contenute nel denso e profondo lavoro dell'Autore. Durante la lettura, peraltro, ho riscontrato la contiguità delle tematiche trattate dal Prof. Maffeis con uno studio che in quel momento stavo concludendo, dedicato al mercato dell'«oro da investimento»; ciò, allora, mi ha consentito di coniugare i due argomenti.

Rilevo, anzitutto, che l'oro da investimento costituisce un settore del mercato assai peculiare e, forse, non sufficientemente indagato dalla recente dottrina² e dalla giurisprudenza³, le quali si sono concentrate per lo più su tematiche

* Relazione, integrata con i riferimenti bibliografici essenziali, tenuta presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, il 9 maggio 2025, in occasione del Convegno «Il diritto civile della finanza: principi, mercato, contratti e sostenibilità. Riflessioni in occasione della pubblicazione del volume *I contratti del mercato finanziario* di Daniele Maffeis.

¹ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo, già diretto L. Mengoni e P. Schlesinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2024.

² Rimane fondamentale la voce enciclopedica di F. CAPRIGLIONE - F. CIRILLO, voce «Oro», in *Enc. giur.*, XXII, 1990, *ad vocem*; si v., inoltre, F. CAPRIGLIONE, *Oro monetario e disciplina valutaria, nota a Cass. pen. 21 febbraio 1984*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 145 ss. La voce faceva séguito alla pubblicazione di un classico della letteratura economica sull'oro, ossia A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Oro: Storia, Protagonisti, Problemi*, Roma, 1989, traduzione italiana di A. QUADRIO CURZIO, *The Gold Problem Economic Perspectives*, Roma, 1982, pubblicato da Oxford University Press per la Banca Nazionale del Lavoro e Nomisma, come atti del convegno *Word Conference on Gold, Rome 1982*.

³ La giurisprudenza in materia di oro appare limitata per lo più agli aspetti fiscali; cfr., da ultimo, Cassazione penale sez. III, 14 ottobre 2024, n. 42822, in *Giust. Civ. mass.*, 2024; Cassazione civile sez. trib., 29 luglio 2021, n. 21659, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021; Cassazione

maggiormente innovative legate all'uso delle nuove tecnologie. È indubbio, in effetti, che esso non assume una grande rilevanza statistica ed economica nell'ambito degli investimenti dei clienti *retail*⁴, specie se comparato con l'ampiezza del mercato dei prodotti finanziari, ma il relativo studio offre, a mio avviso, l'occasione per svolgere qualche riflessione sistematica circa i confini della disciplina inerente ai contratti del mercato finanziario e alla tutela costituzionale del risparmio, al fine di verificare come possano trovare applicazione, in esso, taluni principi ben evidenziati dal Prof. Maffei nel suo volume.

Ritengo anzitutto di muovere dalla L. n. 7/2000⁵, recentemente novellata (dal D.Lgs n. 211/2024⁶) sulla base del Regolamento europeo antiriciclaggio⁷, con la quale – *ab origine* – era stata introdotta la nuova disciplina del mercato dell'oro, che ha abrogato il precedente regime di monopolio statale.

Il legislatore nazionale, su impulso della normativa europea, ha, infatti, (nuovamente) consentito la circolazione nel libero mercato di un prodotto avente una predeterminata e dichiarata funzione giuridica «di investimento», in ragione delle peculiari caratteristiche «para-monетarie» (o «para-finanziarie») storicamente possedute dall'oro⁸, assai rilevanti nell'economia moderna e già ben sintetizzate da J.P. Morgan nell'aforisma «*Gold is money, everything else is credit*»; in effetti, nell'economia contemporanea, l'oro è da considerarsi un antenato ancora in vita della moneta, che gode di buona salute e, pertan-

civile, sez. trib., ord. 04 ottobre 2017, n. 23171, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce «Redditi (imposte)», n. 591; Commissione trib. prov. Cagliari, 31 ottobre 2013, in *Riv. giur. sarda*, 2014, I, 563 ss.

⁴ Il tema viene affrontato nel quadro della frammentaria disciplina degli investimenti mobiliari, là dove l'oro viene in vario modo equiparato ad altri «beni rifugio», talvolta senza valorizzare le peculiarità derivanti dalla relativa normativa speciale. Per alcune acute osservazioni cfr. F. ONNIS CUGIA, *La natura dei passion investments tra attività di consumo e prodotti finanziari*, in *Jus civile*, 2023, 222 ss.; F. PISTELLI, «Dai diamanti ... non nasce niente?». *Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio*, in *Persona e Mercato*, 2/2020, 129 ss.

⁵ Legge 17 gennaio 2000, n. 7, «Nuova disciplina del mercato dell'oro, anche in adeguamento al regolamento (UE) 2018/1672 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018» (Titolo modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 10 dicembre 2024, n. 211). Per un primo commento, cfr. E. CASSESE, *La nuova disciplina del mercato dell'oro (commento alla l. 17 gennaio 2000, n. 7)*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 321 ss.

⁶ D. Lgs. 10 dicembre 2024, n. 211, «Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2018/1672 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nell'Unione o in uscita dall'Unione e che abroga il regolamento (CE) n. 1889/2005, nonché alle disposizioni del regolamento di esecuzione (UE) 2021/776, che stabilisce i modelli per determinati moduli nonché le norme tecniche per l'efficace scambio di informazioni a norma del regolamento (UE) 2018/1672».

⁷ Regolamento (UE) 2018/1672 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018, «relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nell'Unione o in uscita dall'Unione e che abroga il regolamento (CE) n. 1889/2005, nonché alle disposizioni del regolamento di esecuzione (UE) 2021/776, che stabilisce i modelli per determinati moduli nonché le norme tecniche per l'efficace scambio di informazioni a norma del regolamento (UE) 2018/1672».

⁸ Alcune caratteristiche sotto il profilo chimico e metallurgico sono richiamate da F. INTIL-
LA, *Aurum. Origine, storia e applicazioni del metallo nobile per eccellenza*, Roma, 2013, 50 ss. Per l'intima connessione, anche in prospettiva storica, tra oro e moneta si v. F. CAPRIGLIONE, voce *Moneta*, in *Enc. dir.*, III, Agg., Milano, 1999, 747 ss.

to, non può essere confinato nel ruolo di «barbara reliquia»⁹. In sostanza, nel nostro ordinamento, sull'acquisto di oro puro opera una presunzione *iuris tantum* della finalità di investimento perseguita dal soggetto che acquista o che, comunque, ha la disponibilità materiale di tale metallo.

Nella nuova (peraltro, discutibile) definizione, l'«oro da investimento»¹⁰ deve essere conformato in «lingotti o placchette di peso accettato dal mercato dell'oro, ma comunque superiore ad 1 grammo, di purezza pari o superiore a 995 millesimi, rappresentato o meno da titoli», ovvero in «monete d'oro di purezza pari o superiore a 900 millesimi, coniate dopo il 1800, che hanno o hanno avuto corso legale nel Paese di origine, normalmente vendute a un prezzo che non supera dell'80 per cento il valore sul mercato libero dell'oro in esse contenuto [...]». In tal modo, «l'oro da investimento» viene distinto da tutte le altre categorie merceologiche di oro («industriale») puro o in forma di leghe, le quali ricevono una differente regolamentazione in ragione del diverso impiego a cui sono destinate in concreto.

Tale definizione delimita l'ambito di applicazione di una normativa che presenta alcuni elementi tipici dei mercati mobiliari regolamentati, con riferimento ai requisiti dei soggetti cui è riservata l'attività di negoziazione, alle caratteristiche dei prodotti, nonché alle sanzioni per l'esercizio di attività abusive; tale disciplina si integra e si completa con altri corpi di regole concernenti alcuni aspetti specifici della circolazione dei beni, come il previgente ed autonomo regime dei marchi nei metalli preziosi¹¹ e la disciplina europea antiriciclaggio.

⁹ «In truth, the gold standard is already a barbarous relic» (così J.M. KEYNES, *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, IV, *A Tract on Monetary reform*, Cambridge, 1971, 138).

¹⁰ L'art. 1, L. 7/2000, comma 1, prevede che ai fini della presente legge con il termine «oro» si intende: a) l'oro da investimento, anche destinato a successiva lavorazione, intendendo per tale l'oro in forma di lingotti o placchette di peso accettato dal mercato dell'oro, ma comunque superiore ad 1 grammo, di purezza pari o superiore a 995 millesimi, rappresentato o meno da titoli; le monete d'oro di purezza pari o superiore a 900 millesimi, coniate dopo il 1800, che hanno o hanno avuto corso legale nel Paese di origine, normalmente vendute a un prezzo che non supera dell'80 per cento il valore sul mercato libero dell'oro in esse contenuto, incluse nell'elenco predisposto dalla Commissione delle Comunità europee ed annualmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, serie C, nonché le monete aventi le medesime caratteristiche, anche se non ricomprese nel suddetto elenco; con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica sono stabilite le modalità di trasmissione alla Commissione delle Comunità europee delle informazioni in merito alle monete negoziate nello Stato italiano che soddisfano i suddetti criteri; b) il materiale d'oro diverso da quello di cui alla lettera a), ad uso prevalentemente industriale, per tale dovendosi intendere la materia prima aurifera grezza destinata a fusione o successiva trasformazione, sia in forma di semilavorati, come definiti nell'articolo 1, comma 1, lettera c), numero 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 150, di purezza pari o superiore a 325 millesimi sia in qualunque altra forma e purezza; b-bis) il materiale d'oro da destinare a fusione per ricavarne oro di cui alle lettere a) e b)».

¹¹ D.P.R. 30 maggio 2002, n. 150, «Regolamento recante norme per l'applicazione del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 251, sulla disciplina dei titoli e dei marchi di identificazione dei metalli preziosi».

In tale contesto sono dirimenti i profili fiscali¹² di esenzione dell'«oro da investimento» dall'imposizione dell'IVA, in base ai quali le vendite, anche tra privati, sono assoggettate a una peculiare tassazione sulle plusvalenze, mentre l'«oro industriale» è da essi sottoposto al regime tributario ordinario. Tuttavia, rimangono aperte le questioni relative all'oro puro diverso da quello «da investimento», là dove esso non sia conformato in lingotti o placchette (es.: polveri, granuli, lamine, fili ecc.) o sia coniato in monete aventi caratteristiche differenti (es.: conio precedente al 1800 o assenza di corso legale), nel caso in cui esso divenga oggetto, ad es., di trasporto transfrontaliero o quando le vendite successive generino plusvalenze. Sono evidenti, infatti, le analogie che imporrebbero di applicare comunque ad esso non solo le norme fiscali¹³ previste per l'«oro da investimento», ma, quantomeno, anche la disciplina antiriciclaggio.

Rimanendo nei limiti della definizione normativa, la L. n. 7/2000 disciplina un prodotto *da investimento* dotato di caratteristiche singolari, per certi versi comparabile, negli aspetti funzionali, alla nozione di «prodotto finanziario» contenuta nel T.U.F.¹⁴, posto che il cliente, di regola, intende *investire* il proprio capitale con l'auspicio di incrementarlo nel tempo, accettando il rischio di non conseguire tale risultato e di perdere, in tutto o in parte, il capitale investito. Anche nel caso dell'oro, l'acquisto comporta l'impiego di capitale al fine di conseguire un'opportunità di guadagno dovuta al futuro (ma eventuale) aumento del valore sul mercato del metallo almeno in misura maggiore rispetto alla svalutazione della moneta. Per altro verso, la quotazione ufficiale dell'oro consente di conferirgli storicamente un valore, nel mercato globale, certo e stabile, nonché suscettibile di fluttuazioni crescenti sul lungo periodo, rendendolo così (ri)convertibile in valuta ufficiale con una relativa facilità. Sotto questo profilo, gli acquisti di oro possono presentare elementi di analogia rispetto agli investimenti in valute pregiate o in *stablecoin* previsti dal MiCAR¹⁵, i quali svolgono una funzione (quasi)monetaria. Tuttavia, sotto il profilo contrattuale l'acquisto di oro puro tra privati si esaurisce, pur sempre,

¹² Art. 3, L. 7/2000.

¹³ Cfr. Cassazione civile, sez. trib., 18 maggio 2023, n. 13742, in *Giust. Civ. Mass.*, 2023, secondo cui ai «fini dell'esenzione generale IVA per le cessioni di oro da investimento non è necessario il rispetto di una forma determinata tipo lingotto o placchetta».

¹⁴ D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52» (TUF).

¹⁵ Il «MiCAR» (Regolamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, «relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937), all'art. 3, n. 6), definisce il «token collegato ad attività» come «un tipo di cripto-attività che non è un token di moneta elettronica e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento a un altro valore o diritto o a una combinazione dei due, comprese una o più valute ufficiali». Tale cripto-attività è comunemente denominata «*stablecoin*» ed è disciplinata dall'intero Titolo III del MiCAR; per l'eterogeneità della categoria degli «*stablecoins*» e il rapporto con le valute ufficiali cfr. F. MATTASSOGLIO, *Moneta e tecnologia. Come intelligenza artificiale e DLT stanno trasformando lo strumento monetario*, Torino, 2023, 66 ss.

in una mera compravendita di un bene mobile assimilabile ad altre merci alienate quotidianamente nei mercati.

Le oggettive incertezze tassonomiche appena accennate amplificano le difficoltà di individuazione della normativa applicabile ai contratti di vendita di «oro da investimento», che, in questa sede, sono presi in esame con riguardo alla particolare ipotesi in cui essi siano stipulati attraverso i canali distributivi bancari; ciò in quanto nella L. n. 7/2000 si rinviene un'evidente lacuna normativa concernente la regolazione del contenuto del contratto avente ad oggetto la vendita di oro, con particolare riguardo ai doveri informativi del venditore e ai profili di tutela dell'acquirente.

La scelta del diritto applicabile alle negoziazioni di «oro da investimento» dovrebbe cadere sul diritto comune, integrato eventualmente, *ratione materiae*, dalla disciplina consumeristica; tuttavia, alcune caratteristiche del prodotto offerto al pubblico dei risparmiatori e della normativa a esso specificamente dedicata, nonché il luogo in cui il prodotto viene collocato, delineerebbero uno spazio per l'applicazione anche di alcune regole dedicate ai «contratti del mercato finanziario».

In sostanza, mi sono chiesto se la vendita di «oro da investimento» nei canali distributivi bancari «stia «dentro o fuori» dal libro del Prof. Maffei».

2. Al fine di poter comprendere appieno la difficoltà di individuare la disciplina della vendita di «oro da investimento» nella sola disciplina civilistica, occorre ricordarne la già menzionata natura «para-finanziaria» e «para-monetaria»¹⁶ la quale impedisce – ciò che trova riscontro anche nell'immaginario collettivo – di considerare questo particolarissimo bene come una qualsiasi altra merce, pur dopo la fine dell'epoca del «*gold standard*»¹⁷.

L'oro da investimento è dotato, sin dalla sua definizione giuridica, di un connotato funzionale (*i.e.*: «da investimento») che crea un'assonanza con alcune categorie oggettive e soggettive proprie dei mercati finanziari, contenute nelle

¹⁶ Nei primi anni del Regno d'Italia, il Banco di Sicilia, ad esempio, emetteva banconote contenenti una dichiarazione avente ad oggetto l'obbligo per il cassiere di pagare la corrispondente somma di denaro espressa in lire «in effettivo Oro od Argento contro la presente da lui firmata». Nel secolo scorso, in Europa, era ancora diffusa l'emissione di monete in oro e in argento e le banconote recavano la dicitura «pagabile a vista al portatore» o altra equivalente, da intendersi quale obbligo per l'emittente di cambiare la banconota con monete metalliche pregiate. Tale dichiarazione è rimasta in via tralatizia nelle banconote in Lire ed ancora, all'attualità, è dato riscontrare espressioni di simile tenore quali, ad esempio, «*this note is legal tender for all debts, public and private*» nelle banconote del Dollaro USA, ovvero «*I promise to pay the bearer on the mand the sum of...*» indicata nella Sterlina UK.

¹⁷ Sino ai primi anni '70 del secolo scorso, il sistema monetario era basato sul *gold standard* (detto anche sistema aureo), ovvero su un legame diretto tra base monetaria e riserve auree, in cui le banconote in valuta ufficiale potevano essere sempre convertite ad un cambio fisso; tra gli altri, cfr. R. S. MASERA – G. FALCHI, *Il ruolo dell'oro nella composizione delle riserve delle banche centrali*, in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Oro: Storia, Protagonisti, Problemi*, cit., 324 ss.

definizioni (art. 1) del TUF e a loro volta funzionalizzate attraverso il medesimo lessico, tra le quali, ad esempio, le «imprese di *investimento*», le «attività di *investimento*», i «servizi di *investimento*» e «prodotti di *investimento*».

L'oro, infatti, è il primo e il più importante dei beni mobili che può essere ascrivito alla categoria degli strumenti *da investimento*¹⁸, ma, soprattutto, è l'unico bene che, pur non integrando *tout court* gli estremi di un prodotto finanziario, riceve tale connotazione dalla legge nei limiti definitori anzidetti (ex art. 1, L. n. 7/2000), in ragione della specifica volontà del legislatore europeo di destinarlo prioritariamente al soddisfacimento diretto dei bisogni di risparmio dell'investitore, anche mediante il particolare regime fiscale cui è sottoposto in tutto il mercato europeo.

A ciò si aggiunga che l'«oro da investimento», di regola, è conformato in un lingotto (o placchetta) certificato, numerato, punzonato e sigillato all'interno di una confezione anticontraffazione; ove fuso per altro impiego, inoltre, esso diverrebbe nuovamente un materiale grezzo e perderebbe, allora, le caratteristiche, richieste dalla definizione legale, che gli conferiscono un alto grado di certezza sul proprio valore nella circolazione tra privati nonché l'esenzione dall'IVA nelle negoziazioni (art. 3, L. n. 7/2000). Tali considerazioni valgono, *a fortiori*, nel caso dell'«oro monetato», il quale non può essere trasformato in un altro prodotto senza sottrarre al singolo pezzo monetario il relativo valore storico o numismatico (o la sua eventuale funzione di scambio).

Il privato può certamente, in proprio o affidandolo a un operatore professionale, fondere il proprio «oro da investimento» affinché esso venga utilizzato in gioielleria o in altro settore industriale al fine di creare nuovi manufatti, ma si tratta, all'evidenza, di un'eventualità residuale. Si consideri, infatti, che l'oro fino, per le sue caratteristiche fisiche, di consueto non viene immediatamente utilizzato in gioielleria, là dove è preferito l'oro 18 carati, ovverosia una lega con altri metalli (per lo più argento e rame) maggiormente adatta a tale impiego per ragioni di consistenza e resistenza.

Giova chiarire che un gioiello realizzato mediante la fusione o la lavorazione di un lingotto di «oro da investimento», eventualmente legato con altri metalli, può essere (ed è di regola) venduto sul mercato ad un prezzo ben superiore al valore dell'oro in esso contenuto. Tuttavia, il mercato dei gioielli e, ancor più, il mercato dell'«oro usato»¹⁹ sono assoggettati ad una normativa del tutto diversa rispetto al mercato dell'«oro da investimento», in quanto essi rispondono a logiche economiche e fiscali differenti. Si consideri, infatti, che il gioiello ha una platea di potenziali clienti assai più ristretta (per ragioni di prezzo, moda,

¹⁸ Per l'inquadramento giuridico dell'eterogeneo fenomeno dei *passion investments* v. F. ONNIS CUGIA, *op. cit.*, 222 ss. e F. PISTELLI, *op. cit.*, 129 ss., i quali ricomprendono in essi anche l'«oro da investimento».

¹⁹ D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 92, «Disposizioni per l'esercizio dell'attività di compro oro, in attuazione dell'articolo 15, comma 2, lettera l), della legge 12 agosto 2016, n. 170». Giova ricordare che il mercato dell'«oro usato» e l'attività l'impresa dei «compro oro» è circoscritta al solo oro 18 carati essendogli, al contrario, preclusa ogni negoziazione sull'«oro da investimento».

design, tendenze) rispetto a un bene da investimento ed è soggetto a imposizione IVA, al pari di ogni prodotto industriale o artigianale. Inoltre, la successiva circolazione di tale bene nel mercato secondario dell'«oro usato» è soggetta a una quotazione variabile e incerta, rimessa alla singola contrattazione, nonché assai più bassa rispetto a quella dell'«oro da investimento».

Peraltro, gli imprenditori del settore gioielliero non acquistano l'oro da destinare a una successiva trasformazione²⁰ attraverso gli ordinari canali degli sportelli bancari, ma tramite i rivenditori specializzati di «oro industriale», anche sotto forma di leghe e con l'applicazione dell'IVA, a cui sono interessati in ragione dello specifico regime di *reverse charge*²¹ offerto dalla legge in quanto non assoggettati alla speciale imposizione fiscale sulle plusvalenze²².

Loro potrebbe, altresì, essere utilizzato quale «mezzo di pagamento», o, meglio, di permuta²³, ma per tale funzione – nelle transazioni lecite – sussiste il più efficiente strumento della moneta nelle varianti della valuta ufficiale, della moneta bancaria e della moneta elettronica ovvero, più di recente, delle crypto-attività, tra cui le *stablecoin*, o le crypto valute, che si caratterizzano nel mercato per una funzione (quasi o para) monetaria²⁴. Basti rilevare che, là dove i pagamenti in denaro sono eccezionalmente vietati, come, ad esempio, nell'ambito degli emolumenti relativi a concorsi e operazioni a premio dei programmi televisivi (art. 4, comma 1, D.P.R. n. 430/2001²⁵), il pagamento di premi di ingente valore viene eseguito in «gettoni d'oro»²⁶, ovvero sia attraverso un bene quanto più vicino possibile, dal punto di vista funzionale, alla moneta e facilmente convertibile in essa. Inoltre, l'anonimato e l'alto valore per grammo che caratterizzava le transazioni *brevi manu* in oro, lo rendono un mezzo di scambio utilizzabile anche nell'economia illecita al fine di trasferire ricchezza che sfugge all'imposizione tributaria e ai controlli di pubblica sicurezza. Proprio in tale contesto si collocano le normative fiscali, antiriciclaggio e di contrasto al terrorismo che hanno influenzato la nuova disciplina del mercato dell'oro.

²⁰ Cassazione civile, sez. trib., 4/07/2024, n. 18333, in *Giust. Civ. Mass.*, 2024, secondo cui l'indetraibilità «dell'imposta per operazioni esenti non si estende alle cessioni di oro da investimento effettuate dai soggetti che lo producono ovvero che lo trasformano».

²¹ V. art. 17, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, così come modificato dall'art. 3 comma 4 della L. 7/2000.

²² Art. 67 del TUIR.

²³ Si è già avuto modo di chiarire che il pagamento in senso tecnico prevede il trasferimento di una quantità di moneta rientrante nella nozione europea di «fondi» e non di altri strumenti di scambio (cfr. R. MOTRONI, *I pagamenti non monetari nella finanza digitale europea, La prospettiva italiana*, Bari, 2023, 74 ss. *Contra* D. SARTI, *La funzione non finanziaria dei token MiCAR*, in *Orizz. dir. comm.*, 2024, 780 ss.).

²⁴ Colloca gli *stablecoin* tra i mezzi di pagamento D. SARTI, *op. cit.*, 2024, 772 ss.

²⁵ D.P.R. 26 ottobre 2001, n. 430, «Regolamento concernente la revisione organica della disciplina dei concorsi e delle operazioni a premio, nonché delle manifestazioni di sorte locali, ai sensi dell'articolo 19, comma 4, della legge 27 dicembre 1997, n. 449».

²⁶ Le vincite dei giochi a premio possono essere liquidate in oro e non in danaro, per effetto del D.P.R. n. 430/2001 come confermato, nel 2009, da una nota del Ministero dello Sviluppo Economico, secondo la quale i premi non potevano essere pagati in contanti.

L'impossibilità di impiego pratico e la conseguente sostanziale unicità della destinazione (di *investimento*) differenzia l'«oro da investimento» dagli altri beni (detti talvolta «beni rifugio»²⁷), mobili e immobili che possono essere impiegati con la medesima funzione di *investimento*, tra i quali vanno annoverati diamanti, opere d'arte, orologi di lusso, vini pregiati e altri. Tali beni mantengono, comunque, una duplice funzione: a) la prima è rappresentata dallo specifico utilizzo principale cui ciascun bene è oggettivamente destinato *ab origine*; b) la seconda è costituita dalla riserva di valore e dall'aspettativa di aumento della loro quotazione di mercato, a cui vengano soggettivamente adibiti dal proprietario, con l'assunzione di un ampio margine di rischio. Anche per tale ragione, il legislatore non ha attribuito a nessuno di tali beni la specifica connotazione teleologica anzidetta o ha dedicato loro la pervasiva disciplina del mercato e il particolare regime fiscale riservati, per contro, all'«oro da investimento».

3. La contiguità ai mercati bancari e finanziari del settore del commercio di «oro da investimento» è attestata in diverse disposizioni che a vario livello lo regolano. Più specificamente, esiste una riserva soggettiva riferita a imprese autorizzate, quali sono *in primis* le banche (trattasi, difatti, di un'attività tipicamente bancaria, anche se facoltativa) e a «operatori professionali in oro» tenuti all'iscrizione nell'albo dell'«Organismo agenti e mediatori» (OAM), per la quale sono previsti stringenti requisiti soggettivi e oggettivi, analoghi a quelli delle altre imprese finanziarie (L. n. 7/2000, art. 3). Le sanzioni penali previste per il commercio abusivo di «oro da investimento» sono sostanzialmente equiparate a quelle fissate per l'esercizio abusivo dell'attività bancaria (L. n. 7/2000, art. 4, c. 1). Gli standard di qualità dell'oro da investimento sono imperativamente fissati dalla Banca d'Italia (L. n. 7/2000, art. 1, c. 8).

Nella normativa europea, il Regolamento UE 2018/1672 sull'antiriciclaggio²⁸ ricomprende l'«oro da investimento» nella definizione di «denaro contante», ponendolo sullo stesso piano di altri strumenti di pagamento anonimi,

²⁷ La categoria dei «beni rifugio» è evocata con riferimento all'oro da F. PISTELLI, *op. cit.*, 136 ss.

²⁸ Regolamento (UE) 2018/1672 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, «relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nell'Unione o in uscita dall'Unione e che abroga il regolamento (CE) n. 1889/2005». L'articolo 2, stabilisce che ai «fini del presente regolamento si applicano le definizioni seguenti: a) «denaro contante»: i) valuta; ii) strumenti negoziabili al portatore; iii) beni utilizzati come riserve altamente liquide di valore; iv) carte prepagate. La stessa norma stabilisce alla lett. e) che i «beni utilizzati come riserve altamente liquide di valore» siano elencati al punto 1 dell'allegato I. essi sono beni che presentano un rapporto elevato tra il loro valore e il loro volume e che possono essere facilmente convertiti in valuta nei mercati accessibili, con costi di transazione assolutamente modesti. L'Allegato I, elenca i «Beni utilizzati come riserve altamente liquide di valore» e precisamente: «a) monete con un tenore in oro di almeno il 90 %»; e «b) lingotti sotto forma di barre, pepite o aggregati con un tenore in oro di almeno il 99,5 %, e le carte prepagate».

quali gli «strumenti negoziabili al portatore» e le «carte prepagate». Come per la nozione di «strumento di pagamento» nella disciplina dei mercati finanziari²⁹, tale inquadramento giuridico assume – ovviamente – una valenza relativa e specialistica, ma rafforza – ed è quel che rileva in questa sede – l'ascrivibilità dell'«oro da investimento» al fenomeno monetario e finanziario.

Va ricordato, inoltre, che l'oro puro e monetato costituisce ancora oggi una delle principali componenti delle riserve di ultima istanza delle banche centrali (oggetto, peraltro, di un progressivo incremento tramite nuovi acquisti). Il comma 2, art. 7, del D. Lgs. n. 43/1998 ha disciplinato il trasferimento di attività delle banche centrali nazionali alla BCE a cui, in attuazione degli artt. 30 e 31 dello Statuto del SEBC, devono essere conferite le «attività di riserva in valute diverse da valute dell'Unione», tra le quali vanno ricomprese le riserve auree. Sempre in ambito monetario, l'art. 87, comma 5, della L. n. 289/2002³⁰ autorizza espressamente «la coniazione e l'emissione di monete per collezionisti aventi corso legale solo in Italia [...]» in Euro, ciò che avviene di regola in argento o in oro; del resto, molti Stati extraeuropei continuano a coniare monete in oro scambiate correntemente con funzione di pagamento nei relativi contesti territoriali.

Per tali ragioni, l'oro mantiene nell'economia mondiale un ruolo di numenario standard per la determinazione dei valori di mercato delle merci stabilite, sulla base di una quotazione ufficiale giornaliera³¹, da un'autorità indipendente, ossia la Bullion Market Association di Londra (LBMA³²), in cui sono rappresentate alcune tra le più importanti istituzioni bancarie di livello mondiale.

D'altro lato, anche sotto il profilo fiscale, le negoziazioni dell'«oro da investimento» appaiono equiparate ai prodotti finanziari anche tra privati, mediante una generale esenzione dall'IVA e la tassazione delle plusvalenze sulla vendita con l'imposizione della medesima aliquota prevista per le rendite finanziarie

²⁹ La BCE nel «Eurosystem oversight framework for electronic payment instruments, schemes and arrangements» (PISA), reperibile in www.ecb.europa.eu/paym/pdf/consultations/ecb.PISAPublicconsultation202111_1.en.pdf, con riguardo alla nozione di «strumento di pagamento», ha fornito una definizione che va ben oltre il concetto di «fondi», priva di un riferimento univoco alla moneta e comprensiva degli *stablecoins*, ma ai soli fini della supervisione e del controllo degli spostamenti di ricchezza. Invece, la normativa che riguarda direttamente la circolazione della moneta include tra i mezzi di pagamento solo le valute ufficiali, la moneta bancaria elettronica (Cfr. punto 2.2 PISA). Sul punto e sulle novità del PISA quale nuovo sistema di controllo sugli spostamenti di ricchezza non solo monetari in senso stretto nel nuovo mercato digitale anche con riguardo alle tecnologie DLT v. R. MOTRONI, *op. cit.*, 127; P. CIPOLLONE, *Risposte (e proposte) della Banca d'Italia alle sfide dell'evoluzione tecnologica*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 601 s.

³⁰ L. 27 dicembre 2002, n. 289, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)», così come modificato dall'articolo 1, comma 55, della legge 30 dicembre 2023, n. 213 (legge di bilancio 2024),

³¹ Esiste una quotazione dell'oro puro 24 carati fissata dalla Bullion Market Association di Londra, secondo un procedimento riservato, basato sul variare della domanda dell'offerta è stabilito in dollari per oncia.

³² Per la descrizione e le funzioni della BMAL si rinvia a www.lbma.org.uk/.

(26% – art. 67, TUIR). Tale aliquota si applica alle plusvalenze maturate sul prezzo di acquisto ove il venditore sia in grado di documentarlo attraverso un contratto o una ricevuta fiscale, mentre, in difetto, l'imposta si calcola sull'intero ammontare del prezzo di vendita³³.

Ne deriva un'assoluta specialità dell'oro nel panorama dei beni mobili da investimento, la cui disciplina è parzialmente sovrapponibile ad alcune norme dei mercati finanziari e monetari; tuttavia, l'assenza di una specifica disciplina contrattuale evoca il monito dell'Autore secondo cui, nell'opera che suscita queste mie riflessioni, «[in] finanza il tradizionale diritto civile dei contratti non basta. Serve un diritto civile della finanza»³⁴.

4. Nell'ampio orizzonte dei beni *da investimento* va esclusa la riconducibilità dell'«oro da investimento» alla categoria oggettiva degli «strumenti finanziari» disciplinati dalla MiFID II, nonostante si ripropongano, sul punto, le difficoltà definitorie rilevate dalla dottrina nel tracciare i confini di una categoria concettuale connessa a una pluralità di fonti europee e nazionali, fonti difficilmente coordinabili tra loro e stratificatesi rapidamente anche in ragione delle necessità di adeguare la normativa vigente all'evoluzione tecnologica delle infrastrutture e dei prodotti scambiati nei mercati finanziari. In particolare, il rapporto tra la disciplina del TUF e la MiFID II³⁵, così come integrati dal «Pilot»³⁶ e dal MiCAR, e, sul piano nazionale, dalla «legge fintech»,³⁷ genera ancora dubbi interpretativi ed applicativi che qui mi limito esclusivamente a evocare³⁸.

³³ A seguito della L. 30 dicembre 2023, n. 213 (legge di bilancio), art. 92 a-c), il calcolo delle plusvalenze, in assenza della prova documentale del prezzo di acquisto quali la fattura o titolo equivalente, il calcolo dell'imposta del 26% avviene su una base imponibile all'intero prezzo di vendita.

³⁴ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 23.

³⁵ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

³⁶ Regolamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 «relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito e che modifica i regolamenti (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014 e la direttiva 2014/65/UE».

³⁷ D.L. 17 marzo 2023, n. 25, convertito in Legge n. 52/2023, concernente «Disposizioni urgenti in materia di emissioni e circolazione di determinati strumenti finanziari in forma digitale e di semplificazione della sperimentazione FinTech».

³⁸ Per una ricostruzione della nozione di «strumento finanziario» derivate dalle diverse fonti normative nazionali ed eurounitarie, con ampi richiami bibliografici in nota (in particolare nota n. 2) v. D. SARTI, *op. cit.*, 2024, 767 ss., in part., con ampi richiami bibliografici, nota 2. V. inoltre, per la difficile qualificazione della figura dello «strumento finanziario» in rapporto alle nuove crypto-attività disciplinate dal MiCAR, F. ANNUNZIATA, *I DLT "financial instruments" tra Legge Fintech, MiFID e T.U.F.: questioni classificatorie dei tokens*, in *Orizzonti dir. comm.*, 3/2024, 878 ss.

Per esigenze di sintesi, è sufficiente rilevare in questa sede come il prodotto «oro da investimento», in quanto tale, sia estraneo all'oggetto³⁹ dei mercati finanziari in quanto difetterebbe del requisito della «finanziarietà» richiesto anche dalla più ampia nozione domestica di «prodotto finanziario»⁴⁰, la quale ricomprende, oltre agli «strumenti finanziari», «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria».

Il discrimine tra l'«oro da investimento» e la nozione di «prodotto finanziario» deve, dunque, essere individuato nell'assenza di un *rendimento di natura finanziaria*, non essendo sufficiente che, in concreto, il risparmiatore possa subire una perdita economica legata al deprezzamento nel mercato del bene acquistato a fini di investimento rispetto alla quantità di capitale investito. Invero, in assenza di una specifica obbligazione di rendimento finanziario, le mere fluttuazioni delle quotazioni di mercato non dipendono dalla condotta della controparte contrattuale e, pertanto, non sono ovviamente a essa imputabili.

A questo proposito, va segnalato uno specifico pronunciamento della Consob⁴¹, secondo cui la fattispecie prevista all'art. 1, co. 1, lett. t), TUF⁴² prevede: a) la «circostanza che l'attività abbia ad oggetto “prodotti finanziari” [per tali intendendosi, ex art. 1, co. 1, lett. u) TUF, “gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”]»; b) «la sussistenza di una comunicazione volta a far acquistare o sottoscrivere un determinato prodotto finanziario e contenente, di conseguenza, quantomeno la rappresentazione delle caratteristiche e delle condizioni essenziali dello stesso»; c) «la circostanza che la suddetta offerta sia rivolta al pubblico residente in Italia».

La vendita di «oro da investimento» non rientra nella nozione di «appello al pubblico risparmio in prodotti finanziari», in quanto sarebbe diretta a procurare all'investitore il godimento del bene in assenza di *possibili ritorni di natura finanziaria*. La stessa Consob, nella medesima sede, ha voluto segnalare – solamente – la necessità di «prestare particolare attenzione a che non venga ingannevolmente presentata l'attrattività di detta forma di acquisto di oro, ad esempio ricollegandola a possibili ritorni di natura finanziaria». La fattispecie esaminata nella pronuncia in parola riguarda un programma di acquisto

³⁹ V. G. GUIZZI, voce *Mercato finanziario*, in *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, 749 ss.

⁴⁰ I limiti della definizione domestica di prodotto finanziario sono segnalati, tra gli altri, da P. FERRO-LUZZI, *Attività e “prodotti finanziari”*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145. Con riferimento alle difficoltà applicative di una categoria così vasta ed eterogenea v. anche Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, in *Giur. comm.*, 2010, II, 103 ss.

⁴¹ Comunicazione n. DIN/12079227 del 4 ottobre 2012. In questo senso: Consob, Comunicazione n. DIN/12079227 del 4-10-2012, reperibile online in www.consob.it/documents/1912911/1926871/c12079227.pdf/b932861f-ea61-7584-e198-4d39aa974e70.

⁴² L'art. 1 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), definisce l'offerta al pubblico di prodotti finanziari come “ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati”.

di oro avente ad oggetto una serie scadenziata di acquisti di una determinata e frazionata quantità di oro, contabilmente annotati in un «conto metalli», con il contestuale rilascio di un'«attestazione non trasferibile», sino al raggiungimento di una prefissata quantità finale di oro, che (solo allora) avrebbe potuto essere – su richiesta – consegnata materialmente al cliente. L'esclusione dalla categoria del «prodotto finanziario» nettamente espressa dalla Consob si riferisce, pertanto, specificamente a operazioni più complesse rispetto alla mera vendita diretta di «oro da investimento» con esecuzione istantanea, in cui il cliente non ottiene l'immediata disponibilità materiale del bene, ma vanta unicamente una posizione creditoria.

Per altro verso la Cassazione, non condividendo la prospettiva formalista appena illustrata, si è pronunciata in relazione alla disciplina applicabile a operazioni economiche aventi a oggetto talune particolari categorie di beni mobili acquistabili con finalità di investimento, chiarendo che la «nozione di investimento di natura finanziaria comprende ogni conferimento di una somma di danaro da parte del risparmiatore con un'aspettativa di profitto o remunerazione ovvero di utilità, unita ad un rischio, a fronte delle disponibilità impiegate in un dato intervallo temporale». Difatti, con riguardo ai c.d. «diamanti da investimento»⁴³ venduti dalle banche attraverso un meccanismo negoziale che prevede la successiva restituzione al cliente del prezzo di acquisto maggiorato in cambio della contestuale riconsegna della pietra preziosa acquistata, dopo un periodo di tempo predeterminato (un anno), il Supremo Collegio ha ravvisato l'applicabilità del TUF, anche in considerazione del «“rischio emittente” legato all'incertezza sulla capacità della società di restituire il tantumdem con l'incremento promesso». Anche in questo caso, la natura finanziaria dell'operazione economica è stata individuata nel *ritorno di natura finanziaria* (obbligazione di restituzione del capitale maggiorato) previsto nello schema contrattuale utilizzato dalle parti e non già nelle caratteristiche del

⁴³ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *www.ilcaso.it/sentenze/ultime/10344*, secondo cui «è configurabile come prodotto finanziario, con correlata applicazione della disciplina in materia di sollecitazione all'investimento, il contratto in cui una società proponga al pubblico il “blocco” di una somma per un anno in prospettiva di un guadagno, mediante un meccanismo negoziale consistente nella consegna in affidamento all'investitore di un diamante del valore ipotetico di mille euro, chiuso in un involucro sigillato, contro il versamento in denaro di un identico importo, con l'impegno della società di “riprendersi” il prezioso dopo dodici mesi e di restituire il capitale maggiorato di ottanta euro, senza alcun'altra prestazione a carico dell'investitore, prevalendo in detta operazione gli elementi del credito fruttifero e della garanzia rispetto a quello della custodia, e sussistendo, altresì, il “rischio emittente” legato all'incertezza sulla capacità della società di restituire il tantumdem con l'incremento promesso». Più di recente v. Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, in *Dir. & Giust.*, 13 marzo 2018, con nota di BRUNO; nel caso di specie la Cassazione ha ravvisato la figura del prodotto finanziario in «un'operazione complessa, promossa da promotori finanziari, costituita dalla sottoscrizione di un contratto di compravendita di opere d'arte a un prezzo scontato con una percentuale variabile tra il 5% e il 7% del prezzo indicato in listino con la facoltà per gli acquirenti di risolvere il contratto e di ottenere, una volta scaduto il termine convenuto, la restituzione dell'importo superiore rispetto a quello versato al momento dell'acquisto e pari al prezzo di listino dell'opera d'arte».

bene mobile (diamanti) utilizzato nell'operazione. Vale osservare che, ove si sostituisse l'«oro da investimento» ai diamanti, l'operazione economica appena descritta andrebbe comunque ricondotta, secondo l'opinione della giurisprudenza, ad un prodotto di natura finanziaria.

In un'altra pronuncia⁴⁴, concernente investimenti in cripto-valute, i criteri di applicazione della disciplina dei «prodotti finanziari» sono stati individuati attraverso un rinvio alla giurisprudenza di merito⁴⁵, secondo cui debbono essere riscontrabili in concreto: a) un impiego di capitali, riconducibile generalmente al danaro o, più in generale, a un capitale proprio che può corrispondere anche a una valuta virtuale; b) una aspettativa di rendimento; c) un rischio proprio dell'attività prescelta, direttamente correlato all'impiego di capitali. Nel caso di specie, le criptovalute vengono espressamente qualificate come prodotti finanziari; tuttavia, i soggetti interessati all'investimento avevano erogato capitali (sotto la forma di bitcoin) per la partecipazione ad una piattaforma digitale con l'aspettativa di ottenere un rendimento costituito dalla successiva eventuale corresponsione di altre monete virtuali dal valore variabile legato al successo della stessa piattaforma, assumendo su di sé il rischio connesso alla perdita anche solo parziale del capitale investito. Sebbene la pronuncia venga ricordata per aver qualificato le criptovalute come «prodotti finanziari», in realtà, nel caso esaminato dalla Cassazione, la «finanziarietà» del prodotto può essere rinvenuta con riguardo all'intera operazione economica in cui è prevista la restituzione del capitale e il pagamento di un rendimento sotto forma di altre criptovalute, subordinatamente al verificarsi di alcune condizioni.

Le categorie di beni da investimento esaminate dalla Cassazione non rientrano – formalmente – nell'elenco di «strumenti finanziari», di cui all'allegato 1 della MiFID II, incorporati in un documento negoziabile nei mercati finanziari. Ciononostante, la giurisprudenza ravvisa in essi un'aspettativa di rendimento finanziario che li qualifica come «un'altra forma di investimento di natura finanziaria» riconducibile alla nozione di «prodotto finanziario». Nell'«oro da investimento», al contrario, si può rilevare solo una mera aspettativa di guadagno riposta nell'auspicato futuro aumento del valore delle quotazioni di mercato del bene rispetto al prezzo di acquisto, oltre al fatto che

⁴⁴ Cass., 22 novembre 2022, n. 44378, in *Foro it.*, 2023, le «monete virtuali costituiscono strumenti di investimento finanziario, la cui negoziazione professionale è soggetta al rispetto delle norme in materia di intermediazione finanziaria, ivi compresa la necessaria abilitazione del soggetto intermediario».

⁴⁵ Trib. Verona 24 gennaio 2017, n. 195, la «compravendita di valute virtuali (ad es. di bitcoin), qualificabili alla stregua degli strumenti finanziari, è un'operazione definibile ad alto rischio per il risparmiatore, il che obbliga colui il quale ne pubblicizzi la vendita, in proprio o per conto terzi, ad informare preliminarmente l'utente interessato all'acquisto sui rischi connessi all'investimento (c.d. informativa precontrattuale), così come stabilito dagli articolo 67 e ss. del codice del consumo in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; in particolar modo, il promotore dell'operazione di vendita è tenuto all'applicazione delle disposizioni più rigorose previste dalla normativa di settore che disciplina l'offerta del servizio o del prodotto interessato», in *Banca, Borsa tit. cred.*, 2017, 2, 467 ss., con nota di PASSARETTA.

ad esso non si può attribuire «la qualifica di “investimento” sulla base del solo intento soggettivo dell’investitore, ossia l’aspettativa di ottenere un profitto»⁴⁶. Al contrario, devono essere ricompresi nella definizione di prodotto «finanziario» eventuali schemi negoziali che, in concreto, riconnettano all’acquisto di oro una qualsiasi forma di rendimento finanziario.

L’esclusione dell’«oro da investimento» dalla definizione di «prodotto finanziario», sia pure con le precisazioni appena svolte e salva la valutazione in concreto della natura dell’operazione economica sottostante, impedisce l’applicazione del «diritto civile della finanza» al contratto avente ad oggetto la relativa circolazione. A questo punto, è necessario svolgere qualche considerazione con riferimento ad alcuni particolari schemi negoziali diffusi, specie in ambito bancario, nel commercio di oro (es.: conto metalli o vendita frazionata), che rendono la condotta della controparte contrattuale assai più rilevante nell’intera operazione economica. In tali ipotesi, i rischi per l’investitore aumentano quando il bene rimanga di proprietà o nel possesso (ovvero anche solo nella detenzione) del venditore, con l’obbligo di restituzione solo all’esito di un periodo prestabilito. Merita ricordare che l’oro è un bene mobile fungibile il quale, peraltro, presenta standard qualitativi specifici e omogenei a livello mondiale, così da consentire la confusione tra le diverse quantità di metallo eventualmente detenute dall’impresa contraente. Si aggiunge, così, il rischio di inadempimento dell’obbligazione di consegna del metallo dovuta all’insolvenza del debitore, ovvero sia ciò che nei contratti del mercato finanziario viene chiamato «rischio emittente». Un ulteriore profilo di rischio deriva dalla risoluzione anticipata del contratto, causata da un possibile inadempimento degli obblighi periodici posti in capo all’acquirente, inadempimento che può determinare la mancata consegna, anche parziale, del metallo all’esito del contratto o la perdita totale o parziale del capitale investito dall’acquirente.

Se si considera, poi, che la consegna del metallo fisico dovrebbe avvenire quando – di regola – esso abbia aumentato il proprio valore per effetto del decorrere del termine contrattuale, sebbene tale aumento non venga promesso dal venditore e rimanga un fatto notorio presupposto *inter partes* sulla base del pregresso trend di crescita del prezzo dell’oro storicamente osservabile nel

⁴⁶ Corte d’Appello di Bologna sez. III, 19 giugno 2024, n. 1324, secondo cui «Non ogni conferimento di denaro con aspettativa di profitto o di remunerazione si può ritenere “investimento finanziario”, assoggettato come tale alle norme del TUF: infatti non si può attribuire la qualifica di “investimento” sulla base del solo intento soggettivo dell’investitore, ossia l’aspettativa di ottenere un profitto. Al contrario, ciò che caratterizza l’investimento finanziario – con conseguente l’applicazione del TUF – non è il mero fine soggettivo che l’investitore si propone, ma la natura dello strumento per il quale si conferisce danaro, che deve essere intrinsecamente finanziaria, ossia relativa al denaro e ai titoli (sulla base del suesposto principio i giudici hanno escluso che l’acquisto di diamanti potesse configurare “investimento” soggetto alla disciplina del TUF, in quanto si tratta propriamente di investimento in beni di valore, nella speranza che il loro valore aumenti)», in *Dejure*.

lungo periodo, si può cogliere la menzionata prossimità funzionale e teleologica della fattispecie esaminata rispetto alla figura del «prodotto finanziario».

Sul piano generale della disciplina contrattuale applicabile, dunque, si dovrebbe equiparare l'«oro da investimento» a un qualsiasi bene di consumo, trascurandone la millenaria funzione di riserva di valore e di strumento di scambio evocata nella stessa (oggettiva) definizione normativa, la quale induce nei risparmiatori una generalizzata fiducia verso il suo apprezzamento nel mercato mondiale.

Con tali premesse, resta da spiegare l'aporia nell'approccio del legislatore che disciplina l'«oro da investimento» attraverso una normativa speciale avente i tratti del mercato regolamentato riservato a imprese vigilate (banche o «operatori professionali in oro») e lo assoggetta ad una fiscalità speciale, ma, nel contempo, sul piano contrattuale, lo considera alla stregua di una qualsiasi merce disponibile sul mercato.

In una prospettiva macroeconomica, vi è da ritenere che la L. n. 7/2000 risponda a un'esigenza – del tutto pubblicistica – di mantenere un controllo statale, anche attraverso la restrizione della libertà d'impresa, su un settore del mercato in cui circola un prodotto particolarmente rilevante per la politica monetaria e l'economia bancaria. Invero, l'«oro da investimento» è utilizzabile astrattamente anche su larga scala, senza intermediari, quale surrogato della moneta con funzione di pagamento, peraltro coperta da anonimato, e, come tale, si pone tra quei fenomeni para monetari visti con sfavore dal legislatore. Per altro verso, l'oro ha mantenuto la propria efficienza quale riserva di valore che, a differenza della moneta, non tende a svalutarsi nel mercato e, anzi, si apprezza (talvolta in modo assai sensibile) divenendo un'alternativa (anonima) anche rispetto agli strumenti finanziari⁴⁷. Tali caratteristiche lo rendono un tipico strumento di riciclaggio, di finanziamento del terrorismo e di evasione fiscale, sì che l'oro risulta essere il naturale destinatario di discipline restrittive volte a mantenere un controllo pubblico sulla sua distribuzione presso i privati.

In una prospettiva microeconomica, per converso, il legislatore non ha ravvisato specifiche esigenze di tutela del cliente investitore, forse anche in ragione dell'intrinseco ridotto rischio di perdita di capitale che caratterizza storicamente gli investimenti in oro e che lo hanno indotto a qualificarlo come bene da investimento *tout court*.

5. Il legislatore non ha attribuito alla disciplina dell'oro quella natura ancipite tipica della regolazione affidata alla disciplina dei mercati finanziari, più

⁴⁷ R. NESSIM, *Il mercato di oro fisico e i mercati a termine degli Stati Uniti*, in A. Quadrio Curzio (a cura di), *Oro: Storia, Protagonisti, Problemi*, cit., 92, ricorda come a partire dal 1975 i cittadini americani abbiano potuto investire in oro e come all'epoca ci si preoccupasse «del fatto che le mutevoli richieste di oro accentuino ulteriormente le fluttuazioni di valuta e che gli investimenti aurei vadano a svantaggio di investimenti più produttivi».

volte evocata in dottrina⁴⁸ e ricordata a più riprese anche dall'Autore del nostro testo⁴⁹ come orientata alla tutela della efficienza e del buon funzionamento dei mercati finanziari e, nel contempo, alla protezione del cliente (debole⁵⁰). In essa, non è stata valorizzata nemmeno la funzione moralizzatrice del mercato tipica della tutela del cliente, contenuta in disposizioni speciali che avrebbero anche favorito il funzionamento dei meccanismi concorrenziali tra attività delle imprese del settore, aumentando la fiducia dei risparmiatori verso il ceto bancario e finanziario in una logica di diritto privato regolatorio⁵¹.

Nelle singole fattispecie contrattuali non si dovrebbero, cioè, riscontrare particolari esigenze di tutela dell'investitore ontologicamente considerato, anche quando l'oggetto del contratto in senso materiale («oro da investimento») abbia – *ex lege* – una connotazione funzionale di *investimento*, che implica un'intrinseca componente di rischio tale da influire sugli scopi del contratto. Invero, nel caso di specie le parti – dovendo compra-vendere un bene da *investimento* – conoscono le comuni finalità primarie del contratto espresse all'atto della sua conclusione e accettano l'idea che la somma di danaro pagata per l'acquisto del bene in un dato momento storico possa, in futuro, svalutarsi più o meno di quanto il bene si apprezzi sul mercato.

Nel quadro anzidetto, permangono particolari esigenze di tutela in capo all'acquirente, il quale impiega un capitale a (soli) fini di «*investimento*» o, meglio, con scopo di «risparmio», per l'acquisto di un bene materiale da un operatore professionale, al fine di conservare il capitale, con l'aspettativa di crescita legata alle variazioni in aumento del prezzo dell'oro sul mercato; ciò – secondo alcuni schemi negoziali – avviene lasciando il metallo nel pos-

⁴⁸ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Un secolo di regolazione*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2019, 61, che ricorda come venga «realizzata una disciplina speciale destinata ad integrare il quadro delle tutele preordinate al soddisfacimento del cd. *need of protection*, che nei contratti d'investimento caratterizza la posizione della controparte negoziale dell'intermediario. Da qui l'esigenza di dedicare attenzione alle regole di condotta che prescrivono un *agere* corretto (da attuare in modalità volte ad evitare le conseguenze negative delle asimmetrie informative) che per solito è dato riscontrare nella relazione *inter partes*. Tale esigenza conduce ad una rilettura degli artt. 21 e 23 t.u.f. e, dunque, a puntualizzare che in queste disposizioni la «diligenza, correttezza e trasparenza» dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi d'investimento identificano un obiettivo mirato all'«interesse dei clienti» ed all'«integrità dei mercati», vale a dire a finalità che si pongono a base di ogni disegno il cui oggetto è la tutela degli investitori».

⁴⁹ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 27 ss.

⁵⁰ Sulla riferibilità della figura del «risparmiatore» a quella del «consumatore v. G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 353.

⁵¹ Con l'espressione «diritto privato regolatorio» si indica «quella parte della normativa che si pone fuori del codice civile e di origine comunitaria che corregge l'autonomia privata, rendendola funzionale agli obiettivi della tutela dell'integrità del mercato, e che si esplica, per l'appunto, nei settori regolamentati»; così A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 39. Cfr. anche R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. Reg. merc.*, 2020, 134 ss.; C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022, *passim*.

sesso del venditore e sopportando, pertanto, anche il rischio di insolvenza di quest'ultimo.

La funzione esclusivamente di *risparmio* – la quale è connotata anche da un rischio aggiuntivo dovuto, da un lato, all'insolvenza della controparte contrattuale e, dall'altro lato, alle fluttuazioni di mercato del prodotto *da investimento* acquistato a pronti per un prezzo comprendente anche un costo di produzione e una commissione di vendita e, dunque, superiore alla quotazione di mercato corrente – dovrebbe essere ricondotta sotto la protezione dell'«ombrello costituzionale»⁵² di cui all'art. 47 Cost., che *tutela il risparmio in tutte le sue forme*⁵³. L'assenza di una normativa *ad hoc* di un espresso richiamo di alcune regole dei mercati finanziari, concernente i doveri delle parti in fase precontrattuale e le specifiche tutele per l'acquirente⁵⁴, al pari di quanto è avvenuto anche di recente con gli *stablecoin*⁵⁵, costituisce una significativa lacuna nell'ordinamento bancario e finanziario.

In sostanza, per le mere negoziazioni di «oro da investimento» – direbbe il nostro Autore – non è stato varato «un diritto civile della finanza». Così, il riferimento normativo rimane il diritto comune e, in particolare, le clausole generali come la correttezza e la buona fede nei rapporti obbligatori, nelle trattative (art. 1337 c.c.) e nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)⁵⁶ o di principi generali come la tutela dell'affidamento o dell'apparenza, ovvero, la responsabilità e gli obblighi del mediatore (artt. 1759 ss. c.c.)⁵⁷, quando la banca, come spesso avviene, collochi sul mercato l'oro per conto di imprese terze limitandosi a ottenere una provvigione sul prezzo di vendita.

Inoltre, ove l'acquirente sia un «consumatore», trova applicazione il Codice del consumo⁵⁸ e, innanzitutto, i principi e i diritti ivi previsti – spesso non

⁵² L'art. 47 Cost. dispone che la «Repubblica [...] disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito»: tale norma deve essere, dunque, «considerata il pilastro sul quale si fondano tutti i pubblici poteri nazionali di regolamentazione e di controllo delle attività finanziarie delle più diverse specie: bancarie, di intermediazione in senso stretto, assicurative e relative alla previdenza complementare, perché tutte hanno in comune la "materia prima", appunto il risparmio. In sintesi: l'art. 47 è divenuto l'«ombrello costituzionale» cui sono riconducibili le regolamentazioni, in senso lato, di tutte le attività finanziarie»; così: S. AMOROSINO, *La "costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, 234 s.

⁵³ Cfr. D. MAFFEIS, *op. cit.*, 34 ss.

⁵⁴ Per la necessità di una rilettura costituzionalmente orientata della disciplina dei contratti volta a riequilibrare l'inferiorità del contraente debole v. G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 780 ss.

⁵⁵ Il MiCAR ha regolamentato il mercato delle cripto-attività, tra cui i token collegate ad attività (detti anche *stablecoin*) e ha introdotto, per coloro che le collocano presso i clienti, l'obbligo di pubblicazione di un «white paper» contenente una pluralità di informazioni volte a rendere l'acquirente consapevole del contenuto dell'operazione negoziale e dei rischi a essa connessi di cui all'art. 28.

⁵⁶ Pone in evidenza la funzione di salvaguardia dell'interesse della controparte della clausola generale di buona fede G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 90 ss.

⁵⁷ Sul punto v. F. ONNIS CUGIA, *op. cit.*, 246 ss.

⁵⁸ D.Lgs 6 settembre 2005, n. 206, «Codice del consumo».

puntualmente tradotti sul piano applicativo –, tra i quali, nel caso di specie, devono essere sinteticamente richiamati il diritto «ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità»⁵⁹, il diritto «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali»⁶⁰, nonché un obbligo per il professionista «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà»⁶¹.

La qualificazione dell'«oro da investimento» come «bene» inteso quale «qualsiasi bene mobile materiale [...]»⁶² comporta anche l'applicazione della disciplina particolare dei contratti di «vendita di beni» al consumatore⁶³, tra i quali vanno altresì ricomprese anche le predette fattispecie negoziali, tipicamente bancarie, come la mediazione in metalli preziosi o il piano di acquisto di oro a cadenza predeterminata regolato con un conto metalli, quali schemi finalizzati all'acquisto fisico di oro al termine dell'operazione economica. Perché sia *conforme*⁶⁴ al contratto di vendita, il bene deve «essere idoneo agli scopi per i quali si impiegano di norma beni dello stesso tipo, tenendo eventualmente conto di altre disposizioni dell'ordinamento nazionale e del diritto dell'Unione [...]»⁶⁵. In ambito consumeristico, l'intento di *investimento* del risparmiatore è implicito o, quantomeno, presunto nell'acquisto di «oro da investimento», con conseguente obbligo del produttore e del venditore di illustrarne le caratteristiche in modo da «assicurare la consapevolezza del consumatore» circa l'idoneità del bene al conseguimento delle finalità perseguite mediante il contratto di consumo (art. 5). Deve anche trovare applicazione l'obbligo di comunicare, al momento della vendita, il costo per grammo dell'oro e la relativa quotazione giornaliera («prezzo per unità di misura» di cui all'art. 6 cod. cons.) e, nel caso di oro monetato, le caratteristiche storiche e numismatiche della moneta e la loro incidenza sul relativo valore di mercato, nonché i principali aspetti e obblighi, imposti dal particolare regime di circolazione extraterritoriale dell'«oro da investimento», previsti nella normativa antiriciclaggio, oltre al relativo regime fiscale.

Una particolare e speciale rilevanza assumono poi gli artt. 67 *bis* ss. del Codice del consumo, che, ancorché relativi alla sola commercializzazione *a distanza* di servizi finanziari ai consumatori, forniscono una definizione assai vasta di «servizio finanziario» in cui ricade «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale». Poiché il collocamento di «oro da investimento», ai sensi dell'art. 3 L. n. 7/2000, è un'attività tipicamente bancaria e in tale contesto può essere

⁵⁹ Art. 2, lett. c), Codice del consumo.

⁶⁰ Art. lett. e), Codice del consumo.

⁶¹ Art. 2 lett. c bis), Codice del consumo.

⁶² Art. 128, comma 2, lett. e), Codice del consumo.

⁶³ Art. 128, comma 2, lett. a), Codice del consumo.

⁶⁴ La nozione di «conformità» del bene nelle vendite al consumatore è contenuta nell'art. 129, comma 3, Codice del consumo.

⁶⁵ Art. 129, comma 3, lett. a), Codice del consumo.

qualificato anche come «servizio di investimento», esso rientra nella suddetta nozione di «servizio finanziario», dalla quale derivano i diritti di cui alla Sezione IV-bis e l'obbligo di fornire al consumatore tutte le informazioni indicate negli artt. 67 *quater* ss. L'inquadramento dell'«oro da investimento» tra i «servizi di investimento» nel Codice del consumo crea un'aporia del sistema, se si considera che l'abito di applicazione è individuato solo in base alle specifiche modalità di collocamento adottate in concreto (contratti a distanza) e non dalle intrinseche caratteristiche (finanziarietà) del prodotto, che perderebbe tale caratteristica ove venduto in presenza al consumatore.

Tuttavia, l'applicazione delle (sole) clausole generali e della normativa consumeristica a questo particolare settore di mercato apre ampi spazi di intervento della giurisprudenza a detrimento della certezza del diritto, a cui ha interesse non solo il contraente debole, ma anche l'impresa alienante, la quale sarebbe avvantaggiata da una dettagliata definizione normativa dei doveri delle parti in sede di contrattazione, al fine di prevenire ogni ipotesi di contezioso.

6. La L. n. 7/2000 prevede che il collocamento di «oro da investimento» possa avvenire attraverso i canali distributivi bancari, delimitando un ambito di mercato che non deve essere confuso con i contratti aventi ad oggetto *strumenti finanziari* in varia maniera ricollegati all'oro o alle sue quotazioni – parimenti offerti al pubblico dalle banche –, che rimangono (*ex art. 2, L. n. 7/2000*), però, pacificamente riconducibili ai contratti del mercato finanziario nonché integralmente assoggettati alla relativa disciplina.

Le negoziazioni eseguite all'interno della banca pongono in evidenza un altro aspetto segnalato dall'Autore nel testo in esame, il quale attiene ai «luoghi del contratto» e pone rilevanti quesiti circa la capacità di tale circostanza di influire sulla scelta del diritto applicabile al singolo contratto⁶⁶. Esiste, infatti, la necessità di proteggere l'affidamento del cliente connesso alle tutele previste dal diritto per il cliente bancario e ai profili di confusione tra i diversi prodotti e servizi offerti dalla medesima banca con finalità di investimento, entro i quali devono essere annoverati tutti i prodotti finanziari, ma anche l'«oro da investimento», che si pongono, dunque, in concorrenza, o, quantomeno, in concreta alternativa tra loro.

Si tratta di categorie di prodotti profondamente diverse tra loro, disciplinate sul piano contrattuale da norme eterogenee, ma unificate sul piano teleologico dalla comune finalità di investimento. Invero, applicando il (solo) diritto comune dei contratti e dei consumatori, ove il (potenziale) cliente si rechi nei locali della banca al fine di *investire* i propri *risparmi* e decida di

⁶⁶ Con riferimento alla natura professionale dell'impresa bancaria, è stato osservato che «è il momento contrattuale che va tenuto presente *in primis et ante omnia*», così C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 171.

acquistare «oro da *investimento*», si troverebbe sprovvisto di quelle tutele del *risparmio* previste dal diritto civile della finanza per altri beni da *investimento* (strumenti finanziari) o altri contratti bancari offerti al pubblico nei medesimi locali commerciali.

I problemi giuridici generati dalla fattispecie appena descritta appaiono numerosi e non di immediata soluzione, cosicché proverò – in questa sede – solo a segnalarne qualcuno.

In primis, la conclusione di un contratto con un cliente da parte della banca nei propri locali imporrebbe l'applicazione della disciplina sulla trasparenza bancaria (artt. 117 ss., TUB), quantomeno con riferimento agli obblighi di forma scritta dell'accordo. Non potrebbero però trovare applicazione le norme derivanti dalla disciplina MiFID II destinate ai (soli) «strumenti finanziari», anche quando la banca collochi un bene avente un'intrinseca natura di *investimento* predeterminata dal legislatore.

Vi è, quindi, da chiedersi quali siano i doveri della banca nel caso in cui un cliente voglia procedere all'acquisto di una quantità (in ipotesi anche ingente) di «oro da investimento», ovvero voglia ottenere una *consulenza* – altro tema caro al Prof. Maffeis⁶⁷ – circa la destinazione del proprio capitale verso adeguati strumenti di *risparmio*, appartenenti o meno alla nozione di «prodotto finanziario», tra i quali, in ipotesi, anche lo stesso «oro da investimento» pubblicizzato e offerto in vendita dalla stessa banca.

Anche quando si tratti di una vendita in partita diretta di «oro da investimento», le analogie nelle esigenze di tutela del risparmio tra gli acquirenti dei diversi beni da investimento venduti dalla banca, nella prospettiva atomistica e contrattuale, paiono evidenti per i motivi già descritti in precedenza. Pertanto, verso chi non gode delle tutele previste nella MiFID II (o nel MiCAR), i doveri di protezione fondati sul diritto comune si devono declinare principalmente in obblighi di informazione precontrattuale⁶⁸, volti a illustrare tutti gli elementi necessari al risparmiatore affinché questi comprenda compiutamente la rispondenza dell'acquisto alle proprie esigenze di *investimento* e di *risparmio* e, al contempo, possa esprimere un consenso informato, in quanto il contratto è chiamato – ormai da tempo – ad assolvere anche un funzione informativa del cliente imprescindibile ai fini di un corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali di mercato⁶⁹.

⁶⁷ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 157 ss.

⁶⁸ Le informazioni «sono direttamente o indirettamente destinate ad una corretta valutazione del rischio finanziario (per ora in senso generico) assunto nell'*operazione di investimento*»; così: A. LUPOI, *I prodotti finanziari nella realtà del diritto: rilevanza del rischio finanziario quale oggetto dell'operazione d'investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 70 ss.; cfr. anche S. DELLE MONACHE, *La correzione informativa delle asimmetrie di mercato: obblighi a carico degli operatori, funzione pubblica, self o co-regulation*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Bologna, 2015, 157 ss.

⁶⁹ La funzione informativa dell'accordo contrattuale con specifico riguardo «alla trasmissione delle informazioni indispensabili per il corretto funzionamento del mercato concorren-

In assenza dell'auspicata normativa speciale e non potendosi estendere né gli «obblighi di prospetto»⁷⁰, né gli obblighi di «white paper»⁷¹, vanno ipotizzati obblighi informativi precontrattuali che andrebbero enucleati attraverso uno sforzo ermeneutico svolto su talune norme del «diritto civile della finanza», non *sub specie* di estensione analogica o transtipica di norme speciali (peraltro non derogative di norme generali⁷²), ma dando attuazione concreta agli obblighi di informazione e di trasparenza⁷³ tradizionalmente derivanti dalla clausola generale di correttezza e buona fede⁷⁴ sancita dalla disciplina codicistica dei contratti (alla quale è peraltro riconducibile anche la correttezza nei rapporti di consumo⁷⁵ e la trasparenza nei contratti bancari). In tal modo, si eviterebbe anche di applicare due discipline differenti⁷⁶ agli acquirenti di «oro da investimento» suddividendoli in «consumatori» e «professionisti», anche considerato che tale rigida distinzione si trova, da tempo, in via di superamento in favore di una generale tutela del «cliente» (bancario e finanziario)⁷⁷.

Le informazioni da rendere obbligatoriamente e preventivamente al cliente dovrebbero riguardare l'intero programma negoziale con riferimento alle caratteristiche del soggetto venditore e (eventualmente) dell'intermediario, del bene «quotato» e del rischio connesso alle fluttuazioni del valore di mercato, ponendo in evidenza i costi di commissione e la loro incidenza sulla redditività dell'investimento, nonché i costi e i rischi della successiva riconversione del metallo in moneta (posti interamente in capo all'acquirente).

In un ambito così specifico, dovrebbe essere illustrato all'acquirente anche il peculiare regime fiscale cui è sottoposta la successiva circolazione del bene acquistato, con riguardo alla tassazione delle plusvalenze e alla relativa aliquota applicabile in caso di rivendita dell'oro. Una particolare attenzione del cliente deve essere richiamata sul ruolo del documento di acquisto e sulla necessità di

ziale» era già stata posta in evidenza da A. IANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997, 507.

⁷⁰ Art. 94 TUF.

⁷¹ Art. 6 MiCAR.

⁷² Per la compatibilità della norma speciale con le norme generali v. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011, 34 ss.

⁷³ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 7.

⁷⁴ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 11.

⁷⁵ La compatibilità del diritto comune con il diritto dei consumatori là dove la relativa applicazione, in concreto, si riveli più efficace sul piano della tutela dei diritti del consumatore è rilevata da T. DALLA MASSARA, *La "maggior tutela" del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. imp.*, 2016, 760 ss.

⁷⁶ Per le limitazioni all'applicazione analogica delle singole norme appartenenti a un «diritto secondo in un ambito regolato da altro diritto secondo», in quanto non sarebbe sufficiente il rilievo della lacuna, ma sarebbe altresì necessario verificare l'inadeguatezza della disciplina di diritto generale, cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 421 ss.

⁷⁷ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, IV ed., Milano, 2020, 69 ss.

conservarlo ai fini della determinazione della base imponibile necessaria per calcolare la predetta imposta sulle plusvalenze.

Allo stesso modo, direi che la banca, dinanzi a specifiche richieste di *investimento* in oro avanzate da un proprio cliente, debba i) valutare, almeno in via embrionale, l'*adeguatezza* dell'investimento rispetto all'esperienza e al patrimonio del cliente, specie se già note alla banca stessa in virtù di altri rapporti bancari di durata con il medesimo cliente, e ii) segnalare specificamente l'opportunità dell'investimento. Inoltre, nel caso di una richiesta di consulenza, non dovrebbe essere la banca a orientare il cliente verso l'acquisto di «oro da investimento» e, qualora sia il cliente già noto alla banca a richiederlo, in ipotesi mediante l'impegno di un capitale significativo rispetto alle proprie sostanze, i doveri di correttezza della banca imporrebbero dei moniti circa i particolari rischi connessi all'operazione di investimento, nel quadro del perseguimento del «miglior interesse del cliente». Andrebbe altresì chiarito al cliente se l'operazione eseguita sull'«oro da investimento» presso gli sportelli bancari sia o meno assistita dal fondo di garanzia bancario⁷⁸ come nell'ipotesi dei prodotti non finanziari quali «i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari»⁷⁹.

Anche nel collocamento di oro «[...] il conflitto di interessi dell'intermediario, consustanziale, multiforme, pervasivo, inestirpabile»⁸⁰ si traduce in obblighi specifici di informazione nell'ipotesi in cui l'oro sia di proprietà della banca o il suo collocamento si riveli, in concreto, più remunerativo per l'intermediario finanziario rispetto alla vendita di «strumenti finanziari».

Rimane infine da chiedersi quale sia la conseguenza dell'eventuale violazione dei predetti obblighi informativi; il quesito ci riporta all'ormai risalente dibattito circa gli effetti della violazione degli obblighi di comportamento precontrattuali, sul quale non posso trattenermi in questa sede.

Per completezza di discorso, segnalo il recente scandalo⁸¹ che ha interessato alcune imprese non bancarie le quali collocavano sul mercato «oro da investimento», con la promessa di consegnarlo ai clienti alla fine del piano di accumulo, ma sono poi divenute ben presto insolventi. L'elevato numero di clienti coinvolti e la quantità di capitale perso, oltre ad avere arrecato un notevole danno d'immagine alle imprese finanziarie che operano in questo settore e, dunque, anche alle banche, vi è da ritenere che abbiano con-

⁷⁸ In tema di «*stablecoin*», il legislatore, all'art. 19 MiCAR, prevede l'obbligo di informare l'acquirente che «d) il token collegato ad attività non è coperto dai sistemi di indennizzo degli investitori a norma della direttiva 97/9/CE; e) il token collegato ad attività non è coperto dai sistemi di garanzia dei depositi a norma della direttiva 2014/49/UE».

⁷⁹ TUB, art. 1, comma 1, lett. u) «prodotti prodotti finanziari»: gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari.

⁸⁰ D. MAFFEIS, *op. cit.*, 19.

⁸¹ Cfr. R. COSENTINO, *Come funziona la «truffa dei lingotti d'oro» in cui sono caduti 5.000 italiani: sequestrati 23 milioni di euro*, in *Il Corriere della sera*, 13 aprile 2025.

tribuito a minare la fiducia⁸² degli investitori nei confronti degli operatori finanziari.

Pur non essendo approdato a conclusioni certe, ritengo che, sulla base della normativa vigente, si possa affermare che l'«oro da investimento» svolga una funzione rilevante e peculiare nella prospettiva gius-economica del mercato dei beni da investimento, avente numerose analogie con la moneta, i prodotti finanziari e le cripto-attività. In tale prospettiva, devono essere evocati i profili di protezione del risparmio ad esso connessi, da cui deriva la necessità di un intervento da parte del legislatore al fine di offrire al cliente un adeguato livello di tutela equiparabile a quanto previsto per il collocamento di altri strumenti di investimento con i quali si pone direttamente in concorrenza. In attesa di un auspicato intervento del legislatore, alcune norme del diritto civile della finanza evocate dal Prof. Maffei possono essere utilizzate per colmare le lacune normative in materia di acquisti di «oro da investimento» da parte del cliente bancario.

⁸² La trasparenza bancaria intesa quale complesso di informazioni da fornire al cliente in fase di contrattazione non fornisce solo una tutela parziale che, in concreto, viene superata dal rapporto fiduciario esistente tra banca e investitore vulnerabile, cfr. A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, 34 ss.

Abstract [Ita]

Il saggio analizza il quadro giuridico che disciplina i contratti di compra-vendita di oro da investimento conclusi attraverso i canali di distribuzione bancaria, esaminandone la qualificazione sistematica rispetto ai contratti dei mercati finanziari. Poiché le specifiche caratteristiche giuridiche dell'oro da investimento non sono assistite da una disciplina contrattuale dedicata, analoga a quella prevista per i prodotti finanziari o i crypto-attivi, si rende necessario valutare l'applicabilità di talune norme che regolano i «contratti dei mercati finanziari», con riguardo agli obblighi informativi e alle connesse responsabilità dell'intermediario bancario nei confronti dell'investitore-cliente, anche alla luce dell'articolo 47 della Costituzione.

Parole chiave: oro da investimento; risparmiatore; investitore; prodotti finanziari; mercato finanziario; moneta.

Abstract [Eng]

This essay analyzes the legal framework governing contracts for the sale of investment gold concluded through banking distribution channels, examining their systematic classification vis-à-vis financial market contracts. Given that the specific legal characteristics of investment gold lack the dedicated contractual regulation found for financial products or crypto-assets, it is necessary to assess the applicability of certain rules governing “financial market contracts” – particularly regarding disclosure obligations and the associated liabilities of the banking intermediary toward the investor-client – including in light of Article 47 of the Constitution.

Keywords: investment gold; saver; investor; financial products; financial market; currency.

Scommesse autorizzate e razionalità*

Maria Pia Pignalosa

Sommario: 1. Introduzione – 2. Autogoverno e strumenti di tutela della libertà positiva – 3. Obblighi informativi e doppio binario dell'informazione – 4. Sulla possibilità di applicare l'art. 22 TUF alla insolvenza del concessionario.

1. Introduzione

Le pagine di Daniele Maffei¹ suggeriscono un interrogativo: solo le scommesse finanziarie sono o dovrebbero essere razionali, mentre quelle comuni sono per loro natura istintive e legate alla passione per il gioco e dunque irrazionali, o forse anche le scommesse e i giochi autorizzati dovrebbero essere razionali e proprio perché razionali autorizzati?

Il quesito ha al fondo la premessa per la quale «tutti i contratti derivati, conclusi con degli intermediari autorizzati sono scommesse finanziarie autorizzate perché razionali»².

Come scrive Daniele Maffei, il diritto della finanza è diritto civile, la finanza evolve ed evolve anche il diritto civile. In questa prospettiva, rileggendo l'art. 1935 c.c. la lotteria autorizzata si trasfigura nella scommessa finanziaria legalmente autorizzata³.

La distinzione tra funzione di copertura e funzione speculativa attiene ai meri scopi soggettivi e non incide sulla causa tipica dei contratti derivati *over the counter* che è e resta quella della scommessa legalmente autorizzata⁴.

* Lo scritto costituisce la rielaborazione della relazione tenuta a Cagliari il 9 maggio 2025, al convegno dal titolo: “*Il diritto della finanza: principi, contratti e sostenibilità. Riflessioni in occasione della pubblicazione del volume*” di Daniele Maffei.

¹ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo, Milano, 2024.

² D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 331 ss.

³ D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 15.

⁴ D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 44, per il quale «in finanza la distinzione proficua, al fine di inquadrare la natura dell'alea finanziaria che caratterizza il singolo investimento, non è la distinzione, abituale, tra rischio preesistente e rischio nuovo, ma è la distinzione multipla tra rischio manovrato, rischio manipolato, rischio modellato, rischio creato».

Le scommesse finanziarie sono autorizzate in quanto razionali e sono razionali quando è nota la misura dell'alea, gli scenari probabilistici, i criteri di calcolo, la quantità e la qualità delle alee.

Non può revocarsi dubbio che le scommesse comuni e quelle finanziarie siano da imputare a mercati diversi, non riconducibili a logiche sovrapponibili, ma se si supera questa prima e quindi superficiale lettura può essere utile ragionare provando ad importare nel contesto delle scommesse comuni alcune delle regole che invece disciplinano il mercato delle scommesse finanziarie che sono volte a tutelarne l'integrità, la trasparenza, la calcolabilità e la consapevolezza degli investitori.

2. Autogoverno e strumenti di tutela della libertà positiva

Riprendendo uno stimolante quesito proposto da Carlo Angelici, occorre chiedersi quale sia il tipo di razionalità che, presente nei derivati, potrebbe essere presente anche nel gioco e nella scommessa di diritto comune⁵.

A questo scopo è utile evidenziare che diversamente dal gioco tollerato, ossia il gioco tra privati, il gioco autorizzato è un gioco regolato.

Gli interventi legislativi che hanno regolato il gioco autorizzato negli ultimi anni, si pensi al decreto Balduzzi⁶, e alla legge n. 88/2009, promuovono comportamenti responsabili di gioco e si lasciano ragionare proprio nel prisma della razionalità esaltando, forse in modo poco realistico, l'importanza della autoresponsabilità e dell'autocontrollo individuale, ossia di una autonomia intesa come autogoverno.

Nei mercati finanziari Maffei non trova persuasiva la tesi che rinuncia all'idea del consenso consapevole e auto responsabile in favore di un'autonomia assistita⁷ e la stessa posizione può assumersi anche nel mercato delle scommesse comuni, nel quale, proprio nell'intento di impedire scelte irrazionali del giocatore sono previsti specifici obblighi di informazione volti a sollecitare una sua scelta consapevole. In questo senso può leggersi l'art. 7 del decreto Balduzzi a tenore del quale *«la pubblicità dei giochi che prevedono vincite in danaro deve riportare in modo chiaramente visibile la percentuale di probabilità di vincita che il soggetto ha nel singolo gioco pubblicizzato. Formule di avvertimento devono comparire ed essere chiaramente leggibili anche sui tagliandi dei giochi e all'atto di accesso ai siti internet destinati all'offerta di giochi»*.

Questa disposizione è tenuta a mente da Daniele Maffei nel paragrafo che si occupa degli scenari probabilistici e della conoscenza delle probabilità come

⁵ C. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016, p. 140 e spc. nota 21.

⁶ D.l., 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. Decreto Balduzzi)

⁷ R. DI RAIMO *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1117; per una critica si veda D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 189.

requisito del consenso dell'investitore, costituendo uno degli indici positivi sintomatici di una tendenza legislativa dalla quale si evince come le probabilità, come fatto di conoscenza necessario per la formazione di un consenso consapevole, sono ben note al legislatore⁸.

Sulle conseguenze della mancata indicazione delle probabilità di vincita si tornerà in seguito, fermando ora il ragionamento sulla circostanza per la quale il modello razionale sembra trovare riscontro proprio nello statuto normativo che regola i giochi autorizzati e in particolare in quelli a distanza, nei quali il paradigma dell'agente razionale costituisce un elemento della fattispecie normativa come suggeriscono anche gli strumenti dell'autoesclusione e dell'autolimitazione dal gioco⁹. E una conferma di questa tendenza si riscontra nell'art. 24, comma 17, lett. f, della legge n. 88 del 2009 che prevede che la sottoscrizione della domanda per ottenere la concessione implica l'assunzione da parte del richiedente dell'obbligo di *promozione di comportamenti responsabili di gioco e di adozione di strumenti e accorgimenti per l'autolimitazione o per l'autoesclusione dal gioco*.

Si lamenta da più parti l'assenza di un testo unico dei giochi e delle scommesse, ma prima ancora si lamenta l'assenza di una disciplina che regoli compiutamente le attività dei prestatori di servizi di gioco; e proprio muovendo dalla lacuna si potrebbe provare a colmare i vuoti di quella disciplina attraverso l'applicazione analogica di alcune regole dettate nei mercati finanziari. Regole volte non solo ad assicurare la trasparenza e l'efficienza di quel mercato, ma tese anzitutto a garantire la razionalità, la calcolabilità, la consapevolezza degli investitori, nonché volte a regolare i profili organizzativi di quelle attività.

Non vi è dubbio che l'equiparazione degli intermediari finanziari ai soggetti autorizzati a gestire giochi e scommesse non sarebbe accolta positivamente dai primi e soprattutto appare eccentrica se pensata in termini generali. Ma proviamo a invertire i termini del ragionamento e verificare se abbia senso tentare una equiparazione assumendo come modello la disciplina pensata per regolare l'attività dei prestatori di servizi e così applicare alcune di quelle regole anche ai gestori del gioco, i quali assumono sempre più spesso, specie nei giochi di massa, proprio la qualità di erogatori di servizi. E ciò nel convincimento che il diritto privato regolatorio autorizza l'analogia allorquando la regola è coerente a dare soluzioni a fallimenti o alterazioni di mercato che si rivelano essere simili e hanno ispirato la ratio della disciplina regolata¹⁰.

Pensando agli elementi costitutivi delle fattispecie che stiamo analizzando in un ideale parallelo, non può sfuggire che entrambe (giochi e scommesse autorizzati e scommesse finanziarie) sono connotate da un elemento comune:

⁸ D. MAFFEIS, *op cit.*, p. 218, nota 154.

⁹ In argomento sia consentito rinviare al mio *Giochi autorizzati*, Napoli, 2023, pp. 195 ss.

¹⁰ In questi termini: A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 2, p. 51.

l'autorizzazione. E ad essere autorizzate sono determinate attività più che determinati atti.

Non si dubita che al fondo di ciascuna vi siano esigenze in parte diverse; ma guardando all'autorizzazione come viatico per selezionare la meritevolezza delle attività, e dunque la causa di queste scommesse, si riporta il ragionamento su un terreno che ci appare fertile per suggerire all'interprete, che voglia colmare le lacune, la fonte alla quale attingere.

La prospettiva attraverso la quale indagare la razionalità è proprio quella della causa, sebbene la giurisprudenza abbia talvolta richiamato altre categorie del contratto come l'oggetto¹¹, o i vizi della volontà in una applicazione della razionalità che non merita di essere seguita. Daniele Maffei afferma, anche in forza della lettura sinergica delle decisioni della Cassazione, la necessità di accostare la meritevolezza alla razionalità dell'alea e sottolinea come sia necessario che il giudice verifichi che la scommessa oggetto di decisione sia rispondente al modello di scommessa autorizzato¹².

Interessa richiamare l'ufficio di diritto privato¹³ esercitato dall'intermediario finanziario che evoca il ruolo altrettanto fondamentale esercitato dal concessionario dei giochi. L'ufficio di diritto privato dell'intermediario, come scrive Daniele Maffei, è al servizio della trasparenza dell'alea che il cliente è destinato ad assumere con il compimento di ciascun atto di investimento,

¹¹ Opportunamente M. BARCELLONA, *La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili conclusioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, p. 454, si sofferma sul significato da attribuire al lemma razionalità e lo fa anche nella prospettiva di chiarire in quale accezione sia stata impiegata nelle pronunce della Cassazione (ed in particolare della Cass. S.U., 12 maggio 2020, n. 8770, cosiddetta sentenza "Cattolica", e Cass., 29 luglio 2021, n. 21830), nonché la pronuncia della Corte inglese (*Deutsche Bank v. Comune di Busto Arsizio*) resa il 12 gennaio 2021, e critica le argomentazioni della giurisprudenza pur condividendone le conclusioni.

¹² Si veda in questi termini D. MAFFEIS, *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata*, (art. 1935 c.c.), in *Contratto e impresa*, 2014, 4-5, p. 849.

Merita di essere poi riportato anche un altro condivisibile argomento secondo il quale: nei "contratti regolanti i comportamenti delle imprese sul mercato", a differenza dei contratti tra singoli, il controllo della causa rimane un tassello essenziale della disciplina positiva, in quanto consente di muovere dalla natura degli interessi in gioco per ricavarne i profili di disciplina. In questo senso già P. SCHLESINGER, Recensione a M. Girolami. L'artificio della causa contractus, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 894; F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 40.

¹³ D. MAFFEIS, *op. cit.*, pp. 132 ss e p. 365 ove si legge che «l'ufficio di diritto privato dell'intermediario è al servizio della trasparenza dell'alea che il cliente è destinato ad assumere con il compimento di ciascun atto di investimento, perché l'investitore deve essere consapevole e auto responsabile»; ID., voce *Contratti derivati*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civ.*, Aggiornamento^{*****}, Torino, 2010, pp. 353 ss.; ID., *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 1096 ss.; ID., *Dum loquimur fugerit invidia aetas: lo swap in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, pp. 9 ss.; R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 1095 ss.; ID., *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancarie e finanziarie (e assicurativa)*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 321.

perché l'investitore deve essere consapevole e auto responsabile, ed è la trasparenza che garantisce l'una e l'altra cosa¹⁴.

Ragionando sulle modalità attraverso le quali si esplica il ruolo proattivo e preventivo di tutela affidato al Concessionario, ossia in cosa si specifichi la promozione di comportamenti responsabili di gioco può osservarsi come le disposizioni esaminate confortano la nostra tesi per la quale il Concessionario debba essere pensato come fedele cooperatore del giocatore ravvisando in questo ruolo una notevole similitudine rispetto alla figura dell'intermediario finanziario.

L'art. 21 del TUF, oltre a richiamare i principi generali di diligenza, correttezza e trasparenza, contiene una formula assai significativa che collega i principi richiamati alla necessità di «servire al meglio l'interesse dei clienti» e a questo fine impone all'intermediario l'obbligo di «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati». La disposizione fissa un criterio generale di comportamento imposto ai soggetti abilitati e al contempo regola il flusso informativo bidirezionale dal soggetto abilitato al cliente e dal cliente al soggetto abilitato. Si tratta, occorre ribadirlo, di una tutela funzionale all'integrità del mercato. L'investitore è tutelato in quanto «gli sia data una reale possibilità di scelta, operata in modo volontario, informato, scevro da inganni e costrizioni». Si tratta dunque «della tutela di un interesse funzionale e strumentale, che ha di mira un più efficiente funzionamento del mercato».

Analogamente a quanto previsto dal TUF anche le fonti in materia di gioco autorizzato prevedono la necessità di un doppio flusso informativo che è funzionale a consentire al concessionario di agire nell'interesse del cliente giocatore-scommettitore.

Nel tentativo di verificare in cosa si specifichi la promozione di comportamenti responsabili, e conseguentemente, verificare se il concessionario abbia effettivamente agito in conformità a questo obiettivo, può utilmente osservarsi, muovendo da una nota della Banca d'Italia, che ciò che si richiede all'intermediario, ma analogo discorso può farsi per il concessionario, non è «assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l'offerta più adeguata, bensì di adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti non adatti»¹⁵. Muovendo dalla nota in esame, condivisibilmente la dottrina ha affermato che «chi informa non deve sostituirsi al cliente, né farsi carico di selezionare l'offerta più conveniente e, tuttavia, deve dotarsi di procedure strutturate in maniera tale che si prevenga il rischio che il cliente sia indirizzato verso prodotti non convenienti»¹⁶.

¹⁴ D. MAFFEIS, *I contratti*, cit., p. 335.

¹⁵ Cfr. il Provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, in particolare la sezione XI § 2.

¹⁶ In questi termini A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in AA. Vv., *Oltre il soggetto razionale. Falli-*

Dunque, applicando questo principio al nostro contesto, ciò che si richiede al concessionario è la predisposizione di un'organizzazione dell'attività di erogazione di servizi di gioco idonea ad assicurare la tutela della salute e del risparmio, che non si esaurisce nel modesto obbligo di informare il giocatore-scommettitore sull'utilizzo delle misure richiamate, ma si specifica nella effettiva adozione di strumenti e accorgimenti per l'autolimitazione ovvero per l'autoesclusione dal gioco, che costituiscono, giova ricordarlo, condizioni necessarie anche per ottenere la concessione.

Inoltre, come si evince dalla Raccomandazione del 14 luglio 2014, obiettivo della registrazione del giocatore sul sito dell'operatore professionale è proprio quello di consentire al concessionario di monitorare la condotta del giocatore e, se necessario, di allertarlo del suo comportamento qualora problematiche o patologie relative al gioco d'azzardo siano rilevate.

Nello stesso senso depone anche l'art. 8, dello Schema di contratto elaborato da ADM, rubricato «*Comunicazione a tutela del giocatore*» il cui comma 2 prescrive che: «Nel rispetto dei principi di trasparenza e correttezza, il Concessionario rende noto al Cliente l'utilizzo delle misure finalizzate all'autoesclusione e all'autolimitazione previste dalla normativa vigente, assicurandosi che il Cliente acceda al gioco solo dopo aver preso conoscenza delle stesse e averle impostate in relazione al proprio conto di gioco».

3. *Obblighi informativi e doppio binario dell'informazione*

Occorre fermare l'attenzione sugli obblighi informativi e sul doppio binario dell'informazione che connota il mercato in esame, al pari di quanto avviene nei mercati finanziari.

Nell'esaminare la disciplina degli obblighi di informazione nel mercato dei giochi occorre anzitutto distinguere gli obblighi che gravano sul concessionario, da quelli che gravano sul giocatore-scommettitore e in secondo luogo analizzare lo specifico modo di operare dell'informazione all'interno della disciplina dei giochi a distanza nella quale, complice la tecnologia, la stessa informazione si lascia pensare anche come strumento attraverso il quale profilare i dati offerti dal giocatore, o ricavabili dalle sue condotte di gioco che, se sfruttati virtuosamente, potrebbero consentire una tutela ancor più efficace per il giocatore in quanto pensata proprio sulla base delle sue condotte e delle sue scelte.

Muoviamo dalla disciplina degli obblighi di informazione che gravano sul concessionario.

Come ribadito, i giochi autorizzati sono regolati nell'intento di assicurare la trasparenza del mercato e garantire la razionalità, la calcolabilità e la con-

sapevolezza dei giocatori-scommettitori. In questa prospettiva si iscrive l'art. 7, comma 4 bis, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. Decreto Balduzzi) secondo il quale «la pubblicità dei giochi che prevedono vincite in denaro deve riportare in modo chiaramente visibile la percentuale di vincita che il soggetto ha nel singolo gioco pubblicizzato». Qualora la percentuale non sia definibile, l'organizzatore è tenuto a indicare «la percentuale storica per giochi simili».

Il seguente comma 5 prevede poi che le «formule di avvertimento» relative alla probabilità di vincita devono figurare sulle schedine ovvero sui tagliandi dei giochi con vincita in denaro.

Come si è evidenziato, il legislatore ha regolato il mercato per rendere razionale l'alea del contratto, e lo ha fatto proprio per assicurare la libertà di scelta del giocatore consentendogli di scegliere consapevolmente. Non deve revocarsi in dubbio che la conoscenza delle probabilità di vincita non farebbe perdere al contratto concluso dallo scommettitore il proprio carattere aleatorio, in quanto, seguendo l'insegnamento di Maffei, l'alea giuridica non cessa di essere tale quando è misurabile, l'alea razionale non è un ossimoro, perché l'alea non cessa di essere tale quando è commensurabile¹⁷. La caratteristica peculiare del contratto aleatorio è quella così discendente da un particolare criterio di misurazione della prestazione.

Fermando l'attenzione sull'obbligo di informare il giocatore sulle probabilità di vincita e l'obbligo dell'intermediario di informare l'investitore circa la quantità e la qualità del rischio, i criteri di calcolo e tutto ciò che occorre per consentirgli un consenso consapevole, può scorgersi una sensibile differenza sulla portata dell'obbligo che si comprende e si giustifica in ragione della complessità delle informazioni che caratterizzano il mercato finanziario e non invece quello delle scommesse comuni.

Ci si chiede: informare il cliente implica anche verificare che lo stesso abbia compreso l'informazione? Secondo la ricostruzione di Daniele Maffei, l'intermediario deve sia informare sia impegnarsi con diligenza professionale per verificare che l'investitore abbia effettivamente compreso¹⁸ l'informazione, e ciò in considerazione del fatto che l'informazione condiziona le scelte di investimento. Si tratta della c.d. informazione adeguata in concreto o sufficiente in concreto, la quale una volta elargita determina autoresponsabilità. Vi è nella informazione una componente di impegno e di diligenza che riguarda non soltanto l'intermediario che dà l'informazione, ma anche l'investitore che l'informazione deve comprendere.

Piuttosto, ragionando sull'inadempimento dell'obbligo del concessionario di informare il giocatore circa le reali probabilità di vincita, si deve ritenere compromessa in questa ipotesi la volontà del giocatore-scommettitore e al riguardo possono invocarsi le osservazioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno impiegato proprio con riguardo al concetto di razionalità con riferimen-

¹⁷ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 45.

¹⁸ D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, pp. 381 ss.

to ai contratti derivati e gli effetti sul contratto posto in essere in violazione degli obblighi di informazione. Come osserva Daniele Maffei¹⁹, criticando un'ordinanza della Cassazione del 2021 che nega la nullità²⁰, la Cassazione non coglie che le probabilità sono richieste perché l'essenza del contratto, come per i derivati finanziari, è l'alea razionale, espressione che sintetizza le condizioni alle quali si subordina la meritevolezza degli interessi perseguiti e quindi la sua validità. Di solito l'informazione è un dato esterno al contratto, che lo precede o accompagna, in maggiore o minore grado, giustificando un possibile rimedio invalidante per vizio del consenso o un rimedio risarcitorio. In finanza, l'informazione (da parte dell'intermediario) è consapevolezza (in capo all'investitore) della probabilità (qualità e quantità del rischio), dunque è il prerequisito essenziale, l'essenza del consenso del contraente. Legittimare contratti dell'investitore senza corretta informazione da parte dell'intermediario – quindi, senza trasparenza sulla qualità e quantità del rischio equivale a legittimare contratti palesemente immeritevoli, innanzitutto dal punto di vista della logica finanziaria, oltre che potenzialmente dannosi e analogo ragionamento può farsi nel contesto delle scommesse autorizzate di diritto comune mutuando quindi le medesime conseguenze in caso di violazione.

Concentrando l'attenzione sugli obblighi di informazione che gravano sul giocatore, deve rilevarsi che per poter concludere il contratto di gioco, il giocatore deve prima registrarsi sul sito del gestore professionale, fornendo i suoi dati personali, per consentire la sua identificazione e aprire un conto di gioco personale sullo stesso. L'obiettivo della registrazione è quello di consentire agli operatori di accertare l'identità e l'età dei giocatori – in modo da escludere dal gioco i minori – e al contempo, consentire agli operatori di monitorare la condotta del giocatore e, se necessario, di allertarlo sul suo comportamento qualora dallo stesso emergano problematiche o patologie relative al gioco d'azzardo, così come espressamente prevede la Raccomandazione UE del 2014.

In particolare, la ADM ha previsto che il cliente è responsabile della correttezza e completezza delle informazioni e dichiarazioni fornite al concessionario con la stipula e si impegna a comunicare tempestivamente allo stesso eventuali variazioni.

L'iscrizione sul sito dell'operatore professionale, consentendo di monitorare la condotta del giocatore e, se necessario, di allertarlo sul suo comportamento qualora dallo stesso emergano problematiche o patologie relative al gioco d'azzardo, si presta ad un uso proficuo della tecnologia, in quanto le informazioni ivi raccolte consentono di profilare i dati offerti dal giocatore, o ricavabili dalle sue condotte di gioco che, se sfruttati virtuosamente, potrebbero consentire una tutela ancor più efficace per il giocatore in quanto pensata proprio sulla base delle sue condotte e delle sue scelte.

¹⁹ D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 218, nota 154.

²⁰ Cass. (ord.), 5 ottobre 2021, n. 26999, in *Foro it.*, 2002, I, 1384.

4. Sulla possibilità di applicare l'art. 22 TUF alla insolvenza del concessionario

Se si ammette in ragione delle considerazioni svolte che la figura del concessionario possa essere equiparata a quella dell'intermediario può rilevarsi che nella disciplina del gioco a distanza che prevede l'apertura di un contro di gioco gestito del concessionario e qualificato dal legislatore come patrimonio dedicato manca una disposizione che regoli l'ipotesi di insolvenza del concessionario²¹.

La lacuna potrebbe essere colmata applicando l'art. 22 TUF che prevede: *Nella prestazione di servizi di investimento, gli strumenti finanziari e le somme di danaro dei singoli clienti a qualunque titolo detenuta dalla Sim, dagli intermediari finanziari iscritti all'albo... costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario.*

Probabilmente questa disposizione, in conformità con l'impostazione accolta volta ad avvicinare la figura del concessionario all'impresa d'investimento, potrebbe essere impiegata anche per disciplinare l'ipotesi di insolvenza del concessionario e la sorte delle somme giacenti sui conti separati dei giocatori che costituirebbero, pertanto, in una procedura di insolvenza, quale la liquidazione giudiziale del concessionario, patrimoni distinti a tutti gli effetti dal patrimonio del concessionario. E la tesi troverebbe ulteriore conforto allorché si consideri che la separazione patrimoniale regolata dall'art. 22 TUF riguarda anche il danaro e non solo gli strumenti finanziari e quindi, anche in considerazione del dato letterale potrebbe essere un riferimento utile per risolvere il problema dell'insolvenza del concessionario. Le regole dell'art. 22 TUF potrebbero essere utilmente impiegate come modello per interpretare le disposizioni specificamente dedicate ai conti di gioco.

Dunque, l'assimilazione tra le figure del concessionario e dell'intermediario si rivela utile non solo per colmare le lacune relative agli obblighi di comportamento che gravano nell'esercizio delle attività, ma anche con riguardo al caso dell'insolvenza del concessionario che non è regolata.

²¹ Sul tema del conto di gioco e sui problemi qualificatori che lo stesso comporta si rinvia al mio *Giochi autorizzati*, cit., p. 184 ss.

Abstract [Ita]

Il lavoro, muovendo dallo studio del volume di Daniele Maffei, *I contratti del mercato finanziario*, esamina il tema della razionalità nel settore delle scommesse di diritto comune e importa in questo mercato alcune delle regole che governano le scommesse finanziarie.

Parole chiave: scommesse autorizzate; scommesse finanziarie; razionalità.

Abstract [Eng]

Drawing on Daniele Maffei's book, *Financial Market Contracts*, this study examines the concept of rationality in the general private law betting sector and applies some of the rules governing financial betting to this market.

Keywords: authorized betting; financial betting; rationality.

La condizione della donna in epoca romana

Il contributo dei testimoni della cultura materiale e giuridica da Ercolano antica

Maria Vittoria Bramante

Sommario: 1. Introduzione – 2. La cultura materiale da Ercolano, tra reperti e fuggiaschi – 3. La vulnerabilità di genere: le donne soggetti giuridici limitati e il *ius liberorum* – 4. Gli *acta Campaniae* da Ercolano – 5. *Acta* di donne, *acta* con donne: alcuni testimoni – 6. Considerazioni finali

1. Introduzione

Nella sua recente monografia dal titolo *Spazi del femminile in Roma antica*¹, nell'*Introduzione* Francesca Lamberti esordisce evidenziando che «l'universo femminile nell'antichità è un tema che da sempre attrae gli studiosi» (p. VII). Osserva che «al di là dei modelli edificanti e delle tipologie di donne riprovevoli, si segnalano, nelle fonti (specie in quelle letterarie), signore per così dire 'a metà strada': donne che prendono in mano il proprio destino, spesso per via della temporanea assenza degli uomini di famiglia, donne che usano le proprie ricchezze per scopi personali, alcune con precisi interessi culturali, bilingui, interessate alla poesia, alla filosofia, sinanche alla retorica», e quindi che «Le notizie che abbiamo sul loro conto sono per lo più di natura frammentaria».

Si occupa «in più segmenti» di «donne non lontane dalla politica e per via del loro benessere economico con maggiori spazi di autonomia rispetto alle loro contemporanee di condizione sociale meno elevata [...] figure femminili che hanno potuto godere di un certo livello di istruzione, guardate dall'angolo prospettico di come abbiano utilizzato il sapere di cui disponevano». Cita in proposito Lamberti quanto «ha scritto Pauline Schmitt-Pantel (esprimendo un dato ben noto) che «il mondo antico ha lasciato pochissimi scritti di donne, anche se il nome di Saffo è regolarmente citato. L'essenziale delle nostre fonti rivela uno sguardo di uomini sulle donne e sul mondo» [...] Questo sguardo maschile ha per corollario la scarsità di informazioni concrete sulla vita delle donne e il posto privilegiato dato alle rappresentazioni» (p. VIII).

¹ F. LAMBERTI, *Spazi del femminile in Roma antica*, Lecce 2025.

Lamberti manifesta «Il proposito» del suo studio, che è quello «di rendere accessibili temi non semplici, anche per via della distanza temporale e di mentalità, anche a lettori non giuristi, interessati a profili che investono sì la rappresentazione, ma anche la ‘vita quotidiana’ di donne della media e alta borghesia, dal punto di vista delle loro condizioni materiali».

Di qui un auspicio: «Future indagini (che spero possano dar vita a un nuovo libro) si immaginano dedicate a donne di potere e ai loro spazi nella vita politica. Anche sulle loro vite abbiamo notizie sparse e frammentarie, che potrebbero esser composte in nuove narrazioni, in forma diversa da quelle già presenti nel panorama attuale delle ricerche» (p. IX).

Raccogliendo il testimone delle riflessioni di Francesca Lamberti, e orientando lo sguardo alla cultura materiale, all'iconografia² e alla prassi, lo studio della condizione femminile in epoca romana mostra così un incremento di fonti di conoscenza preziose, e consente di esplorare, sullo sfondo della letteratura anche giuridica, profili di donne non appartenenti in via prevalente ai ceti medio-alti e lontane dalla politica, non mediati da una narrazione stereotipata, o ancorata tout-court ad una pretesa ‘vulnerabilità’ muliebre (usualmente connaturata al sesso femminile e) riferita ad una radicata incapacità di comprendere affari tipicamente maschili, vale a dire all'*infirmetas sexus*³ e all'*ignorantia rerum forensium*.

La scientificità di questo approccio metodologico impone di necessità di delimitare il perimetro temporale e *ratione loci* dell'indagine, così da poter ricavare in un dato contesto uno o più profili muliebri quanto più vicini alla realtà, quando ciò è possibile.

Mi spiego meglio.

La ‘vita quotidiana’ di una matrona romana in epoca giulio-claudia a Roma è ‘diversa’ – seppur possa avere tratti di affinità – da quella di una peregrina giunta nell'urbe o della cittadina che svolgeva lavori di servizio, e ancora da quella che viveva in qualsiasi altro luogo dell'impero.

La valorizzazione di queste narrazioni proprie della cultura materiale romana offre un contributo significativo alla reale conoscenza del protagonismo femminile e del ruolo sociale delle donne, che può assurgere – posto il riferimento esclusivo al contesto⁴ e senza generalizzazio-

² E.A. MEYER, *Writing Paraphernalia, Tablets, and Muses in Campanian Wall Painting*, in *American Journal of Archaeology*, 113.4, 2009, pp. 569-597; G. BARATTA, *Bottega epigrafica o atelier pittorico?* *La scrittura negli affreschi romani*, in *L'officina epigrafica romana. In ricordo di Giancarlo Susini*, a cura di A. Donati e G. Poma, Faenza, 2012, pp. 109-138.

³ D. 27.10. 9; D. 22.6.9 pr.; D. 48.16.1.10 e D. 49.14.18 pr.; Tit. ex corp. Ulp.11.1; D. 16.1.2.2-3; Cic. *Pro Mur.* 12.27 e *Pro Sex. Rosc. Am.* 4.10.

⁴ Noto è lo storytelling sulla vita degli antichi abitanti di Pompei. Qualche esempio: alla Casa della Venere in conchiglia la schiava *Luperca* e la sua padrona *Iusta*; alla Casa di *Octavius Quartio* la domina *Livia*; alla Bottega e casa il vasaio *Flavius*; all'Orto dei Fuggiaschi lo schiavo fuggitivo; alla Casa della Nave Europa il marinaio *Severus*; alla Casa del Frutteto *Antonia* e la sua mamma; alla Caupona di *Vetutius Placidus* il padrone *Vetutius Placidus*; alla Taberna Pomaria il fruttivendolo *Felix*; all'Officina di Granio Romano l'usuraia *Faustilla*; alla Casa del Menandro la

ni⁵ – a modello di confronto per ambiti in cui ciò non è possibile.

In queste pagine intendo presentare alcuni aspetti, dalla Campania romana del I secolo, da Ercolano⁶, cristallizzata dal Vesuvio⁷, e che ritengo possano – approfondite le riflessioni con indagini interdisciplinari in una prospettiva storico-giuridica – concorrere a ricostruire, con un buon grado di approssimazione, il modo di vivere delle donne *ratione loci*, arricchendo in misura rilevante la nostra comprensione dei fenomeni sociali e demografici dell'area⁸, maggiormente studiati per Pompei⁹.

2. La cultura materiale da Ercolano, tra reperti e fuggiaschi

La modalità dell'eruzione del Vesuvio nell'anno 79 è caratterizzata, sul versante ercolanese, rispetto a Pompei, da successive ondate di vari flussi e *surges* piroclastici, che, a una temperatura di circa 400/500 °C² penetrarono ovunque.

Si sono così conservati organici, commestibili e graffiti, recipienti per la cottura, vasellame da mensa e splendidi affreschi e più frequentemente a Ercolano i legni¹⁰ (riferibili a porte, infissi, solai, tramezzi, soppalchi, barche,

domina Emilia, il procuratore *Quintus Poppaeus* e il cliente Lucio; alla Fullonica di *Stephanus* il fullone (lavandaio) *Gaius*; alla Caucona di *Demetrius* l'avventore e la moglie *Helpis Afra*; al Tempio di Iside Primigenia, la seguace di Iside, e il mendicante *Rusticus*; al Panificio di Popidio Prisco il fornaio Popidio e l'ambulante *Verecundus*; alla Casa dei Vettii la prostituta Eutychis e il portinaio Filocalo; alla Casa del Fauno il *dominus* e Libella, la levatrice; infine alle Terme del Foro lo schiavo *fornacator* (addetto alla fornace) Nicia.

⁵ P. GARNSEY, L. DE LIGT, *Migration in Early-Imperial Italy: Herculaneum and Rome Compared*, in L. DE LIGT, L.E. TACOMA (eds), *Migration and Mobility in the Early Roman Empire*, Leiden 2016, pp. 72-94, propongono una comparazione demografica e sull'immigrazione nelle città, che non appare proponibile.

⁶ Per una introduzione, A. MAIURI, *Ercolano*, Roma 1946; F. SIRANO, *Ercolano*, Napoli 2021. Fondamentale, M. PAGANO (cur.), *Gli Antichi Ercolanesi. Antropologia, Società, Economia*, Napoli 2000.

⁷ H. DI GIUSEPPE, *L'iscrizione a carboncino che non data l'eruzione del Vesuvio*, in OEBA-LUS. *Studi sulla Campania nell'Antichità* 16, 2021, pp. 41; G. ZUCHTRIEGEL, C. COMEGNA, F. CONTE, A. RUSSO, *La data della distruzione di Pompei: premesse per un dibattito aperto*, in *E-Journal. Scavi di Pompei* 27, 12.12.24, pp. 1-32, on line https://pompeisites.org/wp-content/uploads/27_E-Journal_La-data-della-distruzione-di-Pompei_2.pdf.

⁸ G.D. MEROLA, A. STORCHI MARINO, *Territorio, popolazione e risorse: strutture produttive nell'economia del mondo romano* Napoli, 2020.

⁹ Una sintesi scientifico-divulgativa è in F. GHEDINI, M. SALVADORI, *Essere donna nell'antica Pompei*, Napoli 2025.

¹⁰ F. DIOSONO, *Il Legno. Produzione e commercio*, Roma 2008; M.P. GUIDOBALDI, *Arredi di lusso in legno e avorio da Ercolano. Le nuove scoperte dalla Villa dei Papiri*, in *Lanx. Rivista della Scuola di Specializzazione in Archeologia dell'Università degli Studi di Milano* 6, 2010, pp. 63-99; M.P. GUIDOBALDI, D. CAMARDO, D. ESPOSITO, E. TOMMASINO, *I solai e gli architravi lignei dell'antica Ercolano. Nuove ricerche archeologiche nell'area vesuviana (scavi 2003-2006). Atti del Convegno (Roma, 1-3 Febbraio 2007)*, a cura di P.G. Guzzo, M.P. Guidobaldi, Roma 2008, pp. 558-559; F. SIRANO, *Ebanistica ad Ercolano*, in *La conservaciórestauració del moble ila fusta. L'experiència dels experts. Associació pera l'Estudi del Moble i Museu del Disseny de Barcelona*, Barcelona 2020, pp. 74-84.

arredi, mense, attrezzature e oggetti decorativi e utensili) che, sebbene carbonizzati, hanno mantenuto l'aspetto e la natura originari e persino il colore delle decorazioni, testimonianza di grande maestria e pregio della fattura artigianale lussuosa ed elegante, ben attestata da gruppi scultorei, bronzi, ori, pitture e mosaici.

Questi reperti della cultura materiale, spesso ben identificati rispetto al contesto di provenienza, ci raccontano di case lussuose ed eleganti, finemente decorate, ma anche di abitazioni modeste, di botteghe e attività commerciali.

Un 'osservatorio' privilegiato¹¹ sulla condizione della donna è possibile riferirlo alla nutrizione, alla dieta e allo stato di salute – su cui incidevano gli effetti nocivi, conosciuti precocemente (Vitr. *de arch.* VIII 6.10), dovuti all'impiego di tubature in piombo – in seguito al ritrovamento dei commestibili, anche tra gli scarti fognari, e ai risultati delle indagini di «paleopatologia» sugli scheletri¹² ritrovati nelle più recenti campagne di scavo.

Come noto da Ercolano provengono poco più di 300 scheletri di fuggiaschi, ritrovati nei fornicì sull'antica spiaggia. Lì si erano radunati quanti non si erano spontaneamente allontanati¹³ dal municipio, negli anni precedenti dopo il terremoto (e le sequenze sismiche) del 62¹⁴ o quando l'eruzione – ad agosto o

¹¹ Ai fini della ricostruzione della società ercolanese è utile considerare dal punto di vista urbanistico le dimensioni delle case, la presenza in esse di bagni privati, e delle terme pubbliche, maschili e femminili, utilizzate dalla maggioranza della popolazione per l'igiene personale.

¹² M. TORINO, G. FORNACIARI, *Analisi dei resti umani dei fornicì 7 e 8 sulla marina di Ercolano*, in *Rivista di Studi Pompeiani* 6, 1993-1994, pp. 187 ss.; L. CAPASSO, *I fuggiaschi di Ercolano, Paleobiologia delle vittime dell'eruzione vesuviana del 79 d.C. della popolazione di Ercolano (79 d.C.)*, Roma 2011; E. DE CAROLIS, G. PATRICELLI, A.R. COMINESI, *Rinvenimenti di corpi umani nel suburbio pompeiano e nei siti di Ercolano e Stabia*, in *Rivista di Studi Pompeiani* 24, 2013, pp. 11-32 ss.; F. SIRANO ET ALII, *L'antica spiaggia di Ercolano. Nuovi dati dal cantiere di recupero dell'area dell'antico litorale*, in *Cronache Ercolanesi*, 52, 2022, pp. 355 ss.

¹³ Merita attenzione – ma non può essere considerato con valore assoluto e determinante – che la popolazione di *Neapolis* negli anni successivi all'eruzione registra un incremento: lo spopolamento dell'area fu inevitabile.

¹⁴ Da poco più di un sessantennio la zona era interessata da fenomeni sismici. Per Napoli il catalogo dei terremoti storici sul sito dell'INGV restituisce eventi nell'anno 2 a.C. e nel 64 a.C. Invero dalla testimonianza di Cassio Dione risulta che la città di Napoli aveva dedicato ad Augusto un agone sacro, motivando apertamente che l'onore era per i restauri – delle mura urbane secondo studi archeologici – dopo che la città fu devastata dal terremoto e da un incendio (55.10.9), e ritenendo lo storico che invece ciò dipese dalla volontà dei Napoletani di imitare in qualche modo il costume dei Greci. Il sisma è dunque anteriore alla data annotata in Catalogo. Nell'anno 64 è censito un altro evento nella città. Contrastanti sono le fonti a nostra disposizione che riguardano il teatro nel giorno nel quale Nerone si stava esibendo.

Tacito afferma che crollò il teatro a Napoli, probabilmente risentito dal precedente dell'anno 62, ma non accenna a terremoti, ad altri danni a cose o persone (15.34.1): *Illic, plerique ut arbitrabantur, triste, ut ipse, providum potius et secundis numinibus evenit: nam egresso qui adfuerat populo vacuum et sine ullius noxa theatrum conlapsum est*. Svetonio, invece, segnala il terremoto, ma non indica alcun danno al teatro dove si stava esibendo Nerone che si mosse per effetto del sisma ma evidentemente restò in piedi se il giovane principe continuò a esibirsi lì nei giorni a seguire (*Vitae. Nero* 20.3): *Et prodit Neapoli primum ac ne concusso quidem*

ad ottobre, si discute in letteratura¹⁵ – ebbe inizio o nelle prime fasi di quella¹⁶, in attesa delle operazioni di recupero sicuramente in corso via mare, e condotte da Plinio il Vecchio: una prova è la barca ritrovata riversa sul fronte a mare, tuttora visibile, nella zona antistante la terrazza di Nonio Balbo verso le terme suburbane.

Gli studi hanno permesso di distinguere le ossa di soggetti adulti, giovani e bambini, in base al sesso; sono altresì noti da ricerche sul DNA e sul collagene

repente motu terrae theatro ante cantare destitit, quam inchoatum absolveret nomen. Ibidem saepius et per complures cantavit dies.

¹⁵ Un'iscrizione a carboncino rinvenuta nel 2018 su una parete dell'atrio della cd. Casa del Giardino nella Regio V a Pompei è stata considerata da una parte degli studiosi la prova che la data dell'eruzione del Vesuvio è il 24 ottobre, e non il 24 agosto (una delle date che risulta dalla tradizione della lettera di Plinio il Giovane a Traiano, *Ep.* 6.16.4): XVI (ante) K(alendas) Nov(embres) in[d]ulsit / pro masumis esurit[ioni] (lettura di Antonio Varone) XVI (ante) K(alendas) Nov(embres) in olearia/ proma sumserunt (lettura di Giulia Ammannati). Altre fonti in Cassio Dione (66.21-24) e nei suoi epitomatori Xiphilino e Zonara. Gli studiosi non sono concordi: M.V. BRAMANTE, *Scrivere diritto sui muri: graffiti di interesse giuridico dalla Campania romana*, in *Atti della Società Nazionale di Scienze, Lettere, Arti in Napoli. Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*, 132, 2022, ma 2023, pp. 25-57.

¹⁶ Colpiti furono i contesti antropici e ambientali di Pompei, Ercolano, Oplontis, Stabia, Boscoreale, Miseno. Crolli e danni si ebbero anche altrove, a Nola, a Napoli, a Salerno, a Sorrento, a Nocera Inferiore. Le testimonianze letterarie principali sono quelle di Plinio il Giovane (*Ep.* 6.16, 6.20) che descrive l'eruzione vesuviana in due lettere allo storico Tacito, di Svetonio (*Vitae. Tito* 8) e di Cassio Dione (66.22.3), cui vanno ad aggiungersi le ricorrenze epigrafiche (*ex aliis* C.I.L. X 1481 = IG. XIV 729, AE 1902, 40) e le informazioni che traiamo dai contesti archeologici, degli abitati del tutto sepolti dall'eruzione e di quelli limitrofi. Molto brevemente possiamo dire che quando il Vesuvio eruttò erano ancora in corso i lavori di riattazione e di ricostruzione resi necessari in seguito ai danni del terremoto del 62. È da ritenere che tra il 62 e il 79 vi furono altri terremoti: a Pompei la basilica era ancora a terra; solo la sezione maschile delle Terme del foro erano stati resi nuovamente agibili; la grande palestra era in via di restauro, e si era concluso quello dell'anfiteatro.

Se consideriamo i principali dati che emergono dalla lettura delle fonti risulta un grande sconvolgimento ambientale già prima che il Vesuvio eruttasse, il mare era agitato, ed è noto che si ritirò dice Plinio quasi respinto dal tremore della terra facendo venire così a galla molti animali marini, il cielo oscurato da funghi e polveri e questi fenomeni si intensificavano maggiormente con il passare delle ore. La popolazione fu presa da grande terrore e si diede alla fuga. Molti rimasero e il fenomeno non accenno a diminuire. Rispetto alla reazione della popolazione nelle fonti notiamo un sentimento di paura di terrore e anche di abitudine quando frequenti sono i terremoti e i danni o non ci sono o sono minimi. La straordinarietà di quello che succedeva, ci racconta Plinio il Giovane, affliggeva gli animi delle persone: abbiamo notizie di fanciulli che piangevano e supplicavano, di donne che si lamentavano e singhiozzava, di uomini che gridavano; chi poteva e riusciva si radunava con i genitori i figli il coniuge. La paura della morte aveva invaso tutti si pregava alzando le mani al cielo e invocando gli dei mentre altri dicevano che quella era l'ultima ed eterna notte del mondo e che vi dei non c'erano più. Un altro aspetto che va messo in evidenza e la testimonianza di ciò che avvenne dopo l'eruzione tra soccorsi pubblici, attività munifiche, provvidenze private e forme di sciaccallaggio. Svetonio ci dice che l'imperatore Tito inviò due magistrati straordinari con il compito di portare aiuto alle popolazioni e di valutare i danni. Invero le città sepolte dal Vesuvio furono del tutto abbandonate. Cecilio stazio aveva profetizzato a meno di un decennio che le città e le popolazioni sarebbero rimasti sepolti per secoli (*Silv.* 4.4.78-79).

l'area geografica di provenienza della persona (che non sempre è locale) e utili a definirne lo *status* quando la conformazione è compatibile con una ridotta o limitata mobilità o con movimenti e posizioni ripetute a lungo (quali lavori di fatica o costrizione *in vinculis*) e ad accertarne la consanguineità.

Differenze emergono tra gli individui di sesso maschile e di sesso femminile, sicuramente correlate al ruolo domestico e sociale del genere, dall'alimentazione al tipo di lavoro, alla presenza di malattie.

Il modo di mangiare delle donne appare nettamente diverso da quello degli uomini. La dieta mostra che le donne mangiavano meno cereali, pesce e crostacei, e prevalevano verdure, legumi, uova. Poche erano le carni, ovine o suine, da allevamento locale. Abbondante era l'uso di noci, datteri e frutta di stagione locale. L'olio di oliva, più spesso prodotto dagli oliveti locali, quando non era di importazione italica o dalla Betica, rappresentava la fonte di grassi principale per l'intera popolazione: si è stimato un consumo di circa 20 litri annui pro capite. Significativa la presenza di omega 3 derivante dall'uso di salse e condimenti a base di *liquamen* e *garum* di produzione locale.

Tutte le indagini mostrano una dieta a base di formaggi: diffuso – e pure celebrato nelle pitture parietali – era quello a pasta molle del tipo di ricotta.

Il campione a disposizione degli studiosi è esiguo se consideriamo che la popolazione di Ercolano era costituita, allora, da circa 4000 persone tra *municipes*, *incolae* (originari da altra città, che ad Ercolano risiedevano stabilmente e che avevano ottenuto dall'assemblea dell'*ordo decurionum* il riconoscimento della condizione di *incolatus*, che dava loro il diritto di voto e in un qualche modo li parificava ai *municipes*) e *habitatores*.

Di molti – maschi, liberi, liberti, incerti – conosciamo il nome grazie agli studi di Camodeca¹⁷. Negli ultimi decenni di vita Ercolano era una società aperta, benché piccola, con una popolazione variegata composta da cittadini e da un gran numero di forestieri provenienti da zone limitrofe che venivano in città per i propri interessi, e plurime erano le attività commerciali¹⁸. Era come

¹⁷ G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses, edizione e commento I*, Roma 2017; ID., *Herculaneum: nuovi dati sulla élite e sulla popolazione cittadina dalla riedizione delle Tabulae Herculenses*, in *Oebalus* 13, 2018, pp. 7-37; ID., *La popolazione di Ercolano alla luce delle Tabulae Herculenses e degli Albi epigrafici*, in *Popolazione, risorse e urbanizzazione nella Campania antica*, Bari 2019, pp. 181-196. Dalle fonti risulta che oltre il 60% dei nomi è composto da schiavi affrancati (liberti) e che vi sono numerosi incerti, vale a dire i cittadini registrati senza patronimico o indicazione di libertinità. Di questi un primo gruppo (CIL. X 1403d) è composto al 79% da cognomi latini; si tratta probabilmente di nati liberi da madre cittadina, *spuri filii*, cioè di padre non altrimenti noto; un secondo gruppo (AE 1978, 119b) è costituito in prevalenza da nomi grecanici (69%) e include liberti privi dell'indicazione del patrono, e pertanto si ipotizza siano liberti orcini (affrancati per testamento da padroni deceduti senza eredi) o *liberti nullius*.

¹⁸ G. CAMODECA, *Herculaneum: nuovi dati*, cit., pp. 30 s. Le liste degli Albi non erano composte solo da *cives* di Ercolano, ma senza dubbio comprendevano degli *incolae*, il cui rilievo sociale ed economico è dimostrato dalle dediche onorarie d'età claudia poste da *municipes et incolae* (CIL. X 1452-1447).

noto frequentata anche da illustri membri dell'aristocrazia romana di rango senatorio che nel territorio circostante avevano investito capitali nell'acquisto delle terre, come *Cn. Sentius Saturninus*, *Ulpia Plotina* che però non vanno annoverati nel computo degli abitanti di Ercolano. Pochi i nomi di donne superstiti.

Cosa portarono con sé i fuggitivi restituisce preziose informazioni ai nostri fini anche sulla ricchezza muliebre. Accanto a quasi tutti gli scheletri sono stati ritrovati oggetti, di varia natura o funzione. Si trattava di quanto erano riusciti a salvare dalle case, dalle monete alle chiavi.

Un fuggiasco, nel fornice IV, aveva con sé un trittico, correntemente utilizzato per gli atti giuridici.

Alcune donne indossavano¹⁹ monili²⁰ preziosi di svariate fogge – trovati in situ sulle dita, al collo, alle braccia – o se li portavano dietro, in un sacchetto, come gli splendidi orecchini d'oro a forma di fiore con perle e smeraldi²¹, oppure accuratamente riposti in cassette e borse.

Dal complesso dei rinvenimenti, dalle monete²², agli unguentari, agli ori ritrovati (armille, collane, anelli), agli argenti, alle gemme²³, alle pietre preziose e dure, agli arredi, alle suppellettili – candelabri, lucerne da tavolo, sospensioni, appliques²⁴ con motivi animali o decorazioni a foglie stilizzate di vegetali, statuette bronzee o marmoree di cavalli, lepri e arieti, divinità molto diffuse fino anche al bustino femminile in sottile lamina di argento lavorato a sbalzo con diadema in foglie di alloro che è tradizionalmente attribuito alla moglie di Augusto Livia²⁵ – al vasellame da mensa raffinato²⁶, alle lussuose dimore, ai

¹⁹ Pl. N.H. 9.117.

²⁰ Ritrovati indossati provenienti dall'antica spiaggia di Ercolano si segnalano le armille, una a corpo di serpente (inv. E. 3061 e E 3062) è un'altra costituita da semisfere (inv. E 3647), orecchini a spicchio di sfera decorati con la tecnica della granulazione a sbalzo (inv. E 3663), il nastro tessuto con fili d'oro (inv. E 3074), una collana di cristallo di rocca (inv. E 3098, un cammeo in pasta vitrea, lavorata a tre strati, con raffigurazioni della Vittoria (inv. E 3106); L.A. SCATOZZA Hoericht, *I monili di Ercolano*, Roma, 1989; A. D'AMBROSIO, E. DE CAROLIS (a cura di), *I monili dell'area vesuviana*, Roma 1997.

²¹ Inv. E 3082.

²² Tra i plurimi ritrovamenti si segnala un gruzzolo in argento e bronzo conservato in origine in un cesto di vimini, Ercolano inv. 78675; sul tema, M. Taliercio, Rinvenimenti monetali ad Ercolano, in *Da Ercolano all'Egitto V. Ricerche varie di papirologia. Papyrologica Lupiensis* 15, 2007, pp. 163-200.

²³ Nella bottega del *gemmarius* (Ins. Or. II 10) ad Ercolano, nel 1936, furono portate alla luce un gruppo di gemme incise, ciondoli intagliati, dagli di collana, e alcuni arnesi in bronzo adatti a lavorazioni minute; Uno dei fuggiaschi e verosimilmente ritenuto un artigiano un commerciante di pietre preziose poiché è stato trovato in contesto che conservava all'interno di una cassetta di legno ritrovata in frammenti pietre dure e semilavorate, di origine non locale, gemme incise non incastonate, ciondoli vaghi di collana, gemme e altri ori.

²⁴ Nota è la terminazione della spalliera di un letto a testa di cavallo, inv. 3696.

²⁵ Ercolano, inv. 79502.

²⁶ Tra gli altri esemplari si ricorda una brocca in bronzo il cui manico è ingentilito da un Leone alato: inv. 77490; L. SCATOZZA HORICHT, *I vetri romani di Ercolano*, Roma, 1986; S. TASSINARI, *Il vasellame bronzeo di Pompei*, Roma 1993.

*signacula*²⁷, emerge una società agiata, una condizione di benessere generalizzato che toccava ampi strati della popolazione.

Si tratta di un patrimonio di reperti che costituiscono beni culturali ai sensi dell'art. 10 del Decreto Legislativo 42/2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004, Supplemento Ordinario n. 28, recante il «Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137».

Stante l'articolo 3 del decreto, «è compito dello Stato e degli enti pubblici preposti la tutela», vale a dire, sulla base di un'«adeguata attività conoscitiva», garantirne «la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione». Di qui, alla tutela si riconnette la «valorizzazione», che ai sensi dell'articolo 6, «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso» (comma 1), e «comprende la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale» (comma 2).

Significativamente, «La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale» (comma 3). Posto che la Convenzione di Faro nel Preambolo riconoscendo a ogni persona il diritto, nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui, ad interessarsi all'eredità culturale di propria scelta, in quanto parte del diritto a partecipare liberamente alla vita culturale, sancito dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite dei diritti dell'uomo (1948) e garantito dal Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966), la conoscenza adeguata investe a tutto tondo il bene culturale ed è data dalla sommatoria delle indagini ad esso riferibili, perché possano trarsi, in stretta connessione all'attività di studio conoscitiva, risultati adeguati, vale a dire metodologicamente corretti.

Il che è dal Legislatore ritenuto indispensabile, in quanto funzionale e presupposto alla protezione in senso fisico del supporto e alla conservazione dell'elemento nella sua fisionomia tangibile e nei contenuti di valore intrinseco, mediante anche riproduzioni e digitalizzazione.

²⁷ Le teorie più accreditate riguardo al loro scopo suggeriscono un impiego come marchi di possesso o nell'ambito degli scambi commerciali. Tali sigilli venivano applicati con sostanze coloranti su materiali quali legno, cuoio, tessuti e papiro. Erano inoltre impressi su manufatti in terracotta (come mattoni, tegole e anfore), su beni deteriorabili (tra cui calce, cera e pigmenti) e su diversi generi alimentari. A questo proposito, è celebre la testimonianza di Plinio (*N.H.* 33.26) sull'abitudine di marchiare i prodotti da forno. Un esempio iconico è la pagnotta di Ercolano, rinvenuta nel 1748 all'interno della Casa dei Cervi (CIL. X 8058,18) e oggi custodita presso il Museo Archeologico Nazionale di Napoli. Questo reperto reca l'impronta del nome di *Celer*, uno schiavo – probabilmente ricordato dopo la manomissione in un'altra iscrizione di Ercolano CIL. X 1403 – di Quinto Cranio Vero; appartiene ad un ramo della *gens Grania* probabilmente puteolana insediatosi ad Ercolano, dove risulta un *fundus Granianus* nelle tavolette Ercolanensi (TH² 64 e 32). Il relativo punzone (*signaculum*) è stato rintracciato a Roma, nell'*Antiquarium* Capitolino, dopo essere stato rilevato nel 1945 dall'Antiquario Fallani.

L'art. 29 del Codice dei Beni culturali, rubricato «Attività di conservazione», recita: «L'attività di tutela si realizza primariamente attraverso un'attività programmata di studio, prevenzione, manutenzione e restauro».

Emblematica e di significato profondissimo è l'inserzione della parola «studio»; il Legislatore fa un chiaro riferimento alla attività conoscitiva, una dimensione imprescindibile cui lo storico del diritto può apportare un contributo significativo ed originale, perché la tutela, la conservazione e la fruizione siano scientificamente salde *sub specie iuris*.

Il diritto è un fenomeno essenzialmente umano: «*Ubi societas ibi ius*», vuol dire che ogni aspetto della vita quotidiana è ammantato di rilevanza giuridica. Il brocardo radica il senso della formazione culturale del *iuris et historiae peritus*, uno *ius hominum causa constitutum* (Dig. 1.5.2).

E, quindi, di fronte a una pittura parietale ercolanese, ad esempio, come quelle della Casa dei Cervi di Ercolano con la terrazza affacciata sul mare, il giurista storico del diritto riflette, sulla *res*, a partire dalla *res*, e la qualifica, *nec mancipis, infungibilis*, e poi passa al lavoro; se chi lo realizzò fu libero o schiavo, e se schiavo da dove venisse e se avesse avuto altri proprietari; e se fu un libero, quale contratto fu stipulato, quale compenso fu concordato e quali le modalità di pagamento. Altre potrebbero essere le domande, dall'acquisto dei colori, al valore dell'ingegno dell'artista, ai tempi di esecuzione. Altre ancora se ne associano, sul trasporto di merci, sul commercio, sulle migrazioni.

Appare, quindi, di grande utilità un approccio esegetico conoscitivo interdisciplinare, al fine di «preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura» (art. 3, comma 2).

3. La vulnerabilità di genere: le donne soggetti giuridici limitati e il *ius liberorum*

Effetto «di una plurimillenaria ideologia discriminatoria»²⁸, penetrata nella società romana, le donne – non *in potestate manu mancipiove* di un soggetto giuridico, e *puberi* – erano ritenute «soggetti giuridici limitati»²⁹ per il loro genere³⁰: la storia della donna romana è, in fin dei conti, una storia di una di-

²⁸ E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2021; EAD., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996.

²⁹ Così A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, pp. 288 ss.

³⁰ Nella storia giuridica italiana un primo significativo riconoscimento della capacità femminile si deve alla cd. Legge Sacchi, L. 17 luglio 1919, n. 1176, recante *Norme circa la capacità giuridica della donna* (il cui Regolamento di attuazione è posto nel Regio Decreto 4 gennaio 1920, n. 39). Il provvedimento abrogava gli articoli del Codice Pisanelli del 1865, che subordinavano la donna sposata al marito: veniva riconosciuto alla moglie di donare, alienare beni immobili, contrarre mutui, riscuotere capitali o stare in giudizio senza il formale assenso scritto del coniuge; ammetteva le donne, «a pari titolo degli uomini», a esercitare tutte le professioni e a coprire gli impieghi pubblici, ad eccezione dei poteri pubblici giurisdizionali, dell'esercizio

scriminazione giuridica³¹ e della conquista di ambiti di autonomia³².

Al sesso femminile si associava ora una *levitas animi*³³ ora una *infirmetas*³⁴, derivandone l'esclusione dalle accuse nei processi criminali³⁵ o il divieto per le donne di delazione fiscale³⁶.

*Lignorantia rerum forensium*³⁷ imponeva, in linea teorica, che fosse assistita nel compimento di atti, ritenendo che una donna non comprendesse

di diritti e di potestà politiche (nei ruoli prefettizi e apicali nei Ministeri, nelle ambasciate e nei consolati) o che attenevano alla difesa militare dello Stato. R. DE LONGIS, *La legge Sacchi: conquiste, contraccolpi e ambivalenze di una norma progressista*, in *Passato e presente* 60, 2022, pp. 149-157. Il compimento dell'apprezzamento dell'uguaglianza di generi è testualmente dedotto nell'art. 3 Cost. comma 1, a tenore del quale «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

³¹ P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index* 40, 2012, pp. 342 ss.

³² A testimonianza di una crescente emancipazione sostanziale, Gaio rileva esplicitamente come le donne amministrassero autonomamente i propri interessi (Gai 1.190). Tale dinamica culturale è confermata sul piano documentale fin dal II secolo a.C., epoca in cui le prime raccolte di *responsa* giurisprudenziali si rivolgevano indistintamente a un pubblico sia maschile sia femminile (Cic. *De orat.* 2.33.142).

³³ Gai 1.142. *Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur. Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint: Ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur.* 143. *Ac prius dispiciamus de his, quae in tutela sunt.* 144. *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: Masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.* 145. *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet: Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae.* Cfr. D. 26.1.18 (Ner. 3 reg.). *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.*

³⁴ La locuzione *infirmetas sexus* è attestata in Nerazio (D. 27.10. 9); Paolo (D. 22.6.9 pr.); Marciano (D. 48.16.1.10 e D. 49.14.18 pr.), Ulpiano (Tit. *ex corp. Ulp.* 11.1 e D. 16.1.2.2-3); Cicerone (*Pro Mur.* 12.27 e *Pro Sex. Rosc. Am.* 4.10), associa la parola *infirmetas* all'aggettivo *consilii* e *animi*. R. QUADRATO *Infirmetas sexus e levitas animi: il sesso 'debole' nel linguaggio dei giuristi romani in Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, p. 140, rileva che «nel pensiero dei giuristi [...] anche il sesso [...] femminile [...] è considerato causa di "infermità": una condizione di invalidità, una menomazione che rende la donna, e quale che sia la sua età, incapace di assolvere a determinati compiti

³⁵ D. 48.16.1.10 (Marcian. l. sing. ad s.c. Turp.). *Adquin Papinianus respondit mulierem, quae idcirco ad falsi accusationem non admitteretur, quod suam suorumve iniuriam non persequeretur, desistentem senatus consulto Turpilliano non plecti. Num ergo et in ceteris idem responsurus sit? Quid enim interest, propter sexus infirmitatem an propter status turpitudinem temporis finem ad accusationem aliquam non admittatur? Multoque magis excludendi sunt, quod mulieris quidem accusatio vel propter proprium eius dolorem effectum habere potuit, illorum vero accusatio voce dumtaxat tenus intervenit [...]*

³⁶ D. 49.14.18 pr. (Marcian. l. sing. de del.). *Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem.*

³⁷ Tit. Ulp. 11.1. *Tutores constituuntur tam masculis quam feminis: sed masculis quidem inpueribus dumtaxat propter aetatis infirmitatem; feminis autem inpueribus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.*

appieno la ricaduta del negozio sul suo patrimonio, vale a dire il portato dei suoi effetti.

Il diritto prevede, quindi, un istituto di protezione, che, ricorda Cicerone³⁸, vollero già i *maiores* e si affievolì già dalla media repubblica: dalla *tutela impuberum*, le donne, *etiamsi perfectae aetatis sint*, ricadevano sotto la tutela³⁹, salvo a liberarsene *ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum*⁴⁰.

Assoluta era, in difetto, l'incapacità di diritto pubblico. *Iure privatorum* ridotta era la capacità a succedere *mortis causa*⁴¹; non potevano fungere da testimoni negli atti liberali né fino all'età classica avere la *potestas* sui discendenti né *postulare pro aliis* o assumere garanzie.

Per il compimento di atti dovevano essere assistite dal tutore che interponeva la sua *auctoritas*, e che, come vedremo, era registrata nei formulari giuridici degli atti in cui figuravano, ed anche sposate riuscivano ad avere ampi spazi di autonomia e di godere, nei ceti medio-alti, di forme di ricchezza mobiliare⁴².

A ben riflettere, se la condizione femminile è in punto di diritto la ragione della minore capacità che si riconosceva alle donne⁴³, derivava proprio da questa condizione di natura, dalla capacità, fisica, di generare⁴⁴ figli e partorirli,

³⁸ Cic. *pro Mur.* 12.27. *Mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*; cfr. le considerazioni, fondamentali, di A. GUARINO, *Le "XII Tabulae" e la "tutela"*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948, pp. 31 ss. = *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici*, Napoli 1973, pp. 237 ss.

³⁹ P.L. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, I. *Profili funzionali*, Memorie dell'Istituto Giuridico, Serie II, Memoria CLIX, Torino 1976, p. 46 e nt. 5; F. MERCOGLIANO, *Deterior est condicio feminarum quam masculorum*, in *Index* 29, 2001, pp. 209 ss.; ID., *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 4, 2011, pp. 22 ss. Per un'analisi storico-evolutiva del significato dell'espressione *infirmitas sexus*, cfr. R. QUADRATO, *Infirmitas sexus e levitas animi*, cit., pp. 137 ss., p. 140; L. PEPPE, *Civis Romana, Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Lecce 2016, pp. 202 ss.

⁴⁰ R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*, Padova 1970.

⁴¹ A. MCCLINTOCK, *La ricchezza femminile e la 'lex Voconia'*, in *L'arte del diritto* 49, Napoli 2022.

⁴² P. BUONGIORNO, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana*, I. *Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, Lecce 2018; A. MCCLINTOCK, *Matrimonio e ricchezza femminile a Roma. Glossario giuridico*, in *Au-delà de l'epithalame. Le mariage dans la littérature latine (III^e s. av.-VI^e s. ap. J.-C.)*, a cura di L. Galli Milic, A. Stoehr-Monjou, Turnhout 2022, pp. 459-473; EAD., *Gioielli e figli: le armi delle donne*, in *Madres y familias en la Antigüedad. Patronas femeninas en la transmisión de emociones y de patrimonio*, a cura di R.M. Cid López, A. Domínguez Arranz, R.M. Marina Sáez, Gijón 2021, pp. 289-303.

⁴³ Gai 1.190. *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera: mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*. Cfr. Gai 1.144. *Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpueribus, quae cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*.

⁴⁴ Una riforma di Settimio Severo eguagliò l'età stabilita per contrarre matrimonio e quella

portando a termine la gravidanza, la possibilità per le donne stesse di liberarsi dalla tutela: *tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae* scrive Gaio nel II secolo.

Augusto cercò di contrastare il calo demografico e il declino morale della società romana, promuovendo il matrimonio e la natalità, con questi due provvedimenti, databili tra il 18 a.C. e il 9 d.C. ed il cui portato subì successive integrazioni e modificazioni.

Le leggi stabilivano un'età matrimoniale, e l'obbligo di contrarre matrimonio per gli uomini (dai 25 ai 60 anni: i celibi erano i non sposati e gli orbi erano gli sposati che non avevano avuto ancora figli), per le donne nubili (dai 20 ai 50 anni), le divorziate e per le vedove che non avessero ripreso marito.

Le leggi accordavano, infatti, a chi avesse figli⁴⁵ benefici e vantaggi⁴⁶.

L'ingenua madre di tre figli era 'liberata' dalla *tutela mulierum* e la *liberta* madre di quattro figli dalla tutela del patrono (Gai 1.194, 3.44)⁴⁷, requisito

fissata per generare i figli (Ulp. Ep. 16.1) ad avviso di C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici e antiquari*, Roma 2005, p. 580. *Contra* F. BONIN, *Vanissimas Papias leges exclusit. Note intorno ai limiti di età nella lex Iulia e nella lex Papia*, in *Quaderni Lupiensi* 7, 2018, pp. 184, 186, 197 ss. In argomento I. PIRO, *Spose bambine: risaleza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana: dalle origini all'epoca classica*, Milano 2013, pp. 117 ss., mette in evidenza come sin dall'età repubblicana se contraevano nozze con fanciulli appena dodicenni. E quindi da ritenersi condivisibile l'ipotesi che le soglie fossero state fissate da Settimio Severo per concedere benefici o erogare sanzioni senza escludere infatti in diritto e la possibilità di fare figli e prima ancora di sposarsi ad età diverse.

⁴⁵ Columella ci informa che le schiave che avevano avuto diversi figli dovevano attendere alla loro cura e per questo erano esonerate dal lavoro (*re rust.* 1.8.19).

⁴⁶ Furono introdotte regole per favorire l'accesso alle magistrature per i padri in ragione del numero dei figli (*Vat. Frag.* 168, 194; D. 4.4.2; D. 50.2.6.5; Gell. 2.15.4), e ciò anche a livello locale (*lex Malac.* 56; *lex Irn.* 40). Dava diritto alla *excusatio* dal ruolo di giudice (se, sorteggiato, se ne volesse valere, Suet. *Vitae. Claud.* 15), alla dispensa dai *munera civilia* (D. 50.5.2.1-2) e dal *munus* di tutore e di curatore il numero di figli (*numerus liberorum*): *Vat. Fr.* 191-192, 247; C. 5.66.1; D. 27.1.2.8). I liberti con due figli *in potestate* (C. 6.3.7.1) purché non fosse un attore o partecipava con le proprie opere ai giochi gladiatori, o con un solo figlio che avesse compiuto i cinque anni (D. 38.1.37.1), erano liberati dalla prestazione di opere al patrono, il quale anche perdeva il suo diritto alla quota virile se il liberto aveva tre figli e un censo di 100.000 sesterzi. In tema di capacità successoria, il celibe, quando non si coniugasse entro 100 giorni, non poteva ricevere nulla, né come erede né come legatario, da chi non fosse suo parente o affine sino al sesto grado, l'*orbus* solo metà; i *bona caduca* andavano ai *patres qui in eo testamento liberos habent* o all'erario. I coniugi fra loro potevano *capere decimam* per il fatto del matrimonio e altre *decimae* in proporzione al numero dei figli. I celibi non potevano assistere agli spettacoli pubblici. Sui provvedimenti a livello locale contenuti nella legge Irmitana e sul confronto con il caput della legge Malacitana si veda F. LAMBERTI, *Tabulae Irmitanae. Municipalità e «ius Romanum»*, Napoli 1993 p. 46, 81. Ricordiamo che Claudio concesse alle donne che avessero costruito navi da carico il *ius quattuor liberorum* (Suet. *Vitae. Claud.* 18-19).

⁴⁷ Le Vestali non erano assoggettate alla tutela. Sulle sacerdotesse, dedite anche ad attività commerciali, si v. R. ORTU, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale: la Vestale Massima Flavia Publicia I. Le immunità*, Cagliari 2018, pp. 9 ss.; EAD., *La Vestale Massima Flavia Publicia: un'imprenditrice nell'antica Roma?*, in *Archivio Giuridico Sassarese* 23, 2018, pp. 169 ss.

quello del numero dei parti che l'imperatore Giustiniano abolì in una nota costituzione, C. 8.58.2.

Tra gli altri casi attestati nelle fonti, ne ricordiamo uno. La moglie di Augusto Livia ottenne questo beneficio insieme alla cognata Ottavia nell'anno 35 a.C. assai precocemente; nel 9 a.C. in occasione della scomparsa di suo figlio Druso maggiore il privilegio le fu rinnovato: l'eccezionalità come noto dell'onore risiedeva nel fatto che la matrona aveva avuto solo due figli e non da Augusto, ma dal primo marito Tiberio Claudio Nerone; il terzo figlio di Augusto era infatti morto alla nascita ma la maternità di Livia restava fondamentale perché avrebbe potuto assicurare il discendente del principe come in realtà avvenne quando suo figlio Tiberio divenne imperatore nell'anno 14 d.C. dopo la morte di Augusto.

Il *ius liberorum* poteva essere attribuito dal principe, per concessione, avocando a sé una prerogativa che inizialmente spettava al senato (Dio 55.2): anche in assenza di prole come fu per Marziale, che lo ricevette da Tito e da Domiziano o per la liberta Cornelia Zosima (CIL. VI 1877).

Per effetto del *ius*, i coniugi potevano fare testamento liberamente ed ereditare reciprocamente, se avessero procreato un figlio o una figlia in comune, e cioè non concepiti in precedenti matrimoni (Ulp. *Ep.* 16.1a).

In caso di parti naturali, ai fini del riconoscimento⁴⁸, dalla lettura delle fonti se ne ricava a partire dall'età classica l'esistenza di un iter procedurale⁴⁹, consistente nella formalizzazione di una istanza dell'avente diritto, corredata da elementi di prova certi della sussistenza del presupposto (come la dichiarazione di nascita⁵⁰ o testimonianze di terzi o lettere inviate alla moglie dal marito⁵¹), all'autorità competente che, previa valutazione, disponeva in conformità.

Ce ne dà notizia anche Plinio, che ci informa della pratica della trascrizione negli archivi della sussistenza del requisito (*epist.* 10.2, 10.94-95.1-3), attestata anche per l'Egitto greco-romano nei papiri⁵²: chiaramente a fini di pubblicità notizia e per renderla opponibile.

Era richiesta un'età minima del bambino per avanzare la domanda di legale accertamento o, attesi i benefici, non si faceva passare tempo dall'ultimo *partus*?

Le fonti non sono esplicite. Si può congetturare che, se sia stato apprezzato il compimento di un certo anno di vita, occorreva che avesse compiuto un anno ad imitazione della *lex Aelia Sentia* dalla nascita (*filium procreaverint, cum is filius anniculus esse coeperit*) in tema di acquisto della cittadinanza romana

⁴⁸ E. BISIO, *Il «ius liberorum»: tra procreazione e concessione imperiale. Una prima ricognizione delle fonti*, in *Rivista di Diritto romano* 20, 2020, n.s. V, pp. 126-165.

⁴⁹ Cfr. D. 50.6.6.2 (Call. 1 *cogn.*), con la petizione che un certo Silvio Candido rivolse all'imperatore per l'esenzione dei carichi municipali, allegando a sostegno della propria richiesta il gran numero di discendenti.

⁵⁰ SHA *Vitae. Marc.* 9.7-8.

⁵¹ D. 22.3.29.

⁵² Cfr. P. Oxy. XII 1467.

attraverso la complessa procedura della *anniculi causae probatio*⁵³ (testimoniata ad Ercolano dal cosiddetto dossier di Lucio Venidio Ennico, per gli schiavi liberati⁵⁴ prima dei 30 anni o da un *dominus* minore di vent'anni né *vindicta* né in presenza di una *iusta causa manumissionis*).

Il sesso dei figli partoriti non incideva sul riconoscimento del *ius liberorum*, come si ricava da un noto testo dei *Digesta*, D. 50.16.148, da cui risulta l'interpretazione del giurista Gaio (8 *leg. Iul. et Pap.*) dell'*enuntiatio* normativa '*habet liberos*': osserva che la parola *liberi* compare sempre al plurale, pur quando si riferisce a chi ha un solo figlio o una sola figlia così come è ben attestato nella prassi da *pugillares* e codicilli; non è, dunque, da ritenersi senza figli, *sine liberis*, colui al quale sia nato un solo figlio oppure una sola figlia.

Si discusse se si dovesse intendere l'enunciato legislativo relativo al numero di figli nel senso di altrettanti parti (vale a dire, per l'*ingenuea*, tre figli nati da tre parti distinti) oppure si computasse tout-court il numero complessivo dei figli, a prescindere da quante gravidanze siano state portate a termine. Si pose in particolare la questione di un parto trigemino ai fini dell'attribuzione dei benefici.

Prevalse un'interpretazione (di favore) per valorizzare il numero dei figli nati, venuti fuori dal grembo materno, piuttosto che il numero di gravidanze e dei relativi parti⁵⁵.

⁵³ Gai 1.29. *Statim enim ex lege Aelia Sentia minores triginta annorum manumissi et Latini facti si uxores duxerint vel cives Romanas vel Latinas coloniaras vel eiusdem condicionis, cuius et ipsi essent, idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus et filium procreaverint, cum is filius anniculus esse coeperit, datur eis potestas per eam legem adire praetorem vel in provinciis praesidem provinciae et adprobare se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere: et si is, apud quem causa probata est, id ita esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus et uxor eius, si et ipsa eiusdem condicionis sit, et filius eius, si et ipse eiusdem condicionis sit, cives Romani esse iubentur.* Tra i tanti contributi segnalo S.A. CRISTALDI, *Latini ex lege Aelia Sentia*, in *QL* 12, 2022, 289 pp. 291 ss. Per disposizione di un senatoconsulto la Latina Iuliana poteva conseguire la cittadinanza romana se avesse avuto tre figli (*Ulp. Ep.* 3.1); una donna Latina nata dopo la manomissione dei suoi genitori entrambi Latini Iuniani ottenuta la cittadinanza romana generando tre figli poteva ereditarne il patrimonio ex senatoconsulto *Tertulliano* (PS. 4.9.8); la *Lex Papia Poppea* stabiliva che gli stessi diritti del patrono nei confronti della liberta, in base all'editto del pretore, spettavano alla patrona ingenuea madre di due figli e alla liberta madre di tre (Gai 3.49-50); le donne con tre figli erano dispensate dai limiti successori ex *lege Voconia* (Dio 56.10.2-3). Cfr. G. 3.42 da cui risulta che un liberto che avesse avuto tre figli escludeva il patrono dalla successione.

⁵⁴ Gai 1.18. *Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est. Nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata, liberati fuerint ...;* Gai 1.38. *Item eadem lege [scil. Aelia Sentia] minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit;* Tit. *Ulp.* 1.12. *Eadem lege [scil. Aelia Sentia] cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit ...;* Svet. *Vitae*. Aug. 40. *Servos non contentus multis difficultatibus a libertate et multo pluribus a libertate iusta removisse, cum et de numero et de condicione ac differentia eorum, qui manumitterentur, curiose cavisset, hoc quoque adiecit, ne vincetus umquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.*

⁵⁵ D. 1.5.15 (Tryph. 10 disp.); PS. 4.9.2. *Quae semel uno partu tres filios ius liberorum non consequitur: non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur.*

I giuristi hanno discusso, anche, sulla vitalità del neonato; se un bambino nato con malformazioni (D. 50.16.135. [...] *portentosum vel monstrosus vel debilem*...) era computato, ai fini del *ius liberorum*, e se lo erano i figli nati *in acie, per tempus belli* (D. 50.5.14 pr.; Gell. 2.15.4; Vat. Frag. 197, 199; D. 27.1.18; I. 1.25); in caso di parto di un neonato morto o, ancora, di morte *post partum* del bambino (PS. 4.9.1-9; D. 50.16.129; D. 50.16.135; C. 6.29.3); se i figli adottivi erano considerati nel *numerus liberorum* (Tac. Ann. 15.19; PS. 4.8.4).

Torniamo all'*Introduzione* di Francesca Lamberti, al binomio «rappresentazione» e «vita quotidiana», ai due poli intorno ai quali si snoda l'apprezzamento della *condicio feminarum*.

Emerge in tutta evidenza che allo studio della soggettività giuridica delle donne, non *alieni iuris*, interrogando le fonti di tradizione manoscritta – con le questioni che si pongono rispetto alla compilazione, ai contenuti e alla finalità dei testi, giuridici e letterarie – un apporto significativo e un contributo – imprescindibile – di 'realità' sono assicurati dai documenti della prassi superstiti, che testimoniano se ed in che misura le donne avevano una abitudine con la pratica degli affari (tradizionalmente curati da maschi) restituendo dati utili, sebbene riferibili *ratione temporis et loci* ad un contesto specifico, sul diritto effettivamente vigente.

E dai quali forse bisogna partire proprio in ragione del portato pratico del diritto, che concorrono ad illuminare⁵⁶.

⁵⁶ Una conferma proviene proprio da Ercolano, dall'Archivio di Lucio Venidio Ennico. *L. Venidius Ennychus* era un *libertus Latinus Iunianus*, molto probabilmente manomesso per testamento (prima del biennio 40/41) quando aveva meno dei 30 anni contro le disposizioni della *lex Aelia Sentia* del 4 d.C. da non molto introdotta da Augusto. Stante l'illegittimità della manomissione, il *servus* diviene Latino Iuniano, e come tale aveva minori diritti. Era privo della capacità di fare e ricevere (anche legati) per testamento e della *patria potestas* sui figli per cui non poteva lasciare i suoi beni *ab intestato* ai propri discendenti; il suo patrimonio, e quelli dei suoi servi, alla morte era dalla legge attribuiti all'*ex dominus*, o, in caso di mancanza di questi, all'erario. Aveva però il *ius commercii inter vivos*, che gli consentiva di concludere affari e, in tal modo, come altri della sua condizione, riuscì a raggiungere una certa agiatezza e notorietà locale, inducendolo ad aspirare anche ad una carica pubblica, molto onorifica per un liberto, che era il sacerdozio dell'Augustalità, come si deduce da un'altra tavoletta del suo archivio, scoperto nella Casa del Salone Nero, TH² 83. Per divenire *Augustalis*, occorreva, di necessità, il requisito della *civitas Romana*, cui pervenne Venidio Ennico dopo venti anni dalla *manumissio*, nel marzo 62 (a poco più di un mese dal terremoto del 5 febbraio) avendo dimostrato, secondo le formalità previste dalla stessa *lex Aelia Sentia* (Gai 1. 2938), di avere contratto un giusto matrimonio con Livia Acte e di aver una figlia, ormai di un anno di età. Prescriveva la legge sulla cittadinanza che il riconoscimento avveniva sussistendo due requisiti, il matrimonio (con una *civis Romana* o latina colonaria o della loro stessa condizione Aeliana) e (la prova di) una effettiva, stabile e perdurante genitorialità. L'iter amministrativo prevedeva, come emerge dalle *tabulae*, un *decretum* dei decurioni locali di verifica e accertamento dei requisiti del petente, ai fini dell'istruttoria amministrativa preliminare alla fase innanzi al pretore a Roma, che si concludeva con un editto, di cui abbiamo la copia esecutiva conforme all'originale, TH. 89 (Fig. 15). Nel nostro caso il decreto dei decurioni fu dato il 25 luglio 61, come sappiamo da TH² A2, a un anno esatto dalla nascita della figlia. Una delegazione di rappresentanti del municipio ercolanese, probabilmente composta da un duoviro e da due autorevoli *ex duoviri*, che figurano nell'elenco dei testimoni del provvedimento finale, fu incaricata di favorirla all'ufficio del *praetor urbanus* perché prov-

Gli *acta* provenienti dalla Campania romana – tra la pluralità di aspetti di assoluta importanza – soccorrono particolarmente al riguardo. Ci informano del quotidiano vivere giuridico, e ai fini che qui ci occupano, di quello delle donne, di quali negozi concludevano, di quali schemi tipici erano utilmente impiegati a quei fini, in che modo il formulario era tagliato rispetto alla specificità dell'atto.

Da essi risulta che le donne non redigevano mai la *scriptura* né sigillavano, per cui, se fossero analfabete, istruite e particolarmente colte non è dato saperlo (salvo a fare qualche congettura).

Il linguaggio formulare del diritto romano è 'appannaggio' degli uomini, diversamente che in Egitto. Riprendendo Pauline Schmitt-Pantel citato da Lamberti si può dire che è modello formulare predisposto per gli uomini, che è espressione di una negozialità concepita al maschile.

Agli uomini non era richiesto di saper scrivere per comparire negli *acta*; potevano farlo altri, al posto loro, finanche vergati da schiavi. Del resto lo studio teorico del diritto è firmato da giuristi maschi; la pratica del foro⁵⁷ era affidata ad abili oratori.

vedesse, e forse, con l'occasione – è da congetturare – chiesero aiuti per far fronte ai danni fatti dal recente terremoto il cui epicentro fu Pompei, al Senato e all'imperatore. Il pretore, asseverando il decreto decurionale, concesse la cittadinanza ai petenti, e in conformità alla legge diede un proprio specifico editto. Di esso – datato 22 marzo 62, ed esposto (*propositum erat*) a Roma nel foro Augusto *sub porticu Iulia* davanti al suo *tribunal* – abbiamo la copia conforme, il *descriptum et recognitum ex edicto*, dell'estratto di quanto vi era scritto (*in quo scriptum erat id quod infra scriptum est*) in cui si dispone per il latino Venidio Ennico, sua moglie, se anche lei *Latina*, e la figlia l'acquisto della cittadinanza romana (*cives Romani esse iubentur*): si tratta di un trittico, TH² 89. Questo trittico ercolanese costituisce il primo e unico documento sulla *anniculi causae probatio*, che ci sia noto, e per di più per un *Latinus Iunianus* (che aveva i *tria nomina* per cui è impossibile, in mancanza di altri elementi, distinguerli dai *cives*); che di questa procedura di concessione della cittadinanza romana le due fonti disponibili – il giurista antonino Gaio, nel manuale di Istituzioni di diritto, e un anonimo tardo autore nei *Tituli ex corpore Ulpiani* – si dispone di una breve fonte giuridica, che non indica le fasi del procedimento, che è stato possibile effettivamente ricostruire solo in seguito al ritrovamento e alla lettura dei segni superstiti sul legno carbonizzato di vari frammenti ricomposti. È emerso altresì il nome del pretore urbano in carica *L. Servenius Gallus* prima ignoto e si è compreso il ruolo del collegio dei decurioni nei municipi. Come è stato efficacemente detto a questo proposito si tratta di «una funzione di controllo sociale (non solo notarile), che prima non potevamo sospettare; è un nuovo aspetto, non secondario, che arricchisce la nostra conoscenza sull'amministrazione delle città nell'Italia romana e sulla procedura d'acquisto di un diritto fondamentale come la cittadinanza» (G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit., pp. 177 ss.).

⁵⁷ Cfr. Val. Max. 8.3.2. *C. Afrania vero, Licinii Bucconis senatoris uxor, prompta ad lites contrahendas pro se semper apud praetorem verba fecit, non quod advocatis deficiebatur, sed quod inopudentia abundabat. itaque inusitatis foro latratibus adsidue tribunalia exercendo muliebris calumniarum notissimum exemplum evasit, adeo ut pro crimine inprobis feminarum moribus C. Afraniae nomen obiciatur: prorogavit autem spiritum suum ad C. Caesarem iterum <P.> Servilium consules: tale enim monstrum magis quo tempore extinctum quam quo sit ortum memoriae tradendum est.* T.J. CHIUSI, *La fama nell'ordinamento romano. I casi di Afrania e di Lucrezia*, in *Storia delle donne*, 6-7, 2010-2011, pp. 89 ss.; F. LAMBERTI, *Spazi*, cit., pp. 3 ss. su *Le rappresentazioni-tipo: Il sesso muliebre, a Roma, fra stereotipi e antimodelli*, part. pp. 33 ss.

Raccolgo, *exempli gratia*, una provocatoria suggestione. Se una donna nel II secolo sotto gli Antonini ebbe l'ardire di dedicarsi alla sistematica del diritto mettendo per iscritto una propria opera sui fondamenti, articolata in tre partizioni *personae*, *res*, *actiones*, non arrivò – o le fu precluso, se non censurato – ad attribuirsi la maternità, preferendo al suo nome di donna il più generale e diffuso *Gaius*.

4. Gli acta Campaniae da Ercolano

Tra i legni superstiti alla devastazione del Vesuvio del 79 particolare importanza assumono le tavolette di pino argentato e di bosso, esemplari pervenuti a volte frammentati e assai delicati, che hanno conservato i segni di scrittura vergati dagli antichi ad inchiostro, *atramentum*, o a *graphium* con uno stilo, restituendo dittici e trittici *acta* giuridici.

Queste tavolette ci hanno permesso di conoscere⁵⁸ molti aspetti del formalismo giuridico ai tempi, che le fonti tradizionali non riferiscono. Sappiamo sotto questo aspetto: 1. che la data, il luogo di redazione e il contenuto vero e proprio sono le tre *partes* indispensabili, come è del resto anche secondo il diritto moderno per assicurare certezza legale; 2. che la *scriptura* era l'adattamento, *ratione personarum et facti*, di un formulario tipico a cura di giuristi professionisti (*iuris prudentes*); 3. che era redatta, in terza persona, da uno scriba professionista, oppure in prima persona dallo stesso autore dell'atto, il quale in calce alla *scriptura interior* apponeva il proprio *signum* e pure sigillava, su pagina 4, figurando virtualmente anche come un *testes*: nel primo caso parliamo di *testatio*, nell'altro di *chirographum*.

Da Pompei proviene l'archivio di Lucio Cecilio Giocondo e dal suburbio, da Moregine, il cd. archivio puteolano dei *Sulpicii*. Tutti i 127 atti dell'archivio, salvo due, sono stati redatti nella *colonia lulia Augusta* di Puteoli.

Ad Ercolano le *tabulae* hanno rivisto la luce molti secoli dopo il loro seppellimento.

Il primo ritrovamento avvenne nella Villa suburbana dei Papiri, nel tablino: era il 19 ottobre 1752 quando furono scoperte tavolette di bosso, costituenti ben sei *pugillares*, attualmente dispersi come i frammenti di altri supporti scrittori, rinvenuti nella biblioteca il 24 febbraio di due anni dopo, nel 1754.

Nella parte della città antica che non giace sepolta sotto la città nuova, altri esemplari di tavolette sono stati ritrovati da Maiuri negli anni Trenta del

⁵⁸ G. CAMODECA, *Gli archivi privati di tabulae cerate e di papiri documentari. Pompei ed Ercolano: case ambienti e modalità di conservazione*, in *Vesuviana*, 1, 2009, pp. 17-42; ID., *Dittici e Trittici nella documentazione campana (8 a. C. - 79 d. C.)*, in *Eburnea Diptycha. I dittici nell'antichità e nel medioevo*, a cura di M. David, Bari 2009, pp. 81-105; ID., *L'evoluzione della forma dei documenti giuridici romani alla luce della prassi campana*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, a cura di C. Masi Doria, C. Cascione, I, Napoli 2007, pp. 617-636.

secolo scorso. Il 25 novembre 1931, in un ambiente del piano superiore della casa (con atrio tetrastilo) comunicante con la *caupona* cd. del Priapo, furono rinvenuti alcuni trittici posti l'uno sopra l'altro, in pila (*Ins.* IV 17-18). L'anno successivo, il 10 marzo del 1932 viene trovato un consistente numero di tavolette al piano superiore della Casa dell'Alcova (*Ins.* IV 3-4).

Qualche mese dopo, il 6 luglio, si rinvennero, al piano superiore di una *domus*, in un ambiente attiguo alla Casa di Galba, tavolette conservate in un armadietto di legno carbonizzato, con due battenti (*Ins.* VII 8 o 9).

Il 23 dicembre dello stesso anno nella Casa del Sacello di Legno (*Ins.* V 31), in un *cubiculum* al piano superiore interno, furono trovati, in un piccolo *armarium* di legno carbonizzato, diversi trittici, e *volumina* di papiro⁵⁹, compressi e frantumati dal fango, sovrapposti orizzontalmente nel senso della profondità, a piramide, nel ripiano superiore.

Due anni dopo, il 31 marzo 1934, si scoprirono sempre in questo ambiente altre tavolette cerate, conservate in una piccola cassetta lignea, posta sotto il letto. Tre anni più tardi, nel 1937, il cubicolo al primo piano di un *cenaculum* soprastante le *tabernae* 19-22 aperte sul Decumano massimo (*Ins.* V, 22), restituì l'archivio di *L. Cominius Primus* (un liberto originario di Neapolis, di modesto prestigio sociale) costituito da tre gruppi di tavolette: il 1° ottobre se ne rinvennero altre (forse conservate in una cassetta lignea) all'interno di un armadietto fissato alla parete, e tabelle di formato e spessore minori, forse *pugillares* di bosso, ordinate in verticale, su una mensola inchiodata al muro, e altre ancora in una cassa sotto la finestra; agli inizi di novembre, il 3 e il 6, due gruppi di tavolette in altrettante cassette di legno apparvero deposte sul pavimento (dove era anche custodita una tavoletta di bronzo anepigrafe).

Il 10 ottobre del 1938, in un ambiente al piano superiore della Casa del Bicentenario (*Ins.* V 15-16) fu trovata una cassa di legno contenente un rotolo di papiro (l'unico rimasto intero, *PHercMAN* B 1) sotto una pila di *tabulae*.

Un altro gruppo di tavolette fu rinvenuto il 16 agosto 1939 sul pavimento del ballatoio sovrastante il peristilio, nella Casa del Salone Nero (*Ins.* VI 13-11), da cui proviene anche uno scaffale di legno appeso alla parete, aperto sul davanti e diviso in tre scomparti.

A dicembre del 1939, furono recuperati, sopra il solaio crollato, in una cassa di legno rovesciata a doghe larghe e divisa all'interno in scomparti, altri supporti scrittori.

Tra il 16 e il 22 novembre 1939 nella Casa dei Due Atrii (*Ins.* VI 29) in un ambiente di deposito e servizi fu ritrovata una cassa rovesciata sul solaio crollato del mezzanino superiore: in uno degli scomparti interni le tavolette erano state poste insieme a due rocchetti di stoffa contenenti monete bronzee, due scatole, cucchiaini d'argento, unguentari di vetro e commestibili, costituiti da circa 80 g di pepe (inv. 2013) e 15 g di miglio (inv. 2015).

⁵⁹ G. CAMODECA, G. DEL MASTRO, *I papiri documentari ercolanesi (PHerc.MAN): relazione preliminare*, in *Cronache Ercolanesi* 32, 2002, pp. 281.

Durante questi scavi sono state rinvenute in totale circa 700 tavolette, secondo le quantificazioni fatte al momento della scoperta o in sede di inventariazione, delle quali quasi 350 recano ancora tracce leggibili di scrittura, riferibili all'incirca a 170 diversi documenti, rispetto al centinaio della prima edizione realizzata fra 1946 e 1961 da Arangio-Ruiz e Pugliese Carratelli.

Nel Museo Archeologico Nazionale di Napoli, sono custodite queste tabelle e anche i frustoli difficili da attribuire perché quando furono scoperte vennero messe tutte insieme, in qualche caso senza riferimento del *locus inventionis*.

Si deve a Giuseppe Camodeca il lavoro, immane, prezioso e tenace, che ha consentito di chiarire aspetti del ritrovamento delle *tabulae*, di identificare l'appartenenza del proprietario ad esclusione dei documenti superstiti nella Casa del Sacello di Legno (*Ins.* V 31), nella Casa dei Due Atri (*Ins.* VI 29), nella Casa al piano superiore dell'*insula* VII 8-9; di accertare che le *tabulae* di legno erano sempre conservate al piano superiore della *domus*, in pila o in fila, in armadi, casse e cassette anch'essi lignei o semplicemente deposte su scaffali alle pareti (a seconda, probabilmente, della loro funzione), recuperate in contesti conferenti, per funzione e contenuto, negli ambienti di studio e in quelli domestico-familiari più riservati ed intimi.

L'autopsia delle tavolette cerate ercolanesi ha consentito a Giuseppe Camodeca di ampliare il novero di atti restituiti dalle prime edizioni pubblicate sulla *Rivista Parola del passato*: solo su circa la metà delle tavole ritrovate e inventariate – intorno a 350 – restano ancora tracce eleggibili di scrittura, riferite all'incirca a 170 diversi documenti.

Gli atti ercolanesi che conservano la data si concentrano in massima parte nell'ultimo ventennio tra il 55 e il 70, e pertanto la documentazione è in buona parte posteriore a quella degli altri due grandi archivi campani.

La diplomatica delle tabelle, nei casi in cui il testo superstite non lo consente, permette di datare l'*actum*: l'assenza del foro mediano o gli intacchi mediani marginali sul lato lungo della cornice superiore e inferiore (per farvi passare il lino di chiusura, su cui apporre la sigillatura) lo collocano cronologicamente anteriormente al S.C. *Neronianum*⁶⁰ o nel periodo di adattamento che si ebbe nella prassi fino all'anno 63.

All'*instrumentum scriptorium* di Ercolano noto dagli studi di Camodeca si aggiungono tre *tabulae* anepigrafi, prive cioè di segni di scrittura riconoscibili con l'esame autoptico, per formato sicuramente compatibili con un uso giuridico e costituenti un trittico, dalla marina di Ercolano, proveniente dal fornace IV (inv. 79308, TH. 4011; inv. 79309, TH. 4012; inv. 79310, TH.

⁶⁰ Si data al 14 luglio dell'anno 62 la più antica applicazione del provvedimento senatorio ad Ercolano come risulta da TH² 3 e TH² 47: cfr. TH² 61, che si data all'8 maggio del 63; G. CAMODECA, *Nuovi dati dagli archivi campani sulla datazione e applicazione del S.C. Neronianum*, in *Index* 21, 1993, pp. 353; ID., *Tabulae Herculanenses: riedizione delle emptiones di schiavi (TH 59-62)*, in *Quaestiones Iuris. Festschrift für J.G. Wolf zum 70. Geburtstag*, Hrsg. U. Manthe, Ch. Krampe, Berlin 2000, pp. 53 ss., spec. 66 s.; ID., *Tabulae Herculanenses*, cit., capitolo 169.

4013) dove sono state ritrovate nella campagna di scavi del 1984, e custodite all'interno dello stesso Parco archeologico di Ercolano⁶¹: un documento che merita particolare attenzione, anche in ordine al luogo in cui fu scoperto e al cd. scavo di contesto.

Ercolano si rivela così un *unicum* poiché restituisce il più antico documento, oggi noto, della prassi campana, un dittico datato 8 giugno dell'8 a.C., TH² A1⁶², di ben 23 anni più risalente rispetto a quello ritenuto il meno recente proveniente dall'archivio pompeiano di Cecilio Giocondo del 15 d.C. (CIL. IV 3340, t. 1), e il più recente scoperto nell'area suburbana nel fornace IV⁶³, il più tardo documento giuridico, il trittico dell'ultimo giorno in cui il municipio ha visto sorgere la luce del sole, le *tabellae* del fuggiasco.

5. Acta di donne, acta con donne: alcuni testimoni

I documenti della prassi sono «una meravigliosa cartina di tornasole delle attività giuridicamente rilevanti compiute da donne [...] dell'aristocrazia locale [...] o personaggi degli strati più 'popolari'»⁶⁴ quando non vi figuravano come *res* oggetto del negozio. Abbiamo notizia anche di una controversia di *status libertatis* (pregiudiziale ad una complessa decisione in materia di successione *mortis causa*)⁶⁵.

⁶¹ Una prima notizia dell'esistenza di queste *tabulae* inedite, con la pubblicazione della sola foto _79308luigispina TH 4011, è apparsa nel Catalogo della Mostra sui legni di Ercolano: M.V. BRAMANTE, *I supporti scrittori lignei: le tabulae ceratae Herculanenses*, in *Materia. Il legno che non bruciò ad Ercolano. Ercolano 1738-2018. Talento passato e presente. Catalogo della Mostra*, a cura di F. Sirano, S. Siano, Napoli 2022, pp. 45-47; *adde*, EAD., *I supporti scrittori lignei: le tabulae ceratae Herculanenses*, in *I Legni di Ercolano*, a cura di F. Sirano, Napoli 2026, pp. 85-98, in cds.

⁶² G. CAMODECA, *Tabulae Herculanenses*, cit., p. 15 ss.

⁶³ La popolazione ercolanese si era radunata e (probabilmente) erano in corso operazioni di soccorso via mare, atteso il ritrovamento della liburna ritrovata sulla marina con accanto lo scheletro di un soldato: Maggi 1985; Id., *Lo scavo dell'area suburbana meridionale di Ercolano*, in *RSP*, 9, 1998, pp. 167-172; D. CAMARDO ET ALII, *Ercolano e il mare*, in *Archeo*, 8, 2014, pp. 70-79; D. CAMARDO, M. NOTOMISTA, *I rinvenimenti nell'area dell'antica spiaggia e le dinamiche dell'eruzione del 79 d.C.*, in *RSP*, 29, 2018, pp. 207-212; L. CAPASSO, *I fuggiaschi di Ercolano. Paleobiologia delle vittime dell'eruzione vesuviana del 79 d.C.*, Roma 2001.

⁶⁴ F. REDUZZI, *Le donne nei documenti della prassi campana*, in *Index* 40, 2012, pp. 380-386.

⁶⁵ Abbiamo alcuni degli atti di un processo che riguarda l'*ingenuitas* della giovane Petronia Giusta (TH. 13-30), che assume l'iniziativa processuale contro Calatoria Themide che invece ne sostiene la *libertinitas*, affermando di averla manomessa quando era *puella*. Calatoria stessa è una liberta. I testimoni *pro Iusta* (in numero di cinque) e *pro Calatoria* (in numero di due), sono di ambiente sociale simile tra loro. In tema N. DONADIO, *Donne e 'quaestiones' di 'status' nel mondo romano: ancora sul 'processo di Giusta'*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi, L. Gagliardi, Sankt Augustin 2011, pp. 128 ss., ove anche ampie considerazioni sul problema del *praeiudicium an ingenua sit*; EAD., *La lite tra Calatoria Themis e Petronia Iusta: un «caso» da archiviare?*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna III*, Napoli 2007, pp. 1543 ss.; A. MCCLINTOCK, *Petronia Giusta Spurii filia, la lotta per la piena*

Dai personaggi femminili che vi compaiono figurano donne, romane e straniere, *ingenuae*, *libertae* e schiave, di condizione economica varia.; il formulario era congegnato ed adattato perché vi figurassero, e questo riflette il crescente 'protagonismo' sociale e giuridico femminile: e tanto basta, per darci la cifra delle forme e dei modi del loro agire imbrigliati nelle maglie del formalismo giuridico.

Nei documenti dell'archivio puteolano dei *Sulpicii* su un totale di 265 individui censiti, la presenza femminile diretta o indiretta si attesta a sole 17 unità (pari a circa il 6%), di cui 4 ascrivibili alla condizione servile, figurando come oggetto di diritti. Il campione d'indagine si riduce a 13 donne contraenti, che compaiono complessivamente in 18 negozi giuridici. Sebbene l'incidenza quantitativa appaia marginale, la proiezione statistica rivela una significativa centralità della componente femminile nelle dinamiche finanziarie e commerciali della Puteoli giulio-claudia, in un arco cronologico compreso tra i principati di Tiberio e Nerone.

Sotto il profilo strettamente documentario, i 18 atti che registrano il coinvolgimento di donne rappresentano il 15% dei 127 riconosciuti. Tale valore subisce un incremento proporzionale, assestandosi al 18%, qualora si escluda dal computo una ventina di testimonianze eccessivamente lacunose, le quali precludono l'identificazione nominale dei contraenti. L'esegesi delle fonti dimostra come la rilevanza del fenomeno risieda non tanto nella consistenza numerica del campione, quanto nel ruolo che esse svolgevano ad essere rilevante.

Questa sproporzione tra numero di donne e di uomini, potrebbe meravigliare, ma bisogna considerare che la gran parte dei personaggi che noi conosciamo dalle tavolette è fornita dai cosiddetti *signatores*, cioè coloro che sigillavano, tra cui non figurano le donne. Le donne sono soltanto quelle che sono le protagoniste degli atti e non in funzione di testimoni.

Negli archivi ercolanesi, si calcolano 26 donne di cui 7 schiave su 625 personaggi, dunque appena il 4%.

È il tipo di attività che differenzia in modo significativo il ruolo delle donne.

Puteoli è un centro commerciale vivace, caratterizzato dalla presenza di donne per lo più di estrazione libertina.

Tra gli esemplari superstiti della negozialità femminile⁶⁶ – spicca il carat-

cittadinanza, in *Stranieri. Storie e immagini dell'altro nella cultura romana*, a cura di M. Lentano, Bologna 2023, pp. 177-203; Ead., *Giusta, un processo ancora aperto*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, a cura di F. Fasolino, C. Pennacchio, II, Torino 2023, pp. 1193-1202.

⁶⁶ In vari ambiti, e altrove, le donne svolgevano attività commerciale. È noto – da un primo impulso a seguito di un provvedimento del principe Claudio per sostenere l'annona e l'approvvigionamento (Suet. *Claud.* 18-19; Gai. 1.32c; Tit. Ulp. 3.6; cfr. sulla responsabilità C. 4.25.4) – il loro coinvolgimento nella titolarità e nella gestione di imprese di navigazione, tradizionalmente svolta da uomini, e inerente al trasporto e alla commercializzazione delle merci in età severiana. Per un inquadramento essenziale, A. MASTINO, *Trasporti marittimi nel Mediterraneo antico*, in *La continuità territoriale della Sardegna. Passeggeri e merci, low cost e turismo*, a cura di M.M. Comenale, Ariccia 2015, pp. 81 s.; A. PETRUCCI, *Particolari aspetti giuridici dell'orga-*

tere imprenditoriale di Giulia Felice a Pompei e di *Herennia Tertia*⁶⁷ a Ercolano – terrò presente testimoni che riguardano l'accesso al credito.

Da Pompei, sono note donne che davano danaro in prestito e ad interessi: è Faustilla, che riceve in pegno orecchini a fronte di due denari, non troppo elevata rispetto al valore della garanzia, e lo annota su un muro dall'Officina di Granio Romano (I,8.13): CIL. IV 820314. *Idibus Iulis/ in aures postas ad Faustill(am) pro denariis II usura(m) deduxit aeris a(ssem) Ex su(mma) XXX*⁶⁸.

Probabilmente non fu una teorica del diritto, ma sapeva bene come andavano questo tipo di affari.

Il graffito CIL. IV 820314 è l'emblema della 'distanza' tra il diritto affermato dai giuristi e nelle leggi, prassi documentale e pratica quotidiana corrente; ci informa della diffusione di una essenziale alfabetizzazione giuridico-economica o, comunque, della possibilità di accedere a 'centri di informazione specializzati o comunque affidanti' e non elitari, in contesto; e ci induce a ritenere che non si tratti di un testimone di eccezione.

La mutuataria è forse una donna a giudicare dal tipo di pegno consegnato.

Di contro, quando alle donne si concedevano prestiti, a fini probatori è redatto o il chirografo di *mutuum cum stipulatione*⁶⁹ o sono confezionati i *nomina arcaria*, i quali costituiscono ad Ercolano l'unico⁷⁰ formulario negoziale

nizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale, Pisa, 2010, pp. 221 ss., (ivi ampia bibliografia sul tema). Per le imprese di navigazione al femminile, v. M. CASOLA, *Armatrici e marinaie nel diritto romano*, in *La donna nel diritto nella politica e nelle istituzioni I*, a cura di R. Pagano, F. Mastroberti, Bari 2015, pp. 171 ss.

⁶⁷ Sull'azienda venaliciaria acquistata in TH² 63, cfr. R. ORTU, *Note in tema di organizzazione e attività dei venaliciarii*, in *Diritto@ storia* 2 (2003) on line; concorda G. CAMODECA, *Una bonorum possessionis datio secundum tabulas del pretore del 43 d.C. in una inedita Tabula Herculanensis*, in *Ostraka* 18, 2009, pp. 323 ss., part. p. 327. Era impegnata anche in attività agricole produttive, come si ricava da un altro documento. *Herennia Tertia* aveva venduto prodotti del suo *fundus Cadianus*, posto sulle pendici del Vesuvio dal versante nolano, attraverso un *servus* (*vilicus* o *actor*), Nico, a L. *Annius Agathemer*, che si impegnava tramite *stipulatio* a pagare alla scadenza del 1° marzo dell'anno seguente la somma di denaro, 1800 sesterzi, pattuita ad ottobre nel documento in questione (forse dell'anno 40 d.C.). Sul testo, TH² D 12 (e su TH² 11) rinvio a M.V. BRAMANTE, *TH. 4 e la prassi romano-campana de re rustica*, in *Index*, 42, Napoli, 2014, pp. 141-163; G. CAMODECA, *Tabulae Herculanenses*, cit., pp. 295 ss.

⁶⁸ Un accordo di mutuo usurario con costituzione della garanzia reale risulta anche da CIL. IV 820415. *IV Non(as) Iul(ias)/paenulam, palliolum/ [2]posita ad Fau]stilla(m)/Pr[o HS] L usur[is]/[deduxit] XIIIIS s(emisses?) / [aeri]s a(sses) VIII*, che attesta la consegna in pegno di un mantello da viaggiatore e uno più piccolo a Faustilla. Altra donna che dava prestiti era una tale Vettia, che pure riceve interessi a fronte di un prestito, qui più alto, nella misura del 3,75%, mensile (= pari al 45% annuo), a quanto apprendiamo da un graffito dalla *taberna lusoria* CIL. IV 1428. *Idus Feb(ruarias) Vettia/ (denari) XX usu(ra) a(sses) XII/ Nov(embres) Faustilla/ (denari) XV usu(ra) a(sses) VIII*.

⁶⁹ TPSulp. 58 conserva il *chirographum* di *mutuum cum stipulatione* che il *servus* Pyramus di Priscilla Caesia, la sua *domina*, riceve, per una complessiva esposizione di 24000 sesterzi.

⁷⁰ Di incerto ritrovamento è il *nomen arcarium* di 3000 sesterzi a Calatoria Syntyche TH² A9, un trittico, che si individua per il solo indice *ad atramentum* superstite: G. CAMODECA, *Tabulae Herculanenses*, cit., pp. 262 ss.

impiegato, pur noto lo schema del mutuo stipulatorio dall'archivio di Lucio Venidio Ennico.

Da Ercolano ne provengono 13, di cui 11 dall'archivio di Cominio Primo, e da Puteoli 6⁷¹, dove in nove casi compaiono come debitrice per lo più nei confronti della banca dei *Sulpicii*.

La forma documentale del *nomen* è costituita dal trittico, ed è redatto in terza persona, recando in calce il luogo di redazione e la data (giorno e coppia consolare).

All'archivio di *L. Cominius Primus* appartiene un *nomen* ricostruito da due *tabulae* in precedenza ritenute distinte, TH² 70+71, di cui riporto il testo edito da Camodeca⁷²:

Tab. II, pag. 4, parte sinistra (= TH 70) (cd. *tertia scriptura*, ad *atramentum*)

Tab[el]lae L. Comini Primi

Exp.

Pom[pe]iae Anthidi HS ∞

tu[t]ore auct[o]re C. Vibio Eyryto;

5 petit [et] numeratum acce-
[pit domi ex arca.]

Tab. I, pag. 1 (= TH 71)

[Acp.]

Arcae HS ∞

Eos HS ∞ n. q. s. s., interrogante

L. Cominio Primo

5 fide et periculo suo esse ius(sit)

C. Vibius Eyrytus pro Pompeia

Anthide pra[ete]r alis

(vac.)

tabellis HS ((I)).

(vac.)

Act. Her[c]ula[ni]

10 IIII idus Maia[s]

⁷¹ G. CAMODECA, *Per una riedizione dell'archivio puteolano dei Sulpicii*. VI. Il dossier di Euplia da Milo e i nomina arcaria, in *Puteoli* 12-13, 1988-1989, 1990, 3 ss.; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii I-II, Roma 1999. Nell'archivio puteolano sono noti i *nomina arcaria* in cui la debitrice è una tale Euplia, *Theodori filia*, originaria da Milo (TPSulp. 60-63) e Euplia aveva ricevuto, a distanza di alcuni mesi, prima 1000 sesterzi da Caio Sulpicio Cinnamo (TPSulp. 62) liberto di Sulpicio Fausto, poi 1600 da Titinia (TPSulp. 60), e infine 500 sesterzi ancora da Cinnamo (TPSulp. 61), e 30000 in TPSulp. 63. Probabilmente le *tabellae* si trovano nell'archivio dei *Sulpicii* perché Titinia aveva delegato la banca a riscuotere il suo credito da Euplia. Un'altra donna, una certa *Faecia Prima*, riceve un prestito come risulta in TPSulp. 64: Camodeca ritiene che il fideiussore *N. Castricius Agathopus* ne sia anche il tutore (p. 160).

⁷² G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit., pp. 231-250, part. pp. 237-241.

C. Fonteio Capitone

C. Vipstano Aproni[ano cos.]

Alla presenza di sette o più testimoni (Tab. II, pag. 4, *pars dextra*, il 12 maggio del 59 sotto il consolato di Caio Fonteio Capitone e Caio Vipstano Aproniano, una certa Pompeia Anthide⁷³ probabilmente una liberta – interposta l'*auctoritas* il suo tutore⁷⁴ C. Vibius Etytytus⁷⁵ liberto con ogni probabilità della nota *gens Vibia* di Pompei – riceve da Cominio un prestito, di 1000 sesterzi, contati uno ad uno (*numeratos*)⁷⁶, garantito da fideiussione⁷⁷, che si aggiunge ad una precedente esposizione debitoria tra i due.

Poiché il tipo documentale è costituito dai *nomina arcaria*, il prestito risultava dalle *tabellae* del *codex accepti et expensi* (denominazione che a partire dall'età augustea è stata sostituita da *rationes*) del creditore, di cui sono un estratto, assolvendo ad una funzione probatoria⁷⁸.

Dopo la denominazione dell'atto e l'indicazione (in genitivo) del creditore (*Tabellae L. Comini Primi*) e in dativo della debitrice (linn.1-5), in posizione simmetrica sono alla linea 2 e alla linea 8 la sigla *EXP(ensos)* (sc. *sestertios*) e

⁷³ G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit., p. 246 nt. 48.

⁷⁴ Risalente agli anni antecedenti al 63/64 d.C., la tavoletta Th. 59 attesta l'acquisto di uno schiavo adulto (*homo*) per la cifra di 1900 sesterzi da parte di una donna, Vibidia Procula che si avvale del proprio *servus* Hamillus., da Claudia Musa, operante con l'indispensabile *auctoritas* del tutore M. Antonius Philetus: G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit., pp. 149 ss.

⁷⁵ G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit., p. 246 nt. 47.

⁷⁶ Non a ogni *numeratio* si associava la costituzione di un vincolo per l'accipiente: D. 12.1.19 pr., Iul. 10 dig., *Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur ut confestim obligaretur* rell. *Numeratos* è diffuso nei documenti di credito. Per il caso di richiesta di tutela processuale, secondo le regole del diritto romano, il mutuante ha inteso cautelarsi contro un'*exceptio non numeratae pecuniae*, mediante la menzione della *numeratio*. La *numeratio nummorum* avveniva sia a favore del debitore, nel senso cioè che il creditore non poteva esigere più danaro di quanto aveva consegnato, sia a favore del mutuante, il quale con la conta delle monete individuava bene il valore che gli sarebbe stato riconsegnato, per evitare eventuali contestazioni al momento della restituzione. Si trattava, in tal caso, di *alia pecunia*, fisicamente diversa da quella consegnata, altrettanta e del medesimo valore di quest'ultima (cfr. TPSulp. 50 e 53, TPSulp. 59 e 60: G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., I pp. 153 ss.

⁷⁷ Nel *nomen arcarium* di TPSulp. 63 il creditore-mutuante si fa promettere dal fideiussore il pagamento di una penale con una *stipulatio* e pretende anche un giuramento *in re pecuniaria* 'per Iovem et numen divi Augusti iuravi' (linn. 13-14, Tab. III, pag. 5). Tale formula ricorre nel *mutuum cum stipulatione* di TPSulp. 54, contenente anche il chirografo del fideiussore, che giura di non aver prestato nello stesso anno (sempre il 45) altra garanzia a favore dell'accipiente mutuuario garantito.

⁷⁸ Gai 3.131. *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria uocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.* Sul tipo negoziale usato in Campania, si veda anche P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997, e la recensione di A. PARMA, *I nomina arcaria nei documenti della prassi campana*, in *Labeo* 42.3, 2000, pp. 509 ss.

l'abbreviazione con contrazione *ACP*, cioè *AC(ce)P(tos)* all'arca (in dativo) per indicare la sorte capitale (lin. 3 e lin. 9).

La mutuataria, in nominativo, è il soggetto di *petiit et numeratos accepit*, cioè colei che aveva richiesto e ricevuto in contanti (Gai 3.131) *domo ex arca*, a casa del creditore, senza intervento di banchieri, interposta la propria *auctoritas* il tutore, una certa somma di danaro prelevata direttamente dal mutuante dalla sua cassa.

Il credito è garantito da fideiussione, un'applicazione dell'*obligatio verbis contracta*, secondo uno schema, ben attestato, della domanda (*interrogante creditore*) e della risposta (*fide et periculo suo esse iussit*), avente ad oggetto esattamente il *quantum numeratum*, e testualmente assunta in favore del debitore, in ablativo introdotto da *pro*.

In TH² 70+71 coincidono la figura del *fideiussor* e del *tutor auctor* della debitrice, che chiaramente non godeva ancora del *ius liberorum*. La garanzia è assunta secondo un formulare tipico e, direi, unitario a prescindere dal negozio giuridico, attestato anche nei *mutua cum stipulatione pompeiani*⁷⁹.

Pompeia Anthis alla data di questo *nomem* risulta ancora in debito, con creditore, di importante somma, di 10.000 sesterzi, *praeter alis tabellis*. Poiché *tabellae* è d'uso al plurale, anche quando si parla di un solo debito, è dubbio se si trattasse di un precedente debito unitario o se più volte Pompeia fosse ricorsa a Cominio, e per l'effetto – trattandosi di un profilo connesso – se fossero più prestiti di consumo o un unico mutuo finanziario.

Alla presenza di nove testimoni, prima dell'anno 61 o al più tardi fino a tutto il 63, Cominio Primo concede un prestito – a somma non è sicura⁸⁰ – a Herennia Pallas, come risulta dal *nomen* TH² A8⁸¹, di cui si conservano straordinariamente tutte le *tabellae* che lo costituiscono⁸².

La donna, una liberta degli *Herenni* (proprietari dell'archivio di *tabulae ceratae* rinvenuto nella Casa dell'Alcova, *ins.* IV 3-4) di origini grecanica, re-

⁷⁹ Nel *nomen arcarium* di TPSulp. 63 (dell'anno. 45) il creditore-mutuante si fa promettere dal fideiussore il pagamento di una penale con una *stipulatio* e pretende anche un giuramento *in re pecuniaria 'per Iovem et numen divi Augusti iuravi'* (linn. 13-14, Tab. III, pag. 5). Tale formula ricorre nel *mutuum cum stipulatione* di TPSulp. 54, contenente anche il chirografo del fideiussore, che giura di non aver prestato nello stesso anno (sempre il 45) altra garanzia a favore dell'accipiente mutuuario garantito. Una *fideiussio* è attestata in TPSulp. 54 e 57, con la formula: *interrogante* + nome del mutuante creditore in caso ablativo + indicazione della somma da garantire, *id* (= *quanti supra id est*) + *fide sua (et periculo) esse iussit* (o in alternativa *fide et periculo meo esse iussit*) + nome del *fideiussor* garante in nominativo + *pro aliquo* (= nome del debitore garantito in caso ablativo). Cfr. TPSulp. 50, in cui la menzione dell'intervenuta garanzia personale, è più breve: *quam summam* + nome del fideiussore in nominativo + *pro aliquo* (= nome del garantito in caso ablativo) *mihi* (= indicazione del creditore mutuante in dativo) *fide sua iussit*.

⁸⁰ G. CAMODECA, *Tabulae Herculanaenses*, cit., p. 144, ricava dalla lettura della linea 10 e della linea 9, dove risulta 'DC', che si tratti o di 600 sesterzi o di 1600.

⁸¹ G. CAMODECA, *Tabulae Herculanaenses*, cit., 251-262.

⁸² La I e la II *tabula* sono ricomposte rispettivamente da 4 e 6 frammenti combacianti, e la III *tabula* è invece del tutto integra.

stituirà il mutuo come testimonia l'annullamento del negozio nelle cerate per mezzo di strisce oblique tracciate dallo stilo a formare un reticolo⁸³.

Nonostante l'autopsia abbia restituito poche tracce⁸⁴ di scrittura, è stato possibile ricostruire il testo integrando le lacune per confronto⁸⁵, ipotizzando per ciò che *Herennia* fosse sotto la tutela di *M. Calatorius Florus*, che ne è di certo il fideiussore. E ciò non solo perché nei coevi documenti ercolanesi e pompeiani il tutore della creditrice nei *nomina* compare anche in veste di fideiussore, ma anche per ragioni di spazio tra le linee di scrittura. La donna non si era ancora liberata del proprio tutore in forza del *ius liberorum*.

Dai prestiti di denaro apprendiamo che si riconosceva loro anche sulla piazza ercolanese fede negli affari, anche se la presenza del fideiussore noto e stimato facilitava, a mio avviso, l'accesso al credito, (a meno di ritenere – cosa più improbabile – che erano i garanti gli effettivi interessati a nuove risorse, salvo i casi in cui le donne sono prive di tutela).

In tema di 'presenza' di donne negli atti ercolanesi possiamo annoverare dall'archivio di Cominio il *nomen arcarium* conservato in TH² 74.

Qui le *personae* di sesso femminile sono schiave, oggetto di diritto, il cui valore è determinato, *in maius*, così come se si trattasse di un'altra *res* inanimata, per assicurare il creditore dell'adempimento del prestito, a fronte del quale 'transitavano fiduciarmente' nella proprietà del mutuante fino alla *solutio* con un atto traslativo del *dominium* causalmente collegato.

Il prestito, ricevuto il 20 gennaio 62, di 600 sesterzi è garantito dalla *mancipatio* fiduciaria⁸⁶ di una schiavetta, una *puella Nais* (*ob fiduciam puellae Naidis*, pag. 1, lin. 1), dal mutuatario *Nonius Fuscus*, il quale era già⁸⁷ in debito con Cominio di altri 1300 sesterzi (TH² 74, pag. 1 lin. 2: *praeter alios HS ∞ CCC nummos*), a garanzia del quale aveva mancipato la schiava Primigenia (TH² 74, pag. 1, linn. 2-3: *ob fiduciam mulieris Primigeniae*). La mancipazione fiduciae causa di Nais è conservata in TH² 65 (L. *Cominius Primus eam puellam Naidem, q(ua) d(e) a(gitur), / fiduciae causa HS n(ummo) I mancipio accepit*

⁸³ D. 22.3.24 (Mod. 4 reg.). *Si chirographum cancellatum fuerit licet praesemptione debitor liberatus esse videtur.*

⁸⁴ Tracce di scrittura ad *atramentum* sono su pag. 6 di Tabula III, dove è l' *index*, e, accanto al *sulcus*, su pag. 4 di Tabula II, recante la lista dei *signatores* nella *pars dextra*; la *scriptura a graphium, interior et exterior*, è fortemente lacunosa.

⁸⁵ La lettura dei documenti della prassi provenienti da vari archivi dell'area campana, in relazione alle fonti di tradizione manoscritta, evidenzia e conferma la diffusione, nel nostro caso – ma ciò vale anche per altri tipi negoziali – di un formulario che si caratterizza per un linguaggio tecnico standardizzato e per una struttura fisionomica *ratione actus*, da completare di volta in volta, con i *rei obligationis*, il *quantum debeatur*, e indicando (eventualmente) l'*interpositio auctoritatis tutoris* e la costituzione di idonea garanzia riconosciuta nella fideiussione.

⁸⁶ Poppea Note garantisce il prestito di 1450 sesterzi di cui è debitrice con la *mancipatio fiduciae causa* di due schiavi, *Simplex* e *Petrinus*, che si conviene sarebbero rimasti presso la debitrice *sumptu inpensa periculo* (scil. suo) e che in caso di inadempimento dell'obbligazione sarebbero stati venduti all'asta.

⁸⁷ Tra i due c'era stato un prestito di 5000 sesterzi, noto da TH² 68.

ab / M. Nonio Fusco ob HS DC, / libripende N. Blaesio Saturnino; pag. 4, linn. 7-10).

Risulta che le schiave (madre e figlia? conserve?) erano di età diverse, una giovane per un prestito non elevato e una più matura per il maggior credito ricevuto. Poiché i prezzi degli schiavi oscillavano in base all'età, alla provenienza, ai requisiti fisici e morali, alle abilità, si può pensare che Primigenia⁸⁸ sia una donna di età adulta, matura, in periodo fertile ed abbia particolari doti e capacità – forse che sapesse amare e sedurre non si può dire – che la rendevano particolarmente costosa.

Sicuramente stupisce e merita di essere approfondito *quam maxime* dove Lucio Cominio avrebbe tenuto le schiave che gli erano state emancipate fiduciarmente Naide e Primigenia, visto che il cenacolo dove è stato trovato il suo archivio è davvero modesto; probabilmente altrove.

6. Considerazioni finali

Ercolano antica è un *unicum* per una pluralità di ragioni.

È l'unica città antica romana che conserva superstita il fronte a mare; ha preservato monete, ori, argenti, bronzi e preziosi di straordinaria fattezze; reperti organici che ci informano sulla dieta e sulle abitudini alimentari dei suoi abitanti, molti dei quali stranieri; ha conservato i legni e tra questi i supporti utilizzati a fini giuridici; ha restituito i resti umani di uomini, donne e bambini che cercavano salvezza prendendo il mare, permettendoci di conoscere lo stato di salute di queste persone; ha custodito nelle fogne interamente ispezionabili gli scarti di oggetti comuni e di cibi; ha consegnato arredi, suppellettili, utensili tra botteghe, taverne, case; offre un affresco della socialità nell'impianto urbanistico, che attraeva ancora dopo il devastante terremoto del 62⁸⁹.

⁸⁸ Un graffito CIL. IV 676 (= AE 2000, 332 = EDR 102191) dalle terme Suburbane VII 16.1 ricorda una *domina Primigenia: Hermeros Primigeniae dominae / veni Puteolos in vico Tyaniano et quaere / a Messio numulario Hermerotem Phoebi*. È ricompreso tra i graffiti erotici da A. VARONE, *Titulorum graphio exaratorum qui in C.I.L. IV collecti sunt Imagines*, II, Roma 2012, p. 509, con foto. Dal contesto si può ricavare che la donna probabilmente o era schiava o lo era stata raggiungendo una certa agiatezza a meno di voler ritenere che *domina* esprima una posizione di potere sessuale; chi scrive è un certo *Hermeros*, attivo sulla piazza di Pozzuoli. Ben attestati sono i rapporti tra il municipio e la colonia flegrea: 1. CIL. IV 10520 contiene un riferimento a navi e a marinai delle due città; un *actum Puteolis* ritrovato ad Ercolano, TH² A6, di acquisto di schiavo di nome *Thallum* (?) per 2825 sesterzi dallo schiavo *Philologus* a favore del suo *dominus C. Messenus Eunomus* da un ignoto venditor nel mercato venaliciario flegreo; 3. I gentilizi ercolanesi *Annii*, *Spurii*, *Granii*, *Tettii*, sono attestati anche a Pozzuoli. In proposito si veda G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit., pp. 191 ss., part. 195-196.

⁸⁹ J. ANDREAU, *Il terremoto del 62 d.C.*, in *Pompei 79. Raccolta di studi per il decimonono centenario dell'eruzione vesuviana*, a cura di F. Zevi, Napoli 1984, pp. 40-44; P. BUONGIORNO, *CIL X 1401 e il senatus consultum 'Osidiano'*, in *IURA* 58, 2010, pp. 234 ss.

Ercolano era un centro culturale, anche per la vicinanza con la Villa dei Pisoni, e d'affari in ascesa; non era solo un luogo ameno prossimo al bel paesaggio del Vesuvio; era raffinato ed elegante nelle case, moderno per il numero dei bagni ad uso privato e nei locali commerciali di ristorazione, funzionale (anche per il sistema cosiddetto "a samovar" di riscaldamento) negli impianti termali⁹⁰, ben servito da attività in prossimità della zona del foro, della palestra e agli incroci, tra cardì e decumani.

Ercolano non è una città di ozio, come può apparire dalla sua strategica posizione naturale, che spiega il senso della sua geo-fondazione.

Ercolano può offrire un contributo significativo allo studio della condizione della donna in epoca romana, se lo si vuole apprezzare, riferendolo ad un ambito definito, dalla combinazione degli elementi a disposizione degli studiosi.

Per l'effetto convintamente si può dire che la cultura materiale ci può fornire indizi sull'agiatezza sociale ed economica (e escludere condizioni di miseria e povertà), di coloro che vissero nelle ariose ricche case finemente decorate, rispetto a quanti abitarono case più modeste o in piccoli cenacoli; o ancora che gli ambienti cucina erano a prevalente frequentazione e utilizzo femminile, e così via.

Con uno sguardo che tenga conto di cosa 'manca' rispetto alla vicina Pompei, come i contesti esplicitamente dedicati al meretricio (nonostante siano superstiti qualche graffito erotico, sia pure lasciato in ambienti di servizio a frequentazione non elitaria).

Senza esaurire la pluralità delle questioni fa riflettere che della popolazione ercolanese, cittadini, *incolae* e *habitatores*, le donne conquistano, ai nostri occhi, uno spazio di rappresentazione combinando la cultura materiale e gli appigli giuridici, e così pur restando prevalentemente innominate sappiamo che vissero e operarono nelle botteghe e nei termopoli e nelle case.

Le tavolette cerate restituiscono figure femminili di libere e di schiave; di alcune riusciamo a cogliere la consistente capacità economica e l'influenza; di altre ci resta il trattamento a mo' di oggetto quando venivano date in garanzia come assicurazione del pagamento di un debito.

Una grande differenza tra Pompei ed Ercolano sta nel fatto che dagli archivi pompeiani, dei *Sulpicii* e di Cecilio Giocondo, non compaiono donne protagoniste di atti conclusi a Pompei, mentre da Ercolano (oltre a schiave,

⁹⁰ L'eccezionalità del sito risiede nell'integrità del suo record stratigrafico e strutturale. Gli elementi architettonici portanti, le chiusure verticali e infissi lignei fossilizzati, l'apparato decorativo parietale in stucco e le vasche per il percorso balneare si conservano nella loro originaria disposizione spaziale (*in situ*). Di particolare rilevanza per la storia della tecnica idraulica romana è la conservazione dei sistemi di adduzione e deflusso delle acque e della rete di tubazioni metalliche (*fistulae*), elementi che permettono una chiara lettura paleofunzionale degli ambienti destinati al frigidarium, tepidarium e calidarium. Le terme suburbane sono le migliori per conservazione al mondo.

di giovane età e più mature) sono superstiti atti negoziali conclusi da donne, e risulta l'attività anche di natura imprenditoriale e di gestione di fondi⁹¹.

Ne viene fuori la testimonianza della loro ascesa sociale, altrimenti documentata a Pompei ad esempio per Eumanchia.

Se consideriamo, ad esempio, l'onomastica⁹², se poniamo mente ai documenti di prestito, quelli nei quali viene utilizzato lo schema dei *nomina* per aggirare il rigido, sterile e maschile formalismo giuridico, di fronte ad una donna tenuta dalla legge ad essere sotto tutela per il semplice fatto di non avere avuto figli nel numero che l'ordinamento aveva individuato⁹³, le nostre *tabulae* ci testimoniano donne che da schiave avevano raggiunto la libertinità, e come *libertae* figurano; la loro condizione era sicuramente migliorata, addirittura al punto da renderle impegnate in affari.

Conosciamo il nome di alcune donne che vissero ed operarono nel municipio. Mi sembra utile un censimento non fosse altro perché si tratta di una attestazione di contesto giuridico, e non una comunicazione quale quella pompeiana che non è in via diretta ed immediata esclusivamente riferibile a questo ambito.

Dalla riedizione delle *Tabulae Herculanenses* curata da Camodeca apparsa nel 2017 risulta: 1. una *Calatoria* in TH² 60 che acquista uno schiavo (p. 170); 2. una *Calatoria Syntyche*, in TH² A9, che riceve un prestito di denaro (pp. 262-264); 3. Una *Claudia Ti f. Lupercilla* TH² 93 in *tabulae nuptiales* (p. 45); 4. una *Claudia Musa*, in TH 59 + D01, che vende uno schiavo (pp. 177-180); 5. una *Pompeia Anthis*, in TH² 70 (p. 237 ss.), in un *nomen arcarium*; 6. una *Herennia Pallas*, in TH² A8, in un *nomen arcarium* (pp. 93 nt. 14, 251 ss.); 7. una *Cornelia*? [Th]allusa, una *pupilla*, in TH² D13 (pp. 112, 115 ss., 134); 8. a, una *Herennia Tertia*, in TH² A3, nel quale l'erede chiede la *bonorum possessio* dei beni (pp. 86, 90, 92-96, 137, 209, 259 nt. 16); b, in TH² D12, di vendita del *fructus fundi* (pp. 41, 93 e nt. 13, 134, 295-297); 9. a, *Livia Acte*, in TH² 89 contenente il *descriptum et recognitum* in cui risulta ottenuta la *civitas Romana* (pp. 49, 60, 64, 68, 75); b, in TH² 5 + 99, in cui compare come *uxor* di *L. Venidius Ennychus* (pp. 79, 80, 82); 10. una *Ulpia M. f. Plotina*, in TH² 52, che è una quietanza di 1000 sesterzi rilasciata dal suo schiavo *Venustus* per un prestito a L. Cominio Primo di 15000 sesterzi (pp. 220 ss.); 11. una *Vibidia Procula* in TH 59 + D01, che compra uno schiavo (pp. 40, 176-180, 189, 340 nt. 60); 12. a, una *Vibidia virginis l. Saturnina*, in TH² A17, contenente il chirografo di un suo *servus* (pp. 123, 176 nt. 23; 338 s., 340); b, analogamente in TH² A18, contenente il chirografo di un suo *servus* (pp. 340-341); 13. la *filia*

⁹¹ I. MASTROROSA, *Condizione e ruoli della donna nella realtà agraria romana: il contributo degli Scriptores rei rusticae*, in *Euphrosyne* 34, 2006, pp. 135 ss.

⁹² J. KAJANTO, *The Latin Cognomina*, Helsinki 1965, p. 176 nt 25.

⁹³ Intravedo una ratio orientata a riconnettere all'ufficio di madre, *iure naturae*, il più grande privilegio e la più alta e intensa responsabilità di cura, di assistenza, di gestione, di tutela, perché è indirizzata verso una persona umana, e non si tratta di una mera forma di custodia.

nata annicula in TH² 89 contenente il *descriptum et recognitum* in cui risulta ottenuta la *civitas Romana* (pp. 49, 60, 64, 68, 75).

Possiamo aggiungere 14. una *Maria Longina*, in TH. 2 e TH. Ined., che conservano una *testatio* nella quale Cominio dichiara e prova che le sue porte sono state lapidate, *ianuas lapidatas*, da ben sette schiavi della donna che identifica per nome⁹⁴.

Mi sorprende che in TH² 89 relativo all'*anniculi causae probatio* si menzioni una *filia*, una bambina in carne ed ossa (la cui venuta al mondo e la sua esistenza rivestivano un fatto, familiare, prima che giuridico importantissimo) sia 'innominata': si può discutere se ciò era dipeso dalla natura dell'*actum*, il *descriptum et recognitum*; se il formulario non fosse stato integrato per mero *lapsus calami*; se, come è plausibile, nell'istruttoria avviata già nel municipio ci fosse il *nomen*. Mi piace pensare che un giorno si conoscerà e sapremo come si chiamava la figlia di Livia Acte e Venidio Ennico.

Il dato numerico non deve indurre a pensare ad una sottorappresentazione delle donne nel totale di 625 personaggi noti da Ercolano, in gran numero maschi poiché alle donne era, si sa, preclusa la partecipazione anche come *signatores* nelle tavolette e protagoniste.

Conta il ruolo che rivestivano, e il loro *status personarum*.

Si auspicano nuove indagini che possano interessare particolarmente l'area del *tabularium* ancora inesplorato nella zona del foro, per implementare, con buona probabilità, il novero dei testimoni superstiti. Le tavolette ercolanesi (grazie al benemerito prof. Camodeca) offrono già per quanto ne sappiamo alla conoscenza del diritto romano un contributo significativo, e altrettanto rilevante, e prezioso, nello studio della condizione delle donne, della loro mobilità, delle loro relazioni; del dinamismo dei loro affari.

Fotografano, lungo la linea del tempo, uno dei momenti dell'accidentato percorso dell'emancipazione femminile, e danno mostra dell'interesse muliebre ad autodeterminarsi, a curare da sé i propri affari, e di saperlo fare. Lo attestano proprio dall'area vesuviana le coeve pitture parietali in cui le donne sono raffigurate con in mano *instrumenta scriptoria*⁹⁵. Se ne può cogliere il

⁹⁴ M.V. BRAMANTE., *I supporti scrittori lignei: le tabulae ceratae Herculanesenses*, cit., p. 89.

⁹⁵ L'analisi dei quattro generi pittorici campani – nature morte, scene letterarie, composizioni mitologiche e ritratti – evidenzia la coesistenza di due distinte tradizioni nell'ultima fase della pittura campana. La prima, squisitamente romana e di precisione quasi fotografica, celebra le doti materiali e la sobria amministrazione del patrimonio (il *negotium* del *paterfamilias*). La seconda, di derivazione greca ed ellenistica, evoca l'aspirazione a una vita raffinata e intellettuale (*lōtium*). Gli uomini esprimevano questa aspirazione mostrandosi come poeti o letterati; le donne della casa venivano associate a questo universo idealizzato sotto le spoglie delle Muse, le supreme ispiratrici delle arti. Nella pittura campana superstite, la figura di un uomo reale ritratto con tavolette cerate compare in un solo caso; sono quasi sempre le donne a stringerle, alimentando la tesi tradizionale dei 'ritratti storici' di matrone colte. Tuttavia, l'analisi comparativa rivela che queste opere condividono stringenti analogie strutturali e una standardizzazione nei dettagli delle tavolette, elementi che tradiscono l'utilizzo di repertori o modelli standardizzati (*pattern-books*). I cosiddetti ritratti femminili con strumenti di scrittura

senso di idealizzare e celebrare l'istruzione, sempre più accessibile, l'alfabetizzazione economico-giuridica e, per l'effetto, l'ingresso nel mondo degli affari.

Mi viene in mente quanto scriveva una madre in quel di Ossirinco qualche secolo dopo, nel luglio del 263. Thaisous detta anche Lolliane indirizza una «*petition for ius liberorum*» al prefetto d'Egitto, che ci è nota da P. Oxy. XII 1467⁹⁶.

sono otto in totale (cinque tondi e tre riquadri rettangolari). Molti riproducono la medesima posa: la donna si porta lo stilo alle labbra in un gesto pensoso e tiene le tavolette sollevate con la mano sinistra. Spesso questi tondi sono associati nella medesima stanza a ritratti maschili con rotoli letterari, richiamando la consolidata coppia del poeta e della sua Musa ispiratrice. L'assenza di cerniere realistiche e la mancanza di scritte sulle tavolette confermano che non ci troviamo di fronte a una riproduzione dal vero. Una prova decisiva proviene dal ciclo delle Muse scoperto a Moregine (edificio decorato prima del 62 d.C.). Nel triclinio, la Musa Calliope è dipinta esattamente nella stessa identica postura dei celebrati ritratti femminili: colta in un momento di sospensione contemplativa, sfiora il labbro con lo stilo mentre volge lo sguardo a un dittico aperto privo di cerniere. Questa posa non appartiene alla routine quotidiana di una donna romana, bensì all'iconografia della Musa che fissa nella memoria l'ispirazione prima di tradurla in versi. Di conseguenza, sebbene i tratti del volto e le fisionomie di alcune di queste figure possano presentare elementi individualizzati o realistici, l'azione espressa dall'atteggiamento e dagli attributi è puramente ideale. Queste donne non stanno esaminando i conti di casa o componendo trattati; sono inserite in una precisa messinscena culturale, una convenzione artistica in cui la padrona di casa assume le sembianze e le virtù protettrici dell'*otium* delle Muse.

⁹⁶ Il testo (= TM 21868 = Sel. Pap. II 305 = FIRA III 27, pp. 71-73 = Jur. Pap. 14) è consultabile on line all'indirizzo <https://papyri.info/hgv/21868>: ----- / 1 [.] . α [. .] . . [.] . . . [. . .] δ[ιαση-]/μότατε ἡγεμόν, οἵτινες / ἐξουσίαν διδόασιν ταῖς γυναί- / ζιν ταῖς τῶν τριῶν τέκνων / 5 δικαίῳ κεκοσμημένα[ι]ς ἑαυ / τῶν κυριεύειν καὶ χωρ[ις] κυ- / ρίου χρηματίζειν ἐν αἷς ποι- / ούν[τ]αι οἰκονομίας, πολλ[λ]ῶ / δὲ πλέον ταῖς γρά[μ]ματα / 10 ἐπισταμέναις. καὶ αὐτὴ τοί / νον τῷ μὲν κόσμῳ τῆς εὐ- / παιδείας εὐτυχήσασα, / ἐνγράμματος δὲ κα[ι] ἐς τὰ / μάλιστα γράφειν εὐκόπως / 15 δυναμένη, ὑπὸ περισσῆς / ἀσφαλείας διὰ τούτων μου / τῶ[ν] βιβλειδίων προσφῶ / τῷ σῷ μεγέθι πρὸς τὸ δύνα- / σθαι ἀνεμποδίστως ἄς ἐν- / 20 τεῦθεν ποιῶμαι οἰκ[ον]ομία[ς] / διαπράσσεσθαι. ἀξίῳ ἔχε[ι]ν / αὐτὰ ἀποκρίτως τρ[ις] δι- / καιοῖς μ[ο]ν ἐν τῇ σῇ τοῦ [δια-] / σημοτάτου τ[ά]ξι, ἵν' ὧ β[ε]βο- / 25 ἡθ[η]μένῃ κ[α]ὶ ἐ[σ]ταί σ[οι] / χάριτας ὁμολογήσω. διεντ[ύ] χ[ει]. / Ἀὐρηλία Θαῖσ[ο]υς ἡ καὶ Λολλ[ι]ανῆ διεπεμψάμην πρὸς ἐ- / πίδοσιν. ἔτους ι' Ἐπειφ β[.] / 30 ἔσται σο[ῦ] τὰ βιβλία ἐν τῇ [τάξει], e la traduzione in inglese: «...[Laws long ago have been made], most eminent prefect, which empower women who are adorned with the right of three children 5 to be mistresses of themselves and act without a guardian in whatever business they transact, especially those who know how to write. Accordingly, as I too enjoy the happy honour of being blessed with children and as I am a literate woman able to write with a high degree of ease, it is with abundant security that I appeal to your highness by this my application with the object of being enabled to accomplish without hindrance whatever business I henceforth transact, and I beg you to keep it without prejudice to my rights in your eminence's office, in order that I may 25 obtain your support and acknowledge my unfailing gratitude. Farewell. I, Aurelia Thaisous also called Lolliane, have sent this for presentation. Year 10, Epeiph 21. (Annotation) Your application shall be kept in the [office]». In FIRA III 27, pp. 72, è la traduzione latina, che riporto: «(N.N., praefecto Aegypti Aurelia Thaisus, quae et Lolliana. Leges sunt), perfectissime praeses, quae mulieribus trium liberorum iure ornatis, multoque magis litteras scientibus, potestatem faciunt suas res administrandi et in negotiis quae faciunt sine tutoribus agendi. Et ita ego quoque, cum subolis ornamento praedita tum litteras sciens et quam optime bene scribendi perita, confidentissime per hos libellos meos magnanimitatem tuam inuoco, ut quae hic gero negotia sine impedimento perficere mihi liceat. Rogo igitur sine praeiudicio iurium meorum ut praesentes libelli in tuis viri perfectissimi actis serventur, ut mihi succurratur et in perpetuum

Rivendicava i suoi diritti, di donna che ha studiato e che sapeva scrivere e che era pure madre, e madre di molti figli. Ad essere autonoma, a badare a sé stessa, agendo senza l'assistenza di un tutore.

Nessun ostacolo o impedimento doveva frapporsi alla sua manifestazione di volere e alle sue determinazioni negoziali, scrive con coraggio.

Il riconoscimento da parte dell'autorità e la relativa annotazione nei registri gioveranno contro ogni avversa pretesa o allegazione. E le è dovuto, si coglie dal tenore.

Un esempio fulgido quello di Thaisous di determinazione si ricava: «qualsiasi affare io intraprenderò d'ora in poi» afferma «intendo svolgerlo senza limitazioni, come mi spetta di diritto», vale a dire voglio fare affari con chi o su cosa ritengo, in assoluta autonomia.

A queste donne, alle nostre Ercolanesi e a donne come Thaisous, dobbiamo guardare con ammirazione e rispetto. Hanno preso in mano il loro destino.

Sono tra le prime che hanno operato per scalfire il tetto di cristallo della società.

La narrazione del loro impegno è un dovere morale, un impegno etico, per lo storico del diritto.

easdem gratias agam. Vale. Aurelia Thaisus quae et Lolliana (libellos) misi ut (praefecto) offerantur. Anno X, mense Epeiph XXI. Servabuntur libelli tui in actis». In Cfr. S. SOLAZZI, *Ius liberorum e alfabetismo. (A proposito di P. Oxy. 12.1467.)*, in *Scritti di Diritto romano*, Napoli 1957, II, pp. 229-237; J.E. GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire*, London 2002, p. 142. Diversi studiosi si sono occupati di questo documento. C. FAYER, *La familia romana*, cit., p. 593 e nt. 1038, ritiene che le donne acquistavano automaticamente il *ius liberorum* per il semplice fatto di aver procreato e partorito figli e non occorre un decreto di attribuzione. La petizione sarebbe quindi un *quid pluris* una cautela straordinaria; B. KELLY, *Proving the ius liberorum: P. Oxy. XII 1467 Reconsidered*, in *Greek, Roman and Byzantine Studies* 57, 2017, pp. 105 ss., ritiene che la donna non aveva modo di provare la sussistenza dei presupposti di fatto per accedere al *ius liberorum* se non utilizzando lo strumento della petizione per provare il suo diritto mediante l'accertamento che ne sarebbe derivato. Per E. BISIO, *Il «ius liberorum»*, cit., p. 150 ss., la petente non domanda il riconoscimento del *ius liberorum* «limitandosi a rilevare come alle donne che non usufruivano si riconoscesse l'esenzione della tutela», e prosegue «dopodiché ella ricorda di aver avuto la fortuna di diventare madre chiedendo perciò di poter esercitare i propri diritti liberamente senza attendere altrimenti indispensabile autorizzazione del tutore ...», per concludere che «il papiro pertanto ha conservato una domanda di liberazione della dalla tutela non una supplica per ottenere il conferimento del *ius liberorum* [...] le parole... attestano in fondo la sua titolarità del diritto dei tre figli nondimeno questa donna doveva comunque rivolgersi all'autorità competente per conseguire i vantaggi che vi inserivano».

Abstract [Ita]

Il contributo è incentrato sul tema della soggettività giuridica delle donne esplorandone la condizione sociale di vulnerabilità in ragione del sesso dalla *tutela mulierum* alle opportunità di emancipazione offerte dal *ius liberorum*. Un approfondimento specifico è riservato al municipio di Ercolano, incrociando l'analisi della cultura materiale con la prassi documentale degli *acta Campaniae*. Attraverso lo studio dei reperti e delle tavolette cerate, si evidenzia il ruolo e la partecipazione delle donne nella vita economica e negoziale, superando l'immagine di una mera subalternità sociale.

Parole chiave: donne; soggettività giuridica; *ius liberorum*; Ercolano; *acta Campaniae*; cultura materiale; prassi giuridica; *instrumentum scriptorium*; tavolette cerate.

Abstract [Eng]

This paper focuses on the legal capacity of women, exploring their social vulnerability by reason of sex, from the restrictions of coverture (or *tutela mulierum*) to the opportunities for empowerment afforded by the *ius liberorum*. A specific focus is dedicated to the municipality of Herculaneum, cross-referencing the analysis of material culture with the documentary practice of the *acta Campaniae*. Through the study of archaeological finds and wax tablets, the study highlights the agency and active participation of women in economic transactions and the execution of legal instruments (such as deeds and wills), thereby challenging the traditional narrative of mere social subordination.

Keywords: women; legal capacity; *ius liberorum*; Herculaneum; *acta Campaniae*; cultural heritage; legal practice; *instrumentum scriptorium*; wax and ink tablet.

Ancora sul perfezionamento del mutuo nel
cd. *contractus mohatrae*: tra divergenze “apparenti”
ed elaborazioni bizantine
La riflessione di Stefano*

Alice Cherchi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il *contractus mohatrae* e i problemi relativi al perfezionamento del mutuo nella giurisprudenza classica. – 2.1. Afr. 8 *quaest.* D. 17.1.34 pr. – 2.2. Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11 pr. (e Ulp. 31 *ad ed.* D. 12.1.15). – 3. Il dibattito presso i giuristi bizantini: le posizioni di Teofilo e del primo Anonimo. – 4. Il contributo ermeneutico di Stefano. – 4.1. Sch. 8 *ad B.* 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.). – 4.2. Sch. 2-4 *ad B.* 23.1.15 (D. 12.1.15). – 4.3. Sch. 7 *ad B.* 23.1.15 (D. 12.1.15). – 4.4. Il richiamo al *contractus mohatrae*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel corso di una recente indagine, mi sono occupata delle soluzioni elaborate dai giuristi bizantini in ordine al perfezionamento del mutuo nel cd. *contractus mohatrae*¹; tuttavia, dato che in quella sede l'attenzione si era focalizzata soltanto su alcuni profili del dibattito sviluppatosi attorno a tale problema, non era stato possibile approfondire la riflessione di Stefano, la quale, vista la sua ampiezza e complessità, avrebbe meritato un'analisi autonoma.

Pertanto, il presente contributo, ponendosi in un'ideale linea di continuità e approfondimento rispetto al precedente, mi fornisce l'occasione per esaminare più da vicino il contributo ermeneutico di Stefano in relazione alla specifica questione qui considerata.

L'interesse per il tema deriva anzitutto dalla circostanza che, con riguardo alla possibilità di considerare concluso un mutuo nel *contractus mohatrae*, il Digesto pare riportare una divergenza di opinioni tra Africano e Ulpiano sulla quale la dottrina si è a lungo soffermata². Non meno importante appare poi

* Dedico queste pagine, con commozione e affetto, alla cara Eleonora Nicosia, la cui vivacità intellettuale e profondità d'animo restano indelebili nel ricordo.

¹ A. CHERCHI, *Divergenze 'apparenti' e soluzioni dei giuristi bizantini. Note sul perfezionamento del mutuo nel cd. contractus mohatrae*, in *Codex 7* (2026), in corso di pubblicazione.

² Cfr., *ex multis*, D. GOTHOFREDUS, *Corpus Juris Civilis Romani, in quo Institutiones*,

la circostanza, cui abbiamo già fatto cenno, che, proprio su tale divergenza, sembra essersi sviluppato un dibattito di un certo rilievo tra i giuristi bizantini³, i quali, come è noto, in virtù delle direttive loro impartite da Giustiniano, si trovarono di fronte a un compito tutt'altro che facile.

Nelle intenzioni dell'Imperatore, infatti, il Digesto avrebbe dovuto essere un *opus sacrum, perfectum* e, perciò, privo di contraddizioni⁴: cionondimeno, lo stesso *Basileus*, resosi verosimilmente conto dell'impossibilità di pervenire a un simile risultato, nonché di verificarne l'effettivo raggiungimento, dati i tempi assai ristretti concessi ai Compilatori, impose ai suoi contemporanei e agli interpreti successivi il gravoso compito di risolvere le contraddizioni eventualmente presenti nell'antologia, in modo da farle risultare, ad un'attenta analisi (*suptili animo*), soltanto "apparenti"⁵.

Digesta ad codicem florentinum emendata, Codex item et Novellae [...] ², II, Neapoli 1828, p. 62, ntt. 17-18; W. SELL, *Ueber bedingte Traditionen zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen: eine civilistische Erörterung*, Zürich 1839, pp. 59 s.; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1849, pp. 281 s.; P.H.E. HUSCHKE, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien*, Stuttgart 1882, pp. 61 s.; E. ZITELMANN, *Digestenexegese. 20 Fälle aus dem römischen Recht*, Berlin-Grunewald 1925, pp. 34 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin 1965, pp. 52 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africano*, Roma 1997, pp. 361 ss. e, in tempi più recenti, B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation im römischen Recht*, Göttingen 2002, p. 148; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020, pp. 102 ss., con ulteriore letteratura, R. LAURENDI, *La fattispecie negoziale «pecunia debita ex pretio mercis venditae et traditae» in una tabella cerata da Londinium e nella riflessione giurisprudenziale*, in *MEP* 18-19, 2013-2014 [2017], pp. 27 ss.

³ Su tale dibattito, cfr. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, *Prolegomena et Manuale Basilicorum*, VI, Lipsiae 1870, p. 35 e nt. 45; 269 e nt. b; K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen*, in *ZSS* 6 (1885), pp. 7 s.e. più di recente, E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia 1992, pp. 83 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 404 s. e ntt. 62-64; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 102 s. e ntt. 209 e 211, e H. DE JONG, *Ἐντολή (mandatum) in den Basiliken*, Leiden-Boston 2019, pp. 229 ss.

⁴ Sulla cd. "sacralizzazione" del Digesto e sulle altre caratteristiche appena menzionate, cfr., *ex multis*, J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 112 s., con bibliografia; nonché G. FALCONE, *Premessa per uno studio della produzione didattica degli antecessores*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione*, cit., p. 148.

⁵ Come si legge nella notissima disposizione conservata in *C. Tanta* 15: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem*. Nel quadro dell'estesissima riflessione della dottrina sul punto, cfr. J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., p. 112; pp. 130 s.; F. GORIA, *Il giurista nell'Impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes Minores*, XI, Frankfurt am Main 2005, 160 ss., con letteratura (ora in P. GARBARINO, A. TRISCIUOGGIO, E. SCIANDRELLO (a cura di), *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di F. Goria*, Alessandria 2016, pp. 718 ss.); M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto*.

Nel quadro di tale sforzo di ricomposizione, l'apporto ermeneutico di Stefano si mostra, sin da subito, dotato di un potenziale non trascurabile: egli, invero, non solo è l'interprete bizantino del Digesto del quale ci sono pervenute le esegesi più ampie e approfondite⁶, ma si distingue anche per una particolare attenzione alle differenze tra le posizioni dei vari *antecessores* a lui precedenti⁷. Una simile caratteristica appare strettamente connessa alla circostanza che Stefano appartenne alla seconda generazione degli *antecessores* – che operò intorno al 540 d.C., ossia subito dopo quella dei professori menzionati nella *C. Omnem* (la cd. prima generazione) –, e probabilmente si formò, durante gli studi universitari, sotto il magistero di Teofilo⁸.

2. *Il contractus mohatrae e i problemi relativi al perfezionamento del mutuo nella giurisprudenza classica*

Posta questa breve premessa, possiamo ora prendere le mosse dai frammenti del Digesto relativi al cd. *contractus mohatrae*, dai quali pare emergere la divergenza di opinioni cui abbiamo fatto cenno. Si tratta, in particolare, di D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*) e D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), che verranno qui presi in considerazione in maniera sintetica e facendo in larga misura riferimento alle conclusioni cui è giunta la dottrina maggioritaria, in modo da porre le basi per la comprensione del profilo specifico sul quale si concentrerà l'attenzione dei giuristi bizantini⁹.

Storia e metodi, Pavia 2014, pp. 605 ss., il quale opportunamente si sofferma sulla necessità di coordinare tale direttiva giustiniana con il parimenti noto “divieto di interpretazione” del Digesto conservato in *C. Tanta* 21. Al riguardo, l'Autore osserva che la via tracciata da Giustiniano per risolvere le contraddizioni – l'unica compatibile con il suddetto divieto – dovette allora consistere nell'individuare «i dati di fatto (o naturali), che spiegano le divergenze», ossia gli «elementi della realtà oggetto di regolamentazione, che non si erano individuati prima».

⁶ Come è noto, infatti, il suo commentario al Digesto, frutto dell'attività didattica che egli svolse quale *antecessor* presso la scuola di diritto di Berito, fu talmente ampio da essere denominato, dalla tradizione bizantina successiva, τὸ πλάτος (τῶν Διγέστων), ossia la “vastità” del Digesto. Con riguardo al suo metodo d'insegnamento, inoltre, risulta comunemente ammesso che si trattò di un metodo ‘bipartito’, cioè frutto di due corsi distinti: il primo (*l'index*) era volto a consentire agli studenti di approcciarsi ai testi e di comprenderne, mediante la traduzione in greco, il contenuto nelle sue linee essenziali, e l'altro (le *paragraphai*) era finalizzato all'approfondimento dei medesimi. Su questi profili, *ex multis*, H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, pp. 24 ss.; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, pp. 41 s.; nonché lo studio *ex professo* di H. DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Den Haag 2008, pp. 23 ss.; J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., p. 127.

⁷ G. FALCONE, *Premessa*, cit., pp. 155 s.

⁸ Su questi aspetti, ormai unanimemente accolti in dottrina, cfr. gli Autori citati alle ntt. 6 e 7.

⁹ Va inoltre segnalato che il *contractus mohatrae* risulta preso in considerazione in due altri frammenti di Ulpiano conservati nel Digesto, ossia in D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*), sul quale anche *infra* ntt. 30 e 33, e nel segmento finale di D. 12.1.4 (Ulp. 34 *ad ed.*), nonché in

Prima di cominciare, tuttavia, appare di una certa utilità rammentare che il *contractus mohatrae*, come rilevato da più parti¹⁰, consisteva in un peculiare contratto di finanziamento, nel quale il creditore, avendo ricevuto la richiesta di un mutuo pecuniario, ma non disponendo del denaro contante richiestogli, consegnava al richiedente un bene di sua proprietà, affinché questi lo vendesse e usasse il ricavato come capitale oggetto del prestito. Cionondimeno, va altresì rilevato che la denominazione *contractus mohatrae*, utilizzata anche in questa sede, non si riscontra nelle fonti romane, ma risulta ormai accettata in letteratura (seppur sovente accompagnata da formule come «cosiddetto» o «sogenannt», presumibilmente volte a sottolinearne l'estraneità rispetto al linguaggio delle fonti)¹¹.

2.1. Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.

Il primo frammento che rileva ai nostri fini è quello che riporta l'opinione di Africano, collocato dai Compilatori giustinianeî nel titolo *Mandati vel contra* del Digesto (D. 17.1).

D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 quaest.): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere*

una *lex* diocleziana conservata nel *Codex* in C. 4.2.8 (*Impp. Diocl. et Max.*, 293 d.C.). Su tali fonti, cfr. M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten «contractus mohatrae»*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (a cura di), *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, pp. 74 ss., da cui si cita (ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976, pp. 301 ss.).

¹⁰ P. KOSCHAKER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten «contractus mohatrae»*, in *Gerichts-Zeitung. Sondernummer für J. Schey* (1923), IX ss.; M. KASER, *Die Verteilung*, cit., pp. 74 ss.; B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation*, cit., pp. 146 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 394; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 101 ss.

¹¹ Così, oltre alla dottrina romanistica citata alla nt. precedente, soprattutto la civilistica tedesca tra Ottocento e Novecento: ex multis, cfr. H. HAHNE, *Über den sogenannten contractus mohatrae, den auf Hingabe einer Sache zum Verkauf und Behalten des Erlöses als Darlehn gerichteten Vertrag, nach dem heutigen bürgerlichen Recht*, Hildesheim 1911, pp. 9 ss.; H. KINNE, *Der contractus mohatrae*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 56 (1912), pp. 463 ss.; H. BURHORN, *Der contractus mohatrae und ähnliche Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf 1935, pp. 7 ss. (ora in ID., *Il «contractus mohatrae» e i negozi giuridici affini. Introduzione e traduzione critica a cura di A. Cherchi. Prefazione di C. Cicero*, Pisa 2026, pp. 75 ss.). Si noti infine che l'utilizzo di formule come «cosiddetto» o «sogenannt» appare altresì collegato alla necessità di distinguere tale contratto da quello, omonimo, attestato nel diritto islamico, che consisteva in una doppia compravendita volta ad aggirare il divieto di interessi imposto dalla *Shari'a*. Su di esso mi permetto di rimandare alla mia introduzione in H. BURHORN, *Il «contractus mohatrae»*, cit., p. 18 s., e alla letteratura ivi citata.

pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

Il frammento, che proviene dal libro ottavo delle *quaestiones* del giurista¹², prende in esame quattro distinte ipotesi contrattuali, in ordine alle quali Africano discute se sia possibile ammettere la “conversione” in un mutuo. Va da subito segnalato che la prospettiva dalla quale muove il giurista, secondo l’approccio caratteristico della giurisprudenza classica, è anzitutto processuale¹³: Africano, infatti, si chiede in primo luogo se il creditore, a fronte dell’inadempimento del debitore, potesse agire in giudizio con la *condictio certae creditae pecuniae* (*ex ea causa credita pecunia peti possit...*) e, soltanto in un secondo momento, si riferisce alla circostanza che la *pecunia* potesse considerarsi *credita*, verosimilmente a titolo di mutuo (*pecuniam...non esse creditam, pecunia...credita fiat, pecuniam creditam recte petiturum*).

La prima fattispecie, che d’ora in poi indicheremo semplicemente come caso a), rappresenta il “caso-base”, ovvero il caso al quale il giurista dedica attenzione in via principale; a essa seguono altri tre casi collegati: il caso del deposito, che chiameremo caso b), quello del *iussum* (caso c), e quello del *contractus mohatrae* (caso d)¹⁴.

Caso a): risulta preso in considerazione nella prima (*Qui negotia Lucii Titii procurabat...fieri posse*) e nell’ultima parte del testo (*et in proposito...debeat*). Esso riguarda un *procurator*, verosimilmente incaricato con un mandato ge-

¹² In specie, dalla sezione *De mandato* delle medesime (cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, § 92; ID., *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, § 108).

¹³ Sull’«*aktionenrechtliches Denken*» dei giuristi classici – che, semplificando, può essere inteso come l’approccio che accordava priorità alla titolarità dell’*actio* quale presupposto della titolarità della situazione giuridica soggettiva o del diritto soggettivo –, cfr., *ex multis*, R. SANTORO, *Per la storia dell’obligatio*, I, Palermo 2020, pp. 37 ss., ove ampia disamina della letteratura. Segnaliamo inoltre che, pur con la consapevolezza delle peculiarità di tale approccio, si è scelto in questa sede di riferirsi direttamente al problema del “perfezionamento” o della “conclusione” del mutuo, dal momento che, nella logica dell’epoca giustiniana adottata dai giuristi bizantini, il rapporto tra diritto soggettivo e azione risulta ormai tendenzialmente invertito (il diritto soggettivo, e dunque la sussistenza di un determinato contratto, risultano infatti concepiti come il *prius* dell’azione). Sul punto, *ex multis*, C. LONGO, “*Natura actionis*” nelle fonti bizantine, in *BIDR* 17 (1905), pp. 34 ss. e, in tempi più recenti, G. FALCONE, *Sull’inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustiniane)*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, II, Tricase 2016, pp. 503 ss., nonché quanto emergerà *infra* § 3, in ordine alle riflessioni dei giuristi bizantini sul problema qui considerato.

¹⁴ La schematizzazione qui proposta segue quella già prospettata da U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss., e A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 64 ss.

nerale, che, dopo aver riscosso alcuni crediti del mandante, gli comunicava di avere presso di sé una certa somma ricavata dall'amministrazione (*certam summam ex administratione apud se esse*) e di volerla considerare come somma data a mutuo da Lucio Tizio, impegnandosi a restituirla con interessi al 6% (*eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus*)¹⁵.

Al riguardo, il giurista affronta il *quaesitum* relativo alla possibilità per Lucio Tizio di agire in giudizio come se si trattasse di una *pecunia credita* a titolo di mutuo, ovvero con l'*actio certae creditae pecuniae*, nonché alla possibilità per costui di richiedere in giudizio anche le *usurae* (*quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint*). La soluzione, che Africano verosimilmente fonda su una precedente risposta del suo maestro Giuliano (*respondit*), è negativa (*non esse creditam*) e viene spiegata mediante una *deductio ad absurdum*¹⁶. Infatti, se si fosse ammesso il contrario, ossia la sussistenza del mutuo, si sarebbe giunti ad ammettere che una somma dovuta in virtù di un qualsivoglia rapporto contrattuale precedente potesse considerarsi *credita* sulla base di un mero patto (*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*), che, nel nostro caso, era presumibilmente intervenuto tra le parti dopo le dichiarazioni del *procurator*, configurando così un *pactum ex intervallo* rispetto al contratto iniziale¹⁷.

Nel segmento finale del frammento, dopo aver esaminato i casi collegati, Africano torna sul caso a), fornendo ulteriori chiarimenti: il mandante avrebbe comunque potuto ottenere la somma e le *usurae* agendo in giudizio con l'*actio mandati* contro il *procurator* (*et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem*), e quest'ultimo avrebbe altresì sopportato il *periculum* relativo alla somma riscossa (*ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*).

Come sottolineato da più parti¹⁸, la soluzione negativa prospettata da Africano, sulla scorta di Giuliano, sembra fondarsi sulla circostanza che nella fattispecie non fosse riscontrabile un'effettiva *numeratio pecuniae* – né una *traditio brevi manu* – da parte del mutuante al mutuatario, la quale avrebbe determinato il trasferimento dei *nummi* al mutuatario e, così, il perfezionamento del mutuo. Appare infatti probabile che la somma riscossa fosse già divenuta del

¹⁵ Sulla possibilità di ricostruire la fattispecie, quantomeno nelle sue linee essenziali, nei termini qui descritti, cfr. E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., pp. 36 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss.; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, Milano 1971, pp. 112 s.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 359 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, Napoli 1999, pp. 245 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 64 ss., ove ulteriore letteratura.

¹⁶ U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 359 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 64 ss.

¹⁷ Sul punto, cfr., per tutti, A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., p. 66 e nt. 105, ove approfondita disamina della dottrina precedente.

¹⁸ E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., p. 38; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 360 s.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 398 s.; ID., *Il mutuo*, cit., p. 68.

procurator in virtù del mandato e che, dunque, il patto intervenuto tra le parti non potesse in alcun modo considerarsi idoneo a determinare la conclusione del mutuo.

Invero, come è noto, la circostanza che il giudizio intentato con la *condictio certae creditae pecuniae* fosse un *iudicium stricti iuris* avrebbe impedito al giudice di tener conto degli eventuali *pacta adiecta* al contratto, dovendosi egli limitare a verificare l'avvenuta *numeratio* della somma richiesta. Una simile conclusione si attaglia altresì al diniego della possibilità, per Lucio Tizio, di richiedere in giudizio le *usurae*, dal momento che esse avrebbero potuto richiedersi in giudizio con la suddetta azione (o con l'*actio ex stipulatu*), soltanto laddove fossero state previamente promesse dal mutuatario con un'apposita *stipulatio*.

Tuttavia, dall'ultima parte del passo pare potersi evincere che Lucio Tizio avrebbe potuto richiedere la somma e le *usurae* agendo nei confronti del *procurator* con l'*actio mandati* e, dunque, in virtù del mandato. Infatti, appare verosimile che la natura di *iudicium bonae fidei* del processo intentato con tale azione, avrebbe consentito al giudice di tener conto del *pactum* sia in relazione alla somma riscossa, sia con riguardo alle *usurae*¹⁹. Inoltre, risulta di particolare interesse il chiarimento in ordine alla sopportazione del *periculum* dei *nummi* in capo al *procurator*, dal momento che esso, essendo prospettato in chiave concessiva, sembrerebbe volto a sottolineare che, per quanto il *procurator* fosse tenuto in base all'*actio mandati*, in ordine al *periculum* sarebbe stato possibile adottare una soluzione analoga a quella relativa al mutuo²⁰.

Caso b): riguarda l'ipotesi, che viene prospettata come una soluzione dissimile rispetto alla precedente (*nec huic simile esse*), nella quale le parti avevano convenuto che la *pecunia* depositata potesse essere utilizzata dal depositario come somma data a mutuo (*si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas*). In tale circostanza, Africano ritiene, verosimilmente facendo ancora leva sull'opinione di Giuliano, che la *pecunia* potesse considerarsi *credita* (*credita fiat*) – e che dunque il mutuo potesse considerarsi concluso –, presumibilmente perché i *nummi*, che inizialmente appartenevano al depositante, sarebbero divenuti di proprietà del depositario (*quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*). Di conseguenza, il giurista avrebbe ravvisato in tale

¹⁹ Si noti, tuttavia, che il testo del frammento a noi pervenuto contiene un espresso riferimento soltanto alle *usurae* (*tamen usuras...praestare debeat*): per quanto una simile anomalia abbia indotto la dottrina più datata a ritenere lo stralcio interpolato, si tende ormai ad ammettere la sostanziale genuinità e, in particolare, che esso avesse altresì presupposto la possibilità, per il mandante, di ottenere con l'*actio mandati* anche il rimborso del capitale. Invero, tale possibilità sembra potersi desumere dalla circostanza che la prosecuzione del testo precisi che il *procurator* avrebbe sopportato il *periculum* dei *nummi* – e dunque delle monete utilizzate come capitale –, proprio perché sarebbe stato tenuto a rimborsarlo. Pertanto, è stato altresì ipotizzato che, nello stralcio riportato, vi fosse originariamente un *et* prima di *usurae*. Sul punto, cfr. A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., p. 68 e nt. 110, ove ampia discussione della letteratura precedente.

²⁰ Così, P.H.E. HUSCHKE, *Die Lehre*, cit., p. 62.

fattispecie la presenza, seppur attraverso una *traditio brevi manu*, del presupposto indefettibile per il perfezionamento del mutuo, ossia il passaggio della proprietà della somma oggetto del prestito dal mutuante al mutuuario²¹.

Caso c): riguarda l'ipotesi nella quale il mutuante avesse autorizzato il mutuuario a ricevere una somma da un proprio debitore (*si a debitore meo iussero te accipere pecuniam*)²². Anche in questo caso, Africano sembra ammettere il mutuo (*item quod...credita fiat*), sebbene dalle parole *id enim benigne receptum est* si desuma che la possibilità di ravvisare il mutuo avesse richiesto uno sforzo ermeneutico, che faceva perno sulla *benignitas*, superiore rispetto al caso b)²³. Infatti, come sottolineato da von Lübtow²⁴, appare verosimile che, per ammettere la sussistenza del mutuo e, in particolare, l'integrazione del presupposto della *numeratio pecuniae*, fosse stato necessario ricorrere a una "doppia finzione", ossia ad ammettere implicitamente che il denaro fosse stato trasferito dal debitore al mutuante e che questi, poi, l'avesse trasferito al mutuuario. Come si vede, dunque, la soluzione prospettata dal giurista, in virtù della possibilità di ammettere la conclusione del mutuo, risulta analoga rispetto al caso b), ma, ancora una volta, dissimile rispetto al caso a).

Caso d): il *contractus mohatrae*. Si tratta dell'ipotesi analizzata da Africano nella seguente parte di testo

²¹ Così, la dottrina dominante, la quale ha evidenziato che una siffatta soluzione testimonierebbe che Africano (e Giuliano) ritenessero preferibile l'azionabilità della pretesa creditoria mediante la *condictio certae creditae pecuniae* – e dunque la conversione del deposito in mutuo –, piuttosto che la possibilità per il creditore di ottenere il *tantundem*, e le eventuali *usurae*, agendo con l'*actio depositi*. In buona sostanza, ci troveremmo di fronte a un'opinione giurisprudenziale che non era ancora giunta ad ammettere la conversione del deposito regolare o chiuso in deposito "irregolare". Sulla questione, ampiamente analizzata in dottrina, ci limitiamo qui a rimandare a U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 54 ss. e A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., pp. 71 ss., ove ampi ragguagli bibliografici.

²² Si noti che, per quanto questa ricostruzione sembri emergere dal testo, e faccia quindi pensare a una *delegatio accipiendi*, la dottrina ha altresì teso a ricostruire la fattispecie come una *delegatio credendi* e, in specie, come l'ipotesi in cui *Ego* avesse conferito a un suo precedente debitore il *iussum* di adempiere presso colui che aveva richiesto il mutuo, in modo che quest'ultimo potesse così acquisire il capitale oggetto del prestito (così, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 25 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., p. 361; A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., 66). Tuttavia, già E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano. Sez. I-III*, Roma 1956, p. 111, aveva ricostruito la fattispecie in termini aderenti al frammento, ossia come il caso in cui «taluno ritenga a titolo di mutuo la somma esatta da altro precedente debitore del suo mutuante e per delegazione di questo». Sul punto, in tempi più recenti, anche L. ZANDRINO, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli 2010, pp. 93 ss., la quale ha sottolineato, da un lato, come nella fattispecie possa ravvisarsi, quantomeno *prima facie*, un *iussum accipiendi*, ma ha rilevato, dall'altro lato, come le altre testimonianze conservate nel Digesto facciano emergere notevoli difficoltà ad ammettere un *iussum* di tal genere, pur attestando la configurabilità del *mandatum accipiendi*.

²³ Cfr., *ex multis*, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 27 e 29 ss.; A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., pp. 66 ss., con letteratura.

²⁴ U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., p. 27.

his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum.

Come si vede, la fattispecie, seppur esaminata dal giurista in via soltanto incidentale, pare riguardare un soggetto che, volendo concedere una somma a mutuo, avesse consegnato un bene (*argentum*) alla controparte affinché questa lo vendesse e, verosimilmente, trattenesse il ricavato della vendita come somma oggetto del prestito. In relazione a tale ipotesi, il frammento afferma che la parte che aveva consegnato l'argento da vendere *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum*: proprio questa affermazione rappresenta il nodo esegetico relativo al perfezionamento del mutuo sul quale si è a lungo concentrata l'attenzione della dottrina.

Infatti, ad avviso della dottrina maggioritaria²⁵, la locuzione *nihilo magis* dovrebbe essere intesa nel senso di «nient'affatto» o «per nulla»: di conseguenza, con la frase appena riportata, Africano avrebbe voluto affermare che il creditore non avrebbe potuto richiedere in giudizio la *pecunia* ricavata dalla vendita come *credita* – ovvero con la *condictio certae creditae pecuniae* –; pertanto, ad avviso del giurista, il mutuo non avrebbe potuto considerarsi perfezionato, così come nel caso a).

Tuttavia, secondo un altro orientamento, che pare potersi evincere soprattutto da alcune traduzioni moderne del frammento, *nihilo magis* potrebbe intendersi in maniera diversa, cioè come «altrettanto» o «per niente di più» o, ancora, come «cionondimeno»²⁶. Pertanto, il giurista avrebbe inteso affermare che, nonostante la *numeratio pecuniae* non fosse avvenuta in maniera diretta, il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso, dal momento che il creditore avrebbe potuto agire nei confronti della controparte inadempiente con la *condictio certae creditae pecuniae*. Dunque, con riguardo a tale ipotesi, Africano avrebbe adottato una soluzione opposta rispetto al caso a), ma analoga a quella accolta con riguardo ai casi b) e c).

²⁵ D. GOTHOFREDUS, *Corpus Juris Civilis*, cit., p. 62 e nt. 17; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre*, cit., pp. 281 s.; P.H.E. HUSCHKE, *Die Lehre*, cit., p. 61 s.; E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., pp. 34 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 52 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 361 s.; B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation*, cit., p. 148; A. SACCOCCIO, *Si certum petitur*, cit., pp. 401 s.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 102 ss.; R. LAURENDI, *La fattispecie*, cit., pp. 27 ss.

²⁶ Per la traduzione nel primo e nel terzo modo, cfr. S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, Milano 2007, p. 285 e I.L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, I, Barcelona 1889 [rist. an. Valladolid 1990], p. 859. In questo senso pare orientarsi anche la traduzione inglese, più libera, di A. WATSON, *The Digest of Justinian. Latin Text edited by T. Mommsen with the aid of P. Krueger. English Translation*, II, Philadelphia 1985, p. 490. Per la seconda possibilità, cfr. R. LAURENDI, *La fattispecie*, cit., p. 28, la quale però propende infine per la soluzione prospettata dalla dottrina dominante. Va inoltre ricordato che, in favore dell'ipotesi qui descritta, si era già orientato, pur senza soffermarsi sulla traduzione del frammento, anche W. SELL, *Ueber bedingte Traditionen*, cit., pp. 59 s.

Nel tentativo di risolvere tale nodo esegetico, la dottrina maggioritaria ha inoltre attribuito particolare rilievo alla successiva affermazione relativa al *periculum* (*et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum*)²⁷. Invero, mediante tale precisazione, il giurista avrebbe inteso chiarire, analogamente a quanto affermato nel caso a), che, pur non potendosi considerare perfezionato il mutuo, colui che aveva ricevuto il prezzo della vendita avrebbe dovuto sopportare il *periculum pecuniae*, così come accadeva nel mutuo.

Eppure, neanche questo argomento appare del tutto risolutivo: infatti, a ben riflettere, il riferimento al *periculum* potrebbe avere avuto una qualche giustificazione anche laddove il giurista avesse ritenuto che il mutuo si fosse invece perfezionato²⁸. Le peculiarità della fattispecie – e, in specie, la circostanza che il mutuatario avrebbe conseguito la somma oggetto del mutuo soltanto in seguito alla vendita del bene – avrebbero potuto rendere opportuno precisare il momento a partire dal quale il rischio della *pecunia* sarebbe gravato su di lui, individuandolo nel momento dell'incasso del prezzo della vendita da parte del mutuatario (*pecuniam ex argento redactam*).

Ad ogni modo, nonostante i dubbi appena prospettati, non pare potersi negare che il frammento di Africano, stando al testo a noi pervenuto e, in particolare, all'inciso *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum*, paia deporre a favore dell'opinione dominante, ossia nel senso che il giureconsulto avesse escluso il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*. Tuttavia, appare *prima facie* possibile – anche se su questo punto dovremo tornare in seguito²⁹ – che, analogamente al caso a), la parte che aveva consegnato il bene da vendere potesse agire, per ottenere la condanna della controparte alla restituzione della somma ricavata dalla vendita, con l'*actio mandati*, soprattutto laddove si ravvisi, nel precedente accordo tra le parti, un incarico ad alienare il bene e, dunque, un contratto rientrante nel perimetro del mandato (*mea et tua gratia*)³⁰.

²⁷ Cfr. *supra* nt. 25.

²⁸ A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., p. 103 e nt. 223.

²⁹ *Infra* § 2.2.

³⁰ A sostegno della possibilità di considerare l'incarico di vendere come un mandato *mea et tua gratia* sembra inverosimile deporre, seppur indirettamente, anche D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. Tuttavia, va parimenti segnalato che il fatto che Ulpiano affermi, sulla scorta di Labeone, che sarebbe stato più sicuro (*tutius est*) per il creditore *agere praescriptis verbis*, piuttosto che con l'*actio mandati*, deriva verosimilmente dalla circostanza che il creditore poteva avere conferito l'incarico di vendere al solo fine di perseguire l'interesse del debitore a ottenere la somma. Infatti, in quest'ultimo caso, qualora il creditore avesse scelto di agire con l'*actio mandati*, avrebbe rischiato che la fattispecie venisse valutata come un (invalido) *mandatum tua gratia tantum*, e che il processo si concludesse quindi con un esito a lui sfavorevole. In ordine a tale questione e all'ampia disamina a essa dedicata dalla dottrina, mi permetto di rinviare alla mia *Introduzione* in H. BURHORN, *Il 'contractus mohatrae'*, cit., pp. 31 ss.

2.2. Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11 pr. (e Ulp. 31 ad ed. D. 12.1.15)

Giunti a questo punto, possiamo esaminare il frammento dal quale sembra potersi dedurre che Ulpiano, in ordine al perfezionamento del mutuo, avesse maturato un'opinione opposta rispetto a quella di Africano.

Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11 pr.: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.*

Il testo, tratto dal ventiseiesimo libro dell'*ad edictum* – dedicato alla clausola *Si certum petetur*³¹ – e inserito dai Compilatori giustinianeî nel titolo del Digesto relativo alla *condictio* (D. 12.1, *De rebus creditis si certum petetur et de conductione*), descrive la fattispecie del *contractus mohatrae* in maniera più precisa rispetto al frammento precedente, presumibilmente perché essa costituiva l'oggetto principale dell'attenzione del giurista, mentre Africano, come abbiamo visto, l'aveva richiamata in via soltanto incidentale.

Ulpiano, infatti, tratteggia il caso nel quale *Ego*, a fronte della richiesta di mutuo di *Tu*, non disponeva del denaro contante richiestogli e, pertanto, consegnava a *Tu* un vassoio – o una massa d'oro – affinché questi lo vendesse e usasse il ricavato come somma oggetto del finanziamento. Con riguardo a tale ipotesi, il giurista afferma altresì che, laddove la vendita fosse avvenuta, la somma ricavata da essa si sarebbe potuta considerare una *mutua pecunia* (*si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*): così, Ulpiano sembra voler ammettere che, nel *contractus mohatrae*, il mutuo si sarebbe perfezionato³², presumibilmente nel momento in cui *Tu* avesse incassato il prezzo della vendita³³. Di conseguenza, da tale affermazione sembrerebbe in effetti emergere che Ulpiano fosse giunto a una soluzione opposta rispetto a quella di Africano in ordine alla conclusione del mutuo nel nostro contratto.

³¹ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, cit., § 769; ID., *Das Edictum*³, cit., § 95.

³² Cfr., ex multis, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 64 s.; M. KASER, *Die Verteilung*, cit., pp. 78 s.; B.-H. JUNG, *Darlehensvalutierung*, cit., p. 147 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 409 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., p. 105.

³³ Infatti, che Ulpiano considerasse concluso il mutuo in virtù dell'effettivo incasso del prezzo da parte di *Tu* pare potersi desumere da una lettura del nostro frammento coordinata con la trattazione del medesimo giurista conservata in D. 19.5.19 pr., riportata *supra* nt. 30, e in particolare dalle indicazioni *non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam* ivi conservate. Sul punto, mi permetto ancora di rinviare alla mia *Introduzione* in H. BURHORN, *Il 'contractus mohatrae'*, cit., pp. 28 ss., e alla letteratura indicata alla nt. 29.

Cionondimeno, non possiamo omettere di rilevare come, dalla formulazione *puto mutuum pecuniam factam*, emerga anche una certa cautela da parte di Ulpiano nell'ammettere una siffatta conclusione. Invero, il giureconsulto pare avere espresso un'opinione personale (*puto*), forse perché si trattava di un profilo dibattuto in precedenza, formulandola peraltro senza fare direttamente riferimento al perfezionamento del mutuo, ma a una *mutua pecunia facta*, ossia a una somma di denaro "diventata" un mutuo, presumibilmente perché era consapevole del fatto che, nell'ipotesi considerata, non poteva ravvisarsi una *numeratio* diretta di tale somma da parte del mutuante al mutuuario³⁴.

Nel prosiegua del frammento (*quod si lancem...credidi*), Ulpiano si sofferma sulla *quaestio* della sopportazione del *periculum* della perdita del bene prima della vendita: come è agevole intuire, questa parte della trattazione appare meno rilevante ai nostri fini, perché riguarda l'ipotesi nella quale la vendita non fosse avvenuta e, dunque, non si fosse perfezionato il mutuo; perciò, possiamo qui limitarci a ripercorrerla rapidamente.

Invero, il giurista risolve la *quaestio* richiamando una distinzione elaborata da Nerva (*mihi videtur Nervae distinctio verissima...*), che faceva perno sulla circostanza che *Ego* avesse o meno intenzione di vendere il bene prima della *rogatio* di *Tu*. In presenza di una simile intenzione, il *periculum* sarebbe stato a carico di *Ego*, presumibilmente perché l'*utilitas* che egli avrebbe conseguito dalla vendita era alta, mentre, nell'ipotesi opposta, cioè laddove avesse deciso di vendere il bene soltanto per soddisfare la richiesta di mutuo di *Tu*, il *periculum* sarebbe stato sopportato da quest'ultimo, verosimilmente perché l'operazione era volta a perseguire – principalmente o esclusivamente – la sua *utilitas*³⁵.

Ad ogni modo, se torniamo ora al problema di nostro interesse, non pare potersi negare che, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria³⁶, dal raffronto tra la soluzione di Ulpiano e quella di Africano, stando ai testi a noi pervenuti (e, in particolare, all'affermazione *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* contenuta nel frammento di Africano) sembri trasparire che Ulpiano, quale esponente di una riflessione giurisprudenziale successiva e più avanzata rispetto a quella di Africano, fosse giunto ad ammettere il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, seppur con una certa cautela.

Di conseguenza, siamo ora in grado di cogliere con chiarezza la ragione che indusse i giuristi bizantini a percepire in tali frammenti una contraddizione e a tentare di risolverla prospettando diverse ricostruzioni dogmatiche tese a dimostrare che essa fosse in realtà soltanto "apparente". Tuttavia, prima di

³⁴ Cfr. dottrina citata *supra* nt. 32.

³⁵ Così, in particolare, M. KASER, *Die Verteilung*, cit., pp. 74 ss. e R. CARDILLI, *Il «periculum» e le «usurae» nei giudizi di buona fede*, in S. TAFARO (a cura di), *Lusura ieri ed oggi. Atti del Convegno su: "Lusura ieri ed oggi" Foggia, 7-8 aprile 1995*, Bari 1997, pp. 31 ss., ove attenta disamina dell'ulteriore letteratura precedente.

³⁶ *Supra* nt. 25.

passare all'esame di tali ricostruzioni, appare opportuno soffermarsi, seppur concisamente, su un altro frammento ulpiano, escerpito, ancora una volta, dai libri *ad edictum*, che riveste un certo rilievo ai fini della presente indagine, dal momento che proprio con riguardo a esso Stefano svilupperà la sua riflessione più significativa.

Si tratta di

Ulp. 31 *ad ed.* D. 12.1.15: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.*

Il frammento, per quanto inserito dai Compilatori, così come il precedente, nel titolo del Digesto dedicato alla *condictio*, risultava probabilmente riferito, nell'opera del giurista, alla clausola *Mandati vel contra* e si collocava all'interno di un approfondimento dedicato ad alcuni casi nei quali il mandato si sarebbe potuto "convertire" in un mutuo³⁷.

In particolare, il giurista riferisce che tra i *singularia quaedam recepta*, cioè tra le ipotesi nelle quali si era ammessa eccezionalmente la sussistenza del mutuo – o, *rectius*, di una *pecunia credita* –, nonostante la *numeratio* non fosse avvenuta in via diretta, vi fosse altresì il caso di un *iussum* impartito dal futuro mutuante a un suo debitore, affinché questi versasse la somma dovuta al futuro mutuatario³⁸. Al riguardo, infatti, il giurista severiano chiarisce che colui che aveva ricevuto il denaro dal debitore sarebbe stato obbligato nei confronti del mutuante (*obligaris mihi*), sebbene non avesse ricevuto denaro di proprietà

³⁷ In particolare, O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, cit., § 928; ID., *Das Edictum*³, cit., § 108, ipotizza che la trattazione conservata in D. 12.1.15 facesse seguito a quella contenuta in D. 17.1.10.4 (Ulp. 31 *ad ed.*), ove Ulpiano aveva affermato, sulla scorta di Papiniano, che colui che avesse conferito a Tizio il mandato di ricevere, dai propri *actores*, una somma a mutuo, non avrebbe potuto agire nei confronti del medesimo Tizio con l'*actio mandati*, poiché quest'ultimo, una volta ricevuta la *pecunia*, sarebbe stato obbligato a titolo di mutuo. Pertanto, dato che il creditore avrebbe dovuto agire con la *condictio certae creditae pecuniae*, il nostro giurista aveva altresì precisato che non avrebbe potuto richiedere le *usurae*, come se gli fossero dovute in forza del mandato, a meno che esse non fossero state promesse mediante *stipulatio* (*Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuum pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt*).

³⁸ Come sottolineato da più parti in dottrina, la fattispecie integrerebbe, dunque, un *iussum* o una *delegatio dandi* (o *promittendi*), ove il creditore/mutuante sarebbe il delegante, il debitore di costui il delegato e il mutuatario il delegatario. Sul punto, *ex multis*, E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 111; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 67 s.; G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, pp. 7 s.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 95 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 409 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 70 s., 100 s.; L. ZANDRINO, *La delegatio*, cit., 59, nt. 128; 69, nt. 162; 169, nt. 169.

di quest'ultimo (*quamvis meos nummos non acceperis*), ma, comunque, «una somma destinata» a lui³⁹.

Nella seconda parte del frammento, Ulpiano pare voler confermare tale assunto, chiarendo dapprima che ciò che era stato ammesso con riguardo a due persone distinte (*quod igitur in duabus personis recipitur*), ossia la possibilità di considerare integrata la *numeratio pecuniae* anche se posta in essere da un debitore del mutuante – e, dunque, da una persona diversa da quest'ultimo –, avrebbe dovuto ammettersi anche per un'unica persona (*hoc et in eadem persona recipiendum est*), ossia rispetto a un'unica parte contrattuale sulla quale già gravava un debito, nei confronti del futuro mutuante, in virtù di un contratto precedente⁴⁰.

Infatti, il giurista, poco oltre, prospetta un'ulteriore conseguenza di quanto appena affermato, ossia che una soluzione analoga, in ordine al perfezionamento del mutuo, si sarebbe dovuta ammettere anche laddove una parte risultasse obbligata nei confronti dell'altra in forza di un mandato (*ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas*), ma si fosse altresì accordata con il mandante nel senso di trattenere la somma dovuta considerandola oggetto di un mutuo erogato nei suoi confronti dal medesimo mandante (*et convenerit, ut crediti nomine eam retineas*). In ordine a tale ipotesi, Ulpiano pare quindi ammettere che il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso in virtù della medesima doppia finzione che abbiamo già rilevato, come se il denaro fosse stato previamente trasferito al mutuante e da questi poi trasferito al mutuuario (*videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*)⁴¹.

A questo punto, siamo in grado di renderci conto che la soluzione di Ulpiano prospettata in D. 12.1.15 pare fornire ulteriore supporto all'esito cui il nostro giurista era giunto – seppur cautamente – in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* in D. 12.1.11 pr. Infatti, D. 12.1.15 sembra confermare che il presupposto per tale perfezionamento potesse considerarsi integrato anche se la *pecunia* oggetto del mutuo non fosse stata direttamente trasferita dal mutuante al mutuuario, ma fosse stata conseguita da quest'ultimo mediante l'incasso di una somma versata dal compratore di un bene originariamente appartenente al medesimo mutuante. Di conseguenza, anche da questa soluzione parrebbe potersi desumere che l'opinione di Africano che emerge dal testo a noi pervenuto di D. 17.1.34 pr. fosse stata superata dalla giurisprudenza successiva.

Ma, a ben riflettere, dal raffronto tra quest'ultimo frammento e quello di Africano, sarebbe potuta emergere anche un'ulteriore divergenza tra i due giu-

³⁹ E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 111.

⁴⁰ Così, G. SACCONI, *Ricerche*, cit., pp. 7 s. e E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., p. 96 s.

⁴¹ U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., p. 73; A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., pp. 71 s. e 100, il quale ha però sottolineato che dal *videatur* utilizzato dal giurista per ammettere tale soluzione emerge una maggiore cautela da parte sua rispetto alla precedente ipotesi del *iussum dandi*.

risti, questa volta con riguardo al caso a), cioè alla fattispecie esaminata in via principale in D. 17.1.34 pr. Infatti, mentre in relazione a tale fattispecie Africano aveva affermato che il mutuo non avrebbe potuto considerarsi concluso, ma che il *procurator* sarebbe stato comunque obbligato a restituire la somma alla controparte in virtù del mandato, da D. 12.1.15 si potrebbe desumere, come sottolineato in dottrina⁴², che Ulpiano fosse giunto ad ammettere che il debito derivante dal mandato potesse “convertirsi” in un debito da mutuo anche in tale caso e che, dunque, il mutuo potesse considerarsi perfezionato in virtù di un mero patto successivo rispetto all’accordo iniziale. Pertanto, siamo già in grado di comprendere perché anche questo profilo fu percepito dai giuristi bizantini – e, in particolare, da Stefano –, quale contraddizione da risolvere.

3. Il dibattito presso i giuristi bizantini: le posizioni di Teofilo e del primo Anonimo

Le informazioni sull’esistenza di un dibattito tra i giuristi bizantini con riguardo al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* provengono dall’Enantiofane, che, come è noto, operò nei primi decenni del VII secolo⁴³: infatti, egli, in sch. 7 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.) e sch. 3 ad B. 23.1.11 (D. 12.1.11 pr.), riferisce che Teofilo si era orientato in favore della sussistenza del mutuo, mentre (tutti) gli altri non erano d’accordo (Θεόφιλος φησιν καὶ ἐπὶ τούτου συνίστασθαι δάνειον, οἱ δὲ ἄλλοι οὐδαμοῦ συμφωνοῦσιν τῷ ῥητῷ...).⁴⁴

⁴² G. SACCONI, *Ricerche*, cit., p. 8, nt. 29, la quale rileva che però, nel caso discusso da Africano, il consenso del creditore emergerebbe con meno evidenza (effettivamente, abbiamo visto *supra* § 2.1, come, in tale fattispecie, la circostanza che il creditore avesse acconsentito a quanto dichiarato dal *procurator* nell’epistola emerga soltanto in via indiretta e, in particolare, dal fatto che la risposta del giurista si riferisca al *pactum*).

⁴³ Così, *ex multis*, J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 130 s., ove ampi ragguagli bibliografici.

⁴⁴ Questa affermazione si legge, in particolare, nello sch. 7 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.): Ἐναντίου. Ἀνάγνωθι βιβ. ιβ'. tit. ε'. διγ. ιθ'. (?). Θεόφιλος φησιν καὶ ἐπὶ τούτου συνίστασθαι δάνειον, οἱ δὲ ἄλλοι οὐδαμοῦ συμφωνοῦσιν τῷ ῥητῷ. Τὴν δὲ λύσιν τοῦ δοκοῦντος ἐναντίου τοῦ πλάτους πρὸς τὸ ια'. κεφ. τοῦ α'. tit. τοῦ κγ'. βιβ. τῶν Βασιλικῶν ἐκεῖ παρεγραψάμεθα (H.J. SCHELTEMA ET AL., BII, p. 772). Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 122: *Enantiophanis. Lege lib. 12. tit. 5. dig. 19. Theophilus hoc quoque casu mutuum contrahi dicit, cui reliqui nequaquam assentiuntur. Quod autem textus capiti 11. tit. 1. lib. 23. Basilicorum contradicere videtur, id illic conciliare in adnotatione studuimus*. Tuttavia, la notizia riferita in sch. 3 ad B. 23.1.11 (D. 12.1.11 pr.): Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Πρόσσχες τῷ χρῆσασθαι, ὅπερ μὴ προσκειμένον ἐστὶν ἐν τῷ τελευτ. θεμ. τοῦ λδ'. διγ. τοῦ α'. tit. τοῦ ιζ'. βιβ. Τὸ δοκοῦν ἐναντίον λύει τὸ ἐνταῦθα εἰπεῖν συστήναι δάνειον, ἐκεῖ δὲ μηδαμῶς. Ἰστέον δέ, ὅτι κακεῖ Θεόφιλος λέγει συστήναι τὸ δάνειον, οἱ δὲ ἄλλοι τὸ ἐναντίον συμφωνῆσαν τῷ ἐκεῖσε ῥητῷ (H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, pp. 1522 s.) presenta un tenore testuale leggermente diverso, tanto che non pare potersi escludere che si tratti di un testo rimaneggiato. Da tale testo pare infatti emergere, quantomeno *prima facie*, che “gli altri” si fossero orientati diversamente “essendo d’accordo” (συμφωνῆσαν τῷ ἐκεῖσε ῥητῷ) con Teofilo. Cionondimeno, il testo potrebbe comunque interpretarsi in maniera conforme a quanto riportato nello scolio precedente, in specie laddove si intenda il ῥητόν come

L'Enantiofane, dunque, pur avendo espressamente attribuito a Teofilo l'opinione che ammetteva la conclusione del mutuo, non aveva identificato con precisione i giuristi che sostenevano la soluzione opposta. Cionondimeno, dalla *summa* in greco del primo Anonimo riferita a D. 17.1.34 pr. e D. 12.1.11 pr., la quale fu probabilmente elaborata intorno al 550 d.C. e poi confluita nei Basilici (IX-X sec.)⁴⁵, è possibile desumere che tra tali oppositori vi fosse anzitutto questo giurista⁴⁶.

Infatti, nella *summa* conservata in B. 14.1.34 (= D. 17.1.34 pr.), in corrispondenza del testo latino *nihil magis pecuniam creditam recte petiturum* si legge semplicemente οὐ συνίσταται δάνειον, ovvero «il mutuo non si perfeziona»⁴⁷, mentre in quella riportata in B. 23.1.11 (= 12.1.11 pr.), in relazione alla frase *puto mutuum pecuniam factam*, si legge soltanto συνέστη τὸ δάνειον, cioè che «il mutuo si costituì»⁴⁸. Si evince, dunque, che il primo Anonimo tradusse le frasi conservate nei frammenti del Digesto in maniera ancora più assertiva rispetto al testo latino, mostrando così di interpretarle come espressione di orientamenti diametralmente opposti in ordine al perfezionamento del mutuo.

Di conseguenza, dalle *summae* appena ripercorse risulta chiaro che il primo Anonimo considerasse effettiva la divergenza tra la soluzione di Africano e quella di Ulpiano e che, attraverso la sua traduzione, avesse ulteriormente accentuato la distanza tra le medesime. Al proposito, va altresì osservato che,

il frammento dell'antologia imperiale (ossia D. 17.1.34 pr.): invero, proprio da tale frammento, secondo gli oppositori di Teofilo, sarebbe emersa la negazione del perfezionamento del mutuo. Così, K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten*, cit., p. 8. Al proposito, si può altresì segnalare che nell'edizione C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. II, p. 602, l'ultima frase risulta συμφωνῆσαι τὸ ἐκέισε ῥητόν, tanto che viene tradotta in latino nel senso appena prospettato: *Enantiophanis. Observa verbum uti, quod additum non est in them. 1. dig. 34. tit. 1. lib. 17. seu lib. 14. quod ob stare videtur. Solve, hoc loco dici mutuum contrahi, illic autem non item. Sciendum autem est, Theophilum illic quoque dicere mutuum contractum. Alii vero contra putant, convenisse quod ibi dicitur*. Infine, per l'esame della posizione assunta dal medesimo Enantiofane in seno al dibattito qui descritto, mi permetto di rinviare ad A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁴⁵ J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 128 s., ove ulteriore letteratura.

⁴⁶ K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten*, cit., p. 8.

⁴⁷ Lo stralcio di testo da cui è tratta l'informazione è il seguente: B. 14.1.34 (= D. 17.1.34 pr.): [...] εἰ δὲ θέλων σοι δανείσαι παράσχω ἄργυρον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι, οὐ συνίσταται δάνειον, εἰ καὶ κινδυνεύεις ἐπὶ τοῖς ἐκ τοῦ ἀργύρου χρήμασιν (H.J. SCHELTEMA ET AL., AII, p. 751). Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 121: [...] *Si vero, cum mutuum tibi dare pecuniam vellem, argentum vendendum dederō, mutuum non contrahitur, quamvis periculum pecuniae ex argento redactae ad te pertineat*.

⁴⁸ Il contenuto integrale della *summa* risulta: Ἐὰν αἰτήσης με δανείσαι σοι καὶ μὴ ἔχων χρήματα παράσχω σοι βῶλον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι καὶ χρήσασθαι τοῖς νομίμασιν, εἰ μὲν πωλήσεις, συνέστη τὸ δάνειον· εἰ δὲ τὸ σκευὸς ἢ τὴν βῶλον ἄνευ ῥαθυμίας ἀπολέσεις, εἰ μὲν καὶ χωρὶς τῆς σῆς προφάσεως πράσιμον εἶχον αὐτό, ἐμοὶ ἀπώλετο, εἰ δὲ μὴ, σοί, καὶ μάλιστα εἰ χωρὶς τόκων ἐδάνεισα (H.J. SCHELTEMA ET AL., AIII, p. 1096). Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 602: *Si rogaveris me, ut tibi pecuniam crederem et cum pecuniam non haberem, lancem tibi dederō, ut eam venderes, et nummis uteris, si quidem vendideris, mutuum contractum est: si vero vas et lancem sine tua culpa perdidideris, si quidem citra occasionem tuam venalem habui, mihi perii: sin minus, tibi: et maxime, si sine usuris credidi*.

nel periodo nel quale la *summa* fu elaborata, la riflessione dei giuristi bizantini si fondava ormai soltanto sui testi conservati nell'antologia imperiale, in quanto si era ormai inevitabilmente reciso qualsiasi rapporto con la riflessione originaria della giurisprudenza classica⁴⁹.

Se, dunque, siamo in grado di capire che l'opinione che interpretava le soluzioni di Africano e Ulpiano relative al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* come nettamente contrastanti dovette essersi già formata intorno al 550 d.C., vale ora la pena di avere contezza anche della posizione di Teofilo, la quale fu invece elaborata in un momento anteriore, ossia, con tutta verosimiglianza, nell'anno immediatamente successivo all'entrata in vigore del Digesto (534 d.C.)⁵⁰. Tuttavia, dato che la testimonianza di Teofilo risulta particolarmente ampia ed è già stata oggetto di approfondimento in altra sede⁵¹, possiamo qui limitarci a richiamarne i profili più significativi ai nostri fini, ossia quelli necessari a comprendere la riflessione di Stefano e il rapporto di quest'ultima con l'opinione del maestro costantinopolitano.

Sch. 2 *ad* B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.): [Θεοφίλου]⁵². [...] Ἀνάγνωθι τοῦτο· τῶν παρὰ κανόνος ἐστίν. Οὐδέποτε δὲ τὰ παρὰ κανόνος πρὸς ἀνατροπὴν ἄγεσθαι τῶν ζητουμένων ὀφείλει. Ἄλλ' ἔστιν γ'. θέμα· ἤτησέ μὲ τις αὐτῷ δανεῖσαι νομίσματα ρ'. Οὐκ ἔχων χρυσίον ἄργυρον αὐτῷ δέδωκα ἐπιτρέψας αὐτῷ πωλῆσαι τοῦτον καὶ συγχρήσασθαι τῷ χρυσίῳ. Ἐφ' ᾧ πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον, καὶ τὴν ἀπὸ τῆς διατιμῆσεως τοῦ ἀργύρου συναχθεῖσαν ποσότητα κινδυνεύεσθαι τῷ λαβόντι τὸν ἄργυρον. [...] ⁵³.

Ἦγουν λέγω, ὅτι διαπώλησον τὸ ἀργύριον καὶ δός μοι τὴν τοῦ ἀργύρου διατίμησιν καὶ ταῦτα ἀπαριθμήσω σοι, ὣν οὐδέν ἐστιν ἐπὶ τῷ τοῦ πάντων προκουράτωρος

⁴⁹ Sul punto, torneremo *infra* § 4.1 e nt. 65.

⁵⁰ Come è noto, Teofilo, pur avendo preso parte alla Compilazione del primo *Codex*, del Digesto e delle Istituzioni, non risulta menzionato tra i Compilatori del secondo *Codex* nella *C. Cordi* (16 novembre 534 d.C.): pertanto, si ritiene comunemente che egli, in tale momento storico, fosse già morto o avesse del tutto cessato la sua attività. Così, *ex multis*, J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 123 s., con bibliografia.

⁵¹ A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁵² In favore della possibilità di attribuire a Teofilo la paternità dello scolio si è infatti espressa la dottrina dominante: C.G.E. e G.E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 35 e nt. 45; p. 269 e nt. b); K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten*, cit., p. 8; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., p. 31. Sugli indizi che inducono a propendere per questa ipotesi, cfr., ancora, A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁵³ H.J. SCHELTEMA ET AL., BII, pp. 770 s., cui rimando per la lettura dell'intero scolio. Peraltro, nella versione accolta da C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 121, il segmento di nostro interesse presenta le seguenti varianti: ἀναγν. τοῦτο ἐν τῷ περὶ δανείου, in luogo di Ἀνάγνωθι τοῦτο· τῶν παρὰ κανόνος ἐστίν, e τὰ περὶ δανείου, in luogo di τὰ παρὰ κανόνος, anche all'inizio della frase successiva e, perciò, risulta così tradotto in latino: [...] *Hoc in titulo de rebus creditis legi potest. Nec vero quae de mutuo dicta ibi sunt, ad infirmanda ea, de quibus quaeritur, trahenda sunt. Verum datur tertius casus. Rogavit me quis, ut centum aureus ei crederem. Cum pecuniam non haberem, argentum ei dedi vendendum, ut pecunia inde redacta uteretur. Hoc casu omnes mutuum contrahi dicunt, et pecuniam ex pretio argenti redactam periculo eius esse, pecuniam qui argentum accepit [...]*.

συναλλάγματι. Οὐ γὰρ ἐδέσποσα τοῦ χρυσίου, οὐδὲ παρέσχον αὐτῷ, οὐδὲ ἐπέτρεψα βουλόμενος αὐτῷ δανείσασθαι λαβεῖν ἀπὸ τῶν ἐμῶν δεβιτῶρων χρυσίον καὶ τοῦτω συγχρήσασθαι· ἀλλ' αὐτὸς ἀπαιτήσας ὡς γενικὸς προκουράτωρ ἤτησε με ἔχειν εἰς δάνειον ἢν ἔτυχεν παρὰ τῶν ἐμῶν δεβιτῶρων ὑποδεξάμενος ποσότητα. Ἐπὶ τοῦ προκειμένου τοίνυν ἐροῦμεν ἔνοχον ἔσεσθαι τῇ μανδᾷ τὸν προκουράτωρα ἐκ τυχηρᾶς τῶν νομισμάτων ἀπωλείας κινδυνεύοντα. Πλατύνεται γὰρ ἐνταῦθα ἡ φύσις τῆς μανδᾷ διὰ τὸ αὐτὸν ἀδίκως εἰπεῖν, ὅτι βούλεται τοῖς νομίσμασιν συγχρήσασθαι, παρέχειν δὲ καὶ τόκους ἀπὸ τοῦ γενομένου συμφώνου, ἐπειδὴ τῶν βόνα φίδε τὸ συνάλλαγμα. Ἐπὶ γὰρ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν ἀνεπερώτητος ἔρρωται τόκος ὀφικίῳ τοῦ δικάζοντος ἀπαιτούμενος⁵⁴.

Come si vede, con riguardo al contenuto di D. 17.1.34 pr., Teofilo afferma dapprima, verosimilmente riferendosi alla soluzione che ammetteva il perfezionamento del mutuo nel caso c), cioè quello del *iussum*⁵⁵, che si trattava di una soluzione “contraria alla regola” (τῶν παρὰ κανόνος ἐστίν), cioè una soluzione che derogava al requisito della *numeratio pecuniae* diretta. Inoltre, il maestro evidenzia che deroghe del genere si sarebbero dovute ammettere con prudenza, senza sovvertire i principi relativi alle questioni esaminate (Οὐδέποτε δὲ τὰ παρὰ κανόνος πρὸς ἀνατροπὴν ἄγεσθαι τῶν ζητουμένων ὀφείλει).

L'antecessor, quindi, focalizza l'attenzione sul *contractus mohatrae* – che viene introdotto come il terzo caso collegato (Ἄλλ' ἔστιν γ' ἔμα) alla fattispecie principale (caso a). Segnatamente, egli fa riferimento alla richiesta di un mutuo di cento monete pervenuta a *Ego*, il quale, però, non disponendo del denaro necessario, aveva consegnato un bene – presumibilmente una massa d'argento – al richiedente e lo aveva altresì autorizzato a vendere tale bene e a utilizzare il denaro ricavato dalla vendita come somma oggetto del mutuo (ἤτησέ... τῷ χρυσίῳ.).

A questo punto, egli fornisce un'informazione particolarmente interessante ai nostri fini: osserva, infatti, che “tutti” ritenevano che il mutuo si perfezionasse (Ἐφ' ᾧ πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον), ricordando inoltre che il *periculum* relativo al ricavato dalla vendita sarebbe ricaduto su *Tu* (καὶ τὴν ἀπὸ τῆς διατιμήσεως... τὸν ἄργυρον). Invero, dato che Teofilo, come già ricordato,

⁵⁴ H. J. SCHELTEMA ET AL., BII, p. 771. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 121: *Sive dico: vende argentum eiusque pretium mihi redde, idque tibi numerabo: quorum nihil in contractu procuratoris generalis reperitur. Neque enim pecuniae dominus eram, neque eam ipsi dedi, neque, cum credere ei vellem, iussi eum a debitoribus meis pecuniam accipere eaque uti: verum ipse tanquam procurator generalis exegit et petiit a me, ut pecuniam a debitoribus meis exactam ex causa crediti sibi habere liceret. Proposita igitur specie dicemus, procuratorem mandati teneri, ad quem fortuitae nummorum amissionis periculum pertinet. Augetur enim hoc casu mandati actionis natura, quia idem iniuria dicit, se pecunia uti velle. Praestat et usuras ex pacto inito, quia contractus bonae fidei est. Nam in bonae fidei iudiciis usurae in stipulationem non deductae officio iudicis petuntur.*

⁵⁵ Sul punto, mi permetto ancora di rinviare ad A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

apparteneva alla prima generazione di *antecessores*, appare verosimile che egli, con tale affermazione, più che riferirsi ad altri giuristi bizantini, si riferisse agli stessi giuristi classici.

Di conseguenza, sembra potersi evincere che non solo il medesimo Teofilo, come riportato anche dall'Enantiofane, ammettesse il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma anche che egli ritenesse che si fosse orientato in questo senso già Africano, la cui soluzione era infatti l'oggetto principale del suo approfondimento, e presumibilmente anche Ulpiano in D. 12.1.11 pr. (oltre che altri *prudentes*), dato che tale frammento, con tutta verosimiglianza, era stato già esaminato dal maestro nel corso della sua trattazione precedente⁵⁶. Perciò, appare ora ancor più chiaro come Teofilo non considerasse contraddittorie le soluzioni dei due giuristi in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*.

Nella seconda parte dello scolio (Ἦγουν λέγω...δικάζοντος ἀπαιτούμενος), l'*antecessor* si sofferma a chiarire la ragione per la quale si sarebbe dovuta ammettere la conclusione del mutuo nel *contractus mohatrae*, nonché quella per la quale sarebbe stato invece impossibile ammettere una simile conclusione nel caso a), cioè in quello del *procurator*: in questo modo, dunque, Teofilo mostra di aver scelto di precisare le motivazioni della diversa disciplina relativa alle due ipotesi.

In particolare, egli evidenzia che, nel *contractus mohatrae*, doveva ammettersi che il creditore, mediante la consegna del bene da vendere, avesse implicitamente impartito al richiedente le seguenti istruzioni: «vendi l'argento, trasferiscimi il ricavato e io, a mia volta, te lo trasferirò con *numeratio*» (Ἦγουν λέγω, ὅτι διαπώλησον τὸ ἀργύριον καὶ δός μοι τὴν τοῦ ἀργύρου διατίμησιν καὶ ταῦτα ἀπαριθμήσω σοι). Pertanto, siamo in grado di percepire come, nella ricostruzione dogmatica proposta da Teofilo in relazione al *contractus mohatrae*, la conclusione del mutuo si fondasse sulla doppia finzione cui abbiamo già fatto cenno in relazione ai casi precedenti e, in particolare, al caso c)⁵⁷.

Il maestro sottolinea, poi (ὧν οὐδέν...συναλλάγματι), che una simile soluzione doveva invece escludersi in relazione al caso a), in quanto il mandante non era divenuto proprietario del denaro, né lo aveva trasferito al *procurator*, né aveva autorizzato quest'ultimo a ricevere la somma dai propri debitori e a utilizzarla come mutuo. Al contrario, era stato il medesimo *procurator*, una volta ottenuto il denaro dai debitori del mandante in forza del suo incarico (ἀλλ' αὐτὸς ἀπαιτήσας ὡς γενικὸς προκουράτωρ), a domandare a quest'ultimo di poter trattenere tale somma a titolo di mutuo (ἤτησε...ποσότητα).

⁵⁶ La trattazione didattica della parte del Digesto *de rebus* ricomprendeva invero i libri 12-19. Con riguardo alla possibilità che Teofilo abbia tenuto questo corso nell'anno immediatamente successivo all'entrata in vigore dell'antologia imperiale, cfr. J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 123 s., i quali hanno altresì evidenziato che l'insegnamento del maestro probabilmente si interrompe, a causa della sua morte, al libro 17.

⁵⁷ Cfr. *supra* § 2.1 e nt. 24.

L'*antecessor*, infine, si concentra sull'ultima parte di D. 17.1.34 pr., ricordando che, nel caso a), il *procurator* sarebbe stato tenuto mediante l'*actio mandati* e avrebbe altresì sopportato il *periculum* (Ἐπὶ τοῦ προκειμένου... κινδυνεύοντα). Nel segmento Πλατύνεται... συνάλλαγμα troviamo poi un altro dato significativo: Teofilo specifica infatti che, in tale caso, l'*actio mandati* avrebbe avuto una natura (φύσις) più ampia del consueto, poiché il *procurator* aveva dichiarato di voler utilizzare il denaro e di obbligarsi a versare anche gli interessi, pur non avendone diritto (ἠδίκως), ossia discostandosi dall'accordo iniziale. Cionondimeno, egli ricorda, ancora sulla base del contenuto del frammento di Africano, che gli interessi, vista la natura di giudizio di buona fede del *iudicium mandati*, avrebbero potuto richiedersi con l'*actio mandati* anche in assenza di un'apposita *stipulatio* (παρέχειν δὲ καὶ τόκους... ἀπαιτούμενος).

Ad ogni modo, tornando ora al problema oggetto del nostro interesse, la trattazione qui ripercorsa sembra confermare che Teofilo non avesse ravvisato alcuna contraddizione tra le soluzioni di Africano e Ulpiano in relazione al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*: egli, infatti, come abbiamo appena visto, preferì chiarire con attenzione le ragioni della differenza tra la soluzione prospettata da Africano con riguardo al nostro contratto, ove, a suo avviso, il mutuo poteva ammettersi, e quella relativa al caso a), ove, invece, esso non poteva ammettersi. Di conseguenza, sembra ora trovare ulteriore conforto anche la possibilità che l'*antecessor*, mediante l'affermazione πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον, avesse inteso sostenere che tutti i giuristi classici – e, in particolare, Africano e Ulpiano – fossero concordi sulla questione.

A questo punto, se teniamo altresì presente che Teofilo ebbe probabilmente a disposizione un lasso di tempo assai breve per predisporre i suoi corsi sul Digesto⁵⁸, non pare potersi escludere, come peraltro abbiamo già avuto occasione di sostenere in precedenza⁵⁹, che egli avesse fondato la sua riflessione su un testo diverso (e antecedente) rispetto a quello del frammento di Africano a noi pervenuto nell'antologia imperiale. . In particolare, Teofilo potrebbe aver avuto in mente la versione del frammento che aveva usato nei suoi corsi anteriori⁶⁰, dalla quale emergeva la possibilità di interpretare tale soluzione in maniera opposta da quella che sembra suggerire la frase *nihil magis pecuniam creditam recte petiturum* conservata in D. 17.1.34 pr., ossia come se Africano,

⁵⁸ Ciò emerge dalla circostanza che la *C. Tanta*, che promulgò il Digesto, risalga al 16 dicembre del 533 d.C. e che Teofilo dovette aver cominciato i nuovi corsi già all'inizio del 534 d.C. Sul punto, cfr. A. GUARINO, *La compilazione dei «Digesta Iustiniani»*, in ANA 79 (1968), p. 560 (Id., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, p. 450).

⁵⁹ A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁶⁰ Più in generale, sulla possibilità che gli *antecessores* si siano serviti di testi giurisprudenziali diversi rispetto a quelli a noi pervenuti nel Digesto, cfr. F. GORIA, *Il giurista*, cit., p. 721 e F. SITZIA, *Lettori del Digesto nel mondo bizantino*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare*, cit., pp. 215 ss., (ora in Id., *Scritti di diritto romano*, II, F. BOTTA, A. CHERCHI, O. DILIBERTO, M.V. SANNA (a cura di), Napoli 2020, pp. 571 ss.), ove ulteriori fonti e letteratura.

alla fin fine, avesse ammesso, così come farà poi Ulpiano, che il mutuo potesse considerarsi concluso.

Inoltre, non va dimenticato che una simile possibilità potrebbe scaturire anche dal peculiare “profilo scientifico” di Teofilo, ossia dal fatto che egli non soltanto aveva impartito i corsi relativi ai *iura* già prima dell’entrata in vigore del Digesto, ma aveva altresì preso parte alla Compilazione del medesimo, procedendo quindi all’ulteriore disamina dei testi giurisprudenziali in quella sede⁶¹. Pertanto, possiamo desumere che egli avesse una conoscenza delle opere dei giuristi classici ben più ampia rispetto a quella dei giuristi bizantini delle generazioni successive, per i quali, come già sottolineato, il rapporto con la giurisprudenza si era ormai del tutto reciso in virtù dell’entrata in vigore dell’antologia imperiale e delle direttive giustinianee relative a essa⁶².

4. Il contributo ermeneutico di Stefano

Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo ora passare all’esame della posizione di Stefano, che, con tutta verosimiglianza, si colloca cronologicamente in un periodo intermedio rispetto a quelle appena ripercorse. Come già anticipato, la trattazione di Stefano di maggior rilievo è riferita a D. 12.1.15, sebbene egli prospetti alcune considerazioni di un certo interesse anche con riguardo al frammento di Africano conservato in D. 17.1.34 pr.

4.1. Sch. 8 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.)

Dal momento che abbiamo appena ripercorso la riflessione di Teofilo riferita a D. 17.1.34 pr., appare opportuno prendere le mosse dalle osservazioni di Stefano relative alla medesima fonte:

Sch. 8 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.): Στεφάνου. Τουτέστιν, ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου δάνειον οὐ συνίσταται, εἰ μὴ ἐν δεσποτείᾳ ἐγὼ τῶν νούμων γενόμενος ἀριθμήσω σοι ταῦτα, καὶ μετατεθῇ πᾶρ’ ἐμοῦ ἐπὶ σὲ τούτων ἡ δεσποτεία, κἂν ὁ κίνδυνος τῶν νομισμάτων σὲ τὸν λαβόντα ὀρᾷ. Μαρτυρεῖ τὸ κείμενον βιβ. α’. τιτ. α’. διγ. δ’. (?), ὅστις χρήματα δανεῖσαι βουλόμενος δέδωκεν ἄργυρον ἐπὶ τῷ πραθῆναι μὴ δύνασθαι ὡς δάνειον ἀπαιτεῖν τὰ νομίσματα ἤτοι τὴν τοῦ δίσκου διατίμησιν, μήπω δηλονότι πραθέντος. Καὶ ὅμως τὰ ἐκ τῆς πράσεως τοῦ ἀργύρου συναχθέντα νομίσματα κινδυνεύεται τῷ λαβόντι τὸν ἄργυρον. Μὴ δόξη δέ σοι ἐναντίως...⁶³

⁶¹ Cfr. *supra* nt. 50.

⁶² *Infra* § 4.1 e nt. 65.

⁶³ H.J. SCHELTEMA ET AL., BII, p. 772. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 122 (ove lo scolio è edito al n. 6 e principia con Τέλος, anziché con Τουτέστιν): *Stephani. Summa haec est, nudo pacto mutuum non contrahi, nisi ego, dominus nummorum, hos tibi numeravero, eorumque dominium a me ad te translatus fuerit, licet periculum pecuniae ad te, qui accepisti, pertineat. Testatur enim. lib. 1. tit. 1. dig. 4. eum, qui mutuum daturus argentum vendendum*

Come si vede, l'*antecessor* si sofferma dapprima sul caso a) e, in particolare, sulla circostanza che, in tale ipotesi, il perfezionamento del mutuo non potesse fondarsi su un semplice patto (Τουτέστιν, ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου δάνειον οὐ συνίσταται), dal momento che sarebbe stato necessario che il mutuante fosse divenuto proprietario del denaro e lo avesse poi trasferito con *numeratio* al mutuatario (ἀριθμήσω... ἢ δεσποτεία). Al riguardo, il nostro *antecessor* specifica poi che il *periculum* del denaro sarebbe comunque gravato su colui che lo aveva ricevuto (κἂν ὁ κίνδυνος τῶν νομισμάτων σὲ τὸν λαβόντα ὀρᾷ).

A riprova di quanto appena affermato, Stefano richiama un frammento del Digesto (Μαρτυρεῖ τὸ κείμενον βιβ. α'. τιτ. α'. διγ. δ'. [?]), il quale, seppur indicato in maniera incerta, potrebbe forse identificarsi con D. 12.1.11 pr., in quanto, poco oltre, l'*antecessor* descrive la fattispecie del *contractus mohatrae*. Egli, infatti, evidentemente presupponendo che il creditore avesse consegnato del metallo prezioso o un vassoio, così come indicato in D. 12.1.11 pr., osserva che tale soggetto non avrebbe potuto richiedere, a titolo di mutuo, il denaro, ovvero il prezzo ricavato dalla vendita del vassoio (ἥτοι τὴν τοῦ δίσκου διατίμησιν), finché esso non fosse stato venduto (μήπω δηλονότι πραθέντος). Infine, Stefano specifica che, anche in questo caso, il *periculum* relativo alla somma ricavata dalla vendita sarebbe gravato su colui che aveva ricevuto l'argento (κινδυνεύεται τῷ λαβόντι τὸν ἄργυρον) e invita il discente a non considerare contraddittorio quanto appena enunciato (Μὴ δόξη δὲ σοι ἐναντίας).

Come si rileva dall'edizione di Scheltema qui utilizzata, lo scolio è giunto incompleto, anche se in esso è comunque possibile ravvisare alcuni dati degni di nota. In primo luogo, la circostanza che Stefano avesse fatto verosimilmente rinvio al frammento di Ulpiano relativo al *contractus mohatrae* a riprova di quanto affermato in precedenza (Μαρτυρεῖ...), come se dal collegamento tra la soluzione di Africano relativa al caso a) e quella di Ulpiano potesse cogliersi un profilo che avrebbe consentito di comprendere perché, nella fattispecie principale, il mutuo non potesse considerarsi concluso in virtù di un mero *pactum ex intervallo*⁶⁴.

In secondo luogo, appare altresì significativo che Stefano, invece che riferirsi alla soluzione relativa al *contractus mohatrae* contenuta nel frammento di Africano che stava esaminando, avesse preferito tratteggiare tale contratto sulla base del passo di Ulpiano conservato in D. 12.1.11 pr. Tuttavia, l'aspetto per noi più rilevante pare essere un altro, ossia la circostanza che l'*antecessor* non si fosse espressamente pronunciato sulla conclusione del mutuo. Invero, per quanto non si possa escludere che su tale profilo egli si fosse soffermato

dederit, pecuniam sive lancis, nondum scilicet venditae, aestimationem tanquam creditam petere non posse. Tamen periculum pecuniae ex vendito argento redactae ad eum pertinet, qui argentum accepit. Quod ne tibi obstare credas.

⁶⁴ Al riguardo, si potrebbe forse pensare che si trattasse del fatto che, nel *contractus mohatrae*, l'utilizzo del ricavato dalla vendita come somma oggetto del mutuo fosse stato previsto dalle parti sin dal momento dell'accordo iniziale (e non in una fase successiva). Sul punto, cfr. *infra* § 4.4.

nel prosiegua dello scolio a noi non pervenuto, il testo a noi giunto consente di rilevare soltanto che il creditore non avrebbe potuto agire per ottenere la somma corrispondente al valore del bene prima della vendita (μήπω δηλονότι προθέντος). Ad ogni modo, da tale affermazione si potrebbe forse desumere, seppur attraverso un ragionamento *a contrario*, che Stefano ritenesse che, una volta realizzata la vendita, il mutuo dovesse considerarsi concluso.

Se così fosse, allora, l'*antecessor* sarebbe stato nella sostanza concorde con la soluzione di Teofilo, nel senso di ritenere ammissibile il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma, nel contempo, avrebbe assunto un atteggiamento ben più prudente rispetto al maestro. Una simile prudenza, infatti, si evince dai dati appena sottolineati e, in specie, dal fatto che egli avesse scelto di citare, in ordine al nostro contratto, non già la soluzione di Africano che stava spiegando, bensì quella di Ulpiano. La prudenza appena rilevata, dunque, potrebbe testimoniare un certo disagio da parte di Stefano nel fondare l'ammissibilità del mutuo sul frammento di Africano, forse perché egli era consapevole che il testo di tale frammento – e, in particolare, l'inciso *nihilò magis pecuniam creditam recte petiturum* – avrebbe potuto condurre alla conclusione opposta.

Infatti, Stefano, a differenza di Teofilo – ma in maniera analoga al primo Anonimo –, aveva presumibilmente fondato la sua interpretazione soltanto sul testo della trattazione di Africano pervenuto nel Digesto, dal momento che, come già ricordato, sulla base delle direttive di Giustiniano, era ormai preclusa all'interprete la consultazione delle opere giurisprudenziali anteriori all'antologia imperiale⁶⁵. Tuttavia, ci rendiamo conto che l'ipotesi interpretativa qui prospettata necessita di ulteriori appigli: pertanto, giova ora passare all'esame degli altri scolii di Stefano (riferiti a D. 12.1.15) che forniscono alcuni spunti importanti.

4.2. Sch. 2-4 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15)

Leggiamo, in primo luogo,

Sch. 2 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Στεφάνου. Τοῦτο νόησον, ὥς ὑπὲρ τῶν ἀνωτέρω εἰρημένων θεμάτων ἀπολογούμενός φησι. Εἰπὼν γὰρ ἀνωτέρω θέμα παρὰ κανόνας,

⁶⁵ Come è noto, la direttiva giustiniana di fondare l'insegnamento e la scienza giuridica, in via esclusiva, sui testi della Compilazione imperiale e il divieto di utilizzare le opere giurisprudenziali precedenti si rinviengono in C. *Deo Auctore* 5 (*prout hoc vobis commodius esse patuerit, ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat*), nonché, in termini ancora più perentori, in C. *Tanta* 10 (*nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*), così come dalle indicazioni, indirizzate agli *antecessores*, in C. *Omnem pr. (ex libris autem quinquaginta nostrorum digestorum sex et triginta tantummodo sufficere tam ad vestram expositionem quam ad iuventutis eruditionem iudicamus)*. Su tali indicazioni, *ex multis*, M. BRUTTI, *Dal Digesto*, cit., pp. 600 ss., con letteratura.

οἶον ἐπὶ τοῦ λαβόντος τὸν δίσκον ἐφ' ᾧ πωλῆσαι καὶ ἔχειν ἐν δανείῳ τὴν τούτου τιμὴν, ἀπολογούμενος ὥσπερ φησὶν, ὅτι μὴ θαυμάσης, εἰ ταῦτα οὕτως ἔχει· πολλὰ γὰρ παρὰ κανόνα ἐπὶ τοῦ δανείου κρατεῖ.⁶⁶

Sch. 3 *ad* B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Τοῦτο γὰρ ἐστὶ τὸ παρὰ κανόνα, ὅτι μήτε ἀριθμήσας μήτε δεσπότης ἤδη τῶν νομισμάτων γενόμενος ποιεῖ τὸν λαμβάνοντα δεσπότην, ὅπερ ἐστὶν ἐπὶ τοῦ δανείου ἀναγκαῖον. Τοῦτο δὲ εἶπεν ὑπεραπολογούμενος, διὰ τί ἐπὶ τοῦ λαβόντος τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι καὶ ἔχειν ἐν δανείῳ τὴν τούτου τιμὴν συνίσταται δάνειον καίτοι μὴ δεσπότης γενομένου τῶν νομισμάτων τοῦ δεδοκότες τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ παραῖναι.⁶⁷

Sch. 4 *ad* B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Τοῦτο παρὰ κανόνα λέγει εἰσαχθῆναι ὁ Θεόφιλος ἐν τῷ λδ'. κεφ. τοῦ ιδ'. βιβλ., φιλαγάθως δὲ δεχθῆναι· ἐν ᾧ φησιν, ὥς τὰ παρὰ κανόνα εἰσαχθέντα φιλαγάθως δέχεσθαι χρή, οὐ μὴν εἰς ἀναίρεσιν τῶν κανόνων ἢ τῶν ζητουμένων ἔλκειν. Ἀνάγνωθι οὖν αὐτόν.⁶⁸

Nel primo scolio, il n. 2, Stefano invita gli studenti a leggere D. 12.1.15 come un'ulteriore conferma delle soluzioni prospettate nei passi precedenti (...ὥς ὑπὲρ τῶν ἀνωτέρω εἰρημένων θεμάτων ἀπολογούμενός φησι) e, in particolare, di quella ammessa in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*. Egli ricorda che lo stesso Ulpiano aveva avallato la possibilità di considerare concluso un mutuo παρὰ κανόνας, contro le regole, e, al proposito, menziona proprio il nostro contratto, prendendo presumibilmente spunto, ancora una volta, dalla descrizione tratteggiata in D. 12.1.11 pr.

La fattispecie viene infatti descritta come il caso nel quale una parte aveva ricevuto un vassoio allo scopo di venderlo e trattenere il ricavato dalla vendita come somma oggetto del mutuo (ἐπὶ τοῦ λαβόντος τὸν δίσκον ἐφ' ᾧ πωλῆσαι καὶ ἔχειν ἐν δανείῳ τὴν τούτου τιμὴν). Stefano precisa, inoltre, come non vi fosse ragione di meravigliarsi (μὴ θαυμάσης), in quanto, relativamente alla conclusione del mutuo, le ipotesi che derogavano alla regola erano in realtà numerose (πολλὰ γὰρ παρὰ κανόνα ἐπὶ τοῦ δανείου κρατεῖ).

⁶⁶ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1535. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 611 (ove, invece, la trattazione risulta edita in un unico scolio, lo sch. 2): *Stephani. Hoc ita intellige, ut quasi pro defensione supra dictorum thematum haec dicat. Nam cum supra proposuerit thema contra iuris regulas, utputa de eo, qui discum accepit, ut eum venderet, et pecuniam redactam tanquam mutuum haberet, quasi pro sui defensione dixit, non esse, cur mireris, si haec ita se habeant: multa enim contra iuris regulas in mutuo obtinent.*

⁶⁷ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1535. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 611: *Hoc enim contra iuris regulas est, ut qui neque numeravit, necdum dominus nummorum effectus est, accipientem dominum faciat, quod in mutuo necessarium est. Hoc autem dixit quasi pro sui defensione, quia mutuum contrahitur, si quis discum acceperit, ut eum venderet, et pretio uteretur ex causa mutui, licet ego, qui discum vendendum dedi, nummorum dominus factus non sim.*

⁶⁸ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, pp. 1535 s. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 611: *Hoc Theophilus contra regulam inductum ait cap. 34. lib. 14. benigne autem receptum: ubi ait, ea, quae contra iuris rationem inducta sunt, benigne accipi oportere, nec vero ad tollendas regulas, vel ea, de quibus agitur, trahenda esse. Lege igitur ipsum.*

Poco oltre, nello sch. 3, Stefano chiarisce perché simili soluzioni avevano carattere derogatorio (Τοῦτο γάρ ἐστι τὸ παρὰ κανόνα). In particolare, egli, riprendendo verosimilmente le parole *videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta* conservate in D. 12.1.15, precisa che la deroga avrebbe avuto luogo quando una parte, pur non avendo effettuato direttamente la *numratio pecuniae* e pur non essendo previamente divenuta proprietaria dei *nummi* (μήτε ἀριθμήσας μήτε δεσπότης ἤδη τῶν νομισμάτων γενόμενος), avrebbe reso il ricevente proprietario dei medesimi (ποιεῖ τὸν λαμβάνοντα δεσπότην). Chiarito tale aspetto, il giurista torna sul *contractus mohatrae* e rammenta che la spiegazione appena fornita costituiva, per Ulpiano, una giustificazione (Τοῦτο δὲ εἶπεν ὑπεραπολογούμενος...) del fatto che, in tale contratto, il mutuo potesse considerarsi perfezionato (συνίσταται δάνειον) nonostante il debitore non avesse previamente trasferito al creditore il ricavato della vendita (καίτοι μὴ δεσπότης... ἐπὶ τῷ πραθῆναι).

Nella trattazione che segue, ossia nello sch. 4, Stefano richiama la soluzione di Africano conservata in D. 17.1.34 pr., sebbene da una prospettiva molto particolare: infatti, egli non si riferisce direttamente al contenuto del frammento, ma cita l'opinione maturata da Teofilo con riguardo a esso (λέγει ὁ Θεόφιλος...). In specie, egli ricorda che anche il maestro era consapevole che si trattava di una soluzione contro la regola (Τοῦτο παρὰ κανόνα), specificando altresì che essa era frutto, al pari di quanto avveniva nel caso del *iussum* (caso c), di un accoglimento “benevolo” (φιλαγάθως δὲ δεχθῆναι), ovvero di un approccio flessibile che ammetteva il perfezionamento del mutuo nonostante l'assenza di una *numratio pecuniae* diretta da parte del mutuante al mutuuario⁶⁹.

Appare inoltre significativo che Stefano non faccia alcun cenno all'opinione contraria a quella di Teofilo: una siffatta peculiarità, visto che il nostro *antecessor* era di norma attento a segnalare le divergenze di opinioni tra i giuristi bizantini a lui precedenti⁷⁰, potrebbe essere dovuta sia alla circostanza che l'opinione avversa non fosse stata ancora prospettata – non va dimenticato, invero, che la *summa* del primo Anonimo dovette essere di poco successiva (550 d.C.) –, sia al fatto che Stefano non intendesse prospettare un'opinione personale che ravvisava un netto contrasto tra la soluzione di Africano e quella di Ulpiano.

Cionondimeno, non può sfuggire che, anche in questa sede, Stefano abbia evitato di richiamare direttamente il contenuto di D. 17.1.34 pr. in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*: ancora una volta, dun-

⁶⁹ Si noti che Stefano, nella parte finale dello scolio (οὐ μὴν ... ἔλκειν), riporta anche che, così come rammentato da Teofilo in sch. 2 ad B. 14.1.34, un simile atteggiamento benevolo non avrebbe dovuto comportare lo stravolgimento delle norme o delle questioni indagate. Infine, l'*antecessor* invita gli studenti a leggere direttamente il passo di Teofilo (Ἀνάγνωθι οὖν αὐτόν). Su queste indicazioni, cfr., ancora, A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁷⁰ G. FALCONE, *Premessa*, cit., pp. 155 s.

que, il nostro *antecessor* pare assumere un atteggiamento più cauto di quello di Teofilo, presumibilmente perché egli, pur senza voler giungere a prospettare un'interpretazione del frammento in contrasto con la soluzione di Ulpiano conservata in D. 12.1.11 pr. (e con quella del suo maestro), come farà poi il primo Anonimo, era consapevole del fatto che il testo di Africano pervenuto nel Digesto avrebbe potuto effettivamente condurre a un simile esito.

4.3. Sch. 7 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15)

A questo punto, assume rilievo ai nostri fini un altro scolio nel quale Stefano torna a rivolgere l'attenzione alle divergenze che potevano affiorare tra le soluzioni di Ulpiano racchiuse in D. 12.1.11 pr. e D. 12.1.15 e quella di Africano contenuta in D. 17.1.34 pr. Dato che si tratta di uno scolio molto lungo, ove il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* viene preso in considerazione soltanto nella parte conclusiva, conviene qui concentrarsi soltanto sulle parti più rilevanti ai nostri fini.

Sch. 7 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Στεφάνου. Τοῦτό ἐστιν τὸ θαυμαστὸν καὶ δοκοῦν ὥσπερ παρὰ κανόνα, ὅτι μηδὲ ἀπαριθμήσεως γενομένης ἐπὶ δανείῳ μηδὲ ἐπερωτήσεως κατὰ νοβατίονα τίκεται ὁ κονδικτικίος ἥτοι ἡ μανδάτι ἀναδυομένη τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν, ὡς ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ ζ'. βιβ. τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ. α'. διγ. λδ'. φησίν. Τίς δὲ ἡ διαφορὰ; Ὅτι ἡ μανδάτι βοναφίδε τυγχάνουσα καὶ τὸν ἀπὸ συμφώνου δύναται τόκον ἀπαιτεῖν, ὡς φησιν ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ αὐτῷ ζ'. βιβ. τιτ. α'. διγ. λδ'. Ἀνάγνωθι τὴν ἐκεῖσε κειμένην παραγραφὴν [...]⁷¹.

Ἐνταῦθα δὲ οὐ μετετέθη δεσποτεία τῶν ἐποφειλομένων ἀπὸ τοῦ μανδάτου· παρ' αὐτῷ γάρ ἦν καὶ πρῶν τῷ ἐνταλθέντι. Καὶ εἰκότως δεσποτείας μὴ μετενεχθείσης μένει μὲν μανδάτι, ἀναδύεται δὲ τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν διὰ τὸ συνδόξαι ταῦτα ὡς ἀπὸ δανείου εἶναι παρὰ τῷ ἐποφλήσαντι καὶ δοκεῖν ὥσπερ λαβεῖν μὲν τὰ νομίσματα τὸν ἐντειλάμενον, αὐθις δὲ αὐτὸν παρασχεῖν τῷ πρῶν ἐνταλθέντι, οὐ μὴν ταῖς ἀληθείαις μετενηνέχθαι, ὡς ἐπὶ τοῦ δεποσίτου. Μὴ δόξη δὲ σοι ἐναντίως ἔχειν τοῖς οὕτως εἰρημένους ἡμῖν τὸ ἐν τῷ ια'. διγ. κείμενον θέμα τοῦ δίσκου τοῦ δοθέντος ἐπὶ τῷ πραθῆναι τῷ βουληθέντι δανείσασθαι καὶ χρήσασθαι αὐτοῖς τοῖς νομίσμασιν, ἔνθα μετὰ τὴν πρᾶσιν τοῦ δίσκου καὶ τὴν χρῆσιν τῶν νομισμάτων δάνειον συνέστη. Τεθεμάτισται γάρ ἐκεῖ τὴν ἀρχὴν ὁ λαβὼν τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ δανείσασθαι πρὸς τὸν δεδοκότα τοῦτον ἐλθόν. Ἄει δὲ οἱ νομικοὶ τῇ ἀρχῇ τῶν συναλλαγμάτων προσέχουσι

⁷¹ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1536, ove la parte del testo qui omessa risulta: [...] καὶ μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ εἰρημένον πρὸς τῷ τέλει τοῦ θ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ., ἔνθα τις εἶπε τῷ ἔχοντι τὴν παραθήκην χρῆσαι τοῖς νομίσμασι, καὶ πάντα μετετυπώθη, ὡς μηκέτι δεποσίτι, ἀλλὰ δανειακὸν κινεῖσθαι κονδικτικίον· ἐκεῖ γάρ, ἐπειδὴ ἡ δεσποτεία τῶν νομισμάτων τῶν παρατεθέντων ἦν ἐτι παρὰ τῷ παραθέντῳ, ἅμα δὲ καὶ εἶπε χρῆσαι τοῖς νομίσμασιν, εἰκότως ὡς δεσποτείας μετατεθείσης δανειακὸς συνέστη κονδικτικίος. Εὔρε γάρ τι κατὰ φύσιν τῷ δανείῳ παρεπόμενον, τὴν τῆς δεσποτείας λέγω μετάθεσιν. Cfr. altresì la traduzione in latino dell'intero scolio adottata dagli Heimbach (*infra* nt. 72), nonché quelle in spagnolo, olandese e tedesco, elaborate, rispettivamente, da E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 100 ss.; H. DE JONG, *Stephanus*, cit., pp. 313 ss.; EAD., *Ἐντολή*, cit., pp. 230 ss.

καὶ ἐξ αὐτῶν τὰς ἀγωγὰς ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον παρέχουσιν, ὡς ἔστι μὲν μαθεῖν καὶ ἀλλαχόθεν αὐτό, φησὶ δὲ αὐτὸ κανονικῶς καὶ ὁ Οὐλπιανὸς βιβλ. ζ'. τοῦ παρόντος συντάγματος τίτ. α'. θεμ. α'. τοῦ η'. διγ.⁷²

Stefano apre l'approfondimento richiamando la soluzione che poteva apparire per certi versi sorprendente e contraria alla regola (τὸ θαυμαστὸν, δοκοῦν ὥσπερ παρὰ κανόνα): pur in assenza dei requisiti necessari per il perfezionamento del mutuo e, in particolare, della *numeratio* (ἀπαριθμησις) – alla quale Stefano aggiunge la stipulazione novatoria (ἐπερώτησις κατὰ νοβατίονα) –, il creditore avrebbe potuto agire con la *condictio* e, pertanto, il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso. Cionondimeno, accanto al riferimento alla possibilità di agire con *condictio*, egli aggiunge che il creditore avrebbe potuto agire con l'*actio mandati*, la quale avrebbe però assunto la natura di *condictio* (τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν)⁷³, come emergeva proprio dalla soluzione di Africano conservata in D. 17.1.34 pr.

Sin da queste prime considerazioni, si evince dunque che l'*antecessor* intendesse risolvere la contraddizione che poteva rilevarsi tra la soluzione elaborata da Ulpiano, in D. 12.1.15, in ordine al mandato, e quella prospettata da Africano in ordine al caso a), ossia alla fattispecie relativa al *procurator*. Invero, come già evidenziato, Africano aveva negato che il mandato potesse conver-

⁷² H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1536. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, pp. 611 s. (i quali propongono l'edizione del testo allo scolio n. 5, con alcune varianti testuali, tra le quali la più rilevante è θαυμαστὸν γὰρ ἐκεῖ in luogo di Τεθεμάτισται γὰρ ἐκεῖ): Stephani. Hoc mirabile est, videturque quasi contra regulam, quod nec facta numeratione, nec stipulatione novandi animo, nascatur condictio, seu actio mandati, quae assumit naturam conductionis, ut ait Africanus lib. 17. tit. 1. dig. 34. seu lib. 14. Quatenus autem differentia est? Quod mandati actio, quae bonae fidei est, usuras etiam ex pacto petere potest, ut ait Africanus in eodem dig. 34. Lege ibi positam adnotationem. Non obstat, quod dicitur circa finem dig. 9. huius tituli, ubi quis permisit habenti depositum, ut nummis uteretur, et omnia transformata sunt, ut non amplius depositi actioni, sed conductioni ex mutuo locus sit: ibi enim quia dominium nummorum depositorum adhuc erat penes depositorem, simul autem dixit, utere nummis, merito quasi dominium nummorum translato condictio ex mutuo constituit. Invenit enim aliquid, quod mutuum secundum naturam subsequitur, dominii, inquam, translationem. Hoc autem loco non est dominium translatum eorum, quae ex causa mandati debebantur: erat enim et primum penes mandatarium. Et merito dominium non translato manet quidem mandati actio, assumit autem naturam conductionis, quod convenerit, ut ex causa mutui esset apud debitorem, et quod videatur mandator nummos quidem recepisse, rursus autem pristino mandatario tradidisse, non revera transtulisse, ut in deposito. Nec videatur his, quae a nobis dicta sunt, tibi ob stare thema dig. 11. positum de disco dato ei, qui mutuari voluit, ut eum venderet, et nummis uteretur, ubi post conductionem disci et usum nummorum mutuum contraxit. Mirabile enim ibi est, quod initio qui discum accepit, ut mutuaretur, ad eum, qui discum dedit, accessit. Semper autem Iureconsulti initium contractuum spectant, et ex ipsis actiones ut plurimum dant, quod et aliunde disci potest, et regulariter definit Ulpianus lib. 18. tit. 1. them. 1. dig. 8. seu lib. 14.

⁷³ Sulle peculiarità di tale soluzione, la dottrina si è a lungo soffermata: cfr. C. LONGO, "Natura actionis", cit., pp. 82 ss.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 100 ss., con ulteriore letteratura; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 404 e nt. 62; H. DE JONG, *Stephanus*, cit., pp. 314 s.; EAD., *Ἐντολή*, cit., pp. 231 s.; S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018, p. 127.

tirsi in un mutuo in virtù di un mero *pactum ex intervallo*, mentre Ulpiano, in D. 12.1.15, sembra ammettere una siffatta “conversione”, presupponendo che potesse operare la doppia finzione già descritta (*ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*).

Inoltre, siamo ora in grado di percepire che Stefano, per risolvere la contraddizione, fece probabilmente leva su uno spunto offerto da Teofilo, il quale, in relazione al caso a), aveva sostenuto che, per quanto Lucio Tizio avrebbe potuto agire soltanto con l'*actio mandati*, tale *actio* avrebbe assunto una natura più ampia di quella consueta (Πλατύνεται...μандάτι). Tuttavia, si evince altresì che Stefano sviluppò un simile spunto mediante un apporto ermeneutico personale tutt'altro che trascurabile, che faceva ricorso, con tutta verosimiglianza, allo strumentario concettuale che aveva assimilato in precedenza e, segnatamente, alle concezioni relative alla *natura actionis* (e alla *natura contractus*) proprie della sua epoca.

In particolare, come sottolineato da Longo⁷⁴, l'*antecessor* sembra aver trovato il modo per appianare la contraddizione facendo leva su una logica tipicamente giustiniana, la quale ammetteva una sorta di «transazione tra le due azioni»⁷⁵. Una simile logica, peraltro, era diametralmente opposta a quella dei giuristi classici, i quali, invece, «miravano a stabilire quale delle due azioni (*actio certae creditae pecuniae* oppure *actio mandati*) dovesse applicarsi in modo esclusivo», sulla base del presupposto che esse presentassero caratteristiche diverse. Infatti, come abbiamo già evidenziato, Africano e Ulpiano, basandosi su tale logica, avrebbero finito per ricostruire il rapporto tra le parti in chiave alternativa – come un mutuo, oppure, laddove quest'ultimo contratto non potesse ritenersi perfezionato, come un mandato⁷⁶ –. Stefano, invece, ammettendo la possibilità che il frammento di Africano potesse interpretarsi come se il mandante avesse a disposizione un'*actio mandati* che avrebbe assunto la funzione della *condictio certae creditae pecuniae*, sarebbe giunto a ravvisare nella fattispecie un “mandato irregolare”⁷⁷ il quale, alla fin fine, non sarebbe stato poi così distante dal mutuo, dal momento che avrebbe consen-

⁷⁴ C. LONGO, “*Natura actionis*”, cit., pp. 82 ss.

⁷⁵ Così ancora C. LONGO, “*Natura actionis*”, cit., p. 82. Sulle novità relative alla disciplina dell'azione nel periodo giustiniano (e, in particolare, sul fatto che l'azione inizialmente intentata potesse “mutare” in un'altra nel corso del giudizio), cfr. S. SCIORTINO, *Il nome*, cit., p. 127, nt. 218, il quale ha recentemente osservato che, anche laddove l'azione fosse «mutata» durante il processo, non si sarebbe potuto agire una seconda volta per la medesima pretesa con altra azione.

⁷⁶ Cionondimeno, va rammentato che lo stesso Ulpiano, con riguardo al rapporto contrattuale intervenuto tra le parti prima della vendita del bene, pare altresì ammettere che il creditore avrebbe potuto agire con l'*actio praescriptis verbis* e che, dunque, la fattispecie potesse considerarsi come un contratto innominato. Una siffatta deduzione si evince infatti dal contenuto di D. 19.5.19 pr., sul quale cfr. *supra* nt. 30.

⁷⁷ Così, H. DE JONG, *Εντολή*, cit., p. 230 s.

tito al mandatario l'utilizzo delle somme ricavate dall'esecuzione del mandato come capitale oggetto di un prestito concesso dal mandante.

Cionondimeno, nel prosieguo della trattazione (Τίς δέ... παραγραφὴν), Stefano mostra di voler conciliare questa soluzione con quella di Africano, tanto che, dopo essersi posto l'interrogativo in ordine alla differenza sussistente tra le due azioni (Τίς δέ ἡ διαφορά;), risponde, proprio sulla base di D. 17.1.34 pr.⁷⁸, che l'*actio mandati*, in quanto azione di buona fede (βοναφίδε τυγχάνουσα), avrebbe consentito al creditore di conseguire anche le *usurae ex pacto* (τὸν ἀπὸ συμφώνου... τόκον ἀπαιτεῖν), mentre, come già abbiamo visto, la *condictio certae creditae pecuniae* no. Con tale osservazione, dunque, l'*antecessor* sembra sforzarsi di raccordare l'impostazione classica con quella giustinianea da lui adottata poco prima, chiarendo che l'*actio mandati*, per quanto idonea a svolgere una funzione analoga a quella della *condictio* con riguardo al capitale, si sarebbe differenziata da quest'ultimo rimedio, sulla base della logica adottata da Africano, con riguardo alla possibilità per l'attore di ottenere le *usurae*. Pertanto, Stefano invita i discenti a leggere la παραγραφὴ riferita al frammento di Africano (Ἀνάγνωθι τὴν ἐκεῖσε κειμένην παραγραφὴν): si tratta, forse, della spiegazione conservata nello sch. 8 ad B. 14.1.34, che, però, come già rilevato, è a noi giunto incompleto.

A questo punto, possiamo passare alla disamina dell'ampio stralcio di testo riportato nella seconda parte dello sch. 7 ad B. 23.1.15 (Ἐνταῦθα... διγ.), nella quale il nostro *antecessor*, dopo aver dedicato un breve approfondimento al caso del deposito (caso b)⁷⁹, allo scopo di ricordare che la "conversione" in mutuo – e in particolare, l'esperibilità della *condictio* – poteva ammettersi, dal momento che, pur in assenza di una *numeratio* diretta, il trasferimento della somma dal mutuante al mutuatario poteva considerarsi avvenuto in virtù di una *traditio brevi manu*, torna a concentrarsi sulle peculiarità della fattispecie del mandato (caso a), presa in esame in D. 17.1.34 pr.

Stefano osserva che, in seno a tale fattispecie, non poteva invece ravvisarsi il trasferimento della proprietà della somma oggetto del finanziamento dal mandante al mandatario (Ἐνταῦθα δέ... ἀπὸ τοῦ μανδάτου), dal momento che tale somma era già di proprietà del mandatario (παρ' αὐτῷ γὰρ ἦν καὶ πρώην τῷ ἐνταλθέντι). Tuttavia, poco oltre, egli sottolinea, ancora una volta, che il mandante avrebbe potuto richiedere in giudizio la restituzione della somma con l'*actio mandati*, che avrebbe assunto la natura di *condictio* (... μένει μὲν μανδάτι, ἀναδύεται δὲ τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν), e collega una simile possibilità al fatto che le parti si fossero accordate nel senso di considerare la somma come se fosse stata data a mutuo (διὰ τὸ συνδόξαι ταῦτα ὡς ἀπὸ δανείου

⁷⁸ Infatti, il rinvio che si ritrova nello scolio, per quanto non del tutto preciso con riguardo all'indicazione del libro del Digesto (ἐν τῷ αὐτῷ ζ'. βιβ. τιτ. α'. διγ. λδ'), pare potersi riferire a D. 17.1.34.

⁷⁹ Come si legge nello stralcio riportato *supra* nt. 71, sul quale cfr. E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 102 s.

εἶναι παρὰ τῷ ἐποφλήσαντι), nonché alla circostanza che, in apparenza, poteva sembrare che il mandante avesse acquisito la proprietà della somma e la avesse poi ritrasferita al mandatario (δοκεῖν...ἐνταλθέντι), anche se in realtà non era avvenuto alcun trasferimento.

Di conseguenza, possiamo ora percepire come Stefano, anche in questa sede, adotti una posizione estremamente conciliante: da un lato, infatti, egli esclude che, nel caso a) esaminato da Africano in D. 17.1. 34 pr., potesse ammettersi la conclusione del mutuo – tanto che il creditore non avrebbe potuto agire con la *condictio certae creditae pecuniae* –. Dall'altro lato, però, egli pone l'accento sul fatto che, in tale fattispecie, le parti si fossero accordate per la “conversione” del mandato in mutuo, come se avesse operato una doppia finzione analoga a quella che abbiamo evidenziato per il caso c) e per lo stesso *contractus mohatrae*. Ebbene, appare altresì evidente che Stefano non giunge ad ammettere che un simile percorso argomentativo potesse indurre a considerare il mutuo effettivamente perfezionato, ma afferma che comunque avrebbe condotto a far assumere all'*actio mandati* la natura della *condictio*.

A questo punto, si evince in maniera ancora più nitida come Stefano avesse inteso conciliare la contraddizione tra il frammento di Ulpiano conservato in D. 12.1.15 e quello di Africano in ordine alla fattispecie del mandato (caso a), dato che, come abbiamo visto, dalla soluzione ulpiana – e, segnatamente, dalla frase *videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta* – poteva emergere la possibilità di ravvisare il perfezionamento del mutuo, che veniva però escluso da Africano. Infatti, alla luce del ragionamento prospettato da Stefano, le due soluzioni non sarebbero state del tutto antitetiche, dal momento che, se dal frammento di Ulpiano sarebbe emersa la possibilità di ravvisare il mutuo e la possibilità per il creditore di agire con la *condictio*, dal frammento di Africano – o, *rectius*, dall'interpretazione del medesimo fondata sulla logica della *natura actionis* propria dell'epoca giustiniana – sarebbe comunque emersa la possibilità di agire con l'*actio mandati* avente natura di *condictio*.

Tuttavia, dalla trattazione del nostro *antecessor* e particolare dal fatto che egli ribadisca più volte che, nel caso del mandato, la proprietà del denaro non sarebbe stata trasferita al mandatario nonostante potesse apparire il contrario, sembra potersi altresì percepire che egli, verosimilmente, considerasse preferibile la soluzione di Africano.

4.4. Il richiamo al *contractus mohatrae*

Nella parte conclusiva del testo (Μὴ δόξη...*finem*), il nostro *antecessor* torna a riflettere sul *contractus mohatrae*, sottolineando come la soluzione prospettata in ordine al mandato non dovesse ritenersi contraddittoria rispetto al caso, contemplato nel frammento 11 (ἐν τῷ ἰ. διγ.), ossia in D. 12.1.11 pr. In relazione a questo caso – che viene ancora una volta tratteggiato come la fattispecie nella quale un soggetto aveva consegnato un vassoio da vendere a colui che aveva richiesto un mutuo, affinché quest'ultimo utilizzasse il ricavato

dalla vendita come somma oggetto del mutuo –, Stefano afferma che si sarebbe potuta ravvisare la conclusione del mutuo, una volta che la vendita si fosse realizzata e l'accipiente avesse utilizzato la somma (ἐνθα μετὰ τὴν πρᾶσιν τοῦ δίσκου καὶ τὴν χρῆσιν τῶν νομισμάτων δάνειον συνέστη)⁸⁰. Mediante questa precisazione, Stefano ci consente di capire ciò che dallo sch. 8 ad B. 14.1.34 avevamo potuto soltanto dedurre, ossia che, anche a suo avviso, il mutuo si sarebbe perfezionato nel *contractus mohatrae*, una volta avvenuta la vendita del bene.

Cionondimeno, possiamo ancora osservare che il nostro giurista non analizza la contraddizione che poteva emergere in D. 17.1.34 pr. e D. 12.1.11 pr. in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma, come già aveva fatto Teofilo, si concentra sulla possibile contraddizione – o meglio sulla ragione del distinguo – tra la soluzione relativa a tale contratto e quella relativa al caso a) esaminato in D. 17.1.34 pr. Invero, nel prosieguo della sua spiegazione, egli pone l'accento sul fatto che, nel *contractus mohatrae*, a differenza che nel caso a), poteva ravvisarsi un mutuo in quanto le parti avevano concordato, sin dall'inizio, che l'intera operazione negoziale mirava a consentire al ricevente di ottenere e utilizzare, a titolo di mutuo, il capitale del quale aveva bisogno (...τὴν ἀρχὴν ὁ λαβὼν τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ δανείσασθαι πρὸς τὸν δεδωκότα τοῦτον ἐλθόν).

Perciò, una siffatta argomentazione sembra far emergere che, ad avviso di Stefano, lo scopo iniziale dell'operazione negoziale divisata dalle parti consentisse di ravvisare la volontà del creditore di rendere il richiedente proprietario della somma ottenuta dalla vendita, pur in assenza di una *numeratio pecuniae* da parte sua. Infine, a conforto di tale osservazione, Stefano ricorda che i giureconsulti classici, nel valutare i rapporti contrattuali, prestavano attenzione alle caratteristiche da essi rivestite sin dall'inizio (τῇ ἀρχῇ τῶν συναλλαγμάτων προσέχουσι) e che, in ragione di esse, accordavano le tutele giurisdizionali (ἐξ αὐτῶν τὰς ἀγωγὰς ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον παρέχουσιν), come d'altronde emergeva anche da quanto affermato da Ulpiano in D. 7.1.8 (da leggersi, presumibilmente, come D. 17.1.8 [B. 14.1.8])⁸¹.

Dunque, ci rendiamo ora conto che, nella ricostruzione dogmatica prospettata da Stefano, l'impossibilità di ammettere il perfezionamento del mutuo nel caso a) derivava dal fatto che le parti avessero previsto che il *procurator* utilizzasse la somma ricavata nell'esecuzione del mandato come somma ricevuta a mutuo soltanto in un momento successivo rispetto all'accordo originario. In tale momento, infatti, la proprietà della somma era già stata trasferita al *procurator* dai debitori del mandante e, di conseguenza, non si sarebbe potuto ammettere che il trasferimento provenisse, per quanto indirettamente, dal mandante.

⁸⁰ Sul punto, cfr., ancora, E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 102 s.

⁸¹ D. 17.1.8 pr. (Ulp. 31 ad ed.): [...] *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*.

Ad ogni modo, se ci fermiamo un attimo a riflettere su quest'ultima argomentazione di Stefano, siamo in grado di rilevare che essa avrebbe forse potuto condurre ad ammettere, seppur mediante un ragionamento *a contrario*, che, nel caso di un mandato che avesse previsto, sin dall'inizio, l'autorizzazione per il mandatario di trattenere e utilizzare la somma ricavata dall'esecuzione del mandato come somma data a mutuo, il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso. In questo modo, quindi, Stefano avrebbe indicato all'interprete, seppur indirettamente, la strada per risolvere anche la possibile contraddizione tra la soluzione indicata da Ulpiano in D. 12.1.15 e quella prospettata da Africano in D. 17.1.34 pr. in ordine alla possibilità di "convertire" in mutuo un precedente rapporto di mandato.

Ma, se ora torniamo alla problematica di nostro interesse con riguardo al *contractus mohatrae*, possiamo evidenziare due ulteriori dati che, ancora una volta, denotano una maggiore cautela del nostro *antecessor* rispetto a Teofilo: Stefano, infatti, non si spinge fino a dichiarare apertamente, come aveva fatto Teofilo, che nel *contractus mohatrae* operasse la doppia finzione – in virtù della quale si sarebbe presupposto che la somma ricavata dalla vendita del bene fosse stata trasferita al creditore da colui che aveva richiesto il mutuo e che lo stesso creditore l'avesse poi, a sua volta, trasferita al medesimo richiedente –, ma si limita ad affermare che un simile trasferimento si sarebbe potuto ammettere in virtù dell'assetto conferito dalle parti sin dall'inizio all'operazione negoziale. Inoltre, ci rendiamo ora conto che, anche nella trattazione conservata in quest'ultimo scolio, Stefano aveva fondato la possibilità di considerare concluso il mutuo nel *contractus mohatrae* soltanto sulla soluzione di Ulpiano conservata in D. 12.1.11 pr. e non, come aveva fatto Teofilo, sulla base del frammento di Africano. Perciò, una simile scelta parrebbe celare, ancora una volta, una certa difficoltà di Stefano nell'ammettere che il perfezionamento del mutuo nel nostro contratto potesse desumersi dalla soluzione di Africano, presumibilmente proprio in virtù della frase *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* in esso contenuta.

Di conseguenza, alla luce delle riflessioni sin qui prospettate, pare ora emergere con maggiore chiarezza che Stefano, a differenza di Teofilo, nutrisse una qualche incertezza in merito alla possibilità di desumere il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* dal frammento di Africano contenuto in D. 17.1.34 pr. Tuttavia, se ripercorriamo con attenzione le argomentazioni prospettate da Stefano nello scolio appena esaminato, possiamo altresì capire che da esse si sarebbero potute ricavare le coordinate utili ad appianare anche l'eventuale contraddizione tra Africano e Ulpiano con riguardo a questo profilo.

Infatti, a ben guardare, laddove si fosse ritenuto, come poi farà il primo Anonimo, che la soluzione di Africano attestasse l'impossibilità di considerare perfezionato il mutuo nel *contractus mohatrae*, la divergenza rispetto alla soluzione offerta da Ulpiano avrebbe potuto essere superata ammettendo che, in virtù dell'incarico di vendere il bene conferito al richiedente anche nella

fattispecie esaminata da Africano, il creditore avrebbe potuto agire per ottenere la restituzione della somma mediante un'*actio mandati* avente natura di *condictio*.

A questo punto, si può forse cogliere il valore della riflessione di Stefano sin qui analizzata nel fatto che egli, attraverso la sua cauta disamina, pur non avendo affrontato direttamente la contraddizione che il Digesto avrebbe potuto far affiorare in relazione al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, avesse comunque prospettato una via interpretativa che avrebbe condotto a superarla.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, appare ora opportuno tirare le fila del nostro discorso sul contributo ermeneutico di Stefano in relazione alla contraddizione che pare emergere, in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, tra il frammento di Africano conservato in D. 17.1.34 pr. e quello di Ulpiano contenuto in D. 12.1.11 pr.

Come abbiamo potuto constatare, Stefano non sembra essersi limitato a recepire le soluzioni elaborate dai suoi predecessori e, in particolare, da Teofilo, ma elaborò un contributo ermeneutico che, pur prendendo spunto da quello del maestro, si caratterizza indubbiamente per alcuni profili di originalità. Egli infatti, così come Teofilo, sostenne la possibilità di ammettere la conclusione del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma, a differenza del maestro, evitò di fondare tale esito su D. 17.1.34 pr., preferendo ricavarlo dalla soluzione di Ulpiano.

Pertanto, la riflessione di Stefano appare ben più cauta di quella del maestro, presumibilmente perché egli, basando ormai la propria interpretazione soltanto sul testo di D. 17.1.34 pr. pervenuto nell'antologia imperiale, si era reso conto che esso – e, in specie, l'inciso *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* – avrebbe potuto condurre alla conclusione opposta rispetto a quella prospettata da Teofilo, ossia a negare il perfezionamento del mutuo. Di conseguenza, come sin qui emerso, Stefano probabilmente non ritenne di poter affermare la concordanza tra le due testimonianze, ma neppure di poterla escludere apertamente.

Egli giunse così a prospettare un'argomentazione che tentava di raccordare la logica su cui si fondava la soluzione di Africano, con quella giustiniana, in virtù della quale, anche laddove non fosse stato possibile ravvisare il perfezionamento del mutuo, il creditore avrebbe potuto agire nei confronti del debitore con un'*actio mandati* che avrebbe assunto la natura della *condictio*. Dunque, pur senza affrontare direttamente la possibile contraddizione tra la soluzione di Africano e quella di Ulpiano con riguardo al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, Stefano giunse a proporre un percorso argomentativo che avrebbe comunque consentito di risolverla.

Per questo motivo, possiamo ora evincere ancor più chiaramente come la riflessione di Stefano, all'interno del dibattito che scaturì tra i giuristi bizantini in ordine alla divergenza tra Africano e Ulpiano, possa collocarsi in una posizione intermedia non soltanto sotto il profilo cronologico, ma anche sotto quello contenutistico. Essa, invero, appare distante dall'affermare la piena concordanza tra le due soluzioni, come invece emergeva dalla trattazione di Teofilo, ma neanche mostra di approdare alla netta contrapposizione tra le medesime che sarà poi ravvisata dal primo Anonimo.

Abstract [Ita]

L'articolo, prendendo le mosse dall'apparente divergenza tra le soluzioni conservate in D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*) e D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), esamina il problema del perfezionamento del mutuo nel cd. *contractus mohatrae*, con specifico riguardo alle interpretazioni dei giuristi bizantini che operarono nei decenni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Digesto. Particolare attenzione è dedicata alla riflessione di Stefano, il quale, pur adottando una posizione cauta – che non giunse né a sostenere la concordanza tra Africano e Ulpiano né a negarla –, fornisce un contributo significativo nel percorso ermeneutico intrapreso dai giuristi bizantini al fine di armonizzare la contraddizione che emergeva dal Digesto.

Parole chiave: perfezionamento del mutuo; *contractus mohatrae*; divergenze nel Digesto; giuristi bizantini; Stefano.

Abstract [Eng]

The paper examines the problem of loan completion in the so-called *contractus mohatrae*, starting from the apparent divergence between the solutions preserved in D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*) and D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*). It focuses on the interpretations developed by Byzantine jurists in the decades immediately following the implementation of the Digest. Particular attention is devoted to the thought of Stephanus, who, while adopting a cautious position – neither affirming nor denying the concordance between Africanus and Ulpian – makes a notable contribution to the hermeneutic process through which Byzantine jurists aimed to reconcile the contradiction arising from the Digest.

Keywords: loan completion; *contractus mohatrae*; divergences in the Digest; Byzantine jurists; Stephanus.

Metodologie, esperienze e pratiche della ricerca storico-giuridica: le fonti (Bertinoro 24-26 luglio 2025)

Maria Cheri

Nelle giornate comprese tra il 24 e il 26 luglio 2025 si è svolto, per il secondo anno consecutivo, presso il Centro Residenziale Universitario di Bertinoro, il *summer meeting* che vede riuniti i dottoranti dei settori scientifico – disciplinari Ius/18 e Ius/19. L'iniziativa è stata dedicata all'ascolto e alla discussione di interventi formativi tenuti da professori afferenti alle rispettive aree di studio. Il filo conduttore delle diverse relazioni è stato individuato nello studio delle fonti atipiche. La prima giornata, il 24 luglio, è stata riservata all'accoglienza dei dottorandi provenienti da diverse parti d'Italia e alla loro sistemazione presso la residenza universitaria. A partire dal giorno successivo si sono susseguiti i vari interventi dei professori invitati.

Il primo contributo è stato tenuto da Valerio Gigliotti, Professore dell'Università di Torino, con una relazione dal titolo: "Le fonti del diritto: il medioevo". Il fulcro dell'intervento è stato rappresentato dal concetto di "fonte". Muovendo da una comparazione delle metodologie impiegate nello studio delle fonti giuridiche, il relatore è giunto fino all'età contemporanea, illustrando come l'intelligenza artificiale abbia indotto i giuristi a rivedere il proprio approccio alle fonti, agevolandone al contempo l'accesso attraverso strumenti quali le banche dati. Un ruolo centrale nell'argomentazione è stato attribuito alla fonte medievale, caratterizzata da una forte componente etica e da una concezione della giustizia intesa come virtù; equità che modifica la giustizia quando la stessa diventa ingiustizia. In un secondo momento, il relatore ha definito la fonte quale sorgente, impulso richiamando la tradizionale dicotomia tra fonte di produzione e fonte di cognizione. Quest'ultima pur essendo editata dall'archivista, trova nel giurista colui che le conferisce voce e significato interpretativo, evitando che rimanga una mera "fonte muta". Dopo aver esaminato le principali fonti dei diversi periodi storici, riservando particolare attenzione al *Corpus Iuris Civilis*, quale testo fondamentale per la formazione dei diritti degli ordinamenti successivi, il Professore ha concluso sostenendo che il giurista moderno deve saper affrontare le sfide poste dalla contemporaneità, mantenendo quello spirito critico che da sempre ne caratterizza il ruolo.

A seguire ha preso la parola Ileana Del Bagno, Professoressa dell'Università di Salerno con un intervento dal titolo: "Le fonti del diritto: età moderna e contemporanea". La relazione si è concentrata preliminarmente sulla nozione di ricerca scientifica e la studiosa si è soffermata sui requisiti che devono caratterizzarla affinché possa dirsi tale. In particolare, la Professoressa ha evidenziato come la ricerca debba essere improntata al rigore metodologico, sorretta da un'argomentazione coerente e fondata su un'adeguata e puntuale documentazione. Tali caratteristiche rappresentano il risultato di un solido lavoro di ricerca bibliografica e, soprattutto, di un attento e consapevole studio delle fonti, il cui esito trova espressione concreta nell'apparato delle note. Queste ultime, lungi dall'essere un mero corredo formale del testo, costituiscono una vera e propria testimonianza dello studio approfondito, minuzioso e preciso condotto dal giurista, rendendo visibile il percorso critico e interpretativo sotteso all'elaborazione scientifica. Nel corso dell'intervento è stato inoltre sottolineato come le fonti non possano essere oggetto di una lettura passiva. Al contrario, richiedono un approccio critico e consapevole, esente da superficialità e volto a coglierne il significato autentico. Il giurista, quindi, è chiamato a interrogarsi costantemente sull'attendibilità delle fonti che studia e utilizza come materiale per la propria ricerca, assumendo un ruolo attivo nel processo di conoscenza e costruzione del sapere giuridico.

Dopo una breve pausa caffè, i dottorandi si sono suddivisi in due gruppi in base al rispettivo ambito di studio. Per i dottorandi di diritto romano ha avuto, quindi, luogo la relazione di Luigi Pellicchi, Professore dell'Università di Parma, con un contributo dal titolo: "Il diritto in prosa e in poesia: prospettive di ricerca e vincoli metodologici". In apertura, lo studioso ha fatto ricorso al metodo di studio della corrente nord – americana della *Law & Literature*¹ (troppo lontana da noi e poco utilizzata da parte degli storici del diritto e dei romanisti, ma che comunque può essere presa come riferimento per lo studio delle fonti), per argomentare il suo discorso seguendo due prospettive di ricerca: *Roman Law as Literature* e *Roman Law in Literature*. La prima prospettiva considera il diritto romano come prodotto linguistico², valorizzando l'uso suppletivo delle fonti letterarie al fine di recuperare le caratteristiche della scrittura giuridica oscurate dalla selezione giustiniana. La seconda, invece, guarda al diritto romano come soggetto della letteratura latina. La storia del diritto è al servizio della critica letteraria. In questa ultima impostazione, le competenze dello storico del diritto assumono un ruolo fondamentale, sia per chiarire il ruolo attribuito al diritto nella struttura e ai fini del messaggio di fondo dell'opera, sia per affiancare lo studioso della letteratura

¹ La corrente *Law & Literature* si declina in due prospettive di ricerca principali: *Law in Literature*, ossia diritto come oggetto della letteratura d'invenzione e *Law as Literature*, il diritto come prodotto linguistico.

² D. MANTOVANI, *La letteratura invisibile. I giuristi romani come scrittori*, Roma-Bari, 2024.

latina nell'interpretazione di punti tecnicamente complessi. Al contempo, la critica letteraria, se esercitata correttamente può essere d'aiuto al giurista. I testi letterari, ha proseguito lo studioso, possono essere usati secondo quattro prospettive, al fine di favorire uno studio più integrato del diritto romano. Queste sono: effettività economica, effettività sociale, critica negativa e critica positiva del diritto. Insieme, esse consentono di comprendere in che modo le norme operassero concretamente nella prassi e di cogliere come la devianza fosse percepita, narrata e giudicata all'interno della società. Parallelamente, la letteratura d'invenzione offre la possibilità di rappresentare conflitti tra norma giuridica e giustizia, tra legalità e potere, nonché tra legge e sfera personale e sentimentale, stimolando così una riflessione etica sul senso e sui limiti del diritto. Attraverso l'analisi dei testi è, inoltre, possibile ricavare i principi di equità e di equilibrio che sottendono le singole norme giuridiche. Tali principi, spesso, non esplicitati nei testi giuridici, possono emergere chiaramente grazie all'interpretazione critica della letteratura, offrendo un supporto prezioso per la comprensione profonda del diritto romano. Per concludere, il Professore ha esplicitato i vincoli metodologici da seguire per meglio approcciarsi a tale tipo di fonte. Il vincolo di accesso al testo da un punto di vista filologico/editoriale, che presuppone una verifica della stabilità testuale della fonte. Il vincolo di accesso al testo da un punto di vista filologico/letterario: lo scarto tra codice letterario e codice giuridico va riconosciuto e gestito, tanto dal punto di vista del lessico, quanto da quello della *dispositio* adottati dall'autore dell'opera e infine il vincolo di trasposizione letteraria del giuridico che si basa sul presupposto che l'impiego di elementi giuridici come materiali narrativi non può essere inteso come una forma di registrazione documentaria in senso stretto.

A prendere successivamente la parola è stato Pierangelo Buongiorno, Professore dell'Università di Macerata, con un intervento dal titolo: "Il contributo delle fonti storiografiche alla ricostruzione dell'ordinamento giuridico romano". Il suo studio ha preso avvio da due interrogativi fondamentali: "Che cosa fare delle fonti storiografiche?" e "Che cosa è la storia?"³. Queste domande introducono il tema del rapporto fra diritto, uomo e tempo. Il diritto è qui considerato sia come scienza umana sia come scienza politica, con l'obiettivo di creare delle interazioni fra gli uomini. Sul concetto di tempo, invece, il relatore ha prospettato due visioni: una lineare, quella seguita da Agostino, e l'altra circolare, come emerge da alcuni testi della tradizione greca (es. Talete). L'attenzione del Professore si concentra sull'interpretazione delle fonti storiografiche, sottolineando come tale operazione non sia neutra, ma dipenda strettamente dalla prospettiva adottata per la loro categorizzazione e analisi. Ogni scelta metodologica, pertanto, influenza la comprensione e la ricostruzione del passato. In ultima analisi, il Professore, ha illustrato il metodo di

³ Per questa seconda domanda si riporta al quesito di Gradenwitz e al dibattito che ne segue in merito alle interpolazioni dei testi giuridici classici da parte dei giuristi bizantini.

indagine più appropriato per la ricostruzione dei testi giuridici pervenuti (*die Texte Wiederherstellung*), noto come ricerca palinogenetica. Tale approccio consente di ricostruire il contenuto originario dei testi, valorizzando la loro struttura e il contesto storico e rappresenta uno strumento essenziale per chi studia dai testi, poiché permette di leggere fonti in maniera critica e consapevole, mantenendo sempre l'equilibrio tra rigore storico e interpretazione metodologica.

A concludere la giornata del 25 luglio è stata Rossella Laurendi, Professoressa dell'Università di Genova, con un intervento dal titolo: "Non solo ausiliarie: l'archeologia e l'epigrafia come fonti per lo studio del diritto romano". La studiosa ha innanzitutto proposto una distinzione tra fonti tecniche e fonti atecniche, per poi soffermarsi su alcuni dei principali strumenti di consultazione delle fonti quali: CIL (*Corpus Inscriptionum Latinorum*), ILS (*Inscriptiones Latinae Selectae*), FIRA (*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*), PUG (papiri dell'Università di Genova). Nel corso dell'esposizione, particolare attenzione è stata riservata all'epigrafia, illustrata attraverso esempi significativi. Tra questi cita la *Tabula Lugdunensis*, tavola bronzea ritrovata a Lione, di particolare rilevanza poiché riporta il discorso pronunciato dall'imperatore Claudio in senato nel 48 d.C., ove egli si esprime a favore della concessione dell'accesso al senato ai membri dell'*élite* della Gallia Comata. Un ulteriore esempio è rappresentato dal *Lapis Satricanus*, iscrizione incisa su una pietra di colore giallastro rinvenuta a *Satricum*, databile tra la fine del VI e gli inizi del V secolo a.C., verosimilmente riconducibile a un gruppo di *sodales*, ossia guerrieri professionisti uniti per lealtà sotto un condottiero. Attraverso tali esempi, la Professoressa ha inteso sottolineare l'importanza dell'epigrafia quale fonte autonoma e insostituibile, capace di offrire preziose informazioni non solo sul diritto, ma anche sulla dimensione sociale e sulla quotidianità delle comunità del passato, contribuendo così a una comprensione più completa e concreta del mondo romano.

Con queste parole è terminata la prima giornata di alta formazione.

La mattina seguente, dopo i consueti saluti, sono ripresi gli interventi. A prendere la parola in questa ultima giornata è stato Giunio Rizzelli, Professore dell'Università di Foggia, con una relazione dal titolo: "La declamazione giudiziale latina e l'esperienza giuridica romana tra la fine della repubblica e il principato". Attraverso una introduzione dedicata all'uso della declamazione giudiziale nella formazione dei giovani studiosi di diritto in età romana, il Professore ha illustrato il ruolo centrale della retorica, intesa come strumento di persuasione applicabile a qualsiasi ambito del sapere e a ogni tipologia di controversia. Il suo carattere universale e trasversale ne faceva una competenza imprescindibile per il giurista, al punto che lo studio della tecnica oratoria risultava così rilevante da spingere letterati del calibro di Ovidio a trasferirsi a Roma per apprenderla. Per chiarire l'importanza di tale arte ha richiamato, a titolo esemplificativo, la *causa Curiana* del 93 a.C., ricordata da Cicerone nel *De Oratore*, nella quale Q. Scevola avrebbe pronunciato una requisitoria

contro Lucio Licinio Crasso⁴. La declamazione giudiziale, ha spiegato il Professore, era strutturata secondo le *divisiones* attraverso le quali veniva delineata la struttura della controversia. Un ruolo altrettanto rilevante era svolto dai *colores*, ossia l'introduzione di vicende, situazioni e personaggi funzionali alle esigenze delle parti, allo scopo di rendere il discorso maggiormente persuasivo. Nel corso dell'esposizione è stato messo in luce il ruolo fondamentale della scuola di retorica e lo stretto legame esistente tra retorica e giurisprudenza. Non a caso, nella storia romana numerosi personaggi di primo piano furono considerati abili oratori, tra i quali Augusto, Nerone o Vespasiano. Centrale risultava anche il ricorso all'*aequitas*, che consentiva di valorizzare la dimensione emotiva dell'argomentazione a sostegno della propria tesi. Le leggi scolastiche, in tale contesto, dovevano essere formulate in modo breve e semplice, così da risultare più facilmente comprensibili e applicabili. Le leggi declamatorie, ha infine chiarito il Professore, si ricollegano alla dottrina retorica antica degli *status causae*, ossia i punti focali della controversia. Quintiliano distingue gli *status rationales* in *coniectura* (relativa all'accertamento del fatto), *definitio* (attinente alla qualificazione giuridica del fatto), *qualitas* (concernente la giustificazione dell'azione, in termini di giustizia o ingiustizia) e *translatio* (volta non a risolvere la controversia, ma a eluderla). A questi si affiancano gli *status legales*, riferiti all'interpretazione della legge. In conclusione, l'intervento ha messo in evidenza come la declamazione giudiziale rappresentasse non soltanto un esercizio retorico, ma un momento fondamentale di elaborazione dell'esperienza giuridica romana, nel quale diritto, persuasione ed equità si intrecciavano profondamente. Tale prospettiva consente di cogliere il valore formativo della retorica nella costruzione della figura del giurista romano e offre, al contempo, una chiave di lettura preziosa per comprendere il rapporto tra tecnica giuridica e dimensione umana del diritto.

L'ultimo a prendere la parola è stato Riccardo Cardilli, Professore dell'Università Roma «Tor Vergata» con una relazione dal titolo: «Le fonti del diritto: Roma». L'intervento del Professore ha preso le mosse dal XIX secolo, periodo caratterizzato da una rinnovata attenzione verso le fonti greco – romane. Tale secolo rappresenta infatti un momento cruciale per la rinascita della filologia classica nelle università tedesche⁵, accompagnata dalla riscoperta dei testi e dei codici antichi, nonché dalla emersione di nuove fonti. Il professore si è soffermato in particolare sulla distinzione tra edizioni critiche e traduzioni, sottolineando come le due operazioni non debbano essere confuse. In tale prospettiva, ha ribadito l'esigenza che il giurista si ponga sempre in maniera critica di fronte alla fonte, verificandone l'affidabilità, la completezza e le potenzialità di utilizzo, nella consapevolezza che al mutare della

⁴ Cic. *De Oratore* 1,180.

⁵ A titolo di esempio, il Professore cita il famoso filologo classico tedesco Ulrich Friedrich Wichard Emmo von Wilamowitz-Moellendorff e la sua opera *Geschichte der Philologie* del 1921.

fonte debba necessariamente corrispondere un adeguamento del registro metodologico.

Con questo intervento si è concluso il *summer meeting*, lasciando ai dottorandi una riflessione di ampio respiro sul ruolo centrale delle fonti nello studio del diritto. Le relazioni succedutesi nel corso delle giornate hanno infatti mostrato come le fonti giuridiche, letterarie, storiografiche, archeologiche ed epigrafiche non possano essere considerate meri strumenti ausiliari, ma costituiscano il fondamento imprescindibile di ogni ricostruzione storica e giuridica. Attraverso approcci differenti ma complementari, i Professori hanno evidenziato la necessità di un metodo rigoroso, critico e consapevole, capace di integrare prospettive diverse e di cogliere tanto la dimensione normativa quanto quella sociale, etica e quotidiana del diritto romano. In tal modo, il *summer meeting* ha offerto ai dottorandi, studiosi ancora in formazione, non solo strumenti di lavoro, ma anche un orientamento metodologico e culturale essenziale per affrontare con maturità e responsabilità lo studio delle fonti, primo passo per comprendere in profondità i principi, i valori e la realtà concreta delle epoche oggetto di indagine.

Abstract [Ita]

Il contributo riporta i principali contenuti discussi al *summer meeting* svoltosi a Bertinoro dal 24 al 26 luglio 2025 che ha visto quali protagonisti i dottorandi appartenenti ai settori IUS/18 e IUS/19, dedicato al tema delle fonti nella ricerca storico-giuridica. Attraverso la sintesi degli interventi dei relatori, si espongono i diversi approcci metodologici allo studio delle fonti giuridiche, letterarie, storiografiche, archeologiche ed epigrafiche, evidenziandone il ruolo nella ricostruzione dell'esperienza giuridica. Il resoconto sottolinea come l'analisi delle fonti richieda un metodo rigoroso, un costante atteggiamento critico, la capacità di innovarsi e integrare prospettive differenti tramite il dialogo tra discipline. L'iniziativa ha offerto ai dottorandi un'importante occasione di confronto scientifico e di riflessione sul valore metodologico delle fonti, confermandone la centralità nella ricerca storico-giuridica.

Keywords: fonti atipiche; fonti tipiche; metodologia; epigrafia; Bertinoro.

Abstract [Eng]

The contribution reports the main contents discussed at the Summer Meeting held in Bertinoro from 24 to 26 July 2025, which brought together PhD candidates from the disciplinary fields IUS/18 and IUS/19 and was dedicated to the theme of sources in historical-legal research. Through a synthesis of the speakers' presentations, the various methodological approaches to the study of legal, literary, historiographical, archaeological, and epigraphic sources are outlined, highlighting their role in the reconstruction of legal experience. The report emphasizes how the analysis of sources requires a rigorous method, a constant critical attitude, and the ability to innovate and integrate different perspectives through interdisciplinary dialogue. The initiative offered PhD candidates an important opportunity for scholarly exchange and reflection on the methodological value of sources, confirming their central role in historical-legal research.

Keywords: atypical sources; typical sources; methodology; epigraphy; Bertinoro.

Patto commissorio, patto marciano e “articolazioni sequenziali” di prestazioni sussidiarie attuative del rapporto obbligatorio

Carlo Dore

Sommario: 1. Patto commissorio e patto marciano: una panoramica sullo “stato dei rapporti” alla luce delle ultime scelte del legislatore – 2. “Sofferenze causali” del patto commissorio e funzione satisfattiva della convenzione marciana – 3. Patto commissorio, obbligazioni oggettivamente complesse, *datio in solutum*: le posizioni della dottrina tradizionale – 3.1. “Articolazioni sequenziali” di prestazioni sussidiarie – 3.2. Articolazioni sequenziali di prestazioni dovute: tra attuazione del debito e insorgenza della responsabilità – 4. Profili applicativi della soluzione proposta.

1. *Patto commissorio e patto marciano: una panoramica sullo “stato dei rapporti” alla luce delle ultime scelte del legislatore*

Una serie di norme di (relativamente) recente introduzione hanno riportato all’attenzione degli studiosi il tema del patto commissorio, del suo fondamento e del problema della determinazione della linea di confine in essere tra la stipulazione commissoria (nulla ai sensi dell’art. 2744 e 1963 c.c.) e patto marciano, viceversa considerato tradizionalmente valido¹. L’esame di queste

¹ Sul tema del divieto del patto commissorio e dei suoi rapporti con il patto marciano, la letteratura è sconfinata. Senza pretese di completezza, si segnalano i contributi di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, *passim*; ID., *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali – La prescrizione*, Milano, 2012, p. 275; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, *passim*; G.F. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007, *passim*; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da Rescigno, XIX, 1997, p. 433 ss.; P. GALLO, *L’impresa e la società – La tutela dei diritti – La prescrizione*, in *Tratt. dir. civ.*, VIII, Torino, 2018, p. 390 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio – Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, *passim*; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, *passim*; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 219 ss.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 449 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*; M. TRIMARCHI, *Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2021, p. 715 ss.; e, di recente, anche B. SALVATORE, *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione dei beni*, Napoli, 2018, spec. p. 81 ss.; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2020, p. 131 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Patto commissorio e mercato del credito*, Bari, 2025, *passim*;

nuove discipline costituisce l'occasione per esaminare sotto una differente prospettiva il tema della *ratio* del divieto della *lex commissoria*, per ritornare sui controversi rapporti tra la convenzione vietata e una serie di "figure affini" (quali appunto il patto marciano, ma anche la *datio in solutum* e le obbligazioni alternative e facoltative) e per riflettere infine sulla intrinseca complessità che il rapporto obbligatorio può assumere se caratterizzato dalla previsione di una serie di prestazioni sussidiarie rispetto all'attribuzione principale, in quanto subordinate, nella loro esigibilità, alla inattuazione di tale attribuzione.

Come è noto, gli artt. 48 *bis* e 120 *quinqüesdecies* TUB – rispettivamente in materia di finanziamento alle imprese e di mutui ipotecari a favore dei consumatori –, nonché l'art. 1 della l. 119 del 2016 sul pegno non possessorio contemplano la possibile apposizione al contratto di mutuo di un patto, in forza del quale – in presenza di un inadempimento in vario modo qualificato – il creditore può rendersi acquirente della *res garantita* (ovvero, nel caso del pegno non possessorio e dei mutui ipotecari ai consumatori, procedere alla vendita della medesima per soddisfarsi sul ricavato), previa stima ad opera di un perito imparziale e obbligo di corresponsione al debitore della differenza tra valore del bene così quantificato e ammontare del finanziamento.

Una logica simile sembra ispirare la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, posto che il comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* della l. 248 del 2005 permette alla banca, a seguito della mancata restituzione del finanziamento, di vendere l'immobile ipotecato e di incamerare il relativo prezzo, sempre ferma restando la *aestimatio* e l'obbligo dell'istituto di credito di riconoscere al debitore o al suo erede l'eventuale eccedenza².

La prevalente dottrina è orientata a ravvisare nelle disposizioni appena richiamate delle particolari applicazioni del patto marciano, con conseguente conferma, a livello normativo, della già richiamata ricostruzione che afferma la validità di siffatta convenzione, sottratta così all'ambito applicativo del di-

L. VIGNUDELLI, *La portata del divieto del patto commissorio alla luce dell'espansione della clausola marciana*, in *Contr. impresa*, 1, 2024, p. 138 ss.; J. ALCINI, *Il divieto del patto commissorio tra bizantinismi e prospettive*, *ibidem*, 3, 2024, p. 816 ss.

² Per un esaustivo quadro dei molteplici profili problematici che caratterizzano le discipline di nuovo conio, si rinvia al volume AA. VV., *I nuovi marcciani*, Torino, 2017, *passim*, ed ai riferimenti di dottrina ivi richiamati. Sul tema, si richiamano inoltre i contributi di A. CHIANGALE, *Alienazioni in garanzia e patti marcciani*, in *Tratt. dir. civ. comm. dir.* da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Milano, 2021, spec. p. 351 ss.; T. RUMI, *I recenti sviluppi della "garanzia" del credito e il concetto di obbligazione*, Napoli, 2023, spec. p. 104 ss.; A.A. DOLMETTA, *Alla ricerca del "marcciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2017, p. 811 ss.; D. RUSSO, *Nuovi meccanismi marcciani e divieto del patto commissorio*, in *Foro napolet.*, 2018, 159 ss.; R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marcciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 265 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito – Responsabilità patrimoniale ed espropriazione nell'economia del debito*, Napoli, 2020, spec. p. 217 ss.; C. NATOLI, *Le alienazioni in garanzia: verso la codificazione della clausola marcciana*, Napoli, 2024, spec. p. 147 ss.; S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, spec. p. 161 ss.; E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018, p. 125 ss.

vietato del patto commissorio³. Si ripropone allora, come dianzi accennato, il problema di ricostruire il fondamento dell'art. 2744 c.c., al fine di individuare le ragioni che stanno alla base del differente trattamento a cui vengono sottoposte le stipulazioni in parola.

Volendo, in questa sede, ridurre il discorso all'essenziale, ricordiamo solo che – risolvendosi il patto commissorio nell'accordo tra debitore e creditore, mediante cui si programma l'attribuzione a favore dello stesso creditore, subordinata all'inadempimento dell'obbligato, della cosa ipotecata o data in pegno⁴ – il fondamento del relativo divieto viene ravvisato ora nel perico-

³ Cfr., in particolare, A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, p. 10 ss.; ID., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, p. 1398 ss.; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, p. 751 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2018, p. 1857 ss.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017, p. 317 ss. Sui caratteri generali della convenzione marciana, si v. gli scritti di D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, *passim*; F. GIGLIOTTI, voce *Patto marciano*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, VIII, *Crisi di impresa*, dir. da Di Marzio, Milano, 2024, p. 913 ss.; C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., p. 287 ss.; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto del patto commissorio*, in *I contratti*, 8/9, 2015 p. 823 ss.; M. EBNER, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, *passim*. La tesi che afferma la validità del patto marciano, in contrapposizione alla dichiarata nullità del patto commissorio, non è però universalmente condivisa in dottrina: si vedano, in questo senso, le riflessioni di G.F. MINNITI, *Patto commissorio e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 ss.; L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Cod. civ. comm. dir.* da Schlesinger e Busnelli, artt. 2740 – 2744, Milano, 2010, p. 285 ss.; E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1087 ss.

⁴ Nel corso del tempo, dottrina e giurisprudenza hanno gradualmente ampliato l'ambito di applicazione della norma, fino a ricomprendervi il patto commissorio autonomo, e l'alienazione immediatamente traslativa risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obbligato. Non è questa la sede opportuna per affrontare *ex professo* il controverso tema dei rapporti tra la c.d. alienazione in garanzia (nulla, in base all'impostazione appena proposta) e la vendita con patto di riscatto, valida ai sensi dell'art. 1500 c.c. Si richiama, sul punto, il fondamentale arresto giurisprudenziale elaborato in Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1725, ad avviso della quale: «Allorquando si accerti che mutuante e mutuataro abbiano inteso attuare una garanzia reale a favore del primo, predisponendo uno strumento negoziale idoneo a determinare il trasferimento definitivo del bene concesso in garanzia solo in correlazione con l'inadempimento dell'obbligo di puntuale pagamento della somma mutuata e degli accessori, tutta la complessa operazione è in realtà permeata dall'intento primario delle parti di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo, per cui la dichiarata volontà delle stesse di vendere e di acquistare il bene appare in entrambi i casi subordinata, subordinata e strumentale all'altra preminente finalità». Posto infatti che, tanto nelle ipotesi di alienazione sospensivamente condizionata al fatto dell'inadempimento quanto in quelle di alienazione risolutivamente condizionate al fatto dell'adempimento, si riscontra come l'acquisto del creditore si consolidi definitivamente in capo a quest'ultimo solo in presenza della mancata attuazione della prestazione principale, anche l'immediato trasferimento della proprietà assume «carattere provvisorio e con funzione meramente cautelare, a simiglianza di quanto avviene nelle vendite sottoposte a condizione sospensiva dove la preminente efficacia cautelare del negozio si compendia nel meccanismo giuridico irrevocabilmente predisposto per realizzare il trasferimento della proprietà nei casi di inadempimento del debitore». A seguito dei contrasti successivamente insorti in seno alla stessa giurisprudenza del Supremo Collegio, la questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, le quali, nella ben nota pronuncia Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 5, 1989,

lo per il debitore di vincolarsi a convenzioni usurarie che lo espongono, in caso di mancata restituzione del finanziamento, a una perdita patrimoniale sproporzionata rispetto all'entità del mutuo percepito⁵; ora nella necessità di garantire la *par condicio creditorum*⁶; ora nell'esigenza di impedire che il patto commissorio si tramuti in una clausola di stile apposta a tutti i contratti di finanziamento, e dunque potenzialmente idonea a minare la stabilità del sistema delle garanzie reali⁷.

Alla luce della comparazione tra le figure del patto commissorio, del pegno irregolare, della *datio in solutum* e del patto marciano, altri autori hanno invece individuato la ragione fondante del divieto nel fatto che «il debitore, allo scopo di garantire l'obbligazione, destini programmaticamente un proprio bene all'autosoddisfacimento del creditore riservandosi la possibilità di svincolare il bene stesso mediante il pagamento del debito e senza assicurarsi

p. 522 ss., hanno fatto propria la soluzione da ultimo prospettata, precisando che l'alienazione risolutivamente condizionata al fatto dell'adempimento, se ritenuta valida *sic et simpliciter*, costituirebbe un comodo strumento, a disposizione dei privati, per aggirare il divieto ex art. 2744 c.c., donde il riferimento all'art. 1344 c.c. per giustificarne la nullità. Seguendo questa linea di ragionamento, il tratto distintivo in essere tra alienazione commissoria e vendita con riscatto deve essere ravvisato nella differente ragione causale che supporta le due stipulazioni: causa di garanzia nel primo caso, causa di scambio nel secondo. E la causa di scambio sembra difficilmente ravvisabile nel momento in cui il debitore cede al creditore un proprio bene per una somma corrispondente al finanziamento inizialmente erogatogli, con l'intesa che potrà recuperarne la proprietà attraverso la restituzione della stessa somma. In questi casi, si ritiene non presente lo scambio in quanto l'attribuzione traslativa programmata dal negozio non avviene a fronte del pagamento di un prezzo, ma per tutelare la posizione del creditore, il quale, in caso di mancata restituzione del finanziamento, risulta comunque garantito dalla proprietà della *res tradita*. Per una approfondita analisi del tema, cfr., per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita, in Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Milano, 2022, p. 784 ss.

⁵ Questa soluzione è sostenuta in particolare da L. LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'Amelio*, VI, Firenze, 1943, p. 649; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 1027 ss. e, più di recente, da N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano – proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 157 ss.; ID., *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali SISDIC*, 1, 2017., p. 209.

⁶ Sostiene questa tesi in particolare L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 295.

⁷ È l'opinione declinata in particolare da C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., p. 283, ad avviso del quale: «Il divieto del patto commissorio trova piuttosto ragione nella dannosità sociale del patto in quanto suscettibile di diffondersi in tutte le dazioni di beni in garanzia con indebito approfittamento a carico del debitore. Il patto commissorio realizza a danno del debitore una distorsione di fondo della funzione di garanzia, come avverte la più recente dottrina, ma è la sua idoneità a diffondersi che lo converte in danno sociale. Al riguardo va infatti considerato che chi è costretto a dare un bene in garanzia per ottenere un credito è facilmente indotto ad accettare l'imposizione di un patto che comporta la perdita del bene stesso solo come una mera eventualità subordinata al mancato adempimento dell'obbligazione garantita. S'intende quindi come questo insidioso patto si presti a divenire un ricorrente strumento di coercizione del debitore, come spesso sottolineato dalla giurisprudenza. Il danno sociale derivante dal diffondersi di una siffatta forma di garanzia iugulatoria richiede una sanzione che la colpisca in radice anziché rimettere la tutela dei debitori ad azioni dirette di volta in volta ad accettare l'abusività del patto». Condivide questa conclusione V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 437.

(per l'ipotesi negativa) il diritto di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene»⁸.

Le insidie tipiche della *lex commissoria* non sarebbero viceversa presenti nel patto marciano, giacché la preventiva determinazione del valore del bene ad opera di un perito imparziale e il conseguente obbligo, a carico del creditore-acquirente, di corresponsione dell'eccedenza tra valore della *res tradita* e ammontare del finanziamento basterebbero ad escludere pericolose vessazioni in danno del debitore bisognoso di denaro. In questo senso, di recente la giurisprudenza ha osservato come la liceità della convenzione marciana si fonderebbe proprio sulla «analogia con il pegno irregolare (art. 1851) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo la differenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene sostituendo al debitore l'eccedenza di valore»⁹.

2. "Sofferenze causali" del patto commissorio e funzione satisfattiva della convenzione marciana

Nuove chiavi di ricerca si offrono all'interprete se la lente dell'indagine viene spostata dalle conseguenze applicative ai profili più marcatamente strutturali e funzionali del patto commissorio, con particolare attenzione all'assetto di interessi che lo stesso sarebbe volto a realizzare. Sul punto, si confrontano infatti due diverse costruzioni: secondo una prima corrente di pensiero, la convenzione in parola darebbe luogo ad una alienazione con causa di garanzia, «in quanto conferisce al creditore un bene destinato a soddisfare il suo credito nel caso in cui il debitore non paghi alla scadenza. Il patto commissorio crea un vincolo di garanzia che rafforza giuridicamente il diritto di credito»¹⁰. La

⁸ Così A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Cod. civ. comm.* dir da Schlesinger, artt. 1500-1509, Milano, 1987, p. 242 ss.; Id., *Alla ricerca degli arcani confini ecc.*, cit., p. 234.

⁹ In questi termini, di recente, Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Corr. giur.*, 7, 2021, p. 927, con nota di M. SUPPA, *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*. Nello stesso senso, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, e, di recente, Cass., 11 febbraio 2025, n. 3532. Sul tema, v. inoltre G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, spec. p. 77 ss.

¹⁰ In questi termini C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., p. 277 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 136 ss., laddove precisa: «L'alienazione in garanzia si profila come un'alienazione volta a costituire la garanzia di un credito, sia attraverso un immediato trasferimento della proprietà, sia attraverso un effetto sospeso. A tale figura deve quindi ricondursi un patto commissorio che nella sua formula comune si presenta come l'alienazione di un bene condizionata all'inadempimento del rapporto obbligatorio. Tale, quindi, da essere opponibile a tutti i terzi e da costituire, nella sicurezza di un acquisto satisfattivo, una situazione di garanzia dell'obbligazione».

soluzione appena esposta non è condivisa dai sostenitori dell'orientamento che viceversa riconnette alla suddetta convenzione «efficacia essenzialmente solutoria, attraverso la quale le parti programmano *ex ante* l'estinzione del credito mediante il trasferimento della proprietà al debitore», dovendosi inquadrare «lo specifico e delimitato ruolo del patto commissorio all'interno di un complessivo regolamento di interessi volto a realizzare un sistema di sicurezza e di autosoddisfacimento del credito»¹¹.

Ad una attenta analisi, emerge però come entrambe le posizioni siano caratterizzate da criticità indicative della presenza di molteplici zone d'ombra in ordine al fondamento causale della stipulazione che si esamina. La qualificazione del patto commissorio come permeato da una funzione di garanzia impone infatti di affermare che il patto stesso sarebbe orientato alla creazione di una posizione soggettiva caratterizzata – appunto al fine di “rafforzare” il credito – dal connotato dell'accessorietà rispetto al diritto principale: la garanzia, in altri termini, esiste in funzione del credito, circola unitamente al credito, si estingue se il credito viene meno, assumendo quindi una posizione fisiologicamente ancillare rispetto ad esso¹².

Posto che il patto commissorio programma un'attribuzione reale subordinata nel suo perfezionarsi al fatto dell'inadempimento, emerge come il

¹¹ Si tratta della tesi sostenuta in particolare da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 439, il quale precisa: «Nella fattispecie contemplata dalla legge la dialettica tra rapporto di garanzia e convenzione commissoria emerge nitidamente: la seconda interviene esclusivamente nella fase dell'attuazione del credito (sostituendosi, nell'intenzione delle parti, alle modalità legali); rimossa quest'ultima pattuizione, illecita, rimane potenzialmente intatto il rapporto di garanzia (pegno, ipoteca, anticresi) concettualmente distinto dal patto commissorio». Condivide questa impostazione N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2017, p. 1005 s., laddove rileva come una divaricazione tra effetto di garanzia e effetto satisfattivo sia peraltro ravvisabile non solo nelle ipotesi in cui il patto commissorio e il patto marciano si affiancano ad una garanzia reale, ma anche nella diversa fattispecie del patto commissorio autonomo, nell'ambito del quale «resta sempre possibile individuare una parte di quel regolamento che svolge funzione di garanzia (ossia, per l'ipotesi dell'inadempimento, assicura al creditore il diritto di seguito e di preferenza) e un'altra parte che invece assolve alla funzione solutoria (ossia comporta l'estinzione dell'obbligazione come effetto funzionalmente collegato al trasferimento definitivo del bene)». Una ricostruzione per certi versi eclettica della funzione del patto commissorio è stata di recente proposta da A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., p. 20, laddove afferma: «Nel patto commissorio e nel patto marciano accanto alla funzione primaria solutoria si può riscontrare anche una funzione secondaria di garanzia, nel senso che la previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore non può non implicare, di per sé stessa, un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito e quindi un risultato oggettivo di garanzia».

¹² Sul concetto di garanzia, cfr. M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 454; e C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Rescigno, Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, p. 36 il quale definisce la garanzia come «un «rimedio che dà al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua inerzia, agendo sui beni di lui, oppure grazie all'attività di un terzo».

diritto dominicale (di cui il patto programma il trasferimento) non si presti ad essere degradato ad una condizione di accessorieta' rispetto al credito, ben potendo la proprieta' della *res commissoria* circolare separatamente ed autonomamente dal credito che si vorrebbe garantire. Se infatti si considera che l'unica connessione tra la *res* in questione e l'obbligazione e' costituita dal meccanismo condizionale, si deve allora ammettere da un lato che il debitore, durante la vigenza del rapporto, conserva il potere di disporre della *res* in parola, e che, d'altro lato, il creditore potrebbe far valere la sua posizione in confronto del terzo acquirente solamente qualora la condizione risulti a quest'ultimo opponibile, essendo per contro il suo acquisto destinato a cadere nel vuoto ogni qualvolta manchino i presupposti per l'opponibilita' della stessa.

Inoltre, l'insussistenza – nei termini appena descritti – di un vincolo di accessorieta' tra bene e credito e la presenza del solo meccanismo condizionale quale punto di contatto tra proprieta' della *res* e rapporto obbligatorio potrebbero dare luogo, in presenza di vicende circolatorie del bene o del credito o del debito, a delle attribuzioni patrimoniali poco limpide sul piano del fondamento causale, destinate a risolversi o in una perdita patrimoniale a carico di un soggetto che non riveste la qualifica di debitore (ovvero sia dell'acquirente dal debitore, al quale risulti opponibile il meccanismo condizionale fondato sull'inadempimento insito nella convenzione commissoria), ovvero in una attribuzione a favore di un soggetto che non assume la posizione di creditore (in caso di cessione del credito, infatti, l'inadempimento del ceduto contemplato nel patto determinerebbe il prodursi di una prestazione traslativa a favore non gia' del cessionario – creditore attuale –, ma del cedente, a sua volta individuato come soggetto percipiente nella convenzione vietata)¹³.

Non minori problemi pone la ricostruzione del patto commissorio in termini di convenzione solutoria: sia perche' l'estinzione dell'obbligazione a cui il patto si connette in virta' della condizione di inadempimento non rientra tra gli effetti associati dall'art. 2744 c.c. all'accordo vietato (che appunto si identifica semplicemente nell'alienazione da debitore a creditore subordinata al fatto dell'inadempimento); sia perche', anche proiettando il *pactum* in una dimensione solutoria, le possibili dissociazioni tra circolazione del bene e del credito conseguenti all'affermata autonomia del patto commissorio rispetto al rapporto obbligatorio e all'operativita' delle regole sulla condizione possono dare luogo a quelle attribuzioni causalmente opache delle quali si e' appena fatta menzione, identificabili in acquisti a favore di soggetti che non rivestono la qualifica di creditore (e conseguentemente inidonei a realizzare la pretesa del creditore effettivo), ovvero in perdite patrimoniali a carico di soggetti privi

¹³ Il patto commissorio non può infatti essere descritto alla stregua di un accessorio del credito (destinato, come tale, a circolare unitamente ad esso, ai sensi dell'art. 1263 c.c.) in ragione della già affermata impossibilità di ridurre la proprietà di cui la *res commissoria* programma il trasferimento a una condizione ancillare rispetto alla posizione del creditore.

della qualifica di debitore o di garante, e dunque caratterizzate da una forte connotazione in termini di indebito¹⁴.

Le difficoltà relative alla ricostruzione la ragione giustificativa che sta alla base del meccanismo appropriativo divisato dalla convenzione commissoria (non inquadrabile né nei negozi con causa di garanzia, né in quelli *solutionis causa*), e la possibilità che tale meccanismo inneschi il prodursi di attribuzioni patrimoniali indecifrabili sul piano del fondamento ha di recente indotto alcuni autori a ravvisare la *ratio* del divieto previsto nell'art. 2744 c.c. proprio nella sua intrinseca debolezza causale: debolezza che il legislatore dimostra di considerare insostenibile attraverso la previsione di nullità¹⁵.

Siffatta debolezza causale può essere, a nostro avviso, riscontrata tanto nelle ipotesi (espressamente previste dalla norma) nelle quali il patto commissorio si affianca alla previsione della garanzia reale (c.d. patto commissorio tipico), quanto in quelle (riconducibili alla figura del c.d. patto commissorio autonomo) in cui l'alienazione ha ad oggetto un bene non gravato da pegno o da ipoteca. Premesso infatti che, ragionando del patto commissorio c.d. tipico, la convenzione in parola non può essere descritta alla stregua di una particolare modalità di realizzazione della garanzia reale¹⁶, l'operatività della stipulazione

¹⁴ Ancora una volta, in caso di cessione del credito, l'inadempimento del ceduto/alienante darebbe luogo, in forza del patto commissorio, ad un acquisto non a favore del cessionario (attuale creditore), ma del cedente. Si incorrerebbe nel paradosso di una attribuzione patrimoniale che, oltre ad impoverire il debitore, non sarebbe idonea a realizzare la pretesa del creditore attuale, e dunque a determinare l'estinzione del rapporto. Analogamente, in caso di alienazione della *res commissoria*, l'operatività del meccanismo condizionale verso il terzo acquirente del bene determina la perdita della proprietà del bene in danno di quest'ultimo e a favore del creditore: senza però che tale attribuzione possa assimilarsi a un adempimento del terzo o a una prestazione giustificata da un contratto di garanzia.

¹⁵ Si tratta della tesi sostenuta in particolare da A.P. UGAS, *La fiducia come situazione giuridica real-obbligatoria*, Napoli, 2022, p. 251 ss.; e da C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario tra tutela del credito e attuazione del programma negoziale*, Napoli, 2022, p. 44 ss. Sulla possibile qualificazione del divieto del patto commissorio nei termini di una nullità per difetto di causa, cfr. inoltre le imprescindibili riflessioni di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298 ss.

¹⁶ Cfr., sul punto, le riflessioni di C.M. BIANCA, *Il divieto ecc.*, cit., p. 54 s., secondo cui: «si è anche riconfermata l'indicazione del patto commissorio come una alienazione condizionale, cioè come un contratto con cui si disponga il trasferimento della proprietà secondo le regole e con gli effetti comuni ai negozi di alienazione sottoposti a condizione. Di fronte a queste conclusioni appare evidente, a nostro avviso, come debba escludersi la possibilità di ravvisare nell'attuazione del patto commissorio una realizzazione dei vincoli tipici di garanzia. In particolare, appare evidente l'impossibilità di ravvisarvi un esercizio dei diritti di prelazione e di seguito. Per quanto riguarda la prelazione, è chiaro che, verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione e il passaggio della proprietà del bene al creditore, il titolo che questi farebbe valere contro gli eventuali creditori concorrenti non sarebbe quello dell'espropriazione di un bene del garante, ma piuttosto quello della conseguita proprietà del bene. La nozione stessa della prelazione, quindi, si escluderebbe già per questa prima considerazione, che l'appropriazione del bene indipendentemente dall'ammontare dell'obbligazione renderebbe impossibile il concorso degli altri creditori, perché sarebbe tolta la possibilità del residuo di una eccedenza del valore del bene rispetto al credito soddisfatto. (*omissis*). Per quanto poi riguarda il diritto di

commissoria renderebbe comunque la *res garantita* oggetto di quelle attribuzioni causalmente opache a cui si è in precedenza fatto cenno: provocando, nel senso dianzi illustrato, la perdita del diritto a carico di un non debitore qualora il bene fosse stato alienato dall'obbligato prima dell'inadempimento, ovvero l'acquisto a favore di un non creditore in caso di cessione del credito a cui si connette l'obbligazione inattuata¹⁷.

Se tutto questo è vero, la previsione del patto commissorio accanto alla garanzia reale non solo contempla un meccanismo acquisitivo incompatibile con il contenuto della garanzia stessa (ponendo nel nulla, attraverso la diretta acquisizione della proprietà a favore del creditore, lo *ius prelationis* e il diritto di sequela connaturati al pegno e all'ipoteca), ma programma anche una attribuzione traslativa la quale, alla luce delle dinamiche del meccanismo condizionale, si pone come radicalmente estranea alla garanzia reale, la cui funzione si identifica appunto: «nella riproduzione all'interno della garanzia del contenuto del debito garantito, in quanto modalità sostitutiva non solo dell'adempimento ma anche, prima ed in vista di esso, di un'obbligazione o vincolo reale predisposti in considerazione della sua estinzione»¹⁸.

Le considerazioni che precedono possono a maggior ragione estendersi anche alla figura patto commissorio autonomo, con riferimento alla quale, ravvisandosi nel meccanismo condizionale imperniato sull'inadempimento l'unico punto di contatto tra l'obbligazione e la *translatio rei*, si ripropongono in tutta la loro evidenza quelle ragioni di sofferenza causale dell'attribuzione divisata dalla convenzione commissoria che, secondo l'impostazione in questa sede accolta, stanno alla base della previsione di nullità di cui all'art. 2744¹⁹.

seguito, deve riconoscersi che la opponibilità della convenzione commissoria troverebbe il suo esclusivo fondamento nella comune disciplina con la quale la legge preserva il titolare del diritto sotto condizione, e questo riconoscimento esclude, a nostro avviso, che la opponibilità del patto possa essere considerata come un effetto del diritto di seguito proprio dei vincoli pignoratizio e ipotecario. Per dedurre una diversa conclusione, bisognerebbe arrivare ad ammettere che il contenuto del vincolo di garanzia sia talmente elastico che, mancando il divieto legislativo, in essa potrebbe essere ricompresa l'alienazione condizionale di un bene».

¹⁷ In quest'ultima ipotesi, il cessionario (creditore insoddisfatto) si troverebbe semmai nella condizione di attivare la garanzia reale in confronto del cedente, in capo al quale, a seguito dell'inadempimento, si perfeziona l'acquisto della *res* dedotta nel patto commissorio.

¹⁸ In questi termini, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 266.

¹⁹ Come già anticipato *supra*, nota 4, la dottrina dominante si esprime per la ricomprensione del patto commissorio autonomo nell'ambito del perimetro dell'art. 2744 c.c. In questo senso, cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 63 ss. A differenti conclusioni perviene invece F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999, spec. p. 132 ss., il quale – nell'ambito di un'ampia e articolata trattazione del tema – circoscrive la previsione di nullità contenuta nella disposizione appena richiamata al solo patto commissorio tipico, sulla base del rilievo secondo cui: «la stipulazione commissoria, accedendo ad una garanzia tipica, ne farebbe venire meno il "proprium", rendendo inutile quest'ultima, e compromettendone anzi la diffusione». Per contro, ad avviso dell'Autore, «è inevitabile che una volta accolta nei termini che si sono descritti la *ratio* del divieto del patto commissorio, l'estensione di quest'ultimo alle pattuizioni commissorie autonome debba perdere qualsiasi fondamento: patto commissorio tipico e pattuizione commissoria autonoma, benché suggestivamente simili, costituiscono, in

Al riguardo, se da un lato la qualificazione in termini di validità della convenzione commissoria riferita ad un bene non gravato da pegno o da ipoteca innerva il pericolo di rendere nei fatti attuabile, attraverso la semplice esclusione della garanzia reale, lo stesso risultato pratico che il legislatore intende paralizzare attraverso il divieto cristallizzato nella norma in esame²⁰, d'altro lato risulta difficile ravvisare il fondamento causale dell'attribuzione programmata dal patto nell'operazione di finanziamento nella quale esso si inquadra (nell'ambito di una vicenda negoziale simile alla vendita con riscatto), ovvero nell'intento delle parti di individuare nel patto stesso una sorta di corrispettivo riconosciuto al creditore a fronte della concessione di una dilazione sul pagamento, o ancora di predeterminare le conseguenze economiche dell'inadempimento (in una logica comparabile a quella che ispira la figura della clausola penale)²¹.

Pure nel quadro di una lettura attenta a valorizzare la dimensione pratica dell'affare, il contesto "economico" che fa da sfondo alla convenzione non contribuisce infatti a chiarire il rapporto tra l'attribuzione reale subordinata all'inadempimento e l'obbligazione inattuata, non rendendo con sicurezza ravvisabile nella seconda il fondamento causale della prima. Anche con riferimento a tali situazioni, infatti, la mancanza di un rapporto di accessorietà tra proprietà della *res* e rapporto obbligatorio (connotato tipico della relazione di garanzia) rende configurabili quei fenomeni di dissociazione tra vicende della proprietà e vicende del credito a cui si è più volte fatto richiamo nel corso del presente paragrafo. Del pari, la semplice previsione di una prestazione traslativa condizionata al fatto dell'inadempimento non consente di descrivere tale attribuzione come attuativa dell'obbligazione iniziale, ben potendo, in astratto, l'obbligazione sopravvivere al perfezionarsi della *translatio rei*²².

realtà, fattispecie completamente diverse. Ed infatti, l'esigenza di salvaguardia delle garanzie tipiche, se costituisce un valido argomento per spiegare la nullità di convenzioni relative ai beni già vincolati in garanzia, non avrebbe per contro alcuna ragione di estendersi a trasferimenti (sospensivamente o risolutivamente condizionati) di cose libere, sia pure aventi – ma solo in senso non più strettamente tecnico – funzione di garanzia».

²⁰ Sul punto, si richiama ancora il pensiero di C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 67, laddove afferma: «Un'interpretazione dell'art. 2744 c.c. che ponesse come condizione della proibizione del patto commissorio il fatto che il creditore abbia opportunamente costituito un pegno o un'ipoteca, porterebbe all'innammissibile risultato che la illiceità del patto sarebbe rimessa all'arbitrio del creditore, il quale potrebbe rimuoverla rinunciando a costituire uno di tali diritti, senza in tal modo alterare assolutamente gli effetti della alienazione e, in particolare, senza pregiudicare la possibilità di conseguire il bene a danno del debitore inadempiente».

²¹ Sul punto, ancora F. GIGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 192

²² Profili di opacità dal punto di vista causale non sono viceversa riscontrabili nelle fattispecie della vendita con riscatto, del pegno irregolare e della stessa clausola penale. Nella vendita con riscatto, infatti, non è possibile configurare una attribuzione reale a carico di un soggetto non debitore o a favore di un soggetto diverso dal creditore, dato che l'esercizio del riscatto compete esclusivamente al venditore (debitore del finanziamento, ma creditore della attribuzione reale) nei confronti del compratore (creditore della prestazione restitutoria, ma debitore della prestazione traslativa), ovvero degli eventuali subacquirenti, in caso di avvenuta notificazione

Tutto ciò premesso, analoghe ragioni di debolezza causale non sembrano invece condizionare il patto marciano, dalla cui struttura traspare la funzione marcatamente autosatisfattiva che tale convenzione sorregge. L'obbligo per il creditore di riconoscere al debitore la differenza tra valore del bene (come accertato dal perito) e ammontare del finanziamento non appare semplicemente utile a scongiurare il "rischio di una sproporzione" in danno del debitore medesimo. Esso contribuisce anche a far emergere come l'attribuzione divisata dal patto sia finalizzata a realizzare la pretesa del titolare del credito (non risultando il soggetto in questione legittimato a trattenere quel valore che, travalicando l'entità della prestazione dovuta, non rientra nel contenuto di siffatta pretesa), e, di riflesso, a determinare l'estinzione dell'obbligazione corrispondente²³.

In questa prospettiva, il patto marciano può dunque essere fatto rientrare tra le ipotesi di autotutela satisfattiva convenzionale, identificabili nelle patuituzioni mediante cui le parti, derogando al principio che riserva all'autorità giudiziaria (estranea e superiore al rapporto in questione) la tutela di determinati interessi, si accordano per adottare una forma di esecuzione che assicuri la realizzazione dell'obbligazione al di fuori del processo; con la conseguenza che il creditore finisce con l'ottenere quanto gli spetta attraverso un'esecuzione diversa da quella tipicamente giurisdizionale prevista dal codice di procedura civile²⁴.

dell'alienazione. Del pari, nel caso del pegno irregolare il meccanismo acquisitivo a favore del creditore è interno alla garanzia reale, e parametrato sull'obbligazione garantita, come conferma l'obbligo per la banca di restituire l'eccedenza tra l'ammontare del finanziamento e la somma o il valore delle merci costituite in garanzia. Parimenti parametrato sull'obbligazione è il contenuto della clausola penale: indicativa, in questo senso, è la previsione dell'art. 1384 c.c., che attribuisce al giudice il potere di ridurre, anche d'ufficio, l'importo della penale, se manifestamente eccessivo. Sul punto, cfr. C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario ecc.*, cit., p. 52 ss.

²³ Sul punto, non si possono non richiamare le imprescindibili riflessioni di R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 80 s., ad avviso del quale: «Sia il diritto, il cui contenuto è dato da un potere, sia l'obbligo, il cui contenuto è dato da un comportamento del soggetto passivo, sono elementi costitutivi del rapporto giuridico, alla cui formazione essi concorrono sullo stesso piano. Nell'economia del rapporto giuridico entrambi tali elementi devono conservare la loro autonomia, per cui si deve pensare non che l'uno possa essere oggetto dell'altro, ma che entrambi facciano riferimento ad un elemento che sta in un certo senso fuor di essi. (*Omissis*). Non vi può essere dubbio che la volontà dell'obligato è solo un mezzo (di regola idoneo) per l'attuazione del diritto soggettivo, ma anche il comportamento dovuto ha precisamente la stessa funzione strumentale. Non si può infatti considerare il comportamento del soggetto passivo come qualcosa che abbia esistenza concreta e indipendente dalla sua volontà, per modo che il comportamento possa qualificarsi come oggetto del diritto e la volontà come mezzo per la sua attuazione. È tutto il comportamento (volontario) dell'obligato a rappresentare un mezzo per la realizzazione del diritto. Solo accentuando questa funzione strumentale dell'obbligo si può mantenere l'autonomia dei due termini costitutivi del rapporto giuridico e si può assegnare all'obbligo una sua propria funzione».

²⁴ Descrive il patto marciano come un'ipotesi di convenzione autosatisfattiva A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1402. Sulla nozione di autotutela satisfattiva convenzionale, G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 30, laddove osserva: «L'autotutela consensuale si basa sul preventivo consenso dell'altro soggetto interessato, usualmente viene

Di più: la presenza di siffatto obbligo di restituzione sembra neutralizzare il pericolo di quelle attribuzioni causalmente indefinibili, a vantaggio o a carico di soggetti estranei al rapporto obbligatorio inadempito, che abbiamo riscontrato dalla disamina delle dinamiche proprie della *lex commissoria*. Nella ricostruzione della convenzione marciana, infatti, la previsione dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza fa emergere con chiarezza come, da un lato, sia il creditore del rapporto inattuato a ricevere la *translatio rei* (risultando quest'ultimo legittimato a trattenere esclusivamente un valore corrispondente a quello della pretesa di cui deve necessariamente risultare portatore), mentre, d'altro lato, solo il debitore inadempiente può subire la perdita patrimoniale derivante da siffatta attribuzione (perdita appunto coincidente con il valore della prestazione dovuta, donde il suo diritto a ricevere la differenza tra valore della res garantita e il *quantum debeatur*)²⁵.

3. *Patto commissorio, obbligazioni oggettivamente complesse, datio in solutum: le posizioni della dottrina tradizionale*

La ricostruzione in questa sede offerta – oltre ad offrire una nuova prospettiva di indagine sul fondamento del divieto del patto commissorio e delle ragioni del diverso trattamento applicabile al patto marciano – pone all'attenzione dell'interprete un ulteriore interrogativo: se infatti si esclude – per le ragioni in precedenza esposte – che la convenzione commissoria possa contraddistinguersi per una sua indefettibile funzione solutoria, è allora necessario valutare se i privati possano neutralizzare l'operatività del divieto ex art. 2744 c.c. attraverso la previsione dell'estinzione dell'obbligazione *ex mutuo* attraverso una attribuzione reale da debitore e creditore, sempre subordinata alla mancata restituzione del finanziamento. Occorre cioè verificare se rientra o meno nel perimetro del divieto la convenzione attraverso cui debitore e

distinta in tre tipi: autotutela consensuale a scopo di accertamento (vi rientrerebbero l'arbitrato, la confessione stragiudiziale ex art. 2735 cod. civ., l'inventario redatto in contraddittorio dell'altra parte, il patto del solve et repete ed il regolamento convenzionale di oneri processuali); autotutela con funzione esecutiva satisfattiva (la cessione dei beni ai creditori, la anticresi, il patto commissorio nell'ipoteca, nel pegno e nella anticresi, il diritto di ritenzione pattizio e, in generale, gli espedienti volti a simulare l'accordo che determinati beni vengano destinati esclusivamente alla soddisfazione del creditore); autotutela con funzione cautelare (il pegno, il sequestro convenzionale e le varie garanzie e cautele destinate a prevenire l'eventuale pregiudizio conseguente alla mancata osservanza di un obbligo giuridico)». V. inoltre, più di recente, anche L. FOLLIERI, *L'autotutela esecutiva*, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, a cura di Albanese, Franzoni, Gabrielli, Grisi e Nivarra, Torino, 2023, p. 95 ss. Sulla nozione di autotutela, si richiamano i contributi di E. BETTI, voce *Autotutela*, cit., p. 529; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela* (*Dir. civ.*), in *Enc. giur. Treccani*, 1988, *passim*; C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir. (agg.)*, IV, Milano, 2000, p. 130; e C. CHESSA, *Alla ricerca dell'identità dell'autotutela nel diritto privato*, in *Studi economico-giuridici online*, I, 2025, p. 3 ss.

²⁵ Sul punto, cfr. sempre C. DORE, *op. cit.*, p. 61

creditore stabiliscono che, in caso di mancata restituzione del finanziamento erogato, il rapporto di mutuo si estingue in forza del trasferimento, a favore del mutuante, della proprietà del bene contemplato nel patto.

Se si accolgono le impostazioni "tradizionali" che ravvisano il fondamento della nullità del patto commissorio nel pericolo di una sproporzione in danno dell'obbligato, la risposta al quesito appena prospettato non può che essere nel senso di escludere la configurabilità delle attribuzioni appena descritte, ravvisandosi nella previsione delle stesse le insidie tipiche della convenzione vietata. Ma se invece si seguono le premesse sviluppate nel paragrafo precedente – e che individuano nelle sofferenze causali del patto medesimo la *ratio* del divieto –, ecco allora che le convenzioni in parola perdono la loro possibile connotazione commissoria, per collocarsi in una sorta di (parzialmente inesplorata) terra di frontiera tra le obbligazioni oggettivamente complesse – alternative e facoltative – e *datio in solutum*.

Al riguardo, occorre da subito precisare che gli insegnamenti della dottrina tradizionale escludono la totale sovrapponibilità tra le pattuizioni ora in analisi e le appena richiamate figure delle obbligazioni a contenuto complesso e della dazione in pagamento. In particolare, con riferimento alle obbligazioni alternative e facoltative, la maggioranza degli studiosi esclude che una vera alternativa tra le prestazioni (presupposto per l'operatività della disciplina di cui agli artt. 1285 ss. c.c.) possa ravvisarsi qualora una delle due attribuzioni programmate risulti subordinata, nella sua esigibilità, alla mancata esecuzione dell'altra, non sussistendo quella libertà di determinazione che invece sta alla base del potere di scelta normalmente spettante al debitore²⁶. In queste ipotesi, infatti, si osserva come «il rapporto tra le due prestazioni non è di alternativa, che presuppone parità individuale e libertà di scelta, ma di subordinazione graduale: il debitore è originariamente tenuto ad una sola prestazione, e può rendere dovuta la seconda prestazione solo in modo indiretto, cioè non adempiendo la prima. Questa ipotesi si distingue anche dall'obbligazione facoltativa, che pur essa importa una graduazione tra le prestazioni, perché ora, a differenza che nell'obbligazione facoltativa, la seconda prestazione è dovuta non in forza di un atto lecito di volontà del debitore, ma per inadempimento (della prima prestazione); essa sorge come prestazione succedanea, a titolo di sanzione»²⁷.

²⁶ Si tratta della c.d. falsa alternativa a cui fa espressamente riferimento D. RUBINO, *Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido, Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 1285 – 1320, Bologna – Roma, 1968 p. 17. Nello stesso senso cfr. R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, in *Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e Anelli, Milano, 2018, p. 36. In materia di obbligazioni alternative, si segnalano poi i contributi di A. DI MAJO – B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 212 ss.; F. GIRINO, voce *Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*.

²⁷ In questi termini sempre D. RUBINO, *op. cit.*, p. 17 s. Nello stesso senso R. CALVO, *op. cit.*, p. 36 s., laddove osserva: «Qui, a ben vedere, fa difetto il potere di scelta fra prestazioni

Del pari, alcuni settori della dottrina escludono la configurabilità di una prestazione in luogo di adempimento condizionata, in ragione del fatto che: «la *datio in solutum*, quale negozio solutorio, non tollera, come tale, l'apposizione di condizioni in genere ed in particolare di una condizione sospensiva di mancato pagamento del debito originario o una condizione risolutiva di pagamento dello stesso. Conseguentemente, ove una di tali condizioni venisse apposta al patto, l'effettiva funzione dello stesso sarebbe quella propria di uno strumento di autotutela esecutiva»²⁸.

Seguendo questa linea di ragionamento, ampi consensi incontra l'opinione ad avviso della quale – se non può ammettersi una dazione in pagamento sottoposta a condizione – men che meno può ravvisarsi una *datio in solutum* nella quale la corresponsione dell'*aliud* risulti subordinata all'inadempimento della prestazione iniziale. Non a caso, il tratto caratterizzante la dazione in pagamento (valida) rispetto al patto commissorio (nullo) risiederebbe proprio nel fatto che «nel patto commissorio l'acquisto del bene ha luogo quando il debitore non possa adempiere il debito: il trasferimento del diritto sostituisce quindi la precedente prestazione proprio per l'impossibilità di eseguirla ed il patto è funzionalmente diretto a garantire il creditore per l'ipotesi di inadempimento della prestazione originaria. Tale circostanza vale dunque come condizione per il trasferimento del bene ipotecato o ricevuto in pegno laddove invece, nella *datio in solutum*, la sostituzione può anche non avvenire, rimanendo in vita la prestazione originaria: non vi è infatti un collegamento teleologico necessario tra prestazione sostitutiva e prestazione originaria, anche se ben può accadere che il bene venga offerto *in solutum* perché non si è in grado di eseguire la prestazione originaria, ma si vogliono evitare le conseguenze dell'inadempimento»²⁹.

dedotte in via tanto concorrente quanto principale, giacché il loro alternarsi è condizionato all'inadempimento del debitore o all'impossibilità sopravvenuta della prestazione iniziale) si parla infatti di graduale subordinazione solutoria».

²⁸ In questi termini, in particolare, A. LUMINOSO, *Patto marciano* ecc., cit., p. 1406. Meno rigorosa l'impostazione seguita da S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 738, e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 438, secondo cui: «In considerazione della sua funzione solutoria una parte della dottrina ritiene che dazione in pagamento sarebbe esclusivamente quella ad effetto estintivo immediato. Questo restringimento della nozione di dazione in pagamento non ha peraltro riscontro nella previsione normativa, la quale fa dipendere l'estinzione dell'obbligazione dall'esecuzione della diversa prestazione, senza richiedere necessariamente la contestualità di tale esecuzione».

²⁹ In questi termini, G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contr. impresa*, 2002, p. 1430. Nello stesso senso, cfr., di recente, A.M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento* – *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, p. 5; e E. CAMILLERI, *Imputazione di pagamento* – *Datio in solutum* – *Quietanza*, in *Comm. cod. civ.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, artt. 1193 – 1200, Milano, 2017, p. 140, laddove osserva: «Il perno del divieto legale si apprezza così piuttosto nel carattere condizionato dell'effetto traslativo rispetto all'inadempimento dell'obbligazione, tale da assicurare al creditore insoddisfatto un canale preferenziale, oltre che esclusivo rispetto agli altri creditori, di accesso al valore (fondamentalmente di scambio) di uno specifico bene del patrimonio del soggetto passivo. Ciò

3.1. "Articolazioni sequenziali" di prestazioni sussidiarie

Dovrebbe dunque concludersi, alla luce delle posizioni appena richiamate, che la subordinazione dell'attribuzione reale alla mancata esecuzione di una prestazione principale rappresenti il *discrimen* tra obbligazioni oggettivamente complesse, dazione in pagamento e alienazioni commissorie: tra pattuizioni valide e accordi vietati. In verità, la trattazione svolta nei paragrafi precedenti dimostra come, attraverso il divieto della *lex commissoria*, il legislatore abbia inteso non tanto sanzionare un certo meccanismo effettuale (l'alienazione condizionata all'inadempimento, la quale, per inciso, campeggia anche nel patto marciano, la cui validità non viene messa in dubbio), quanto scongiurare il pericolo di quelle già descritte attribuzioni causalmente opache che il patto commissorio potrebbe viceversa innescare.

Seguendo questa linea di ragionamento, il divieto del patto commissorio non dovrebbe invece impedire agli stipulanti (anche alla luce del rilievo in forza del quale «la disciplina legale dell'obbligazione lascia ampio margine all'autonomia privata, avendo gli interessati il potere di modificare e integrare le regole legislative mediante pattuizioni che possono riguardare l'intero arco della vita del rapporto obbligatorio»³⁰) di imprimere un'articolazione sequenziale complessa al rapporto stesso, contemplando – o attraverso il titolo costitutivo dell'obbligazione, o attraverso una convenzione successiva che ne integra il contenuto – la presenza di una prestazione in posizione "sussidiaria" rispetto a quella principale, destinata cioè a divenire esigibile solo a seguito della mancata esecuzione di quest'ultima³¹.

è però quel che precisamente difetta nella prestazione in luogo dell'adempimento, ove infatti, per quanto l'iniziativa del debitore – di offerta del dato bene in luogo dell'adempimento già dovuto – sia formulata al fine di evitare di incorrere in un inadempimento, manca ogni "collegamento teleologico necessario" tra prestazione sostitutiva e prestazione originaria: ove, in definitiva, la *datio in solutum* ammonta a tecnica di prevenzione dell'inadempimento, il patto commissorio risalta quale illegittimo strumento sanzionatorio del debitore».

³⁰ Così A. LUMINOSO, *Patto marciano* ecc., cit., p. 1401

³¹ Il concetto di sussidiarietà proposto nel testo non assume l'accezione, declinata da autorevolissima dottrina, di «circoscrivere o precisare l'ambito di rispondenza del debitore per l'inadempimento del dovere o sussidio del quale esse sono poste» (in questi termini C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 41), ovvero di ampliare tale ambito attraverso l'imposizione all'obbligato di doveri diversi e ulteriori. Esso viene viceversa utilizzato per evidenziare il carattere secondario e (in termini atecnici) eventuale che la *translatio rei* assume nell'economia complessiva dell'operazione disegnata dagli stipulanti, ed espressa appunto dal meccanismo condizionale, che subordina la produzione dell'effetto reale sul bene oggetto dell'accordo tra le parti alla mancata esecuzione della prestazione principale. Il problema è stato di recente affrontato, secondo una differente chiave di lettura, da B. SIRGIOVANNI, *Patto commissorio e mercato del credito*, cit., p. 158 ss., la quale del pari afferma che la previsione di prestazioni traslative subordinate all'inadempimento (con riferimento alle quali le parti non precisano se il valore della *res translata* debba essere stabilito al momento del perfezionarsi dell'accordo o al momento dell'inadempimento) non integra di per sé un patto commissorio vietato (configurabile solo allorquando i privati programmano una vicenda autosatisfattiva non basata su un procedimento economicamente ragionevole, nel quale il valore del bene viene stabilito al momento

In questa prospettiva, l'attribuzione traslativa divisata dal patto si produce a seguito dell'inattuazione della prestazione primaria, inquadrandosi però all'interno del rapporto obbligatorio, quale momento esecutivo del programma in cui tale rapporto si dipana³². La mancata esecuzione della prestazione primaria non assume, in questa prospettiva, tanto la connotazione "negativa" di violazione del programma convenzionale (dove l'insorgenza della responsabilità risarcitoria ex art. 1218), quanto quella, per certi versi "positiva", di "momento di sviluppo" del programma stesso verso le attribuzioni sussidiarie: subordinate all'inattuazione della prestazione principale, ma pur sempre considerate dalle parti come attuative dell'*Obligationsprogramm*.

Siffatta ricostruzione vale ad escludere, in primo luogo, l'accostabilità delle prestazioni in parola alla disciplina della clausola penale (accostabilità resa già impervia dalla natura non pecuniaria nelle stesse) e alla conseguente ammissibilità di un controllo giudiziale in ordine al loro contenuto: se infatti la clausola penale rappresenta una determinazione forfettaria del risarcimento del danno da inadempimento (appunto considerato nella accezione eminentemente negativa a cui si è poc'anzi fatto cenno), il meccanismo ora considerato si impernia su una evoluzione interna del rapporto, coerente con lo schema divisato dagli stipulanti³³. Inoltre, l'attribuzione reale sussidiaria non presenta, per forza di cose, quei profili di sofferenza causale che invece condizionano la *translatio* oggetto nel patto commissorio: non si tratta infatti semplicemente

dell'accordo e non al momento dell'inadempimento), ma deve essere descritta alla stregua di un patto incompleto, destinato ad essere integrato da meccanismi estimatori volti ad accertare il valore della *res* al momento dell'inadempimento, al fine di assicurare al debitore la differenza tra il valore del bene così accertato e l'ammontare del finanziamento ricevuto. L'Autrice però esamina queste attribuzioni come momenti diretti alla mera soddisfazione del creditore deluso, e non come una fase (succedanea all'inadempimento, ma) pur sempre attuativa del programma obbligatorio.

³² Si tratta, nella sostanza, di una fattispecie comparabile alla categoria delle obbligazioni "condizionali" richiamata da U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 214, categoria che appunto ricorrerebbe allorché si riscontra un «collegamento fra due diversi rapporti in forma di subordinazione dell'uno all'altro». In giurisprudenza, cfr. Trib. Cagliari, 14 febbraio 2019, n. 369, in *Riv. giur. sarda*, 2, 2020, p. 271 ss. con nota di F. SABIU, *Patto commissorio e preliminare di vendita a scopo di garanzia*, nella quale viene affermata la nullità per violazione dell'art. 2744 c.c. di un contratto preliminare, stipulato nell'ambito di una complessa vicenda transattiva, attraverso cui il promittente alienante risultava obbligato a trasferire alla controparte un immobile, obbligo però condizionato nella sua insorgenza alla mancata regolarizzazione e al mancato accatastamento di un'altra unità immobiliare che il medesimo promittente venditore era tenuto a trasferire in virtù di un precedente *pactum de contrahendo*. Posto però che le suddette attribuzioni si inquadravano nell'attuazione di un'obbligazione risarcitoria in essere a carico del *tradens* e che la regolarizzazione dell'edificio oggetto del primo contratto non dipendeva unicamente dalla condotta del soggetto in questione, sarebbe stato forse possibile ravvisare nell'operazione considerata dalla sentenza in parola non tanto un patto commissorio vietato, quanto una articolazione sequenziale di prestazioni comparabile a quelle esaminate nel testo: prestazioni caratterizzate da una condizione di sussidiarietà l'una rispetto all'altra, ma tutte funzionali all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria in essere a carico del promittente venditore.

³³ In tema clausola penale, v., per tutti i contributi di V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, *passim*; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, *passim*.

del trasferimento di un diritto dominicale subordinato (nel suo prodursi o nel suo consolidarsi) al fatto dell'inadempimento, ma di una attribuzione “dovuta” in quanto contemplata dalle parti all'interno del rapporto (seppure in posizione ancillare rispetto alla prestazione principale), e dunque ricompresa tanto nell'oggetto del credito quanto in quello del debito.

Così procedendo, emerge inoltre la differente funzione che gli stipulanti assegnano a tali attribuzioni rispetto a quella marcatamente autosatisfattiva che, a nostro avviso, caratterizza il patto marciano (e che, secondo alcuni autori, viene riconosciuta anche al patto commissorio)³⁴: mentre infatti, come dianzi osservato, le attribuzioni ora considerate assumono la valenza di momento attuativo del rapporto, e assecondano così il comune interesse di creditore e debitore di addivenire all'estinzione dell'obbligazione (momento indefettibile del meccanismo ora descritto) attraverso il prodursi della attribuzione sussidiaria, le convenzioni autosatisfattive sono volte ad assecondare esclusivamente l'interesse del creditore, in caso di inadempimento dell'obligato, a soddisfarsi sulla *res tradita* attraverso un percorso diverso dall'incerta via dell'esecuzione forzata. Affermazione, quest'ultima, confermata dal rilievo secondo cui, se da un lato il patto marciano impone al creditore/acquirente il più volte descritto obbligo di restituzione dell'eccedenza tra il valore del bene e l'ammontare del finanziamento, d'altro lato il medesimo creditore conserverebbe, anche a seguito del prodursi della *translatio rei*, il diritto a vedere realizzata quella quota della sua pretesa non coperta dall'attribuzione traslativa, nella (remota ma non del tutto imponderabile) ipotesi in cui il valore della *res* dedotta nel patto marciano risulti inferiore rispetto all'entità del mutuo³⁵.

3.2. Articolazioni sequenziali di prestazioni dovute: tra attuazione del debito e insorgenza della responsabilità

Ritorna dunque all'attenzione dello studioso il tema, assai dibattuto, del rapporto tra obbligazione e garanzia/responsabilità patrimoniale³⁶, tema che investe la configurabilità della responsabilità patrimoniale alla stregua di una

³⁴ Cfr. sempre A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 1404.

³⁵ Sul punto, cfr. C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario ecc.*, cit., p. 67.

³⁶ Sul dibattito relativo alla responsabilità patrimoniale, senza pretese di completezza, ci limitiamo a richiamare gli scritti di R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale. Concorso dei creditori. Cause di prelazione*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 2740 – 41, Bologna – Roma, 1958, p. 1 ss.; V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 365 ss. G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ. dir. da Sacco*, Torino, 2011, p. 28 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità patrimoniale tra tutela e solutio*, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, cit., p. 59 ss.; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, *ibidem*, p. 375; T. RUMI, *I recenti sviluppi della “garanzia” ecc.*, cit., p. 268 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità patrimoniale*, in NIVARRA – PURPURA, *La responsabilità patrimoniale – Le garanzie reali*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Mazzamuto*, Torino, 2024, p. 1 ss.

componente “interna” al rapporto obbligatorio (secondo la ben nota impostazione di matrice germanica, che descrive l’obbligazione stessa come sintesi di *Schuld* e *Haftung*, debito e responsabilità)³⁷ ovvero di un presidio operante all’esterno di esso, in quanto collegato non al fisiologico sviluppo del rapporto, ma al momento “patologico” dell’inadempimento³⁸.

Volendo, in questa sede, ridurre il discorso all’essenziale, possiamo rilevare come, nell’ambito di quel complesso fascio di relazioni in cui l’obbligazione si identifica, “garanzia patrimoniale” e “responsabilità patrimoniale” rappresentino momenti diversi della vigenza del vincolo che viene a crearsi, al momento stesso della nascita del rapporto, tra la posizione del creditore e il patrimonio del debitore: vincolo non sovrapponibile all’obbligo di prestazione, ma destinato a svilupparsi parallelamente alle vicende dell’obbligo in parola³⁹.

In particolare, posto che il debitore “risponde dell’adempimento” con tutti i suoi beni presenti e futuri, la garanzia patrimoniale assiste la fase “fisiologica” nella quale l’inadempimento della prestazione dovuta non si è ancora concretizzato, ma il creditore confida nella possibilità di acquistare il diritto (potestativo all’attivazione dell’esecuzione forzata) a soddisfarsi sul patrimonio del debitore medesimo qualora la prestazione in parola non dovesse essere eseguita⁴⁰. Volendo ricorrere alla tradizionale classificazione delle situazioni giuridiche soggettive, si potrebbe allora descrivere la garanzia patrimoniale nei termini di una aspettativa assegnata al creditore, consustanziale all’insorgenza della sua pretesa e del correlativo obbligo di prestare, e riferita all’acquisto del diritto a soddisfarsi sui beni dell’obbligato: aspettativa giuridicamente tu-

³⁷ Si vedano, sul punto, le riflessioni di C. GANGI, in *Scritti giuridici vari – Il debito e la responsabilità*, Padova, 1933, *passim*.

³⁸ Si tratta della posizione sostenuta in particolare da M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, Milano, 1968, spec. p. 166 s., ad avviso del quale la responsabilità patrimoniale «più che considerarsi strumento di adempimento, deve vedersi piuttosto come una conseguenza dell’inadempimento dell’obbligo da parte del debitore. Per cui l’inserzione del fenomeno della responsabilità patrimoniale nella struttura dell’obbligazione non crediamo sia, da questo punto di vista, giustificata».

³⁹ Cfr., sul punto, le riflessioni di L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1950, p. 65 ss., il quale fa appunto riferimento ad un rapporto di garanzia che si affianca, in funzione accessoria, al rapporto principale debito – credito, e insieme con questo verrebbe a sostanziare «l’istituto dell’obbligazione». L’intrinseca complessità del rapporto obbligatorio, caratterizzata dalla presenza di una molteplicità di posizioni differenti, è colta, tra gli altri, da A. FALZEA, *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, p. 51; e da L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” – Studio critico*, in *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di Nicolussi e Castronovo, Milano, 2011, spec. p. 228 ss.

⁴⁰ Cfr. sempre M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 173, secondo il quale «quella destinazione si manifesta anche da un punto di vista potenziale, nel senso che la già astratta possibilità di quella escussione grava sui beni ed imprime ad essi una particolare disciplina. Ed è appunto la fase, diciamo così, potenziale di quella destinazione dei beni del debitore che dà luogo al fenomeno della garanzia. Espressione di questo fenomeno è la possibilità che la legge riconosce al creditore, di compiere taluni atti destinati ad accrescere il patrimonio del debitore, o destinati a conservare i beni del debitore a quella destinazione, nel caso in cui quest’ultimo abbia compiuto, o si possa temere che compia, atti diretti a sottrarre i beni medesimi a quella destinazione».

telata, in particolare, attraverso la previsione dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale⁴¹.

Il verificarsi dell'inadempimento determina appunto l'evoluzione della garanzia (nel senso appena proposto) in responsabilità, con conseguente insorgenza del diritto in capo al creditore di soddisfarsi coattivamente sul patrimonio dell'obbligato. In questa prospettiva assume pregio l'affermazione secondo la quale la responsabilità patrimoniale (appunto a differenza della garanzia) presenta un collegamento funzionale non tanto con l'adempimento, quanto con l'inadempimento: la responsabilità patrimoniale costituisce infatti la principale conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, poiché è una volta verificatosi l'inadempimento che il creditore può rivalersi sui beni del debitore per la mancata corresponsione della prestazione dovutagli promuovendo l'esecuzione forzata⁴².

Consegue a quanto appena affermato che la presenza delle sopra descritte articolazioni sequenziali di attribuzioni principali e sussidiarie (con le seconde subordinate, nella loro esigibilità, all'inattuazione delle prime) arricchisce le possibilità di scelta spettanti al creditore deluso, il quale, a fronte dell'inattuazione della prestazione principale, viene di fatto a trovarsi di fronte ad un bivio: o "rimanere nell'obbligazione", esigendo che la stessa sia attuata attraverso l'esecuzione delle prestazioni subordinate; ovvero "uscire" dal rapporto per ricavare – una volta munitosi di titolo esecutivo – attraverso l'esecuzione forzata un valore equivalente al *quantum debeatur* e all'eventuale risarcimento del danno⁴³.

La presenza di una sequenza di prestazioni subordinate all'inadempimento dell'attribuzione principale non rappresenta, del resto, un fenomeno ignoto al nostro ordinamento: articolazioni sequenziali complesse simili a quelle in

⁴¹ Questa ricostruzione è proposta, tra gli altri, da R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, p. 40 ss., laddove afferma: «Il creditore può fare affidamento, per la soddisfazione del suo interesse, in alternativa all'adempimento, sul patrimonio di cui il debitore è titolare al momento in cui sorge il rapporto obbligatorio. In questo senso il creditore ha una aspettativa di conseguire il valore economico sostitutivo della prestazione, nel caso di mancata esecuzione della stessa, che viene meno e si traduce in un potere (che è emanazione dello stesso diritto di credito) di aggredire il patrimonio del debitore al momento dell'inadempimento, per via dell'esecuzione forzata. Questa aspettativa sussidiaria di soddisfazione si traduce in una situazione di aspettativa di diritto che accompagna il diritto di credito per tutta la fase della pendenza, ossia prima dell'inadempimento, e fino al soddisfacimento finale del creditore».

⁴² Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 370, ad avviso del quale: «La responsabilità patrimoniale entra in gioco tutte le volte che il debitore manchi, per una causa a lui imputabile, il regolare adempimento della prestazione dovuta: il patrimonio del debitore stesso soggiace allora alle iniziative che il creditore può intraprendere per conseguire sopra di esso, nonostante l'inadempimento dell'obbligato, la realizzazione delle proprie ragioni di credito. Detto altrimenti, la responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, e ne assicura comunque il risultato utile anche contro l'inerzia o la cattiva volontà del debitore: ne assicura il risultato esponendo i beni di quest'ultimo (*omissis*) all'azione esecutiva promossa dal creditore».

⁴³ Sul punto, C. DORE, *op. cit.*, p. 92 ss.

questa sede esaminate sono infatti riscontrabili nella disciplina di alcune operazioni negoziali espressamente regolate dal legislatore. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla vendita di beni di consumo, di cui agli artt. 128 ss. c.cons., nella quale la riparazione e la sostituzione vengono appunto descritte quali prestazioni riconducibili all'esatto adempimento dell'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, prestazioni a cui il venditore risulta tenuto a seguito del riscontro del difetto di conformità; si pensi, ancora, al caso dell'appalto, laddove del pari si riconosce al committente il potere di esigere che le difformità o i vizi dell'opera siano eliminati a spese dell'artefice, tenuto dunque, a seguito dell'inesatto adempimento dell'obbligo primario di realizzare un *opus* conforme al contratto, all'esecuzione delle prestazioni ripristinatorie conseguenti⁴⁴.

Si pensi, infine, proprio alle già richiamate discipline dell'art. 120 *quinqüesdecies* TUB sui mutui ai consumatori e al comma 12 *quaterdecies* l. 248 del 2005 sul prestito vitalizio ipotecario, laddove l'effetto esdebitativo associato alla vendita della *res garantita* ad opera del finanziatore o all'acquisto della proprietà dell'immobile ipotecato a favore del medesimo mutuante induce parte della dottrina a considerare tali congegni come volti a procurare al creditore una attribuzione patrimoniale (appunto, sussidiaria rispetto alla restituzione del finanziamento) valevole quale surrogato dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria primaria⁴⁵.

⁴⁴ La bibliografia in materia di vendita di beni di consumo e di garanzia per vizi nell'appalto è del pari molto vasta: ci limitiamo in questa sede a rinviare, in materia di vendita, ai contributi di A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 548 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Torino, 2006, *passim*; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal Codice civile al Codice del consumo)*, Napoli, 2007, spec. pp. 176 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, *passim*; R. CALVO, *Il regime dei rimedi nelle vendite di beni di consumo*, in *Tratt. dei contratti* dir. da Roppo e Benedetti, I, *Vendita e vendite*, Milano, 2014, p. 399 ss.; in materia di appalto, si richiamano invece, sempre senza pretese di completezza, gli scritti di D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 1655 – 1677, Bologna – Roma, 2007, p. 378 ss.; A. LUMINOSO, *La natura della garanzia per vizi e difformità nell'appalto*, in *I maestri italiani del diritto civile – Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, *Singole fattispecie negoziali*, Napoli, 2009, p. 933 ss.; R. FADDA, *Contenuto della garanzia per difetti dell'opera*, in *Codice dell'appalto privato* a cura di A. LUMINOSO, Milano, 2016, p. 650 ss.; M. DELLACASA, *Garanzia e responsabilità*, in *Tratt. dei contratti* dir. da Roppo e Benedetti, III, 1, *Opere e servizi*, cit., p. 321 ss. Sulla recente direttiva n. 771 del 2019 (destinata ad abrogare la dir. n. 44 del 1999, alla quale hanno dato attuazione gli artt. 128 – 135 cod. cons., e il cui recepimento è avvenuto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 170 del 2021, cfr. i contributi di G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impresa*, 2019, p. 825 ss.; F. ADDIS, *Spunti sugli aspetti dei contratti di vendita di beni di consumo regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2, 2020, p. 5 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-TO-C: l'attuazione della Dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2021, p. 205 ss. Ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

⁴⁵ Si richiamano in particolare le osservazioni formulate (con riferimento alla diversa disciplina dell'art. 48 bis TUB) da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 – bis TUB: il “pasticcio” di un marciando bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciando*, cit., p. 54 s., ad avviso del quale: «la causa solvendi sunteggiata qui, in realtà, l'intento

Le discipline da ultimo richiamate individuano ora le condizioni in presenza delle quali le prestazioni sussidiarie possono considerarsi esigibili (l'art. 12 *quinqüesdecies* del TUB subordina l'acquisto o la vendita della *res garantita* da parte della banca creditrice all'inadempimento riferito a diciotto rate del mutuo, mentre la norma in tema di prestito vitalizio ipotecario prevede che la vendita diretta dell'immobile oggetto di garanzia reale possa essere promossa se il finanziamento non è integralmente rimborsato nei dodici mesi che seguono la morte del finanziato o gli altri eventi previsti dalla norma stessa), ora i presupposti in presenza dei quali il percipiente deluso può "uscire" dall'*Obligationsprogramm* per ricorrere ai rimedi demolitori e risarcitori prodromici all'eventuale esecuzione forzata (si veda, a titolo di esempio, il nuovo testo del comma 4 dell'art. 135 bis cod. cons., nel quale vengono puntualmente individuate le situazioni che legittimano il compratore/consumatore ad avvalersi, nella vendita di beni di consumo, della risoluzione del contratto o della riduzione del prezzo, oltre che dell'eventuale risarcimento del danno)⁴⁶.

Una volta ammessa la possibilità per i privati di creare, nell'esercizio della loro autonomia, simili articolazioni sequenziali di prestazioni sussidiarie interne al programma obbligatorio (nell'ambito delle quali articolazioni vengono appunto contemplate attribuzioni traslative subordinate all'inattuazione della prestazione principale, nel senso dianzi chiarito), deve altresì riconoscersi agli stipulanti il governo di siffatti meccanismi, sia per quanto attiene l'accesso alle suddette prestazioni secondarie, sia per quanto concerne le condizioni relative alla scelta del creditore, una volta verificatosi l'inadempimento, in ordine alla permanenza o all'uscita dal programma convenzionale.

In ordine al profilo da ultimo menzionato, non deve infatti sfuggire come la previsione delle articolazioni in parola tenda a influire sulla causa concreta del contratto, nell'ambito della quale, accanto all'interesse all'attuazione della pretesa creditoria, viene pertanto contemplato l'ulteriore interesse dell'obbligato a liberarsi dal debito attraverso la previsione della *translatio rei*: interesse di rango negoziale, che il creditore non può salvaguardare o frustrare sulla base di una valutazione totalmente arbitraria in ordine all'esercizio dei poteri di cui dispone⁴⁷. Ne consegue che, al netto delle eventuali previsioni convenzionali,

delle parti di governare pattiziamente la patologia di un rapporto obbligatorio ineseguito, facendolo deviare dal disposto dell'art. 1218. Il tutto *cave!*, in vista comunque di una realizzazione dell'interesse creditorio, a vantaggio di un'estinzione diversa sì dall'adempimento ma che rileva pur sempre dà attuazione del rapporto (obbligatorio) di finanziamento». Ci permettiamo inoltre di richiamare ancora C. DORE, *op. cit.*, p. 89 ss.

⁴⁶ Cfr. sul tema, in particolare R. FADDA, *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135 bis e 135 ter cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del Consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, p. 281 ss.

⁴⁷ Sotto questo aspetto, si ravvisa un'ulteriore ragione di differenza tra le articolazioni sequenziali interne all'obbligazione e la fattispecie del patto marciano: la funzione marcatamente autosatisfattiva che caratterizza tale convenzione assegna infatti al creditore una potestatività piena in ordine alla produzione dell'effetto reale. Mentre infatti nel patto marciano il creditore

la scelta del titolare del credito deve essere sempre orientata al rispetto del paradigma della buona fede oggettiva, nella sua accezione di obbligo di salvaguardia, gravante su ambedue le parti, dell'interesse dell'altro contraente, parametrato nel suo contenuto al limite dell'apprezzabile sacrificio⁴⁸.

In questo senso, l'inadempimento della prestazione principale legittima il creditore (già munito di titolo esecutivo) ad avvalersi dell'esecuzione forzata ordinaria quando l'attribuzione reale sussidiaria non può prodursi (ad esempio, a seguito dell'intervenuto perimento del bene oggetto della medesima), ovvero nelle ipotesi in cui egli dimostra la sopravvenuta inidoneità di tale a soddisfare la sua pretesa (la *res* ha perso valore o si è deteriorata).

Le articolazioni sequenziali ora in analisi vengono a collocarsi, si diceva, nella terra di frontiera tra obbligazioni oggettivamente complesse e *datio in solutum*, senza identificarsi integralmente con esse. Dalle obbligazioni facoltative, gli accordi in parola divergono per il fatto che la *translatio rei* costituisce la conseguenza automatica dell'inadempimento, e non il prodotto di una libera valutazione dell'obligato. Del pari, rispetto alla *datio in solutum*, i suddetti accordi non aprono al debitore lo "spazio di libertà" costituito dalla possibilità di realizzare l'*Obligationsprogramm* attraverso la corresponsione dell'*aliud* (in luogo della prestazione iniziale) ma, come poc'anzi si è ribadito, fanno dipendere direttamente dalla mancata esecuzione della prestazione primaria la produzione dell'effetto reale e la conseguente estinzione del rapporto⁴⁹.

(a seguito dell'inadempimento) può acquistare la proprietà della *res* semplicemente versando la differenza tra l'ammontare del finanziamento e il valore della stessa *res* come determinata dal perito, nelle articolazioni in parola la scelta del creditore in ordine alla esazione della prestazione sussidiaria o al ricorso all'esecuzione forzata deve essere calibrata sulla base dei parametri esposti nel testo.

⁴⁸ Sulla nozione della buona fede oggettiva, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 454 ss., secondo cui: «Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, la buona fede si specifica anche come obbligo di salvaguardia. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico». Si richiamano inoltre i contributi di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 111 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 1997, *passim*; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1374 – 1381, Milano, 1999, p. 213 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento – L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2022, p. 489 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da Iudica e Zatti, Milano, 2025, p. 422 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, *passim*; P. GALLO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, V, Torino, 2017, p. 625 ss.

⁴⁹ Così come, in presenza delle articolazioni sequenziali in parola, manca, come già evidenziato nel testo, quella potestatività a favore del creditore che è tipica del patto marciano, analogamente non è ravvisabile quella potestatività assicurata al debitore nella *datio in solutum* e nelle obbligazioni facoltative: il debitore, infatti, non è libero di decidere se procedere alla

Il riferimento alle figure appena richiamate è tuttavia utile a comprendere come, attraverso le pattuizioni che contemplan siffatte articolazioni sequenziali, i privati abbiano inteso incidere direttamente sul contenuto del rapporto obbligatorio tra loro in essere, o programmando *sin ab origine* un'obbligazione "complessa" in quanto caratterizzata dalla presenza di una attribuzione subordinata nella sua eseguibilità all'inadempimento della prestazione principale, o arricchendo successivamente, attraverso la previsione della prestazione sussidiaria, il contenuto di un'obbligazione inizialmente configurata come semplice⁵⁰.

La ricomprensione dell'attribuzione reale all'interno del programma obbligatorio rende siffatta attribuzione qualificabile come un momento di attuazione dell'assetto di interessi divisato dai privati attraverso il contratto da cui l'obbligazione stessa promana. E la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la previsione delle sequenze di prestazioni ora considerate non può essere scalfita nemmeno dal rilievo secondo cui – in mancanza di meccanismi di riequilibrio simili a quelli operanti nel patto marciano – l'ammissibilità delle convenzioni in esame potrebbero dare luogo a perdite patrimoniali sproporzionate in danno del debitore, favorendo così quelle pratiche di tipo usurario che la previsione dell'art. 2744 c.c. dovrebbe viceversa arginare.

Premesso che la presenza di uno squilibrio a carico dell'obbligato/alienante non rappresenta uno degli elementi costitutivi della fattispecie di nullità contemplata dalla norma in esame (la quale sanziona *sic et simpliciter* l'alienazione da debitore a creditore condizionata al fatto dell'inadempimento), la più attenta dottrina non ha mancato di segnalare come il pericolo di una sproporzione per il debitore si annidi anche nella dazione in pagamento, con riferimento alla quale la tutela della parte pregiudicata si esaurisce nei generali rimedi dell'annullamento per violenza e della rescissione per lesione⁵¹.

Ma se la presenza di una simile sproporzione tra l'*aliud* e la prestazione iniziale non espone la *datio in solutum* (anche se conclusa o in costanza o dopo

translatio rei in luogo della prestazione primaria, venendo la perdita della *res translata* a costituire una conseguenza automatica e indefettibile della inattuazione della prestazione primaria.

⁵⁰ In questo senso, possono tornare utili le riflessioni di quegli autori ad avviso dei quali la dazione in pagamento realizzerebbe «una modificazione oggettiva della obbligazione quale principale connotato causale – ed effettuale – della *datio in solutum*, ancorché in vista del conseguimento di un risultato ultimo che rimane e non può non rimanere che di estinzione soddisfattiva del rapporto obbligatorio». Estinzione soddisfattiva, tuttavia, «mediata da una modificazione dell'oggetto dell'obbligazione che si apprezzerrebbe in ciò, che al debitore risulti per l'appunto attribuita la facoltà di liberarsi eseguendo un *aliud* in luogo di quanto dovuto». In questi termini, E. CAMILLERI, *Imputazione* ecc., cit., p. 95 s., il quale così aderisce alla tesi elaborata da U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 554.

⁵¹ Cfr., sul punto, A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1408, avverte la necessità di «suggerire al legislatore di introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum* in relazione ai casi in cui la sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene trasferito al creditore si traduca in una iniquità del contenuto del contratto»; P. GALLO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 407.

il perpetrarsi dell'inadempimento, con il debitore pressato dall'esigenza di neutralizzarne le conseguenze) alla scure della nullità, non si vede la ragione per cui una simile sanzione debba viceversa colpire le clausole mediante le quali, nella costruzione del contenuto del rapporto, i privati programmano l'articolazione sequenziale di prestazioni appena descritta, configurando l'attribuzione reale come subordinata nel suo prodursi alla mancata attuazione della prestazione primaria, quale ulteriore momento possibile di esecuzione del programma obbligatorio da essi elaborato.

4. *Profili applicativi della soluzione proposta*

La ricomprensione della *translatio rei* all'interno del rapporto obbligatorio e la valenza marcatamente solutoria che pertanto la caratterizza sembra escludere quei trasferimenti causalmente indefinibili che possono ricollegarsi al meccanismo condizionale insito nel patto commissorio, in caso di modificazioni soggettive del credito o del debito. Se infatti il collegamento tra vicenda traslativa e obbligazione non si esaurisce nell'inadempimento della stessa (contemplato dalla condizione), ma l'attribuzione reale assurge alla funzione di prestazione dovuta (oggetto tanto dell'impegno del debitore, quanto della pretesa del creditore), emerge allora come siffatta attribuzione non possa essere rivolta a vantaggio di un soggetto privo della qualifica di creditore, né gravare su chi, con riferimento all'obbligazione in parola, non riveste la posizione di debitore o di garante. In questa prospettiva, qualora si proceda alla cessione del credito, deve infatti convenirsi che il cessionario acquista il diritto a vedersi riconosciuta tanto la prestazione principale, quanto (in caso di inesecuzione di quest'ultima) ad acquistare la *res* oggetto dell'attribuzione sussidiaria.

Più complicato potrebbe risultare il discorso relativo all'eventuale espromissione: se infatti non sembrano porsi particolari problemi con riguardo all'espromissione cumulativa (l'attribuzione traslativa si verificherebbe qualora la prestazione primaria non venisse eseguita né dall'espromittente, né dall'espromesso), maggiori difficoltà potrebbero scorgersi con riferimento all'espromissione liberatoria, stante la sostanziale infungibilità, dal punto di vista soggettivo, della *translatio rei*. Difficoltà peraltro superabili, se si riconnette a tale ipotesi di espromissione valenza marcatamente novativa, con conseguente estinzione dell'obbligazione oggettivamente complessa e sua sostituzione con una nuova obbligazione – avente ad oggetto una prestazione coincidente con quella primariamente dovuta dall'espromesso – dell'espromittente verso l'espromissario ⁵².

⁵² Sulla figura dell'espromissione novativa, cfr. B. GRASSO, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Cod. civ. comm.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, artt. 1268 – 1275, Milano, 2011, p. 88; P. GALLO, *L'obbligazione*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Torino, 2019, p. 153 s.;

Rimangono infine da esaminare le conseguenze relative alla possibile alienazione a un terzo, da parte del debitore, del bene contemplato nella clausola prima che l'inattuazione della prestazione principale si concretizzi: escludendosi, per le ragioni dianzi sviluppate, la presenza di un diritto reale sul bene in questione a favore del titolare del credito, la tutela del medesimo creditore nei confronti dell'acquirente si esaurisce nell'opponibilità del meccanismo condizionale. Mancando le condizioni per far valere la condizione (costituita appunto dall'inadempimento della prestazione iniziale) verso il terzo avente causa dal debitore, il mancato acquisto della *res* da parte del creditore apre a quest'ultimo unicamente la strada del risarcimento per equivalente.

Abstract [Ita]

Una volta ravvisato il fondamento del divieto ex art. 2744 nella “sofferenza causale” del patto commissorio (non essendo la convenzione in parola riconducibile né all’area dei negozi solutori, né a quella degli accordi con causa di garanzia), lo scritto vuole dimostrare l’ammissibilità della previsione, all’interno dell’*Obligationsprogramm*, di attribuzioni traslative subordinate all’inadempimento di una prestazione principale, ma pur sempre dirette a dare attuazione al rapporto obbligatorio. Con riferimento a simili articolazioni sequenziali di prestazioni sussidiarie (appunto in quanto subordinate, nella loro esigibilità, all’inattuazione dell’attribuzione principale), l’inadempimento della prestazione iniziale assume non semplicemente la connotazione negativa di “rottura” del programma obbligatorio, ma quella di momento di sviluppo del programma stesso verso l’attuazione delle ulteriori attribuzioni programmate dalle parti.

Parole chiave: patto commissorio; patto marciano; *Obligationsprogramm*; articolazioni sequenziali; prestazioni sussidiarie.

Abstract [Eng]

Once the legal basis for the prohibition under art. 2744 has been identified in the “causal suffering” of the *patto commissorio* (since the agreement in question cannot be classified as either a settlement agreement or an guarantee agreement), this paper aims to demonstrate the admissibility, within the *Obligationsprogramm*, of transferable attributions subject to the non-compliance of a principal obligation, but still aimed at implementing the obligatory relationship. With reference to similar sequential articulations of subsidiary performances (precisely because they are subordinate, in their enforceability, to the non-compliance of the main attribution), the non-fulfilment of the initial performance takes on not simply the negative connotation of a “break” in the obligatory programme, but that of a moment of development of the programme itself towards the implementation of the further attributions planned by the parties.

Keywords: *patto commissorio*; *patto marciano*; obligatory programme; sequential articulations; subsidiary performances.

Schiavi affrancati e relazioni con i patroni a Roma e nelle realtà provinciali dell'impero*

Maurilio Felici

Sommario: 1. Premessa. – 2. Nodi terminologici di *ius personarum*. – 3. *Libertinorum genera*. – 4. Liberti e patroni: esempi testuali. – 5. Identità e vincoli patronali nella condizione dei liberti romani. – 6. L'Augustalità dei liberti tra prestigio civico e mobilità sociale. – 7. Epilogo.

1. Premessa

Nella composita stratificazione di ranghi e distinzioni sociali che ha connotato per lungo tempo lo sviluppo stesso della civiltà romana¹, gli schiavi affrancati occupavano una posizione ben conosciuta e del tutto caratteristica².

* Riproduco qui il testo di una conferenza tenuta il 29 agosto 2025 presso la Pázmány Péter Catholic University di Budapest, nell'ambito della 78ª sessione della SIHDA, con minime integrazioni e un essenziale corredo di note bibliografiche.

¹ Sui diversi livelli di appartenenza dei singoli, e per compendi generali relativi alla società di Roma antica, vi è, come da più parti lamentato, una penuria di fonti che non ha impedito tentativi di ricostruzione divenuti "classici"; tra questi, M. ROSTOVZEV, *Storia sociale dell'Impero romano*, Firenze 1933; J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, Bari 1941; P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970; P.A. BRUNT, *Classi e conflitti sociali nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1972; C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, Roma 1980; M. MAZZA, *La fatica dell'uomo. Schiavi e liberi nel mondo romano*, Catania 1986; A. GIARDINA, (cur.), *L'uomo romano*, Roma-Bari 1989; P. VEYNE, *La società romana*, Roma-Bari 1990; F. JACQUES - J. SCHEID, *Roma e il suo impero. Istituzioni, economia, religione*, Roma-Bari 1992; G. ALFÖLDY, *Storia sociale dell'antica Roma*⁴, Bologna 2012; J. CARLSEN, *Land and Labour. Studies in Roman Social and Economic History*, Roma 2014.

² Per l'inquadramento del tema, in modo preliminare, sia sufficiente rinviare a: A.M. DUFF, *Freedmen in the Early Roman Empire*, Oxford 1928; C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, 1-2, Catania 1948-1950; H. CHANTRAINE, *Freigelassene und Sklaven im Dienst der römischen Kaiser*, Wiesbaden 1967; S. TREGGIARI, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford 1969; G. BOULVERT, *Esclavés et affranchis impériaux sous le Haut-Empire romain. Rôle politique et administratif*, Napoli 1970; ID., *Domestique et fonctionnaire sous le haut-empire romain. La condition de l'affranchi et de l'esclave du prince*, Paris 1974; J. ANDREAU, *Les affaires de monsieur Jucundus*, Rome 1974; J. CHRISTES, *Sklaven und Freigelassene als Grammatiker und Philologen im antiken Rom*, Wiesbaden 1979; G. FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la République romaine*, Rome 1981; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur*

A Roma, del resto, non esisteva una concezione egualitaria della società³, circostanza comune nel mondo antico, bensì una marcatamente aristocratica⁴, in cui i diritti venivano acquisiti e mantenuti attraverso l'appartenenza alla comunità politica⁵. L'organizzazione civica si basava, in effetti, sulla disuguaglianza e sulla reciproca esclusione, con i diritti politici disposti in cerchi concentrici, dove l'uguaglianza era riconosciuta solo all'interno di ciascun raggruppamento⁶. Vigeva quindi un'uguaglianza di classe (come probabilmente già espresso dalla regola delle XII Tavole riguardante il garante dell'*adsiduus*⁷) e la libertà dei singoli, in un quadro del genere, era strettamente legata all'ordine giuridico e all'obbedienza alle leggi⁸.

La posizione dei liberti⁹, in questa prospettiva, può essere considerata esemplare del percorso intrapreso dal concetto di libertà individuale nella storia del diritto a Roma¹⁰. Nel tempo, la relativa nozione si è estesa fino

Dienstpflcht freigelassener Sklaven, Stuttgart 1986; W. ECK - J. HEINRICH (curr.), *Sklaven und Freigelassene in der Gesellschaft der römischen Kaiserzeit*, Darmstadt 1993; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996; L.H. PETERSEN, *The Freedman in Roman Art and Art History*, Cambridge-New York 2006; H. MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, Cambridge 2011; S. BELL - T.R. RAMSBY (curr.), *Free at last! The impact of freed slaves on the Roman Empire*, London, 2012; M.J. PERRY, *Gender, Manumission, and the Roman Freedwoman*, Cambridge 2014; R. MACLEAN, *Freed slaves and Roman imperial culture. Social Integration and the Transformation of Values*, Cambridge 2018; S.W. BELL - D. BORBONUS - R. MACLEAN (curr.), *Freed Persons in the Roman World. Status, Diversity, and Representation*, Cambridge 2024; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA - M.L. CALDELLI (curr.), *Libertos y esclavos en la ciudad romana. De Ostia a Augusta Emerita*, Madrid 2025.

³ Sul tema, fondamentali le indicazioni di G. CRIFÒ, *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma 1996, 17-66.

⁴ Secondo una consolidata tradizione storiografica, una combinazione di fattori economici, politici, e culturali avrebbe indotto le comunità antiche ad affidarsi, in modo prevalente, a regimi di tipo aristocratico: fattori quali il controllo delle risorse, la gestione della difesa, la necessità del coordinamento delle attività amministrative, una bassa e generalizzata produttività economica, radicate concezioni religiose sarebbero stati determinanti per una limitazione della partecipazione politica diffusa, favorendo, al contempo, la formazione e la stabilizzazione di strutture gerarchiche via via percepite come naturali (se non volute dagli dei): utilizzo tuttavia qui il concetto di "aristocrazia" in senso stipulativo, consapevole del dibattito esistente in proposito e per il quale rinvio agli stimolanti contributi raccolti a margine di un'esperienza congressuale non troppo remota: N. FISHER - VAN WEES (curr.) *'Aristocracy' in Antiquity. Redefining Greek and Roman Elites*, Swansea 2015.

⁵ Sul punto, restringendo il campo alla classicità greca e romana, in efficace sintesi, G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino 2011, 1-13.

⁶ G. CRIFÒ, *Remarques sur les problèmes de l'égalité et de la liberté à Rome*, in *Ktema*, 6, 1981, 193-206.

⁷ Tab. I.4: in contrasto con la posizione del proletario, ed in funzione di un "compromesso" civico realizzatosi attraverso la codificazione decemvirale stessa (G. CRIFÒ, *La legge delle XII tavole. Osservazioni e problemi*, in ANRW I.2, Berlin-New York 1972, 121 n. 40; M. HUMBERT, *La loi des XII tables. Edition et commentaire*, Rome 2018, 75 ss.).

⁸ CH. WIRSZUBSKI, *Libertas as a political idea at Rome during the late republic and early principate*, Cambridge 1950, 7-24.

⁹ Incisiva e vivace rimane la rappresentazione di J. ANDREAU, *Il liberto*, in A. GIARDINA (cur.), *L'uomo romano*, Roma-Bari 1990, 187-214.

¹⁰ WIRSZUBSKI, *Libertas as a political idea*, cit., 1-3.

ad includere, all'interno del riconoscimento della sfera privata, tutele come quella del diritto di proprietà individuale: e non è un caso che uno dei fronti importanti su cui fu in effetti acceso il conflitto per l'emancipazione dei liberti riguardasse, con tutta verisimiglianza, la questione del destino dei loro averi¹¹.

La stessa trama compositiva dei *Digesta* imperiali offre, anche sotto questo profilo, l'occasione di riflettere. Sia sufficiente, al riguardo, considerare la semplice collocazione si potrebbe dire 'materiale' dei *responsa* dei giuristi, selezionati e organizzati dai commissari di Giustiniano. Gli aspetti più rilevanti del rapporto tra patrono e schiavo affrancato emergono con precisione dall'intricato tessuto delle sezioni dedicate ai tipi di *bonorum possessio* pretoria: si tratta di un indizio "patente" (come suggerito dall'Arangio-Ruiz¹²) della consistenza di questa relazione speciale¹³.

2. Nodi terminologici di *ius personarum*

La complessità del rapporto tra padrone e liberto nel mondo romano, ben nota e ampiamente studiata (non solo, come risaputo, nell'ambito puramente giuridico¹⁴), appare un elemento intrinseco della natura stessa del rapporto primario *servus/dominus* e, come è stato recentemente ribadito¹⁵, una caratteristica marcata (e dipendente) dalla fonte concreta della libertà acquisita¹⁶.

I manuali correnti di diritto privato romano, dovendo coniugare le esigenze di una visione diacronica e sincronica degli istituti, privilegiano quest'ultima per evidenti ragioni di sistematicità della materia, e distinguono tradizionalmente tra forme solenni di manomissione (di *ius civile*) e metodi più recenti (di diritto onorario)¹⁷.

La versione gaiana, a questo proposito, presenta un quadro ben strutturato che, al contempo, ha offerto numerosi spunti di riflessione e occasioni di approfondimento. L'inserimento della posizione giuridica degli schiavi nella

¹¹ E con buone ragioni, perché come nota MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 133 s.: «L'impegno nel lavoro – in una società che privilegiava l'astensione dalle attività produttive e la *luxuria* tipica del ceto senatorio – che fu addirittura segno caratteristico degli ex schiavi, consentiva la costituzione di patrimoni talvolta assai rilevanti».

¹² V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli 1957, 380

¹³ Come evidenziato da C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, 63 ss., per aspetti essenziali.

¹⁴ In generale, v. U. AGNATI, *Liberti: "qui desiderunt esse servi"*, in *Clio*, 32, 1996, 357-400.

¹⁵ G. POLO TORIBIO, *Manumissio. Civis. Libertas. Census. Incensus*, Madrid, 2023, 23 ss.

¹⁶ L. GAGLIARDI, *Le manomissioni del ius civile e il momento acquisitivo della cittadinanza romana*, in *TR*, 90, 2022, 353-386, quanto in particolare all'operatività (immediata o meno) dei diritti politici connessi all'ottenimento della cittadinanza, in base alle diverse forme di affrancazione.

¹⁷ Come anche in A. MANTELLO, *Diritto privato romano. Lezioni*, I, Torino 2009, 209-216, che pure adotta schemi espositivi proprii.

narrazione *de iure personarum*, con la nota *summa divisio* di Gai.1.9¹⁸, se costituisce una circostanza altamente significativa e sempre degna di essere ricordata, va letta anche in congiunzione con l'altrettanto celebre passo riguardante le *res corporales*: dove *homo*, nel senso di schiavo, è elencato subito dopo il *fundus* e prima di *vestis*, in una lista evidentemente funzionale al discente-lettore per cogliere la nozione di "cosa tangibile" con l'immediatezza e la semplicità che l'attività didattica esige (ed esige)¹⁹:

Gai.2.13 *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.*

Ciò, come è stato notato²⁰, può rivelare una certa quale ambivalenza nella condizione dello schiavo (e di quello liberato)²¹, quasi a confermare un legame con la teoria etimologica condivisa dai giuristi che rimandava alla pratica, tipica dei generali vittoriosi²², di *servare* in vita i nemici catturati in combattimento²³:

D.50.16.239 (Pomp. l.s. *enchir.*) "*Servorum*" *appellatio ex eo fluxit, quod Imperatores nostri captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent.*

D.1.5.4 (Flor. 9 *inst.*) pr. *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.* 1. *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.* 2. *Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere iubent ac per hoc servare nec occidere solent.* 3. *Mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur.*

La legittimazione della schiavitù, che, quasi ideologicamente, è trasformata in seno alla giurisprudenza da atto brutale a gesto di clemenza attraverso un'esplicazione etimologica²⁴, è inserita da Fiorentino in un quadro teorico

¹⁸ *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

¹⁹ Cfr. D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2006, 8, quanto alle necessità di chiarezza tipiche della letteratura per l'insegnamento.

²⁰ AGNATI, *Liberti*, cit., 373 ss.

²¹ R. LAMBERTINI, *L'etimologia di 'servus' secondo i giuristi romani*, in *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, V, Napoli 1984, 2385-2394.

²² R. ORTU, *Praeda bellica: la guerra tra economia e diritto nell'antica Roma*, in *Diritto@Storia*, 4, 2005, 1-70; ora, e più in generale, EAD., *Guerre, nemici e prigionieri in Roma antica*, in *AGS*, 28.1, 2023, 165-197, ove bibliografia.

²³ S. TAFARO, *Schiavitù*, in H. ALTMEPPEN - I. REICHARD - M.J. SCHERMAIER (curr.) *Festschrift für Rolf Knüttel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 1227-1268. Sul periodo di sei anni, che Cicerone (*Phil.*, 8.11.32) sembra indicare come tempo di servizio ordinario dopo il quale lo schiavo diligente maturerebbe un'aspettativa (di fatto) ad essere affrancato, ha espresso dubbi T.E.J. WIEDEMANN, *The Regularity of Manumission at Rome*, in *CQ*, 35, 1985, 162-175.

²⁴ Le definizioni così congegnate potevano essere «tutte filologicamente errate ma giuridicamente esatte» (B. BIONDI, *Valore delle etimologie dei giuristi romani*, in *Syntheseleia Arancio-Ruiz*, Napoli 1964, 739) e risultarono «in ogni caso utili, attraverso la ricerca grammaticale e linguistica, a sviluppare la tecnica e la problematica dell'interpretazione» (G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*⁴, Bologna 2005, 189).

più ampio, che comprende la definizione di *libertas* come *naturalis facultas*²⁵ e quella di *servitus* come istituto di *ius gentium* per il quale si è sottoposti *contra naturam* all'altrui dominio²⁶; il rapporto con la definizione pomponiana non solo viene ripreso, ma evidentemente potenziato con una elaborazione concettuale nuova e che appare legata ai tempi del suo autore (e che li travalicherà²⁷).

Il passo di Fiorentino si chiude con il riferimento ad un vocabolo alternativo a *servus*, ma dal medesimo significato, come quello altamente suggestivo di *mancipium*²⁸; ricordare un ulteriore sinonimo, seppur disgiunto dai brani in questione, può allora essere importante, perché evita immediatamente il rischio di una facile, ma inappropriata, inferenza linguistica²⁹.

Nel caso del mondo romano, infatti, *familia* è un sostantivo astratto derivato da *famulus*: un termine che il latino a sua volta mutua dalla lingua osca, come gli studi di lessicografia confermano³⁰, dato che (anche) in quest'antica lingua italica lo schiavo era designato con il termine *famel*³¹.

Sovrapporre la nozione attuale di famiglia alla realtà del mondo antico è una tentazione che esiste, ma a cui bisogna sottrarsi. In questo caso, come in molti altri, l'ovvia derivazione linguistica – il latino *familia* ha avuto esiti notevoli anche nelle lingue non romanze – rischia di oscurare la profonda differenza tra le strutture designate dai due termini, quello antico e il suo discendente odierno³².

Ovviamente, famiglia, nella sua etimologia, non si riferisce a una dimensione biologica, ma relazionale: *familia* è propriamente e primariamente il gruppo degli schiavi, e specificamente degli schiavi “nati in casa”, e questo significato non è mai andato completamente perduto in latino. Così, *familia* rustica o urbana designa rispettivamente il gruppo degli schiavi assegnati a una tenuta di campagna o alla residenza del padrone in città, la famiglia dei gladiatori, il personale di una scuola gladiatoria, ecc.³³.

²⁵ G. CRIFÒ, *La libertà prima del diritto naturale*, in *Ritorno al diritto*, 1, 2005, 111-117.

²⁶ In proposito, ORTU, *Praeda bellica*, cit., 3 ss.; A.S. SCARCELLA, *Una possibile rilettura delle contraddizioni sulla schiavitù nel sistema della Compilazione*, in *TSDP*, 12, 2019, 1-35; L. MAGANZANI, *Florentinus. Institutionum libri XII*, Roma-Bristol 2022, 20 ss.

²⁷ Come sembra mostrare AUGUST., *De civitate Dei*, 19.15.

²⁸ Anche in questo caso il ricorso alla definizione a carattere etimologico sembra essere praticato per corroborare l'accezione filologicamente sostenuta (e che sarebbe stata accolta nel suo famoso commento ai ‘Fratelli’ di Terenzio da Elio Donato, *Ad Terent. Adelph.* 2.1.27).

²⁹ Sul punto, in generale, M. BENZI, *Il problema logico delle fallacie*, in G. MUCCIARELLI - G. CELANI (curr.), *Quando il pensiero sbaglia. La fallacia tra psicologia e scienza*, Torino 2002, 62-95.

³⁰ É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. 1. Économie, parenté, société, Paris 1969, 358.

³¹ Su cui già G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia*, 2, 1933, 233 s.

³² B. NIELSEN WHITEHEAD, *Hiding in plain sight? The enigma of the linguistic remains of prehistoric slavery*, in K. KRISTIANSEN - G. KROONEN - E. WILLERSLEV (curr.), *The Indo-European Puzzle Revisited. Integrating Archaeology, Genetics, and Linguistics*, Cambridge 2023, 308-326.

³³ Come messo in luce da G. CRIFÒ, *Sistematiche, revisioni e qualche aggiornamento sul*

La vicinanza semantica di termini del lessico relativo alla *familia*, la loro vischiosità nel latino delle origini, la capacità di trattenere in sé significati eterogenei senza nettamente separarli sono elementi che possono aver esercitato un'influenza notevole sulla costruzione di un *ius personarum* romano unitario, che, pur distinguendo stati e condizioni, tendeva a ricondurli a un'unica trama concettuale, dominata dalla figura del *paterfamilias* (e dalla connessa logica dell'inclusione/subordinazione)³⁴.

La presenza, nello stesso contenitore linguistico, di *liberi* e *servi* suggerisce una sorta di coesione logica di fondo che non deve aver mancato di influire sull'elaborazione giurisprudenziale: ciò che davvero conta è l'essere inseriti in una struttura di relazioni potestative, più che la natura personale del soggetto³⁵. È come se il linguaggio segnalasse che liberi e schiavi partecipavano, a livelli diversi, di un medesimo organismo giuridico-sociale³⁶, definito dalla familiarità nel senso di appartenenza ad una casa, e non necessariamente dalla condivisione della libertà³⁷.

All'interno di questa cornice, emerge con particolare forza la figura "ibrida" dei liberti. Essi incarnano plasticamente l'effetto di quella vischiosità lessicale sopra richiamata: una volta liberati, cessano di essere servi nel senso tecnico, ma non si svincolano mai del tutto dal legame originario con l'ex padrone, ora *patronus*.

In questo senso, l'unitarietà del *ius personarum* non è solo un artificio sistematico dei giuristi classici, ma anche l'esito di una sedimentazione linguistica e mentale antica: l'idea che liberi, schiavi e liberti appartengano, in diversa misura, a un medesimo spazio semantico e giuridico, quello della *familia*, e siano ordinati lungo un *continuum* di dipendenza e autonomia³⁸. Le poten-

diritto di famiglia romano, in R. LÓPEZ-ROSA - F. DEL PINO-TOSCANO (curr.), *El Derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, Huelva 2001, 49-66, partendo da problemi di organizzazione espositiva del diritto privato romano (ed evidenziando il distacco sempre più marcato rispetto alla tradizione pandettistica).

³⁴ CRIFÒ, *Sistematiche, revisioni e qualche aggiornamento*, cit., 54 s.

³⁵ Cfr. MANTELLO, *Diritto privato romano*. I, cit., 185-193, che sottolinea la concezione particolare di una "schiavitù domestica", propria della Roma delle origini, rispetto agli esiti della fine dell'età repubblicana (ed oltre).

³⁶ G. CRIFÒ, *Il linguaggio del diritto romano come disciplina e forma della realtà*, in *Technei*, 1, 2010, 103-120.

³⁷ La grande partizione tra liberi e schiavi, tra ingenui e liberti, non cancella mai del tutto la percezione di un'appartenenza comune ad un'unica sfera, in cui le differenze di *status* sono graduazioni più che fratture assolute. L'ordinamento elabora una gerarchia precisa di stati personali, ma tale gerarchia è inscritta in una concezione profondamente unitaria del corpo sociale, che si esprime nella centralità del *paterfamilias* e nel suo potere, progressivamente razionalizzato, sui soggetti della sua *potestas*. La lingua, con la sua "vischiosità", prepara il terreno a questo schema mentale: chi è nella *familia*, pur diversamente qualificato, appartiene all'unità di un medesimo ordine (incisive e convincenti le riflessioni di R.P. SALLER, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge-New York 1994, 48 ss.).

³⁸ Per cui rinvio a D.50.16.195, il lungo e notissimo frammento ulpiano del *de verborum significatione* di Giustiniano in cui è contenuta una definizione di *familia* molto discussa: sul tema, per punti essenziali, G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica*

zialità polisemiche della parola *familia* – che abbraccia insieme liberi e schiavi – seguita a farsi sentire, in modo quasi inconsapevole, nella struttura stessa delle categorie giuridiche, che non cessano di vedere nel liberto un membro “ritoccato”, ma non del tutto nuovo, di quella originaria comunione domestica di persone e poteri³⁹.

3. Libertinorum genera

Nella rigorosa terminologia dei giuristi⁴⁰, lo *status* del liberto è espresso dal termine *libertinus* (il cui opposto è *ingenuus*), mentre *libertus* designerebbe, in modo proprio, la situazione del libertino in relazione al suo patrono. Ma nel linguaggio quotidiano i termini erano intercambiabili, e per molto tempo, del resto, fu considerato libertino anche chi semplicemente fosse di ascendenza libertina:

Suet. Claud., 24: *Latum clavum, quamvis initio affirmasset non lecturum se senatorem nisi civis Romani abnepotem, etiam libertini filio tribuit, sed sub condicione si prius ab equite Romano adoptatus esset; ac sic quoque reprehensionem uerens, et Appium Caecum censorem, generis sui proauctorem, libertinorum filios in senatum adlegisse docuit, ignarus temporibus Appi et deinceps aliquamdiu libertinos dictos non ipsos, qui manu emitterentur, sed ingenuos ex his procreatos.*

Che se ne discutesse ancora ai tempi di Claudio non doveva essere casuale⁴¹. Il suo regno è stato significativamente identificato come l’”età dell’oro” dei liberti (imperiali)⁴², non solo per figure del calibro di Narcisso⁴³, Pallante⁴⁴,

*al principato*², Torino 1992, 31 ss.; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari* 1, Roma 1994, 15 ss.

³⁹ S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli 2009, 62 ss.

⁴⁰ La precisione linguistica dei giuristi romani costituisce uno dei cardini attraverso cui si è formato il pensiero giuridico occidentale ed il rigore lessicale connesso (al di là di un semplice esercizio stilistico) era funzionale a delimitare concetti, tracciare confini, costruire categorie. Tuttavia la forza del linguaggio giuridico romano risiedeva nella sua capacità di essere al tempo stesso tecnico e flessibile, radicato nella prassi e aperto all'evoluzione interpretativa. Per questo la terminologia divenne un patrimonio condiviso: un lessico che non solo descriveva il diritto, ma contribuiva a crearlo, rendendo il pensiero dei giuristi romani un laboratorio permanente di concettualizzazione giuridica (cfr. D. MANTOVANI, *Premessa*, in ID., *Pensiero e forme letterarie dei giuristi romani. Studi*, I, Roma 2024, IX-XXIV).

⁴¹ M. ROLLER, *Models from the Past in Roman Culture*, Cambridge-New York 2018, 130 ss.

⁴² In generale, ancora fondamentale P.R.C. WEAVER, *Familia Caesaris. A social study of the emperor's freedmen and slaves*, Cambridge 1972, part. 162 ss. Per una visione d'insieme aggiornata, P. BUONGIORNO, *Claudio. Il principe inatteso*, Palermo 2017, part. 83 ss.

⁴³ Sul quale: K. WINTER, *Disturbingly (Dis)Similar. Narcissus and Claudius in Seneca, Apocolocyntosis* 13, in *Mnemosyne*, 72, 2017, 300-313.

⁴⁴ in proposito: M. CHELOTTI, *I due volti di Pallante, liberto imperiale*, in M.G. ANGELI BERTINELLI (cur.), *La comunicazione nella storia antica. Fantasie e realtà*, Roma 2008, 139-151.

Callisto⁴⁵ e Polibio⁴⁶.

Ma dietro il problema (a prima vista, esclusivamente grammaticale⁴⁷) si celava chiaramente una annosa questione di integrazione, come dimostrato dalla letteratura e dall'epigrafia, che interessava più livelli⁴⁸.

Molti padroni ora concedevano la libertà ai propri schiavi in modo informale: ad esempio, in contesti in cui erano presenti più amici, oppure inviando una lettera, o durante un banchetto (rispettivamente: *manumissio inter amicos*, *per epistulam* e *per mensam*)⁴⁹.

Tuttavia, il riconoscimento dello *status* di liberto come "frutto" di questi tipi di atti era diverso e richiedeva, se necessario, la tutela del diritto pretorio. Agli albori del principato, anche le leggi *Aelia Sentia* e *Iunia* diedero origine a significative innovazioni riguardanti lo *status* dei liberti⁵⁰.

In particolare, l'istituzione della *Latinitas Iuniana* e della *Latinitas Aeliana* svincolò l'acquisizione della cittadinanza dalla libertà dei *manumissi*, in virtù di considerazioni e limitazioni che rientravano in un vasto disegno di politica sociale e di risanamento dei costumi delineato dall'imperatore⁵¹.

⁴⁵ Sintetica ma efficace caratterizzazione da parte di I. MILANO, *I "liberti" di Claudio, in Epigrafia e Territorio. Politica e società*, 7, 2004, 257-263 (ed inoltre M. CASSIA, *I liberti nell'epoca di Claudio: il medico Scribonio Largo alla corte imperiale*, in *Όπος*, 4, 2012, 44-68).

⁴⁶ J. MELMOUX, *L'action politique de Polybe de 41 à 47 et la puissance des affranchis sous le règne de Claude*, in *BAGB*, 3, 1975, 393-402.

⁴⁷ Ma se si pensa al ruolo storicamente svolto da alcuni celebri liberti, ad esempio, nella storia della letteratura (giuridica e non) e della scrittura, la questione non apparirà poi così marginale: il riferimento è ovviamente a Cn. Flavio (*libertinus* nel senso "svetoniano" del termine), a Livio Andronico e a Spurio Carvilio.

⁴⁸ E.W. HALEY, *Suetonius "Claudius" 24,1 and the Sons of Freedmen*, in *Historia*, 35, 1986, 115-121, ha dimostrato come l'affermazione di Svetonio non si debba considerare un errore, ma un riferimento ad un uso arcaico e informale del termine, sopravvissuto nella memoria antiquaria, sottolineando che vi sia una distinzione accurata tra designazione giuridica e appellativo sociale.

⁴⁹ A. BISCARDI, *Manumissio per mensam e affrancazioni pretorie*, Firenze 1939; E. NICOSIA, *'Manumissio per epistulam'*, in *Iura*, 47, 1996, 204-236; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma: de los orígenes a los Severos*, Madrid 2007, 91 ss.; M. PEDONE, *A proposito delle nuove acquisizioni testuali in tema di 'manumissio inter amicos'*, in *Index*, 47, 2019, 25 ss.; F. TERRANOVA, *Prime annotazioni sul lessico delle manomissioni, a partire da un'indagine sull'inter amicos manumittere*, in G. LUCHETTI - F. MATTIOLI - E. PEZZATO HECK (curr.), *La parola come precetto nell'esperienza giuridica romana*, Bologna 2025, 81-94.

⁵⁰ Come già in M. DE DOMINICIS, *La Latinitas Iuniana e la legge Elia Sentia*, in ID., *Scritti romanistici*, Padova 1970, 181-196; per la coerenza dei provvedimenti e sui loro effetti, E. BISIO, *Lex Aelia Sentia, lex Iunia e manumissio censu*, in *JUS-ONLINE*, 5, 2022, 1-20, ove bibliografia; ed ora L. PELLECCHI, *The Legal Foundation. The leges Iunia et Aelia Sentia*, in P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA - C. MASI DORIA - U. ROTH (curr.), *Iunian Latinity in the Roman Empire. 1. History, Law, Literature*, Edinburgh 2023, 56-79, per le convincenti ipotesi di attribuzione ad Augusto di entrambi i provvedimenti.

⁵¹ Nel V sec. d.C., Salviano da Marsiglia avrebbe caratterizzato efficacemente la posizione dei *Latini Iuniani*, affermando: *ut vivant scilicet quasi ingenui, et moriantur ut servi* (*ad Eccl.*, 3.7.34). Com'è noto, la legislazione augustea sulla famiglia mirava a rilanciare natalità e ordine morale dopo le guerre civili, richiamando *exempla* di un passato lontano e glorioso, come nel quadro essenziale riferito da F. ROHR VIO, *La restaurazione repubblicana di Augusto*

Non sorprende quindi che, a partire da Gaio, nella classificazione *per genera* dei liberti la divisione sia triplice e persista nelle opere successive.

Gai. 1.12: *Rursus libertinorum genera sunt tria: aut enim cives Romani aut Latini aut dediticiorum numero sunt.*

Tit. Ulp. 1.5: *Libertorum genera sunt tria, cives Romani, Latini Iuniani, dediticiorum numero.*

Ep. Gai. 1 pr.: [...] *libertorum uero ideo non unus est, quia tria sunt genera libertatum: quia liberti aut ciues Romani sunt, aut Latini, aut dediticii.*

Inst. 5.3: *Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modo maiorem et iustam libertatem consequabantur et fiebant cives Romani, modo minorem et Latini ex lege Iunia Norbana fiebant, modo inferiorem et fiebant ex lege Aelia Sentia dediticiorum numero.*

La visione riassuntiva di Giustiniano appare chiara in quanto detta il ritmo di una riforma che cancella la latinità eliana e giuniana e prende atto dell'insussistenza della categoria dei *dediticii*, riconoscendo il lungo ed effettivo processo di riscatto sociale verificatosi⁵².

Nel quadro molto ricco delineato da recenti ricerche⁵³, la figura del liberto emerge infatti come un attore essenziale dell'organizzazione economica romana, non soltanto come erede della condizione servile, ma come soggetto capace di inserirsi in strutture produttive e commerciali complesse, spesso in continuità funzionale con il patrono. Il liberto, tuttavia, pur emancipato, rimane profondamente legato alla *familia* di provenienza, ed è importante come questo legame costituisca la base giuridica e sociale che consente al patrono di utilizzare la sua competenza, la sua affidabilità e la sua posizione intermedia per gestire attività economiche anche articolate⁵⁴. Il liberto non è mai un imprenditore isolato: la sua iniziativa si innesta in una rete di rapporti che continuano a fare capo al patrono, e proprio questa interdipendenza permette di comprendere la logica dei modelli gestionali romani⁵⁵.

tra realtà e propaganda: riflessioni sulla politica a tutela della famiglia, in *FuturoClassico*, 9, 2023, 126-151.

⁵² E. KOOPS, *Masters and Freedmen Junian Latins and the Struggle for Citizenship*, in S. DE BENOIST-G. DE KLEIJN (curr.), *Integration in Rome and in the Roman World*, Leiden-Boston 2014, 105-126.

⁵³ A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2021, part. 156 ss.

⁵⁴ Come negli esempi proposti da A. PETRUCCI, *Considerazioni in margine a tre testi su liberti operanti in una negotiatio*, in M. VARVARO - M. DE SIMONE (curr.), *Scritti con Raimondo Santoro*, II, Palermo 2024, 616-648.

⁵⁵ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 279 ss.

4. *Liberti e patroni: esempi testuali*

Nonostante la manumissione, i liberti non recidevano completamente i loro legami con i patroni; la loro condizione giuridica era caratterizzata da profili particolari che si spiegano alla luce dell'esigenza di dover ricompensare in un modo o nell'altro il patrono che aveva consentito loro di ottenere la libertà.

Obsequium e *operae* vincolavano il liberto e il patrono, al di là della eventuale volontà di quest'ultimo di liberarlo⁵⁶.

Esistevano, com'è chiaro, situazioni distinte, e molto poteva dipendere, in effetti, dal tipo di attività prestato nel periodo servile della propria vita: come nei rapidi esempi che seguono.

- a) CIL 4.3864 Decembres /equa {F} siquei aber(r)avit cum semunci<a=S> {h}one-rata a(nte) d(iem) VII Kal(endas) S[ept]embres / convenito Q(uintum) Deciu(m) Q(uinti) l(ibertum) Hilarum [au]t L(ucium) D[eci]um L(uci) l(ibertum) [Amp]hionem citra pontem / Sarni / fundo / Mamiano
CIL 4.9948 [Si] quei aberravit equ[a] cum semunicis a(nte) d(iem) VII K(alendas) Novembres / convenit[o] /Q(uintum) De[cium]

Q. Decius Hilarus e L. Decius Amphio, due liberti che avevano rinvenuto una cavalla *cum semuncis* nella zona alla periferia est di Pompei, come risulta da *tituli picti* di difficile leggibilità⁵⁷, non avevano perso tempo e subito avevano dato appuntamento al proprietario⁵⁸, con più avvisi consecutivi e in parte sovrascritti, per restituirgli l'animale ed il carico⁵⁹: identificando se stessi, oltre che con il riferimento ai loro rispettivi patroni, con il nome del podere sul quale, con ogni probabilità, si era spesa gran parte della loro esistenza⁶⁰.

- b) D.31.29 pr., Celsus 36 dig. *Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset petissetque ab eo, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo testatore decessisset et quod ei relictum erat apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinae reddere.*

⁵⁶ Per un quadro sempre rigoroso, WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 223 ss.

⁵⁷ A. VARONE, *Le voci degli antichi: itinerario pompeiano tra pubblico e privato*, in M. CIMA (cur.), *Aspetti della vita quotidiana a Pompei. La suggestione del restauratore*, Torino 2007, 32.

⁵⁸ A. VARONE, *The Walls Speak*, in *Archaeology*, 44, 1991, 30-31. M. DE' SPAGNOLIS CONTICELLO, *Il Pons Sarni di Scafati e la via Nuceria-Pompeios*, Roma 1994, 99 s. e E. JEWELL, *Wayfinding in the Roman City. A Subaltern Spatial Modality*, in *Antichthon*, 33, 2025, 14 s., sulla peculiare localizzazione delle iscrizioni e sui riferimenti spaziali contenuti nelle stesse,

⁵⁹ Le iscrizioni sono state incluse e commentate da R. WACHTER (cur.), *Pompejanische Wandinschriften*, Berlin-Boston 2019, 350 s., all'interno di un'ampia selezione di testi.

⁶⁰ L'episodio è segnalato da tempo per le sue peculiarità (A. SOGLIANO, *Pompei*, in *Notizie degli scavi di antichità*, 1, 1887, 34 s.; A. MAU, *Pompeii. Its Life and Art*, London 1899, 428): il fondo Mamiano doveva, con ogni probabilità, essere appartenuto alla famiglia che aveva dato i natali alla celebre matrona sulla quale, di recente, L. FIORINI - C. MASSERIA (curr.), *Il monumento funerario della sacerdotessa Mamia a Pompei*, Roma-Bristol 2021.

Spesso alcuni schiavi, una volta liberati, finivano per diventare devoti collaboratori, se non addirittura confidenti, di patroni che, all'occorrenza, non esitavano a designarli esecutori di certe volontà testamentarie "particolari". Come nell'esempio, notissimo⁶¹, tratto dai *libri digestorum* di Celso figlio⁶², in cui il liberto, onerato di un fedecomesso, era però premorto al proprio patrono-testatore⁶³: malgrado la caducazione formale della disposizione, la decisione presa dal console Ducenio Vero⁶⁴ (su consiglio di Celso padre⁶⁵) fu di imporre l'esecuzione del *fideicommissum* all'erede e di consegnare la somma originariamente prevista alla beneficiaria (la concubina⁶⁶ del *de cuius*, in effetti⁶⁷).

c) Mart., 11.39

Cunarum fueras motor, Charideme, mearum

Et pueri custos adsiduusque comes.

Iam mihi nigrescunt tonsa sudaria barba

Et queritur labris puncta puella meis;

Sed tibi non crevi: te noster vilicus horret,

Te dispensator, te domus ipsa pavet.

Ludere nec nobis, nec tu permittis amare;

Nil mihi vis et vis cuncta licere tibi.

Corripis, observas, quereris, suspiria ducis,

Et vix a ferulis temperat ira tua.

Tyrios sumpsi cultus unxive capillos,

Exclamas 'Numquam fecerat ista pater';

Et numeras nostros adstricta fronte trientes,

Tamquam de cella sit cadus ille tua.

Desine; non possum libertum ferre Catonem.

Esse virum iam me dicet amica tibi.

⁶¹ Sul passo, in efficace sintesi, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², 1, Milano 1967, 453.

⁶² Indicazioni essenziali sul giurista in G. CAMODECA, *Sulla biografia e la carriera del giurista P. Iuventius P. f. Vel. Celsus T. Aufidius Hoenius Severianus*, in *Quaderni Lupiensi*, 1, 2011, 85-96, ove bibliografia.

⁶³ Ampia discussione in V. GIODICE SABBATELLI, *Studi sull'ufficio del console*, Bari 2006, 93 ss.

⁶⁴ Per la registrazione del suo consolato al 95 d.C. A. DEGRASSI, *I fasti consolari dell'impero romano dal 30 avanti Cristo al 613 dopo Cristo*, Roma 1952, 28 e 176.

⁶⁵ Che a quel tempo avrebbe partecipato ad una congiura contro Domiziano, riuscendo a stento (e in modo poco onorevole) a sottrarsi alla vendetta dell'imperatore (Dio. Cass., 67.13.3-4: sul punto, S.H. RUTLEDGE, *Imperial Inquisitions. Prosecutors and informants from Tiberius to Domitian*, London-New York 2001, 376 n. 82; di recente e in generale, T. SPINELLI - G.L. GREGORI, (Un)-damning Subplots: *The Principate of Domitian Between Literary Sources and Fresh Material Evidence*, in *Illinois Classical Studies*, 44. 2019, 242-267).

⁶⁶ Sulla posizione della concubina nel diritto successorio, S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in in AA.Vv., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino 2014, 177-191.

⁶⁷ V. GIODICE SABBATELLI, *Una sententia contra ius antiquum*, in *Scritti di storia per Mario Pani*, Bari 2011, 179-191.

Più o meno nello stesso periodo della disputa di celsina memoria⁶⁸, avrà potuto stupire (ma non troppo) il comportamento tenuto dal pedagogo Charidemus⁶⁹, un tempo *servus* e *motor cunarum* di Marziale⁷⁰, divenuto una sorta di sorvegliante severo e invadente, in una dinamica paradossale per cui il liberto (pur formalmente vincolato all'*obsequium*), esercitava un controllo sproporzionato e quasi ossessivo sul giovane patrono e sugli affari di casa⁷¹.

d) P. Oxy. 18.2192

- Ὑψικράτους τῶν κωμωι-
 δουμένων ζ' ποιή-
 30 σας μοι πέμψον. φησὶ γὰρ
 Ἀρποκρατίων ἐν τοῖς
 Πωλίωνος αὐτὰ βιβλί-
 οῖς εἶναι. εἰκὸς δὲ καὶ ἄλλους
 αὐτὰ ἐσχηκέναι. καὶ λόγῳ
 35 ἐπιτομὰς τῶν Θερσαγόρου
 τῶν τραγικῶν μύθων ἔχει.
 ἔχει δὲ αὐτὰ Δημήτριος ὁ βυβλιοπώλης,
 ὡς φησὶν Ἀρποκρατίων. ἐπέσταλκα Ἀπολ-
 ωνίδῃ πέμψαι μοι ἐκ τῶν ἐμῶν
 40 βιβλίων τιν[ᾶ ἅ]περ παρ' αὐτοῦ εἴση
 Σε[λ]εύκου δι[ὰ] τῶν χρόνων [...] ἐὰν εὐ-
 ρίσκης μεθ' ἃ ἐγὼ κέκτημαι ποιήσα[ς]
 μο[ι] πέμψον. ἔχουσι δὲ `καί' οἱ περὶ Διό-
 δωρ[ον] ὧν οὐ κέκτημαί τινα.
 45 [...] Διονυσ[ι]ο [...] iv

Un'ottantina di anni dopo, «in una delle lettere private su papiro⁷² più

⁶⁸ La pubblicazione del libro XI degli epigrammi di Marziale va collocata nel dicembre del 96, a pochi mesi dalla morte di Domiziano; in proposito, M. CITRONI, *Marziale e la tradizione dell'epigramma latino*, in MARCO VALERIO MARZIALE, *Epigrammi. Saggio introduttivo di Mario Citroni - Traduzione di Mario Scàndola*, Milano 1996, 72-75.

⁶⁹ Per una rapida caratterizzazione del precettore di Marziale, M. GARRIDO-HORY, *Martial et l'esclavage*, Paris 1981, 177 s.

⁷⁰ N.M. KAY, *Martial. Book XI. A Commentary*, London 1985, 153-156. Sul rapporto del poeta con la *familia Caesaris* del suo tempo, M. COLOMBO, *I liberti imperiali negli Epigrammaton libri di Marco Valerio Marziale*, in *Wiener Studien*, 126, 2013, 145-176.

⁷¹ Nel celebre epigramma, Marziale denuncia un fenomeno sociale ben noto al suo pubblico di lettori: l'ingerenza dei liberti nelle *domus* aristocratiche, la loro tendenza a superare i limiti del proprio *status*, la loro capacità di condizionare la vita quotidiana dei *domini* di un tempo, con un rovesciamento dei ruoli mal sopportato, che evoca al patrono la figura di un Catone evidentemente fuori luogo (e tempo), moralizzatore austero e intransigente (cfr. G. GIANNI, *All in the Family. Childhood and Fictive Kinship in Roman Society*, Ann Arbor 2025, 143 ss.).

⁷² Si tratta, ovviamente, delle linee 28-45 di un papiro mutilo (ed. CH Roberts), i cui "protagonisti" erano già stati riconosciuti, in via d'ipotesi, da E.G. TURNER, *Oxyrhynchus and its Papyri*, in *Greece & Rome*, 21, 1952, 127-137: dubbi al riguardo, in W.A. JOHNSON, *Readers and Reading Culture in the High Roman Empire: a Study of Elite Communities*, Oxford 2012, 180-192.

importanti mai pubblicate⁷³», Valerio Arpocrazione⁷⁴ era coinvolto con il suo verisimile patrono⁷⁵, Valerio Pollione⁷⁶ (e il di lui figlio, Valerio Diodoro⁷⁷), in una rete di intellettuali dedita allo scambio, alla riproduzione e all'acquisto di libri, tra Alessandria e Ossirinco⁷⁸. Identificato dalla dottrina con il (liberto⁷⁹ e) grammatico⁸⁰ autore del *Lessico dei dieci oratori*⁸¹, Arpocrazione godette di grande considerazione e fu tra i precettori di Lucio Vero⁸², stando ad una notizia tramandataci dalla *Historia Augusta*⁸³.

e) D. 19.1.43 Paul. 5 *quaest. Titius cum decederet, Seiae Stichum Pamphilum Arescusam per fideicommissum reliquit eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret. Cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset nec tamen heredem a sua petitione liberasset, heres eadem mancipia Sempronio vendidit nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta: emptor cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit, et cum ceteri quoque servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent et heredem ad praetorem perduxissent, iussu praetoris ab herede sunt manumissi. Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. Cum emptor pretium a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum meminissem et Iulianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem quoque empti actionem durare, quaero, quae sententia vera est. Illud etiam in eadem cognitione*

⁷³ R. HATZILAMBROU, *P. Oxy. XVIII 2192 Revisited*, in A.K. BOWMAN - R.A. COLES - N. GONIS - D. OBBINK - P.J. PARSONS (curr.), *Oxyrhynchus. A City and Its Texts*, London 2007, 282-286.

⁷⁴ La *Suda* (α 4014) si limita a definirlo un retore di Alessandria e a ricordare i titoli di due sue opere, di cui sopravvivono le *Λέξεις τῶν δέκα ῥητόρων* [W. DINDORF (cur.), *Harpocratio-nis Lexicon in decem oratores Atticos*, Oxford 1853 (rist. Groningen 1969); J.J. KEANEY (cur.), *Harpocratio, Lexeis of the ten Orators*, Amsterdam 1991].

⁷⁵ Piuttosto che un familiare: D. OBBINK, *Readers and Intellectuals*, in BOWMAN - COLES - GONIS - OBBINK - PARSONS (curr.), *Oxyrhynchus*, cit., 271-282.

⁷⁶ *Sud.* π 2166 [G. UCCIARDELLO, s.v. *Valerius* (4) *Pollio*, in *Lexicon of Greek Grammarians of Antiquity* (on line), 2015, ove bibliografia].

⁷⁷ *Sud.* δ 1150 [G. UCCIARDELLO, s.v. *Valerius* (2) *Diodorus*, in *Lexicon of Greek Grammarians of Antiquity* (on line), 2015, ove bibliografia].

⁷⁸ La vicenda, esemplare per le ipotesi sulla bibliofilia e sul commercio dei libri – settore normalmente in mano ai liberti – nella seconda metà del II sec. d.C. dell'Egitto romano, è ricostruita con dovizia di particolari da L. CANFORA, *Lezioni di filologia classica*, Bologna 2007, 79-86.

⁷⁹ cfr. B. HEMMERDINGER, *Les papyrus et la datation d'Harpocratio*, in *REG*, 72, 1959, 107-109.

⁸⁰ F. MONTANA, s.v. *Valerius* [3] *Harpocratio*, in *Lexicon of Greek Grammarians of Antiquity* (on line), 2015, ove bibliografia.

⁸¹ Estremamente utile l'analisi della selezione delle *Λέξεις* operata da V. CASELLA, *I lemmi giuridici di Arpocrazione. Introduzione, testo, traduzione e commento*, Alessandria 2018.

⁸² M.C. BISHOP, *Lucius Verus and the Roman Defence of the East*, Barnsley 2018, 33.

⁸³ SHA, *Ver.* 2.5.

nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his quem erudierat fecerat, ei restituerentur. Idem quaero, Arescusa, quae recusavit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta? An possit vel legatariam quae non liberavit vel heredem patronum habere? Nam ceteri duo ab herede manumissi sunt. Respondi: semper probavi Iuliani sententiam putantis manumissione non amittitur eo modo. De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.

Per finire, nel celeberrimo caso dell'ex schiava Arescusa, la cui *manumissio*, disposta originariamente attraverso un fedecomesso⁸⁴, era stata ritardata da complicate vicende negoziali⁸⁵, gran parte della causa ruota attorno all'esercizio dei diritti di patronato, infine non riconosciuti a chi l'aveva effettivamente affrancata⁸⁶.

Il piccolo dossier testuale sui liberti mostra, nella sua varietà, la tensione strutturale che caratterizza il rapporto che si andava impostando nel periodo successivo alla *manumissio*: una libertà giuridicamente acquisita, ma continuamente negoziata nella pratica sociale. Dai *tituli* pompeiani emerge la persistenza dell'identità servile, inscritta nei riferimenti ai patroni e ai *fundi*, quasi a certificare una geografia della dipendenza che sopravvive all'affrancazione. Nei casi giurisprudenziali, come quello discusso da Celso o nell'intricata vicenda di Arescusa, il diritto interviene a disciplinare obblighi e aspettative reciproche, rivelando quanto i *iura patronatus* fossero percepiti come un presidio dell'ordine familiare e patrimoniale. Sul versante letterario, l'epigramma di Marziale restituisce invece la dimensione paradossale di liberti che, pur formalmente subordinati, esercitano un controllo invasivo sul patrono, segno di un equilibrio instabile e socialmente controverso. Infine, la lettera di Arpocrasione illumina il ruolo possibile di un liberto, qui sorpreso nel vivo di vere e proprie relazioni avviate su un piano di apparente parità, mostrando come la libertà potesse tradursi in nuove forme di prestigio e spazi di manovra forse inattesi.

⁸⁴ F.M. SILLA, *In tema di "manumissio ex fideicomisso" e "patronatus"*, in *RDR*, 15, 2015, 1-18.

⁸⁵ Sulle quali non è possibile, nella presente sede, inoltrarsi per i limiti e lo scopo prefissi.

⁸⁶ La storia, in ogni sua circostanza, è descritta nell'intrico del brano paolino: che mostra, in definitiva, quanto fossero sentiti i *iura patronatus*; sul punto, con diverse soluzioni, M. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad* (*Paul. 5 quaest. D. 19,1,43; 45,2*), in *BIDR*, 90, 1987, 191-220 e H. ANKUM, *Die manumissio fideicommissaria der Arescusa, des Stichus und des Pamphilus. Eine cause "célèbre" der spätklassischen Rechtspraxis in Paul. D. 19,1,43 und 45,1-2*, in M.J. SCHERMAIER - Z. VÉGH (curr.), *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, 1-18.

5. Identità e vincoli patronali nella condizione dei liberti romani

Gli esempi cui s'è testé fatto cenno (e che potrebbero essere moltiplicati⁸⁷) offrono un panorama in effetti variegato a proposito dei rapporti di patronato: essi, e in un modo che mi pare significativo, compongono un quadro dinamico, in cui la libertà non cancella il passato servile ma lo rielabora in traiettorie molteplici. Il liberto, infatti, pur diventando giuridicamente libero, continuava a portare con sé i tratti mentali, culturali e simbolici della schiavitù, e la società romana lo percepiva come un individuo ontologicamente segnato dal passato servile⁸⁸. Si trattava di uno stigma che difficilmente poteva essere cancellato e al quale allude Modestino, in un brano famoso:

D.40.11.5.1 (7 reg.) *Libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur, atque si ingenuus factus medio tempore maculam servitutis non sustinuisset*⁸⁹.

È, fra l'altro, per gli effetti della *macula servitutis* e per i bisogni che comportava che, secondo un'ipotesi interessante⁹⁰, il patronato avrebbe assunto una funzione centrale. La manomissione, in questo senso, avrebbe ridefinito il rapporto tra ex schiavo ed ex padrone, rendendo il patrono una figura di guida, tutela e controllo, investita di un'autorità modellata sulla paternità. Non sono sfuggite a Mouritsen le metafore familiari di cui è impregnato il linguaggio della nuova relazione⁹¹.

Il liberto, privo di famiglia legittima durante la schiavitù, trova nel patrono il suo referente identitario. La manomissione è descritta come una sorta di nascita sociale: il liberto riceve il *nomen* del patrono, talvolta anche il *praenomen*, e una pseudo-filiazione che lo colloca simbolicamente nella *familia*. Questa pratica, osserva Mouritsen⁹², ha implicazioni profonde: il liberto diventa parte della continuità del nome, contribuendo a perpetuare la memoria e il prestigio del patrono. Le iscrizioni funerarie, osservatorio privilegiato sebbene a volte deformato (e deformante) di questi rapporti⁹³, confermano questa dinamica, constatata la quantità di sepolcri familiari dei patroni, che includono i liberti e i loro discendenti⁹⁴.

⁸⁷ La raccolta di casi commentati da M. BIANCHINI - G. CRIFÒ - F.M. D'IPPOLITO (curr.), *Materiali per un corpus iudiciorum*, Torino 2002, ne ha selezionati alcuni notevoli.

⁸⁸ Per approcci differenti in materia, cfr. MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 10-35; M. SILVER, *Macula Servitutis: The selective stain of Roman slavery*, in *Hephaistos*, 30, 2013, 53-61; K. VERMOTE, *The macula servitutis of Roman freedmen. Neque enim aboletur turpitude, quae postea intermissa est?*, in *Revue Belge de Philologie et d'Histoire*, 94, 2016, 131-164.

⁸⁹ M.L. BICCARI, *Riflessioni sulla pregiudizialità. A proposito dell'applicazione giustiniana della «lex Visellia»*, in AA.Vv., *In ricordo di Remo Martini*, Milano 2020, 26 s.

⁹⁰ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 10-21.

⁹¹ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 36-42.

⁹² MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 38 s.

⁹³ ANDREAU, *Il liberto*, cit., 197 ss.

⁹⁴ Siano qui sufficienti le indicazioni dei contributi di V. COSSU, *Un colombario di liberti e liberte di Mecenate: alcune considerazioni*, in *Archeologia Classica*, 65, 2014, 461-472;

La costruzione pseudo-filiale ha anche risvolti giuridici rilevanti. Fin dalle XII Tavole, il patrono ha diritti successori sul liberto, che si ampliano nel corso dei secoli⁹⁵. La progressiva estensione dei diritti patrimoniali del patrono riflette, con piena verisimiglianza, un fenomeno sociale di grande portata: la crescente ricchezza dei liberti, che rendeva necessario un controllo più stretto da parte dell'*élite*⁹⁶.

Mouritsen dedica ampio spazio alla dimensione affettiva e quotidiana del rapporto patrono-liberto, mostrando come le fonti letterarie – in particolare le lettere di Cicerone⁹⁷ – rivelino un livello sorprendente di intimità e fiducia. Il caso di Tirone è emblematico: la corrispondenza mostra un rapporto di affetto sincero da parte dell'Arpinate, preoccupazione per la salute, scambi di consigli, condivisione di informazioni politiche⁹⁸. Tirone appare a tutti gli effetti come un membro della *familia*, un confidente, un intermediario nelle relazioni politiche⁹⁹. E la sua non deve essere considerata come una posizione eccezionale¹⁰⁰. Una gran parte dei liberti, grazie alla loro posizione liminale – non più schiavi, ma non pienamente autonomi – diventavano strumenti ideali per la gestione delle reti sociali e politiche dell'*élite*. Essi potevano trasmettere lettere, riferire conversazioni, portare messaggi orali (complementari o sostitutivi di quelli scritti¹⁰¹), partecipare a negoziazioni delicate¹⁰². La loro parola è considerata affidabile non in quanto individui, ma in quanto proiezioni del patrono: la loro identità personale è assorbita da quella del *patronus*, attraverso una sorta di dispositivo di delega che ampliava la capacità d'azione dell'*élite*, rendendo i liberti strumenti indispensabili nella gestione dell'impero¹⁰³.

Evidentemente, questo complesso meccanismo di integrazione non eliminava la dimensione gerarchica del rapporto, e quindi quelle condotte attese derivanti dalla doverosa pratica dell'*obsequium* e dalla prestazione delle *operae*. L'*obsequium* rappresentava la dimensione più ampia e “negativa” del

G. DE PALMA, *Un sepolcro dei liberti di Potitus Valerius Messalla al II miglio della via Latina*, in M. MODULO - S. PALLECCHI - G. VOLPE - E. ZANINI (curr.), *Una lezione di archeologia globale. Studi in onore di Daniele Manacorda*, Bari 2019, 311-317.

⁹⁵ MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 15-176.

⁹⁶ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 51-56.

⁹⁷ In generale, sulla produzione epistolare dell'Arpinate (e la relativa e parziale smitizzazione), restano fondamentali gli studi di J. CARCOPINO, *Les secrets de la correspondance de Cicéron*, 1-2, Paris 1947.

⁹⁸ Per risvolti legati alla sfera più privata, esempi in Cic., *Fam.* 16.3.2; 16.14.2; 16.11.1.

⁹⁹ Traccia un profilo interessante del tema S. CITRONI MARCHETTI, *Cicerone alla ricerca dell'amicizia: dalla domus alla res publica*, in *Ciceroniana on line*, 1.2, 2017, 235-260.

¹⁰⁰ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 101-104.

¹⁰¹ Famosa, anche se ironicamente al limite di questi contesti, la scelta (tutta di carattere sociale) di Mart. 3.46: *Exigis a nobis operam sine fine togatam: Non eo, libertum sed tibi mitto meum!*

¹⁰² F. SERRAO, *L'impresa in Roma antica. Problemi e riflessioni*, in ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, 33 ss.

¹⁰³ A. DI PORTO, *Filius, servus e libertus. Strumenti dell'imprenditore romano*, in M. MARONE (cur.), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo 1992, 231-260.

vincolo: esso indica il dovere di rispetto, deferenza, disponibilità e soprattutto non contraddizione nei confronti del patrono. È un obbligo che deriva direttamente dal precedente rapporto servile e che sopravvive alla manomissione come residuo strutturale della condizione di dipendenza¹⁰⁴. Parallelamente, le *operae* definivano il contributo che il liberto era tenuto a fornire *sub specie* di servizi professionali e tecnici¹⁰⁵, spesso legati ad un'ars esercitata (*operae fabriles*)¹⁰⁶; mentre le *operae officiales* incarnavano prestazioni strettamente personali, legate alla figura del patrono e non delegabili: accompagnare il patrono, assisterlo nella vita quotidiana, svolgere compiti di presenza, che non possono essere cedute a terzi¹⁰⁷.

Perché il liberto spesso rimane parte del personale subordinato: è contabile, agente, segretario, procuratore ecc. La legge vietava, salvo autorizzazione speciale, l'*in ius vocatio* del patrono da parte del liberto; era consentita la *revocatio in servitutem propter ingratitudinem* (ma si trattava di casi abbastanza infrequenti)¹⁰⁸.

Giustiniano, in C. 6.4.3 del 529 afferma nettamente il principio che il *dominus* possa non solo manomettere lo schiavo, ma altresì liberarlo da ogni vincolo derivante dal conseguente rapporto di patronato... *ut liberti a iure patronatus liberentur*¹⁰⁹. Tale principio è riaffermato nelle Istituzioni, con chiari riferimenti all'attività legislativa pregressa dell'imperatore¹¹⁰.

Un'attività legislativa forse influenzata, come è stato sostenuto da Giorgio La Pira¹¹¹, da una prassi provinciale che spesso, nei testamenti, si mostrava meno rigida di quanto il *ius civile* avrebbe preteso¹¹².

Del resto, se una tendenziale e quieta prossimità al suo patrono poteva fruttare al singolo liberto (come in effetti capitò) discrete fortune, in generale è difficile tracciare un quadro unitario di categoria.

¹⁰⁴ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 51-57.

¹⁰⁵ Callistrato, agli inizi del III secolo d.C., ricorda che il liberto poteva essere tenuto a esercitare un *negotium* del patrono come parte delle sue *operae*, soprattutto se avesse convissuto con lui o se il patrono fosse assente: un dato che conferma che il liberto, anche dopo la manomissione, poteva essere coinvolto nella gestione delle attività economiche del patrono non solo come *institor* o *procurator*, ma anche come parte degli obblighi derivanti dalla sua condizione libertina (D. 38.1.38.1: su cui PETRUCCI, *Considerazioni in margine a tre testi*, cit., 625 s.).

¹⁰⁶ Suscettibili di valutazione patrimoniale, possono persino essere cedute a terzi (Iul. 22 dig. D.38.1.23pr.), perché assimilabili a vere e proprie prestazioni professionali (E. NICOSIA, *Promissio iurata liberti?*, in AUPA, 56, 2013, 111 n. 25.).

¹⁰⁷ WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 223 ss, 276 ss., 382 ss.

¹⁰⁸ Di recente, esamina il problema S. SCHIAVO, *Sulla revocatio in servitutem dei liberti ingrati in alcuni rescritti tardoclassici*, in *Tesseræ Iuris*, 3.2, 2022, 105-130, ove bibliografia.

¹⁰⁹ MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 10 n. 33; 465 n. 591.

¹¹⁰ Inst. 3.6.10; 3.9.6(5),

¹¹¹ G. LA PIRA, *Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato*, in *Studi italiani di filologia classica*, 7, 1929, 145-154.

¹¹² Come per PSI 1040, sul quale anche R. TAUBENSCHLAG, *The Roman authorities and the local law in Egypt before and after the C.A.*, in *JJP*, 5, 1951, 134-136.

Lo *status* sociale dei liberti poteva variare considerevolmente a seconda della posizione economica, delle competenze e dei legami con i loro ex padroni: ma non si può negare che il loro ruolo fu cruciale, non solo per l'economia dell'Impero, ma anche per la vita politica e sociale, contribuendo all'ascesa di alcune famiglie e all'espansione di determinati settori di attività¹¹³.

6. L'Augustalità dei liberti tra prestigio civico e mobilità sociale

Le narrazioni sui liberti nell'ecumene romana emergono come un fenomeno complesso, stratificato e mutevole, che attraversa più secoli e riflette trasformazioni profonde di molti settori di una società, al cui interno la loro vicenda si snodò in una zona intermedia e dinamica, in cui opportunità e limiti si intrecciavano costantemente¹¹⁴. L'Italia tra II secolo a.C. e II secolo d.C. costituì il laboratorio privilegiato di questo sviluppo¹¹⁵. In una prima fase di tale periodo, la concentrazione di schiavi, l'afflusso di ricchezze e l'espansione dei traffici mediterranei crearono le condizioni per una mobilità economica significativa. In questo contesto, molti liberti, auspicati i loro patroni, riuscirono ad inserirsi nei circuiti commerciali, a gestire imprese, a costruire reti di affari che li resero attori rilevanti della vita urbana e partecipando come meglio poterono ai mutamenti della *res publica* e all'adattamento delle strutture sociali alle nuove esigenze di una città ormai saldamente egemone nel Mediterraneo¹¹⁶. La loro presenza si manifestò anche nella sfera civica, attraverso pratiche evergetiche, partecipazione a collegi religiosi e forme di rappresentanza simbolica: una svolta, anche in relazione alla possibile mobilità sociale, fu rappresentata dall'introduzione del sevirato augustale¹¹⁷.

¹¹³ N. TRAN, *Les statuts de travail des esclaves et des affranchis dans les grands ports du monde romain (Ier siècle av. J.-C.-IIe siècle apr. J.-C.)*, in *AHSS*, 68, 2013/14, 999-1025.

¹¹⁴ PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche*, cit., 155-171.

¹¹⁵ In generale, sul tema CL. NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, 1, Paris 1977.

¹¹⁶ JACQUES - SCHEID, *Roma e il suo impero*, cit., part. 207-253, sul controllo dei territori imperiali e le sue strutture.

¹¹⁷ Quanto poi alla periferia della parte occidentale (ma non solo) dell'impero, alcune indagini di studiosi spagnoli sono risultate, sotto questo profilo, davvero stimolanti. Penso in particolare, ma non in modo esclusivo, ai contributi di L. HERNÁNDEZ GUERRA, *Los libertos de la Hispania romana: situación jurídica, promoción social y modos de vida*, Salamanca 2013; ID., *Inscripciones romanas de libertos Hispanos*, Valladolid 2016; di P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Esclaves et affranchis à Rome. Las relaciones de dependencia en las Instituciones de Gayo*, Paris 2007, ID., *Esclavas y libertas. Las mujeres en la República romana*, 1, Zaragoza 2024; B. AMIRI, *Esclaves et affranchis des Germanies. Mémoire en fragments. Étude des inscriptions monumentales*, Stuttgart 2016; e, più di recente, di A. BARRON RUIZ DE LA CUESTA, *Los seviro augustales en Hispania y las Galias. Una aproximación a la movilidad social en el Imperio romano*, Logroño 2020, che hanno avuto il merito, tra l'altro, di allargare gli orizzonti di loro precedenti ricerche, mettendo in risalto, all'interno di una notevole messe di dati storico-documentali, aspetti di grande interesse per il giurista.

Nelle province (in specie latinofone) dell'impero, nei *municipia* e nelle *coloniae*, il culto dell'imperatore divinizzato Augusto veniva praticato in associazione con il culto di Roma¹¹⁸. Questa unione era l'espressione ufficiale e popolare della lealtà delle province, in cui non di rado *collegia* e *cives*, tra i più ricchi, eressero santuari, templi e are votive a proprie spese¹¹⁹.

I liberti, come appare evidente¹²⁰, approfittarono della nascita del culto in onore di Augusto per ottenere posizioni migliori nella società a livello provinciale e locale. Come *Augustales*, compirono atti di evergetismo, organizzando giochi e rappresentazioni teatrali, banchetti pubblici e distribuzioni di cibo, donando o ristrutturando opere pubbliche alle loro comunità¹²¹. In cambio di questa generosità, le *élites* locali conferirono loro i riconoscimenti attesi¹²². Diventare Augustali offrì quindi ai liberti più facoltosi, altrimenti esclusi dalle cariche pubbliche, l'opportunità di acquisire prestigio all'interno delle loro comunità¹²³, innescando un meccanismo, non sempre consapevole, di irradiazione culturale della romanità¹²⁴, che la sostanziale e simbolica riproduzione dei codici dell'aristocrazia municipale portava con sé¹²⁵.

In questo modo, gli Augustali formarono rapidamente un nuovo rango nella gerarchia sociale, seppur di umili origini: le informazioni che li riguardano, nei testi letterari, sono scarse e le numerose epigrafi che li menzionano sono fondamentali; senza di esse, sarebbe difficile comprendere il riferimento di Petronio (*Satyricon*, 30.2) alla famosa iscrizione all'ingresso della sala da pranzo di Trimalcione:

C. POMPEIO TRIMALCHIONI SEVIRO AVGVSTALI CINNAMVS
DISPENSATOR.

¹¹⁸ Essenziale R. DUTHOY, *Les *Augustales*, in ANRW II.16.2, Berlin-New York 1978, 1254-1309.

¹¹⁹ Al collegio di sei membri annuali era comunemente affiancato un corpo di *ex-seviri*: il *sevir* non ricopriva una magistratura ufficiale, ma una carica semipubblica, che offriva ai liberti più abbienti un canale per ottenere quell'approvazione civica altrimenti difficilmente raggiungibile. La documentazione epigrafica, molto più ricca di quella letteraria, mostra come i *seviri* fossero scelti dai decurioni e come la loro attività si articolasse in pratiche religiose, iniziative di beneficenza e forme di rappresentanza cittadina.

¹²⁰ Cfr. La linea di indagine di F. VAN HAEPEREN, *Origine et fonctions des augustales* (12 av. n.è.-37). *Nouvelles hypothèses*, in *L'antiquité Classique*, 85, 2016, 127-155.

¹²¹ M. CHRISTOL, *Notes d'épigraphie* 17. *Sévirs augustaux à la campagne: à propos d'une nouvelle inscription de la cité de Nîmes à Codognan (30-Gard)*, in CCGG, 25, 2014, 107-122.

¹²² Per aree della *pars Occidentis*, D. TUDOR, *Le organizzazioni degli Augustales in Dacia*, in *Dacia*, 6, 1962, 199-214; S. PILIPOVIĆ, *Gli Augustales a Viminacium (Mesia superiore)*. *Le testimonianze epigrafiche ed iconografiche*, in *Acta Archaeologica*, 2019, 70, 67-81.

¹²³ ANDREAU, *Il liberto*, cit., 205 s.

¹²⁴ L. VANDEVOORDE, *Roman Citizenship of Italian *Augustales. Evidence, Problems, Competitive Advantages*, in *Revue belge de philologie et d'histoire*, 95, 2017, 81-108.

¹²⁵ M. SILVESTRINI, *L'ascesa sociale delle famiglie degli *Augustali*, in M. CÉBEILLAC-GERVASONI (cur.), *Les élites municipales de l'Italie péninsulaire de la mort de César à la mort de Domitien*, Rome 2000, 431-455.

Trimalcione è un liberto immaginario, un personaggio letterario: ma evidentemente incarnava tutte le ambizioni e i vizi che l'insincera aristocrazia romana attribuiva allo schiavo ormai affrancato e senza scrupoli. È importante tenere ben presente che, nella mente di Petronio (e nella raffigurazione offerta ai suoi lettori), fosse concepito come un *sevir Augustalis*.

Q. Valerius Optatus¹²⁶ e C. Sempronius Nigellio¹²⁷ erano stati invece *Augustales* in carne ed ossa, liberti di un ceto provinciale di umili origini che si erano saputi distinguere, avanzando nel prestigio e nella considerazione delle rispettive comunità locali, e potendo vantare una buona carriera¹²⁸.

Forse non quanta ne 'millantava', implicitamente, l'anonimo (e sedicente) "capo dei liberti" che cercava di procacciare voti a Pompei, secondo una nota attestazione epigrafica, per l'edilità di C. Cuspius Pansa¹²⁹:

CIL 4.117: *Cuspium Pansam / aed(ilem) Fabius Eupor princeps libertinorum*.

Si tratta di un documento certamente importante e molto suggestivo, ma che non può cogliere l'intera realtà. Questo perché il mondo dei liberti era eterogeneo. La loro classe non sembra essere stata una classe unitaria e, probabilmente, non aspirava ad esserlo.

7. Epilogo

Molte rappresentazioni letterarie ed epigrafiche dei liberti romani contribuiscono a definire la loro posizione giuridica e sociale in rapporto con i patroni. In particolare, la letteratura satirica costruisce un'immagine caricaturale dell'ex schiavo arricchito: ostentatore, culturalmente inetto, moralmente sospetto, spesso tirannico, tipicamente e, quasi immancabilmente, strutturato nella dimensione urbana. Ma questa figura, com'è stato segnalato¹³⁰, non riflette la realtà sociale, ma, verisimilmente, le ansie dell'*élite* di fronte alla mobilità di gruppi subalterni. La satira non fotografa la vita dei liberti, ma deforma tratti reali per finalità comiche e polemiche. Allo stesso tempo, le testimonianze epigrafiche mostrano una realtà molto più sfumata: accanto a liberti umili e dipendenti dal patrono, emergono figure di grande successo economico, capaci

¹²⁶ CIL 2.1721 (su cui J.F. RODRÍGUEZ NEILA, *Epula y cenae públicos financiados por las ciudades romanas*, in CCGG, 17, 2006, part. 126-130).

¹²⁷ CIL 2.2026 (E. MELCHOR GIL, *Élites supralocales en la Bética entre la civitas y la provincia*, in A. CABALLOS RUFINO - S. LEFEBVRE, *Roma generadora de identidades. La experiencia hispana*, Madrid 2011, 268 s. e n. 7).

¹²⁸ *Lordo decurionum* di Sosontigi aveva stabilito l'offerta di banchetti pubblici in omaggio a Q. Valerio Optato; a C. Sempronio Nigellione era stata conferita la cittadinanza onoraria di Singilia Barba.

¹²⁹ Ne ricostruisce la biografia M. STEFANILE, *Caius Cuspius Pansa, dignus rei publicae*, in *Rivista di Studi Pompeiani*, 32, 2021, 77-86.

¹³⁰ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 10 ss.

di fondare dinastie servili o di assumere ruoli di rilievo nelle comunità locali. Ma il limite fondamentale di questo tipo di fonti risiede nella sua natura intrinsecamente parziale e idealizzante, in quanto le iscrizioni, quali strumenti di autorappresentazione¹³¹, rischiano di spesso distorcere (o nascondere) le reali e articolate dinamiche giuridiche e sociali, in particolare il legame asimmetrico ed eventualmente conflittuale con il patrono (restando, tuttavia, fonti privilegiate per la ricognizione dei sentimenti identitari dei liberti¹³²).

Le limitazioni dei liberti, a conti fatti, sembrano derivare meno da uno stigma sociale (che pure esisteva) e più da interessi patronali, restrizioni giuridiche e meccanismi di distinzione elitaria: la *macula*, con queste premesse, assomiglia più ad uno strumento ideologico, che proteggeva l'ordine civico e impediva che la permeabilità tra schiavitù e libertà destabilizzasse le gerarchie¹³³.

J. Andreau ha mostrato come una parte autorevole della storiografia moderna – da Rostovzev fino a Veyne – abbia spesso interpretato il liberto come figura emblematica della mobilità sociale romana¹³⁴. Ma questa lettura, pur cogliendo un aspetto reale, rischia di oscurare la dimensione strutturale del patronato, che continua a esercitare un controllo profondo sulla vita dell'ex-schiavo. Il liberto è cittadino, ma non ingenuo: la sua libertà può essere giuridicamente piena, ma socialmente condizionata.

Eppure, proprio il patronato è anche la via principale dell'ascesa sociale. Molti liberti devono la loro fortuna ai legami personali con il padrone, alla sua eredità, alla sua protezione. Il patrono è al tempo stesso ostacolo e trampolino: senza di lui il liberto non avrebbe accesso a reti, capitali, opportunità. La dipendenza diventa così risorsa, e la fedeltà al patrono un valore celebrato anche dal senato, come nel caso di Pallante¹³⁵.

Il liberto vive dunque in una condizione oscillante: integrato negli statuti di lavoro degli uomini liberi, capace di esercitare mestieri, gestire botteghe, possedere terre¹³⁶, ma escluso dalle magistrature, dalle *élites* politiche, dalle relazioni sociali aristocratiche. La sua identità è segnata da un continuo mimetismo verso gli ingenui, spesso percepito come cattivo gusto, e da un forte culto della Fortuna, che esprime la precarietà e la rapidità dei mutamenti sociali.

¹³¹ Fenomeno ben noto, sul quale, in sintesi, R. MACMULLEN, *The epigraphic habit in the Roman Empire*, in *AJP*, 103, 1982, 233-246.

¹³² Come sostenuto da MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 281: «At the most basic level, concerns about status have been used to explain the extraordinary popularity of funerary epigraphy among freedmen who dominate the record from Rome and peninsular Italy as well as in many provinces».

¹³³ MOURITSEN, *The Freedman in the Roman world*, cit., 10-35.

¹³⁴ ANDREAU, *Il liberto*, cit., 187 ss.

¹³⁵ Che, com'è noto, aveva generato il forte disappunto di Plinio il Giovane: sul punto, J. PIGON, *Putting Pallas out of Context: Pliny on the Roman Senate Voting Honours to a Freedman* (Plin. Ep. 7.29 and 8.6), in M. NEGER - S. TZOUNAKAS (curr.), *Intertextuality in Pliny's Epistles*, Cambridge 2023, 241-258.

¹³⁶ ANDREAU, *Il liberto*, cit., 202-208.

Il rapporto con il patrono, infine, è vissuto in modo ambivalente: i patroni lo descrivono come un legame quasi familiare, fondato su *pietas* e gratitudine; i liberti, invece, pur rispettandolo, tendono a non enfatizzarlo, preferendo attribuire la propria ascesa alla sorte o al merito personale. Nel *Satyricon*, osserva Andreau, i patroni sono assenti: è come se il liberto sognasse un mondo in cui quel vincolo non esiste più.

Nel complesso, le vicende dei liberti (e dei loro patroni) mostrano una società romana molto più fluida e composita di quanto suggeriscano le dicotomie tradizionali. La mobilità è possibile ma limitata; l'integrazione è reale ma parziale; la cittadinanza è inclusiva ma graduata. I liberti non sono né marginali né pienamente integrati: spesso attori di successo, sono protagonisti di una mobilità sociale che contribuisce a ridefinire gli equilibri interni delle comunità municipali e provinciali senza mai sovvertirli del tutto¹³⁷. La loro storia rivela la capacità della società romana di assorbire nuovi gruppi, ma anche la forza delle barriere simboliche che preservano la distinzione tra chi è nato libero e chi ha conosciuto la servitù, come pragmaticamente riferito nei *responsa* dei giuristi¹³⁸.

¹³⁷ MACLEAN, *Freed slaves*, cit., 73-103.

¹³⁸ Anche per questo contesto, come a suo tempo mostrato da CRIFÒ, *Il linguaggio del diritto romano*, cit., 103-120, al codice espressivo dei giuristi romani non può essere attribuita la natura di semplice repertorio tecnico, ma la forma stessa attraverso cui si costituisce e si riconosce la realtà giuridica: l'*interpretatio prudentium* diventa, attraverso l'elaborazione che le è propria, produzione normativa. I responsi dei giuristi, nella lettura di Crifò, svolgono una funzione sociale decisiva: trasformano esigenze concrete in norme condivise, cioè adeguate ai fatti e capaci di mantenere l'equilibrio della comunità. Attraverso il responso, il giurista organizza la realtà, la interpreta e la rende governabile, offrendo alla società un sapere affidabile e riconosciuto.

Abstract [Ita]

Il contributo ricostruisce la posizione dei liberti nella società romana, analizzando la complessità del rapporto con l'ex *dominus* e mostrando come la manomissione generasse una libertà giuridica, inscritta in un *continuum* familiare dominato dal patrono. Attraverso fonti giuridiche, epigrafiche e letterarie, il saggio evidenzia il quadro dinamico, in cui i liberti rielaboravano il passato servile in nuove forme di integrazione, prestigio e mobilità sociale.

Parole chiave: liberti; *manumissiones*; *iura patronatus*; *macula servitutis*; mobilità sociale.

Abstract [Eng]

The paper reconstructs the position of freedmen in Roman society, analyzing the complexity of their relationship with their former masters and showing how manumission conferred a legal freedom, set within a family *continuum* dominated by the *patronus*. Using legal, epigraphic, and literary sources, the essay highlights a dynamic picture in which freedmen reshaped their servile past into new forms of integration, prestige, and social mobility.

Keywords: freedmen; *manumissions*; *iura patronatus*; *macula servitutis*; social mobility.

Valutazione automatizzata di appropriatezza e tutela dell'investitore

Angela Galato

Sommario: 1. Premesse. – 2. Il caso. Il piano dei problemi: fallibilità delle macchine e trasparenza algoritmica. – 3. Valutazione di appropriatezza e motivazione degli esiti prodotti dalla macchina.

1. Premesse

Lo sviluppo delle tecnologie informatiche e la diffusione capillare di Internet hanno profondamente inciso sui modelli di negoziazione¹. Le tecniche informatiche hanno reso possibile una contrattazione più rapida ed efficiente, senza tuttavia intaccare, almeno in un primo momento, la centralità del soggetto nella formazione e nella esecuzione del rapporto negoziale².

¹ In uno dei suoi ultimi studi N. IRTI, *L'ultima transizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2022, p. 205 rileva che «la storia del contratto è una storia di tecnologie»; Secondo F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto i diritti e l'epoca*, U. RUFFOLO (a cura di), Milano, 2020, p. 251 ss., ogni epoca e ogni esperienza giuridica hanno elaborato diverse idee su ciò che si debba intendere per «contratto». Attualmente lo sviluppo della tecnologia investe soprattutto l'ambito relativo alla circolazione della ricchezza, la quale, ad oggi, viene trasferita avvalendosi anche di soluzioni innovative, quali ad esempio *Distributed ledger technology* – come la *blockchain* – e *smart contract*, tanto che recentemente è stato avviato, in determinati ambiti, come quelli relativi alla negoziazione di strumenti finanziari, un processo di introduzione di disposizioni volte a regolare le nuove fattispecie. Si pensi a titolo esemplificativo, al regolamento europeo 2022/858 DLT Pilot Regime, al quale ha fatto seguito il d.l. 30 marzo 2023, n. 25, c.d. Decreto Fintech. Per una analisi del Regolamento UE 2022/858, *DLT Pilot Regime v. F. ANNUNZIATA, A. MINTO, Il nuovo Regolamento UE in materia di Distributed Ledger Technology*, consultabile online al link: <https://www.dirittobancario.it/art/il-nuovo-regolamento-ue-in-materia-di-distributed-ledger-technology/>. Allo stesso tempo l'implementazione sempre maggiore di sistemi dotati di intelligenza artificiale ha portato, dopo ampi dibattiti, all'emanazione del regolamento europeo 2024/1689 (AI Act), il quale classifica i rischi associati all'utilizzo di sistemi di AI e mira a garantire che questi ultimi siano sviluppati e utilizzati in modo responsabile.

² Da qualche tempo l'avanzamento tecnologico e la digitalizzazione hanno spinto gli studiosi a occuparsi dei nuovi fenomeni a essi collegati al fine di individuare la relativa disciplina. Molto si discute con riferimento ai c.dd. *smart contract*, per un inquadramento generale dei quali si rimanda a M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021; I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022; con particolare riferimento

L'attuale fase evolutiva³, caratterizzata dall'impiego di *software* avanzati e di sistemi di intelligenza artificiale, appare tuttavia idonea a mettere in discussione tale centralità, in ragione della crescente incidenza delle decisioni assunte dalle macchine nella vicenda negoziale⁴. Il tratto maggiormente innovativo delle attuali procedure algoritmiche risiede infatti nella possibilità che queste ultime sostituiscano integralmente l'agente umano sia nella fase costitutiva, sia nella fase esecutiva del rapporto⁵, assumendo decisioni in suo luogo⁶.

all'impatto degli *smart contracts* nei mercati regolati, senza pretese di esaustività, si vedano E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, p. 681 ss.; F. DI CIOMMO, *Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2019, p. 257; ID., *Blockchain, smart contract, intelligenza artificiale (AI) e trading algoritmico: ovvero, del regno del non diritto*, in *Riv. inf. e malatt. prof.*, 1, 2019, p. 1 ss. F. BASSAN, M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, p. 561 ss.; M. DORIA, F. BASSAN, M. RABITTI, A. SCIARRONE ALIBRANDI, U. MALVAGNA, *Caratteristiche degli smart contracts*, Banca d'Italia, *Questioni di economia e finanza (occasional papers)* n. 863, 2024, disponibile online: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2024-0863/QEF_863_24_IT.pdf.

³ Rilevano N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, p. 5, che i riflessi sul piano giuridico delle trasformazioni socioeconomiche in atto sono dirompenti ma non ancora del tutto esplorati, in ragione del tradizionale ritardo dell'indagine giuridica rispetto ai fenomeni tecnologici.

⁴ Un esempio di questo mutamento è ben visibile osservando il fenomeno della negoziazione in strumenti finanziari. Già con la grande diffusione di Internet, nei primi anni duemila, si è registrato un mutamento rispetto ai tradizionali modelli di esecuzione dei servizi di investimento. Gli intermediari hanno cominciato a fornire tali servizi sfruttando le potenzialità della Rete. Internet e la conseguente introduzione delle piattaforme di *trading online* hanno aperto le porte a una nuova modalità di contatto con la clientela sia per l'esecuzione dei servizi di negoziazione per conto terzi, sia per la trasmissione e la ricezione degli ordini di investimento. Ad oggi, in tale ambito, sono stati introdotti sistemi, spesso integrati dalla intelligenza artificiale, in grado di lavorare una enorme mole di dati al fine di offrire all'utente – utilizzatore un risultato utile, che sia, almeno in astratto, il migliore possibile rispetto alle informazioni processate e a tutte le opzioni disponibili. Il riferimento corre al *trading* algoritmico e alla sottocategoria del *trading* ad alta frequenza.

⁵ Sul presupposto che lo sviluppo della tecnologia ha prodotto macchine che non si limitano alla sola trasmissione della – già determinata – dichiarazione delle parti, ma contribuiscono alla composizione del programma negoziale, compiendo finanche scelte i cui risultati sono imprevedibili, è stato ipotizzato che il *software* sarebbe portatore di una volontà propria, distinta e autonoma rispetto a quella del suo utilizzatore. Alcune costruzioni riconoscono pertanto alle macchine soggettività giuridica, anche solo parziale, in argomento v. G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 465 ss.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, P. Femia (a cura di), Napoli, 2019. Vi è chi sostiene che la categoria della soggettività debba essere ripensata E. MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili per lo statuto giuridico dei robot*, in *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), Napoli, 2020, p. 305. All'opposto vi è chi nega che possa essere attribuita soggettività giuridica alle macchine v. F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, cit., p. 265 ss. Per una ricognizione sulle diverse teorie che riconoscono la soggettività giuridica delle macchine e quelle che la negano v. F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Cryptographi (c) a e responsabilità del giurista*, Napoli, 2023, nota 11, p. 16 ss.

⁶ Se, in una fase iniziale, l'automazione ha avuto un ruolo di supporto alle decisioni umane, adesso l'impiego di sistemi algoritmici avanzati, in particolare basati su modelli di intelligenza artificiale, affidando ai *software* l'assunzione di decisioni rilevanti, tende a ridurre fino ad

Sebbene siano diversi gli ambiti nei quali si discute sulla influenza delle macchine nelle relazioni negoziali, il settore dei mercati finanziari e, in particolare, della erogazione in via automatica dei servizi di investimento offre un terreno privilegiato per affrontare alcuni dei problemi sollevati dall'utilizzo delle nuove tecnologie⁷.

Anzitutto, va osservato che il ricorso a tali sistemi coinvolge una pluralità di interessi tra loro distinti. Mettendo da parte l'analisi delle questioni connesse a quelli non specificamente riferibili al mercato finanziario, quale è ad esempio l'interesse alla tutela dei dati personali, preme concentrare il ragionamento sull'impatto dell'utilizzo dei sistemi automatizzati nella prospettiva della tutela della stabilità e del corretto funzionamento del mercato, nonché della protezione degli investitori.

Su quest'ultimo piano appare evidente la tensione tra due poli apparentemente contrapposti⁸. Da un lato, l'impiego di sistemi algoritmici evoluti pro-

annullare l'intervento umano, rendendo possibile il governo dell'intera relazione negoziale da parte di procedure algoritmiche. Con precipuo riferimento alla consulenza automatizzata e alla sostituzione dell'algoritmo alla attività dell'intermediario v. F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2018, p. 253 ss. spec. p. 257, il quale evidenzia che «al centro del rapporto si colloca l'algoritmo elaborato dal programmatore, soggetto che sembra sostituire la controparte professionale. A contare, è allora una formula, un insieme di regole logiche elaborate da uno sviluppatore su determinate assunzioni finanziarie. Regole che favoriscono un processo di conversione dei dati analizzati in azioni finanziarie da intraprendere».

⁷ Gli ambiti maggiormente influenzati dalle trasformazioni della rivoluzione digitale sembrano essere quelli finanziario, bancario e assicurativo da sempre protagonisti delle applicazioni pratiche delle innovazioni tecnologiche. In questi contesti l'uso cospicuo delle decisioni algoritmiche si registra, in special modo, in tre settori: negoziazione di strumenti finanziari, consulenza finanziaria e valutazione del merito creditizio. In materia di *credit scoring*, senza pretese di esaustività, v. F. FERRETTI, *Consumer Access to Capital in the Age of FinTech and Big Data: the Limits of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 25, p. 476 ss.; L. AMMANNANTI, G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data: il caso del credit scoring*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, p. 305; G.L. GRECO, *Credit scoring 5.0, tra Artificial Intelligence Act e Testo Unico Bancario*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 3, 2021, p. 74 ss.; ID. *Il credit scoring "intelligente": esperienze, rischi e nuove regole*, in *Riv. dir. banc.*, III, 2023, p. 461 ss.; M. RABITTI, *Il credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, *ivi*, I, 2023, p. 175 ss.); in materia di consulenza automatizzata, nelle sue diverse forme, si vedano F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2018, p. 253 ss.; R. LENER, *La digitalizzazione della consulenza finanziaria. Appunti sul c.d. robo-advice*, in *Fintech: Diritto, tecnologia e finanza*, 2018, p. 45 ss.; A.M. PANCALLO, *La consulenza finanziaria nell'era del Fintech*, Bari, 2020; P. PIA, *L'innovazione della consulenza finanziaria automatizzata*, in *Dir. econ. impr.*, 2, 2021, p. 166 ss.; M.T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, in *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 127 ss.; ID., *L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle linee guida dell'ESMA tra algo-governance e nuovi poteri di supervisione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 535 ss.).

⁸ Con specifico riferimento all'utilizzo nell'ambito dei servizi di investimento dei sistemi di intelligenza artificiale v. *Public Statement ESMA 2024 on the use of Artificial Intelligence (AI) in the provision of retail investment services*, disponibile online: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-05/ESMA35-335435667-5924_Public_Statement_on_AI_and_investment_services.pdf.

mette di accrescere l'efficienza dei mercati, ridurre i costi delle transazioni, gestire più rapidamente ed efficientemente i processi decisionali e valorizzare più accuratamente le peculiarità del singolo investitore. Dall'altro lato, la scarsa trasparenza che contraddistingue molti sistemi algoritmici pone seri interrogativi sia rispetto alla possibilità di esercitare un effettivo controllo sull'attività degli intermediari, sia rispetto all'adempimento degli obblighi di motivazione cui questi ultimi sono tenuti⁹.

L'opacità algoritmica, infatti, ostacola la ricostruzione del percorso decisionale seguito dall'intermediario per giungere a una precisa determinazione, rendendo più difficile accertare la coerenza dell'azione alla funzione cui il potere di autonomia della parte professionale è preordinato e, di conseguenza, la conformità delle condotte agli obblighi imposti dall'ordinamento¹⁰. In poche battute: un processo decisionale imperscrutabile, per sua stessa definizione, impedisce di verificare e dunque di sindacare l'operato della parte professionale.

Su questo piano la questione che rileva riguarda esattamente la necessità che la comprensibilità dei processi decisionali algoritmici, intesa quale possibilità di conoscere le ragioni poste a fondamento della valutazione effettuata, sia, almeno in alcune ipotesi, condizione di legittimità del loro utilizzo da parte dell'intermediario.

In linea generale, occorre premettere che il tema della intelligibilità dei processi decisionali basati su sistemi di intelligenza artificiale è stato, almeno in parte, affrontato dal legislatore europeo. L'adozione del Regolamento UE 2024/1689 rappresenta un passaggio fondamentale in tal senso, poiché ricono-

⁹ Il presupposto concettuale a fondamento di quanto osservato è costituito dal riconoscimento della titolarità in capo all'intermediario di un ufficio di diritto privato. In questa prospettiva, la parte professionale è titolare di un potere discrezionale e non libero. L'esercizio del potere risulta infatti funzionalmente orientato al perseguimento di un fine previamente determinato dall'ordinamento: ossia la cura dell'interesse del cliente. La ricaduta immediata di ciò sta nel fatto che detto esercizio deve essere suscettibile di controllo; pertanto, deve essere possibile risalire alle ragioni a fondamento delle determinazioni cui conduce, cfr. R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 321 ss.; ID, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziati derivati*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1095 ss. Sulla qualificazione dell'intermediario quale ufficio di diritto privato, seppure con diverse argomentazioni ed esiti differenti in punto di inquadramento del rapporto intermediario-cliente, v. D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Quaderni di Banca, borsa e titoli di credito, Swap tra banche e clienti*, D. MAFFEIS (a cura di), 2014, p. 3 ss.

¹⁰ Nella prospettiva (alla quale si è aderito) che considera l'intermediario titolare di un ufficio di diritto privato, il giudizio circa la legittimità dell'esercizio del potere si effettua esattamente attraverso il collegamento tra le ragioni che sorreggono la decisione e/o l'azione e i risultati conseguiti, cfr. R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, cit., p. 321 ss.

sce che, in determinati contesti, la trasparenza del procedimento decisionale costituisce un presidio essenziale per la tutela dei soggetti la cui sfera giuridica sia incisa da decisioni adottate mediante sistemi di IA¹¹. Infatti, per quanto qui rileva, il Regolamento stabilisce che, ai fini della immissione, messa in servizio e utilizzo dei sistemi classificati *ad alto rischio* nel mercato UE, questi ultimi debbano essere sviluppati e progettati in modo da garantire la comprensibilità dell'*output* da parte dell'utilizzatore, cosicché questi possa interpretarlo e utilizzarlo adeguatamente¹².

Sebbene il Regolamento non affronti specificamente i rischi derivanti dall'impiego dell'intelligenza artificiale nei mercati regolati¹³, rilevante è comunque il suo impatto su alcuni comparti a essi relativi. Ci si riferisce in particolare ai mercati bancario e assicurativo. Sono infatti qualificati come sistemi a rischio elevato, tra gli altri, quelli impiegati per la valutazione del merito creditizio, per la determinazione del rischio assicurativo e per la definizione dei premi nelle assicurazioni sulla vita e sanitarie¹⁴. Tali sistemi di AI per poter circolare ed essere utilizzati nel mercato UE devono dunque assicurare la comprensibilità del processo decisionale.

Diversa appare, invece, la situazione con riferimento al mercato dei servizi di investimento. I modelli di intelligenza artificiale destinati alla prestazione o all'esecuzione automatizzata dei servizi di investimento non rientrano, allo stato, tra i sistemi *ad alto rischio*. Ne consegue l'inapplicabilità della disciplina dell'AI Act dettata per tali sistemi.

Ciò premesso, delimitando il campo di indagine alle valutazioni automatiche di adeguatezza e di appropriatezza, la difficoltà di cogliere le ragioni della determinazione effettuata dalla macchina resta un problema, nella misura in cui, non consentendo all'intermediario di giustificare l'esito del suo operato, rischia di trasformare dette valutazioni da presidi effettivi di protezione dell'investitore a mere formalità procedurali, incidendo in modo significativo sull'assetto delle tutele predisposte dall'ordinamento.

A questo proposito, una decisione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie assume particolare importanza, poiché sembra delineare alcune condizioni di utilizzo dei sistemi algoritmici, la ricorrenza delle quali dovrebbe concorrere alla valutazione della condotta dell'intermediario.

¹¹ Un diverso approccio regolatorio rispetto allo sviluppo e all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale è riscontrabile nel dibattito sviluppatosi negli USA intorno all'*Artificial Intelligence Accountability Act*.

¹² Cfr. art. 13 Regolamento 1689/2024/UE.

¹³ Per una valutazione circa l'impatto del Regolamento sui mercati regolati v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, M. RABITTI, G. SCHNEIDER, *The European AI Act's Impact on Financial Markets: From Governance to Co-Regulation*, cit., le quali rilevano che il Regolamento non affronta i rischi specifici inerenti ai mercati regolati in quanto è teso più generalmente alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

¹⁴ Cfr. Allegato III Regolamento 1689/2024/UE

2. Il caso. Il piano dei problemi: fallibilità e trasparenza algoritmica

L'organo stragiudiziale di composizione delle controversie finanziarie è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'operato di un intermediario che aveva effettuato la valutazione di appropriatezza di un'operazione di investimento in via del tutto automatizzata, avvalendosi di un sistema algoritmico¹⁵.

Benché la controversia concernesse la sola valutazione di appropriatezza, le osservazioni formulate dal Collegio si prestano a essere estese anche al diverso giudizio di adeguatezza, poiché muovono da premesse di carattere generale, idonee a riguardare l'intero spettro delle decisioni assunte mediante procedure algoritmiche.

Il ricorrente censurava il comportamento dell'intermediario contestando la correttezza del giudizio di appropriatezza.

L'intermediario, dal canto suo, difendeva la bontà del suo operato sostenendo di avvalersi di un meccanismo informatico per l'invio automatico della segnalazione di inappropriatazza, nel rispetto degli artt. 55 e 56 del Regolamento delegato n. 565 del 2017¹⁶. Sottolineava altresì che il sistema informatico aveva effettuato il controllo relativo alla appropriatezza dell'operazione, dando esito negativo e pertanto segnalando l'incoerenza dell'investimento al profilo di rischio del cliente. Rivendicava dunque l'esattezza del giudizio in quanto reso sulla base di un algoritmo, il quale, ai fini della valutazione, teneva conto, oltre che delle informazioni relative alla esperienza e alla conoscenza del cliente, anche di molte altre, tra le quali quelle relative alla dimensione dell'ordine e al titolo selezionato¹⁷.

L'Arbitro, per quel che qui interessa, accogliendo parzialmente il ricorso, ha censurato la condotta della parte professionale poiché ha ritenuto che il solo richiamo all'utilizzo di un sistema informatico ai fini della valutazione di appropriatezza non dimostrerebbe la correttezza della valutazione medesima. Ciò, in quanto la carenza di trasparenza del processo decisionale non consentirebbe di individuare i parametri in ragione dei quali la stessa è stata resa.

Sulla necessità che l'intermediario dia conto delle ragioni che lo hanno indotto a esprimere un giudizio di appropriatezza dell'investimento la decisione non è isolata. In più occasioni l'Arbitro per le Controversie finanziarie ha ritenuto che la parte professionale, al fine di assolvere gli obblighi su di lui gravanti, non possa limitarsi a eseguire la valutazione e, in ipotesi di esito negativo, inviare l'*alert*, ma debba esplicitare quali siano i motivi a supporto dell'esito

¹⁵ Decisione ACF n. 6196 del 20 dicembre 2022.

¹⁶ Sul punto l'intermediario precisava altresì che il proprio sistema «in base al titolo scelto dal cliente, ed in base all'importo investito, determina tramite un algoritmo se inviare il messaggio di warning attenendosi alle indicazioni generali fornite [...] dai richiamati articoli 55 e 56 del Regolamento Delegato 2017/565».

¹⁷ Da quel che è dato apprendere dal provvedimento sembra che lo stesso programma informatico non fosse programmato per esplicitare le ragioni sottostanti alla valutazione, quindi, in definitiva, non garantisse la conoscenza del percorso logico determinativo dell'esito raggiunto.

della valutazione effettuata, di modo che il cliente possa adeguatamente determinarsi rispetto alla conclusione o meno dell'operazione di investimento¹⁸.

Nella decisione presa specificamente in considerazione v'è tuttavia di più. Nel considerare l'intermediario inadempiente sotto il profilo della corretta esecuzione dell'obbligo di valutazione dell'appropriatezza dell'investimento, l'Arbitro infatti implicitamente esclude che il secco rinvio all'utilizzo dell'algoritmo possa bastare a reputare assolto l'onere della prova a suo carico di cui all'art. 23 TUF.

Sullo sfondo c'è il tema teorico, di portata ben più generale, dell'impatto dell'utilizzo del *software* sulla valutazione della condotta del debitore in termini di adempimento. L'indagine sul punto si è sviluppata soprattutto in materia di *smart contract*. Su questo terreno, è stata avanzata da una parte degli studiosi l'idea secondo la quale l'inadempimento delle prestazioni eseguite tramite sistemi informatici non sarebbe possibile poiché il sistema stesso impedirebbe che le prestazioni restino ineseguite¹⁹. Ne deriva che la correttezza tecnica del procedimento informatico sarebbe equiparata all'adempimento²⁰.

I corollari che ne discendono in punto di valutazione dell'operato dell'intermediario sono evidenti.

Se si muove dall'idea che i sistemi algoritmici siano intrinsecamente affidabili e immuni da errori, molte delle criticità connesse alla loro opacità finirebbero per ridimensionarsi. In una simile prospettiva, il risultato elaborato dal *software* verrebbe considerato corretto in quanto tale, sicché l'intermediario potrebbe giustificare le proprie decisioni e la relativa correttezza limitandosi a richiamare il fatto che esse sono state generate da un procedimento automatizzato. Il ricorso all'algoritmo diverrebbe, così, elemento sufficiente a dimostrare la legittimità della condotta dell'operatore professionale.

¹⁸ Cfr. decisione ACF, 12 maggio 2021, n. 3739; decisione 25 maggio 2021, n. 3801; decisione n. 3162 del 25 novembre 2020 ove è chiarito che «la mancata esplicitazione dei motivi a supporto della valutazione di (in)appropriatezza ha come effetto quello di non consentire al cliente di determinarsi con piena consapevolezza in merito al se procedere o meno con l'investimento». In argomento v. D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, Milano, 2024, 389.

¹⁹ Sugli *smart contract* e sulla impossibilità, grazie a essi, di non adempiere v., senza pretese di esaustività, E. BETTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, cit., p. 684. In dottrina vi è anche chi sostiene che gli *smart contract* possano rappresentare, quando finalizzati a eseguire il programma negoziale, una forma di autotutela, sul punto v. I. MARTONE, *Gli Smart Contract. Fenomenologia e funzioni*, cit., p. 85 ss.; S.A. CERRATO, *Appunti su Smart Contract e diritto dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 370 ss.

²⁰ Con precipuo riferimento agli *smart contract* v. M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 54 s., la quale ritiene che «chi sostiene che, in presenza di Smart Contracts, non possa più esserci un problema di inadempimento non tiene conto che l'oracolo (umano e non) potrebbe errare nel valutare il corretto adempimento, e che le parti, almeno in Italia, sono vincolate non solo a quello che è previsto nell'accordo ma anche a tutto ciò che dallo stesso deriva secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità (art. 1374 c.c.). Ciò significa che la corretta esecuzione del Code potrebbe non tradursi nella corretta esecuzione del contratto.» Tuttavia, la stessa A. sostiene che il secondo rilievo ha valenza più teorica che pratica.

È questa, del resto, la posizione assunta dall'intermediario nella controversia in esame. Nel sostenere la correttezza della valutazione in quanto effettuata mediante un algoritmo appositamente programmato, egli pare implicitamente assumere che la corretta esecuzione tecnica del procedimento informatico coincida con la correttezza sostanziale del risultato raggiunto e, quindi, con l'adempimento degli obblighi cui è vincolato.

In questa prospettiva risulterebbe secondaria, se non addirittura superflua, la trasparenza del processo algoritmico, intesa come possibilità di ricostruire il percorso decisionale seguito e motivare gli esiti prodotti dal *software*. In tale ottica, il controllo sull'esercizio del potere dell'intermediario potrebbe limitarsi alla verifica del corretto funzionamento del sistema informatico, mentre l'obbligo di motivazione risulterebbe soddisfatto attraverso la mera comunicazione dell'esito prodotto dalla macchina.

Vi è subito da dire che con riferimento alle negoziazioni nei mercati finanziari la costruzione prospettata non sembra trovare alcuno spazio di operatività; ciò, in ragione della stessa premessa sulla quale poggia²¹. Non pare infatti esserci necessaria corrispondenza tra esatta esecuzione del codice informatico – la quale riguarda l'assenza di errori di carattere tecnico durante l'esecuzione del processo – e adempimento²². Ciò, già soltanto se si consideri che la valutazione di adempimento esprime un giudizio di coerenza, peraltro complesso, tra l'attuazione del rapporto obbligatorio e l'interesse sotteso al programma negoziale, che deve anche tenere conto delle *rationes* espresse dalle specifiche disposizioni che governano la fase esecutiva. L'utilizzo di programmi informatici dunque, i quali possono anche rendere superflua la condotta esecutiva del debitore, non può mai da sé soltanto garantire un tale esito. Detto utilizzo entra piuttosto nel giudizio complessivo avente a oggetto

²¹ Benché il ragionamento sia stato sviluppato con riferimento all'esecuzione del contratto e al possibile inadempimento delle prestazioni in esso dedotte, esso si presta a una più ampia generalizzazione destinata a evidenziare che i procedimenti decisionali automatici non sono garanzia di infallibilità. Ciò che si intende, infatti, mettere in luce è che la realizzazione mediante strumenti informatici di qualsivoglia attività umana non è, di per sé, garanzia di assoluta impossibilità di sbagliare.

²² Ciononostante, il grande vantaggio dato dalla autoesecuzione del programma conduce a ritenere che il margine di rischio di inadempimento si riduca notevolmente, pur non scongiurandosi. M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 55; sul punto v. anche P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 113, il quale rileva che la automazione unitamente al grado di certezza garantito dagli *smart contracts* contribuirebbero alla significativa riduzione del rischio di insorgenza dei conflitti tra le parti. Ritiene G. NUZZO, *Gli smart contract tra esigenze di "calcolabilità" e gestione delle "sopravvenienze"*, in *Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e in Italia*, Bordiga e Wais (a cura di), Torino, 2021 che il rischio di inadempimento è annullato quando, nelle obbligazioni pecuniarie, la somma di danaro che dovrà essere pagata al verificarsi delle condizioni prestabilite nel codice risulti fin dal principio effettivamente disponibile e vincolata all'adempimento; v. anche F. DI CIOMMO, *Blockchain, smart contract, intelligenza artificiale*, cit., p. 3 ss., il quale ritiene che a fronte di un ambiente tecnologico sano il rischio di inadempimento è contenuto all'interno di limiti bassissimi in quanto gli automi si atterrano agli ordini ricevuti eseguendo le prestazioni e realizzando gli effetti voluti per come impostati all'interno del codice.

l'attuazione del rapporto obbligatorio, quale ulteriore variabile che può indirizzarlo in un senso o nell'altro.

Con specifico riferimento all'ambito che qui interessa oltretutto, il mancato aggiornamento di uno o più dati, l'inserimento di un dato errato, l'individuazione, effettuata dal sistema, di una correlazione che si riveli non corretta o non sufficientemente rappresentativa e, infine, l'acquisizione di una informazione sbagliata nelle ipotesi entro le quali il *software* possa attingere notizie anche attraverso l'implementazione di altri sistemi informatici con esso comunicanti (c.dd. oracoli²³) non impattano sulla correttezza del procedimento informatico, ma sulla esattezza dell'esito della valutazione di appropriatezza; dunque, sull'adempimento dell'obbligo cui l'intermediario è tenuto²⁴.

Escluso pertanto che l'adempimento dell'obbligazione mediante strumenti informatici possa costituire, di per sé, garanzia di esatta esecuzione della prestazione²⁵, incidendo sul regime di responsabilità dell'intermediario e sul relativo onere della prova, in apice resta perciò soltanto il tema della non intelligibilità del procedimento algoritmico e del suo impatto sulla valutazione della condotta dell'intermediario.

3. Valutazione di appropriatezza e motivazione degli esiti prodotti dalla macchina

Chiarito che l'utilizzo di sistemi algoritmici non semplifica la fase di valutazione della condotta dell'intermediario, è adesso possibile stringere sulla questione dalla quale si è partiti: l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali l'utilizzo dei menzionati sistemi possa reputarsi legittimo.

²³ Gli oracoli sono entità esterne al sistema che inviano informazioni tramite *input*. Essi possono essere automatici o umani. I primi sono ad esempio i sensori, per i secondi il riferimento corre, ad esempio, ai corrieri che una volta consegnato il pacco inviano al sistema un segnale di avvenuta ricezione. Dunque, anche il funzionamento dell'oracolo può essere affidato a un *software* o all'azione umana. Sul punto v. M.T. GIORDANO, *Il problema degli oracoli*, in Blockchain e smart contract, R. BATTAGLINI, M. TULLIO GIORDANO (a cura di), Milano, 2019, p. 258 ss.

²⁴ L'errore nell'inserimento o nella trasmissione automatica di informazioni potrebbe ripercuotersi sulla esattezza del risultato ottenuto dalla macchina. Sul punto è stato osservato che ciò potrebbe accadere, ad esempio, quando l'esecuzione dell'istruzione contenuta nel programma informatico sia subordinata a quanto trasmesso da fonti di comunicazione esterne, i cc.dd. oracoli; in questo caso, il sistema sconta un certo margine di incertezza in quanto è esposto al rischio che la fonte non funzioni correttamente, comunichi dati errati o, ancor peggio, sia manomessa, cfr. P. CUCCURU, *Blockchain e automazione contrattuale*, cit., p. 111.

²⁵ Di questo avviso sembra anche l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, il quale con riferimento all'attività di profilazione della clientela svolta dall'intermediario tramite algoritmi, ha affermato che, sebbene la scelta di avvalersi di tali strumenti rientri nella libertà organizzativa dell'intermediario, l'utilizzo del mezzo informatico non assicura la correttezza del risultato. L'attendibilità dell'esito, pertanto, non può ritenersi aprioristicamente garantita dalla natura "meccanica" del procedimento. Essa deve, invece, essere oggetto di accertamento. Cfr. decisione n. 2471 del 17 aprile 2020.

Il punto che mette l'Arbitro per le controversie finanziarie è che il sistema algoritmico deve consentire di risalire alle ragioni dell'esito della valutazione di appropriatezza dell'investimento rispetto al profilo di rischio del cliente.

D'altro canto, soluzioni differenti non sembrano prospettabili.

In prima battuta, per le ragioni poc'anzi espresse e relative alla circostanza che i processi condotti dalle macchine non possono essere considerati intrinsecamente immuni da errori: anche un procedimento tecnicamente corretto può restituire un esito non coerente con il profilo del cliente; dunque imprescindibile resta il vaglio relativo alla esattezza dei risultati raggiunti tramite l'impiego di tali mezzi.

In seconda battuta, poiché ritenere sufficiente sotto il profilo della corretta esecuzione dell'obbligo di valutazione dell'appropriatezza la mera circostanza che la valutazione sia stata effettuata da un algoritmo appositamente programmato per compierla ridurrebbe la stessa valutazione di appropriatezza a un adempimento meramente formale, svuotato della sua effettiva funzione sostanziale di tutela del cliente e di controllo dell'esercizio del potere discrezionale (esattamente come accade quando gli intermediari ricorrono a formule standardizzate o generiche per giustificare l'appropriatezza dell'investimento).

Sulla valutazione della condotta tenuta dall'intermediario, l'Arbitro sembra dare essenziale rilievo alla comprensibilità dei processi decisionali condotti dall'algoritmo.

Dopo avere affermato che «l'utilizzo di tecniche automatiche per la formulazione del giudizio di appropriatezza non è di per sé dimostrativo della sua esattezza», conclude che «l'intermediario che voglia dimostrare che la valutazione di appropriatezza svolta con una metodologia algoritmica è corretta ha quantomeno l'onere di rendere trasparente, all'organo che è chiamato a giudicare del suo corretto adempimento, quali siano le concrete basi su cui l'algoritmo utilizzato opera e poi che quest'ultimo presenti un elevato grado di affidabilità, essendo stato strutturato in maniera tale da contenere nella misura maggior possibile anche il rischio dei c.d. «AI bias» nell'attività di elaborazione del giudizio richiesto».

Nella prospettiva adottata dall'ACF, dunque, ai fini dell'accertamento della legittimità dell'operato della parte professionale è necessario conoscere i criteri adottati dal sistema, i dati presi in esame e i motivi per i quali da tali dati si sia giunti a un determinato esito, assumendo pertanto carattere decisivo la trasparenza del processo decisionale effettuato dal *software*²⁶.

²⁶ Rispetto al problema relativo alla assenza di trasparenza delle procedure algoritmiche molto si è discusso a proposito della valutazione di adeguatezza automatizzata quando l'ESMA nell'emanare le Linee guida in materia non ha previsto misure atte a garantire la trasparenza dei processi decisionali algoritmici. In argomento v. M.T. PARACAMPO, *L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle linee guida dell'ESMA tra algo-governance e nuovi poteri di supervisione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 539. Sulla divergenza tra testo posto in consultazione e testo finale delle linee guida v. anche F. SARTORI, *Nel regolare i robot advisor è sbagliato dimenticare l'algoritmo*, in *FC Hub*, 2018, p. 3, il quale con riferimento alla scelta, effettuata

Da tanto, si ricava che: i) la parte professionale deve giustificare l'esito della valutazione e deve rendere esplicite le cause che la sorreggono, a prescindere dal mezzo utilizzato per effettuarla; ii) l'uso dell'algoritmo non equivale a (e non garantisce la) esattezza della valutazione e che pertanto tale utilizzo non può essere ritenuto idoneo a comprovare tale esattezza; iii) dunque, affinché l'utilizzo del sistema algoritmico sia legittimo è necessario che sia assicurata la trasparenza della procedura e perciò siano individuabili le correlazioni sulla base delle quali la macchina restituisce un dato *output*.

In linea generale, da più parti si sostiene – e ciò a prescindere dall'utilizzo di sistemi algoritmici – che l'intermediario debba motivare il giudizio dato sull'adeguatezza o sull'appropriatezza dell'investimento rispetto al profilo di rischio del cliente. Ciò che in definitiva l'Arbitro sembra chiedere all'intermediario è esattamente di motivare il suo operato.

Tirando le fila del discorso, si può perciò anzitutto osservare che l'utilizzo di un sistema informatico per effettuare la valutazione di appropriatezza non impatta (o quantomeno non dovrebbe) sulle condizioni in presenza delle quali l'agire dell'intermediario può considerarsi legittimo. Che la parte professionale si avvalga oppure non di un sistema informatico infatti, l'esito della valutazione di appropriatezza (e di adeguatezza) deve comunque essere controllabile ai fini della giustiziabilità del rapporto.

Sul piano esattamente della giustiziabilità del rapporto, tuttavia, l'intervento di sistemi algoritmici può porre problemi ulteriori, considerato che assai spesso il relativo funzionamento non garantisce la conoscibilità dei dati utilizzati e delle correlazioni tra di essi effettuate. Su questo piano, la decisione dell'Arbitro per le controversie finanziarie indica una traccia²⁷: il ricorso a sistemi

dall'ESMA, di non prevedere obblighi di trasparenza degli algoritmi sostiene che «l'impostazione seguita dall'ESMA sembra riflettere le sollecitazioni dei gruppi di pressione organizzati in lobby». Sulla scelta di non fornire informazioni inerenti al funzionamento dell'algoritmo v. anche D. ROSSANO, *Il robo-advice alla luce della disciplina vigente*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Milano, 2019, p. 369, il quale ritiene che la scelta di non fornire questo tipo di notizie all'investitore sia finalizzata a evitare di sovraccaricare quest'ultimo di informazioni difficilmente comprensibili, stante la complessità delle procedure di calcolo che fondano il funzionamento del sistema automatizzato. L'Autore rileva nondimeno che il rischio di sovraccarico informativo potrebbe essere superato «facendo ricorso ad idonee strategie comunicative e avendo cura di informare quest'ultimo non già sugli aspetti tecnico-applicativi sui quali si basa il funzionamento dell'algoritmo (essendo questi ultimi comprensibili soltanto da parte di chi sia in possesso di peculiari competenze in materia) ma sui criteri logici sottesi al loro utilizzo».

²⁷ Sulla funzione conformativa degli orientamenti ACF v. da ultimo G.E. BARBUZZI, *Nuove frontiere della regolamentazione conformativa dei mercati: l'esperienza ACF*, in *Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto*, M. CAPPAL, A. DAVOLA, U. MALVAGNA, S. VACCARI (a cura di), p. 1 ss.; In generale, sul legame tra ADR e funzione di conformazione dell'attività di impresa, senza pretese di esaustività v. M. SEMERARO, *ADR e controllo conformativo dell'attività di impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 101 ss.; R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2020, p. 134 ss., il quale ritiene che «Le ADR rappresentano [...] un ulteriore tassello del mosaico diritto privato regolatorio, che potremmo definire di regolazione contrattuale *by litigation*», sul tema l'A. richiama

algoritmici, pur rientrando nella libertà organizzativa dell'intermediario, non può essere ragione di abbassamento del livello di tutela garantito all'investitore²⁸. L'intermediario, anche qualora la valutazione sia avvenuta mediante strumenti informatici, resta comunque obbligato a motivare le scelte compiute. Ne consegue che egli deve rendere esplicito l'iter logico argomentativo seguito ai fini della valutazione.

M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2015, p. 6 ss.; U. MALVAGNA, *Gli ADR del mercato finanziario quale strumento di enforcement della normativa di protezione del cliente: presupposti e conseguenze*, in *Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto*, cit., p. 31 ss.

²⁸ Con riferimento alla possibilità di utilizzare strumenti algoritmici quale espressione della libertà organizzativa dell'intermediario v. ACF decisione n. 2471 del 17 aprile 2020, il quale se ne occupa con specifico riferimento alla profilazione finanziaria.

Abstract [Ita]

Una pronuncia dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie offre l'occasione per interrogarsi sui limiti e sui presupposti di legittimità dell'impiego di sistemi algoritmici evoluti nei servizi di investimento. Prendendo le mosse dall'analisi della decisione, il contributo approfondisce il rapporto tra innovazione tecnologica e tutela dell'investitore, concentrando l'attenzione sulle criticità che l'utilizzo delle macchine può determinare nella fase di attuazione del rapporto negoziale.

Parole chiave: valutazione di appropriatezza; tutela dell'investitore; mercati digitali; trasparenza algoritmica; motivazione delle decisioni.

Abstract [Eng]

A decision of the Italian Financial Disputes Arbitrator provides an opportunity to examine the limits and conditions for the lawful use of advanced algorithmic systems in the provision of investment services. Starting from an analysis of the decision, this article explores the relationship between technological innovation and investor protection, focusing on the critical issues that the use of machines may give rise to in the implementation of the contractual relationship.

Keywords: appropriateness assessment; investor protection; digital markets; algorithmic transparency; decision-making reasoning.

Transizione energetica e terzo settore

Le potenzialità applicative della fondazione di partecipazione nell'ambito delle comunità energetiche rinnovabili

Giovanni Gandino

Le recenti catastrofi ambientali dovute al cambiamento climatico, unitamente alla concomitante esigenza di soddisfare, in maniera sicura e sostenibile, il crescente fabbisogno energetico (domestico e industriale)¹, hanno indotto il legislatore europeo ad avviare un processo di revisione del paradigma energetico tradizionale², che è poi culminato con l'emanazione del *Clean Energy Package*³. Tramite quest'ultimo, che rappresenta «il primo compiuto tentativo di integrazione tra le politiche energetiche e le politiche climatiche a livello europeo»⁴, sono state introdotte una serie di misure legislative volte a riformare il settore della produzione energetica, favorendo la diffusione

¹ Sui fattori che hanno determinato l'istituzione dello strumento giuridico in rassegna si v. L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, in *Giur. It.*, 2023, p. 2773 s.; C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2023, p. 386, ss.; V. CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, in *NLCC*, 5, 2022, p. 1185, ss.; P. NOVARO, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2022, p. 1053.

² Sull'evoluzione delle politiche europee in materia energetica si v., per tutti, L. DI CERBO, *Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giur. It.*, 2023, p. 2751 ss., al quale si rimanda per i preziosi riferimenti bibliografici sul tema.

³ Relativamente al *Clean Energy for all Europeans*, si v. V. CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, cit., p. 1186, ove si osserva come quest'ultimo «pacchetto legislativo costituisce un radicale superamento» del previgente *Third Energy Package*, caratterizzandosi per la sua particolare finalità che «risulta prioritariamente orientata dalla necessità di favorire la transizione energetica, termine con il quale si intende quel movimento tendenziale verso un cambiamento di paradigma nella produzione, nella gestione e nel consumo di energia, innescato dal graduale passaggio dal dominio delle fonti fossili alla prevalenza delle risorse rinnovabili».

⁴ Il corsivo è nostro e la citazione è di V. CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, cit., p. 1186.

delle fonti di energia rinnovabile⁵ anche attraverso la partecipazione attiva dei consumatori⁶.

Nel variegato quadro legislativo comunitario ha assunto particolare rilievo la Dir. (UE) n. 2018/2001 (c.d. RED II) dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia derivante da fonti rinnovabili⁷, con la quale sono stati implementati una serie di strumenti normativi diretti ad incentivare il processo europeo di "transizione energetica"⁸. Tra questi spiccano, per le accertate potenzialità innovative, le comunità energetiche rinnovabili⁹, in quanto

⁵ È esplicito, in questo senso, il considerando n. 2 della Dir. (UE) 2018/2001, a mente del quale «la promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili rappresenta uno degli obiettivi della politica energetica dell'Unione» nonché «una parte importante del pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas a effetto serra» e ciò anche nell'ottica di garantire il rispetto degli «impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici [...] compreso l'obiettivo vincolante dell'Unione di ridurre le emissioni di almeno il 40% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030». Come si legge nel successivo considerando (il n. 3 della Dir. (UE) 2018/2001), «[i]l maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili può svolgere una funzione indispensabile anche per promuovere la sicurezza degli approvvigionamenti energetici, nel garantire un'energia sostenibile a prezzi accessibili, nel favorire lo sviluppo tecnologico e l'innovazione, oltre alla leadership tecnologica e industriale, offrendo nel contempo vantaggi ambientali, sociali e sanitari, come pure nel creare numerosi posti di lavoro e sviluppo regionale, specialmente nelle zone rurali ed isolate, nelle regioni o nei territori a bassa densità demografica o soggetti a parziale deindustrializzazione».

⁶ Con riguardo al (nuovo) ruolo dei consumatori nel mercato energetico – oltre al considerando n. 10 della Dir. (UE) 2019/944 – si è espressa V. CAPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, cit., p. 1187 s., che ha osservato come questi ultimi vengono «individuati come attori di mercato strategici in grado di dare avvio [...] a quel cambiamento di paradigma alla base del processo di transizione». La loro azione, unitamente all'implementazione «di tecnologie di produzione locale, di conservazione e di scambio di energia rinnovabile» è in grado, infatti, di «mettere radicalmente in crisi il paradigma verticale, centralizzato e intermediato [...] su cui si fonda la struttura del tradizionale mercato energetico». È in questa prospettiva, allora, che il legislatore europeo ha introdotto degli «appositi istituti giuridici al fine di promuovere il nuovo modello produttivo decentralizzato» permettendo «ai consumatori cosiddetti "passivi" di avviare un effettivo processo di *empowerment* [...], culminante nella loro evoluzione in *prosumer*, ovvero consumatori ma allo stesso tempo produttori di energia rinnovabile». Giova inoltre sottolineare che il mutamento del ruolo dei consumatori nell'ambito del mercato energetico non ha inciso sul loro «sistema normativo di protezione [...], in quanto il legislatore ha continuato a tutelarli come parti deboli – in una condizione di asimmetria informativa e di potere contrattuale – del rapporto di fornitura anche quando agiscono in qualità di *prosumer*».

⁷ In merito ai diversi profili di interesse sul tema si v. M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giur. It.*, 2023, p. 2761 s.

⁸ Sulla definizione di transizione energetica rimando alla nota 3.

⁹ Con riferimento alle comunità energetiche, oltre ai contributi citati alla nota 1, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. S. MONTICELLI – L. RUGGERI, *La via italiana alle comunità energetiche*, Milano, 2022; L. CUOCOLO – P. P. GIAMPELLEGRINI – O. GRANATO (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, Milano, 2023; E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizz. Dir. Comm.*, 1, 2020, p. 71 ss.; M. GRECO, *Le comunità energetiche rinnovabili nel sistema del riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 2, 2023, p. 634 ss., spec. p. 635 s.; M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2761 ss.; M. RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo di energia. Tutela della concorrenza e*

soggetti giuridici capaci di unificare interessi fra loro eterogenei (sociali, economici, ambientali e paesaggistici)¹⁰. Concepite come configurazioni inclusive e democratiche di produzione e condivisione dell'energia "pulita" a livello locale, le comunità energetiche rinnovabili rappresentano la tipologia più avanzata dell'autoconsumo, ossia di quella attività complessa che consente al consumatore di assumere un ruolo attivo all'interno della filiera energetica¹¹,

regolazione del mercato, in *NLCC*, 1, 2024, p. 161 ss.; G. W. ROMAGNO, *Modelli costitutivi per le comunità energetiche*, in *questa rivista*, 1, 2025, p. 129 ss.

¹⁰ Negli stessi termini si è espresso M. GRECO, *Le comunità energetiche rinnovabili nel sistema del riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni*, cit., p. 635. Sul punto si v., inoltre, L. DI CERBO, *Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, cit., p. 2756 s., che ravvisa, nei considerando nn. 3 della Dir. (UE) 2018/2001, 2 e 3 della Dir. (UE) 2019/944, «tutte le cinque dimensioni della nuova politica energetica». La finalità principale delle comunità energetiche è «la sostenibilità ambientale e sociale, e cioè "l'approvvigionamento a prezzi accessibili di energia da fonti specifiche, come le rinnovabili", a discapito del "fine di lucro come le imprese di energia elettrica tradizionali". Nel rispetto dei principi del libero mercato, inoltre, le comunità energetiche devono operare "senza recare distorsioni alla concorrenza" e, pertanto, vanno salvaguardati i diritti dei consumatori, nonché "la libertà contrattuale, il diritto di cambiare fornitore, le responsabilità del gestore del sistema di distribuzione, le regole in materia di oneri di rete e gli obblighi di bilanciamento". Ancora, favorendo "l'accesso a capitali privati aggiuntivi", le comunità energetiche consentono di aumentare l'offerta di energia – così agevolandone "l'integrazione nel mercato" e rendendole competitive – a scapito degli operatori di grande taglia": l'effetto auspicato di questo processo dovrebbe consistere in una sempre maggiore "sicurezza degli approvvigionamenti". Infine, "la diffusione delle nuove tecnologie", "le reti di distribuzione intelligenti" e i "nuovi modi di consumo" permettono sia di garantire un ruolo attivo ai consumatori, sia di rendere maggiormente efficiente il consumo di energia, soprattutto per il tramite di una "gestione integrata della domanda"» (il corsivo è dell'A.). Con riferimento poi al tema del libero mercato si v. M. RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, cit., p. 163 s., ove si osserva come «[d]a una prima lettura delle disposizioni concernenti le CER e le CEC si evince l'autonomo riconoscimento della capacità di tali soggetti collettivi, quindi della rilevanza giuridica e della puntuale struttura organizzativa: il delinearsi della soggettività giuridica delle predette comunità [...] è connesso all'attribuzione di un preciso ruolo all'interno del contesto energetico, volto a favorire una reale partecipazione in nome del pluralismo sociale ed economico. La dimensione ultraindividuale ascende a co-elemento di un mercato energetico plurale, risultando alternativa rispetto alla verticalità dei mercati *retail*, e anche dei mercati all'ingrosso, ove traspare la posizione dominante rivestita dalle grandi *utilities*, ovvero dei *big players* attivi nel settore della produzione e della fornitura di energia» (il corsivo è dell'A.). In questo senso, l'A. ha segnalato che «la concorrenza [...] esce potenziata dal nuovo assetto regolatorio che, investendo di precise funzioni economiche e sociali le soggettività sopra delineate, intende accrescere la competitività a beneficio della filiera produttrice a monte e dei consumatori finali a valle.

¹¹ Oltre a quanto evidenziato alla nt. 6, si v. L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., p. 2274, che, muovendo da considerando delle Dir. (UE) 2018/2001 e 2019/944 del 5 giugno 2019 sulle norme comuni per il mercato dell'energia, rileva come da tali premesse emerge che «i consumatori debbano avere l'opportunità non solo di acquistare, ma anche di produrre, accumulare e vendere energia: l'idea secondo la quale l'utente riveste un ruolo soltanto passivo nell'ambito del commercio viene marginalizzata in favore della valorizzazione della sua capacità produttiva». Si ha quindi un passaggio sussumibile nello *slogan* «dal consumatore al prosumer» (il corsivo è dell'A.), e così da una «produzione centralizzata ad una decentrata e collaborativa [...] che dovrebbe favorire (secondo la prospettiva delineata nelle Direttive) l'utilizzo delle fonti di produzione e di capitale locale, così garantendo una sorgente

attraverso l'autoproduzione, l'autoconsumo e la vendita dell'energia generata¹².

In questa prospettiva, seppur con brevi cenni, si possono distinguere tre dimensioni di autoconsumo¹³:

- i) la prima di queste è rappresentata dalla figura dell'autoconsumatore individuale, la quale si identifica nel cliente finale che produce ed accumula energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo («realizzando un impianto di produzione direttamente interconnesso all'utenza, oppure giovandosi di impianti ubicati presso edifici o siti diversi da quelli presso i quali opera, ma che sono comunque nella sua disponibilità»¹⁴) e che può, al contempo, collocare sul mercato l'energia in esubero;
- ii) la seconda dimensione dell'autoconsumo si caratterizza, invece, per la presenza di due o più autoconsumatori ubicati nello stesso edificio o condominio che agiscono, ai fini della produzione e dell'accumulo, con le stesse modalità dell'autoconsumatore individuale¹⁵;
- iii) la terza ed ultima dimensione, che è quella che ci interessa in questa sede, riguarda l'autoconsumo organizzato nell'ambito di una comunità energetica rinnovabile.

Diversamente dall'autoconsumo collettivo, e quindi dalla seconda dimensione prospettata, la comunità energetica «presuppone la costituzione di un soggetto di diritto autonomo, con o senza personalità giuridica, chiamato ad autoprodurre energia rinnovabile destinata alla condivisione, al consumo dei membri e alla vendita esterna»¹⁶. Più precisamente, con l'unità semantica «comunità energetica rinnovabile» il legislatore comunitario ha definito «quel soggetto giuridico [...] che si basa sulla partecipazione aperta e volon-

sicura di approvvigionamento». Tale meccanismo permetterebbe, inoltre, una riduzione dei costi di trasporto e dei rischi di dispersione dell'energia «nonché, in secondo luogo, di migliorare altresì la coesione delle comunità grazie alla disponibilità di fonti di reddito e alla creazione di posti di lavoro a livello locale». Fra i vantaggi segnalati dall'A. vengono in rilievo anche quelli di stimolazione del mercato, atteso che tale procedimento incrementerebbe «i *players* attivi nella produzione di energia in concorrenza con le grandi compagnie». Sull'autoconsumo si v. anche M. RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, cit., p. 184 s.

¹² Cfr. V. CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, cit., p. 1191.

¹³ In questo senso v. anche L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., p. 2775, che discorre di «modelli di partecipazione a complessità crescente».

¹⁴ Negli stessi termini si v. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 391.

¹⁵ Cfr. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 393.

¹⁶ Così v. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 393 s. Sulle caratteristiche essenziali delle CER si v. M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2763.

taria [...] controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione» (art. 2, punto 16, Dir. (UE) n. 2018/2001). In merito al profilo dell'attività, l'art. 22, comma 2, della Dir. (UE) n. 2018/2001, chiarisce come tali comunità possano «a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile [...]; b) scambiare all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile [...]; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio»¹⁷.

La peculiarità di tale vicenda organizzativa, capace di racchiudere al suo interno «le persone fisiche, le PMI e le autorità locali» (art. 2, punto 16, lett. b) Dir. (UE) n. 2018/2001), risiede nell'obiettivo teleologico assegnatole dalla direttiva in questione, che è quello di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari» (art. 2, punto 16, lett. c) Dir. (UE) n. 2018/2001)¹⁸. Seguendo tale indirizzo merita evidenziare come il legislatore italiano, nel recepire la direttiva europea, tramite il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199, abbia ulteriormente specificato che lo scopo primario della comunità energetica rinnovabile non è «quello di realizzare profitti finanziari» (art. 31, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 199/2021)¹⁹.

¹⁷ In proposito e sulla scorta di quanto evidenziato da M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2766, occorre rilevare come il legislatore italiano, nel recepire la direttiva in discorso, non si sia limitato alla pedissequa riproduzione delle attività individuate all'art. 22, comma 2, della Dir. (UE) n. 2018/2001. Con la formulazione dell'art. 31, comma 2, lett. b), del d. lgs. n. 199/2021, il legislatore domestico ha infatti costruito un «preciso ordine di priorità» stabilendo che «l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità [...], mentre l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione» (art. 22, comma 2, Dir. (UE) n. 2018/2001). Per questo motivo, come osserva lucidamente l'A., «una CER non può essere costituita al solo fine di produrre e vendere energia», e ciò in considerazione del fatto che quest'ultima risulta «normativamente vincolata ad un primo impiego necessario dell'energia prodotta, da destinare all'autoconsumo e/o alla condivisione».

¹⁸ La peculiarità di tale vicenda organizzativa è ben compendiata da M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2763, nella parte in cui vengono segnalati i principali tratti distintivi della CER: «il suo essere un'organizzazione indipendente [...] con una necessaria struttura democratica, che persegue in via principale l'obiettivo di produrre energia da fonti rinnovabili ma, in maniera del tutto eversiva rispetto al normale funzionamento di mercato, per finalità che non possono essere in via prioritaria lucrative bensì di carattere, in senso lato, sociale».

¹⁹ In proposito è opportuno evidenziare che detto profilo era già stato preso in debita considerazione dal legislatore italiano nell'ambito della fase sperimentale, attuata per tramite (nelle modalità e alle condizioni del) l'art. 42-bis del d. l. 30 dicembre 2019, n. 162, dalla quale hanno preso forma le prime comunità energetiche italiane.

Ora, al di là dei diversi profili civilistici che interessano la figura in rassegna e che meriterebbero un apposito approfondimento²⁰, ritengo opportuno svolgere alcune considerazioni in merito all'individuazione della forma giuridica più adatta per la gestione dell'attività dell'ente, muovendo dalla mancata selezione di un tipo ideale da parte del legislatore comunitario²¹. Sotto questo profilo e in assenza di una precisa opzione anche da parte del legislatore domestico²², una parte della dottrina, pur prospettando una certa neutralità delle forme organizzative rispetto ai contenuti della disciplina in rassegna²³ – salvo alcune eccezioni, che riguardano la s.r.l., la società *benefit* e la società consortile²⁴ – ha valorizzato, da una parte, l'associazione, per la sua flessibilità e per la naturale vocazione partecipativa, e, dall'altra, la cooperativa di consumo a mutualità prevalente, per l'adesione al principio mutualistico e per il criterio del voto capitario²⁵.

²⁰ Un inventario esemplificativo sul punto è offerto da L. DI CERBO, *Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, cit., p. 2750.

²¹ In ordine a tali profili si v. G. W. ROMAGNO, *Modelli costitutivi per le comunità energetiche*, cit., p. 129 ss.

²² Sul punto C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 34 s., che ha evidenziato come «[a] differenza di altri Stati membri» come ad esempio l'Austria, la Danimarca, la Francia, la Germania e la Polonia «il legislatore italiano non si è avvalso di selezionare la forma (o le forme alternative) della quale rivestire il soggetto giuridico/comunità energetica, tra quelle selezionate dal legislatore europeo», mettendo così «in ideale competizione tutte le figure tipizzate nel sistema che risultino compatibili con i presupposti, i requisiti e le condizioni di operatività» di cui alla Dir. (UE) 2018/2001 e al d. lgs. n. 199/2021.

²³ Sui criteri orientativi per la selezione dei tipi organizzativi idonei a rivestire la vicenda metaindividuale in discorso si v. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 395 s. Tramite l'applicazione di questi, l'A. ritiene che tra i «tipi plausibili rientrano [...] le forme di cooperazione non tipicamente imprenditoriali, e quindi le società cooperative ex art. 2511 c.c., come le cooperative *benefit*, in quanto non necessariamente vincolate allo scopo lucrativo e a partecipazione aperta, le cooperative di comunità, le cooperative consortili aperte anche a soggetti non imprenditori» (p. 399). Oltre a tali tipologie, l'A. ha inoltre segnalato le associazioni e le fondazioni di partecipazione, gli enti del terzo settore tra cui, in particolare, l'associazione di promozione sociale, l'impresa sociale ed il partenariato pubblico privato. Sul punto si v. inoltre M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2768 s.; G. W. ROMAGNO, *Modelli costitutivi per le comunità energetiche*, cit., p. 131 ss.

²⁴ Sul merito di tali eccezioni, per tutti, si v. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 398; E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 111 ss.; M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2768 s. In senso parzialmente opposto con riferimento alle società *benefit* si v. G. W. ROMAGNO, *Modelli costitutivi per le comunità energetiche*, cit., p. 132 s.

²⁵ In proposito si v. M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2769 s.; L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., p. 2780, il quale giustifica l'opzione cooperativa e associativa in virtù del «loro carattere necessariamente democratico». Sul punto si v. G. W. ROMAGNO, *Modelli costitutivi per le comunità energetiche*, cit., p. 142, secondo cui le tipologie organizzative in discorso appaiono «particolarmente congegnali al soddisfacimento del requisito» della c.d. «porta aperta». Lo stesso A. segnala inoltre il favore verso la scelta di tali modelli per i be-

Tuttavia, pur condividendo le soluzioni appena riportate, appare utile ampliare la gamma delle forme organizzative offrendo, in via alternativa, un'ulteriore tipologia organizzativa, che sembra adattabile:

- i) anzitutto, alla struttura operativa della comunità energetica, la quale dev'essere aperta – sia in entrata sia in uscita – e deve inoltre prevedere «condizioni di ingresso sostenibili»²⁶ volte a facilitare l'adesione dei consumatori a basso reddito e vulnerabili²⁷;
- ii) inoltre, al particolare sistema di *governance*, che deve consentire ai soggetti situati nelle vicinanze degli impianti di detenere i necessari poteri di controllo²⁸;
- iii) infine, e soprattutto, alla finalità ultraindividuale rispetto alla quale, in taluni casi, si orienta l'attività gestoria dell'ente²⁹.

Sotto quest'ultimo profilo è necessario evidenziare che l'art. 31, al comma 1°, nel delineare l'elemento teleologico dell'ente, individua due classi di beneficiari: da una parte, «i soci o membri», e, dall'altra parte, «le aree locali» nelle quali opera l'ente. A conferma di tale corollario è opportuno segnalare che nella norma in analisi non è presente un'endiadi, ma una congiunzione disgiuntiva: «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri *o* alle aree locali in cui opera». Sicché, l'interpretazione letterale del dato normativo sembra suggerire una duplice prospettiva finalistica, e segnatamente, una di tipo mutualistico, quando la comunità persegue un interesse o un vantaggio riferibile a coloro che fanno parte dell'organizzazione, ed una di tipo altruistico, quando la comunità persegue un interesse che va al di là di quello dei componenti della vicenda organizzativa³⁰.

nefici previsti dalla normativa fiscale e per i minori costi di costituzione rispetto ai modelli societari, i quali però appaiono maggiormente adatti alla «realizzazione di progetti energetici complessi».

²⁶ Cfr. L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., p. 2779.

²⁷ Cfr. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 395, che individua nella modalità di accesso dei consumatori alla comunità uno dei requisiti essenziali delle CER. Precisamente, l'A. segnala come «[l]a partecipazione debba essere aperta e volontaria, non soltanto nella prospettiva della libertà di associazione [...] ma anche nell'ottica della rimozione degli eventuali ostacoli ai sensi del comma 2 dell'art. 3 Cost.» (il corsivo è nostro). In questa prospettiva si evidenzia come, «[s]ul piano dell'ammissione [...] la comunità deve dotarsi a livello statutario di requisiti "oggettivi, trasparenti, e non discriminatori" e, specificamente, indifferenti rispetto alle condizioni di carattere reddituale o di affidabilità economico-finanziaria».

²⁸ Cfr. M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2763.

²⁹ V. V. CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, cit., p. 1192.

³⁰ Cfr. L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., p. 2780, che nella stessa prospettiva segnala come la scelta sulla società cooperativa ex art. 2511 c.c. risulti «perfettamente coerente con la finalità prevista per le comunità energetiche» quando le stesse decidono di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai propri membri». «[A]llorquando lo scopo della comunità energetica risulti eterodiretto,

È chiaro allora che in quest'ultimo caso ci troveremo di fronte ad un ente che svolge un'attività di interesse generale. In proposito, nell'ottica di corroborare questo dato ermeneutico, appare decisiva l'analisi del combinato disposto degli art. 1, comma 1°, e 2, comma 2°, lett. e) relativi alla disciplina dell'impresa sociale contenuta nel d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112³¹.

L'art. 1, in particolare, dispone che gli enti che intendono acquisire la qualifica dell'impresa sociale debbono esercitare in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Il comma 2° dell'art. 2, nell'elencare tassativamente le attività "di interesse generale", individua alla lett. e) proprio quella che compete alla comunità energetica, e cioè «la produzione, l'accumulo e la condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199» (il corsivo è nostro).

Con riferimento alle altre caratteristiche che devono rivestire le comunità energetiche rinnovabili, occorre inoltre ribadire che la selezione della forma giuridica non può prescindere dai requisiti attinenti alla struttura dell'ente, che dev'essere: i) in primo luogo, aperta e volontaria, con la sola esclusione delle imprese, per le quali la partecipazione alla comunità energetica costituisce l'attività commerciale e industriale principale (art. 31, comma 1°, lett. c)³²; ii) in secondo luogo, democratica, nel senso che dev'essere tale da garantire un potere di controllo a tutti i partecipanti (persone fisiche, PMI, autorità locali, enti di ricerca, ETS ecc.) situati nel territorio in cui sono ubicati gli impianti (art. 31, comma 1°, lett. d)).

Delineati i tratti essenziali della figura soggettiva in discorso, vorrei illustrare sinteticamente alcuni profili per i quali ritengo che lo schema organizzativo della fondazione di partecipazione³³ costituisca una valida alternativa alle forme giuridiche selezionate dalla dottrina maggioritaria.

e dunque in favore delle aree del territorio in cui questa esercita l'attività» (il corsivo è nostro), l'A. individua quale possibile opzione, la struttura associativa.

³¹ In generale, sulla disciplina dell'impresa sociale v. per tutti A. FICI, *La nuova impresa sociale*, in ID. (a cura di) *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 343 ss.; ID., *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, in ID. (a cura di) *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, cit., p. 83 ss.

³² Cfr. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 396.

³³ Sul tema delle fondazioni di partecipazione, fra i più recenti si v. D. GIURATO, *Fondazione, impresa sociale e terzo settore*, Torino, 2026, p. 55 ss.; ID., *Per una definizione (attuale) di «Fondazione»*, in *Juscivile*, 4, 2023, p. 859 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle fondazioni partecipate*, in *NGCC*, 3, 2025, p. 775 ss.; G. SICCHIERO (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, Varese, 2024; ID. (a cura di) *Le fondazioni di partecipazione*, *Giur. it.*, 2021, p. 2492 ss.; ID., *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. Impr.*, 1, 2020, p. 19 ss.; D. FAUCEGLIA, *Le fondazioni partecipate e i contratti plurilaterali*, in *Juscivile*, 2, 2022, 465 ss.

I primi studi attorno a tale tipologia organizzativa si riconducono a E. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non-profit*, Firenze-Antella, 1998, p. 61 ss.; ID. – ID., *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006. Il termine "fondazione

Muovendo dalla astratta compatibilità tra il paradigma fondazionale e la disciplina delle comunità energetiche rinnovabili³⁴, è doveroso sottolineare che queste, quando si propongono di svolgere un'attività di interesse generale, trovano nello schema della fondazione un modello capace di garantire in perpetuo la destinazione del patrimonio verso lo scopo fissato nelle tavole statutarie. Tramite il ricorso alla fondazione, infatti, il patrimonio di dotazione dell'ente e i risultati dell'attività imprenditoriale risultano stabilmente vincolati al raggiungimento del beneficio ambientale, economico e sociale cui l'ente è preposto. L'indisponibilità dell'elemento patrimoniale (da parte della componente personale dell'ente) costituisce, allora, un criterio decisivo nella selezione del paradigma fondazionale rispetto alle altre forme organizzative opzionabili dal soggetto promotore, considerata la sua idoneità a ricomprendere anche gli eventuali incentivi corrisposti dal GSE, così come i possibili aiuti fiscali correlati all'assunzione della qualifica di impresa sociale, risultando anch'essi stabilmente vincolati al raggiungimento dello scopo statutario.

di partecipazione" si riconduce, infatti, al notaio Enrico Bellezza, come riferisce A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in *Fondazioni di Partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006 (Supplemento al N. 2/2007)*, consultabile online al sito <https://elibrary.fondazionenotariato.it>, che individua con tale espressione l'ente fondazionale che assume una struttura corporativa. Si tratta quindi, come rileva G. SICCHIERO, *Fondazioni di partecipazione ed organi partecipativi*, in ID. (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 57, di una «nozione di recente introduzione nel diritto privato ma di rapidissima espansione nella prassi, sebbene [...] una fondazione munita di assemblea con compiti specifici era già la Luigi Einaudi, costituita nel 1962 (ed oggi ETS)».

Sulle ragioni che hanno dato origine alla fondazione di partecipazione, oltre ai contributi sopracitati, si v. in particolare M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di Partecipazione, Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006 (Supplemento al N. 2/2007)*, consultabile online al sito <https://elibrary.fondazionenotariato.it>; ma anche V. M. CAVANNA, *Le fondazioni di partecipazione: "modello" atipico a struttura tipica*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 3, 2020, p. 289, che osserva come «[I]a fondazione di partecipazione nasce da un'esigenza operativa, quella di vivificare lo schema organizzativo della fondazione arricchendolo con l'introduzione di elementi propri del diverso schema associativo: esigenza che sul piano formale si traduce nell'elaborazione di un nuovo modello negoziale, che non è (non era fino a ieri) conosciuto dalla legge sono in relazione a fattispecie particolari, ma piuttosto emerge nella prassi attraverso l'adozione di una pluralità di elementi di comune ricorrenza tutti tendenti a munire la fondazione di una struttura corporativa».

³⁴ Astratta compatibilità che deriva, come dimostra anche la prassi recente [in proposito si v. in particolare gli statuti delle CER che hanno adottato lo schema fondazionale, come la "Fondazione CER Italia", la "Fondazione Flanderm Italia E.T.S.", la "Fondazione La tua C.E.R.", la "Fondazione Sinergia CER"], dall'idoneità dello schema fondazionale a recepire i contenuti ontologici delle comunità energetiche. In questa prospettiva, per tutti si v. M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2270, secondo la quale la scelta del modello della fondazione di partecipazione rappresenta «una soluzione che ben si presta la costituzione di una CER, essendo caratterizzata dalla pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa, dal principio di partecipazione attiva alla gestione dell'ente ed anche alla formazione progressiva del patrimonio, rispetto alla sua dotazione iniziale». Rispetto ai suddetti profili si v. inoltre C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, cit., p. 399; G. W. ROMAGNO, *Modelli costitutivi per le comunità energetiche*, cit., p. 138.

Vincolata è altresì la componente gestionale dell'ente, alla quale è preclusa ogni decisione contraria alle tavole fondazionali, specie con riguardo all'elemento finalistico della fondazione che, come detto, risulta sottratto alla disponibilità del consiglio di amministrazione oltre che dell'organo assembleare. Ciò che caratterizza la fondazione rispetto alle altre vicende metaindividuali è proprio la dinamicità del vincolo di destinazione, che è in grado di assorbire l'intera realtà organizzativa³⁵. A garantire la (tendenziale) immutabilità e perpetuità del programma fondazionale provvede l'autorità governativa (art. 25, 26, 28 c.c.), alla quale compete il potere di preservare i contenuti dell'atto fondativo attraverso il controllo sull'attività degli organi dell'ente, che restano, così, subordinati allo scopo designato dal fondatore³⁶. Ciò non accade nell'ambito delle persone giuridiche di tipo corporativo. In queste, infatti, la realizzazione dell'elemento teleologico e la direzione della vita dell'ente – ivi compresa la possibilità di modificare lo scopo iniziale – compete direttamente ai membri dell'organizzazione³⁷.

³⁵ Sul punto si v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli 1995, spec. p. 6 s. e 83 s., secondo il quale il vincolo di destinazione «si coglie» appunto «non in ragione d'una qualificazione *statica*», e dunque meramente sulla dotazione patrimoniale iniziale «come è implicita nel nesso patrimonio-scopo», «ma essenzialmente sul piano *dinamico* perché lo scopo» designato nell'atto fondativo «imprime una tensione e conforma l'attività verso il conseguimento d'un risultato» (il corsivo è dell'A.).

³⁶ Agli organi della fondazione è infatti preclusa la facoltà di disattendere i *desiderata* contenuti nelle tavole fondazionali. Tale fattispecie si verifica anche quando la fondazione preveda dei programmi istituzionali più articolati rispetto al tradizionale paradigma codicistico – e, dunque, anche in quelle fondazioni dotate di modelli di *governance* che prevedono il coinvolgimento della persona del fondatore, ovvero la necessaria presenza dell'organo assembleare – poiché l'attività gestionale dell'ente, così come quella di controllo, è subordinata (esclusivamente) al raggiungimento dello scopo prefissato dal fondatore nell'atto istitutivo. In questo senso si v. E. DEL PRATO, *Sulle fondazioni partecipate*, cit., p. 778, che ha osservato come «[l]a struttura della fondazione non consente di configurare un organo sovrano al pari dell'assemblea nelle associazioni, sicché, ove si ravvisasse effettivamente un tale organo in ragione delle funzioni attribuitegli circa la disponibilità dello scopo e la perdurante esistenza dell'ente, questo andrebbe qualificato, nonostante la denominazione formale, come associazione, perché la sostanza del fenomeno esula dai limiti cogenti del tipo negoziale corrispondente alla fondazione».

³⁷ Nelle istituzioni di tipo corporativo, l'assemblea assume una posizione «sovrana» sul piano del controllo e della gestione dell'ente. Gli associati e i soci danno vita a tale iniziativa per perseguire uno scopo comune, che può mutare in ragione di una maggioranza assembleare. In queste entità vi è, infatti, una coincidenza diretta tra lo scopo dell'ente e i loro interessi. Nelle fondazioni, invece, lo scopo è alieno ed esterno rispetto a quello dei componenti degli organi sociali (ivi compreso lo stesso fondatore), ed è per tale ragione che l'attività di detti organi – considerati come «serventi» rispetto allo scopo statutario – è sottoposta all'egida dell'autorità governativa. In ordine a questi aspetti *ex multis* si v. F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, II ed. con note di F. Ferrara Jr., Torino 1956, p. 128 s.; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1975, p. 301; D. VITTORIA, *Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Padova 1989, p. 50 ss. spec. p. 65; S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. Impr.*, 1993, p. 7; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli 1995, p. 102; G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione*, in *Juscivile*, 6, 2017, p. 494.

Oltre all'impossibilità di trasformare il primigenio scopo istitutivo – salvo che non si verifichino le condizioni di cui all'art. 28 c.c. – è utile evidenziare anche come attraverso il modello organizzativo prescelto – e ciò a causa della natura aliena ed esterna degli interessi dei membri della fondazione rispetto a quelli designati nelle tavole fondazionali – potrebbero essere evitati i conflitti di interesse suscettibili di manifestarsi allorquando la comunità energetica stipuli un contratto di godimento³⁸ (ad es. un noleggio operativo) avente ad oggetto un impianto che produce energia rinnovabile appartenente ad uno dei suoi membri.

Riservo una breve considerazione finale alla *governance* democratica e alla struttura partecipativa che deve obbligatoriamente assumere la comunità energetica. In questa prospettiva è utile evidenziare che lo statuto della fondazione di partecipazione, grazie alla sua acclarata elasticità, è perfettamente adattabile ai requisiti partecipativi e di controllo richiesti dalla normativa comunitaria³⁹.

Rinviando a quanto ho cercato di chiarire sinora, lo schema fondazionale credo possa costituire una valida alternativa alle forme organizzative selezionate dalla dottrina, soprattutto nei casi in cui la comunità energetica aspiri ad assumere la qualifica di ETS svolgendo un'attività di interesse generale.

³⁸ Per ulteriori approfondimenti sui contratti di godimento stipulabili dalle CER si v. F. BARTOLINI, *I contratti di godimento per lo sviluppo delle comunità energetiche*, in *Giur. It.*, 2023, p. 2274.

³⁹ Tanto è vero che «il primo embrione di ente con organizzazione *multistakeholder*» appartiene alle fondazioni bancarie [si v. l'art. 4 comma I lett. c) del d. lgs. 153/1999], come ha evidenziato M. CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*, Padova, 2005, p. 211.

Abstract [Ita]

Fra gli strumenti normativi volti a incentivare la transizione energetica europea ha assunto particolare rilievo la comunità energetica rinnovabile, ossia la tipologia più avanzata di autoconsumo che consente al consumatore di assumere un ruolo attivo all'interno della filiera energetica. Poiché né la Direttiva (UE) 2018/2001 né il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 hanno individuato la forma organizzativa più idonea a garantire i benefici ambientali, economici e sociali perseguiti da questo autonomo soggetto, si rende necessaria una riflessione sulla scelta del modello giuridico più appropriato.

In questo contesto, il presente lavoro propone di approfondire la fondazione di partecipazione come possibile soluzione, evidenziandone la particolare idoneità a perseguire gli obiettivi delle comunità energetiche.

Parole chiave: comunità energetiche rinnovabili; transizione energetica; autoconsumo; fondazione di partecipazione; impresa sociale.

Abstract [Eng]

Among the regulatory instruments aimed at fostering the European energy transition, renewable energy communities have acquired particular relevance, as the most advanced form of self-consumption enabling consumers to assume an active role within the energy supply chain. Since neither Directive (EU) 2018/2001 nor Legislative Decree 8 November 2021, no. 199 have identified the organisational form best suited to guarantee the environmental, economic and social benefits pursued by this autonomous legal entity, a reflection on the choice of the most appropriate legal model is required.

In this context, the present paper seeks to examine the participatory foundation as a possible solution, highlighting its particular suitability for pursuing the objectives of energy communities.

Keywords: renewable energy communities; energy transition; self-consumption; participatory foundation; social enterprise.

I magazzini generali alla luce della Legge Modello UNCITRAL/UNIDROIT “on warehouse receipts”

Anna Maria Mancaleoni

Sommario: 1. Corsi e ricorsi. – 2. I precedenti: dai *warrants* dei *docks* alle fedi di deposito e alle note di pegno dei magazzini generali. – 3. La Legge Modello UNCITRAL/UNIDROIT *on warehouse receipts*: premesse e finalità. – 3.1. Ambito di applicazione e struttura. – 3.2. Sintesi dei contenuti. – 3.3. Circolazione dei *warehouse receipts* e tutela dei *protected holders*. – 3.4. I *pledge bonds*. – 4. La complessità dell’armonizzazione nell’interazione tra disciplina dei titoli, disciplina delle garanzie mobiliari e fattori extragiuridici.

1. Corsi e ricorsi

Gli artt. 1786-1797¹ del nostro codice civile sono dedicati alla disciplina dei magazzini generali e dei titoli che questi possono emettere su richiesta

¹ Sezione III (“Del deposito nei magazzini generali”), Capo XII (“Del deposito”), Titolo III (“Dei singoli contratti”) del Libro IV. V. le voci enciclopediche di: T. ASCARELLI, *Magazzini generali*, in *Enc. It.*, XXI, 1934, p. 867 ss.; V. ANGELONI, *Magazzini generali*, in *Nov.mo Dig. It.*, X, Torino, 1964, pp. 5-24; G. BOZZI, *Magazzini generali*, in *Enc. Diritto*, XXV, Milano, 1975, pp. 142-164; A. PISANI MASSAMORMILE, *Magazzini generali*, in *Dig. priv., sez. comm.*, IX, Torino, 1993, pp. 184-196; M. RESCIGNO, *Fede di deposito*, in *Dig. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 31 ss.; R. LENER, *Nota di pegno*, *ivi*, 1994. Per maggiori approfondimenti: G. ZUDDAS, *Il deposito in albergo e nei magazzini generali*, Torino, 2006, pp. 213-239; A. SCALISI, *Il contratto di deposito. Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali*, in *Commentario al codice civile* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, pp. 363-466; F. MASTROPAOLO - P. DE VECCHIS - E.M. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, Torino, 2006, pp. 1327-1338; M. IRRERA, *I magazzini generali e il contratto di deposito delle merci*, in *Trattato Galgano*, XVI, Padova, 1991, pp. 867-893. Andando a ritroso v. N. GARRONE, *Magazzini generali o monti di pegni?*, in *Rassegna economica del Banco di Napoli*, XXIII, 1959, 3, pp. 39-424; A. DE MAJO, *Fede di deposito e nota di pegno*, Milano, 1957; Ministero dell’Industria e del commercio, Direzione generale del commercio, *I magazzini generali in Italia*, Roma, 1957; G.A. MICHELI, *Problemi della riforma della legislazione sui magazzini generali*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 1956, I, pp. 105-112; A. FIORENTINO, *Del deposito in magazzini generali*, *Commentario Scialoja-Branca, Delle obbligazioni*, artt. 1754-1860, Bologna-Roma, 1956, pp. 111-136; G. MENGHINI, *I magazzini generali e il finanziamento delle merci*, Napoli, 1955; M. BERNARDO, *I magazzini generali in Italia*, Venezia, 1953; T. GARRONE, *In tema di riforma dei magazzini generali*, Roma, 1953; A.

del depositante, i.e. la fede di deposito e la nota di pegno. Alla disciplina codicistica si affianca la legislazione speciale, concernente in larga parte i profili pubblicistici inerenti al soggetto esercente i magazzini generali e allo svolgimento della sua attività².

Le disposizioni del codice civile riguardano, nell'ordine: alcuni diritti e doveri del depositante e del depositario (artt. 1787-1789), tra i quali intercorre un rapporto di deposito che è soggetto, salve alcune deroghe, alla disciplina generale del deposito (art. 1766 e ss. cod.civ.); la fede di deposito e la nota di pegno, di cui vengono indicati i requisiti (art. 1790, "Fede di deposito"; 1791, "Nota di pegno"), le regole di circolazione (art. 1792, "Intestazione e circolazione dei titoli"; art. 1794, "Prima girata della nota di pegno") e i diritti che attribuiscono (art. 1793, "Diritti del possessore"; art. 1795, "Diritti del possessore della sola fede di deposito"; art. 1796, "Diritti del possessore della nota di pegno insoddisfatto"), le azioni nei confronti di giranti nel caso di mancato recupero del credito (art. 1797, "Azione nei confronti dei giranti").

La fede di deposito ha la funzione di trasferire la disponibilità della merce³; la nota di pegno ha la funzione di costituire un pegno sulla merce depositata. Il magazzino generale può consegnare la merce esclusivamente al possessore dei due titoli congiunti, qualora non vi sia stato distacco della nota di pegno, o al possessore della fede di deposito che abbia provveduto ad estinguere il debito garantito dalla nota di pegno, in caso di avvenuto distacco.

La fede di deposito rientra, insieme con la lettera di vettura e con la ricevuta di carico (vedi art. 1684 cod.civ.), tra i titoli rappresentativi delle merci, e, pertanto, attribuisce al possessore il diritto alla consegna delle merci che sono in essa specificate, il possesso delle medesime e il potere di disporne

ASSANTE, *I magazzini generali nella economia, nel diritto e nella pratica mercantile*, Napoli, 1938; G. NAPOLITANO, *I magazzini generali in regime corporativo*, Roma, 1931; C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, Milano-Napoli-Roma, 1922, pp. 553-625; F. CARTECHINI, *I magazzini generali, i punti franchi e i silos*, Torino 1920; U. NAVARRINI, *I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni*, Torino, 1901; F. HECHT, *La fede di deposito e la nota di pegno*, trad. it. a cura di Iannacone, in *Biblioteca dell'economista*, Serie IV, Torino, 1899, Vol. II, P. II, pp. 81-198; L. BOGNIER, *Riforme alla legge ed al regolamento dei magazzini generali, Osservazioni e proposte*, Torino, Febbraio 1880; E. VIDARI, *I magazzini generali secondo la legislazione italiana e le leggi straniere*, Milano-Napoli, 1876. In chiave storica, v. G. STEMPERINI, *I magazzini generali di Roma: dai progetti ottocenteschi al declino*, in *Roma contemporanea*, XX, 2012, 1, pp. 65-109; S. POTITO, *Nuovi orizzonti commerciali nella Napoli postunitaria: la nascita dei magazzini generali*, in *Storia economica*, XIV, 2011, n. 1, pp. 131-153.

² R.D.L. 1° luglio 1926, n. 2290, "Ordinamento dei magazzini generali", convertito, con modificazioni, nella Legge 9 giugno 1927, n. 1158, e successive modifiche. V. A. PISANI MASAMORMILE, *Magazzini generali*, cit., p. 184, osservando preliminarmente come il momento privatistico e quello pubblicistico si condizionino reciprocamente e le relative discipline si sovrappongano senza adeguato coordinamento.

³ Il possessore della fede di deposito ha anche il diritto di richiedere al magazzino generale che le cose depositate siano divise in più partite e che per ognuna di queste sia rilasciata una fede di deposito distinta (art. 1793 cod.civ., co. 1).

mediante trasferimento del titolo (art. 1996 cod.civ.)⁴. Anche la nota di pegno è considerata titolo rappresentativo della merce, pur se finalizzato a costituire una garanzia (reale) sulla merce depositata⁵. Entrambi i titoli possono essere intestati a nome del depositante o di un terzo da questi designato e sono trasferibili mediante girata, sia congiuntamente, sia separatamente (art. 1792, "Intestazione e circolazione dei diritti"); pertanto, ad essi sono applicabili i principi sulla girata dei titoli di credito, salve esplicite deroghe.

Su richiesta del depositante o del possessore, i due titoli vengono emessi congiuntamente, mediante distacco da un unico registro a matrice, da conservarsi presso il magazzino (art. 1791 cod.civ.). Qualora l'emissione dei titoli non abbia luogo, i regolamenti dei magazzini generali possono prevedere che la consegna liberatoria delle merci avvenga in favore di chi esibisca la ricevuta dell'avvenuto deposito, che assume diverse denominazioni (bollettino d'entrata, ricevuta, scontrino)⁶.

Il depositante, o un successivo giratario dei due titoli emessi congiuntamente, può distaccare la nota di pegno dalla fede di deposito e girarla ad un terzo creditore (e così, nella sostanza, emettere il titolo); a partire da questo momento, i due titoli circolano autonomamente. La prima girata della nota di pegno deve indicare l'ammontare del credito e degli interessi e la scadenza; la girata corredata di tali indicazioni deve essere riportata sulla fede di deposito (art. 1794 cod.civ., "Prima girata della nota di pegno")⁷.

Pertanto, in Italia, e così negli altri ordinamenti che utilizzano il sistema c.d. del doppio titolo, i due titoli (come variamente denominati) possono circolare congiuntamente o separatamente⁸. In sintesi, nel primo caso (circola-

⁴ L'efficacia rappresentativa riguarda la situazione possessoria, in quanto il titolo surroga la circolazione materiale della merce, ma non riguarda la proprietà delle merci, che si trasferisce con lo scambio dei consensi, rispetto al quale il trasferimento del titolo non è che l'esecuzione dell'obbligazione di consegnare le cose gravante sull'alienante. Tra i tanti G. ZUDDAS, *Il deposito in albergo e nei magazzini generali*, cit., p. 214 ss.; A. FIORENTINO, *Del deposito in magazzini generali*, cit., p. 121; C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, cit., p. 597. Del resto non è necessario, nel momento del deposito della merce presso il magazzino generale, che il depositante dimostri la proprietà della merce depositata.

⁵ V. tra i tanti R. LENER, *Nota di pegno*, cit., § 4; G. ZUDDAS, *Il deposito in albergo e nei magazzini generali*, cit., p. 225.

⁶ Se il regolamento nulla preveda, tale documento non può dare diritto, da solo, alla restituzione: per assicurarsi l'effetto liberatorio il magazzino generale deve accertarsi che colui che vuole ritirare la merce sia il depositante, o chi da questi delegato, e procedere all'identificazione dell'esibitore del documento, che è qualificabile come contrassegno di legittimazione. V. per tutti A. PISANI MASSAMORMILE, *Magazzini generali*, cit., § 9; A. FIORENTINO, *Del deposito in magazzini generali*, cit., p. 114 s.

⁷ In verità la "prima girata" qui equivale all'emissione della nota di pegno mediante distacco dalla fede di deposito.

⁸ Il sistema può essere anche "misto": in tal caso il depositante può scegliere tra due o tre tipi legali di documento, a seconda della convenienza: v. P. ABBADESSA, *Note sulla doppia circolazione dei titoli di deposito*, cit., p. 308 e nota 7, per riferimenti specifici. Inoltre, così come la Francia, altri ordinamenti sono passati dal titolo unico al doppio titolo: v. F. CARTECHINI, *I magazzini generali, i punti franchi e i silos*, cit., p. 227 ss.

zione congiunta) il depositante può disporre dei beni rappresentati trasferendo contestualmente al medesimo soggetto entrambi i titoli. Qualora, invece, il depositante voglia ottenere un prestito senza con ciò privarsi della possibilità di vendere la merce (sia pure ad un prezzo inferiore rispetto a quello che avrebbe potuto ottenere se il bene non fosse stato gravato da garanzia), può trasferire in garanzia al creditore la nota di pegno separata dalla fede di deposito (circolazione disgiunta); quindi, può vendere la merce tramite la fede di deposito: in tal caso l'acquirente potrà acquisire la merce depositata presso il magazzino generale dietro pagamento della somma di denaro garantita dalla nota di pegno. Il magazzino generale – quale detentore della merce oggetto di pegno nel comune interesse dei possessori dei due titoli – può consegnare la merce depositata al possessore della fede di deposito soltanto a condizione che quest'ultimo paghi la somma indicata nella nota di pegno.

Qualora, alla scadenza, il debito non venga onorato, il possessore della nota di pegno – previo protesto a norma della legge cambiaria (art. 1796 cod.civ., “Diritti del possessore della nota di pegno insoddisfatto”) – può far vendere la merce depositata e soddisfarsi sul ricavato della vendita (dedotto quanto spettante ai magazzini generali a titolo di costi e spese per il deposito); nel caso rimanga ancora insoddisfatto, può esercitare le azioni disponibili nei confronti dei giranti (alle condizioni e nei termini di cui all'art. 1797 cod.civ., “Azione nei confronti dei giranti”).

Anche negli ordinamenti in cui, diversamente dall'Italia, il titolo rappresentativo delle merci è unico, la merce può essere trasferita e data in garanzia, ma non è possibile trasferire la disponibilità del bene e costituire una garanzia a copertura di un finanziamento parallelamente, mediante il documento: questo, essendo unico, può essere “speso” soltanto una volta, per una o l'altra finalità.

Gli istituti in considerazione trovano il primo precedente nel diritto inglese, e segnatamente nella *lex mercatoria* sviluppatasi a partire dal XVII secolo, con l'apertura delle grandi rotte commerciali verso Oriente; sono stati poi ‘imitati’ dagli altri ordinamenti di *civil law*, tra cui la Francia e, per il tramite di quest'ultima, l'Italia.

In Francia e in Italia (e, in generale, negli ordinamenti di *civil law*) sono rinvenibili regole specifiche nei codici (civile e/o commerciale) e nella legislazione speciale; in Inghilterra, invece, il *common law* regna ancora pressoché sovrano (mentre negli Stati Uniti la legislazione è intervenuta a più riprese⁹). Nell'ultimo periodo si constata la tendenza a regolamentare i magazzini gene-

⁹ Negli Stati Uniti la disciplina deriva dall'interazione tra il diritto federale (in origine lo *Uniform Warehouse Receipts Act* del 1922, su cui v. B. MOHUN, *The effect of the Uniform Warehouse Receipts Act*, in *Columbia Law Review*, Vol. 13, 1913, n. 3, pp. 202-212, poi abrogato e “riassorbito” nella Section 7 UCC, introdotta nel 2003; e, con specifico riferimento ai prodotti agricoli, lo *US Warehouse Act*, sui quali v. D.L. KERSHEN, *Comparing the United States Warehouse Act and U.C.C. Article 7*, in *Creighton Law Review*, Vol. 27, 1994, pp. 735-772; oltre all'Article 9 UCC per quanto riguarda i profili inerenti all'opponibilità della garanzia) e il diritto statale.

rali e i loro titoli negli ordinamenti dell'Europa orientale, negli ordinamenti che non sono di 'tradizione occidentale' e/o in quelli 'in via di sviluppo' (e quindi anche nell'Africa e nell'Asia)¹⁰. Ovunque, alle regole specifiche si affiancano quelle generali concernenti i diversi istituti rilevanti (deposito, vendita, titoli di credito, pegno).

In tempi recenti, in conseguenza dello sviluppo tecnologico e del conseguente adattamento del quadro giuridico, i titoli possono essere emessi e circolare anche in forma elettronica.

Nel 2024 l'UNCITRAL e l'UNIDROIT – vale a dire due tra le più importanti organizzazioni internazionali operanti per lo sviluppo del commercio internazionale – hanno elaborato, con il coinvolgimento degli *stakeholders*, e approvato congiuntamente una Legge modello sui “warehouse receipts” (“UNCITRAL – UNIDROIT Model Law on Warehouse Receipts”; “Loi type CNUDCI-UNIDROIT sur les récépissés d'entrepôt”)¹¹.

Nella Legge Modello il “warehouse receipt” (“ricevuta di magazzino”, secondo Nostra traduzione) è un documento in forma cartacea o elettronica emesso e firmato da un “warehouse operator” (“operatore di magazzino”, “entrepoteur”) mediante il quale quest'ultimo riconosce di detenere (“to hold”, “détenir”) i beni indicati nel documento per conto del possessore (“holder”; “porteur”) del documento e promette di consegnare i beni a quest'ultimo (art. 1). Il *warehouse receipt* può essere negoziabile o non negoziabile (art. 2, par. 4): se è negoziabile, è emesso all'ordine di una data persona o al portatore, se è non negoziabile è emesso esclusivamente all'ordine di una data persona.

¹⁰ Con riferimento all'Europa orientale e all'Asia centrale cfr. il *Working Paper* del FAO Investment Center, *The use of warehouse receipt finance in agriculture in transition countries*, 2009; P. WEHLING - B. GARTHWAITE, *Designing warehouse receipt legislation. Regulatory options and recent trends*, FAO, Rome, 2015.

¹¹ Sull'iter e la metodologia v. i §§ 12-24 della “Guide to enactment” alla Legge Modello e la documentazione reperibile sui siti UNIDROIT e UNCITRAL; v. inoltre D. NEO, *Drafting a Model Law on warehouse receipts*, in B. Kohler - R. Gulati - T. John (eds), *The Elgar Companion to UNIDROIT*, Cheltenham, 2024, p. 442 ss.; M. DUBOVEC - A. ELIAS, *A proposal for UNCITRAL to develop a Model Law on Warehouse Receipts*, in (22) *Uniform Law Review*, 2017, p. 716 ss. Dal punto di vista dell'Unidroit la Legge Modello si inquadra nelle aree tematiche “Sviluppo agricolo e diritto privato” e “Accesso al credito”; nello stesso ambito v. la *Legal Guide on Contract Farming* (2015), la *Legal Guide su Investment contracts in agricultural land* (2021), il progetto *Legal structure of agricultural enterprises* (CLSAE), derivante dalla partnership fra UNIDROIT, FAO e IFAD (*International Fund for Agricultural Development*). L'interesse per i *warehouse receipts*, e l'auspicio di una disciplina uniforme, è condiviso anche dalle altre organizzazioni e istituzioni internazionali operanti nelle aree dello sviluppo sostenibile e/o dell'accesso al credito, quali la FAO, la Banca Europea per la ricostruzione e lo sviluppo e la Banca europea per gli investimenti, che, a partire dagli anni duemila, hanno avviato studi ed iniziative in materia di *warehouse receipts*, nei quali si rinvengono informazioni sullo *status quo* e indicazioni, anche in termini operativi, sulle modalità di valutazione e attuazione di una del diritto interno; si vedano: FAO, *Working Paper, The use of warehouse receipt finance in agriculture in transition countries*, cit.; *Designing warehouse receipt legislation: Regulatory options and recent trend*, cit.; World Bank, *A guide to warehouse receipt financing reform*, 2016.

La Legge Modello è stata concepita per i paesi ‘in via di sviluppo’¹²: sul presupposto che, nell'immediato futuro, tali paesi saranno chiamati a soddisfare la domanda di prodotti agricoli proveniente da una popolazione mondiale in continuo aumento¹³, si vuole mettere a loro disposizione, nell'interesse di tutti, una disciplina di riferimento capace di incentivare la produzione e lo scambio dei prodotti agricoli. La Legge Modello, pertanto, non è indirizzata agli Stati di ‘tradizione occidentale’, ma, piuttosto, ha attinto – come meglio si vedrà – dall'esperienza di questi ultimi.

Sarà di seguito sinteticamente illustrata la Legge Modello sui *warehouse receipts*, previo excursus sulle origini storiche dei magazzini generali negli ordinamenti che hanno costituito un precedente per quello italiano, per poi collocarla nel più ampio quadro di riferimento sovranazionale e comparato.

¹² Lo studio *Designing warehouse receipt legislation*, cit., fa ampi riferimenti al quadro giuridico presente in numerosi paesi in via di sviluppo, situati nel continente africano, in Asia, America del sud e nell'est europeo, alcuni dei quali hanno introdotto una disciplina in tempi più recenti: “...Gli Stati Uniti d'America e molti paesi dell'America Latina e dell'Europa occidentale dispongono di sistemi di finanziamento delle ricevute di magazzino consolidati, basati su normative introdotte all'inizio del XX secolo o prima. Anche alcuni paesi asiatici come Cina, Vietnam e Filippine dispongono di sistemi legali consolidati per l'immagazzinamento. Nell'Europa orientale e in Asia centrale, numerosi paesi hanno introdotto o riformato la legislazione sulle ricevute di deposito a partire dagli anni '90, come Bulgaria, Kazakistan, Ungheria e Turchia. Nell'Africa orientale e meridionale, negli ultimi due decenni, sono state avviate numerose iniziative per promuovere le ricevute di deposito. Legislazioni di supporto sono state emanate, tra gli altri, in Tanzania, Uganda, Zambia ed Etiopia. Tuttavia, in molti paesi in via di sviluppo e in transizione, l'uso delle ricevute di deposito rimane limitato; uno dei principali vincoli è la mancanza di un adeguato quadro giuridico di supporto. Ad esempio, diversi paesi nei Balcani, in Asia centrale e nel Caucaso non dispongono di una legislazione moderna in materia di deposito” (p. XIII, traduzione nostra). Nella parte III dello studio viene schematizzato il quadro giuridico di Argentina, Brasile, Francia, India, Indonesia, Kazakistan, Filippine, Tanzania, Turchia, Uganda, Ucraina, Stati Uniti. V. anche lo studio promosso da FAO e *European Bank for Reconstruction and Development*, *Designing warehouse receipt legislation*, cit., per riferimenti al quadro normativo in Argentina, Brasile, Francia, India, Indonesia, Kazakistan, Filippine, Tanzania, Turchia, Uganda, Ucraina, Stati Uniti; lo studio della FAO, *The use of warehouse receipt finance in agriculture in transition countries*, cit., per riferimenti sintetici a Stati, perlopiù dell'Europa orientale e dell'Asia centrale, ma anche ad Africa e Filippine. Sull'Africa v. T. BOLSHOVA, *Warehouse receipt law reform in Africa: OHADA as a case study*, Aston University, Tesi di dottorato, settembre 2024; sull'India R. LAXMAN - B. PRABHU, *Negotiable warehouse receipt: an effective instrument for agriledge-financing*, in *EPRA International Journal of Agriculture and Rural Economic Research*, (13) 2025, n. 1.

¹³ Nella bozza della Guida Unidroit, facendo riferimento ai dati rinvenuti nel report della FAO, *How to feed the world in 2050, Executive summary paper*, 2009 (www.fao.org/fileadmin/templates/wsfs/docs/Issues_papers/HLEF2050_Global_Agriculture.pdf), si afferma che l'introduzione di una disciplina sarà particolarmente utile specialmente nei paesi in via di sviluppo dell'Africa, dal momento che si stima che la produzione di cibo dovrà aumentare di circa il 70% entro il 2050, per soddisfare una popolazione mondiale di 9.1 miliardi di persone.

2. I precedenti: dai warrants dei docks alle fedi di deposito e alle note di pegno dei magazzini generali

Agli albori della sua storia, il magazzino generale è un locale in funzione di mero deposito delle merci, e quindi idoneo alla loro conservazione: è il caso dei *sylos* greci e degli *horrea* romani, pubblici o privati, e, successivamente, dei fondachi, magazeni o dogane medioevali¹⁴. Soltanto in epoca più recente i magazzini generali acquistarono le funzioni che gli sono tuttora proprie e che ne giustificano la peculiare disciplina, quali sono le seguenti: custodia e conservazione delle merci, emissione di speciali titoli di commercio, vendita volontaria o forzata delle cose depositate¹⁵.

Se l'Italia, come già evidenziato, ha mutuato la disciplina dalla Francia, quest'ultima ha seguito l'esempio inglese.

In Inghilterra i "warrants" nacquero nel contesto della prassi commerciale sviluppatasi dagli inizi del XVIII secolo attorno ai "docks", i.e. moli e adiacenti banchine, con inclusi ampi locali adibiti al deposito, nelle quali si svolgevano le operazioni accessorie al carico e scarico delle merci e alla loro custodia, per il tramite delle compagnie addette.

I *warrants* più diffusi nella prassi di allora erano i *warrants* "ordinary", che consentivano al portatore di ottenere la consegna dei beni senza necessità di presentare ulteriore documentazione; e i *warrants* con "weight note", a cui era collegato un documento (la *weight note*, riportante le stesse indicazioni presenti nel *warrant*): l'acquirente acquistava il possesso della *weight note* dietro pagamento di una somma, ma aveva diritto alla consegna del *warrant* soltanto dopo aver pagato, entro il termine previsto, la differenza tra quanto già versato e il valore residuo della merce; una volta sopraggiunta la scadenza, la *weight note* perdeva efficacia. Nella prassi successiva si affermarono i "prime" *warrants*, emessi su richiesta dell'importatore, per l'intero o parte di un carico di beni, e utilizzati per ottenere delle anticipazioni dalle banche o da altri finanziatori (ed anche da chi già possedesse una polizza di carico sugli

¹⁴ Il rapporto tra proprietario delle merci e proprietario del magazzino si presentava come contratto di locazione dei locali; con la consegna delle chiavi del locale al proprietario delle merci che, con il trasferimento della chiave al creditore, poteva costituire in pegno le merci depositate nei locali: v. NAVARRINI, *I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni*, cit., pp. 20, 11-33, per un ampio excursus sull'epoca antica e medioevale; sullo sfondo dei magazzini in epoca medioevale è ambientata anche una novella del Decamerone ricordata da Walter Bigiavi nella Rivista trimestrale (*Boccaccio e i magazzini generali*, in *Riv. Trim.*, 1947, p. 189 s.).

¹⁵ Sono le funzioni richiamate anche nella nostra disciplina interna, sul punto rimasta invariata: v. art. 1, R.D.L. 1° luglio 1926, n. 2290: "I Magazzini generali hanno per oggetto: 1. di provvedere alla custodia e alla conservazione delle merci e derrate, sia nazionali che estere, di qualsivoglia provenienza o destinazione, che vi sono depositate; 2. di rilasciare, ai depositanti che ne facciano espressa richiesta, speciali titoli di commercio col nome di fede di deposito e nota di pegno; 3. di provvedere alla vendita volontaria o forzata ai pubblici incanti delle cose depositate a norma del Codice di commercio".

stessi beni, dal momento che, soprattutto originariamente, i *warrants* offrivano al creditore garanzie maggiori rispetto a quelle offerte dai *bills of lading*)¹⁶.

A partire dai *docks* di Londra e Liverpool, il sistema si diffuse nei diversi scali portuali, guadagnando la fiducia presso il pubblico in generale anche grazie alla professionalità e all'integrità nella gestione delle operazioni dimostrata dalla Compagnie delle Indie e successivamente dai Docks¹⁷.

La natura giuridica dei *warrants* costituì terreno di scontro tra la comunità mercantile e i giudici, fino a quando si affermò il principio che è tuttora vigente nel *common law*¹⁸: i documenti in considerazione non valgono, di per sé, a trasferire il possesso o la proprietà dei beni a favore di chi abbia il possesso materiale del documento, essendo a tal fine necessario un ulteriore atto (c.d. "attornment") da parte del magazzino generale depositario nei confronti del possessore del documento che riconosca il diritto di quest'ultimo; prima di tale atto, l'*holder* del *warrant* si trova esposto alle eventuali pretese avanzate da terzi (cosicché l'affare potrebbe risultare troppo rischioso e quindi non conveniente).

Si constata che nelle moderne trattazioni di diritto commerciale inglese lo spazio dedicato ai *warehouse receipts* è limitato. "Warrants" e "warehouse

¹⁶ Vi erano, inoltre, i *warrants* con "gauge note", simili per scopo ai *warrants* con *weight notes*, ma utilizzati per i prodotti alcolici; i *warrants* con "lot note", simili ai precedenti, ma utilizzati per beni non sono soggetti a misurazione per unità di misura (quali, per esempio: articoli di porcellana, tessuti di cotone, seta, scialli): v. J. ELLA, *Warrants for goods: their use and abuse; being a brief explanation of the present system of warrants, and the imperfect security it affords*, London, 1856, pp. 8-12, e *passim*, per una descrizione critica della prassi commerciale risalente. Più in generale, per comprendere lo sviluppo storico di *docks* e *warehouses*, v. J.R. McCULLOCK, *A dictionary, practical, theoretical and historical of commerce and commercial navigation*, voci *Docks* (497 ss.) e *Warehouses* (1504 ss.), London, 1880; F. HECHT, *La fede di deposito e la nota di pegno*, cit., 82-100, F. CARTECHINI, *I magazzini generali*, cit., pp. 210-218.

¹⁷ A seconda delle condizioni del mercato, per i commercianti poteva non essere conveniente vendere immediatamente e risultare più proficuo consegnare i *warrants* ai banchieri o ai brokers (dietro un'anticipazione pari ai due terzi o tre quarti del valore di mercato dei beni, al tasso di interesse corrente); il creditore custodiva il *warrant*, cui era attaccata una "letter of hypothecation", nella propria cassaforte, e questa veniva considerata una garanzia analoga a quella costituita dal possesso materiale dei beni rappresentati nei documenti. I *warrants*, inoltre, rendevano più agevoli le vendite, costituendo un mezzo di scambio alternativo alle banconote e rispetto a queste più maneggevole. Il sistema si sarebbe prestato ad abusi una volta cessata la gestione esclusiva da parte della Compagnia delle Indie e, successivamente, quella delle compagnie dei Docks. Per diverso tempo, nel commercio delle materie prime provenienti dall'India, i commercianti avrebbero evitato di utilizzare il termine "pawned" e privilegiato l'espressione "hypothecate" – che divenne di uso generale nel mercato coloniale – con riferimento ai warrants e *bills of lading* emessi dietro anticipazione. V. ancora J. ELLA, *Warrants for goods*, cit., pp. 15-25.

¹⁸ C. GUTTERIDGE, *The Law of England and America relating to warehouse receipts*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 3, No. 1, 1921, p. 7 s.; T.E. SCRUTTON - F.D. MACKINNON, *Scrutton on Charterparties and bills of lading*, London, 1923, p. 207 (*sub Article 67*, "Effect of indorsement and delivery of a document of title on the right of stoppage").

receipts” sono menzionati normalmente in contrapposizione ai “bills of lading” (polizze di carico), i quali, diversamente dai primi, sono “documents of title”, per cui la consegna del documento equivale, per la maggior parte delle finalità, alla consegna dei beni¹⁹. La regola generale di *common law* non opera, tuttavia, qualora siano applicabili delle regole *statutory*, rinvenibili in alcuni contesti locali, che, sostanzialmente, attribuiscono alla persona indicata nel documento o al giratario gli stessi diritti del proprietario²⁰.

La natura giuridica dei *warrants* e dei *warehouse receipts* nel *common law* è stata recentemente chiarita dalla *High Court*, in una controversia insorta a seguito di contraffazione di *warrants* emessi su nichel²¹. La Corte – previo excursus sulle *authorities* – ha confermato che le ricevute di magazzino, diversamente dalle polizze di carico, non sono *documents of title*; il solo trasferimento del *warehouse receipt* all’acquirente non è sufficiente ai fini del trasferimento del “constructive possession” sulla merce depositata; a tal fine è necessario che il magazzino generale compia un atto di riconoscimento (“attornment”) con cui attesti che la merce ivi depositata è, da tale momento, detenuta per conto del nuovo *holder*, e non più per conto del depositante ori-

¹⁹ “Document of title”, in *common law* è esclusivamente un documento il cui trasferimento determina anche trasferimento del “constructive possession” sui beni indicati nel documento, ivi incluso il trasferimento della proprietà su tali beni; lo status di “document of title” si acquista in conseguenza di una consuetudine commerciale che riconosca che il trasferimento del “constructive possession” e della proprietà può realizzarsi mediante trasferimento (per girata o consegna) dello stesso documento; tuttavia, una tale consuetudine non esiste in relazione ai *warehouse receipts*. In verità, la stessa espressione “document of title” è talvolta utilizzata, anche nello *statutory law* (in particolare nel c.d. tra s. 1(4) *Factors Act* e *Sale of Goods Act*), con un significato che non soddisfa la definizione di documento negoziabile o trasferibile in *common law*: *Benjamin’s Sale of Goods*, 12th Ed., 2025, § 18-434 ss.

²⁰ Per esempio, ai sensi del *Port of London Act* 1968, s.146(4), alcuni *warrants* emessi dai docks “... shall be transferable by endorsement and shall entitle the person named therein or the last endorsee thereof to the delivery of the goods specified therein and the goods so specified shall for all purposes be deemed to be his property”. *Benjamin’s Sale of Goods*, cit., § 18-444 (“Statutory dock and warehouse warrant”).

²¹ *Natixis v Marex and Access World* [2019] EWHC 2549 (Comm): la controversia verteva sulla sussistenza o meno del “fundamental mistake” e sulla violazione del “due of diligence”. V. l’excursus (§§ 227-238) e le conclusioni: per quanto vi siano casi i *warehouse receipts* sono stati considerati *documents of title* dalle corti (v. i due casi citati a §§ 236-237), è chiaro che i *warehouse receipts* non sono, in *common law*, *documents of title* (§ 238). Negli ultimi anni sono emersi diversi casi di frode mediante *warehouse receipts* emessi su nichel; uno di questi ha originato le sentenze *Natixis S.A. (“Natixis”) v. Marex Financial (“Marex”) and Access World Logistics (Singapore) Pte Ltd* (2019) EWHC 2599 (Comm); *ED&F Man Capital Markets Limited (“MCM”) v. Come Harvest Holdings Limited (“Come Harvest”) and others* (2022) EWHC 229 (Comm) e (2022) EWCA Civ 1704; *ANZ Commodity Trading Pty Ltd (“ANZ”) v. Excellent Raise Overseas Limited and Others* (2023) HKCFI 179; l’operazione di contraffazione, protrattasi per diciotto mesi, aveva procurato agli autori un arricchimento pari ad oltre 326 milioni di dollari. V., in precedenza, scaturente da frodi finanziarie mediante emissione di *warehouse receipts* falsi su metalli nel porto di Qingdao e vertente principalmente su questioni di diritto internazionale privato, *Impala Warehousing and Logistics (Shanghai) Co Ltd v Wanxiang Resources (Singapore) Pte Ltd* (2015) EWHC 811 (Comm).

ginario/venditore o del previo giratario; in difetto di *attornment*, l'acquirente non può esigere dal magazzino la consegna della merce.

La situazione è diversa negli Stati Uniti: la legislazione, intervenuta sin da epoca risalente, ha riconosciuto ai *negotiable warehouse receipts*, lo status, sostanzialmente, di *documents of title* (cosicché l'acquirente del documento acquista sui beni gli stessi diritti di cui era titolare il venditore)²².

Dall'Inghilterra il sistema dei *docks* si diffuse nell'Europa continentale, e prima di tutto in Olanda (1822), Belgio (1846), Francia (1848).

In Francia l'esigenza di accogliere e disciplinare i *magasins généraux* fu avvertita quale reazione alla crisi economica che aveva preceduto e seguito la Rivoluzione del 1848²³. In sintesi, secondo la prima disciplina, introdotta nel 1848²⁴, i commercianti potevano depositare le materie prime, le merci e gli oggetti fabbricati, ricevendo un documento chiamato "récépissé"²⁵, trasmissibile

²² C. GUTTERIDGE, *The Law of England and America*, cit., p. 9 ss. V. *Uniform Warehouse Receipts Law* 1906, s. 41: "A person to whom a negotiable receipt has been duly negotiated acquires thereby – (a) Such title to the goods as the person negotiating the receipt to him had or had ability to convey to a purchaser in good faith for value, and also such title to the goods as the depositor or person to whose order the goods were to be delivered by the terms of the receipt had or had ability to convey to a purchaser in good faith for value, and (b) The direct obligation of the warehouseman to hold possession of the goods for him according to the terms of the receipt as fully as if the warehouseman had contracted directly with him". Per ulteriori riferimenti al quadro giuridico statunitense v. *supra*, nota 9.

²³ Le merci si accumulavano nei magazzini e la ricchezza non circolava; chi possedeva denaro tendeva a conservarlo, limitando le spese; in tale contesto si guardava all'Inghilterra con spirito di emulazione, ritenendosi che il suo successo commerciale fosse in larga parte merito del sistema dei docks. Tra i tanti v. A. CAUMONT, *Institution du crédit sur marchandises ou le commerce du monde d'après les travaux législatifs et règlements d'administration publique sur les warrants français avec un traité complet méthodique et raisonné sur les courtiers de commerce en général*, Paris, Havre, 1859, in particolare p. 38 ss. (sulla superiorità del sistema inglese), p. 40 ss. (per la critica al sistema francese); nello stesso senso P. NICOLE, *Magasins généraux, docks et warrants ventes publiques de marchandises en gros* (con appendice completa dei testi normativi), Paris, 1860, pp. VII-XVI, e A. SAUZEAU, *Manuel des docks, des ventes publiques et des warrants* Paris, 1877, p. 202 ss.

²⁴ *Décret 21 mars 1848 portant creation des magasins généraux, ou les negociants et les industriels pourront déposer les matieres premières, marchandises et objets fabriques dont ils sont propriétaires*, completato da un *arrêté* del ministro delle finanze del 26 marzo e dalla *loi* 23 agosto 1848.

La disciplina si è sviluppata a partire da quella degli *entrposages*, depositi nei quali le merci potevano essere collocate temporaneamente affinché i commercianti potessero posticipare il pagamento dei diritti doganali al momento dell'esportazione o della messa in commercio all'interno del mercato nazionale; negli *entrposages* le merci erano messe al sicuro tramite una doppia chiave (una per il gestore del deposito, l'altra per la dogana). Sul punto v. per tutti A. SAUZEAU, *Manuel des docks, des ventes publiques et des warrants*, cit., pp. 39-52.

²⁵ Nel progetto di legge si utilizzava l'espressione "bulletin de gage", ma poiché questa sembrava incorporare il diffuso pregiudizio negativo che circondava le operazioni di prestito su pegno, se ne suggerì la sostituzione con il termine "warrant", importato dall'Inghilterra; tuttavia, in sede di approvazione, rilevandosi come "warrant" indicasse nel paese d'origine ciò che nella legge francese era denominato "récépissé", per evitare confusioni, accanto a "warrant" fu aggiunta la parafrasi "bulletin de gage" (v. ora art. L. 522-25 *code de commerce*). V. per tutti N.

mediante girata (“endossement”), che veniva estratto da un registro a matrice (“à souche”) ed autenticato mediante un timbro della Repubblica e uno del magazzino. Rispetto a quella inglese, l’esperienza francese – e successivamente quella italiana – si distingueva prima di tutto per un marcato controllo pubblico sull’esercizio dei magazzini generali, subordinato a specifica autorizzazione, anche con riferimento all’emissione dei titoli rappresentativi.

Il sistema così introdotto fu ritenuto da subito inadeguato, sotto più profili²⁶. Si prevedeva un titolo unico, utilizzabile ai fini del trasferimento della merce o in funzione di garanzia; la necessaria pubblicità sul registro rendeva noti ai concorrenti gli affari del titolare del *récépissé*; la necessità di menzione sui registri, necessaria ad ogni successiva girata, rendeva meno agevole la circolazione; la stima, da parte di un perito, circa il valore delle merci, da riportare sul titolo, dilatava i tempi di consegna del *récépissé* (laddove tale indicazione non aveva ragion d’essere, restando il valore delle merci variabile a seconda delle fluttuazioni di mercato); la vendita dei beni in caso di mancato pagamento del debito era subordinata all’autorizzazione del Presidente del Tribunale di commercio, dietro protesto giudiziale (e dunque con aggravio di tempi e costi); in caso di mancato pagamento alla scadenza, il cessionario portatore poteva agire sia contro il debitore ed i giranti, sia sulle merci depositate. Sull’impiego delle merci quale garanzia per il credito pesava, inoltre, il pregiudizio culturale che portava ad equiparare i magazzini generali ai monti di pietà²⁷.

Nel 1858 fu introdotta una nuova disciplina, che rimediò in parte ai limiti di quella precedente²⁸. La nuova *Loi*, in particolare, segna il passaggio al sistema del doppio titolo (*récépissé* e *warrant*, o *bulletin de gage*, unito al primo e

DAMASCHINO, *Traité des magasins généraux, docks, et des ventes publiques de marchandises en gros*, Paris, 1860, p. 72 s.

²⁶ N. DAMASCHINO, *Traité des magasins généraux*, cit., pp. 37-42.

²⁷ Organizzati di fatto unicamente per il prestito dietro pegno, i magazzini generali altro non sarebbero stati se non una forma dissimulata di monti di pietà, adattata alle necessità del commercio. Che tale pregiudizio sussistesse, pur non avendo ragion d’essere, è affermazione costante tra i commentatori: v., tra i tanti, A. SAUZEAU, *Manuel des docks, des ventes publiques et des warrants*, cit., p. 95; N. DAMASCHINO, *Traité des magasins généraux*, cit., p. 70 s.

²⁸ *Loi* 28 maggio 1858 (modificata in parte dalla *loi* 31 août 1870, la quale consentì ai magazzini generali di fare credito dietro garanzia delle merci depositate e di negoziare i *warrants*: sul punto v. M.P. AUGER, *Les magasins généraux considérés spécialement comme institution de crédit*, Paris, p. 128 ss.), completata da un *décret* attuativo del 12 marzo 1859 (a sua volta modificato da un *décret* del 21 avril 1888). Successivamente, v. *Ordonnance* del 6 agosto 1945, n. 45-1744, concernente i profili pubblicistici, modificata dalla *loi* 2019-486 du 22 mai 2019. Per fare in modo che i magazzini generali svolgessero un ruolo effettivo di rilancio del commercio, fu emanata parallelamente una legge di riforma delle vendite pubbliche di mercanzie all’ingrosso (*loi* 28 maggio 1858). V.: E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*; Paris, 1910, p. 760 ss. (e ed. 1922, p. 897 ss.); R. HARDEL, *Des récépissés et warrants délivrés par les magasins généraux, Commentaire pratique de la loi du 28 mai 1858*, Paris, 1936, p. 22 ss.; R. GRANGER, *Les warrants des magasins généraux*, in *Le gage commercial, sous la direction* di J. Hamel, Paris, 1953, pp. 156-208; P. LESCOT e R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, Paris, 1953, p. 307 ss.; F. CARTECHINI, *I magazzini generali, i punti franchi e i silos*, cit., pp. 222-225.

contenente le stesse attestazioni); la valutazione del valore delle merci diventa facoltativa; non è più necessaria la trascrizione del trasferimento sui registri del magazzino generale ad ogni girata e i titoli sono trasferibili, unitariamente o separatamente, mediante *endossement*²⁹; il portatore del *warrant* che non sia stato pagato può soddisfarsi sulla merce previo protesto, ma senza necessità di autorizzazione giudiziaria, e ha diritto di rivalsa nei confronti dei giranti soltanto dopo aver esercitato l'azione sulle merci. Inoltre, al fine di facilitare la circolazione della merce rappresentata dal *récépissé*, la Banca di Francia e i *comptoirs d'escompte* – recentemente introdotti a Parigi e in tutti i grandi centri agricoli, industriali e commerciali – erano autorizzati ad accettare il *récépissé* in sostituzione di una delle firme richieste qualora tale titolo fosse presentato allo sconto insieme con un titolo all'ordine³⁰. Quindi, dapprima nel 1898 e poi nel 1906, quando il credito all'agricoltura acquisì maggiore importanza, fu introdotta una disciplina specifica sui *warrants agricoles*³¹.

Oggi i testi normativi che disciplinavano originariamente i magazzini generali risultano abrogati; la relativa disciplina è stata trasposta nel *code de commerce* (art. L. 522-1 ss.)³² ed è sopravvissuta sino ai giorni nostri nonostante le significative riforme generali delle garanzie e l'abrogazione di altre tipologie di *warrants*, cadute in desuetudine³³. La materia non risulta oggetto di attenzio-

²⁹ Per quanto riguarda la natura giuridica dei documenti v. M. CABRILLAC, *Magasins généraux (actualisée par T. DE RAVEL D'ESCLAPON)*, *Répertoire commercial*, maggio 2016, § 52 ss.; R. GRANGER, *Les warrants des magasins généraux*, cit., p. 160 ss. Con specifico riferimento ai *warrants* v. M. CABRILLAC, *Warrant (actualisée par T. DE RAVEL D'ESCLAPON)*, *Répertoire commercial*, maggio 2016, in particolare § 7.

³⁰ C. LYON-CAEN - L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris, 1923, p. 373 s. Similmente la disciplina italiana (R.D.L. n. 2290/1926, art. 11) prevede che le note di pegno munite di due firme sono equiparate alle cambiali ai fini dello sconto presso gli istituti di credito, anche qualora i relativi statuti chiedono tre firme ai fini dello sconto delle cambiali.

³¹ *Loi 18 juillet 1899 e loi 30 avril 1906*, con cui si derogava alla regola della *mise en possession* del creditore ai fini della costituzione del pegno. V. C. LYON-CAEN - L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, cit., pp. 340 s., 391-399; E. DELLOR, *Les Warrants agricoles et leur rôle économique, étude de la loi du 18 juillet 1898*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1900; J. GODEMEL, *Étude sur les warrants agricoles, d'après la loi du 18 juillet 1898*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1900; J. SOURDAT, *Des Warrants agricoles, étude sur la loi du 18 juillet 1898*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1902; S. D. KRAJESKI, *Droit rural*, 2024, p. 386 ss.; U. NAVARRINI, *I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni*, cit., p. 279 ss.

³² I *magasins généraux* sono disciplinati dagli artt. L. 522-1 ss. del *Code de commerce* ("Chapitre II, Des dépôts, Titre II, Des garanties, Livre V, Des effets de commerce et des garanties"); più precisamente, artt. L. 522-2 - L. 522-13 ("Section I, De l'agrément, de la cession et de la cessation d'exploitation"); artt. L. 522-14 - L. 522-19, "Section II, Des obligations, des responsabilités et de garanties"); artt. L. 522-20 - L. 523, "Section III, Du fonctionnement et du contrôle". La *Section IV* è intitolata "Des récépissés, des warrants et des reçus d'entreposage".

³³ Si tratta del *warrant hôtelier*, del *warrant pétrolier*, del *warrant des stocks de guerre* e del *warrant industriel*, fattispecie di *gages* senza spossessamento, circolanti nella forma del titolo all'ordine, introdotti nel corso del XX secolo su spinta di alcuni rami professionali per consentire loro di utilizzare i beni produttivi in garanzia senza essere privati del possesso; ai fini della pubblicità, furono istituiti dei registri che, tuttavia, non garantivano l'opponibilità della garanzia. Dopo la riforma generale del pegno, nel 2006, è venuta meno la necessità di

ne né in dottrina³⁴, né in giurisprudenza. E' rimasto in vita, invece, il *warrant agricole*, qualificabile quale *gage sans déplacement*, ora disciplinato agli artt. L. 342-1 / L. 342-17 del *code rural et de la pêche maritime*³⁵.

Infine, con riferimento ai prodotti agricoli, deve menzionarsi la recente introduzione della “*reçu d'entreposage*”: si tratta di un titolo rappresentativo utilizzabile esclusivamente per le materie prime iscritte su una lista definita mediante provvedimento del ministro dell'economia che possono costituire oggetto di contratto negoziato su una piattaforma di negoziazione di strumenti finanziari³⁶.

Anche nell'Italia nascente i magazzini generali suscitavano grande interesse e il dibattito portò all'introduzione della prima disciplina, ricalcante quella francese (così come il dibattito che la accompagnò)³⁷. Alla legislazione speciale, concernente anche i controlli pubblicistici sui magazzini generali³⁸, si affiancò la disciplina di diritto comune, concernente la fede di deposito e la nota di pegno, la loro circolazione, la vendita delle cose depositate, le azioni disponibili ai creditori insoddisfatti (art. 461-479 cod.comm., Titolo XVI, “Del deposito di merci e derrate nei magazzini generali”, Libro I). Quindi la disciplina del

tali pegni speciali, essendo ormai possibile costituire un “*gage sans désappropriation*” su tutti gli “*actifs corporels*”, a garanzia di qualsiasi credito, prevedendosi, in alternativa alla *désappropriation*, l'iscrizione su un registro per i *gages* (artt. 2338, 2337 *code civil*); tale pubblicità preclude, tra l'altro, l'invocabilità del possesso in buona fede (art. 2337 *code civil*, al. 2). Tra i tanti v. J. MESTRE - E. PUTMAN - M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, Paris, 1996, pp. 360-370; L. AYNÈS - P. CROCC - A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, Paris, 2024, p. 361 ss.

³⁴ La manualistica sulle garanzie reali dedica ai *warrants* uno o più paragrafi meramente ricognitivi e sintetici.

³⁵ V. J. MESTRE - E. PUTMAN - M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, cit., pp. 344-360. V., inoltre, il *warrant* speciale disciplinato nel *code du vin* (art. 56 ss.).

³⁶ *Loi 22 mai 2019*, n° 2019-486: artt. L. 522-37-1 / L. 522-37-4 del *code de commerce*. Di fatto, il nuovo schema fondato sulla *reçu d'entreposage* trova applicazione principalmente nel mercato dei cereali e ha la finalità di agevolare la vendita dei cereali sui mercati digitali. La disciplina si differenzia da quella dei *récépissés* e dei *warrants*: in primo luogo, la titolarità della *reçu* risulta dall'iscrizione su un registro gestito dal titolare di una piattaforma di negoziazione di strumenti finanziari; il pegno sui beni rappresentati dalla *reçu d'entreposage* può essere costituito dal titolare di questa con effetti opponibili alle stesse parti contraenti e a terzi mediante iscrizione nel medesimo registro. Sui beni rappresentati da una *reçu d'entreposage* non può essere costituita alcuna garanzia diversa dal *gage* ivi disciplinato, pena l'inopponibilità della costituzione. Le informazioni relative al *gage* sono consultabili gratuitamente su un sito di informazioni accessibile online. Si precisa che le stesse merci non possono essere oggetto di *récépissé-warrant* e di *reçu d'entreposage*. V. T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Premières vues sur les reçus d'entreposage*, in *AJ Contrat*, 2019, p. 269 ss.; X. DELPECH, *Précisions réglementaires sur les reçus d'entreposage*, ivi, 2020, p. 4 s.

³⁷ Tra i tanti v. G. STEMPERINI, *I magazzini generali di Roma: dai progetti ottocenteschi al declino*, cit.; G. BOZZI, *Magazzini generali*, cit., p. 143; M. ERRERA, *Considerazioni intorno la legge italiana sui magazzini generali (3 luglio 1871) e la istituzione dei magazzini generali in Italia*, in *Archivio giuridico*, 1871, 8, pp. 242-248.

³⁸ Legge 3 luglio 1871, n. 340, il cui regolamento fu approvato con R.D. 4 maggio n. 1873, n. 1371, completata dalla legge 2 aprile 1882, n. 682, poi incorporata in un testo unico dedicato ai magazzini generali (R.D. 17 dicembre 1882, n. 1154, in vigore dal 1° gennaio 1883).

codice di commercio fu trasfusa nel codice civile italiano del 1942 con modifiche di limitato rilievo, mentre la legislazione speciale ha subito cambiamenti significativi rispetto all'epoca della prima introduzione³⁹.

Sin dagli inizi del '900⁴⁰ la dottrina ha sottolineato l'irrilevanza pratica dei titoli emessi dai magazzini generali⁴¹ (giustificabile anche nel più ampio scenario del declino dell'intera categoria dei titoli rappresentativi delle merci⁴²), e particolarmente delle note di pegno⁴³.

³⁹ Da ultimo, con le modifiche apportate alla Legge n. 1158/1927 dal D.Lgs. 6 agosto 2012, n. 1471 (in vigore dal 14 settembre 2012), l'iter per l'apertura o l'ampliamento di un magazzino risulta semplificato: il precedente regime di autorizzazione è stato convertito in Segnalazione Certificata di Inizio Attività (SCIA), da presentare al Ministero delle Imprese e del Made in Italy attraverso il Registro delle Imprese, allegando la documentazione tecnica relativa all'idoneità e alla sicurezza dei locali (spesso vistata dal Genio Civile).

⁴⁰ V., già nel 1922, C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, cit., p. 594: "L'istituto dei magazzini generali è sorto precipuamente per agevolare la circolazione delle merci mediante la circolazione dei titoli che le rappresentano. E pur vero che questo scopo non fu da noi praticamente raggiunto, perché le vendite non si fanno perlopiù sovra le fedi di deposito; chi compra le merci le ritira per solito dal magazzino per rivenderle al momento o per consumarle. D'altra parte la nota di pegno resta di regola nelle mani di chi fece la sovvenzione: quando pure è negoziata non esce dalla città ov'è il magazzino che l'ha emessa: quel titolo non esercita, come la cambiale, una funzione di credito nei rapporti di una piazza coll'altra, di un paese con l'altro; esso compie press'a poco la funzione di qualsiasi altro documento di un contratto di pegno". Anche in Austria i *warehouse receipts* non hanno alcuna rilevanza pratica: v. O. WÄCHTER, E.E. KILMER, H. BELLANDO, *Financing the transfer of goods under Austrian law and the use of warehouse receipts*, in *Uniform Law Review*, 22, 4, 2017, pp. 731-746.

⁴¹ Invocando una riforma che li renda finalmente "i veri regolatori della ricchezza nazionale", "nelle dovute forme e nei dovuti modi, dei centri propulsori di sviluppo dell'economia nazionale", v. M. BERNARDO, *I magazzini generali in Italia*, cit., p. 48. Gli ultimi contributi di rilievo risalgono agli anni '50 e '60, quando ancora, soprattutto da parte dei rappresentanti dei magazzini generali, si auspicava una riforma che riuscisse a rilanciarli: v. i riferimenti bibliografici risalenti a quell'epoca alla nota 1; in particolare, la Federazione nazionale dei Magazzini generali d'Italia promosse un convegno a Torino, nel 1951, incentrato principalmente sulla discussione del progetto redatto da A. Weiller con la collaborazione dell'avv. Falaguerra, su cui si rinvia a T. GARRONE, *In tema di riforma dell'ordinamento dei magazzini generali*, cit.

⁴² Quali: l'accresciuta velocità dei trasporti, che rende meno urgente la necessità di disporre delle merci in transito, nel fatto che le merci in viaggio sono più spesso consegnate allo stesso caricatore o a un soggetto che sia collegato con lui; nel progressivo allontanamento dell'Italia dalle rotte internazionali; la tendenza alla riduzione dello stoccaggio delle merci da parte dei distributori al fine di realizzare economie finanziarie; l'atteggiamento di totale disfavore delle banche, che li ricevono con difficoltà e con particolari cautele e comunque preferiscono ottenere la girata dei due titoli congiunti; l'ignoranza della funzione dei magazzini generali nel ceto commerciale e industriale medio; a ciò si aggiunga l'onerosità dell'emissione del titolo da un lato e l'impossibilità, allo stato attuale, di procedere all'eliminazione del titolo cartaceo sostituendolo con uno strumento informatico che svolga le stesse funzioni. V. G. ZUDDAS, *Il deposito in albergo e nei magazzini generali*, cit., p. 217; M. RESCIGNO, *Fede di deposito*, cit., § 1.

⁴³ V. P. ABBADESSA, *Note sulla doppia dichiarazione dei titoli di deposito*, cit., p. 311 ss., sottolineando il contrasto tra la prassi e il sistema delineato dalla legge: la banca richiederebbe la piena e incondizionata disponibilità del doppio titolo e questo verrebbe utilizzato esclusivamente in funzione creditizia (tant'è che in alcuni ambienti e per talune merci il deposito nei magazzini generali avverrebbe esclusivamente in funzione della richiesta di credito alla banca

3. La Legge Modello UNCITRAL/UNIDROIT on warehouse receipts: premesse e finalità

Le premesse e le finalità della Legge Modello sono esplicate nella “Guide to Enactment” che la accompagna.

Ai *warehouse receipts* vengono attribuite cinque principali funzioni: 1) consegna dei beni; 2) custodia dei beni, in conformità con gli standards indicati nei documenti e secondo il dovere generale di diligenza; 3) valutazione dei beni: la specificazione, contenuta nel documento, circa la tipologia, il peso e la qualità dei beni, ne consente la valutazione da parte dei finanziatori o degli acquirenti anche senza la necessità di ispezione fisica, e dunque incrementa l'efficienza; 4) garanzia: si può ottenere credito costituendo una garanzia tramite il documento; 5) scambio: il bene rappresentato può essere trasferito tramite il documento, senza che sia necessario lo spostamento materiale della merce (*Guide to Enactment*, § 7).

La presenza del magazzino generale, quale presupposto per l'utilizzo delle ricevute di magazzino, garantirebbe l'assolvimento di tali funzioni. Il magazzino generale, infatti, necessariamente, in quanto rispondente ai requisiti stabiliti dalla legge ai fini dell'emissione dei *warehouse receipts* – e per quanto la Legge Modello non si occupi di tali requisiti, lasciati alla disciplina nazionale – può garantire la presenza, le condizioni e la disponibilità dei beni, grazie alle risorse finanziarie richieste dalla legge per far fronte alle responsabilità che gli competono (quali comprovate da un'adeguata copertura assicurativa, da *performance bonds*, dalla sussistenza di requisiti minimi di bilancio) (*Guide to Enactment*, § 8).

Si afferma, quindi, che nei paesi in via di sviluppo le ricevute di magazzino hanno assunto crescente importanza come strumento di inclusione finanziaria. In tali paesi l'accesso al credito si basa normalmente sulla disponibilità, da parte del soggetto finanziato, di garanzie su beni materiali (immobili, autoveicoli e attrezzature); pertanto gli operatori commerciali piccoli, compresi i piccoli agricoltori, non potendo spesso disporre di questo tipo di garanzie, incontrano maggiori difficoltà di accesso al credito, mentre hanno spesso disponibilità di

e seguirebbe talora la stessa anticipazione), mentre la funzione del magazzino generale nella circolazione delle merci sarebbe passata in secondo piano, svolgendosi il commercio attivo al di fuori del magazzino; la contrattazione a termine, che in Inghilterra ha determinato il successo del sistema e l'uso frequente dei *warrants*, avverrebbe al di fuori del magazzino e senza l'uso della fede di deposito; peserebbe la tradizione, che non prenderebbe in considerazione le molteplici funzioni che i magazzini generali possono svolgere tendendo ad equipararli ai monti di pietà; la disciplina porrebbe dei complessi dubbi interpretativi, e degli ostacoli in caso di mancato pagamento del debito, particolarmente per quanto riguarda l'individuazione esatta del debitore e il fondamento della responsabilità dei giranti della fede (v. sul punto anche G. DE MAJO, *Contributo all'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 1797 c.c.*, in *Banca, Borsa e Tit. di credito*, 1950, I, p. 372 ss.; L. FALAGUERRA, *Considerazioni sulla realizzazione di crediti garantiti da nota di pegno*, 1952, I, p. 486 ss.); inoltre, poiché la circolazione doppia dei titoli è inesistente, non vi sarebbero occasioni per rilevare i difetti della disciplina giuridica.

altri beni mobili – quali, in particolare, input e output agricoli – che potrebbero essere depositati in un magazzino e utilizzati per ottenere un prestito garantito mediante *warehouse receipts* (*Guide to Enactment*, § 9).

L'approccio ad una riforma in questa area richiederebbe, peraltro, la predisposizione di un sistema di *warehousing* che includa la disciplina pubblicistica di regolamentazione dei magazzini generali, e definisca, in particolare, le competenze, i poteri e la governance dell'autorità di regolamentazione, i criteri e le procedure per ottenere l'autorizzazione da parte degli operatori del magazzino, i requisiti di professionalità dei certificatori di peso e di qualità e degli ispettori, violazioni, sanzioni e procedure sanzionatorie (*Guide to Enactment*, § 10)⁴⁴.

Ciò premesso, obiettivo primario della Legge Modello è quello di agevolare le operazioni commerciali su merci depositate nei magazzini. Inoltre, poiché la ricevuta di magazzino attesta i diritti sulle merci immagazzinate e ne consente l'utilizzo come garanzia per crediti a breve termine senza la necessità di una immediata cessione delle merci, un obiettivo ulteriore della Legge Modello è quello di promuovere tale tipologia di finanziamento, in particolare nel settore agricolo. L'armonizzazione delle normative sulle ricevute di magazzino favorirà la formazione di mercati regionali e internazionali, aspetto di fondamentale importanza per i Paesi in via di sviluppo, e contribuirà al raggiungimento dell'Obiettivo di Sviluppo Sostenibile 2 ("Porre fine alla fame, raggiungere la sicurezza alimentare e migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile") (*Guide to Enactment*, §§ 28-31).

Si evidenzia, quindi, come soltanto i grossi produttori abbiano la possibilità di ridurre i costi di deposito dotandosi di un proprio magazzino (c.d. "field warehouse") nel quale tenere in custodia i propri beni per conto del finanziatore, mentre un soggetto terzo, detto "collateral manager", può emettere i certificati anche in funzione di garanzia (*Guide to Enactment*, § 61), mentre i piccoli produttori non sono in grado di sostenere i costi di un proprio magazzino e di un *collateral manager*. In tale scenario – che è segnatamente quella in cui si collocano i piccoli produttori agricoli nei paesi in via di sviluppo – la presenza di un efficiente sistema di *warehouse receipts* favorirebbe la disponibilità di magazzini nei quali i costi del deposito e il servizio di custodia possono essere ripartiti tra più attori (anche per il tramite delle organizzazioni di categoria), cosicché tutti possano sostenere i costi del *warehousing* e utilizzare i beni a garanzia del credito (*Guide to Enactment*, § 64)⁴⁵.

⁴⁴ Si citano (§ 11 e nota 5 della *Guide to Enactment*) le iniziative, intraprese sotto questo profilo, dalla FAO, dalla Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo e dal World Bank Group (*Designing Warehouse Receipt Legislation: Regulatory Options and Recent Trends*, cit.; *A Guide to Warehouse Receipt Financing Reform*, cit.).

⁴⁵ Il magazzino deve possedere caratteristiche idonee sotto il profilo logistico, delle infrastrutture di collegamento disponibili ai depositanti, della strumentazione, della competenza e affidabilità del personale. Può verificarsi che i prodotti agricoli consegnati dai depositanti debbano poter essere mescolati e miscelati con prodotti simili forniti da altri depositanti per

La Guida all'attuazione fornisce un quadro delle molteplici tipologie di finanziamento garantite, esclusivamente o meno, mediante *warehouse receipts* (Guida all'attuazione, par. F, "Finance practices and products involving warehouse receipts"), mostrando come le operazioni finanziarie che si avvalgono dei titoli emessi dai magazzini generali siano oggi estremamente sofisticate e possano assumere diversa struttura.

Si distinguono i casi in cui il *warehouse receipt* è l'unica garanzia del finanziamento e casi in cui il *warehouse receipt* è soltanto uno dei beni assoggettati a garanzia, facendo esso parte di un pacchetto composito di garanzie eterogenee, reali e/o personali (*Guide to Enactment*, § 51)⁴⁶.

I prestiti coperti da ricevute di magazzino possono essere soggetti a cartolarizzazione e i risultanti strumenti finanziari possono essere negoziati nel mercato dei capitali. In alcuni ordinamenti una banca centrale, o un'altra istituzione finanziaria nelle mani del governo, interviene per fornire finanziamenti al settore agricolo e partecipa all'operazione; i governi danno supporto alle attività agricole prevedendo agevolazioni per i prestiti garantiti da ricevute di magazzino in modo da fornire finanziamenti a basso costo alle istituzioni che hanno generato il prestito (*Guide to Enactment*, § 53). I *warehouse receipts* sono classificati come una tipologia idonea di garanzia sul mercato dei derivati delle materie prime. I *warehouse receipts* elettronici, in particolare, possono essere utilizzati per definire le negoziazioni sui futures e su altri derivati: se la posizione del venditore su un derivato inerente a materie prime suscettibili di consegna fisica rimane aperta sino al momento della consegna, ai fini dello scambio il venditore può emettere un *warehouse receipt*, per il tramite di uno dei magazzini generali designati, che sarà trasferito all'acquirente ai fini del processo di regolamento (*Guide to Enactment*, § 54). Nel mercato delle materie prime a pronti i *warehouse receipts* non soltanto svolgono funzioni di consegna, ma possono costituire il pre-requisito per l'accesso alla negoziazione attraverso quel sistema, in quanto sono garantiscono la presenza dei beni negoziati nel magazzino e la loro effettiva quantità e qualità (*Guide to Enactment*, § 55).

La Legge Modello attenua il rischio derivante dall'incertezza del quadro giuridico e il rischio inerente alla custodia dei beni (*Guide to Enactment*,

dare vita ad un prodotto che possieda caratteristiche omogenee (per esempio in termini di grado di umidità, colore, dimensione e altri criteri stabiliti dal mercato) e sia divisibile; inoltre, spesso i beni devono essere sottoposti a procedimenti di essiccazione, rotazione, imballaggio ed etichettatura per essere immessi sul mercato: v. *A guide to warehouse receipt financing reform*, cit., p. 14 s.

⁴⁶ La terminologia è variabile e possono distinguersi diverse fattispecie; tra le tipologie meno sofisticate, si menziona quella, informale, del "warrantage", presente in alcune parti dell'Africa: le istituzioni di microcredito, a fronte di stocks di cibo della comunità custoditi in depositi della comunità posti sotto duplice custodia, il prodotto è noto come "warrantage"; nel mondo islamico le ricevute di magazzino possono essere utilizzate per sostenere il prestito compatibile con la Sharia, come nel caso della "commodity murabaha" (*Guide to Enactment*, § 51, lett. d-e).

§ 57), così incentivando i finanziamenti e il commercio transfrontaliero. L'armonizzazione transfrontaliera può accelerare l'emergere di nuovi mercati delle materie prime e dei relativi meccanismi di compensazione e regolamento, consentendo a compratori e venditori in diverse giurisdizioni di beneficiare di una base legale comune e coerente, in modo che il quadro giuridico, compreso il regolamento della borsa delle materie prime, possa essere applicato senza discriminazioni o differenziazioni basate sul domicilio della controparte o sulla posizione delle merci immagazzinate. La formazione di mercati regionali delle materie prime può essere particolarmente vantaggiosa per le economie su piccola scala che altrimenti potrebbero avere difficoltà a raggiungere una sufficiente dimensione solo dal mercato nazionale (*Guide to Enactment*, § 58)⁴⁷.

3.1. *Ambito di applicazione e struttura*

La Legge Modello UNCITRAL-UNIDROIT si occupa esclusivamente della disciplina privatistica delle ricevute di magazzino e dei rapporti tra le parti coinvolte, rinviando a ciascuno Stato la determinazione della disciplina pubblicistica concernente la creazione e il controllo sull'attività svolta dai magazzini generali (eventuali autorizzazioni e relative condizioni, assicurazione, controlli, sanzioni; *Guide to Enactment*, § 32). Tale disciplina, peraltro, non è di secondaria importanza, dal momento che i requisiti fissati dalla legge per svolgere l'attività di operatore di magazzino incidono, direttamente (in particolare mediante la predeterminazione dell'obbligo di capitale minimo, di cauzione, di assicurazione, dei requisiti dimensionali e di logistica, dei servizi garantiti) o indirettamente (controlli e sanzioni) sulla fiducia dei finanziatori e, dunque, sul successo dello schema.

Per quanto sia stata concepita avendo in mente principalmente le materie prime agricole, la Legge Modello non pone nessun limite quanto ad altre materie prime; può pertanto trattarsi di qualunque materia prima, e quindi anche minerali, gas, petrolio (*Guide to Enactment*, § 33).

La Legge Modello è "neutrale" per quanto riguarda la forma del documento (cartacea o elettronica) privilegiata; prevede anche le modalità per l'eventuale trasferimento dall'una all'altra. Le disposizioni concernenti l'uso

⁴⁷ Sugli ulteriori benefici che un'adeguata riforma potrebbe apportare cfr. lo studio del World Bank Group, *A guide to warehouse receipt financing reform*, cit., p. 3, e lo studio dell'Investment Center della FAO *Designing warehouse receipt legislation*, cit., p. IX s.: diminuzione delle perdite post-raccolto (creando un'alternativa allo stoccaggio presso lo stesso piccolo produttore ed evitando che i beni siano a esposti ai rischi di pioggia e alluvione e infestazione da parassiti e malattie); riduzione della volatilità stagionale dei prezzi (fornendo un'alternativa alla vendita immediatamente successiva al raccolto); miglioramento della produzione, della valutazione sulla resa e della pianificazione, incoraggiando la fuga dal mercato informale (in cui i dati concernenti la produzione, la resa, la qualità e i prezzi sono meno affidabili), della produzione di qualità (in quanto la fuga dal mercato informale migliora la trasparenza e la consapevolezza per i produttori e crea maggiori incentivi ad una maggiore qualità).

delle ricevute di magazzino in forma elettronica (artt. 6 e 7) sono basate sulle disposizioni pertinenti della Legge Modello UNCITRAL *on Electronic Transferable Records* (MLETR)⁴⁸, in modo da evitare l'applicazione di standard differenti ai differenti documenti elettronici in uso nel commercio digitale (come una polizza di carico o una ricevuta di magazzino concernenti lo stesso bene), da facilitare l'interoperabilità dei sistemi e la circolazione dei dati commerciali (*Guide to Enactment*, § 34). Sul punto si evidenzia, in particolare, come le *electronic warehouse receipts* possano essere funzionali al più ampio ecosistema del commercio digitale: possono incorporare anche informazioni di origine e qualità (per esempio: la miniera di provenienza, le condizioni della coltivazione e del raccolto), che possono provenire da altri documenti elettronici (polizze di carico, certificati di origine)⁴⁹.

La Legge Modello non include disposizioni di diritto internazionale privato. Il *Working Group* ha ritenuto di dover semmai trattare i profili di diritto internazionale privato nella Guida all'attuazione e quest'ultima si limita a menzionare gli aspetti rilevanti⁵⁰.

La disciplina si articola in sei capitoli (dei quali il quinto è opzionale, per le ragioni e nel senso che sarà precisato in seguito): I) Ambito di applicazione e disposizioni generali; II) Emissione e contenuti della ricevuta di magazzino; sostituzione e cambiamento di mezzo; III) Trasferimento e altre negoziazioni concernenti le ricevute di magazzino; IV) Diritti e obbligazioni dell'operatore del magazzino; [V] Note di pegno; VI) Applicazione della Legge Modello.

Il capitolo V sui "pledge bonds" è opzionale. La Legge Modello si indirizza sia agli Stati che prediligano il modello dualistico, sia a quelli che prediligano quello monistico: il Capitolo V è destinato ai primi; gli Stati che non vogliano

⁴⁸ La Legge Modello 2017 *on Electronic Transferable Records* (MLETR) mira a riconoscere giuridicamente i documenti elettronici trasferibili sia a livello nazionale che transfrontaliero; si applica ai documenti elettronici trasferibili funzionalmente equivalenti ai documenti o strumenti trasferibili cartacei che danno diritto al titolare di richiedere l'adempimento dell'obbligazione in essi specificata e che consentono il trasferimento di tale diritto mediante trasferimento del possesso del documento o dello strumento; il diritto di ciascuno Stato determina quali documenti o strumenti siano trasferibili. V. § 10 della *Explanatory Note* alla UNCITRAL MLETR.

⁴⁹ Si attesta, inoltre, che alcuni Stati impongono la forma elettronica per determinati documenti, incluse le ricevute di magazzino; tuttavia, ciò che rileva ai fini della legge Modello è che, quale che sia l'opzione sul punto, la forma cartacea e quella elettronica godano dello stesso status. V. *Guide to Enactment*, § 34.

⁵⁰ In particolare, la diffusione dei titoli elettronici potrebbe rendere non più adeguato la *lex rei sitae* come criterio di collegamento; le condizioni dell'accordo di deposito dovrebbero determinare anche la legge applicabile e la giurisdizione. Le problematiche attengono: alla validità della ricevuta di magazzino, all'*enforcement* del diritto del portatore nei confronti dell'operatore di magazzino; il diritto applicabile ai trasferimenti delle ricevute, incluso il profilo dell'individuazione del *protected holder*; il conflitto tra i diritti del *protected holder* e degli altri soggetti aventi un interesse sui beni; il diritto applicabile alla creazione, effettività, priorità ed *enforcement* della garanzia, in conformità con il cap. VIII della Legge Modello UNCITRAL *on secured transactions*. V. *Guide to Enactment*, Parte II, "Introduction to the Model Law", G, "Private international law issues", §§ 66-69.

mantenere o introdurre il modello dualistico, non daranno attuazione al capitolo V della Legge nella loro legislazione.

3.2. *Sintesi dei contenuti*

Il capitolo II della Legge Modello (“Issuance and contents of a warehouse receipt; replacement and change of medium”, artt. 5-14) racchiude le disposizioni relative all’emissione e ai contenuti della ricevuta di magazzino, alla sostituzione dei documenti e al cambiamento di forma.

L’art. 5 (“Obligation to issue a warehouse receipt”) stabilisce l’obbligo per l’operatore di magazzino, su richiesta del depositante, di emettere una ricevuta di magazzino in relazione ai beni depositati e in conformità con le condizioni dell’accordo di deposito.

Gli artt. 6 e 7 concernono le ricevute di magazzino elettroniche, la cui disciplina si basa sulla Legge Modello UNCITRAL “on Electronic Transferable Records” (MLETR), adottata nel 2017⁵¹ (cfr. artt. 10, “Transferable documents or instruments”, 11, “Control”, 12, “General reliability standard”, da cui gli artt. 9-10 della legge Modello sui *warehouse receipts* sono mutuati). In coerenza con la Legge Modello ETR, pertanto, i *warehouse receipts* devono essere emessi utilizzando un metodo affidabile ai fini della loro identificazione, del controllo su di essi (dal momento dell’emissione sino alla cessazione di efficacia o validità), e della loro integrità.

Un *warehouse receipt* è considerato soggetto a controllo a condizione che sia utilizzato un metodo “affidabile” al fine di stabilire l’esclusività del controllo da parte di una data persona, di identificare quella persona quale soggetto che ha il controllo, di trasferire il controllo (art. 6, “Electronic warehouse receipt”); il metodo in questione deve essere tanto affidabile quanto appropriato al fine dell’adempimento della funzione per cui il metodo è utilizzato, alla luce delle circostanze rilevanti (quali le regole operazionali rilevanti per la valutazione di affidabilità, la capacità di impedire l’accesso e l’uso non autorizzato; la sicurezza dell’hardware e del software; l’esistenza di una dichiarazione da parte dell’organo di supervisione, di un organo accreditato o di uno schema volontario, concernente l’affidabilità del metodo; qualsiasi standards industriale rilevante); in alternativa, deve dimostrarsi che il metodo utilizzato abbia in concreto adempiuto alle funzioni che gli sono proprie (art. 7, “General reliability standard for electronic warehouse receipt”).

L’art. 8 (“Representations by the depositor”, “Déclarations de garantie du déposant”) stabilisce che il depositante, qualora richieda l’emissione di una

⁵¹ Tale Legge Modello, finalizzata a consentire l’utilizzo dei documenti elettronici nel commercio domestico e transfrontaliero assicurando l’equivalenza funzionale e la neutralità tra documenti in forma cartacea e documenti in forma elettronica, ed è concepita anche sul presupposto della rilevanza dei documenti elettronici in determinate aree, quali quella dei trasporti, della logistica e della finanza (§ 4 della MLETR *Explanatory Note*).

ricevuta di magazzino, garantisce all'operatore del magazzino e ai successivi portatori di essere legittimato ("it has the authority", "il est habilité") a depositare i beni e a richiedere l'emissione di una ricevuta di magazzino, negoziabile o non negoziabile, e che, "to the best of its knowledge" ("autant qu'il sache"), i beni sono liberi da qualsiasi diritto o pretesa da parte di terzi, salvo quanto reso noto all'operatore di magazzino.

Ai sensi dell'art. 9 ("Incorporation of the storage agreement in the warehouse receipt") la ricevuta di magazzino può stabilire che in essa debbano considerarsi richiamate alcune o tutte le condizioni del contratto di immagazzinaggio. In questo caso, una copia del contratto o delle disposizioni interessate deve essere resa disponibile ai potenziali destinatari della ricevuta, su richiesta dell'attuale portatore. In ogni caso, l'operatore di magazzino non può opporre a colui che diventi portatore a seguito di trasferimento (*ex art. 15*) nessuna clausola del contratto che sia incompatibile con le clausole espresse riportate nella ricevuta di magazzino.

L'art. 10 ("Information to be included in a warehouse receipt") stabilisce che un operatore di magazzino deve inserire nella ricevuta di magazzino le informazioni indicate nella stessa disposizione; la mancanza, incompletezza o non correttezza delle informazioni non incide sulla validità della ricevuta di magazzino, ma l'operatore del magazzino non va esente dalle responsabilità cui sarebbe soggetto ai sensi di altra disciplina verso qualsiasi persona in conseguenza della mancanza, incompletezza o non correttezza delle informazioni⁵². All'operatore di magazzino è data facoltà di inserire nel documento informazioni ulteriori (art. 11, "Additional information that may be included in a warehouse receipt")⁵³; anche in tal caso l'incorrettezza non incide sulla validità della ricevuta di magazzino, ferma restando la responsabilità dell'operatore di magazzino in base ad altra disciplina. Se la ricevuta di magazzino concerne beni fungibili di cui non si specifica la qualità, i beni devono presumersi di qualità media (art. 11, par. 3).

⁵² Si tratta delle seguenti informazioni: l'espressione "ricevuta di magazzino"; se è negoziabile, il nome della persona all'ordine della quale viene emessa o una dichiarazione che è emessa al portatore; se non è negoziabile, il nome della persona a cui favore è emessa; se è non negoziabile, il nome della persona a cui favore è emessa; il nome e indirizzo del depositante; il nome e indirizzo dell'operatore di magazzino; una descrizione dei beni e della loro quantità; l'esistenza di qualsiasi diritto o pretesa da parte di terzi sui beni che sia stata resa nota dal depositante all'operatore di deposito ai sensi dell'art. 8, c); il periodo stabilito per il deposito, se stabilito; il luogo in cui i beni sono depositati; un identificatore unico della ricevuta; la data e il luogo dell'emissione; la data dell'accordo di deposito (art. 10, par. 1). La ricevuta di magazzino si presume al portatore se – trattandosi di ricevuta negoziabile – manchi il nome della persona all'ordine della quale la ricevuta è emessa o manchi la dizione "al portatore"; e se – trattandosi di ricevuta non negoziabile – manchi l'indicazione della persona a cui dovrebbe essere intestata (art. 10, par. 3).

⁵³ Quali: il nome dell'assicuratore (se vi sia), che abbia assicurato i beni, i dettagli della polizza assicurativa e il valore assicurato; l'ammontare del corrispettivo dovuto per il deposito se si tratta di ammontare determinato, o, altrimenti, delle relative modalità di calcolo; la qualità dei beni o, se i beni sono fungibili, se possano essere mescolati.

L'art. 12 ("Goods in sealed packages and similar situations") stabilisce che, qualora l'operatore di magazzino non possa ispezionare i beni o comunque verificare le informazioni fornite dal depositante, può fornire una descrizione dei beni (tipo, quantità e qualità), inserendo una menzione nello stesso *warehouse receipt*, in conformità con le informazioni ricevute dal depositante; oppure, qualora si tratti di beni contenuti in un imballaggio sigillato, inserendo una menzione attestante che quell'imballaggio contiene i beni come descritti dal depositante e che l'operatore non è a conoscenza del contenuto e dello stato dei beni. L'operatore non è responsabile verso terzi per i danni derivanti dall'incompletezza o incorrettezza dell'informazione, ammenoché sapesse o dovesse ragionevolmente sapere che la descrizione era incompleta o inesatta.

L'art. 13 ("Loss or destruction of a warehouse receipt") indica le condizioni alle quali è possibile ottenere un *warehouse receipt* in caso di perdita o distruzione di quello originario.

L'art. 14 ("Change of medium of a warehouse receipt") disciplina il cambiamento di forma del *warehouse receipt* dalla forma cartacea a quella elettronica e viceversa, in conformità con il principio di neutralità della forma e con la Legge Modello *on Electronic Transferable Records*.

Gli artt. 15-18 concernono il trasferimento delle ricevute di magazzino, in forma cartacea o elettronica, e gli effetti del trasferimento, di cui si parlerà nel paragrafo che segue.

Il Capitolo IV concerne i diritti e le obbligazioni dell'operatore di magazzino: l'obbligazione di diligenza e le eventuali limitazioni di responsabilità (art. 23, "Duty of care"); l'obbligazione di conservare i beni coperti da ogni ricevuta di magazzino separati in modo da consentire l'identificazione dei beni in qualsiasi momento; i beni fungibili possono essere mescolati in una massa di beni dello stesso tipo e qualità, nei limiti consentiti dal *warehouse receipt* (art. 24, "Duty to keep goods separate"). Il magazzino generale ha un privilegio ("lien", "privilege") sui beni e sui frutti, a garanzia dei costi del deposito dei beni, delle spese non previste ma ragionevoli necessarie per la conservazione dei beni, delle spese ragionevoli sostenute per la vendita dei beni conseguente al mancato pagamento di quanto spettantegli, di simili costi o spese a carico del possessore in relazione ad altri beni conservati nello stesso magazzino generale se così stabilito nel *warehouse receipt*. Tali diritti sussistono anche nei confronti dei terzi; tuttavia, nei confronti di un "portatore protetto" il privilegio è limitato ai costi e alle spese espressamente indicate nel *warehouse receipt* o, se nulla è stabilito nel *warehouse receipt*, ai costi di deposito a partire dal momento dell'emissione del documento (art. 25, "Lien of the warehouse operator").

L'operatore di magazzino deve consegnare i beni al portatore, o ad un terzo da questi indicato, se questi dia istruzioni all'operatore di magazzino di procedere alla consegna, gli consegna il *warehouse receipt* e paghi ogni somma residua dovuta all'operatore di magazzino a titolo di costi e spese; una volta effettuata la consegna, l'operatore di magazzino annulla il *warehouse receipt*

(art. 26, “Obligation of the warehouse operator to deliver”). Analoghe regole si applicano con riferimento all’ipotesi di consegna parziale dei beni, in misura proporzionale alla quantità dei beni consegnati (art. 27, “Partial delivery”).

L’operatore di magazzino, su richiesta del portatore, divide l’originario *warehouse receipt* in due o più *receipts* corrispondenti alla totalità dei beni prima coperti dall’originario *receipt*, dietro pagamento da parte del portatore degli eventuali costi dell’operazione (art. 28, “Split warehouse receipt”).

L’operatore di magazzino è esonerato dall’obbligo di restituzione de beni se e nella misura in cui si sia verificata la perdita o la distruzione per cause di cui egli non è responsabile, nel caso abbia venduto o comunque disposto dei beni in conformità con il privilegio ad egli spettante sui beni, qualora la consegna sia preclusa da un provvedimento del giudice o comunque da circostanze che vanno al di là del suo potere controllo (art. 29, “Exoneration from delivery obligation”).

L’art. 30 (“Termination of storage by the warehouse operator”) indica i casi e le modalità tramite le quali l’operatore di magazzino può porre termine al deposito.

3.3. Circolazione dei warehouse receipts e tutela dei protected holders

Il Capitolo III della Legge Modello (“Transfers and other dealings in negotiable warehouse receipts”, artt. 15-20) è di particolare rilevanza ai fini dell’incentivazione del sistema basato sui *warehouse receipts*, in quanto le relative disposizioni sono finalizzate a fare in modo che questi possano circolare di mano in mano con la garanzia che i creditori, in caso di mancato adempimento, possano effettivamente recuperare la somma di denaro ad essi spettante a prescindere dalle vicende di circolazione dei titoli⁵⁴.

Le disposizioni in esame si pongono in collegamento con lo strumento generale apprestato dall’UNCITRAL in materia di garanzie reali sul credito, la Legge Modello UNCITRAL *on secured transactions*, adottata nel 2016: entrambe le leggi modello perseguono la finalità di incentivare il credito, in generale e nello specifico caso dei *warehouse receipts* rispettivamente⁵⁵.

⁵⁴ V. § 59 della *Guide to Enactment*: la Legge Modello contiene una serie di disposizioni che danno fiducia ai finanziatori circa la possibilità effettiva di soddisfarsi sui beni, attribuendogli a tal fine la possibilità di agire in caso di inadempimento del debitore o dell’operatore di magazzino; tali disposizioni includono quelle volte a conferire alla ricevuta di magazzino lo status di *documents of title*, alla standardizzazione del contenuto della ricevuta di magazzino, alla definizione dei diritti e degli obblighi delle parti in una ricevuta di magazzino e alla specificazione delle modalità per l’emissione e il trasferimento della ricevuta di magazzino.

⁵⁵ Si legge nella relativa *Guide to Enactment* che l’obiettivo primario della legge Modello sulle *secured transactions* è quello di promuovere il credito diminuendone i costi e incrementando la disponibilità di garanzie (§ 16 della “Guide to Enactment to the Model law on Secured Transactions”, da qui in avanti *ST Guide to enactment*). Vedi anche gli altri documenti in materia di *secured transaction* elaborati dall’UNCITRAL: la *Legislative Guide UNCITRAL on Secured Transactions: Supplement on Security Interests in Intellectual Property* e sulla UNCITRAL

Più disposizioni della Legge Modello *on secured transactions* concernono, specificamente, le garanzie costituite mediante documenti rappresentativi delle merci, cui i *warehouse receipts* sono riconducibili⁵⁶ (vedi, in particolare: artt. 16⁵⁷; art. 26⁵⁸, per quanto concerne l'effettività rispetto ai terzi e art. 49, per quanto riguarda la priorità in caso di conflitto tra più creditori; art. 70, "Rights as against the issuer of a negotiable document", per quanto riguarda i diritti del creditore nei confronti dell'emittente). Per perseguire la finalità sopra dichiarata la Legge Modello *on secured transactions* – per limitarci a quanto è strettamente necessario premettere in questo contesto – indica due criteri ai fini dell'effettività del *security right* rispetto a terzi: la registrazione della garanzia nel registro pubblico, previsto dalla stessa Legge (qualora tale

Guide on the Implementation of a Security Rights Registry. Per quanto riguarda la disciplina delle secured transactions nelle procedure, la Legge modello si basa sulle raccomandazioni della *Legislative Guide UNCITRAL on Secured Transactions* e della *Legislative Guide UNCITRAL on Insolvency Law*. Le disposizioni della Legge Modello sulle *secured transactions* sono stanzialmente basate sulle raccomandazioni della *Secured Transactions Guide*, a propria volta basate sulla Convenzione ONU *on the Assignment of Receivables in International Trade Assignment Convention* (v. *Secured Transactions ML, Guide to Enactment*, § 14).

⁵⁶ V. § 128 della *Legislative Guide UNCITRAL on Secured Transactions* 2010, che menziona specificamente i *warehouse receipts*: "When a negotiable document, such as a bill of lading or a *warehouse receipt*, has been issued with respect to tangible assets and is outstanding, the document embodies the title to the identified tangible assets. As a result, title to the identified assets may pass by means of a transfer of the negotiable document. From this principle that the document embodies the asset, it follows that the creation of a security right in the negotiable document also operates as the creation of a security right in the tangible assets themselves, provided that the security right in the document is created while the assets are covered by the document (see recommendation 28). For this purpose, the assets are covered by the document if they are in the possession of the issuer of the document or an agent acting on behalf of the issuer of the document at the time the security right is created. Other than the requirement of possession by the issuer, there are no other prerequisites for creating a security right in a negotiable document that is effective between the parties beyond those discussed above (see paras. 12-33 above)" (corsivi Nostri). La garanzia sul titolo equivale a garanzia sui beni materiali da questo coperti: gli artt. 16 ("Negotiable documents and tangible assets covered by negotiable documents") e 26 ("Negotiable documents and tangible assets covered by negotiable documents") estendono, rispettivamente, la garanzia sul documento e l'effettività di questa verso terzi (alle condizioni stabilite), ai beni materiali coperti dal documento.

⁵⁷ Art. 16, "Negotiable documents and tangible assets covered by negotiable documents": "A security right in a negotiable document extends to the tangible asset covered by the document, provided that the issuer of the document is in possession of the asset at the time the security right in the document is created".

⁵⁸ Art. 26, "Negotiable documents and tangible assets covered by negotiable documents": "If a security right in a negotiable document is effective against third parties, the security right that extends to the tangible asset covered by the document in accordance with article 16 is also effective against third parties. 2. During the period when a negotiable document covers a tangible asset, a security right in the asset may also be made effective against third parties by the secured creditor's possession of the document. 3. A security right in a negotiable document that was effective against third parties by the secured creditor's possession of the document remains effective against third parties for [a short period of time to be specified by the enacting State] after the document or the asset covered by the document has been returned to the grantor or other person for the purpose of dealing with the asset".

registro sia stato istituito dallo Stato in considerazione) o il possesso del bene da parte del creditore; la registrazione rileva ai fini della opponibilità della garanzia reale ai terzi e quale base oggettiva da cui ricavare l'ordine di preferenza tra i creditori concorrenti.

Ciò premesso, gli artt. 15-17 delle Legge Modello *on warehouse receipts* concernono il trasferimento delle ricevute di magazzino, in forma cartacea o elettronica, e gli effetti del trasferimento.

L'art. 15 ("Transfer of a negotiable warehouse receipt") detta la regola generale sul trasferimento dei *warehouse receipts* negoziabili. Un *warehouse receipt* cartaceo può essere trasferito mediante *girata e consegna, se è stata emesso o girato all'ordine* della persona che lo trasferisce; *mediante la sola consegna, se è stata emesso al portatore o se è stato girato in bianco o al portatore*.

Un *warehouse receipt* elettronico può essere trasferito mediante trasferimento del controllo⁵⁹: equivalendo il "controllo" al possesso materiale, il trasferimento della ricevuta elettronica si realizza con il trasferimento del controllo.

L'art. 16 ("Rights of a transferee generally") stabilisce quali diritti acquisti il destinatario del trasferimento: nei confronti dell'operatore di magazzino, il *transferee* acquista il diritto alla custodia dei beni e alla loro consegna, da parte dello stesso operatore, in conformità con le condizioni sottostanti al *receipt*; acquista altresì tutti i diritti sul *receipt* e sui beni che il *transferor* era in grado di trasferire.

L'art. 17 ("Protected holder of a negotiable warehouse receipt") stabilisce i requisiti in base ai quali determinare lo status di "portatore/possessore protetto" ("protected holder", "porteur protégés") di un *warehouse receipt* negoziabile, status che è rilevante al fine dei diritti sanciti dal successivo art. 18 ("Rights of a protected holder of a negotiable warehouse receipt"). È portatore protetto colui al quale la ricevuta di magazzino sia stata trasferita in conformità con l'art. 15, che abbia agito in buona fede e senza conoscenza della sussistenza di alcun diritto o pretesa sulla ricevuta o sui beni da questa coperti, né di alcuna eccezione da parte di altra persona diversa dall'operatore di magazzino; il trasferimento del *receipt*, inoltre, deve aver avuto luogo nell'ambito dell'attività commerciale o finanziaria delle parti. Si specifica altresì che l'eventuale registrazione delle pretese avanzate da terzi sul registro istituito in conformità con la disciplina di cui alla Legge Modello UNCITRAL *on secured transactions* – là dove tale registro sia stato istituito – non equivale alla conoscenza effettiva ("constructive knowledge") ai fini di cui sopra (e non esclude, pertanto, la buona fede)⁶⁰.

L'emissione di un *warehouse receipt* da un operatore di magazzino all'ordine di una persona diversa dal depositante, equivale al trasferimento della *receipt* a tale persona in conformità con l'art. 15 al fine di stabilire se quella

⁵⁹ Una ricevuta di magazzino che è girata esclusivamente ad una persona indicata senza le parole "all'ordine" o equivalenti, è considerata ricevuta di magazzino non negoziabile.

⁶⁰ V. *Guide to Enactment*, § 126.

persona sia un *protected holder* (art. 17, par. 3). Tale disposizione facilita la concessione di finanziamenti in quanto fa sì che i finanziatori possano richiedere ai propri clienti di fare in modo che la ricevuta venga emessa a loro ordine (*Guide to Enactment*, § 127).

Una volta precisato chi possa vantare lo status di *protected holder*, la Legge Modello (art. 18, “Rights of a protected holder of a negotiable warehouse receipt”) stabilisce quali siano i diritti che a questi competono. Il fatto che l’ordinamento giuridico riconosca formalmente che il *protected holder* acquista la proprietà dei beni mediante il trasferimento della ricevuta può giovare alla certezza giuridica e accrescere la fiducia dei finanziatori; si prende atto, tuttavia, che in alcuni ordinamenti il trasferimento della ricevuta non implica l’automatico trasferimento del diritto di proprietà (*Guide to enactment*, § 127). Pertanto, sul punto, la legge Modello presenta agli Stati due soluzioni alternative, in modo da consentire ad essi di optare per quella che meglio rifletta la natura dei diritti acquistati dal *protected holder* del *document of title* sui beni coperti dal *receipt* nell’ambito del proprio sistema di diritto interno.

1) Un *protected holder* di un *warehouse receipt* negoziabile acquista la proprietà (“ownership”) del *receipt* e dei beni da questo coperti, e il beneficio dell’obbligazione (“the benefit of the obligation”) da parte dell’operatore di magazzino nei suoi confronti di custodire (“to hold”) e consegnare i beni in conformità con i termini sottostanti al *receipt*, liberi da ogni diritto, pretesa o eccezione da parte dell’operatore di magazzino o di qualunque altra persona, e fatti salvi i diritti, pretese o difese derivanti dai termini del *receipt* o in base alla stessa Legge Modello.

2) Un *protected holder* di un *warehouse receipt* negoziabile acquista (a) la proprietà della ricevuta e il beneficio delle obbligazioni dell’operatore di magazzino di tenere e consegnare i beni in conformità con le condizioni sottostanti al *receipt*; e (b) i diritti sui beni che acquisterebbe mediante il trasferimento del possesso materiale dei beni in base al diritto dello Stato in considerazione, liberi da ogni pretesa o difesa dell’operatore di magazzino o di qualsiasi altra persona, fatta eccezione per qualsiasi pretesa o eccezione dell’operatore di magazzino derivante dalla stessa ricevuta o riconosciuta dalla Legge Modello.

La Legge Modello, dunque, fa una distinzione tra il trasferimento dei diritti sul *receipt* nei confronti del *protected holder* e il trasferimento, a favore dello stesso, dei diritti sui beni. In alcuni ordinamenti il trasferimento della proprietà dei beni realizzato tramite trasferimento della ricevuta esporrebbe il proprietario alla perdita del diritto sui beni qualora il depositante non avesse su di questi la proprietà. La opzione n. 2 è concepita con riferimento a tale situazione: il *protected holder* acquista la proprietà sul *receipt*, ma non acquista necessariamente anche la proprietà sui beni, dipendendo tale effetto da quanto previsto dal diritto applicabile nell’ordinamento in considerazione (*Guide to Enactment*, § 130).

La tutela del *protected holder* è ulteriormente rafforzata in quanto i diritti che gli spettano in quanto tale non sono compromessi qualora si verifichino

delle circostanze che potrebbero altrimenti inficiare il trasferimento (e la cui elencazione non è esaustiva, potendo il diritto interno prevederne delle ulteriori; *Guide to Enactment*, § 131). I diritti del *protected holder* sussistono, infatti, anche nel caso in cui il trasferimento del *warehouse receipts*, o qualsiasi precedente trasferimento, sia avvenuto in violazione degli obblighi gravanti sul trasferente (“breach of duty by the transferor”); se il precedente *holder* della ricevuta aveva perso il controllo o il possesso del *receipt* in conseguenza di dolo, violenza, furto, o erronee dichiarazioni (“misrepresentations”), errore, incidente o simili circostanze; se i beni o il *receipt* erano stati precedentemente venduti, trasferiti o vincolati in garanzia a favore di un terzo (art. 18, par. 2).

Anche il paragrafo 3 dell’art. 18 mira a rafforzare la posizione del *protected holder*: non sono a quest’ultimo opponibili i diritti vantati da terzi sul *receipt* o sui beni da questo coperti, che derivino da riserva di proprietà, garanzia o altro equivalente; si delega ai singoli Stati il compito di tradurre con la terminologia appropriata nel rispettivo ordinamento le garanzie in considerazione⁶¹.

Il paragrafo 4 dello stesso art. 18 stabilisce che i diritti del *protected holder* non sono soggetti ad alcun altro diritto che si fondi su una sentenza concernente qualsiasi terzo; e che l’operatore di magazzino non è obbligato a consegnare i beni ad un terzo che ne faccia richiesta sulla base di tale sentenza, ammenoché il *receipt* sia consegnato allo stesso operatore di magazzino.

L’art. 19 (“Third-party effectiveness of a security right”) determina le condizioni alle quali il *warehouse receipt* produce effetti verso terzi, distinguendo tre ipotesi (delle quali la prima è eventuale): a) registrazione nel registro istituito ai sensi della legge specificata dallo Stato (se un registro sia stato istituito)⁶²; b) nel caso di *negotiable warehouse receipt* in forma elettronica, mediante acquisizione del controllo da parte del creditore garantito; c) nel caso di *negotiable warehouse receipt* in forma cartacea, mediante acquisizione del possesso da parte del creditore garantito.

Sul punto, come già rilevato sopra, il quadro giuridico di riferimento è quello di cui alla Legge Modello UNCITRAL *on Secured Transactions*, la quale indica, quali criteri rilevanti ai fini dell’effettività della garanzia nei confronti dei terzi, la registrazione nel registro (qualora tale registro sia stato istituito dallo Stato in considerazione) o il possesso da parte del creditore. La *Guide to Enactment* alla legge Modello sui *warehouse receipts* esprime l’auspicio che gli Stati membri diano attuazione alla Legge Modello sulle garanzie reali, la quale prevede numerose regole concernenti i titoli negoziabili (art. 16 per quanto riguarda la creazione, art. 26 per quanto riguarda l’effettività nei

⁶¹ “The rights of a protected holder of a negotiable warehouse receipt under paragraph 1 are not subject to [the enacting State specifies any *retention-of-title, security or equivalent right*] that any person may have in or in relation to the goods covered by the receipt”; corsivi Nostri.

⁶² Non tutti gli Stati potrebbero possedere un registro per le notifiche con riferimento ai diritti di garanzia del tipo delineato nel cap. IV della Legge Modello UNCITRAL *on Secured Transactions*.

confronti di terzi, l'art. 49 per quanto riguarda la priorità, art. 70 per quanto riguarda i diritti nei confronti dell'emittente di un documento negoziabile), ivi inclusi i *warehouse receipts* (§ 135⁶³).

L'art. 20 ("Representations by a transferor of a negotiable warehouse receipt") stabilisce che colui che trasferisce un *warehouse receipt* negoziabile garantisce ("represents", "garantit") che il *receipt* è autentico, e che chi trasferisce il *receipt* non è a conoscenza di alcun fatto che potrebbe inficiare la validità del *receipt*, il valore dei beni coperti dal *receipt* o l'effettività del trasferimento del *receipt* e dei diritti sui beni coperti, fatto salvo quanto reso noto al destinatario del trasferimento.

L'art. 21 ("Limited representation by intermediaries") stabilisce che un intermediario cui un *warehouse receipt* sia stata affidato da un terzo (per esempio una banca: vedi *Guide to Enactment*, § 140) può esercitare tutti i diritti derivanti dal *receipt*, ma tale intermediario, nel trasferire il *receipt*, garantisce unicamente che egli è a ciò autorizzato e non fornisce le garanzie indicate all'art. 20.

L'art. 22 ("Transferor not responsible for the warehouse operators' performance") stabilisce che la persona che trasferisce un *warehouse receipt* negoziabile non garantisce, con il trasferimento, l'adempimento da parte dell'operatore di magazzino di nessuna delle obbligazioni incorporate nel *receipt*.

3.4. *I pledge bonds*

Il "pledge bond" ("certificat de gage", corrispondente alla nota di pegno italiana) è emesso dal magazzino generale in forma elettronica o cartacea; è attaccato originariamente al *warehouse receipt*, ma può essere da questo distaccato; è emesso dall'operatore di magazzino e da lui firmato. Esso attesta l'esistenza del diritto del portatore al pagamento di una somma di denaro e ne indica l'ammontare, e attribuisce al portatore un diritto di garanzia reale ("security right", "sûretés mobilières") sui beni rappresentati dal *warehouse receipt*. Il documento deve specificare la propria natura di "pledge bonds", in modo da non essere confuso con il *warehouse receipt*, e riportare le stesse indicazioni riportate su quest'ultimo (art. 32, "Issuance and form of a pledge bond", par. 1-2).

Deve considerarsi portatore ("holder", "porteur") di un *pledge bond* emesso al portatore o in bianco, colui che ne abbia il controllo (qualora sia stato emesso in forma elettronica, in conformità con i requisiti di affidabilità di cui all'art. 6, par. 3), o colui che ne abbia il possesso (in caso di documento

⁶³ La nota 23 della *Guide to Enactment* (§ 135) rinvia agli studi e ai lavori preparatori per indicazione più dettagliate sulle disposizioni che dovrebbero essere inserite nelle discipline nazionali sulle garanzie mobiliari per facilitare l'uso dei *warehouse receipts* come garanzia.

in forma cartacea). Se il *pledge bond* è emesso a nome di una data persona, il portatore è tale persona o l'ultimo giratario che abbia il controllo o il possesso del documento (trattandosi, rispettivamente, di documento emesso in forma elettronica o cartacea) (art. 32, par. 3). Si applicano ai *pledge bonds* le disposizioni (artt. 5-14) che si applicano ai *warehouse receipts* (fatta eccezione per l'art. 10, par 1, concernente le indicazioni che devono essere inserite nel *warehouse receipt*; art. 32, par. 4).

I diritti del possessore del *warehouse receipt* sono soggetti ai diritti del possessore del *pledge bond*; il portatore del *warehouse receipt* può pagare l'ammontare garantito mediante il *pledge bond* al portatore di quest'ultimo anche prima del termine, ottenendo in tal caso la consegna del *pledge bond* da parte del portatore; se il debito garantito non viene pagato entro la scadenza, il portatore del *pledge bond* può far valere la sua garanzia sui beni, secondo quanto stabilito dalla legge dello Stato (art. 33, "Effect of a pledge bond"). Pertanto, anche con riferimento alle modalità tramite le quali il creditore insoddisfatto può far valere la garanzia reale si fa rinvio alla legge dello Stato.

Il *pledge bond* può essere trasferito con il *warehouse receipt* o separatamente. Quando è trasferito separatamente, trasferisce i diritti di cui al pagamento della somma in esso indicata e un diritto reale sui beni coperti dal *receipt*. Il primo portatore del *pledge bond* che lo trasferisca separatamente dal *warehouse receipt* deve fare in modo che l'ammontare garantito e la scadenza per il pagamento del debito siano inseriti nel documento e che analoghe indicazioni siano trascritte nel *warehouse receipt* e che una copia di quest'ultimo, con analoghe indicazioni, sia consegnata all'operatore di magazzino (art. 34, "Transfers and other dealings"). Prima della data prevista per il pagamento del debito nell'ammontare stabilito dal *pledge bond*, il *warehouse receipt* può essere frazionato in due o più *warehouse receipts* (ex art. 25) soltanto a seguito di richiesta congiunta del possessore del *warehouse receipt* e del *pledge bond* (art. 35, "Rights and obligation of the warehouse operator"); prima della stessa data, l'operatore di magazzino può consegnare soltanto tutta o una parte dei beni dietro presentazione sia del *warehouse receipt*, sia del *pledge bond*, corrispondenti alla partita o alle partite di cui si chiede la consegna. Dopo la data prevista per il pagamento, l'operatore di magazzino deve consegnare i beni dietro presentazione del *pledge bond* a prescindere dalla consegna del *warehouse receipt* (art. 35, "Rights and obligations of the warehouse operator")⁶⁴.

⁶⁴ Se il *pledge bond* è stato trasferito separatamente dal *warehouse receipt*, l'operatore del magazzino deve soltanto distaccare il *warehouse receipt* in conformità con l'art. 28 se entrambi le parti ne facciano richiesta (portatore del *warehouse receipt* e del *pledge bond*).

4. La complessità dell'armonizzazione nell'interazione tra disciplina dei titoli, disciplina delle garanzie mobiliari e fattori extragiuridici

La Legge Modello sulle ricevute di magazzino è dichiaratamente indirizzata prima di tutto ai paesi 'in via di sviluppo' dell'Africa, dell'Europa centrale e orientale e dell'Asia; i paesi di 'tradizione occidentale' possiedono delle discipline che, salve lacune, incertezze e necessità di modernizzazione, sono *prima facie* coerenti, per struttura e contenuti, con quella proposta dalla Legge Modello. Quest'ultima, come è fisiologico, si è basata sulle loro più mature esperienze: basti il confronto tra la Legge Modello, da una parte, e la disciplina francese e quella italiana come sopra descritte (nonché con quella statunitense, cui si è sopra soltanto accennato).

Le maggiori potenzialità di utilizzo proficuo dei *warehouse receipts* sussistono per quelli emessi e trasferibili in forma elettronica, che, oltre a circolare con estrema facilità (salva la necessità di prevenire frodi e falle nel sistema tecnologico di supporto), possono veicolare, in forma standardizzata, informazioni di vario tipo sul prodotto (quali, per esempio, quelle sulla sua origine e composizione), ulteriori rispetto a quelle richieste per la loro emissione e circolazione quali documenti rappresentativi e quali garanzie del credito.

Come evidenziato negli studi promossi dalle istituzioni sovranazionali che si sono interessate al tema e che hanno preparato il terreno all'adozione della Legge Modello, la presenza di regole armonizzate è un tassello necessario, ma non sufficiente, per costruire un adeguato sistema di *warehousing* e *warehouse receipts*⁶⁵. Il successo del sistema presuppone la partecipazione attiva – e quindi il coinvolgimento preventivo – di tutti gli anelli della catena, che sono attori sia pubblici, sia privati (operatori istituzionali, quali governi e autorità di regolazione, banche, finanziatori in genere, operatori di magazzino, fornitori di materie prime, imprese assicuratrici). Rilevano in larga misura fattori extragiuridici⁶⁶ (anche a voler prescindere dai condizionamenti determinati dal

⁶⁵ A *guide to warehouse receipt financing reform*, cit., p. 5: "The process of developing a Warehouse Receipt System (WRS) is almost as critical to the system's success as the content of the law and regulations supporting it"; p. 7: Principle 3: Regulation by itself cannot ensure that a WRS would function properly; trust in the system is key; stakeholder engagement will be a determining factor in ensuring success" ("Module 4. The Warehouse Receipt Financing Reform Process").

⁶⁶ Per una efficace rappresentazione v. H.D. GABRIEL, *Warehouse receipts and securitization in agricultural finance*, in *Uniform Law Review*, 17 2012 (1-2), pp. 369-376: "... no amount of model laws and principles to govern warehouse receipts or any other aspect of agricultural production can be effective or overcome otherwise deficient physical facilities or inadequate markets"; occorre che vi sia un surplus di produzione (e se il surplus è necessario per creare beni che possano essere utilizzati per finanziare lo sviluppo della produzione agricola, la produzione agricola è necessaria per generare il surplus); i *warehouses* sono costosi e occorre capitale per costruirli e mantenerli operativi; possono esservi problemi di elettricità, frodi, furti ...; infine, occorrono mercati per i prodotti agricoli (locali, nazionali o internazionali) che siano capaci di generare fiducia rispetto alle banche e agli altri finanziatori ...

quadro geopolitico, estremamente incerto). Le iniziative da intraprendere ai vari livelli dovrebbero essere precedute da studi di fattibilità, che individuino la concreta situazione a livello locale e consentano di stabilire se sussistano le condizioni per un intervento normativo utile⁶⁷. Le valutazioni dipendono dalla situazione di mercato, nel senso più ampio, e del prodotto di riferimento.

La Legge Modello può concorrere a ridurre i rischi inerenti all'incertezza del quadro giuridico e alla custodia dei beni, fornendo una risposta positiva agli interrogativi che si pongono i finanziatori per quanto concerne, da una parte, il riconoscimento giuridico delle ricevute di magazzino come *documents of title* e l'effettività della garanzia sui titoli e sui beni, anche rispetto ad altri creditori, e, dall'altra, per quanto riguarda l'effettiva presenza, la qualità e il valore dei beni depositati. In tal modo, indirettamente, la disciplina giuridica può concorrere alla rimozione degli altri ostacoli, di natura non strettamente tecnico-giuridica, ad una più ampia utilizzazione del sistema di *warehouse receipts*, secondo un circolo virtuoso.

Ragionando nella prospettiva dell'armonizzazione del diritto delle garanzie mobiliari, si tratta di verificare se i diritti dei finanziatori siano sufficientemente garantiti mediante le regole che governano la circolazione, l'opponibilità e l'*enforcement* delle garanzie sui *warehouse receipts*. Nel sistema di *soft law* predisposto dall'UNCITRAL, il quadro di riferimento è la Legge Modello *on secured transactions* (e gli altri strumenti ad essa complementari), la quale, per superare la molteplicità dei regimi di garanzia reale mobiliare, propone una disciplina che copra le garanzie su tutte le tipologie di beni mobili, materiali e immateriali (quali beni, crediti, conti bancari, strumenti negoziabili, documenti negoziabili, titoli non intermediati e proprietà intellettuale), con poche eccezioni⁶⁸. Il criterio rilevante ai fini dell'opponibilità delle garanzie rispetto ai terzi, e, al tempo stesso, la base oggettiva per determinare le priorità nel caso di più creditori concorrenti, è dato dall'iscrizione in un apposito registro accessibile al pubblico⁶⁹; e – anche da ciò – l'utilità di un raffronto con

⁶⁷ La parte III del documento *A guide to warehouse receipt financing reform*, cit., p. 26 ss., ha ad oggetto il "readiness assessment", volto a stabilire se vi siano le condizioni, in un dato stato, per l'introduzione di una riforma, e, quindi, la procedura da seguire, ciò che richiede il coinvolgimento degli stakeholders e la creazione di un gruppo di lavoro che sia in grado di orientare il processo.

⁶⁸ A tal fine la Legge Modello segue un approccio unitario, bastato su un criterio funzionale: sono garanzie reali tutti i meccanismi e che soddisfino finalità di garanzia, a prescindere dal *nomen iuris* (ivi inclusi, per esempio, la vendita con riserva di proprietà o il leasing finanziario, per menzionare quelle risultate, soprattutto in passato, più controversi sotto il profilo della opponibilità).

⁶⁹ Analogo criterio è previsto nella Convenzione di Cape Town del 2001 relativa alle garanzie internazionali su beni mobili strumentali ("Convention on International Interests in Mobile Equipment"), stipulata sotto gli auspici dell'UNIDROIT e dell'Organizzazione dell'aviazione civile internazionale (ICAO). La Convenzione cerca di rafforzare le garanzie su beni mobili strumentali di alto valore, per facilitare la concessione di finanziamenti; la varietà di approcci dei diversi sistemi giuridici rispetto alle garanzie, e, in particolare, ai contratti con riserva di proprietà e di leasing, crea incertezza e rende gli istituti di credito meno disposti a fornire fi-

l'esperienza maturata, nel contesto statunitense, in relazione all'art. 9 UCC, e, *mutatis mutandis*, attorno alla Convenzione di Cape Town del 2001 sulle garanzie internazionali su beni mobili strumentali ed ai suoi quattro protocolli⁷⁰.

Il quadro che emerge dalle esperienze dei diversi ordinamenti in materia di garanzie mobiliari è frammentario⁷¹. In numerosi ordinamenti le garanzie reali mobiliari e/o la *species* delle garanzie reali sui prodotti agroalimentari sono state oggetto di interventi normativi, di portata molto ampia e/o settoriale, dai quali emerge la netta tendenza (come meglio esemplifica il caso della Francia⁷², seguita del Belgio⁷³, e come è riscontrabile anche in Italia, sia pure in modo frammentario) ad abbandonare la necessità dello spossessamento ai fini della costituzione della garanzia reale mobiliare (e ad affidare la pubblicità

nanziamenti per tali beni. La Convenzione contiene, tra le altre, disposizioni sulla costituzione e gli effetti di una garanzia internazionale ("international interest") su determinate categorie di beni mobili strumentali, quali specificate in quattro protocolli, riguardanti - rispettivamente - il materiale aeronautico, il materiale rotabile ferroviario ed i beni spaziali, il materiale minerario, agricolo e da costruzione (MAC).

⁷⁰ A. VENEZIANO, *La Convenzione di Cape Town relativa alle garanzie internazionali su alcuni beni mobili strumentali: vero un diritto uniforme delle garanzie mobiliari internazionali?*, in *Il protocollo aeronautico annesso alla convenzione relativa alle garanzie internazionali su beni mobili strumentali* (Città del Capo, 16 novembre 2001), a cura di L. Tullio, Padova, 2005, pp. 42-64; C. MOONEY - M. DUBOVEC - W. BRYDIE-WATSON, *The mining, agricultural and construction equipment protocol to the Cape Town Convention project: The current status*, in *Uniform Law Review*, 2019, pp. 332-360; A. VENEZIANO - W. BRYDIE-WATSON, *A Modern international approach to equipment financing in Africa: the Cape Town Convention and its Protocols*, in *Secured transactions law reform in Africa*, M. Dubovec - L. Gullifer eds., London, 2019, pp. 377-394.

⁷¹ Anche per un completo quadro comparatistico v. A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, Milano, 2000 e A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano, 2001. Con riferimento alle garanzie nel mercato agroalimentare v. i contributi nel volume a cura di S. Landini - N. Lucifero, *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura*, Torino, 2023; nonché, da ultimo, G. MARINO, *Garanzie reali mobiliari e credito agroalimentare*, Napoli, 2025.

⁷² In Francia il diritto delle garanzie è stato profondamente riformato, a più riprese (a partire dall'*Ordonnance* n° 2006-346 del 23 marzo 2006 *relative aux sûretés*, che ha determinato l'inserimento nel *code civil* di un nuovo libro IV, la cui struttura è rimasta invariata anche dopo la più recente e significativa riforma attuata con l'*ordonnance* n° 2021-1192 del 15 settembre 2021); per effetto della riforma del 2006, in particolare, il pegno può essere costituito anche senza spossessamento; la pubblicità si attua sul "Registre unique des sûretés mobilières et autres opérations connexes".

⁷³ Anche il Belgio, similmente alla Francia, ha riformato le garanzie reali nel 2013, istituendo un registro per tutte le garanzie reali mobiliari: v. *Loi* 11 luglio 2013 "modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière", in vigore dal 1° gennaio 2018. Cfr. M. VRANCKEN, *Actualités et perspectives du warrant*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2013, 2, p. 187 ss., per una interessante descrizione del diritto e della prassi precedenti la riforma delle *sûretés*: il sistema basato sul "warrant-cédula" (la cui prima disciplina risale alla legge 18 novembre 1862 *portant institution du système des warrant*) sarebbe (stato) emblematico delle difficoltà del sistema di garanzie mobiliari belga, in conseguenza della coesistenza di diversi regimi e della sua rigidità (e il limitato spazio accordato alla volontà delle parti). V. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Pegno non possessorio: garanzia reale anomala. Uno studio di diritto comparato*, in *Rev. Boliv. de Derecho*, n. 37, 2024, pp. 224-261, per un quadro di sintesi aggiornato sul pegno senza spossamento in Italia e per riferimenti ad alcune fattispecie previste in altri ordinamenti.

a registri, generali o settoriali) e ad adottare un criterio funzionale ai fini della qualificazione di una data operazione in termini di garanzia⁷⁴.

Tutto ciò premesso, la Legge Modello sui *warehouse receipts* è un tassello nella costruzione di un quadro armonizzato di regole sui *warehouse receipts* e costituisce un punto di riferimento per i paesi (‘in via di sviluppo’) – e per i mercati (materie prime agroalimentari) cui è primariamente indirizzata – e che sono maggiormente impegnati nei processi di riforma necessari a renderli maggiormente competitivi. E’, al tempo stesso, un contributo allo sforzo di armonizzazione delle regole sulle garanzie mobiliari e un’occasione di riflessione sui limiti e i margini di miglioramento degli ordinamenti interni. Per cercare di valutare il potenziale impatto concreto della Legge Modello⁷⁵, occorrerebbe ricostruire e comprendere, nei limiti del possibile, il funzionamento delle operazioni di finanziamento nella prassi commerciale, tenuto conto delle specificità dei diversi mercati delle materie prime e del peso delle tipologie di garanzie concorrenti⁷⁶.

⁷⁴ In generale, con riferimento all’Africa, v. l’*Acte uniforme portant organisation des sûretés*, adottato dall’OHADA (*Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, sistema giuridico sovranazionale nato per unificare e modernizzare il diritto commerciale in 17 Paesi dell’Africa subsahariana) il 17 aprile 1997 è poi da un nuovo *Acte uniforme* adottato il 15 dicembre 2010. V. *L’acte uniforme portant organisation des sûretés, sous la direction di J.J. Ansault - P. Crocq*, Paris, 2023; M. DUBOVEC - L. GULLIFER, *Secured Transactions Law Reform in Africa*, London, 2019. Con riferimento all’Asia, L. Gullifer - D. Neo (eds), *Secured transactions law in Asia: principles, perspectives and reform*, London, 2022.

⁷⁵ La comparazione tra le discipline dei diversi ordinamenti potrebbe non essere determinante ai fini del giudizio. Nel diritto interno e nella prospettiva sovranazionale potrebbero riscontrarsi dei problemi di disciplina nella circolazione dei *warehouse receipts*: sia la risalente dottrina italiana, sia quella francese, hanno evidenziato, per esempio, la poca chiarezza delle regole sull’esercizio delle azioni disponibili al creditore insoddisfatto e l’individuazione degli stessi soggetti verso cui agire in rivalsa; l’incertezza circa l’effettività della garanzia potrebbe scoraggiare i finanziamenti. Tuttavia, l’eventuale insuccesso dei *warehouse receipts* potrebbe non essere imputabile a tali carenze normative, ma derivare, come evidenziato nei diversi studi in materia, da altri fattori, giuridici o extra-giuridici: per esempio, il mercato potrebbe offrire garanzie maggiormente competitive; potrebbe mancare il necessario supporto istituzionale in un paese in via di sviluppo; potrebbero mancare le infrastrutture).

⁷⁶ Le considerazioni e constatazioni di P. ABBADESSA (*Note sulla doppia dichiarazione dei titoli di deposito*, cit., p. 310), pur se risalenti al 1966 e incentrate sul contesto italiano, valgono a fortiori, nell’attuale mercato globalizzato: “Certamente una ricostruzione completa ed esauriente dell’attuale prassi commerciale è pressoché impossibile, dal momento che in pratica la circolazione dei titoli e le forme in cui essa avviene sono il risultato di un complesso di fattori diversi e contrastanti, che mutano in relazione a merci e mercati. E’ tuttavia possibile individuare alcuni fenomeni che, pur valutati con l’opportuna cautela, possono dirsi generali”.

Abstract [Ita]

Nel 2024, l'UNCITRAL e l'UNIDROIT hanno adottato congiuntamente una Legge Modello “on warehouse receipts” (“ricevute di magazzino”). L'obiettivo principale della Legge Modello è quello di agevolare, attraverso le ricevute di deposito, l'accesso al credito per i piccoli produttori agricoli dei paesi in via di sviluppo. La normativa italiana prevede una serie di disposizioni che disciplinano la stessa materia trattata dalla Legge Modello (“magazzini generali”, “fedi di deposito” e “note di pegno”), introdotte nella seconda metà del XIX secolo ad imitazione del modello francese, a sua volta ispirato all'esperienza inglese. Tuttavia, attualmente in Italia le ricevute di deposito sembrano essere un retaggio del passato. Questo articolo delinea brevemente la normativa italiana e i suoi precedenti; presenta gli obiettivi e i contenuti principali della Legge Modello; infine, colloca la Legge Modello nel più ampio contesto dell'armonizzazione delle garanzie reali mobiliari.

Parole chiave: warehouse receipts; warrant; Legge Modello.

Abstract [Eng]

In 2024, UNCITRAL and UNIDROIT jointly adopted a Model Law on Warehouse Receipts. The Model Law's primary purpose is to facilitate access to credit for small-scale agricultural producers in developing countries through warehouse receipts. Italian law has a set of provisions governing the same subject matter dealt with by the Model Law (“magazzini generali”, “fedi di deposito” and “note di pegno”), which was originally introduced following the French model, which in turn was inspired by the English experience. However, nowadays in Italy warehouses receipts seems to be a relic of history. This article briefly outlines the Italian regulation and its precedents, then presents the Model Law's objectives and its main contents; finally, the Model Law is placed within the broader context of the harmonization of secured transactions law.

Keywords: warehouse receipts; warrant; Model Law.

L'Ars loquendi dell'avvocato

Prime considerazioni tra deontologia e tecnica della persuasione giudiziaria

Marco Manna

Sommario: 1. Premessa. – 2. ‘*Bene dicendi scientia*’ e arte di ottenere ragione: esigenze a confronto nella società romana. – 3. Principi “deontologici” dell’oratore romano. – 4. La “credibilità etica” – 5. L’eredità della retorica classica nella deontologia forense. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa

Scrivi Quintiliano: *eum qui sit orator virum bonum esse oportere*¹. Il rapporto tra teoria e pratica forense è un tema sensibile, non fosse altro perché l’avvocatura viene talvolta additata come la categoria degli “azzeccagarbugli” di manzoniana memoria²: gente capace di parlare abilmente, e perciò capace anche di mistificare la verità.

Quel che il *quivis de populo* spesso non sa è che l’avvocato è sottoposto a precise regole di condotta, che costituiscono l’Ordinamento deontologico forense. Regole che talvolta possono apparire vaghe e poco incisive, ma che rivestono, invece, una capitale importanza per lo sviluppo, l’efficienza e, soprattutto, la credibilità di una professione essenziale per lo stato di diritto. D’altronde, per citare Remo Danovi, la deontologia contribuisce a rendere «l’immagine dell’avvocato e il suo riflesso»³; quest’ultimo, a mio sommosso avviso, da individuarsi nella giustizia e nella sua concreta applicazione, a sua volta specchio della società in cui viviamo. E se, sotto questo profilo, qualcuno – forse il medesimo *quivis de populo* – volesse obiettare che *mala tempora currunt*, a maggior ragione è opportuno rinsaldare il ruolo dell’avvocatura, proprio a partire dai principi etico-professionali.

La stringente attualità di tali considerazioni appare chiaramente nelle parole con le quali Francesco Greco, attuale presidente del Consiglio Nazionale

¹ Quint., *Instit. Orat.*, XII, 1, 3.

² Proprio sul richiamo alla figura manzoniana, si segnalano le riflessioni di A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell’azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell’avvocato*, Napoli 2009.

³ R. DANОВI, *L’immagine dell’avvocato e il suo riflesso*, Milano 1995.

Forense, ha salutato l'approvazione in prima lettura da parte della Camera dei Deputati del testo della riforma ordinamentale: «una legge forense che rafforza l'avvocato e perciò il cittadino»⁴.

È in questo contesto che ci si può chiedere dove affondino le radici della moderna deontologia professionale forense⁵. È noto che a Roma antica il foro fosse “abitato” dagli oratori, precursori dei moderni avvocati, che esercitavano la parola seguendo i canoni dell'arte retorica.

Nel presente contributo, proverò a mettere a profitto i precetti oratori per cercare di individuare la “matrice” di alcuni principi deontologici. Così facendo, confido di riuscire a mettere in luce alcuni significativi punti di contatto tra l'esperienza antica e la professione moderna e di offrire un diverso punto di vista su di una disciplina che è innanzitutto utile, anzi, necessaria.

2. *'Bene dicendi scientia' e arte di ottenere ragione: esigenze a confronto nella società romana*

Il punto di partenza non può che identificarsi in un quesito: gli antichi romani avevano una deontologia professionale forense? Questa è la prima domanda da porsi, entrando direttamente *in medias res*, se si intenda ricercare le radici della moderna deontologia forense nella precettistica dell'oratoria classica. La risposta potrebbe apparire tanto semplice quanto scoraggiante: no. Almeno, non nel senso proprio in cui intendiamo la deontologia oggi⁶: un insieme di regole, solitamente scritte, a garanzia della buona condotta professionale e presidiate da sanzioni giuridiche⁷.

⁴ Intervista di Enrico Novi, consultabile su *Il Dubbio news* all'indirizzo <https://www.ildubbio.news/news/interviste/50839/una-legge-forense-che-rafforza-lavvocato-e-percio-il-cittadino.html>, pubblicata il 27 maggio 2026.

⁵ Attualmente, la deontologia professionale forense è disciplinata dal Codice Deontologico Forense, approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 241 del 16 ottobre 2014, così come da ultimo modificato con delibera del Consiglio Nazionale Forense n. 636 del 21 marzo 2025, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 202 del 1° settembre 2025. Il Codice è stato redatto in forza e nel rispetto di quanto previsto dalla c.d. Legge Professionale Forense (Legge 31 dicembre 2012, n. 247). Si fa presente che in data 22 luglio 2026 è stato approvato in via definitiva dal Senato, dopo aver passato il vaglio della Camera lo scorso 26 maggio, il disegno di legge delega per la riforma organica dell'ordinamento della professione forense (a.s. 1917; C. 2692). Il disegno di legge incarica il Governo di adottare, su proposta del Ministro della Giustizia e sentito il Consiglio Nazionale Forense, uno o più decreti legislativi attuativi entro 6 mesi dall'entrata in vigore.

⁶ J.-M. DAVID, *Déontologie de l'assistance judiciaire de la fin de la République romaine au Haut-Empire*, in *L'assistance dans la résolution des conflits*, I, *L'antiquité*, Bruxelles 1996, p. 91: «contrairement à ce que l'on pourrait penser a priori, les règles de déontologie en matière d'assistance judiciaire n'étaient pas, sous la République romaine, fixées une fois pour toutes».

⁷ R. DANOVI, *Corso di ordinamento e deontologia forense*, Milano 2000, p. 251. Per dirla con le parole di Padoa Schioppa, infatti, la deontologia si può definire come una «materia razionalmente disciplinata» corroborata da «possibili sanzioni in caso di inosservanza» (A. PADOA SCHIOPPA, *Tra storia e deontologia una vita nelle istituzioni forensi*, in *La previdenza forense*,

La soluzione del quesito è, invece, ben più complessa, perché sarebbe senz'altro fallace sostenere che gli oratori romani, antenati dei moderni avvocati, non dovessero rispettare delle regole di condotta⁸.

Oggi come allora, il fulcro dell'esperienza forense è rappresentato dalla retorica, che però può prestarsi a scopi radicalmente diversi e configurarsi in due sensi diametralmente opposti: arte retorica, nella sua accezione più nobile di *bene dicendi scientia*⁹; "arte" di ottenere ragione, a tutti i costi, riecheggiando Schopenhauer¹⁰.

n. 1, 2019, p. 60). Particolarmente rilevante è il carattere giuridico di queste sanzioni, che rappresenta uno dei cardini per definire la natura giuridica della deontologia forense nel suo complesso, anziché solamente etico-morale. Il dibattito sulla natura della deontologia è stato, in realtà, lungo e acceso, per un maggior approfondimento del quale si rimanda a U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forense*, Padova 2011, pp. 84 e 92 ss.; G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in *Le fonti di autodisciplina*, a cura di P. Zatti, Padova 1996, pp. 1 ss.; ID., *La prassi e i codici deontologici*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da R. Sacco, Torino 1999, pp. 95 ss. Tuttavia, ormai la dottrina è pressoché unanime nello sposare questa tesi. Sul punto, F. PROCCHI, *Non pro se sed pro causa defendere*. *Spunti di 'deontologia forense' nell'epistolario pliniano*, in *TSDP*, XII, 2019, p. 2, nt. 5: «Ogni dubbio precedentemente sollevato in dottrina pare oggi espressamente fugato dalla nuova legge professionale forense 31 dicembre 2012, n. 247, che agli artt. 3, 35 comma 1, lett. d) e 65 sancisce definitivamente la natura giuridica del codice deontologico e delle regole in esso contenute».

⁸ Accurate riflessioni su analogie e differenze tra avvocato moderno e oratore antico si ritrovano in F. ARCARIA, *Il 'dovere di verità'. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*, XII, 2019, pp. 45 ss. Di particolare interesse per la presente breve trattazione è l'assunto per cui «quella dell'avvocato moderno è un'impostazione prettamente giuridica che utilizza, tra l'altro, strumenti retorici, mentre quella dell'avvocato romano [...] è un'impostazione squisitamente retorica che utilizza, tra l'altro, argomentazioni giuridiche o, forse meglio, le strumentalizza» (cfr. pp. 45-46).

⁹ Quint., *Instit. Orat.*, II, 15, 34. L'espressione, come si avrà modo di approfondire nel corso del presente contributo, verte su due punti fondamentali. Da una parte, occorre soffermarsi sul termine *bene*, che assume due caratteri: quello tecnico e quello morale. Dunque, *bene dicere* implica sia la capacità di parlare correttamente, sia quella di portare avanti istanze buone e giuste. Infatti, come ricordato in A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, Bologna 2016, p. 158: «se l'oratoria è l'arte del parlare bene (*bene dicendi scientia*), l'oratore non può parlare bene se non è *vir bonus*», spiegando che «il triplice ricorrere della radice semantica di bene, riferita all'oratoria (*bene dicendi scientia*), al suo prodotto (*bene dicere*) e all'oratore (*bonus*) [...] appare rafforzativo della stretta connessione tra l'eloquenza e le qualità interiori, al punto che "oratore" equivale a "uomo onesto": *orator, id est vir bonus*», citando così da ultimo Quint., *Instit. Orat.*, II, 17, 31.

¹⁰ Così per citare il titolo dell'opera del filosofo tedesco, A. SCHOPENHAUER, *L'arte di ottenere ragione esposta in 38 stratagemmi*, trad. it. di N. Curcio, a cura di F. Volpi, Milano 1991. A conferma della netta opposizione tra le due prospettive, si può ricordare che il filosofo di Danzica apre il suo trattatello affermando che «la dialettica eristica è l'arte di disputare, e precisamente l'arte di disputare in modo da ottenere ragione, dunque *per fas et nefas*» (cfr. p. 15), ribadendo successivamente che «chi disputa non lotta per la verità, ma per imporre la propria tesi, come *pro ara et focus*, e procede *per fas et nefas*, perché, come si è mostrato, non può fare diversamente» (cfr. p. 17). Quindi, egli si propone esplicitamente di «presentare e analizzare gli stratagemmi della slealtà nel disputare» (cfr. p. 26). Questa visione estremamente pragmatica è quanto di più lontano dai principi della retorica classica nonché della moderna deontologia professionale forense; non a caso, non saprei se consapevolmente o meno, Schopenhauer non parla mai di 'retorica', ma sempre di 'dialettica', pur riconducendola *tout-court* all'arte del

Già gli antichi romani si dimostrarono ben consapevoli del rischio di maneggiare uno strumento a doppio taglio. La ragione preminente di questa presa di coscienza è da ritrovarsi, in particolare, nella caratteristica connotazione politica che i retori di Roma assumevano nella società del tempo: essi erano quegli *optimi viri* deputati alla gestione della *res publica*, per cui l'attività forense era principalmente un viatico per la carriera politica¹¹. Non ci si poteva permettere che un uomo capace di convincere il giudice – e, a maggior ragione, le masse – potesse anche lontanamente pensare di sfruttare la propria padronanza dell'arte della parola per fini nocivi per la collettività, se non addirittura sovversivi o quanto meno egoistici.

La riprova di tutto ciò si ritrova anche nel ruolo processuale che il *patronus* assolveva a Roma antica, almeno in epoca repubblicana: non solo difensore, ma anche accusatore. Come noto, infatti, nelle procedure dei tribunali permanenti e, in particolare, nella repressione del *crimen repetundarum*, la “pubblica accusa” (come la definiremmo oggi) era sostenuta non da un magistrato né da un organo pubblico di qualsiasi genere, bensì proprio da un *patronus*. Già nella procedura civilistica di natura risarcitoria disegnata dalla *lex Calpurnia* del 149 a.C., si era previsto un sistema per cui i provinciali dovessero rivolgersi a un cittadino romano perché questi ne assumesse la rappresentanza in giudizio ai fini di intentare la causa nei confronti del promagistrato¹². Ancora più rilevante

disputare. Invece, l'idea del filosofo si può riassumere, in ultima analisi, in un'espressione a cui ricorre nello stratagemma n. 21 (cfr. p. 45): «quello che importa non è la verità, ma la vittoria». Non intendo certamente dire che la ‘vittoria’ non sia il fine ultimo dell'arte persuasiva; diversamente, però, occorre seguire delle ‘regole del gioco’ perché la contesa sia, prima di tutto, leale. Nonostante quanto si è fin qui detto, preme precisare che la slealtà argomentativa non coincide necessariamente con la slealtà professionale o processuale. Ma questa considerazione ci porterebbe a divagare oltremodo dal tema.

¹¹ La natura politica dell'oratore romano va di pari passo con l'origine politica dell'arte retorica. Sul punto, si rimanda alla magistrale disamina elaborata in C. VENTURINI, *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, in *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, a cura di A. Mariani Marini e F. Procchi, Pisa 2004, pp. 16 ss. [= in *Scritti di Diritto Penale Romano*, a cura di F. Procchi e C. Terreni, II, Padova 2015, pp. 886 ss.]. Come scrive Venturini, infatti, è ormai fuori dubbio che «l'origine della retorica non si rinviene nei dibattiti giudiziari ma nella politica assembleare». Lo stretto legame tra politica e retorica è enfatizzato in modo particolare anche in J.A. CROOK, *Legal advocacy in the roman world*, London 1995, p. 6, in cui l'Autore è chiarissimo nel sostenere che a Roma «forensic oratory, at the top level of society, was absolutely related to politics». Ribadisce, *ibidem*, p. 34: «At Rome, again, perhaps more than at Athens, forensic advocacy regularly possessed a political dimension». Ribadisce il punto A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., p. 168: «A Roma, infatti, era assai radicata la convinzione per cui l'oratore, in specie forense, dovesse essere anche uomo dedito alla *vita activa*, un politico che persegue il bene dello Stato: *orator* era chi sapeva eccellere nelle attività forensi e, al contempo, aveva la capacità di indirizzare le decisioni politiche del Senato, guidando le passioni del popolo».

¹² C. VENTURINI, *Quaestiones perpetuae constitutae (per una riconsiderazione della 'lex Calpurnia repetundarum')*, in AA.VV., *Societas – Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, pp. 379 ss. [= in *IURA*, 48, 1997 (pubbl. 2002), pp. 1 ss.]. Sul rapporto tra *patronus* e provinciali, seppur nella ben diversa epoca imperiale e nel diverso sistema processuale della *cognitio senatus*, si guardi a quanto racconta Plinio il Giovane relativamente ai betici e ai bitini

è lo sviluppo successivo all'introduzione del *crimen* con la disciplina prevista dalla *lex repetundarum* epigrafica del 123 a.C., così come implementato con la *lex Servilia Caepionis* del 106 a.C. e confermato dalla *lex Cornelia de repetundis* dell'81 a.C.: nella configurazione sillana, infatti, il cittadino romano viene chiamato espressamente ad esercitare l'accusa *rei publicae causa*, assumendo il ruolo di una sorta di "pubblico ministero" nell'interesse della collettività¹³. Ne deriva, evidentemente, che l'oratore non aveva solo la funzione di difendere il suo assistito, ma anche quella di "difendere", *lato sensu*, la specifica comunità provinciale o addirittura l'intero *populus romanus*, attività che svolgeva, in queste due ultime ipotesi, facendosi carico dell'accusa¹⁴.

Più generalmente, non si deve dimenticare l'importanza capitale del diritto di difesa, assolutamente presente nella società romana del tempo. Di pari passo, era chiaro che la sua tutela passasse necessariamente dall'assistenza tecnica di un *patronus*. Secondo quanto riporta Cicerone, era principio consolidato che *nemini umquam infimo maiores nostri patronum deesse voluerunt*¹⁵. La

(Plin., *Epist.*, 1.7.2; 3.4.2; 6.29.8; 7.33.4-8) su cui si veda F. PROCCHI, *Plinio il Giovane e la difesa di C. Iulius Bassus: tra norma e persuasione*, Pisa 2012, pp. 1 ss.; ID., "Medium quiddam tenere". Tra retorica e diritto: considerazioni a margine di Plin. Ep. 4.9, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2008-2009, pp. 237-252; ID., *Plinio il Giovane ed il processo di Bebio M. Massa*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, CXI, Roma 2017, pp. 149-184, tutti con amplissima bibliografia sul tema.

¹³ C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano 1979, pp. 419 ss., cui si rinvia, contestualmente a già citati successivi studi dell'Autore sul tema, per un'analisi estremamente approfondita sulla configurazione, struttura ed evoluzione dell'illecito in questione. Di diverso avviso sull'evoluzione del sistema di accusa e sulla nascita dell'accusa popolare è D. MANTOVANI, *Il problema dell'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova 1989, pp. 55 ss. In estrema sintesi di un lungo dibattito, entrambi gli Autori muovono dall'assunto che l'accusa *alieno nomine* fosse prevista nel procedimento *ex lege Calpurnia*; tuttavia, differiscono fortemente sui successivi sviluppi. Secondo Venturini, questo regime sarebbe rimasto in vigore con la *lex Sempronia* (o *lex Acilia*) *repetundarum* del 123 a.C. e fino all'introduzione della *lex Cornelia de repetundis* dell'81 a.C.: solo in questo momento si sarebbe formalmente sganciato il ruolo dell'accusatore dall'interesse del danneggiato, spostando l'accento della *ratio* di tutela verso la *rei publicae causa*. Diversamente, secondo Mantovani si sarebbe configurato già dalla legge epigrafica del 123 a.C. un regime di accusa popolare, aperta al *quivis de populo* indipendentemente dal legame con le comunità provinciali danneggiate. Per una più approfondita ricostruzione del dibattito, oltre agli scritti citati, si veda anche la recensione di Venturini alla monografia di Mantovani: C. VENTURINI, "Quaestiones" e accusa popolare, in *Labeo*, XXXIX, 1993, pp. 95-111.

¹⁴ C. VENTURINI, *L'argomentazione*, cit., p. 20: «Cicerone mira a presentarsi come *cognitor* dei siciliani, cioè come loro difensore di fiducia»; Cic., *Div. in Caec.* 5: *haec quae videtur accusatio mea non potius accusatio quam defensio*. Occorre tuttavia ricordare che il passo citato rappresenta anche un'abile manipolazione retorica dell'Arpinate, accorto a non essere bollato come un – per così dire – "accusatore di professione", fatto sconveniente. Cfr. Cic., *De off.*, 2,49-50: *sed hoc quidem [accusatio] non est saepe faciendum nec umquam nisi [...] aut patrociniis, ut nos pro Siculis*. Si veda anche C. VENTURINI, *Quaestiones*, cit., p. 437, in cui si parla di una «forzatura dell'Arpinate, desideroso di mascherare la propria posizione indossando la veste di *patronus* dei Siciliani».

¹⁵ Cic., *Pro Mur.*, 4.10. Cicerone utilizza questa espressione per giustificare la sua assunzione della difesa di Lucio Licinio Murena, console designato di cui nessuno voleva

regola era talmente basilare da ritrovarsi anche nell'editto del pretore, nel quale il magistrato romano statuiva che *si non habebunt advocatum, ego dabo*¹⁶.

È chiaro, dunque, il preminente ruolo sociale di cui era investito l'oratore romano, da cui si possono evincere le esigenze che spingono a richiederne una massima adesione a elevati canoni etico-morali e, in conseguenza, etico-professionali.

È emblematica la raffigurazione che danno Cicerone e Quintiliano della retorica come un'arma: come tutte le armi, può essere usata per scopi nobili, per difendere la patria, per salvare vite, per tutelare diritti¹⁷, ma anche per fini offensivi e pericolosi.

Tutto dipende dal soggetto che la brandisce. Perciò, i due retori mettono in guardia dall'affidare la retorica a soggetti indegni di farne buon uso: ciò equivarrebbe ad armare dei *furentes* o dei *latrones*:

Cic., *De orat.*, 3.14.55: *Est enim eloquentia una quaedam de summis virtutibus; quamquam sunt omnes virtutes aequales et pares, sed tamen est species alia magis alia formosa et inlustris; sicut haec vis, quae scientiam complexa rerum sensa mentis et consilia sic verbis explicat, ut eos, qui audiant, quocumque incubuerit, possit impellere; quae quo maior est vis, hoc est magis probitate iungenda summaque prudentia; quarum virtutum expertibus si dicendi copiam tradiderimus, non eos quidem oratores effecerimus, sed furentibus quaedam arma dederimus.*

Quint., *Instit. Orat.*, XII, 1, 1: *si vis illa dicendi malitiam instruxerit, nihil sit publicis privatisque rebus perniciosius eloquentia, nosque ipsi, qui pro virili parte conferre aliquid ad facultatem dicendi conati sumus, pessime mereamur de rebus humanis si latroni comparamus haec arma, non militi.*

prendere le parti in giudizio, asserendo l'assurdità di una situazione nella quale un soggetto in procinto di ricoprire la massima carica della *res publica* fosse privo di un patrocinatore legale.

¹⁶ Ulp. 6 *ad ed. D.* 3.1.1.4. Il frammento continua affermando che: *nec solum his personis hanc humanitatem praetor solet exhibere, verum et si quis alius sit, qui certis ex causis vel ambitione adversarii vel metu patronum non invenit*. Sulla figura dell'avvocato romano e sulle sue svariate identificazioni nelle fonti, si rimanda all'approfondita trattazione, con accurata ricostruzione storico-giuridica, di cui in F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur. Profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma Antica*, Napoli 2017, 3 ss. Sulle singole figure di *orator*, *advocatus* e giureconsulto, si veda anche C. VENTURINI, *L'argomentazione*, cit., rispettivamente a pp. 14-15, 26-28 e 28-31. A prescindere dalle singole qualificazioni, Arcaria riassume le funzioni dell'avvocato romano nel *consulere et postulare*: ciò avrebbe nettamente distinto l'avvocato dalla figura del *procurator*, «giacché la sua funzione non consisteva nel rappresentare o, meglio, nel sostituire la parte, ma nel *consulere et postulare*, cioè nel consigliarla e, soprattutto, nel difenderla davanti al giudice» (F. ARCARIA, *il 'dovere di verità'*, cit., p. 46, con ulteriore bibliografia).

¹⁷ Come ricorda A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., p. 72, «la vera eloquenza si manifesta nei tribunali, nelle arringhe, nella perorazione delle cause, laddove sono in gioco non solo gli interessi delle parti coinvolte, ma non ultima la salvezza dello Stato», a sottolineare, ancora una volta, la stringente connessione tra retorica e politica nel mondo romano.

Secondo il console dell'anno 63 a.C., l'eloquenza riveste un ruolo di spicco tra le virtù: più bella e insigne di altre e dotata della conoscenza delle cose, dispiega con le parole i sentimenti e i pensieri della mente, così da sospingere l'uditorio dovunque essa voglia. Ed è per questo che Cicerone ricorda la necessità che a tale forza si accompagnino onestà (*probitas*) e saggezza massima (*summa prudentia*), mettendo in guardia dall'affidare l'arte del parlare a uomini privi di tali virtù: ciò non li renderebbe certo oratori, ma sarebbe piuttosto come dare armi in mano a folli (*furentes*). Oltre a essere utile notare le virtù richiamate dal *Pater Patriae* di Arpino, cioè *probitas* e *prudentia*, di stampo chiaramente stoico, è soprattutto essenziale sottolineare questo: la capacità di parlare in maniera persuasiva non fa di un uomo un oratore, se questi non è anche un uomo retto e carico di virtù etico-morali; anzi, l'arte *dicendi* lo rende pericoloso per la comunità¹⁸.

Sulla stessa scia, il Maestro di Calahorra si spinge espressamente a equiparare l'oratore a un soldato, che combatte per la *salus rei publicae* contro nemici, ricorrendo non all'arma fisica della spada, ma a quella metaforica della parola¹⁹, ugualmente tagliente e ugualmente pericolosa: se viene usata male, può creare danni. Con questo grande potere, è chiaro agli antichi che si accompagnassero grandi responsabilità²⁰. Per questo, è necessario imporre a chi ne

¹⁸ Cfr. Cic., *Brut.*, 23: *Dicere enim bene nemo potest nisi qui prudenter intellegit; quare qui eloquentiae verae dat operam, dat prudentiae, qua ne maxumis quidem in bellis aequo animo carere quisquam potest*. Analoghe conclusioni emergono dalla lettura dei primi passi del *De inventione*, da cui risulta che «l'eloquenza può essere cosa buona o cattiva a seconda della *sapientia* o meno di chi la pratica: va dunque studiata (Cic. *inv.* 1,5-6) per evitare che sia appannaggio dei disonesti (*ne mali cum detrimento bonorum et communi omnium perniciem plurimum possint*): C. VENTURINI, *L'argomentazione*, cit., p. 14.

¹⁹ L'equiparazione è talmente radicata nella cultura romana che, secoli dopo, ritornerà in una costituzione degli imperatori Leone e Antemio dell'anno 469 (C. 2.7.14): *Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si proeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis clupeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem vitam et posteros defendunt*. Come spiega A.M. TAMBURRO, *La professione forense nell'antica Roma. Peculiarità, aspetti giuridici, strategie retoriche e deontologia dell'avvocato nel mondo romano antico*, Milano 2019, p. 27, la costituzione afferma che gli avvocati «difendevano la vita ed il patrimonio delle persone ed erano ritenuti necessari allo Stato come i *militēs armorum*». Infatti, secondo Arcaria, con questa costituzione «gli imperatori Leone ed Antemio [...] intendono ora ufficializzare la pubblica utilità del servizio svolto dagli avvocati riconoscendo legislativamente la professione forense come una vera e propria *militia*»: F. ARCARIA, *Il 'dovere di verità'*, cit., p. 85, con ulteriore e approfondita bibliografia in nt. 202. L'Autore rimanda *ex multis* a S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, p. 337, nt. 47, secondo il quale «già nel IV sec. d.C. si era più volte guardato alla professione forense come ad una *militia*», affermando ciò sulla base di una costituzione imperiale di Valentiniano I e Valente risalente al 368 d.C. (C.Th. 1.29.1) e di una del 422 d.C. attribuita agli imperatori Onorio e Teodosio II (C. 2.7.4.) Sul punto, v. anche A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., p. 72, nt. 14.

²⁰ Il concetto rimanda al famoso mito della «spada di Damocle» che, pur essendo ampiamente conosciuto nell'antichità e risalente alla Grecia classica, è giunto fino a noi – ironia

fa uso una certa statura etica personale, e, non da meno, professionale. Il suo compito non è solamente quello di sostenere le argomentazioni della parte che rappresenta in giudizio, né di vincere il processo: è quello di assicurare il trionfo della giustizia. Ed è in forza di questo ruolo, al contempo gravoso ed essenziale, che l'oratore deve conformarsi a un ben preciso canone etico.

3. Principi "deontologici" dell'oratore romano

I romani avevano, dunque, ben chiaro quale dovesse essere il prototipo dell'oratore. Per dirla con Cicerone: *vir bonus, dicendi peritus*²¹. Traducendo

della sorte – proprio attraverso Cicerone (Cic., *Tusc.*, V, 61-62: [61] *Quamquam hic quidem tyrannus ipse iudicavit, quam esset beatus. Nam cum quidam ex eius adsentatoribus, Damocles, commemoraret in sermone copias eius, opes, maiestatem dominatus, rerum abundantiam, magnificentiam aedium regiarum negaretque unquam beatiorum quemquam fuisse, 'Visne igitur' inquit, 'o Damocle, quoniam te haec vita delectat, ipse eam degustare et fortunam experiri meam?' Cum se ille cupere dixisset, conlocari iussit hominem in aureo lecto strato pulcherissimo textili stragulo, magnificis operibus picto, abacosque compluris ornavit argento auroque caelato. Tum ad mensam eximia forma pueros delectos iussit consistere eosque nutum illius intuitus diligenter ministrare. [62] Aderant unguenta coronae, incendebantur odores, mensae conquisitissimis epulis extruebantur. Fortunatus sibi Damocles videbatur. In hoc medio apparatu fulgentem gladium e lacunari saeta equina aptum demitti iussit, ut impenderet illius beati cervicibus. Itaque nec pulchros illos ministratores aspiciebat nec plenum artis argentum nec manum porrigere in mensam; iam ipsae defluebant coronae; denique exoravit tyrannum, ut abire liceret, quod iam beatus nollet esse. Satisne videtur declarasse Dionysius nihil esse ei beatum, cui semper aliqui terror impendat? Atque ei ne integrum quidem erat, ut ad iustitiam remigraret, civibus libertatem et iura redderet; is enim se adulescens improvida aetate inretierat erratis eaque commiserat, ut salvus esse non posset, si sanus esse coepisset).*

²¹ L'elaborazione del concetto di *vir bonus dicendi peritus* viene attribuita, secondo la tradizione, a Marco Porcio Catone, come ricorda Quintiliano nella sua opera: *Quint. Instit. Orat.*, XII, 1, 1: *Sit ergo nobis orator quem constituimus is qui a M. Catone finitur vir bonus dicendi peritus*. La costruzione del modello di perfetto oratore come *vir bonus dicendi peritus* permea tutta l'opera del Maestro iberico e fa tesoro soprattutto delle precedenti riflessioni di Cicerone sul tema, che proprio di Catone esalta la somma qualità oratoria (Cic., *Brut.*, 65: *Catonem vero quis nostrorum oratorum, qui quidem nunc sunt, legit? Aut quis novit omnino? At quem virum, di boni! Mitto civem aut senatore aut imperatore: oratorem enim hoc loco quaerimus: quis illo gravior in laudando, acerbior in vituperando, in sententiis argutior, in docendo edisserendoque subtilior? Refertae sunt orationes amplius centum qui amplius centum quinquaginta, quasi quidem adhuc invenerim et legerim, et verbis et rebus illustribus. Licet ex his eligant ea quae notatione et laude digna sint: omnes oratoriae virtutes in eis reperientur*). A contrario, Plinio identifica il *vir malus dicendi imperitus*, come antitesi dell'oratore, ricavando l'espressione da Erennio Senecione e rivolgendola a Regolo (Plin., *Epist.*, 4.7.5: *Itaque Herennius Senecio mirifice Catonis illud de oratore in hunc e contrario vertit: 'Orator est vir malus dicendi imperitus.'* Non mehercule Cato ipse tam bene verum oratorem quam hic Regulum expressit). Il passo è ricordato, in particolare, da F. PROCCHI, 'Non pro se', cit., p. 8, nt. 21, da cui si attinge per la seguente bibliografia: sulla figura del *vir bonus*, si rimanda ora a A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., pp. 157 ss., e, nella sua prospettiva diacronica, a P. MORO, 'Vir bonus dicendi peritus'. *L'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano 2010, pp. 19-35. Per una più completa analisi del *vir malus*, si rimanda, invece, a F. GIUMETTI, 'Per advocatum', cit., pp. 79 ss. (di cui, pp. 114 ss.

alla lettera, la formula è apparentemente chiara: un uomo retto, esperto nel parlare²². In realtà, questo “vestito” dell’oratore romano risulta incolore se non lo si riempie concretamente di significato, concedendogli le giuste sfumature alla luce della prospettiva del tempo.

La definizione si compone di due profili: quello etico (*vir bonus*) e quello tecnico (*dicendi peritus*). Ma, attenzione: nella visione latina, la capacità tecnica è elemento costitutivo dell’etica. Dunque, questa scomposizione non può essere netta: l’espressione è da leggere come un *unicum*, una sorta di endiadi, perché le due parti non hanno senso, nella prospettiva deontologica, se viste autonomamente. Nella prospettiva romana, il prisma del *vir bonus dicendi peritus* si frange nella dimensione di essere umano, di cittadino e di oratore, ordinati alla stregua di cerchi concentrici. Non si può essere l’uno senza essere anche gli altri²³.

In forza di ciò, scrive Quintiliano: *neque erit perfectus orator, nisi qui honeste dicere et sciet et audebit*. Nessuno potrà essere un perfetto oratore, se non chi parlerà onestamente²⁴.

Ed ecco il cardine del sistema: l’*honestum*. Questo è un principio generale della filosofia romana, in particolare di quella stoica, che identifica il *modus*

per quanto riguarda nello specifico Quintiliano e pp. 135 ss. per Plinio il Giovane), nonché A. BELLODI ANSALONI, *L’arte*, cit., pp. 157 ss.

²² Per un’accurata ricostruzione giuridico-filosofica del prototipo di *vir bonus* e delle sue caratteristiche, con particolare riguardo al pensiero ciceroniano nel *De officiis*, si rimanda a R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011. In particolare, l’Autore tratteggia la figura del *bonus vir* ben oltre gli aspetti retorici ed etico-professionali che possono interessare in questo breve contributo, sottolineandone in particolar modo la rilevanza nel campo del diritto privato mediante il legame con il concetto di *bona fides*: infatti, già dalle primissime pagine intende riservare «una particolare attenzione alle nozioni che svolgono il ruolo maggiormente significativo nel discorso ciceroniano, quelle di *bonus vir* e di *bona fides*» (cfr. p. 2), su cui si avrà modo di ritornare in seguito. Sul modello del *bonus vir*, si tenga fin da ora presente anche un altro fondamentale scritto del medesimo Autore: R. FIORI, *Il vir bonus fra tradizioni romane e filosofia greca nel de officiis di Cicerone*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, a cura di A. Lovato, Bari 2013, pp. 19-38.

²³ Ricordando quell’intrinseca connaturalità tra oratore e politico, Quintiliano elabora la teoria secondo cui l’oratore dovesse essere educato anzitutto per essere un *sapiens*, cioè un essere umano degno di tale nome; in seconda battuta e di conseguenza, egli doveva rappresentare un modello *civis*, cittadino valido e capace di guidare la *res publica*. Solo se avesse integrato queste caratteristiche sarebbe stato degno anche di essere considerato un *orator* e, quindi, un professionista del foro. Il Maestro iberico affronta la questione nel passo Quint., *Instit. Orat.*, XII, 2, 21, in cui sviluppa il suo pensiero tra premesse filosofiche e esame del dato di fatto. Il punto di partenza è l’assunto che *administranda certe bonis viris erit res publica*, sulla base di due premesse: da una parte, *si regitur providentia mundus*; dall’altra, *si divina nostris animis origo, tendendum ad virtutem nec voluptatis terreni corporis serviendum*. In questo contesto – si chiede Quintiliano – *an haec non frequenter tractabit orator?*⁹ La risposta è: *omni, de quibus maxima saepe in senatu consilia versata sunt*. La conclusione logica a cui giunge è che l’oratore perfetto e il cittadino modello coincidono: *si quidem, ut nobis placet, futurus est vir civilis idem*. A chiusura del cerchio, è opportuno ricordare che l’*honeste vivere* è indicato nel Digesto come una delle tre regole essenziali del diritto romano secondo Ulpiano. D.1.1.10.1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

²⁴ Quint., *Instit. Orat.*, XII, 2, 30.

vivendi del cittadino modello nell'*honeste vivere*, e rappresenta il «cuore del modello del *vir bonus*»²⁵. Proprio in funzione della corrispondenza tra *civis* e *orator*, Cicerone declina sul versante professionale l'etica generale, così riassumendo la funzione difensiva: *honeste et libere defendere*²⁶. Nella mente dell'Arpinate, il principio «deontologico» generale dell'*honeste defendere* «si risolve in definitiva nella «specificazione professionale» dell'*honeste vivere*»²⁷.

Ecco, quindi, che il *patronus* era gravato dal rispetto degli *officia defensionis*, che gli imponevano di improntare la propria condotta professionale ad un complesso di regole fondate sulla prassi forense e sui valori etici: i *praecepta patrocini*, «canoni operativi (*praecepta*) correlati a consolidati valori sociali»²⁸. Cicerone ne lascia tracce lungo tutto il suo corpo di opere, ma è netto nel sostenere che non si tratti di qualcosa di definito a priori, bensì di un punto di arrivo cui si giunge in via induttiva in base al comune sentire e agire dei «migliori», cioè, per l'appunto, di quegli *optimi viri* che reggevano la *res publica*²⁹. Anzi, secondo il *Pater patriae*, il rispetto di queste condotte deve essere determinato solo ed esclusivamente dall'intrinseca bontà che le caratterizza: *quia decet, quia rectum, quia honestum est*.

Ne consegue che, sul lato dell'*honeste defendere*, i *praecepta patrocini* consistono in: *perspicientia veri sollertiaque* (diligente ricerca del vero), «che si risolve nell'accortezza e nella sapienza»; *in societate humana tuenda* (la protezione della società umana), «correlata all'attribuzione a ciascuno del suo (*tribuere suum cuique*) ed all'adempimento degli impegni assunti (*rerum contractarum fides*), che sfociano nella giustizia, cui è congiunta la beneficenza»; *animi excelsi atque invicti magnitudo ac robur* (la grandezza e la fermezza di un animo sublime ed invitto), «che nella misura in cui sia raccordata e congiungata con la sapienza e la giustizia, si traduce nell'equità e nella magnanimità»; *omnium, quae fiunt quaeque dicuntur, ordine et modo* (nell'ordine e nella misura di tutte le cose che si dicono e che si fanno), «che si concretano nel decoro e, quindi, nella moderazione e nella temperanza»³⁰.

²⁵ A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., p. 167.

²⁶ P. CERAMI, «*Honeste et libere defendere*»: i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone, in *Iura*, 49, Napoli 1998 (pubbl. 2002), p. 8. L'espressione sintetizza quella più ampia riportata da Cic., *Pro Cluent.*, 5.142: *neque mihi quicquam oneris suscepi, cum ita dixi, quo minus honeste hanc causam et libere possim defendere*. Si segnala, inoltre, che il contributo poc'anzi citato si può reperire, riprodotto e integrato, nel più recente P. CERAMI, *Le radici storiche: 'ars rhetorica' ed esperienza forense ciceroniana*, in *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, a cura di P. Cerami, G. Di Chiara e M. Miceli, Torino 2003, pp. 289-310.

²⁷ P. CERAMI, «*Honeste et libere defendere*», cit., p. 9.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cic., *De fin. bon. et mal.*, 2.14.45: *Quod quale [honestum] sit, non tam definitione, quam usus, intellegi potest [...] quam communi omnium iudicio et optimi cuiusque studiis atque factis, qui permulta ob eam unam causam faciunt quia decet, quia rectum, quia honestum est*.

³⁰ P. CERAMI, «*Honeste et libere defendere*», cit., p. 10. Le definizioni sono state elaborate dall'Autore tramite la lettura incrociata di Cic., *De off.*, 1.5.15 e Cic., *De fin. bon. et mal.*, 2.14.45-47. Pare opportuno ricordare, come d'altronde si preoccupa di fare Cicerone nel prosieguito

Dall'altra parte, si ha il *libere defendere*. Secondo la ricostruzione proposta, questo si diramerebbe in due diritti-doveri: il «diritto-dovere di indipendenza» e il «diritto-dovere di impostare la difesa nei modi e nei tempi più utili al cliente»³¹.

Il primo riguarda l'indipendenza da condizionamenti esterni alla causa e ai soggetti coinvolti e, a sua volta, si distingue in *impune defendere*³² e *audacter libereque dicere*³³.

Il secondo, invece, apre tre ulteriori prospettive: «piena ed incondizionata facoltà di valorizzare ogni minimo elemento favorevole al cliente, trascurando o minimizzando gli elementi contrari, salvo il limite della falsificazione e della imprudenza; [...] facoltà di commisurare i tempi dell'arringa difensiva alle peculiarità processuali della causa; [...] parità d'armi con l'avversario, che si risolve nel diritto-dovere di esercitare, nell'interesse del cliente e della giustizia la “*eadem interrogandi facultas argumentandi dicendique*”»³⁴.

La libertà nell'esercitare il diritto di difesa appare, per quanto detto, necessaria e – per certi versi – strumentale per permettere al difensore di *honeste defendere*: solo se egli è nella condizione di *libere defendere*, i *praecepta* riconducibili all'*honeste defendere* potranno adagiarsi sul caso concreto, così da valorizzare le peculiarità del processo e l'apporto personale del patrocinatore³⁵.

Sull'onda Ciceroniana, Quintiliano va ancora più a fondo nella trattazione dell'*honestum*, immergendolo completamente – per così dire – nella precettistica retorica. Se l'*honestum* va perseguito, tra le altre cose, *quia decet*, è chiaro che l'oratore non potrà prescindere dal rispetto del *decorum*, che ne rappresenta la manifestazione esteriore e visibile³⁶. Oggi, in definitiva, si potrebbe riassumere con il “dire le cose giuste, nel modo giusto, al momento giusto”³⁷.

del *De officiis*, che questi quattro profili ricalcano, declinati in senso etico-professionale, le quattro parti dell'*honestum* secondo la filosofia stoica: *sapientia* (o *prudentia*), *iustitia*, *fortitudo*, *temperantia* (o *abstinentia*). Tali principi risalgono alla Πολιτεία di Platone, ma nei secoli successivi traslano senza colpo ferire nella dottrina cristiana, passando alla storia come le quattro ‘virtù cardinali’.

³¹ P. CERAMI, “*Honeste et libere defendere*”, cit., p. 19.

³² Cic., *Pro Mil.*, 6; *Pro Rosc. Amer.*, 4.9-11 e 11.30-31; *Pro Quint.*, 2.6-7.

³³ Cic., *Pro Rosc. Amer.*, 11.31.

³⁴ P. CERAMI, “*Honeste et libere defendere*”, cit., p. 20. La prima declinazione si estrapola da: Cic., *De orat.*, 2.24.102 e 2.79.292; *Pro Cluent.*, 18.51. La seconda risulta da: Cic., *Pro Quint.*, 1.4; *Pro Sull.*, 3.6; *Pro Rab. perd.*, 2.6; *Pro Cluent.*, 59.160. La terza, infine, da Cic., *In Verr.* I, 18.55. Sul punto, si veda anche A. ARNESE, *Advocati fides e strategie difensive nelle Lettere di Plinio*, Bari 2023, pp. 11 ss.

³⁵ P. CERAMI, “*Honeste et libere defendere*”, cit., p. 19: «Si tratta di canoni che conferiscono ai *praecepta* sottesi all'avverbio “*honeste*” una loro intrinseca “relatività”, nella misura in cui il loro valore e la loro efficacia non possono non essere rapportati alle peculiarità processuali della causa ed al personale apprezzamento del patrocinatore».

³⁶ Quint., *Instit. Orat.*, XI, 3, 177: *cum praecipue in actione spectetur decorum, saepe aliud alios decere. Est enim latens quaedam in hoc ratio et inenarrabilis, et ut vere hoc dictum est, caput esse artis decere quod facias, ita id neque sine arte esse neque totum arte tradi potest.*

³⁷ D'altronde, tornando a Cicerone: *quia decet honestum est et quod honestum est decet* (Cic., *De off.*, 1.27.94). Di conseguenza, una manifestazione “decorosa” dell'oratore e della sua

Per l'oratore romano, l'elemento caratterizzante del *decorum* risulta essere l'*urbanitas*, «“marchio” degli oratori romani»³⁸. Esso è il gusto stilistico e linguistico che identifica l'appartenenza all'*Urbs*, che comprova la caratura etico-morale del *civis romanus* e, in conseguenza, proietta quella concomitante etico-professionale dell'*orator*.

Sulla falsariga di quanto detto, infine, nella precettistica quintiliana l'*urbanitas* fa da tramite con altri importanti principi etico-professionali, con i quali si intreccia e che, nell'idea del Retore iberico, rappresentano ulteriori diramazioni del *decorum*. Secondo Quintiliano, infatti, l'oratore deve comportarsi nella maniera più opportuna sulla base delle circostanze di tempo, di luogo e di modo in cui si trova a parlare³⁹: *in senatu conservanda auctoritas, apud populum dignitas, in privatis modus*.

Perché l'oratore possa tenere condotte “decorose”, deve essere capace di comprendere il contesto in cui si trova, modellare la propria *actio/pronuntiatio* sulla base di esse, coinvolgere e persuadere l'uditorio con argomentazioni e modi idonei⁴⁰. Di più, i principi in esame di *auctoritas*, *dignitas* e *modus*

orazione sarà necessariamente foriera, agli occhi e agli orecchi dell'uditorio, di una sua implicita “onestà”. Non è nuova alla cultura classica la commistione tra forma e sostanza, per cui ciò che si presenta come giusto effettivamente lo è. Basti pensare al noto ideale della *καλοκαγαθία*, rinvenibile già nell'*Iliade* (in particolare, in *Il.*, II, 225-242): ciò che è “bello” (*καλός*) è anche “buono” (*ἀγαθός*). Tersite, soggetto in questione, è citato espressamente anche da Quintiliano (*Instit. Orat.*, XI, 1, 37) come *exemplum* negativo di oratore, per cui la bruttezza esteriore si accompagna a un'indecorosa capacità retorica, fattori che manifestano una corrispettiva “bruttezza” interiore, sperimentalmente opposta al *bene dicere*. Sulla resa del concetto di *καλός καγαθός* nella figura del *bonus vir* nel *De officiis* di Cicerone, si rimanda in particolare a R. FIORI, *Bonus vir*, cit., pp. 74 ss., con amplissima bibliografia sulla sua ricostruzione etico-filosofica e storico-sociale. Di notevole interesse le conclusioni cui giunge l'Autore, che cerca di conciliarne l'evoluzione con il contesto romano tramite il pensiero ciceroniano. Riporta l'Autore che il concetto si era nel tempo progressivamente distaccato dall'originario carattere sociale, ancorato all'aristocrazia di nascita, per assumere connotazioni più strettamente filosofiche da Socrate in poi. Così, risulta che anche in Cicerone «il *bonus vir* non sia più identificabile semplicemente sulla base di parametri oggettivi – economici, sociali, giuridici che ne designano l'appartenenza alla classe dirigente – ma è una figura complessa, che si caratterizza soprattutto sulla base della condotta»; purtuttavia, «è lo stesso Cicerone a far coincidere i *boni* con gli *optimates*». Di conseguenza e in conclusione, «ne deriva un effetto in certo modo contrario alla prospettiva socratica: se in questa le nozioni di *καλός* e di *ἀγαθός* si erano svincolate dalla loro genesi aristocratica, cui anzi tendevano a contrapporsi, nella resa di Cicerone il *bonus vir* e l'*honestas* enfatizzano le loro connotazioni etiche senza perdere quelle sociali, con la conseguenza di una affermazione ancora maggiore dei valori del partito conservatore» (cfr. p. 353).

³⁸ A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., p. 179. Quintiliano così la definisce (*Instit. Orat.*, VI, 3, 107): *Nam meo quidem iudicio illa est urbanitas, in qua nihil absonum, nihil agreste, nihil inconditum, nihil peregrinum neque sensu neque verbis neque ore gestive possit deprendi, ut non tam sit in singulis dictis quam in toto colore dicendi*.

³⁹ Quint., *Instit. Orat.*, XI, 3, 153.

⁴⁰ Occorre approfondire la reale portata di *auctoritas*, *dignitas* e *modus*. Sulla base del citato passo quintiliano, M. DE FILIPPI, *Dignitas tra repubblica e principato*, Bari 2009, pp. 191 ss., sostiene che l'*auctoritas* si sostanziava in una relazione tra pari, mentre la *dignitas* risultava dalla soggezione scaturita dall'*imperium populi romani* che imponeva all'oratore di essere rispettoso del suo ruolo. Ne risulta che *auctoritas* si potrebbe tradurre con “autorevolezza”; *dignitas* con

estendono il *decorum* ben oltre la semplice attività professionale, abbracciando ogni tratto della vita del *perfectus orator*⁴¹.

In conclusione, nell'ottica romana, solo l'oratore *urbanus*, capace di modellare nel modo più opportuno il proprio agire e il proprio parlare in base alle circostanze e quindi, in definitiva a somma di tutto ciò, rispettoso del *decorum*, farà trasparire, attraverso le sue virtù esteriori, anche le virtù interiori. In conseguenza, l'oratore dotato di *probitas* e di *integritas*, così rese manifeste all'uditorio, potrà presentarsi a quest'ultimo come latore di istanze giuste, per il bene del suo assistito e di tutta la *res publica*.

Si torna, quindi, all'idea che ho enunciato in partenza: la *bene dicendi scientia* implica non solo la capacità tecnica, ma anche la bontà del messaggio che si vuole trasmettere.

4. La "credibilità etica"

Più è rispettabile, più è probò, più è decoroso l'oratore, anche nella sua dimensione della sua capacità tecnica, più godrà di stima e rispetto da parte del giudice. Il che, in termini strettamente pratici, implica maggiori *chances* di vittoria processuale: l'oratore che è insieme probò, degno, decoroso, e tecnicamente capace è un oratore convincente.

Chiudendo il cerchio, dunque, la potenza persuasiva dell'etica personale, prima ancora che professionale, è racchiusa in quel concetto di "credibilità etica" caro ai romani.

L'importanza dell'ἥθος nella società romana affonda le sue radici nel rapporto clientelare patrizio-plebeo, in cui i primi erano chiamati a "garantire" per i secondi, come *patroni*: tanto era autorevole e credibile il *patronus*, tanto era difficile che il suo plebeo "protetto" subisse gravi conseguenze sociali e giuridiche⁴².

"contegno"; *modus* con "giusta misura". Tutti e tre sarebbero espressioni del *decorum* e, come riferisco nel corpo del testo, identificherebbero concretamente le condotte da tenere in ciascuna circostanza. Sul punto, si vedano anche P. CERAMI, "*Honeste et libere defendere*", cit., p. 14; A. BELLODI ANSALONI, *L'arte*, cit., pp. 176 e 182; G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA, LII, 2007-2008, pp. 133 ss [= in *Studi in onore di Remo Martini*, I, 2008, pp. 157 ss.].

⁴¹ Non sfuggirà al lettore più accorto che ancora oggi la deontologia professionale forense richiede il rispetto dei principi di probità, dignità e decoro non solo nell'esercizio dell'attività professionale, ma anche nella quotidiana vita privata. Cfr. art. 2 Codice Deontologico Forense: «1. Le norme deontologiche si applicano a tutti gli avvocati nella loro attività professionale, nei reciproci rapporti e in quelli con i terzi; si applicano anche ai comportamenti nella vita privata, quando ne risulti compromessa la reputazione personale o l'immagine della professione forense. 2. I praticanti sono soggetti ai doveri e alle norme deontologiche degli avvocati e al potere disciplinare degli Organi forensi».

⁴² Sul punto, si rimanda in particolare a F. GIUMETTI, '*Per advocatum*', cit., pp. 37 ss. Come sottolinea più avanti l'Autore, la figura del *patronus*, almeno in origine, agiva «riflettendo, come in un gioco di specchi, nella propria autorevolezza i *boni mores* dell'assistito», per cui «la *dignitas hominis* unitamente al ricordo delle *res gestae* e all'*existimatio vitae* costituivano

Questa prospettiva arcaica si trasfonde nella precettistica retorica. Già Aristotele inquadrava l'*èthos* tra le “prove tecniche” (πίστεις ἐντεχνοί), di cui rappresenta una delle “tre *species*” (τρία εἶδη), assieme a πάθος e λόγος. L'etica aristotelica si presenta, dunque, come il coacervo delle “caratteristiche” personali di chi parla (ἐν τῷ ἥθει τοῦ λέγοντος)⁴³. Passando per Cicerone, Quintiliano definisce l'*èthos* in questo modo:

Quint., *Instit. Orat.*, VI, 2, 13: *Ethos, quod intellegimus quodque a dicentibus desideramus, id erit quod ante omnia bonitate commendabitur, non solum mite ac placidum, sed plerumque blandum et humanum et audientibus amabile atque iucundum, in quo exprimendo summa virtus ea est, ut fluere omnia ex natura rerum hominumque videantur, quo mores dicentis ex oratione perluceant et quodam modo agnoscantur.*

In sintesi, per il Maestro iberico l'*èthos* è inteso «non solo quale fulcro del discorso, ma anche del modo di essere del retore stesso, che è chiamato a persuadere i giudici con i sentimenti misurati che egli prova e di cui sa permeare l'orazione nel suo complesso»⁴⁴. Su questa scia, l'oratore punta a entrare in sintonia con l'uditorio e il motivo è chiaro: tanto l'uditorio si sentirà sulla stessa “lunghezza d'onda” con l'oratore, tanto sarà possibile trascinarlo verso le proprie argomentazioni. Ciò, nella prospettiva romana, ha una duplice valenza: da una parte, per quanto si è detto fin qui, l'oratore, in quanto *vir bonus*, agisce necessariamente per il bene comune; di conseguenza, dall'altra, l'uditorio sarà portato a seguire e ad accogliere le sue istanze, “fidandosi”, per così dire, della sua statura morale.

In definitiva, il patrocinator “eticamente credibile” rende un servizio valido al proprio cliente e, sulla base di quanto fin qui postulato, anche alla società. Perché si saprà che quell'oratore, retto, patrocinerà solamente cause giuste⁴⁵. Il che, attenzione, non significa che gli spetti una valutazione nel merito della bontà della pretesa giuridica o dell'innocenza dell'imputato; altrimenti, si sostituirebbe, addirittura in via preventiva, al giudice, assumendo un ruolo di certo

elementi dell'*ethos* dell'oratore come di quello dell'imputato» (pp. 49 e 51). In definitiva, per dirla con le parole di Burnard, egli «reminds the court of his own achievements, so that they might look favourably upon his protégé» (C. BURNARD, *The role of patronus in the Pro Cluentio*, in *Cicero the Advocate*, a cura di J. Powell e J. Paterson, Oxford 2004, p. 279.)

⁴³ F. PROCCHI, *L'argomentazione ed il metodo nella difesa oggi: prolegomeni ad una nuova retorica giudiziaria*, in *Il fascino della comunicazione tra antico e presente. Atti della tavola rotonda di Urbino (7-8 aprile 2022)*, a cura di M. Frunzio, Intra, 2022, p. 39. Continuando con la spiegazione resa dall'Autore, Aristotele individuava il *pàthos* «nel condurre l'uditorio verso un determinato stato d'animo (ἐν τῷ τὸν ἀκροατὴν διαθεῖναι πῶς)» e il *lògos* «nella intrinseca razionalità del discorso, in sé considerato (ἐν αὐτῷ τῷ λόγῳ)».

⁴⁴ F. PROCCHI, *Non pro se*, cit., p. 9.

⁴⁵ Quint., *Instit. Orat.*, XII, 1, 33: *bonus vir non agit nisi bonas causas*. Il tema è sviluppato, tra gli altri, tanto da ispirare il titolo dell'Opera, in R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna – Parte prima, Il medioevo*⁸, Milano 2012, pp. 1 ss.

opposto rispetto a quello di difensore. Significa, al contrario, che quella causa merita di essere patrocinata perché lì vi è la necessità di una tutela giuridica: che sia un giusto processo, una giusta condanna o una pretesa effettivamente fondata nel merito. È così che si costruisce uno stato di diritto.

Va da sé, al contempo, che se l'oratore "credibile" è quello che patrocinerà solamente *bonas causas*, l'uditorio non potrà che dargli ragione.

5. L'eredità della retorica classica nella deontologia forense

Dalla disamina fin qui proposta, emergono nell'esperienza romana concetti quali *decorum*, manifestazione esteriore dell'*honestum*, nonché quelli di *probitas*, *auctoritas* e *integritas*, *fides*, *diligentia*, *veritas*. Guardando strettamente al dato etimologico, anche all'osservatore meno accorto potranno balzare agli occhi le similitudini con termini oggi ben noti: probità, dignità, decoro, indipendenza, oltre a fedeltà, diligenza, competenza. Tutti principi ancora oggi cardine della deontologia forense⁴⁶.

Tracciare una linea diretta tra Roma e il presente sarebbe una forzatura. Sostenere *tout-court* l'identità tra i principi come descritti dagli antichi e quelli attualmente vigenti, solamente sulla base di una mera assonanza linguistica, sarebbe un azzardo ingiustificato.

Con somma cautela, però, si può considerare, senza troppo timore di essere smentiti, che le idee sono passate nei secoli. Evidentemente, non sono cambiate le esigenze: quelle di avere una categoria professionale forense efficiente, che tuteli i diritti e non si approfitti della potentissima arma (la retorica) che è addestrata ad usare. Emblematico, in questo senso, è il già citato principio romano della *fides*, caro soprattutto a Plinio il Giovane⁴⁷: il rispetto dei giura-

⁴⁶ Cfr. art. 3 L. 247/2012 (c.d. Legge professionale forense), comma 2: «La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della correttezza e leale concorrenza». I principi sono poi declinati sul piano di doveri deontologici nel Codice Deontologico Forense, principalmente nel Titolo I, rubricato «Principi Generali» (artt. 1-22), e, con esclusivo riguardo al «dovere di verità», all'art. 50. Il tema del «dovere di verità», peraltro, che qui non si ha modo di approfondire degnamente, rappresenta uno dei richiami più forti che la moderna deontologia forense propone verso il mondo della retorica classica. Sul punto, per un approfondimento si vedano F. PROCCHI, *L'avvocato e il dubbio processuale. Brevi considerazioni su «verità» e «giustizia» penale*, in *Processo e verità*, a cura di A. Mariani Marini, Pisa 2005, pp. 105 ss., nonché F. ARCARIA, «*Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*». Il «dovere di verità» tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana, Napoli, 2020; ID., Il «dovere di verità» del Codice Deontologico Forense Italiano alla luce dell'esperienza giuridica romana, in *Legal Roots*, vol. 2, 2013, 61-105; ID., Il «dovere di verità». Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XII, 2019.

⁴⁷ Plinio il Giovane – occorre ricordarlo – è uno dei primi, se non il primo, a manifestare la consapevolezza della scissione che ormai si è verificata tra l'oratore forense e il politico. I

menti, in particolare di quello verso gli assistiti⁴⁵. Ma la connotazione politica dell'oratore fa sì che la sua lealtà debba essere rivolta anche verso l'ordinamento: è il concetto di "doppia fedeltà". *Fides* che può essere intesa, dunque, per una via, la fiducia riposta dal cliente nell'avvocato, ma anche dello Stato che rimette al professionista il capitale compito di tutelare il diritto costituzionale di difesa. *Fides* che può essere intesa, nella via opposta, come fedeltà, che l'avvocato deve prestare e osservare sia nei confronti del mandato ricevuto, sia nei confronti dell'ordinamento che si è impegnato a tutelare.

tempi sono ormai maturi perché l'oratore si dedichi in modo prevalente all'attività forense, ancora utile per una carriera politica ma non più prevalentemente orientata a questa. Nel suo epistolario, egli delinea in maniera chirurgica molti principi cardine della professione forense, in senso estremamente moderno, facendo tesoro della dottrina ciceroniana e rielaborando quanto detto dal suo Maestro, Quintiliano. Sui principi deontologici in Plinio, è utile citare (così come ricordato in F. PROCCHI, 'Non pro se', cit., p. 10, nt. 28) J.-M. DAVID, *Pline le jeune et l'accusation, ou les contraintes de l'apparence*, in *Carmina Iuris, Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, a cura di E. Chevreau, D. Kremer e A. Laquerrière-Lacroix, Paris 2012, p. 244, secondo il quale l'epistolario pliniano rappresenta «un tableau de la déontologie qui prévalait en la matière dans le contexte politique et sociologique qui était celui du Haut-Empire». Come si è avuto modo di vedere, infatti, Cicerone vedeva il mandato di difesa tecnica nel prisma degli *officia defensionis*; Quintiliano lo legava soprattutto agli *officia pro boni viri et pro salutae patriae*; Plinio, invece, lo riconduce al *foedus patrocini*. È chiaro, quindi, il riferimento al concetto di *fides*, che, per il Comasco, rappresenta il «fondamento di precisi doveri deontologici per l'*advocatus*» (F. PROCCHI, *Quale pena per le 'repetundae' nel 59 a.C.? Spunti per la ricostruzione del trattamento sanzionatorio approntato dalla 'lex Iulia'*, in *BIDR*, CXV, Roma 2021, pp. 197 s.), che «affonda le proprie basi sul c.d. *foedus patrocini* [...] ed è, pertanto, una naturale conseguenza dell'assunzione del ruolo di difensore» (F. PROCCHI, *Plinio il Giovane e la difesa*, cit., pp. 33 s.). Nel complesso, sulla *fides* pliniana si rimanda in particolare ai già citati approfonditi studi condotti da Procchi (cfr. *supra*, nt. 12), seguiti dall'accurata riflessione monografica in A. ARNESE, *Advocati fides*, cit., pp. 73 ss., il quale, peraltro, pone altresì l'accento sui crimini di *impietas* e di *praevaricatio*, legati alla violazione della *fides* del patrocinatore (cfr. pp. 16 ss.). Su quest'ultimo profilo, si veda anche, da ultimo, ID., *Advocati fides, impietas e praevaricatio in Plin. Ep. 7.33*, in *Visioni criminali dall'antico. Crimini e pene tra esperienze e deformazioni*, a cura di C. Masi, P. Santini e L. Romano, Napoli 2024, pp. 31-50.

⁴⁵ Più in generale, sul concetto di *fides* romana applicata al *bonus vir*, si veda R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 355 ss., il quale pone l'accento sulla sua specificazione nel campo del diritto privato data dalla *bona fides*, da intendersi quale «parametro di comportamento che assume nella sua stessa denominazione come modello il *bonus vir*». Per una più completa disamina della *bona fides* con una visione a tuttotondo e particolare riguardo al rilievo del *bonus vir* in materia contrattuale, si vedano molti altri scritti dello stesso Autore, tra i quali ci si limita a segnalare: R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, pp. 127-228; ID., *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in AA.VV., *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, Napoli 2007, pp. 25-49; ID., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008, pp. 237-259; ID., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, pp. 97-242; ID., *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, CI-CII, 1998-1999 (pubbl. 2005), pp. 167-197.

Ancora oggi, il «dovere di fedeltà» si configura come un cardine della professione forense, espressamente richiamato all'art. 10 del Codice Deontologico Forense⁴⁹. Il testo, che parla di «tutela dell'interesse della parte assistita» e di «rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa», mette in luce proprio questa dicotomia: fedeltà al mandato ricevuto, fedeltà all'ordinamento. Fa il paio con questo il successivo art. 11 del Codice Deontologico Forense. Il comma 2, in particolare, afferma senza mezze misure che «il rapporto con il cliente e la parte assistita è fondato sulla fiducia». Nella lettura di questo combinato disposto nel prisma dell'esperienza storica, la *fides* diviene affidamento, che il cliente e l'ordinamento ripongono sul fatto che l'attività professionale venga esercitata nel rispetto della fedeltà loro prestata, che si manifesta nell'adesione ai canoni deontologici.

La ricostruzione storica proposta si congiunge con la realtà di oggi: l'avvocato è deputato alla tutela del diritto costituzionale di difesa⁵⁰, che gli conferisce una ineludibile e irrinunciabile funzione sociale di interesse collettivo⁵¹. D'altra parte, la difesa tecnica è necessaria per legge, salvo casi eccezionali⁵²;

⁴⁹ Di seguito il testo integrale dell'art. 10 Codice Deontologico Forense («Dovere di fedeltà»): «L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa».

⁵⁰ Ex art. 24 Cost., che come noto stabilisce quanto segue: «1. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. 2. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. 3. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. 4. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

⁵¹ Sulla responsabilità sociale dell'avvocato, si veda in particolare la relazione di Ubaldo Perfetti in AA.VV., *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo. Atti del convegno promosso dal Consiglio Nazionale Forense e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura con l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica (Roma, 15-16 novembre 2012)*, a cura di G. Alpa e A. Mariani Marini, Pisa 2013, pp. 29-41.

⁵² Come sancito dagli artt. 82 Cod. Proc. Civ., 96 e 97 Cod. Proc. Pen., di cui si riporta il testo. Art. 82 Cod. Proc. Civ. («Patrocinio»): «1. Davanti al giudice di pace le parti possono stare in giudizio personalmente nelle cause il cui valore non eccede euro 1.100. 2. Negli altri casi, le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore. Il giudice di pace, tuttavia, in considerazione della natura ed entità della causa, con decreto emesso anche su istanza verbale della parte, può autorizzarla a stare in giudizio di persona. 3. Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale e alla corte di appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente; e davanti alla Corte di cassazione col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo»; Art. 96 Cod. Proc. Pen. («Difensore di fiducia»): «1. L'imputato ha diritto di nominare non più di due difensori di fiducia. 2. La nomina è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata. 3. La nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto, con le forme previste dal comma 2»; Art. 97 Cod. Proc. Pen. («Difensore di ufficio»): «1. L'imputato che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio. 2. Il difensore d'ufficio nominato ai sensi del comma 1 è individuato nell'ambito degli iscritti all'elenco nazionale di cui all'articolo 29 delle disposizioni di attuazione. I Consigli dell'ordine circondariali di ciascun distretto di Corte d'appello predispongono, mediante un apposito ufficio centralizzato, l'elenco dei professionisti

anzi, la legge si occupa anche di garantirla e disciplinarla nei casi in cui la parte sia sprovvista di difensore ovvero non possa permettersela economicamente⁵³, al fine di mantenere intatta la tutela costituzionale e di assicurare il giusto processo.

Questa alta funzione sociale di cui è investita l'avvocatura è riconosciuta dallo Stato attraverso l'istituzione di un apposito albo, in cui è necessario iscriversi per esercitarla; per ottenere e mantenere la quale iscrizione, è mandatorio possedere alcuni requisiti determinati dalla categoria professionale di appartenenza⁵⁴. L'esercizio abusivo della professione si sostanzia essenzialmente in carenza di iscrizione all'albo e integra illecito penale⁵⁵. Tra i requisiti

iscritti all'albo e facenti parte dell'elenco nazionale ai fini della nomina su richiesta dell'autorità giudiziaria e della polizia giudiziaria. Il Consiglio nazionale forense fissa, con cadenza annuale, i criteri generali per la nomina dei difensori d'ufficio sulla base della prossimità alla sede del procedimento e della reperibilità. 3. Il giudice, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, se devono compiere un atto per il quale è prevista l'assistenza del difensore e la persona sottoposta alle indagini o l'imputato ne sono privi, danno avviso dell'atto al difensore il cui nominativo è comunicato dall'ufficio di cui al comma 2. 4. Quando è richiesta la presenza del difensore e quello di fiducia o di ufficio nominato a norma dei commi 2 e 3 non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa, il giudice designa come sostituto un altro difensore immediatamente reperibile per il quale si applicano le disposizioni di cui all'articolo 102. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, nelle medesime circostanze, richiedono un altro nominativo all'ufficio di cui al comma 2, salva, nei casi di urgenza, la designazione di un altro difensore immediatamente reperibile, previa adozione di un provvedimento motivato che indichi le ragioni dell'urgenza. Nel corso del giudizio può essere nominato sostituto solo un difensore iscritto nell'elenco di cui al comma 2. 5. Il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo. 6. Il difensore di ufficio cessa dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia». Tra i casi eccezionali in cui non è necessaria la difesa tecnica si può ricordare, oltre all'ipotesi di cui al citato art. 82 Cod. Proc. Civ., quella prevista nel rito lavoro dall'art. 417 Cod. Proc. Civ. («Costituzione e difesa personali delle parti»), il cui comma 1 sancisce che «in primo grado la parte può stare in giudizio personalmente quando il valore della causa non eccede gli euro 129,11». Tuttavia, dato l'importo irrisorio previsto, la sua applicazione è pressoché inconsistente. Non deve, invece, trarre in inganno l'art. 86 Cod. Proc. Civ. («Difesa personale della parte»), il cui testo sembrerebbe configurare un'ulteriore eccezione: «La parte o la persona che la rappresenta o assiste, quando ha la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore». In realtà, la norma non esclude l'obbligo di difesa tecnica, ma fa sì la qualifica della parte renda questa capace di assolvervi personalmente.

⁵³ Si vedano gli istituti della difesa d'ufficio (art. 97 Cod. Proc. Pen.) e del patrocinio a spese dello Stato (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, artt. 74-145, cui rimanda espressamente, in materia penale, l'art. 98 Cod. Proc. Pen.), assicurati proprio dal citato art. 24 Cost., comma 3.

⁵⁴ Ex art. 2229 Cod. Civ. («Esercizio delle professioni intellettuali»): «1. La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi. 2. L'accertamento dei requisiti per l'iscrizione negli albi o negli elenchi, la tenuta dei medesimi e il potere disciplinare sugli iscritti sono demandati [alle associazioni professionali], sotto la vigilanza dello Stato, salvo che la legge disponga diversamente. 3. Contro il rifiuto dell'iscrizione o la cancellazione dagli albi o elenchi, e contro i provvedimenti disciplinari che importano la perdita o la sospensione del diritto all'esercizio della professione è ammesso ricorso in via giurisdizionale nei modi e nei termini stabiliti dalle leggi speciali».

⁵⁵ Come previsto dall'art. 348 Cod. Pen. («Esercizio abusivo di una professione»): «1. Chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione

per l'iscrizione e la permanenza all'albo degli avvocati, individuati dalla legge professionale forense, spicca quello per cui è necessario «essere di condotta irrepreensibile secondo i canoni previsti dal codice deontologico»⁵⁶; il che implica, di conseguenza, di esercitare la professione «con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza»⁵⁷, e cioè, detto in altri termini, «uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico»⁵⁸.

In conclusione, vorrei porre l'accento su una parola che ho usato poco fa: efficiente. Come detto, per i romani, la capacità tecnica è un profilo di etica professionale. La prima non esiste se non nella dimensione della seconda. Il prototipo dell'oratore romano, *vir bonus dicendi peritus*, non può trascendere dalla conoscenza delle regole e delle tecniche argomentative. La conoscenza delle tecniche argomentative è etica professionale per i romani. Una possibile spiegazione è che l'etica professionale romana avesse una connotazione estremamente pratica. Forse, oggi, questo tratto ha perso il suo valore, almeno nel comune sentire della categoria. La percezione è che spesso l'avvocato di oggi vede la deontologia come un limite, come un argine, alla sua libertà professionale. E certo questa è una delle ragioni per cui nasce, cioè il prevenire abusi.

Ma, analizzando attentamente l'esperienza romana, si comprende che la deontologia – che in quel caso era un primordio di etica professionale – può rappresentare anche il punto di partenza, il faro che illumina le tenebre della quotidiana attività professionale. Comprendere l'assunto per cui un buon avvocato – un buon *patronus causarum* – non è solamente colui che si comporta bene, ma anche colui che sa fare il suo lavoro, credo sia un lascito importante tramandato dall'esperienza storica. Purché, ovviamente, non si sacrifichi la prima sull'altare della seconda.

Da qui anche l'importanza di rispolverare gli studi di retorica. D'altro canto, è noto che la retorica è orientata al perseguimento di tre scopi: *delectare*, *docere*, *movere*. Non si può discutere che ciò sia valido ancora oggi. Per rag-

dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni con la multa da euro 10.000 a euro 50.000. 2. La condanna comporta la pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, nel caso in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata. 3. Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 15.000 a euro 75.000 nei confronti del professionista che ha determinato altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero ha diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo».

⁵⁶ Art. 17, comma 2, lett. g), Legge 31 dicembre 2012, n. 247. Il concetto è l'erede diretto di quello della condotta «specchiata e illibata» che era richiesta dal testo della previgente legge professionale forense, Regio Decreto-Legge 27 novembre 1933, n. 1578, art. 17, comma 1, n. 2.

⁵⁷ Art. 3, comma 2, Legge 31 dicembre 2012, n. 247.

⁵⁸ Art. 3, comma 3, Legge 31 dicembre 2012, n. 247.

giungere efficacemente questi obiettivi, l'avvocato moderno, come l'antico oratore, deve necessariamente combinare tratti morali e tecnici.

6. *Brevi considerazioni conclusive*

La disamina fin qui proposta spinge, al netto di innegabili differenze tra le esperienze storiche, a confermare l'ineludibile portata del ruolo del difensore tecnico in uno stato di diritto. Un ruolo di difesa del singolo e della comunità tutta, che oggi si profonde nel rango costituzionale del diritto di difesa e che impone una riflessione sull'uso dell'"arma" retorica, inducendo a una particolare responsabilizzazione di chi ne dispone vestendo la toga di avvocato.

Il percorso delineato nei suoi tratti essenziali contribuisce, a mio avviso, a chiarire alcuni caratteri dell'odierna disciplina deontologica. Deontologia che, in questa prospettiva, combina aspetti legati alla condotta materiale e alle capacità tecnico-persuasive, costituendo un coacervo che vede nel *vir bonus dicendi peritus* un modello per molti versi ancora oggi valido verso il quale indirizzare l'avvocatura.

I moderni doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza possono essere senza dubbio sussunti in quell'antico canone di *honeste et libere defendere*; ma non ne sono avulsi neanche i profili più strettamente tecnici di diligenza e competenza⁵⁹, che, anzi, concorrono a fonderlo.

La chiave per l'applicazione pratica penso possa essere rivenuta nella *fides*, che proietta le regole nella duplice direzione della tutela della parte assistita e dell'ordinamento. Questo binario a doppio senso è suggellato dal giuramento solenne, che chiunque voglia esercitare la professione è chiamato a pronunciare: «consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento»⁶⁰. Con esso, l'avvocato si lega ai suoi compiti in maniera indissolubile⁶¹.

⁵⁹ Riportati rispettivamente agli artt. 11 e 14 Codice Deontologico Forense. Art. 11 («Rapporto di fiducia e accettazione dell'incarico»): «1. L'avvocato è libero di accettare l'incarico. 2. Il rapporto con il cliente e con la parte assistita è fondato sulla fiducia. 3. L'avvocato iscritto nell'elenco dei difensori d'ufficio, quando nominato, non può, senza giustificato motivo, rifiutarsi di prestare la propria attività o interromperla. 4. L'avvocato iscritto nell'elenco dei difensori per il patrocinio a spese dello Stato può rifiutare la nomina o recedere dall'incarico conferito dal non abbiente solo per giustificati motivi»; art. 14 («Dovere di competenza»): «L'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza».

⁶⁰ Art. 8, Legge 31 dicembre 2012, n. 247 («Impegno solenne»). Per un'approfondita ricostruzione storica del giuramento dell'avvocato, da Giustiniano a oggi, transitando per l'Età di mezzo, si rimanda nuovamente a R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato*, cit., pp. 1-77.

⁶¹ Delle due accezioni di *fides* ricostruite poco sopra, si rende esplicita nel giuramento l'adesione alla seconda (fedeltà). Allo stesso tempo, ritengo che sia pressoché impossibile scin-

Facendo luce sulle radici retoriche della deontologia forense, spero di aver risposto a quel dubbio iniziale, riportato in premessa: seguire le regole deontologiche non solo è giusto, ma è anche utile. È il rispetto dell'etica professionale che scinde la *bene dicendi scientia* dall'"arte" di avere ragione.

Così, un esercito di avvocati si aggira oggi tra le pallide luci delle aule di giustizia, forse non sempre pienamente consapevole dell'effettiva portata del proprio ruolo sociale. I principi deontologici costituiscono vigili sentinelle a presidio dei confini dell'accampamento; proprio nel loro ruolo di tutori dello stato di diritto, gli avvocati sono investiti di una delicata responsabilità: vigilare su chi sta dentro, proteggere da chi sta fuori. Anche dalla loro guardia dipende la sopravvivenza della comunità e si legano a questo compito essenziale con un giuramento, che impone loro di dare sempre il meglio per la tutela del cliente e dell'ordinamento.

Perché è questo quel che sono: sorveglianti al limitare.

dere l'una dall'altra, in quanto la prima è – per dirla con le parole della fisica – “forza uguale e contraria” della seconda: di fatto, la fedeltà in una direzione non ha senso senza la fiducia in direzione opposta. D'altronde, guardando al diritto privato, il mandato professionale è un contratto *intuitus personae*, in cui la fiducia del mandante nei confronti del mandatario è elemento costitutivo della fattispecie.

Abstract [Ita]

Il presente contributo intende proporre una rapida disamina di alcuni punti fondamentali dell'etica professionale degli oratori di Roma antica, per tentare di tracciare una sorta di "genealogia" tra i cardini della precettistica retorica classica e i moderni principi di deontologia professionale forense. Dopo aver ricostruito le esigenze di base da cui origina l'arte retorica nel mondo romano, si delineano le caratteristiche essenziali del modello di perfetto oratore: il *vir bonus dicendi peritus*, con la sua caratura etica e la sua rilevanza sociale. Da qui deriva l'idea, che si ritiene confortata dalla precettistica oratoria, per cui l'efficacia persuasiva dipende strettamente dal rispetto di principi etico-professionali. A fronte di questa analisi, emerge l'odierna importanza dello studio della retorica classica quale cardine per l'interpretazione e la costruzione della moderna deontologia professionale forense.

Parole chiave: *ars rhetorica*; deontologia professionale forense; etica; tradizione romanistica; *vir bonus dicendi peritus*.

Abstract [Eng]

This paper aims to offer a brief overview of some fundamental aspects of the professional ethics of ancient Roman orators, in an attempt to trace a sort of "genealogy" between the cornerstones of classical rhetorical precepts and modern principles of legal deontology. After reconstructing the foundational needs from which the art of rhetoric originated in the Roman world, the essential characteristics of the perfect orator model are outlined: the *vir bonus dicendi peritus*, with his ethical stature and social relevance. From this derives the idea – which is believed to be supported by oratorical precepts – that persuasive effectiveness depends strictly on adherence to ethical and professional principles. In light of this analysis, the contemporary importance of studying classical rhetoric emerges as a cornerstone for interpreting and constructing modern legal professional deontology.

Keywords: rhetorics; legal deontology; ethics; Roman law tradition; *vir bonus dicendi peritus*.

Os *vitia animi* do *servus* no edito de *mancipiis emundis vendundis* Categoria jurisprudencial e tutela do comprador*

Rosanna Ortu

Sumário: 1. Nota prévia. – 2. A categoria dos *vitia animi* no edito de *mancipiis emundis vendundis*: elaboração e sistematização. – 3. A locução «*quis fugitivus errove sit*»: definições jurisprudenciais e disciplina do *vitium latens fugitivi*. – 4. *Mortis consciscendae causa sibi facit*: a tentativa de suicídio do *servus* como *vitium animi*. – 5. A responsabilidade do vendedor. – 6. Os remédios processuais em tutela do comprador: *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris* e *actio empti*. – 7. Considerações conclusivas.

1. Nota prévia

O edito dos *ediles curules de Mancipiis emundis vendundis* impunha ao vendedor de *mancipia* uma série de obrigações de declaração cuja violação era sancionada por meio da *actio redhibitoria* ou da *actio quanti minoris*. Entre essas obrigações, as que apresentam maior complexidade dogmática são as relativas aos vícios de comportamento e de ânimo do escravo, pois exigiam dos juristas a construção de categorias conceituais aptas a qualificar – e, portanto, a disciplinar – defeitos que não podiam ser reduzidos à simples materialidade da doença ou do vício físico.

O ponto de partida de toda a análise é a constatação – a qual emerge com toda a sua evidência da leitura do título D. 21.1 do Digesto – de que o texto edital limitava-se a enumerar taxativamente as *fattispecie* relevantes, sem fornecer qualquer definição técnica das mesmas¹. Cabia, pois, à elaboração dos

* O artigo reproduz o texto do Seminário de Direito Romano realizado em maio de 2025, online, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), a convite do Prof. Alessandro Hirata. Tradução para a língua portuguesa de Laudevino Bento dos Santos Neto da Silveira, doutor em Ciências Jurídicas pela *Università degli Studi di Sassari*.

¹ Sobre o ponto, remeto a R. ORTU, «*Aiunt aediles...*», *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de Mancipiis emundis vendundis*, Torino 2008, pp. 191-194. A relação entre *morbus* e *vitium* é analisada por G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, pp. 45 ss.; L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de Mancipiis vendundis*, Milano 1995, pp. 20 ss.; C. LANZA, *D. 21.1: res se moventes*

iuris prudentes a tarefa de determinar o significado preciso dos termos empregados pelo edito, de identificar os critérios para a sua aplicação concreta e de construir as categorias sistemáticas necessárias para conferir coerência a toda a disciplina. Tal elaboração se desenrola, como se verá, ao longo de quase três séculos, da época tardo-republicana até a época severiana, e o seu percurso não é linear: há oscilações, tensões entre posições diversas, pontos irresolvidos que a compilação justinianeia em parte ocultou, mas que a leitura crítica das fontes permite entrever.

Uma advertência metodológica preliminar impõe-se em relação ao texto do edito. O *edictum de mancipiis emundis vendundis* não chegou até nós diretamente: foi reconstruído por meio da exegese dos fragmentos dos comentários *ad edictum aedilium curulium* dos juristas clássicos. Como foi evidenciado recentemente por Barbera², num artigo dedicado à comparação sistemática entre as principais reconstruções do texto, que retoma substancialmente algumas observações por mim expressas, no passado, no trabalho monográfico «*Aiunt aediles...*»³, as versões oferecidas por Rudorff, Lenel e Impallomeni apresentam diferenças significativas, tanto no número de cláusulas quanto no conteúdo. Impallomeni identifica onze rubricas, Lenel enumera doze – acrescentando a rubrica *de castratione puerorum* – e Rudorff detém-se em dez, não dedicando rubricas autônomas às hipóteses *si alii rei homo accedat* e ao *edictum adversus venaliciarios*⁴. Tais divergências – que inevitavelmente refletem o ponto de vista subjetivo de cada autor – constituem um aviso metodológico: o texto que se comenta é uma reconstrução, e toda interpretação das cláusulas singulares deve levar em conta essa fundamental incerteza de base⁵.

Tendo presentes esses aspectos, neste contributo proponho-me analisar o regime jurídico dos *vitia animi* do *servus* no âmbito do edito dos *ediles curules de mancipiis emundis vendundis*⁶, desenvolvendo quatro perfis distintos, mas

e morbus vitiumve, in «SDHI», LXIX, 2003, pp. 85 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 93 ss. Por último, cfr. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata*, Roma 2020, pp. 85 ss.

² Cfr. S. BARBERA, *Le principali ricostruzioni del testo dell'edictum de mancipiis vendundis*, in *Revista de Derecho UNED*, XXVIII, 2021, pp. 169 ss.

³ Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., n. 126, pp. 143 ss.

⁴ Vide ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., n. 126, pp. 144 ss.

⁵ Cfr. BARBERA, *Le principali ricostruzioni*, cit., pp. 170 ss.

⁶ D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Aiunt aediles: «Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur... item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus»*. A estrutura do edito edilício *de mancipiis emundis vendundis* é analisada por IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 1 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 1 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 37 ss.

estritamente interligados entre si: a categoria jurisprudencial dos *vitia animi* e a sua relação com a disciplina edilícia; a locução «*quis fugitivus errove sit*» e a sua elaboração na tradição jurisprudencial clássica; a tentativa de suicídio do *servus* como *vitium animi* especificamente previsto pelo edito; e, por fim, os remédios processuais em tutela do comprador.

2. A categoria dos vitia animi no edito de mancipiis emundis vendundis: elaboração e sistematização

O fundamento sistemático da disciplina dos *vitia animi* para fins edilícios é fornecido por Ulpiano em D. 21.1.4.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)⁷:

... et videtur hoc iure uti, ut vitii morbiue appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non. et ideo nominatim de errone et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis. unde quidam iumenta pavida et calcitrosa morboris non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse.

O texto contém uma regra de alcance geral que se articula em três proposições distintas. A primeira estabelece que a denominação de *morbus* e de *vitium* diz respeito apenas aos *corpora*: a terminologia do edito edilício refere-se, em princípio, apenas aos vícios físicos. A segunda afirma que o vendedor responde pelos *vitia animi* somente se prometeu expressamente (*si promisit, si minus, non*): na ausência de promessa específica, os vícios de ânimo não integram a garantia edilícia. A terceira formula uma exceção à regra geral: o *erro* e o *fugitivus* são expressamente mencionados no edito precisamente porque se trata de *vitia animi*, e apenas a sua expressa previsão textual os subtrai à regra de exclusão. A qualificação desses vícios como *vitia animi* – e não *corporis* – justifica, pois, a necessidade de uma expressa previsão edital, a qual, de outro modo, seria supérflua.

A distinção entre *vitium corporis* e *vitium animi* como categoria de alcance geral não é uma criação da jurisprudência mais antiga. É obra, a meu ver, principalmente de Viviano⁸, o qual em D. 21.1.1.9-11 e D. 21.1.4 pr.-1 elabora pela primeira vez de modo sistemático a contraposição entre as duas categorias,

⁷ O. LENEL, *Palíngenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, col. 886, fr. 1760. Sobre o fragmento cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 1 ss.; LANZA, *D. 21.1*, cit., pp. 104 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano 2004, pp. 119 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 194 ss.

⁸ Sobre a localização cronológica de Viviano, cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore*², Milano 1997, pp. 13 ss. Os fragmentos do jurista estão recolhidos em LENEL, *Palíngenesia*, II, cit., coll. 1225 ss. Cfr. C. FERRINI, *Viviano*, in *Opere*, II, Milano 1929, pp. 71 ss. Sobre a contribuição de Viviano para a elaboração da distinção *vitium corporis* / *vitium animi*, cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 194-203.

utilizando-a como critério para delimitar o âmbito de aplicação das disposições edilícias. O jurista, em D. 21.1.4.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), afirma que⁹:

... qui autem sanus est mente, in hoc tamen vitium incidit: et Vivianus ait, si quidem id vitium animi ex vitio corporis accidit, redhiberi posse; si vero animi tantum vitium est, non poterit redhiberi, nisi dictum est hoc abesse.

O raciocínio de Viviano é de grande agudeza sistemática. O jurista distingue duas hipóteses: se o *vitium animi* deriva de um *vitium corporis*, a tutela redibitória é admitida; se, ao contrário, trata-se de um *vitium animi* puro, sem conexão com um defeito físico, a tutela redibitória não é exercitável, salvo se o vendedor houver expressamente garantido a ausência de tal vício. Viviano introduz assim um princípio – inteiramente novo em relação ao texto edital – segundo o qual a tutela redibitória se estende aos *vitia animi* causados por um *vitium corporis*. Ao mesmo tempo, mediante essa distinção, Viviano nega a relevância edilícia dos *vitia animi* puros, com o único limite da garantia contratual expressa e dos casos expressamente previstos pelo edito.

Significativo é o fato de que, no léxico dos juristas logo posteriores a Viviano, não se encontre sistematicamente o emprego das expressões *vitium corporis* e *vitium animi* como categorias gerais. Pompônio, em D. 21.1.4.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), afirma que não são contemplados pelo edito os viciados em jogos de azar, os beberões, os glutões, os impostores, os mentirosos e os briguentos¹⁰, sem jamais recorrer à noção de *vitium animi*. Igualmente, Venuleio, em D. 21.1.65 pr. (Ven. 5 *act.*), qualifica como *vitia animi* – mais do que do corpo – a vontade de assistir continuamente a espetáculos, de contemplar atentamente pinturas, ou de ser mentiroso¹¹, mas o faz de modo quase incidental, sem construir um sistema coerente em torno de tais qualificações.

É, pois, Ulpiano, no séc. III d.C., que recolhe e sistematiza essa elaboração, extraíndo dela as regras gerais sintetizadas em D. 21.1.4.3 e em D. 21.1.4.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)¹². A sua operação é de tipo construtivo: não se limita a registrar o direito vigente, mas constrói uma categoria – a dos *vitia animi* – que lhe permite conferir coerência sistemática a uma série de disposições edilícias que, de outro modo, apareceriam como uma mera enumeração caótica

⁹ Cfr. FERRINI, *Viviano*, cit., p. 78; IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 7 ss.; RUSSO RUGGERI, *Viviano*, cit., pp. 148 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 199-201.

¹⁰ D. 21.1.4.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Item aleatores et vinarios non contineri edicto quosdam respondisse Pomponius ait, quemadmodum nec gulosos nec impostores aut mendaces aut litigiosos*. Sobre a posição de Pompônio, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 7 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 201-202.

¹¹ D. 21.1.65 pr. (Ven. 5 *act.*): *Animi potius quam corporis vitium est, veluti si ludos adsi-due velit spectare aut tabulas pictas studiose intueatur, sive etiam mendax aut similibus vitiis teneatur*. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 202-203.

¹² Sobre os fragmentos, vide IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 257 nt. 49; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 43; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., p. 203. Por último, cfr. CORTESE, *La tutela*, cit., pp. 100 ss.

de casos. A categoria tem, pois, uma valência principalmente interpretativa: não está no texto do edito, mas emerge da elaboração jurisprudencial como instrumento para lhe dar uma leitura sistematicamente ordenada¹³.

As consequências dessa construção sistemática no plano da tutela do comprador são de grande relevo. A regra geral é a da exclusão dos *vicia animi* da garantia edilícia; as exceções são taxativas: os casos expressamente previstos pelo edito (*fugitivus*, *erro*, tentativa de suicídio), os *vicia animi* causados por *vicia corporis*, e os casos em que o vendedor haja expressamente garantido a ausência do vício. Fora dessas hipóteses, o comprador que descobrisse um *vitium animi* não previsto pelo edito poderia tutelar-se apenas se o vendedor agisse com dolo (caso em que estaria disponível a *actio empti* de *ius civile*) ou se garantisse expressamente a ausência do vício.

3. A locução «*quis fugitivus errove sit*»: definições jurisprudenciais e disciplina do vitium latens fugitivi

A locução «*quis fugitivus errove sit*» constituía o núcleo da disciplina dos *vicia animi* no edito edilício. Ela impunha ao vendedor o dever de declarar ao comprador, antes da conclusão da venda, se o escravo era *fugitivus* ou *erro*. Como já se disse, o texto edital não fornece qualquer definição técnica dos dois termos: tal definição é obra exclusiva dos *iuris prudentes*, os quais elaboraram ao longo de quase três séculos uma série de *definitiones* que documentam um processo de progressiva subjetivização da noção.

Em D. 21.1.17 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), Ulpiano recolhe e discute em sequência as *definitiones* de *fugitivus* elaboradas pelos seus predecessores¹⁴.

A primeira é formulada por Ofílio¹⁵:

Quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit.

A definição ofiliana centra-se no elemento topográfico: é *fugitivus* quem se encontra *extra domini domum* com a intenção de se ocultar ao senhor. Em comparação com as definições subsequentes, revela uma construção ainda

¹³ Partilha dessa impostação LANZA, *D. 21.1*, cit., pp. 104 ss. Sobre o ponto, cfr. também DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., pp. 119 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 203-207.

¹⁴ D. 21.1.17 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 888, fr. 1761. R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, p. 381. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 207 ss. Por último, vide P. ARCÉS, *Il «servus fugitivus» nelle previsioni edittali e nella giurisprudenza romana*, in *Rivista di Diritto Romano*, XXI, 2021, pp. 1-48; ID., *Schiavi fuggitivi e ribelli nel diritto e nella storia di Roma*, Torino 2023, pp. 25 ss.

¹⁵ Cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae 1896, p. 345, fr. 4. Sobre a definição de Ofílio, cfr. MARTINI, *Le definizioni*, cit., pp. 117 s.; F. REDUZZI MEROLA, «*Servo parere*». *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari*, Napoli 1990, pp. 129 s.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 208-210.

predominantemente material, embora contenha já um elemento intencional subordinado ao afastamento físico da casa do *dominus*.

Cássio Longino formula uma síntese mais concisa¹⁶:

Cassius quoque scribit fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquat.

O *certum propositum* – o firme propósito deliberado – torna-se a fórmula técnica que qualifica a vontade de abandonar o senhor. O critério desloca-se nitidamente para o elemento subjetivo: o que importa é a deliberação interna no momento da partida, não o lugar onde se encontra o escravo. A escolha do verbo *relinquat*, e não *fugiat*, é por si só significativa: ela sublinha a intencionalidade do abandono mais do que o movimento físico da fuga.

Próculo enfrenta um caso-limite de extraordinária complexidade:

D. 21.1.17.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Idem ait: interrogatus Proculus de eo, qui domi latuisset in hoc scilicet, ut fugae nactus occasionem se subtraheret, ait, tametsi fugere non posset videri, qui domi mansisset, tamen eum fugitivum fuisse: sin autem in hoc tantum latuisset, quoad iracundia domini efferveresceret, fugitivum non esse.*

O escravo que se oculta na casa do senhor à espera de fugir já é *fugitivus*, ainda que não se tenha materialmente afastado: o *animus fugae* já formado é suficiente. Mas o escravo que se oculta apenas para aguardar que a ira do senhor se acalme não é *fugitivus*. A distinção proculiana introduz na casuística do *fugitivus* a fase preparatória da fuga: quando a intenção já está formada, mas a ação ainda não se iniciou, a qualidade de *fugitivus* já se configura.

Célio Sabino formula a definição que a doutrina considerou prevaiente¹⁷:

D. 21.1.17.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit.*

A qualificação de *fugitivus* é determinada pela *mens* de não regressar no momento da partida. O arrependimento subsequente e o retorno do *servus* não eliminam a qualificação: *nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit*. Célio Sabino demonstra o mesmo interesse pelo *animus* como elemento qualificante em D. 21.1.17.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)¹⁸:

¹⁶ Sobre o fragmento de Cássio Longino, vide BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae*, II, II, Lipsiae 1901, p. 56. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 210-211.

¹⁷ Vide BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae*, II, II, cit., p. 251, fr. 8. A prevalência do entendimento de Célio Sabino é afirmada por IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 9; MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 118 nt. 69; REDUZZI MEROLA, «*Servo parere*», cit., p. 129. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 211-213.

¹⁸ Vide LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 888, fr. 1761; BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae*, II, II, cit., p. 252, fr. 11. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 212-213.

Idem Caelius ait, si servus, cum in fundo esset, exisset de villa ea mente, ut profugeret et quis eum, priusquam ex fundo tuo exisset, comprehendisset, fugitivum videri: animum enim fugitivum facere.

A máxima *animum enim fugitivum facere* é uma das expressões mais pregantes de toda a elaboração clássica sobre o tema: em quatro palavras, Célio Sabino afirma a primazia absoluta do elemento subjetivo, que torna *fugitivus* também o escravo cuja fuga tenha sido fisicamente impedida antes de se realizar.

A posição mais articulada é a de Viviano, em D. 21.1.17.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)¹⁹:

Item apud Vivianum relatum est fugitivum fere ab affectu animi intellegendum esse, non utique a fuga: nam eum qui hostem aut latronem, incendium ruinarumve fugeret, quamvis fugisse verum est, non tamen fugitivum esse. item ne eum quidem, qui a praeceptore cui in disciplinam traditus erat aufugit, esse fugitivum, si forte ideo fugit, quia immoderate eo utebatur. idemque probat et si ab eo fuerit cui erat commodatus, si propter eandem causam fugerit. idem probat Vivianus et si saevius cum eo agebat. haec ita, si eos fugisset et ad dominum venisset: ceterum si ad dominum non venisset, sine ulla dubitatione fugitivum videri ait.

O princípio cardeal de Viviano é enunciado com grande clareza: o *fugitivus* deve ser compreendido primariamente a partir do *affectus animi*, e não da fuga material (*non utique a fuga*). Os exemplos desenvolvidos pelo jurista mostram como o critério subjetivo permite separar as hipóteses de fuga juridicamente relevantes das justificadas por circunstâncias excepcionais. O critério do retorno ao senhor – se o escravo volta, não é *fugitivus*; se não volta, indubitavelmente o é – revela retroativamente o verdadeiro *affectus animi* no momento da fuga²⁰.

Trifonino introduz, por fim, um ponto de equilíbrio entre elemento subjetivo e ato material, em D. 50.16.225 (Tryph. 1 *disp.*)²¹:

Fugitivus est non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum iactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit.

Para Trifonino, não basta o propósito de fugir: é necessário que o escravo tenha de alguma forma dado início material à fuga. O simples fato de se van-

¹⁹ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 888, fr. 1761. Sobre Viviano e a noção de *fugitivus*, vide FERRINI, *Viviano*, cit., pp. 78 s.; RUSSO RUGGERI, *Viviano*, cit., pp. 154-165; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 213-215; C. CARRASCO GARCIA, *Fugitivus vel erro: del que huye aun estando presente y del que permanece pese a la ausencia*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXVIII, 2015, pp. 165-183; ARCÉS, *Il «servus fugitivus»*, cit., pp. 16-25.

²⁰ Sobre o critério do retorno ao senhor como revelador do *affectus animi*, cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 213-215. Mas vide também ARCÉS, *Il «servus fugitivus»*, cit., pp. 20 ss.

²¹ Cfr. MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 381; R. GAMAUF, *Ad statum licet confugere*, Frankfurt am Main 1999, p. 68 nt. 110; ARCÉS, *Il «servus fugitivus»*, cit., pp. 30 ss.

gloriar de querer fugir não configura a qualidade de *fugitivus*. A fórmula *ipso facto fugae initium mente deduxerit* conjuga o elemento mental (*mente*) com o ato inicial de fuga (*ipso facto*), atestando que o debate jurisprudencial não se havia definitivamente assentado nem mesmo na época severiana.

Quanto à figura do *erro*, a definição fundamental é a de Labeão transmitida por Ulpiano em D. 21.1.17.14 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)²²:

Erronem ita definit Labeo pusillum fugitivum esse, et ex diverso fugitivum magnum erroneum esse. sed proprie erroneum sic definimus: qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur et temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redit.

Labeão constrói o par *erro/fugitivus* por comparação quantitativa: o *erro* é um *fugitivus* “em pequeno” (*pusillum fugitivum*), o *fugitivus* um *erro* “em grande” (*magnum erroneum*). Como observou Martini²³, trata-se de uma *definitio katà ávaloyíav*, que não fornece uma caracterização autônoma da figura, mas a constrói por contraste e proporção com a outra. Ulpiano, na segunda parte do fragmento, propõe, ao contrário, uma definição qualitativa: o *erro* vaga frequentemente sem causa, perde tempo em coisas fúteis e regressa a casa mais tarde do devido, mas – e este é o elemento qualificante – sem jamais abandonar a intenção de regressar.

A diferença entre as duas definições é significativa também no plano prático²⁴. A definição labeoniana adapta-se melhor às exigências concretas da tutela redibitória, em que a simples omissão da declaração configura a responsabilidade do vendedor independentemente da qualificação específica do vício. A definição ulpianiana é, ao contrário, mais útil para os fins da *actio quanti minoris*, uma vez que a distinção entre *fugitivus* e *erro* incidia diretamente sobre a avaliação econômica do *servus*: o valor patrimonial de um escravo *fugitivus* era nitidamente inferior ao de um *erro*, porque o risco de perda definitiva era, no primeiro caso, muito mais elevado.

No plano da responsabilidade do vendedor, um problema de grande relevância prática diz respeito à disciplina do *vitium latens fugitivi*. Dois fragmentos de Papiniano são de fundamental importância²⁵. Em D. 21.1.54 (Pap. 4

²² Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 544, fr. 6; BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae*, II, I, Lipsiae 1896, p. 143, fr. 4. A definição é qualificada como “admirável” por V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione in diritto romano*, in *Riv. dir. e proc. penale*, X, 1919 (= *Rariora*, Roma 1946, p. 282 nt. 1). Cfr. MARTINI, *Le definizioni*, cit., pp. 144 s.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 219 ss.

²³ Cfr. MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 144. Mas vide também F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, p. 7; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., p. 220 e ntt. 84-85.

²⁴ Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 12 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 62 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli 1954, p. 356; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 220 ss.

²⁵ A tal propósito, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 11 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*,

resp.) estabelece-se que a *actio redhibitoria* não tem lugar se um escravo adquirido em boas condições – e que antes da venda jamais havia fugido – fuge após a entrega; ao passo que em D. 21.1.55 (Pap. 12 *resp.*) precisa-se que os seis meses *utiles* para o exercício da *actio redhibitoria* começam a correr a partir do momento no qual o *vitium latens fugitivi* se manifesta, desde que a ignorância do comprador não seja qualificável como *dissoluta*. Desses textos depreende-se que a responsabilidade do vendedor surge quando este não declara um episódio de fuga *anterior* à venda: é essa omissão, e não a fuga subsequente, que configura o inadimplemento da obrigação de *praedicere*²⁶. A interpretação de Impallomeni, que exige uma dupla manifestação do vício – antes e depois da venda –, vai, a meu ver, além do dado textual contido nas fontes²⁷.

4. Mortis consciscendae causa sibi facit: a tentativa de suicídio do servus como vitium animi

Na parte final do texto do edito edilício transmitido por Ulpiano em D. 21.1.1.1²⁸, lê-se:

... item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus.

Nesta parte do edito, os *ediles curules* contemplam alguns eventos particulares relativos ao passado do *mancipium*, quando o vendedor tinha a obrigação de declarar ao *emptor* para não incorrer na responsabilidade edilícia: se o *servus* tivesse cometido uma *capitalis fraus*; se *in harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit*; e, por fim, se *mortis consciscendae sibi causa quid fecerit*.

A expressão «*mortis consciscendae sibi causa quid fecerit*»²⁹ é utilizada pelos *ediles curules* para indicar a tentativa de suicídio do *mancipium*. Não se trata,

cit., pp. 157 ss.; M. MEMMER, *Der «schöne Kauf» des «guten Sklaven»*, in ZSS, CVII, 1990, pp. 11 s. e 29 s.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 215 ss.

²⁶ Contra IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 11 ss., o qual considera necessária uma dupla manifestação do *vitium*.

²⁷ Como já tive ocasião de sustentar, tal interpretação excede o conteúdo das fontes. A este respeito, cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 217 s.

²⁸ Vide LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 885, fr. 1758. Sobre a cláusula relativa à tentativa de suicídio, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 14 ss.; E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano 1983, pp. 281 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 68 ss.; N. BELLOCCI, *Il tentato suicidio del servo*, in *Schiavi e dipendenti nell'oikos e della familia*, Pisa 1997, pp. 377 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 223 ss.

²⁹ No latim clássico, não existe um vocábulo para indicar o suicídio. Para a análise do termo e das perífrases empregadas nas fontes romanas, cfr. M. BATTAGLINI, *Il problema filosofico-*

evidentemente, do suicídio consumado – que teria implicado simplesmente a morte do *servus* e a consequente cessação da relação servil – mas especificamente da tentativa: o escravo que houvesse atentado contra a própria vida e sobrevivido era considerado afetado por um *vitium animi* de específica relevância edilícia.

O pensamento de Paulo sobre a tentativa de suicídio do *servus* para fins de redibição está contido em D. 21.1.43.4 (Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*)³⁰:

Mortis consciscendae causa sibi facit, qui propter nequitiam malosque mores flagitiumve aliquod admissum mortem sibi consciscere voluit, non si dolorem corporis non sustinendo id fecerit.

O jurista exprime imediatamente um juízo negativo relativamente ao escravo que voluntariamente tentou tirar a própria vida: tal gesto extremo pode ser devido à *nequitia* do servo, aos seus maus costumes, ou ao peso de um grave delito por ele cometido. A avaliação de Paulo é, em todo o caso, negativa: o suicida frustrado deve ser sempre considerado *nequam*³¹. Contudo, o dado mais significativo desse fragmento respeita à plena justificação dos casos em que a tentativa de suicídio do *servus* fosse motivada pela vontade de se subtrair, pela morte, a insuportáveis sofrimentos físicos (*dolorem corporis non sustinendo*). Trata-se de uma justificação fortemente impregnada de elementos reconduzíveis à filosofia estoica³²: os Estoicos haviam identificado uma série de motivações que justificavam o suicídio, entre as quais se contavam uma grave decrepitude, uma doença incurável, uma mísera penúria ou um sofrimento insuportável.

Sobre a relação entre a tentativa de suicídio do *servus* e a do homem livre, um contributo importante é oferecido por Marciano em D. 48.21.3.6 (Marcian. *l. s. de del.*)³³:

religioso del suicidio nel mondo romano, in *Il bollettino dei protesti cambiari*, 2, 1950, pp. 3 ss.; A. WACKE, *Il suicidio nel diritto romano*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano 1983, pp. 679 ss. Sobre o significado da expressão *mortis consciscendae sibi causa quid fecerit*, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 14 ss.; NARDI, *Squilibrio*, cit., pp. 281 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 223 s.

³⁰ Vide LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1095, fr. 834. Sobre o fragmento, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 15 ss.; NARDI, *Squilibrio*, cit., pp. 283 ss.; BELLOCCI, *Il tentato suicidio*, cit., pp. 377 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 224 s.

³¹ Cfr. P. VEYNE, *Suicidio, fisco, schiavitù, capitale e diritto romano*, in *La società romana*, Roma-Bari 1990, pp. 93 s.; BELLOCCI, *Il tentato suicidio*, cit., p. 378. Sobre a qualificação do *servus* pelo adjetivo *nequam* e sobre o significado do termo *nequitia* nas fontes edilícias, remeto a ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 224 s.

³² Sobre a influência da filosofia estoica em matéria de suicídio no mundo romano, cfr. Y. GRISE, *Le suicide dans la Rome antique*, Paris 1982, pp. 193 ss.; WACKE, *Il suicidio*, cit., pp. 692 s. Sobre Sêneca e o suicídio, cfr. M. BRUTTI, *Il potere, il suicidio, la virtù*, in *Seminari di storia e di diritto*, Milano 1995, pp. 65 ss. Cfr. VEYNE, *Suicidio, fisco, schiavitù*, cit., pp. 93 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 225 ss.

³³ Vide LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 644, fr. 16. Sobre o fragmento, cfr.

Sic autem hoc distinguitur, interesse qua ex causa quis sibi mortem conscivit: sicuti cum quaeritur, an is qui sibi manus intulit et non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam tulit. nam omnimodo puniendus est, nisi taedio vitae vel inpatientia alicuius doloris coactus est hoc facere. et merito, si sine causa sibi manus intulit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parceret.

No trecho, o jurista distingue as hipóteses de suicídio *sine causa* das motivadas pelo *taedium vitae* ou por insuportáveis sofrimentos físicos. A tentativa *sine causa* é equiparada a uma confissão de culpabilidade e o suicida frustrado deverá ser punido, pois «*chi non risparmia se stesso ancor meno risparmierà gli altri*». Tal sanção não se aplicava em relação a quem houvesse sido impelido a tirar a vida por *taedium vitae* ou por *inpatientia alicuius doloris*.

A comparação entre o fragmento de Paulo e o de Marciano revela uma diferença fundamental entre a condição do escravo e a do homem livre: o *taedium vitae* – o chamado cansaço de viver – era admitido como causa justificante do suicídio para o homem livre, mas não para o escravo³⁴. A ideologia da sociedade escravagista tornava impossível justificar a ação do escravo que houvesse posto fim ou tentado pôr fim à própria vida por *taedium vitae*: fortes motivações econômicas estão na base desta posição dos juristas romanos.

No seu comentário ao edito edilício, Ulpiano identifica a motivação que levou os *ediles* a preverem a obrigação de declarar a tentativa de suicídio do servo em D. 21.1.23.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)³⁵:

Excipitur et ille, qui mortis consciscendae causa quid fecerit. malus servus creditus est, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta laqueum torsit sive medicamentum pro veneno bibit praecipitemve se ex alto miserit aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perenturam, tamquam non nihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est.

Ulpiano qualifica de *malus servus* aquele que tenha praticado qualquer tentativa contra a própria pessoa com o fim de se subtrair à condição humana. Enumera, a seguir, os modos pelos quais um escravo podia tirar a própria vida: enforcamento, envenenamento, ou precipitar-se do alto. Conclui com uma consideração acerca da periculosidade do indivíduo que tentou tirar a vida, sustentando que quem «é capaz de se fazer mal a si próprio é capaz de

WACKE, *Il suicidio*, cit., pp. 703 ss.; VEYNE, *Suicidio, fisco, schiavitù*, cit., pp. 84 ss.; BELLOCCI, *Il tentato suicidio*, cit., p. 386; M.U. SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli 1998, p. 44 n. 144.

³⁴ Cfr. VEYNE, *Suicidio, fisco, schiavitù*, cit., p. 99; BELLOCCI, *Il tentato suicidio*, cit., p. 387. Sobre a análoga distinção na tentativa de suicídio do *miles*, cfr. D. 49.16.6.7 (Arr. Men. 3 *de re mil.*) e o rescrito de Adriano aí citado, sobre o qual WACKE, *Il suicidio*, cit., p. 706; SPERANDIO, *Dolus pro facto*, cit., pp. 43 s. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 226 ss.

³⁵ Vide LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 891, fr. 1769. Sobre os modos de se dar a morte na Antiguidade, cfr. WACKE, *Il suicidio*, cit., pp. 691 ss. Cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 228 ss.

fazer mal também aos outros»: motivação que evoca a sentença de Sêneca pai (*contr.* 8.4: *Nihil non ausurus fuit qui se potuit occidere*), cuja influência sobre o pensamento dos juristas foi assinalada pela doutrina³⁶.

A motivação ulpianiana foi objeto de crítica por parte de Impallomeni³⁷, o qual assinalou que ela não seria de todo congruente, uma vez que quem tentou o suicídio estará inclinado a reiterar as tentativas mais do que a lesar os outros. Daqui resultaria que o dano ao comprador derivaria não da presumida agressividade do *mancipium*, mas do fato de que o desfecho positivo da ação do suicida privaria o *emptor* da disponibilidade do escravo. Em sentido análogo se pronunciara Buckland³⁸. Wacke³⁹, ao contrário, considerou a motivação fornecida por Ulpiano não desprovida de lógica jurídica intrínseca. Manna⁴⁰, por sua vez, assinalou, com razão, que a explicação de Impallomeni ressentida da influência da moderna ciência psiquiátrica, e que o passo deve ser interpretado calando o intérprete na realidade daquele período: os Romanos consideravam o suicídio como um gesto agressivo que revelava um ânimo malévolo e não excluía que tal energia negativa pudesse recair também sobre os outros. Consequentemente, quer uma tentativa subsequente de suicídio houvesse tido êxito positivo, quer se verificasse uma agressão contra outros indivíduos, o comprador se veria privado da disponibilidade do *servus*.

A meu ver, a análise dos fragmentos citados parece confirmar que os juristas romanos, ao procurar o fundamento da norma edital relativa à tentativa de suicídio, nunca faziam referência explícita à diminuição patrimonial que poderia derivar ao comprador no caso de o *servus* conseguir consumar o suicídio. Todavia, pode razoavelmente entender-se que esta era uma motivação implícita: todos os vícios contemplados no edito dos *aediles curules* eram suscetíveis de avaliação econômica, e os *aediles* mostravam-se particularmente atentos em impedir que o comprador sofresse um dano patrimonial em razão do ato fraudulento do vendedor⁴¹. Para além do dano econômico, outras motivações levaram os *aediles* a sancionar a obrigação de declarar a tentativa de suicídio do *servus*: na sociedade romana, embora o suicídio fosse considerado uma liberdade natural dos livres e dos servos – o próprio Ulpiano manifesta esse modo de pensar em D. 15.1.9.7⁴², ao afirmar *licet enim etiam servis natu-*

³⁶ A respeito da influência de Sêneca pai sobre os juristas severianos, cfr. WACKE, *Il suicidio*, cit., p. 709; VEYNE, *Suicidio, fisco, schiavitù*, cit., pp. 89 e 118 n. 39; BRUTTI, *Il potere, il suicidio, la virtù*, cit., p. 187; BELLOCCI, *Il tentato suicidio*, cit., p. 383.

³⁷ Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., pp. 14 ss.

³⁸ Vide BUCKLAND, *The Roman law of slavery*, cit., p. 57, o qual, além disso, observa que: «It seems hardly necessary to go so far to find a reason for not wanting to give money for a slave who was likely to kill himself».

³⁹ WACKE, *Il suicidio*, cit., pp. 709 s.

⁴⁰ Cfr. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilita per vizi*, cit., pp. 68 ss.

⁴¹ Sobre o ponto, vide ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 230 ss.

⁴² D. 15.1.9.7 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere, non magis quam si se occiderit vel praecipitaverit: licet enim etiam servis naturaliter in*

raliter in suum corpus saevire – aquele que tivesse tentado tirar a própria vida era considerado um indivíduo socialmente perigoso, além de *malus servus* e *nequam*. Daí resultava que o comprador devia ser advertido da aquisição de um escravo potencialmente perigoso, uma vez que, além de se lesar a si mesmo, poderia causar dano também a outras pessoas.

Dos comentários de Paulo e Ulpiano a essa norma edilícia, emerge, pois, uma motivação social de grande relevância, que levava a justificar a obrigatoriedade da declaração do *vitium animi* inerente à tentativa de suicídio do *mancipium*. A cláusula revela, em definitivo, a consciência dos *aediles curules* e dos juristas clássicos de que a tentativa de suicídio do *servus* não era um fato puramente privado entre o senhor e o seu escravo, mas um evento dotado de relevância social e comercial, capaz de incidir sobre o valor de mercado do *mancipium* e sobre a segurança do seu futuro adquirente⁴³.

5. A responsabilidade do vendedor

A obrigação de *praedicere*⁴⁴ imposta ao vendedor pelos *ediles curules*, que se substanciava em dar a conhecer ao comprador, *ante emptionem*, a existência dos *vicia animi* do *servus*, representava certamente a primeira e mais imediata forma de tutela do comprador.

O conteúdo geral dessa obrigação é determinado de modo claro por Ulpiano em D. 21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)⁴⁵:

Dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

suum corpus saevire. No fragmento, discute-se a responsabilidade de *peculio* do *dominus* pelo suicídio do escravo. Ulpiano afirma que o *dominus* não pode deduzir do cálculo do *peculium* a perda decorrente da autolesão ou suicídio do seu *servus*, uma vez que também ao escravo seria permitido pela natureza infligir atos extremos contra o próprio corpo. Sobre o ponto, remete-se a WACKE, *Il suicidio*, cit., pp. 708 s.; VEYNE, *Suicidio, fisco, schiavitù*, cit., pp. 74 ss.; BELLOCCI, *Il tentato suicidio del servo*, cit., p. 379.

⁴³ Sobre o ponto, vide ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 230 ss.

⁴⁴ Sobre a obrigação de *praedicere* como obrigação pré-contratual de divulgação (*Informationspflicht*), vide E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, pp. 120 ss. A propósito de *promittere* e da estrutura das *stipulationes* edilícias, remeto a JAKAB, *op. cit.*, pp. 180 ss. Mas vide também MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 110 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 295 ss.

⁴⁵ Sobre o passo cfr. R. MONIER, *La garantie contre les vices caches dans la vente romaine*, Paris 1930, pp. 42 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., pp. 384 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 19; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Aberdeen 1958, pp. 78 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., pp. 60, 153, 159, 272 s.; L. MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 103 s.; R. ORTU, «*Qui venaliciariam vitam exercebat*», in *Diritto@Storia*, I, 2002; EAD., *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012, p. 86 nt. 24.

O teor do trecho permite reconhecer na disciplina edilícia a intenção de melhorar, *supplendi gratia*, o regime dos meios a favor do comprador predispostos pelo *ius civile*⁴⁶. No direito clássico, com efeito, o vendedor era responsável pela ação *ex empto* somente se agisse com dolo, mas esse critério era, por sua vez, absorvido pelo conhecimento do vício. Com a exclusão do elemento psicológico da *scientia* do lado do vendedor, torna-se possível determinar um parâmetro objetivo fundado na obrigação de declaração, segundo modalidades pré-estabelecidas, dando ao comprador a possibilidade de sustentar as suas razões sem ter de provar o estado subjetivo da contraparte.

O edito, portanto, não só visava a introduzir um pesado remédio contra os enganos dos vendedores, bem como a sua astúcia (*fallacia*⁴⁷), em socorro dos compradores, como praticamente levava o vendedor a garantir pelos vícios do *mancipium*, mesmo desconhecidos, que se manifestassem uma vez concluída a *emptio venditio*⁴⁸.

O conteúdo ideológico⁴⁹ do trecho é facilmente compreensível e, ao pôr em relevo a diversidade das posições iniciais das partes, justifica o critério de responsabilidade decorrente da violação das obrigações editais. O vendedor é responsável mesmo quando ignorar os *vitia* e, conseqüentemente, o elemento psicológico da *scientia* estava totalmente desvinculado dos pressupostos da tutela edilícia. É ainda possível identificar uma dupla chave de leitura: por um lado, como referência a uma presunção absoluta de culpa⁵⁰, posição à qual parte da doutrina adere⁵¹; por outro, como caso de responsabilidade

⁴⁶ Nesse sentido, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 19.

⁴⁷ Sobre o significado do termo, cfr. E. FORCELLINI, v. *Fallacia*, in *Lexicon Totius Latinitatis*², II, Patavii, 1805, p. 273.

⁴⁸ Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., pp. 19 s.

⁴⁹ A mesma *ratio* encontra-se também em outras passagens do Digesto. Vide o comentário ao *Edictum de iumentis vendundis* contido em D. 21.1.38.2 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*). Quanto às cláusulas editais singulares, cfr. D. 21.1.37 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Outra disposição interessante a este propósito respeita à norma que estendia a responsabilidade do vendedor também nas vendas em que o escravo era vendido como acessório de outra *res*, conforme se lê em D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*). Sobre o ponto, vide em particular R. ORTU, «Propter dignitatem hominum». *Riflessioni su D. 21.1.44 pr.*, in *Diritto@Storia*, III, 2004; EAD., «Si alii rei homo accedat», in *RDR*, XI, 2011, pp. 3 ss. Sobre o ponto, vide também IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., pp. 65, 68; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 81 nt. 22.

⁵⁰ O argumento é expressamente citado por R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1861, pp. 1-112, em part. p. 35. A este propósito, vide também F. PROCCHI, «Licet emptio non teneat». *Alle origini delle moderne teorie sulla c.d. «culpa in contrahendo»*, Padova 2012, pp. 205 ss.

⁵¹ A tendência para considerar a responsabilidade do vendedor fundada sobre uma presunção absoluta de culpa é significativamente atestada por MONIER, *La garantie contre les vices*, cit., pp. 40 ss. Em tempos recentes, a teoria foi partilhada por L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007, p. 41. Sobre o ponto, para uma revisão crítica das diversas posições, cfr. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilita per vizi*, cit., pp. 104 ss. Cfr. também L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000, pp. 6 s.

objetiva⁵². Este segundo critério abrange também a ignorância das prescrições editais *stricto sensu* e não apenas dos vícios a declarar obrigatoriamente. Do ponto de vista da teoria geral do direito, as duas interpretações elaboradas pela doutrina situam-se em planos diferentes, mas, ao contrário, «*dal punto di vista pratico esse danno luogo a conseguenze analoghe, comportando la presunzione assoluta di colpa – insuscettibile di prova in contrario – in ogni caso la condanna del venditore allo stesso modo di quanto accade secondo le regole della responsabilità oggettiva*»⁵³.

Na doutrina, o tema aparece ligado, por um lado, à teoria da responsabilidade contratual⁵⁴, por outro, ao instituto da *praesumptio iuris*⁵⁵.

Em todo o caso, a irrelevância do elemento subjetivo – indistintamente dolo ou culpa – na avaliação do comportamento do vendedor tem razão de ser no carácter profissional assumido por quem vendia *mancipia*, frequentemente organizado em uma atividade empresarial. Uma vez constatado o vício oculto⁵⁶, as consequências repercutiam necessariamente sobre o vendedor, por ser a parte que podia «*più agilmente ispezionare il bene prima della esposizione nei mercati e che, inoltre, maggiore vantaggio traeva dalla mancata denuncia dei vizi agli avventori*»⁵⁷.

O outro referente da disposição edilícia é o comprador, em relação ao qual existe uma precisa obrigação que se reflete, porém, a cargo do vendedor: a de *certiorem facere*.

A posição de inferioridade cognitiva do *emptor* é pressuposto da aplicabilidade das obrigações editais e, em relação a ela, opera o critério da *scientia*.

⁵² A doutrina maioritária sustenta que ao vendedor de escravos devia ser imputada uma responsabilidade objetiva prescindente do conhecimento ou ignorância do vício por parte do alienante. Tal teoria é justificada pela leitura de D. 21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Nesse sentido, IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 19; H. VINCENT, *Le droit des ediles*, Paris 1922, pp. 50 ss. Como observa MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 106, «*l'idea della presunzione assoluta di colpa, a ben vedere, non era estranea neppure agli assertori della responsabilità oggettiva*».

⁵³ Assim MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 106 s.

⁵⁴ Para a teoria da responsabilidade, cfr.: V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1966; F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della Grande Compilazione*, Bari 1982; ID., *La responsabilità contrattuale in diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1994.

⁵⁵ Para a teoria da presunção, cfr.: C. FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano*, in RISG, XIV, 1892, pp. 258 ss.; G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano*, in Ann. Perugia, XLII, 1931, pp. 1 ss.; J.P. LEVY, *La formulation de la théorie romaine des preuves*, in Studi in onore di S. Solazzi, Napoli 1948; G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in RIDA, III, 1956, pp. 349 ss.

⁵⁶ O preceito predisposto pelos *ediles curules* podia ser desrespeitado pelo vendedor com a omissão das declarações nele prescritas. Nenhuma prescrição, ao contrário, exigia uma declaração sobre a ausência de determinados vícios, contrariamente ao que podia acontecer com as *stipulationes* acessórias à *emptio venditio*. Cfr. MONIER, *La garantie contre les vices*, cit., pp. 39 ss. Em particular, vide MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 95 ss.

⁵⁷ Assim, DONADIO, *Garanzia per vizi della cosa*, cit., pp. 68 ss.

Nas fontes, o conceito é esclarecido por uma disposição que faz cessar a razão de tutela do comprador:

D. 21.1.1.6 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si intellegatur vitium morbusve Mancipii (ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia), potest dici, Edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur.*

O trecho tem o teor de uma advertência ao comprador e, ao mesmo tempo sublinha, a «*causa proponendi*» do edito, como justificação para a intervenção dos próprios *ediles*, a fim de que o comprador não seja enganado (*ne emptor decipiatur*). No momento em que o *emptor* tem conhecimento do vício, verifica-se uma atenuação na disposição edital, cessando a necessidade de um equilíbrio coativo entre as posições dos contratantes.

Esta solução era sugerida por uma exigência já sentida pelos juristas no contexto paralelo da aplicação da *actio empti*⁵⁸.

A relação entre *scientia* e *ignorantia emptoris* é o parâmetro de aplicação de um certo *favor venditoris*, o qual, quando um vício é tão patente que o comprador não pode ignorá-lo, desobriga o vendedor da declaração e, mesmo que esta fosse omitida, não faria recair sobre ele o automatismo da responsabilidade objetiva. O princípio do «*caveat emptor*» não é, portanto, inteiramente excluído pela disposição edital; assim, um mínimo de diligência é exigido quando o vício é facilmente cognoscível:

D. 21.1.14.10 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis), eius nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit*⁵⁹.

Mais precisamente, o texto refere o termo «*morbus*»⁶⁰, que reconduz a entidade do vício à natureza física do *mancipium*, à guisa de um defeito ínsito no corpo que se manifesta também com deformações ou sintomas aparentes.

A *ratio* dessa previsão consiste num corretivo às implicações que, para o vendedor, decorrem do respeito ao texto edital, evitando que uma proteção excessiva do comprador pudesse criar uma disparidade em posições invertidas.

Na comparação entre os dois trechos, impõe-se uma reflexão sobre o alcance dos mesmos. O desaparecimento da razão de apoio ao disposto edilício – ou

⁵⁸ Cfr. DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., p. 4, em part. nt. 6.

⁵⁹ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 888. Sobre o fragmento, vide IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., pp. 22 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 53; DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., p. 264; ORTU, «*Aiunt Aediles*», cit., p. 174 e nt. 207.

⁶⁰ Sobre o significado do termo, cfr. FORCELLINI, v. *Morbus*, in *Lexicon*, III, cit., p. 112. Sobre a distinção entre *morbus* e *vitium* na sequência da elaboração da jurisprudência clássica, remeto a ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 93 ss.

seja, o conhecimento do *vitium* ou do *morbus* por parte do comprador – coloca o vendedor ao abrigo do exercício das ações edilícias. Não é claro, porém, se a obrigação de declaração cessa no momento em que o comprador aceita, conhecendo o *status* da *res*, concluir o contrato, precluindo assim também a possibilidade de exercer a ação, a qual seria rejeitada pelo magistrado com uma *denegatio actionis*. Nesse caso, a interpretação da locução «*Edictum cessare*» levaria a propender por essa solução, aliás sustentada por Kaser⁶¹, aderindo à qual se deve considerar a obrigação de declarar *palam recte* eventuais defeitos do escravo como não subsistente quando haja *scientia emptoris*.

Em contraposição, uma opinião contrária é atribuível a Impallomeni, o qual, de modo pouco convincente, punha em relevo, na análise de D. 21.1.14.10, que a evidência do *vitium* não se traduz numa forma de declaração e, quando muito, se deveria considerar «*come una circostanza oggettiva dalla quale si deduce la conclusione di un tacito patto di esclusione di garanzia*». O vendedor não seria, pois, desobrigado da obrigação dos *ediles*, mas a eventual ação do comprador seria paralisada com uma *exceptio pacti conventi*⁶².

Além da obrigação de *praedicere*, o edito impunha ao vendedor prestar uma garantia formal por meio de uma *stipulatio* (*promittere*)⁶³. Os institutos do *praedicere* e do *promittere* completavam-se reciprocamente: o *praedicere* assegurava a transparência informativa antes da conclusão do contrato; o *promittere* garantia ao comprador a possibilidade de agir contratualmente em caso de vício não declarado, por meio de uma ação decorrente da *stipulatio* e distinta da *actio redhibitoria* edilícia.

Em caso de dolo do vendedor – ou seja, quando este haja conscientemente ocultado a qualidade de *fugitivus*, de *erro* ou a anterior tentativa de suicídio do escravo – o comprador dispunha, em acréscimo aos remédios edilícios, da *actio empti* de *ius civile*⁶⁴. Essa ação, fundada na *bona fides*, tinha um prazo prescricional mais longo e permitia ao comprador obter uma indenização compreensiva de todo o interesse positivo. A coexistência dos dois sistemas de tutela – edilício de *ius honorarium* e de *ius civile* – oferecia assim ao comprador uma proteção diferenciada e funcionalmente graduada em razão do comportamento subjetivo do vendedor.

⁶¹ Cfr. M. KASER, *Die Jurisdiktion der Kurulischen Adilen*, in *Melanges Philippe Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 178 nt. 27: «*Pronunciationspflicht des Verkäufers, die gegenüber dem wissenden Käufer entfällt*».

⁶² Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 22.

⁶³ Sobre a estrutura das *stipulationes* edilícias, cfr. JAKAB, *Praedicere und cavere*, cit., pp. 180-260; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 110-145; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 295 ss.

⁶⁴ Sobre a relação entre *actio empti* e remédios edilícios em caso de dolo do vendedor, cfr. DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., pp. 119 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilita nel diritto privato romano*, Catania 1996, pp. 145-160; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, pp. 322 s.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 200 s.

6. *Breve referência aos remédios processuais em tutela do comprador: actio redhibitoria, actio quanti minoris e actio empti*

O sistema dos remédios processuais em tutela do comprador de um escravo afetado por *vitia animi* estrutura-se em dois planos distintos, mas complementares: o plano edilício, de *ius honorarium*, que compreendia a *actio redhibitoria* e a *actio quanti minoris* (ou *aestimatoria*), e o plano do *ius civile*, que pressupunha a concessão da *actio empti*. A escolha entre os diferentes instrumentos sancionatórios dependia das circunstâncias do caso concreto, da natureza e da entidade do vício, do comportamento do vendedor e dos objetivos perseguidos pelo comprador.

Nas disposições editais, como já evidenciado no parágrafo anterior, encontra-se a arquetípica responsabilidade da obrigação a cargo do vendedor de declarar ao comprador os eventuais defeitos da coisa em venda, reconduzível ao problema da garantia pelos vícios ocultos⁶⁵.

A *actio redhibitoria* é o principal e mais antigo remédio de tutela previsto pelo edito edilício e tende, como é sabido, à resolução do contrato⁶⁶:

D. 21.1.21 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio.*

Como afirma Ulpiano em D. 21.1.21 pr., a redibição visa precipuamente ao restabelecimento do *status quo ante*⁶⁷.

O vendedor era obrigado a restituir o preço com os juros calculados a partir da data do pagamento, a reembolsar as despesas úteis e necessárias suportadas pelo comprador para a manutenção do escravo e a manter o comprador indene das obrigações contraídas pelo escravo no período decorrido entre a venda e a redibição. Por sua parte, o comprador devia restituir o escravo *cum causa* – com os seus acessórios e o seu *peculium*, caso dele fosse titular – ressaltada a dedução dos frutos já percebidos.

No plano processual, a característica fundamental da *actio redhibitoria*, sobre a qual a doutrina moderna alcançou uma posição amplamente partilhada, é a de ser uma ação com fórmula *in factum* e de natureza arbitrária⁶⁸, na

⁶⁵ Cfr. F. MERCOGLIANO, *Sui fondamenti dell'azione redibitoria nel diritto romano (e altrove)*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, XII, 2023, pp. 1-32. Mas vide também IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., pp. 1 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 1 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 37 ss.

⁶⁶ Sobre o conteúdo da condenação, cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., pp. 388 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 200 ss.; JAKAB, *Praedicere und cavere*, cit., pp. 195-210.

⁶⁷ Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 222 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 187 ss. Sobre o texto de Aulo Gélío (*Noct. Att.* 4.2.1) que confirma o termo, cfr. ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 60 ss.

⁶⁸ Sobre a fórmula *in factum* e a natureza arbitrária da *actio redhibitoria*, remeto a D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, 2ª ed., Padova 1999, pp. 99-101; L.

verdade, como foi justamente precisado por Garofalo, com base numa atenta releitura das fontes, duplamente arbitrária⁶⁹.

A qualificação da ação como fórmula *in factum*⁷⁰ implica que a *intentio* não seja construída sobre um *oportere*⁷¹, mas sobre a descrição direta de um fato relevante, ou seja, a omissão da declaração, por parte do vendedor, do vício do *mancipium*, contrariamente ao que prescrevia o edito edilício. A natureza duplamente⁷² arbitrária da fórmula – no sentido de que o juiz exercia uma dupla função arbitral tanto no convite ao comprador para cumprir as suas prestações quanto no convite ao vendedor para cumprir as suas – é o mecanismo processual que permitia realizar o objetivo da *restitutio in integrum*, que repunha as partes na situação econômica na qual se encontrariam se o contrato jamais houvesse sido concluído.

O mecanismo processual da *actio redhibitoria*⁷³ pressupunha que, após o reconhecimento da existência do vício não declarado, o comprador-autor, a convite do juiz, procedesse a cumprir as suas prestações em relação ao réu: em primeiro lugar, a redibição do escravo – entendida como restituição, com os acessórios acumulados – bem como a entrega do que adquirira por meio do escravo ou em razão dele, e a reparação dos deterioramentos causados ao escravo pela *familia* ou pelo *procurator* do adquirente. O cumprimento de tais prestações constituía um ônus para o comprador, pressuposto necessário para que o juiz estabelecesse as contraprestações do vendedor e o condenasse em caso de inadimplemento. As prestações principais do vendedor consistiam na restituição do preço com os juros (D. 21.1.29.2), na liberação do comprador da obrigação de pagar o preço ainda devido (D. 21.1.25.9 e 21.1.29.1), no reem-

D'AMATI, *L'actio redhibitoria tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica*, in *Teoria e storia del diritto privato*, IX, 2016; L. GAROFALO, *In tema di azione redibitoria e quasi redibitoria*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, XVI bis, 2022, pp. 2076-2091.

⁶⁹ Cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., p. 2079: «Come oggi riconosce la dominante dottrina, l'azione in parola aveva formula in factum ed era arbitraria, anzi doppiamente arbitraria, come attestano D. 21.1.43.9, 21.1.23 pr., 21.1.25.8, 21.1.29.3, 21.1.31.9 e 21.1.31.13». Cfr. MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 160 ss.

⁷⁰ Remeto a MANTOVANI, *Le formule*, cit., pp. 99 ss. Mas vide também D'AMATI, *L'actio redhibitoria*, cit., pp. 1 ss.

⁷¹ MANTOVANI, *Le formule*, cit., pp. 99 ss. A fórmula *in factum* da *actio redhibitoria* reconstruída por Lenel e Impallomeni apresenta como *intentio* a descrição do fato – a omissão de declaração do vício *adversus edictum aedilium* – sem recorrer a um *oportere*: cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 215 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 314 ss.

⁷² Remeto a GAROFALO, *In tema di azione redibitoria*, cit., pp. 2026 ss., o qual evidencia como a *condemnatio* edital não era uma simples compensação econômica do interesse contratual. Se o vendedor, perante o *arbitrium* do juiz, se obstinava a não restituir o preço e a não retirar o bem viciado, a fórmula impunha a condenação ao *duplum* (*quanti ea res erit, in duplum condemna*). Garofalo demonstra que *esse duplum* não tinha natureza puramente indenizatória, mas sancionatória e coercitiva: servia para dobrar a vontade do vendedor recalcitrante, punindo a sua violação da ordem do juiz e a quebra do equilíbrio do mercado.

⁷³ Cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., pp. 2079 ss. Sobre o conteúdo da condenação, vide também ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., pp. 388 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 200 ss.

bolso das despesas (D. 21.1.27 e 21.1.30.1) e na reparação dos danos sofridos pelo comprador em razão do escravo (D. 21.1.23.8, 21.1.31 pr. e 21.1.58 pr.). O critério de determinação da condenação era o do *quanti ea res erit*, com a exceção discutida de D. 21.1.45:

D. 21.1.45 (Gai 1 *ad ed. aed. cur.*): *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari,*

no qual, numa hipótese particular, parece prevista uma condenação no dobro⁷⁴.

Também o perfil da responsabilidade do vendedor foi objeto de aprofundada análise por parte da doutrina. Como resulta de D. 21.1.1.2 (o fragmento ulpianiano que enuncia a *ratio* da intervenção edilícia no *occurrere fallaciis vendentium* e no *succurrere emptoribus*, já analisado no parágrafo anterior), a responsabilidade do vendedor pela omissão de declaração do vício era concebida objetivamente, prescindindo do conhecimento ou ignorância do vício por parte do próprio vendedor⁷⁵. Esta corrente de pensamento⁷⁶ distingue nitidamente o sistema edilício do entendimento da doutrina tradicional, que fundava a responsabilidade numa presunção absoluta de culpa, e constitui o traço mais característico da tutela do *emptor* no mercado dos escravos.

Entre as características processuais da ação, é necessário mencionar o problema da sua localização cronológica e do seu progressivo alargamento aplicativo⁷⁷. A meu ver, a ação foi introduzida verossimilmente já desde a primeira versão do edito, datável, com base nos testemunhos das fontes, no séc. II a.C., certamente antes de 169 a.C.⁷⁸, para as compras e vendas de escravos nos mercados urbanos. A *actio redhibitoria* foi posteriormente estendida, por meio do edito *de iumentis vendundis*, às compras e vendas de *iumenta*, e por fim – segundo a proposta de Labeão acolhida no séc. III d.C. por Ulpiano – a todas as categorias de bens⁷⁹. Tal progressão histórica é relevante para a com-

⁷⁴ Cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., pp. 2079 ss.

⁷⁵ Vide GAROFALO, *In tema*, cit., p. 2079. Por último, a esse propósito, MERCOGLIANO, *Sui fondamenti*, cit., p. 4. Sobre o debate entre responsabilidade objetiva e presunção absoluta de culpa, cfr. MONIER, *La garantie*, cit., pp. 39 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 137 ss.; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 132 ss.

⁷⁶ Cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., p. 2079; MERCOGLIANO, *Sui fondamenti*, cit., p. 4.

⁷⁷ Cfr. D'AMATI, *L'actio redhibitoria*, cit., p. 1.

⁷⁸ A este propósito vide ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 68 ss., em que, com base nos testemunhos de Plauto, Catão/Aulo Gélío e Cícero, e por meio das remissões textuais, se demonstra a existência da atividade dos *ediles*, do edito edilício e do *redhibere* já desde o séc. II a.C., certamente anteriores a 169 a.C. Cfr. D'AMATI, *L'actio redhibitoria*, cit., p. 1. Para uma datação diferente da *actio redhibitoria*, vide S. BARBATI, *Il concorso tra tutela legale e tutela negoziale dell'acquirente nel I secolo a.C.*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, CLIV, fasc. 3, 2022, pp. 695 ss.

⁷⁹ Cfr. BARBATI, *Il concorso*, cit., pp. 695 ss.

preensão do sistema dos *vitia animi*: a cláusula relativa ao *fugitivus*, ao *erro* e à tentativa de suicídio do *servus* pertence à fase mais elaborada do edito, e é, pois, expressão de uma reflexão jurisprudencial já madura sobre a categoria dos vícios de ânimo e sobre a sua relevância para os fins da tutela redibitória.

No plano processual, a *actio redhibitoria* devia ser exercida dentro de seis meses *utiles* a partir da conclusão da venda⁸⁰. O prazo, na sua brevidade em relação aos prazos ordinários, respondia à necessidade de assegurar a estabilidade das transações comerciais. No caso de *vitium latens* – em particular, no caso do *vitium latens fugitivi* – o prazo corria a partir do momento em que o vício se manifestava, desde que a ignorância do comprador não fosse qualificável como *dissoluta*, nos termos de D. 21.1.55 (Pap. 12 *resp.*). Particularmente significativa é a previsão da *actio in factum ad pretium recipiendum* (D. 21.1.31.17-19): caso o vendedor houvesse consensualmente aceito a restituição do escravo sem devolver o preço, mesmo após o decurso do prazo semestral, o comprador podia recorrer a esse remédio supletivo, o qual Garofalo⁸¹ qualifica como ulterior expressão da lógica restitutória que informa toda a disciplina edilícia.

A *actio quanti minoris* (ou *aestimatoria*) tendia, ao contrário, à redução proporcional do preço sem dissolução do vínculo contratual⁸². O mecanismo de determinação do *quantum minoris* exigia uma estimativa comparativa do valor do escravo no estado em que foi vendido em relação ao que teria tido se livre do vício não declarado⁸³. O prazo para o exercício dessa ação era de um ano útil.

Sobre a relação entre as duas ações edilícias, importa assinalar a recente posição de Barbatì⁸⁴, o qual propôs uma reconstrução original que se opõe à opinião prevalecente, que sempre postulou um concurso alternativo ou cumulativo entre as duas ações edilícias. Segundo o Autor, a *actio aestima-*

⁸⁰ O prazo semestral é confirmado por Gell. N.A. 4.2.1 e por D. 21.1.19.6 (Ulp.). Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 222-225; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 187-195; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 60 ss. Sobre a *actio in factum ad pretium recipiendum* (D. 21.1.31.17-19) como remédio supletivo em caso de redibição consensual, cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., p. 2081.

⁸¹ Cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., p. 2081.

⁸² Sobre a *actio quanti minoris* cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 260-290; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 220-240; JAKAB, *Praedicere und cavere*, cit., pp. 195-210; GAROFALO, *In tema*, cit., pp. 2076 ss.; S. BARBERA, *La iurisdictio e l'equilibrio contrattuale. Il caso dell'actio redhibitoria e dell'actio aestimatoria*, Napoli 2022.

⁸³ Sobre o mecanismo de determinação do *quantum minoris* cfr. JAKAB, *Praedicere und cavere*, cit., pp. 195-210; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 220-240; ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 85 ss.

⁸⁴ BARBATÌ, *Il concorso*, cit., pp. 695-697. A tese da subsidiariedade da *actio aestimatoria* em relação à *redhibitoria* funda-se na interpretação de Gell. N.A. 4.2.5, em referência à cláusula labeoniana de reserva *quanto ob id vitium minoris erit* na fórmula da *redhibitoria*, e de D. 44.2.25.1 (Iul. 51 *dig.*), contra o concurso alternativo postulado por CHR. BALDUS, *Una actione experiri debet?*, in *Orbis iuris Romani*, V, 1999, pp. 50 ss., e o concurso cumulativo de N. DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., p. 315.

toria seria subsidiária em relação à *redhibitoria* no prazo semestral, em virtude de uma sugestão de Labeão de inserir na fórmula da *redhibitoria* uma cláusula de reserva *quanto ob id vitium minoris erit* (Gell. N.A. 4.2.5), confirmada *a contrario* por *Iulianus* D. 44.2.25.1 (Iul. 51 dig.)⁸⁵. Decorridos os seis meses e até ao fim do ano, a *actio aestimatoria* podia ser exercida a título exclusivo. Mercogliano⁸⁶ reafirma, ao invés, com acerto, que, não obstante a proximidade estrutural no edito, as duas fórmulas das ações edilícias atribuem ao autor tutelas rigorosamente alternativas e não cumuláveis entre si. Uma vez escolhida a via da resolução (*actio redhibitoria*), não se podia recorrer à fórmula da redução do preço (*actio aestimatoria*), e vice-versa, pelo mesmo vício.

A escolha entre as duas ações não era economicamente indiferente. No caso específico dos *vitia animi*, a diferença de valor entre um escravo afetado por tais vícios e um escravo deles isento podia ser muito significativa. Em particular, a diferença de valor entre um *fugitivus* e um escravo sem tal *vitium* era geralmente muito mais marcada do que a existente entre um *erro* e um escravo confiável: a possibilidade de perda definitiva ínsita na figura do *fugitivus* deprimia o valor de mercado do escravo em medida muito maior do que a tendência à ociosidade própria do *erro*. Analogamente, a qualidade de escravo que houvesse tentado o suicídio incidia significativamente sobre o valor de mercado, pois assinalava uma instabilidade psicológica que aumentava o risco de episódios futuros e reduzia a fiabilidade do escravo nas tarefas que lhe eram atribuídas.

Um perfil específico de grande relevância prática dizia respeito à disciplina da ação em caso de perecimento do escravo durante a posse do comprador⁸⁷. Ulpiano, em D. 21.1.29 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), enfrenta o problema do escravo que morresse durante a posse do comprador por causa não imputável a este⁸⁸:

⁸⁵ BARBATI, *Il concorso*, cit., pp. 695-697. A cláusula de reserva *quanto ob id vitium minoris erit* na fórmula da *redhibitoria* é atestada por Gell. N.A. 4.2.5 (Labeão por meio de Célio Sabino) e confirmada *a contrario* por Iul. 51 dig. D. 44.2.25.1: contra CHR. BALDUS, *Una actione*, cit., pp. 50-69; N. DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., p. 315.

⁸⁶ Cfr. MERCOGLIANO, *Sui fondamenti*, cit., pp. 3 ss. O Autor reafirma ainda que a alternatividade originária permanecia rígida também no plano pretório: o comprador não podia intentar a ação estimatória para pedir uma redução do preço e, subsequentemente, agir com a redibitória sobre o mesmo bem pelo mesmo vício, uma vez que o início da primeira fórmula consumia o interesse processual protegido pelo edito.

⁸⁷ Sobre o perecimento do escravo para fins de redibição, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 235 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 255 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 316 ss. Sobre o caso do *servus fugitivus* e a *cautio de servo persequendo et restituendo*, cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., p. 2081.

⁸⁸ D. 21.1.29 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 893, fr. 1773. Sobre o princípio da suportação do risco pelo vendedor, cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 235 ss.; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., pp. 255 ss. Por último, remeto a GAROFALO, *In tema*, cit., pp. 2080 s.

Si mancipium redhibendum perit apud emptorem sine culpa eius: si quidem morbo perierit quo vendebatur, pretium redhibendum est: sin vero alio morbo aut ictu aut alio casu, non: nisi si emptor id egerit, ut mancipium redhiberet.

O princípio enunciado por Ulpiano é o da imputação do risco ao vendedor: se o escravo morreu em razão da mesma doença ou vício pelo qual deveria ter sido restituído, o vendedor é obrigado a devolver o preço. Se, ao contrário, o escravo morreu por outra causa, a perda recai sobre o comprador, salvo se este já houvesse iniciado as ações para obter a redibição. O mesmo princípio opera – como justamente observou Garofalo⁸⁹ – nos casos de fuga e de morte do escravo verificadas após a venda: nessas hipóteses, o comprador era isento do ônus da restituição somente quando o evento não se houvesse realizado por sua culpa, e desde que, no caso do *servus fugitivus*, o vendedor tivesse conhecimento do vício no momento da venda e o comprador prestasse *apud iudicem a cautio de servo persequendo et restituendo*⁹⁰.

Uma questão de particular complexidade respeita, por sua vez, ao concurso entre a tutela edilícia e a tutela negocial – ou seja, as garantias formais sobre a qualidade do *mancipium* prestadas pelo vendedor por meio de *sponsio* ou *stipulatio*. Segundo a reconstrução proposta por Barbati⁹¹, na fase originária⁹² do sistema edilício a proteção edilícia tinha caráter subsidiário em relação à garantia convencional: a *actio redhibitoria* operava apenas na ausência de uma *sponsio* de garantia formalmente prestada pelo vendedor, a qual prevalecia como remédio principal. Foi somente quando os *ediles* – segundo Barbati entre 50 e 30 a.C. – inseriram no edito a cláusula relativa aos *dicta promissave* que o concurso entre remédio edilício e ação nascida da *sponsio* de garantia se pôs em termos cumulativos: a ação redibitória – voltada para a resolução prática do contrato – e a ação contratual – dirigida à reparação do dano – prosseguiram objetivos distintos mas convergentes, e podiam, pois, ser exercidas cumulativamente. Tal concurso cumulativo permaneceu em vigor na época imperial, como atesta ainda Ulpiano em D. 21.1.19.2.

Quanto ao concurso entre as ações edilícias e a *actio empti* de *ius civile*, a questão é uma das mais debatidas na romanística⁹³. No séc. I a.C. – como

⁸⁹ Cfr. GAROFALO, *In tema*, cit., pp. 2080 s.

⁹⁰ Cfr. D. 21.1.21.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*).

⁹¹ BARBATI, *Il concorso*, pp. 700 ss. Sobre a passagem do regime subsidiário ao regime cumulativo na sequência da inserção da cláusula sobre os *dicta promissave*, cfr. pp. 703-708; sobre a persistência do concurso cumulativo na época imperial atestada por Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.19.2, cfr. pp. 707-708. Cfr. também IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., pp. 262-263; DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., pp. 155-158.

⁹² Cfr. BARBATI, *Il concorso*, pp. 700 ss.: para o A., em torno a 80/75 a.C. Contra, a esse propósito, ORTU, «*Aiunt aediles...*», cit., pp. 68 ss. D'AMATI, *L'actio redhibitoria*, cit., p. 1.

⁹³ Sobre o concurso entre remédios edilícios e *actio empti* cfr. CANNATA, *Sul problema della responsabilita*, cit., pp. 145-160; DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., pp. 119 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 320-325; CORTESE, *La tutela*, cit., pp. 104 ss.; MERCOGLIANO, *Sui fondamenti*, cit., pp. 1 ss. Sobre o testemunho de Cícero, *de off.* 3.50-92,

mostra o testemunho de Cícero em *de officiis* (3.50-92) – era de excluir qualquer concurso entre *actio redhibitoria* e *actio empti*, uma vez que no *oportere ex fide bona* da *emptio venditio* não estava ainda incluída a obrigação do vendedor de entregar mercadoria idônea ao uso. Apenas a partir do compêndio civilístico de Masúrio Sabino se afirmou no direito vivo a tese segundo a qual a reticência sobre os defeitos do bem vendido constituía infração à *bona fides*, abrindo caminho ao concurso entre remédios edilícios e *actio empti*. Na época clássica, tal concurso foi geralmente configurado em termos de alternatividade, atenta a progressiva patrimonialização dos remédios edilícios. Essa estrutura integrada – em que responsabilidade objetiva edilícia e responsabilidade subjetiva civilística coexistem sem se excluírem – constitui, como recentemente observou Mercogliano⁹⁴, um dos exemplos mais eloquentes da ductilidade do sistema jurídico romano em responder às exigências de um mercado economicamente articulado e socialmente relevante como o dos escravos.

7. Considerações conclusivas

A análise realizada sobre os quatro perfis da disciplina dos *vitia animi* do *servus* permite formular algumas observações conclusivas de carácter sistemático.

Em primeiro lugar, a categoria dos *vitia animi* – como elaboração de Viviano e sistematização de Ulpiano – não é uma categoria explícita do texto edital, mas o resultado de uma operação interpretativa que os juristas realizam *a posteriori*, para conferir coerência sistemática a disposições que, no edito, se apresentavam como uma enumeração taxativa de casos. Essa operação tem carácter construtivo: a categoria não está no texto, mas emerge da elaboração jurisprudencial como instrumento para o ordenar. Ela tem, ao mesmo tempo, uma função limitativa, circunscrevendo a tutela edilícia aos *vitia corporis* e aos *vitia animi* expressamente previstos, e uma função expansiva, incluindo na tutela os *vitia animi* causados por *vitia corporis* e os expressamente garantidos pelo vendedor.

Em segundo lugar, o par *fugitivus* / *erro* ilustra com particular clareza a relação entre norma edital e interpretação jurisprudencial: o texto do edito coloca o problema, os *prudentes* constroem a solução por meio de um processo de elaboração que se desenrola ao longo de quase três séculos. O resultado é uma noção de *fugitivus* progressivamente subjetivizada (do elemento topográfico de Ofílio ao *affectus animi* de Viviano) que alcança a sua síntese equilibrada na definição de Ulpiano. A noção de *erro*, ao contrário, encontra

como argumento para excluir o concurso no séc. I a.C., cfr. BARBATI, *Il concorso*, cit., pp. 698 ss. Sobre a progressiva alternatividade na época clássica, vide IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 263 s. Por último, cfr. BARBATI, *op. cit.*, pp. 714 ss.

⁹⁴ Cfr. MERCOGLIANO, *Sui fondamenti*, cit., pp. 1 ss.

a sua formulação mais feliz na *definitio* labeoniana do *pusillus fugitivus*, que melhor se adapta às exigências concretas da tutela redibitória do que a definição qualitativa de Ulpiano.

Em terceiro lugar, a tentativa de suicídio do *servus* revela-se a hipótese mais rica de implicações dogmáticas no âmbito dos *vicia animi* relevantes para a disciplina edilícia. Ela permite apreciar a complexidade do diálogo entre as categorias sistemáticas elaboradas pela jurisprudência e a realidade concreta do mercado dos escravos, em que as situações dificilmente se adaptam a categorias nítidas. A casuística paulina, com a distinção entre tentativa de suicídio como *vitium animi* estrutural e como reação episódica a circunstâncias excepcionais, mostra como a jurisprudência clássica sabia calibrar a resposta jurídica à complexidade dos casos concretos, evitando aplicações mecânicas de categorias abstratas.

Por fim, o sistema dos remédios processuais (*actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*, *actio empti*) revela uma estrutura funcionalmente integrada que oferece ao comprador uma tutela graduada em razão da natureza e da entidade do vício, do comportamento do vendedor e dos objetivos prosseguidos. No plano do concurso interno entre os remédios edilícios, a doutrina mais recente propôs configurar a relação entre *actio redhibitoria* e *actio aestimatoria* em termos de subsidiariedade da segunda em relação à primeira no prazo semestral, segundo uma sugestão formulada por Labeão no seu comentário ao edito edilício. No plano do concurso entre tutela edilícia e tutela negocial, a proteção mediante *actio redhibitoria* teve originariamente carácter subsidiário em relação à *sponsio* de garantia, tornando-se cumulativa somente após a inserção edital da cláusula sobre os *dicta promissave*. A coexistência de remédios edilícios de base objetiva, de remédios civilísticos de base subjetiva e de remédios contratuais de garantia não é fruto de uma estratificação caótica de normas, mas responde a uma lógica sistemática coerente: proteger o comprador em qualquer hipótese, modulando a tutela em função do grau de responsabilidade do vendedor e dos instrumentos negociais empregados na contratação.

No seu conjunto, a disciplina dos *vicia animi* do *servus* para fins de redibição constitui um dos capítulos mais significativos do direito privado romano clássico: um campo em que a tensão entre sistematização conceitual e pragmatismo aplicativo, que representa a cifra mais autêntica da jurisprudência romana, se manifesta com toda a sua fecundidade criativa, produzindo soluções que, por meio da longa mediação da tradição romanística, continuam a viver nos princípios fundamentais da garantia pelos vícios do direito privado europeu e iberoamericano.

Abstract [Port]

O artigo analisa a disciplina dos *vitia animi* do *servus* para fins de redibição no âmbito do edito dos *ediles curules de mancipiis emundis vendundis*, desenvolvendo quatro perfis distintos mas interligados. O primeiro reconstrói a categoria dos *vitia animi* como elaboração de Viviano, sistematizada por Ulpiano, identificando o seu fundamento dogmático no contraste com os *vitia corporis* e as implicações no plano da tutela edilícia. O segundo perfil examina a locução «*quis fugitivus errove sit*», percorrendo as *definitiones* jurisprudenciais que documentam a progressiva subjetivização do *fugitivus*, e a definição do *erro* em Labeão e Ulpiano. O terceiro perfil aborda a tentativa de suicídio do *servus* como *vitium animi* especificamente previsto pelo edito edilício, com atenção ao debate jurisprudencial sobre a sua qualificação e sobre as implicações em termos de obrigação de *praedicere*. O quarto examina os remédios processuais à disposição do comprador – *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*, *actio empti* –, abordando em particular o problema do concurso entre os remédios edilícios, da relação entre *actio redhibitoria* e *actio aestimatoria* e do concurso entre tutela edilícia e tutela negocial nascida da *sponsio* ou *stipulatio*.

Palavras-chave: *vitia animi*; *fugitivus*; *erro*; tentativa de suicídio do *servus*; edito dos *ediles curules*; *actio redhibitoria* e *actio quanti minoris*.

Abstract [Eng]

This article examines the legal regime of the *vitia animi* of the *servus* for rescission purposes within the framework of the curule aediles' edict *de mancipiis emundis vendundis*, developing four distinct but closely interrelated profiles. The first reconstructs the category of *vitia animi* as an elaboration of Vivianus, systematized by Ulpian, identifying its dogmatic foundation in the contrast with the *vitia corporis* and its implications for aedilician protection. The second examines the clause «*quis fugitivus errove sit*», tracing the chain of juristic *definitiones* which document the progressive subjectivisation of the *fugitivus*, and the definition of the *erro* in Labeo and Ulpian. The third addresses the attempted suicide of the *servus* as a *vitium animi* provided for by the aedilician edict, with attention to the juristic debate on its qualification and to the obligations of *praedicere*. The fourth examines the remedies available to the purchaser – *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*, *actio empti* –, dealing in particular with the concurrence of the aedilician remedies, with the relationship between *actio redhibitoria* and *actio aestimatoria* and with the concurrence between aedilician protection and the conventional warranty from *sponsio* or *stipulatio*.

Keywords: *vitia animi*; *fugitivus*; *erro*; attempted suicide of the *servus*; edict of the *aediles curule*; *actio redhibitoria* and *actio quanti minoris*.

Introduzione a
Mario Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*,
Padova, 1972*

Giovanni Maria Uda

Sommario: 1. La questione in esame. – 2. I contegni tipizzati e la loro natura giuridica. – 3. Le figure alternative al negozio giuridico e all'atto giuridico in senso stretto: posizione critica. – 4. La volontà di inserirsi nel traffico giuridico come elemento distintivo tra negozio e atto giuridico in senso stretto: irrilevanza qualificatoria della volontà degli effetti. – 5. Le tutele dell'autore del contegno negli atti giuridici in senso stretto: fattispecie legale e libertà del contegno. – 6. I contegni concludenti. – 7. *Protestatio contra factum non valet*. – 8. Il silenzio. – 9. Sintesi conclusiva.

1. *La questione in esame*

Con la ristampa dell'opera di Mario Segni *Autonomia privata e valutazione legale tipica* viene nuovamente immesso in circolazione, dopo oltre cinquant'anni dalla sua edizione, ciò che forse rappresenta l'unico lavoro dedicato in termini generali al fenomeno della tipizzazione legale delle condotte umane e alla loro capacità di produzione di effetti giuridici, non necessariamente corrispondenti alla volontà del soggetto agente, in base alla valutazione che di tale condotta ha fatto il legislatore¹.

Notevoli sono stati, e ancora sono, i contributi della dottrina relativi a figure che ricadono in tale fenomeno, come – per citarne alcune – l'accettazione tacita di eredità (art. 476 c.c.), il contratto unilaterale (art. 1333 c.c.), la gestione di affari altrui (art. 2028 ss. c.c.) o, in termini più ampi, figure quali il comportamento concludente o il silenzio. Il libro di Segni si distingue per

* Il contributo costituisce l'introduzione alla ristampa anastatica dell'opera di Mario Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica* (Cedam, 1972), pubblicata nelle *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri e G. Perlingieri, Napoli, Esi, 2025.

¹ V. quanto sostenuto da S. nell'opera in esame: «Per indicare tale fenomeno può essere usato il termine di valutazione legale tipica, o, se si preferisce, di comportamenti valutati tipicamente. Si indica così quella che costituisce la caratteristica fondamentale delle fattispecie in questione, e cioè la conformità tra l'intento che nella generalità dei casi sorregge il contegno preso in considerazione dalla legge e la disciplina che l'ordinamento detta per esso» (p. 3).

il tentativo di ricostruire un sistema generale tramite il quale individuare gli spazi di operatività dell'autonomia privata all'interno di un fenomeno caratterizzato dalla previsione legislativa di effetti giuridici slegati (o comunque non necessariamente dipendenti) dalla volontà dell'autore del «contegno tipizzato».

La condotta che S. indica come oggetto di valutazione legale tipica è una condotta *volontaria*, nel senso della volontà dell'azione, e *lecita*, cioè estranea a un giudizio di riprovevolezza e di responsabilità. Gli effetti legali prodotti dalla condotta tipizzata rispondono a esigenze che sono proprie dei rapporti economici e dei traffici commerciali.

L'idea di fondo che muove l'indagine di S. è quella di individuare i criteri tramite i quali distinguere le ipotesi in cui la tipizzazione del contegno di un soggetto operata dal legislatore in base a una propria valutazione può dirsi riconducibile all'autonomia privata, là dove troverebbe applicazione il regime delle tutele negoziali², dalle ipotesi in cui il contegno tenuto dall'agente, viceversa, non è espressivo dell'autonomia privata, con conseguente preclusione delle tutele negoziali medesime. Sicché in quest'ultimo caso rimane aperto il fondamentale problema del *se* e del *come* tali tutele (in favore dell'autore del contegno, ma anche dei terzi) possano essere individuate³.

2. I contegni tipizzati e la loro natura giuridica

Secondo l'impostazione di S., la norma che fonda una valutazione legale tipica descrive un contegno che è idoneo, secondo criteri di normalità (e in ciò sta la *valutazione* del legislatore), a manifestare la volontà dell'autore di realizzare determinate conseguenze giuridiche. Un contegno che può essere talora specifico nella sua previsione normativa⁴, o generico, ma che comunque «sembra idoneo a rivelare una volontà del soggetto diretta [...] a raggiungere le conseguenze previste dalla legge»⁵.

La fattispecie legale, peraltro, non prevede come proprio elemento costitutivo la volontà (delle conseguenze giuridiche) ma il solo contegno materiale⁶.

² Caratterizzato essenzialmente dalla disciplina dei vizi del volere e della capacità naturale (p. 136 ss.).

³ Così scrive criticamente l'A. rispetto alla indiscriminata riconduzione dei contegni tipizzati all'autonomia privata: «la dottrina che considera i contegni valutati tipicamente come atti di esercizio di autonomia privata appare infatti sovente dettata, più che dalla convinzione che tali comportamenti presentino gli elementi caratteristici del negozio, dal desiderio di giustificare la applicazione delle regole negoziali» (p. 15).

⁴ Ad esempio, la distruzione del testamento olografo: art. 684 c.c.

⁵ S., *ivi*, p. 17: art. 476 c.c.

⁶ Afferma S, *ivi*, p. 10 s.: «in questi casi il fondamento delle conseguenze disposte dalla legge non va quindi ravvisato in una volontà diretta alla loro realizzazione, ma in un semplice contegno materiale, sia pure arricchito, nella sua previsione, da numerosi elementi, sovente di natura soggettiva».

Conseguentemente gli effetti stabiliti dalla norma si produrranno anche se l'autore del contegno non li avesse voluti, purché il contegno si sia perfezionato.

Poste queste premesse, l'individuazione della natura giuridica delle fattispecie di contegno tipizzato appare condizionata dalla «non necessarietà» della volontà degli effetti. Infatti, da un lato vi è la difficoltà di qualificare come atto negoziale una fattispecie nella quale la volontà degli effetti è normativamente irrilevante, potendo gli effetti essere prodotti a prescindere da essa; dall'altro lato, e di converso, appare ugualmente difficile assumere la estraneità dall'ambito di esercizio della autonomia privata di atti che regolano un assetto di interessi il quale coinvolge la sfera giuridico-patrimoniale dell'autore della condotta.

Sotto questo punto di vista, l'A. ritiene che alcune condotte tipizzate siano da qualificarsi come atti negoziali, mentre altre ricadano nella categoria degli atti giuridici in senso stretto. La ricerca dei criteri distintivi, con il loro carico sistematico e applicativo, costituisce il nucleo della complessa analisi di S.

3. *Le figure alternative al negozio giuridico e all'atto giuridico in senso stretto: posizione critica*

In realtà, nota l'A., per lungo tempo la dottrina ha cercato di ricondurre i contegni tipizzati nell'ambito della categoria negoziale, al fine – come si è detto – di applicarvi la relativa disciplina, con finalità anche (e forse soprattutto) di ordine pratico. Nondimeno, le varie teorie che hanno cercato di conseguire un tale obiettivo non sono accolte da S. il quale, in primo luogo, supera le *teorie negoziali* che intendevano ricondurre le valutazioni legali alla figura del «negozio presunto», secondo le quali, posti gli effetti giuridici derivanti dalla norma di legge in base a una mera condotta dell'agente, si poneva una sorta di presunzione di corrispondenza con gli effetti voluti dallo stesso (par. 6-11).

Ugualmente, secondo l'A., la distinzione tra i contegni tipizzati qualificabili come atti negoziali e atti non negoziali non può fondarsi sulla tassatività o meno della valutazione legale: ossia sul fatto che la norma tipizzante consenta o escluda di dimostrare che la volontà del soggetto agente fosse in realtà diretta verso effetti giuridici differenti rispetto a quelli normativamente stabiliti. Impostazione, questa, secondo la quale ove la norma consenta una tale dimostrazione (così confutando la valutazione legale tipica) ci si troverebbe di fronte a un negozio; mentre qualora la escluda (tassatività della valutazione legale tipica) il contegno del soggetto agente sarebbe sempre riconducibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto⁷. Tale tesi, si è detto, non è accolta dall'A.

Non vengono condivise da S. neanche le impostazioni che prospettano le «nuove» figure, rispetto a quelle classiche del negozio giuridico e dell'atto giu-

⁷ S., *ivi*, p. 15.

ridico in senso stretto, del «comportamento socialmente tipico», dei «rapporti contrattuali di fatto» e delle «dichiarazioni legali tipiche».

La prima figura (par. 12 e 13), sviluppata nella dottrina tedesca, sarebbe da ricondurre non alla sfera dell'autonomia privata ma della responsabilità, cui andrebbe incontro colui il quale, colposamente, abbia posto in essere un comportamento «socialmente tipico» atto a ingenerare un ragionevole affidamento nel terzo circa la produzione dell'effetto giuridico. Anche l'effetto giuridico, in un certo senso, sarebbe dotato di una sorta di «tipicità»; tipicità, o quantomeno consequenzialità rispetto al comportamento – sembra di comprendere – che risiederebbe invece nella norma ritenuta applicabile in virtù del significato attribuito al comportamento stesso⁸. Figura, quindi, che proprio per la sua natura diretta fondamentalmente a tutelare in via esclusiva l'affidamento altrui non rappresenterebbe un atto di autonomia privata e dunque, conclude l'A., non consentirebbe di applicare le regole proprie dei negozi giuridici⁹.

Inoltre, sostiene ancora S., la teoria del «comportamento socialmente tipico» trova fondamento nell'affermata operatività del principio di buona fede oggettiva dal quale discenderebbero degli obblighi di rispondere degli affidamenti ingenerati verso terzi; la qual cosa di per sé appare condivisibile ma solo nell'ambito di rapporti giuridici già esistenti¹⁰, salvo non voler ritenere che la responsabilità dovuta al mancato rispetto di un generale dovere di agire secondo i criteri di onestà e lealtà possa essere fonte di rapporti giuridici diretti a regolare assetti di interessi tra le parti. Se così fosse, afferma l'A., si «finirebbe per far perdere ogni significato al concetto di autonomia privata e alle regole sancite per essa dall'ordinamento» (p. 79).

Obiezioni del medesimo tenore sono mosse all'orientamento giurisprudenziale fondato sulla teoria dell'apparenza¹¹, il quale – seguendo questa linea ricostruttiva – farebbe ugualmente dipendere da una condotta (in ipotesi) fonte di responsabilità il regolamento di interessi economici, da riservarsi invece, quest'ultimo, ad atti caratterizzati da volontarietà.

Anche la figura dei «rapporti contrattuali di fatto» non è ritenuta da S. adatta per spiegare il fenomeno della valutazione legale tipica. Infatti, se da un lato l'A., considerata l'evoluzione e la complessità dei traffici economici e commerciali, ammette la necessità di andare oltre le figure del contratto e del negozio così come elaborate in epoche passate, dall'altro lato ritiene che la categoria dei *rapporti contrattuali di fatto*, la quale viene vista anch'essa come una esplicazione del principio di buona fede, sia eccessivamente vaga sotto il profilo strutturale. Infatti, posto che effettivamente esistono nella realtà so-

⁸ Volendo accogliere questa impostazione, afferma l'A. (p. 65), la restituzione del titolo del credito al debitore da parte del creditore configurerebbe un comportamento socialmente tipico in quanto condotta espressiva della volontà di rimettere il debito.

⁹ V. in particolare *op. cit.*, p. 64.

¹⁰ Contrattuali (artt. 1362 e 1375 cc.), obbligatori (art. 1175 c.c.) o anche solo precontrattuali (art. 1337 c.c.): v. *op. cit.*, p. 76 ss.

¹¹ *Op. cit.*, p. 66 ss.

ziale ed economica delle situazioni non corrispondenti alla classica struttura del contratto o del negozio, «la giuridicità di queste ipotesi riposerebbe [...] nella circostanza che esse si sono concretamente realizzate, e quindi nel fatto in sé, nella sua rilevanza sociale, nella importanza che esso assume per la vita di relazione e per il traffico giuridico» (p. 71-72). Una impostazione, questa, che – nota S. – per la sua genericità strutturale non consentirebbe l'elaborazione di una precisa categoria, con «la conseguente difficoltà che ne deriverebbe di stabilire quando un rapporto giuridico sia effettivamente sorto» e ciò «comprometterebbe la certezza e la sicurezza del traffico» (p. 73). In definitiva, l'A. riconosce validità e utilità alla teoria dei rapporti contrattuali di fatto per avere messo in evidenza la necessità di un aggiornamento delle categorie tradizionali (che hanno come elemento discriminante e qualificante la *volontà degli effetti*, potremmo già aggiungere)¹², ma ne sottolinea l'insufficienza sotto il profilo dogmatico, sistematico e anche applicativo¹³.

In una posizione di maggiore apertura, ma sempre in termini critici, si pone S. con riguardo alla teoria delle «dichiarazioni legali tipiche» (par. 14-15). Rileva l'A. come secondo questa impostazione, oltre alle tradizionali figure del contratto e del negozio giuridico, si deve individuare una ulteriore figura: quella, per l'appunto, della dichiarazione legale tipica. Questa ricorrerebbe ogni qualvolta la legge faccia discendere degli effetti giuridici da un determinato comportamento volontario, caratterizzato o meno da una dichiarazione normativamente indicata, senza prendere in considerazione (vale a dire, senza conferire rilevanza giuridica) alla *volontà degli effetti* del soggetto agente. In buona sostanza, il contegno volontario configura la fattispecie legale produttiva di effetti i quali «possono nel singolo caso essere anche in contrasto con l'effettiva intenzione del soggetto» (p. 87).

Ciò, rileva S., ha – secondo la teoria in esame – la funzione di tutelare l'affidamento del terzo e la sicurezza del traffico, mentre dall'altro lato, l'autore del contegno, se non è animato dalla effettiva volontà degli effetti legalmente previsti, risponde per la sua trascuratezza. Inoltre, e per converso, se l'autore del contegno manifesta una volontà contraria alla produzione degli effetti legali

¹² Così S., *op. cit.*, p. 75 s.: «a me sembra in definitiva che la teoria dei rapporti contrattuali di fatto abbia avuto il merito di avere attirato l'attenzione della dottrina su alcuni difficili ed importanti problemi, e in particolare sulla difficoltà che sovente si incontra a dare un rigoroso inquadramento dogmatico a molti fenomeni tipici della vita moderna», tanto che il dibattito su tale teoria ha «costituito uno dei motivi che hanno spinto il legislatore italiano a disciplinare espressamente, nel codice civile vigente, l'ipotesi della prestazione di lavoro attuata in seguito a contratto nullo e quello della società che, seppure irregolarmente costituita, abbia tuttavia svolto una certa attività».

¹³ In altre parole, ritiene S., *op. cit.*, p. 73, che «la teoria in questione finirebbe per svuotare di qualsiasi significato il concetto di contratto, perché la nuova figura produttiva di effetti giuridici, per la sua ampiezza, finirebbe necessariamente per ricomprendere qualsiasi ipotesi in cui vi sia stato un accordo delle parti, e la fattispecie contrattuale acquisterebbe dunque rilevanza giuridica non più in forza del principio dell'autonomia privata, ma grazie ai motivi per cui questi diversi fatti hanno una particolare efficacia».

(es.: il locatore invia la disdetta al conduttore, manifestando la volontà contraria al rinnovo, che vi sarebbe stato in caso di omissione)¹⁴ viene impedito l'effetto *ex lege* in base alla mera dichiarazione.

I fenomeni giuridici appena descritti non sarebbero pertanto coerenti né con la figura del negozio né con quella dell'atto in senso stretto, di modo che, stante la loro previsione normativa, ricadrebbero nella diversa figura della dichiarazione legale tipica.

Come si è detto, S., pur apprezzando l'ampliamento della prospettiva di indagine scaturente dalla teoria della dichiarazione legale tipica, si pone criticamente anche nei confronti di tale teoria.

Tra le varie obiezioni, S. segnala anzitutto la insufficienza della teoria in esame in quanto essa considera irrilevanti, sotto il profilo della fattispecie, la conoscenza da parte del soggetto agente delle circostanze che ne qualificano il contegno, laddove viceversa in alcune ipotesi è proprio la disposizione di legge che, per qualificare il contegno medesimo, a tali circostanze fa espresso riferimento¹⁵.

Sotto un secondo profilo, l'A. afferma la sostanziale identità strutturale dell'atto giuridico in senso stretto e della dichiarazione legale tipica, giacché entrambe prevedono la rilevanza della mera volontà della condotta, la quale non si distingue, tra le due figure, neanche sotto il profilo funzionale¹⁶. Identità di funzione che consente di contestare l'idea che alle dichiarazioni legali tipiche trovino applicazione le regole negoziali, pacificamente non applicabili agli atti giuridici in senso stretto¹⁷.

Infine, secondo l'impostazione critica di S., non appare esatta l'idea che le dichiarazioni legali tipiche siano sempre fonte di regolamenti di interessi intesi come «effetti tipicamente negoziali», posto che tali effetti, o comunque effetti analoghi, possono essere prodotti anche da atti giuridici in senso stretto¹⁸.

S. rifiuta, dunque, la figura delle dichiarazioni legali tipiche, ritenendo che esse, così come prospettate dalla dottrina che la ha elaborata, siano invece riconducibili agli atti giuridici in senso stretto, e quindi non idonee a rispondere ai problemi ricostruttivi, sistematici e applicativi posti dalle norme di tipizzazione delle condotte.

¹⁴ V. l'esempio a p. 88-89.

¹⁵ Il riferimento è alla convalida tacita del negozio annullabile *ex art.* 1444, co. 2, c.c. e alla accettazione tacita dell'eredità *ex art.* 476 c.c. (p. 97).

¹⁶ V. *op. cit.*, spec. p. 100 ss., nelle quali l'A. sostiene l'inesattezza della tesi in base alla quale la volontà del contegno, secondo la figura della dichiarazione legale tipica, si risolverebbe in una decisione, benché indiretta, circa gli effetti giuridici del contegno stesso.

¹⁷ Una divergenza nell'ambito della stessa dottrina che sostiene la categoria della dichiarazione legale tipica, circa l'applicazione delle regole negoziali, con specifico riferimento ai vizi della volontà e alla incapacità naturale (oltre che alle disposizioni in materia di rappresentanza), è rilevata da S., *op. cit.*, al paragrafo 15; la questione sarà poi sviluppata dall'A. in particolare nel capitolo III.

¹⁸ Cfr. S., *op. cit.*, p. 99 s.: «basta ricordare, a questo proposito, che la gestione di affari altrui è fonte di un rapporto sostanzialmente analogo a quello che sorge dal mandato».

4. *La volontà di inserirsi nel traffico giuridico come elemento distintivo tra negozio e atto giuridico in senso stretto: irrilevanza qualificatoria della volontà degli effetti*

Rifiutate le teorie sopra esposte, secondo S. il fenomeno della valutazione legale tipica deve essere inquadrato all'interno delle due categorie classiche: il negozio giuridico e l'atto giuridico in senso stretto. In alcuni casi, queste ipotesi ricadranno nella figura del negozio giuridico, e in altri casi in quella dell'atto giuridico in senso stretto, senza discostarsi da questo binomio.

Precisa, però, l'A. che si tratta di categorie concettuali meritevoli di essere riconsiderate, superando l'idea – che qui si riporta sinteticamente – secondo cui l'atto giuridico in senso stretto si caratterizza per la «volontà dell'azione» e il negozio per la «volontà degli effetti». Al contrario, così come potranno aversi casi in cui l'atto in senso stretto contiene una volontà degli effetti, così anche vi sono negozi in cui una tale volontà difetta. In entrambe le ipotesi, però, vi è una *volontarietà* dell'azione umana.

Nel negozio giuridico la volontà richiesta «non consiste in una volontà alle conseguenze dell'atto, ma in qualcosa di più limitato [...] rappresentato [...] dalla volizione di dettare un particolare assetto di un determinato conflitto di interessi» (p. 123-124), avente la caratteristica «di dettare una nuova sistemazione della sfera giuridica del privato, di predisporre un diverso assetto dei suoi interessi», ossia «*deve avere carattere innovativo*, deve operare una nuova sistemazione della situazione del singolo» (p. 127-129: corsivo nostro). E ciò si ha ogni qualvolta il soggetto intende inserirsi nel traffico giuridico, cosciente (non necessariamente degli effetti giuridici ma) del fatto che il suo contegno consapevole è idoneo a creare un *nuovo* assetto di interessi¹⁹. In ciò si sostanzierebbe l'*autoregolamento* espressione dell'*autonomia privata*.

Viceversa, quando, pur essendovi in ipotesi una volontà di conseguire determinati effetti giuridici, l'intento del soggetto agente è quello di dare attuazione e svolgimento a un rapporto già esistente, nel quale abbia già trovato regolamento il conflitto di interessi (così configurandosi un assetto di interessi già posto), allora si versa in una ipotesi di atto giuridico in senso stretto, che sarebbe al di fuori del campo della autonomia privata.

Riconducendosi, dunque, alle ipotesi di valutazione legale tipica, secondo la ricostruzione di S. il dato discriminante tra negozio e atto in senso stretto starebbe in ciò: che se il soggetto agente ha l'intento di agire per inserirsi nel traffico giuridico, pur senza avere specifica nozione degli effetti giuridici che da

¹⁹ Questa impostazione si ritrova autorevolmente in A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 1 ss., ove tra l'altro si legge, relativamente alla distinzione tra atti negoziali e non negoziali (p. 54): «l'interesse evidenziato dagli atti che vengono ricondotti nello schema della dichiarazione non negoziale non è un interesse *nuovo* per il diritto, un interesse che il diritto sia chiamato a valutare per la prima volta»; per alcuni cenni ID., voce *Efficacia giuridica*, p. 497.

tale condotta scaturiranno, allora la condotta valutata tipicamente dalla legge è da qualificarsi come negozio giuridico; se invece il soggetto agente, che abbia o non abbia volontà di conseguire determinati effetti giuridici, intenda dare luogo allo svolgimento dell'assetto di interessi già esistente, allora il contegno tipizzato ricade nella categoria dell'atto giuridico in senso stretto.

Tra questi ultimi, inoltre – cioè tra i comportamenti tipizzati ricadenti nella categoria degli atti giuridici in senso stretto ove l'intenzione degli effetti è priva di rilevanza giuridica – l'A. indica come atto non caratterizzato dalla volontà degli effetti l'atto di costituzione in mora (sia del debitore che del creditore), giacché la produzione dei relativi effetti si realizza anche in mancanza di volontà dell'intimante.

Invece, tra contegni tipizzati qualificabili quali atti giuridici in senso stretto poiché interni a rapporti e assetti di interessi già insorti, ma al contempo caratterizzati dalla intenzione del privato di conseguire specifici effetti giuridici (volontà degli effetti), S. riconduce, a titolo di esempio, gli atti di istruzione del mandante, gli atti di direzione del datore di lavoro e la *scelta* del debitore nelle obbligazioni alternative di cui all'art. 1286 c.c. (p. 130, 134). Nelle prime due ipotesi il soggetto agente (mandante, datore di lavoro) intende conseguire un effetto (*specificativo o determinativo*, potremmo aggiungere)²⁰ idoneo a concretizzare l'obbligo di controparte; nell'ultima, invece, il debitore della prestazione plurima, con la sua dichiarazione, intende produrre l'effetto di *concentrazione* della prestazione stessa. Questi atti, infine, sulla scorta di una dottrina che pure si distingue sotto vari punti da quella dell'A., sono denominati da S. come *dichiarazioni non negoziali* (par. 24).

5. *Le tutele dell'autore del contegno negli atti giuridici in senso stretto: fatti-specie legale e libertà del contegno*

Posto che la diversa qualificazione del contegno tipizzato, quale negozio o quale atto giuridico in senso stretto, dipende dall'*intento* del soggetto agente, a seconda che esso intento sia diretto a inserirsi nel traffico giuridico, con la consapevolezza di dare luogo a un assetto di interessi «nuovo» (negozio giuridico), oppure a determinare lo svolgimento di un assetto già esistente (atto giuridico in senso stretto), S. si pone il problema del regime delle tutele. Regime che varia a seconda della qualificazione del contegno tipizzato.

Infatti, mentre le regole negoziali trovano naturale applicazione quando la valutazione legale tipica conduca alla qualificazione dell'atto come negozio, non altrettanto può dirsi quando, viceversa, la condotta del privato sia qualificabile come atto giuridico in senso stretto (par. 23-25). Tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi può porsi il problema della salvaguardia dell'autore della

²⁰ V. ancora A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, loc. cit., p. 497.

condotta, il quale potrebbe essere condizionato, nel determinarsi verso di essa, da atti di terzi connotati da anti giuridicità (il riferimento è al dolo, alla violenza e all'errore) o dalla propria incapacità di intendere e di volere.

A tale proposito, S. non disconosce la rilevanza che il dolo, la violenza, l'errore e la (in)capacità del soggetto agente possano avere in termini di tutela anche negli atti giuridici in senso stretto, ma, distinguendosi da ampia e autorevole dottrina, ritiene che ad essi non siano applicabili le regole di annullabilità, proprie del negozio²¹, le quali presuppongono che il contegno del privato sia caratterizzato dall'intento di inserirsi nel traffico economico quale atto di autoregolamento di interessi (p. 138).

Quando, dunque, ci si trovi di fronte a un atto giuridico in senso stretto, anche se caratterizzato dalla volontà degli effetti – come negli atti di istruzione del mandante o del datore di lavoro, o della scelta della prestazione nelle obbligazioni alternative – la regola da applicarsi è diversa e discende, sostiene S., dalla stessa norma tipizzante, che prevede un contegno libero, spontaneo e consapevole. In tal caso, infatti, a fronte del condizionamento del contegno da una falsa rappresentazione, da una condotta decettiva altrui o da una altrui minaccia, allora la fattispecie normativa non sarebbe soddisfatta e i conseguenti effetti, ugualmente stabiliti dalla norma in virtù della valutazione effettuata dal legislatore, non sarebbero prodotti (par. 25). Da ciò conseguirebbe in capo a un'eventuale controparte che si renda conto della non spontaneità del contegno del soggetto agente (ad esempio il mandatario o il lavoratore che ricevano istruzioni evidentemente «viziate»²²), un obbligo di astensione da trarsi in base al criterio di diligenza *ex art. 1175 c.c.* o (come ci sembra preferibile) alla clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.*; obbligo la cui violazione potrebbe comportare una responsabilità di tipo risarcitorio (p. 149).

La fattispecie tipizzata, inoltre, precisa l'A., non sarebbe perfezionata neanche nel caso in cui il soggetto agente sia privo della capacità di intendere e di volere (par. 26)²³, trovando quindi – ci sembra di capire – le medesime tutele che si sono dette. A tale proposito S. precisa che se negli atti negoziali è pacificamente necessaria la *capacità di agire*, negli atti giuridici in senso stretto è sufficiente (e necessaria) la *capacità naturale* del soggetto agente, in quanto negli atti in senso stretto, poiché essi non comportano la determinazione di «nuovi» assetti di interessi, «mancano [...] quelle esigenze di tutela del traffico

²¹ Riferendosi alla avversa dottrina, afferma S., *op. cit.*, p. 137, che «l'errore della impostazione proposta non consiste però nell'ammettere che anche la falsa rappresentazione della realtà, la violenza, il dolo o la capacità del soggetto possano influire sulla disciplina dell'atto in senso stretto, ma nel ricorrere, per disciplinare tale ipotesi, alle regole disposte al riguardo per i negozi», aggiungendo che «la disciplina dei vizi del volere e della capacità, così come prevista dal codice civile, non sembra infatti applicabile fuori dell'ambito della autonomia privata».

²² Il termine virgolettato è usato descrittivamente e non è da attribuire all'A.

²³ Cfr. spec. S., *op. cit.*, p. 151: «il comportamento tenuto dall'incapace naturale non può mai costituire atto non negoziale perché non può in alcun modo essere accompagnato dalla volontà richiesta dalla legge».

che nell'ambito dei negozi inducono il legislatore a fissare in maniera precisa il requisito della capacità» (p. 153-154)²⁴.

Il regime delle tutele negli atti giuridici in senso stretto sembra dunque essere di tipo «strutturale», se così vogliamo dire, fondato cioè sulla struttura della fattispecie legale, che postula la libertà, spontaneità e consapevolezza del contegno e che, quindi, non si perfeziona in mancanza di tali presupposti²⁵.

6. I contegni concludenti

Altro argomento, più specifico ma al contempo di ampio respiro sistematico, affrontato da S. è quello della valutazione legale tipica nei «contegni concludenti», con particolare riferimento alla figura della c.d. dichiarazione tacita.

L'A. avverte anzitutto che nelle ipotesi di *contegni concludenti* è rinvenibile un esercizio dell'autonomia privata in quanto il soggetto pone in essere una condotta che si risolve in un regolamento di interessi. Da ciò la qualificazione di essi come negozi giuridici.

Sulla scorta di quanto precedentemente esposto, S. ribadisce che le condotte valutate tipicamente non possono essere qualificate come negozi in base alla sola volontà del contegno (nel qual caso la qualificazione esatta sarebbe quella di atto giuridico in senso stretto); né è sufficiente che alla condotta del soggetto sia attribuito uno specifico significato in base al mero affidamento del terzo e alla responsabilità che conseguirebbe in capo all'agente, giacché un atto di autonomia privata non può fondarsi su una colpa (p. 161). L'A. conferma, inoltre, l'idea che la volontà che caratterizza il negozio non sia la volontà degli effetti, la quale può anche mancare, come ad esempio nel caso della riserva mentale, senza che ciò escluda la natura di negozio giuridico dell'atto (p. 174-175).

Il contegno tipizzato assume una natura negoziale, invece, quando, così come anche nella dichiarazione espressa, «c'è nel privato la consapevolezza di compiere un atto che incide su una determinata situazione giuridica». Con la differenza, rispetto alla dichiarazione espressa, che nella manifestazione tacita perché possa assumersi che il privato abbia una tale consapevolezza «occorre che egli sia a conoscenza della situazione concreta nella quale il contegno va inquadrato, che gli siano note cioè le circostanze che attribuiscono al suo atto un particolare valore» (p. 164).

A tale proposito S. fa l'esempio del *dominus* che dà esecuzione a un contratto concluso dal *falsus procurator* senza sapere della circostanza della con-

²⁴ Sono fatte salve da S. le ipotesi in cui è la legge che prevede espressamente la capacità di agire dell'autore del comportamento, spiegando ciò con le specifiche necessità di tutela che si possono avere in determinati casi, come nella *negotiorum gestio* (*op. cit.*, p. 154).

²⁵ V. *op. cit.*, p. 150 s.: «se la legge pone come presupposto di determinati effetti un comportamento cosciente e volontario, sorretto da un preciso intento di realizzare quel contegno [...] tale intento non può logicamente provenire se non da chi sia nelle condizioni psichiche necessarie per formulare una consapevole volizione».

clusione del contratto. In quel caso l'atto esecutivo non potrà essere qualificato come negozio (e come ratifica) poiché completamente estraneo al contesto di riferimento. Nel caso in cui, al contrario, la circostanza della conclusione senza poteri gli fosse conosciuta, l'esecuzione si pone come atto diretto, consapevolmente, a «immettersi nel traffico giuridico», dal che consegue la natura negoziale dell'atto esecutivo a prescindere dalla sussistenza della volontà degli effetti di ratifica.

L'oggetto della volizione del soggetto agente giuridicamente rilevante, in altri termini, non è il mero contegno, nel qual caso si tratterebbe di atto in senso stretto; non è la produzione degli specifici effetti, che negli atti di esercizio della autonomia privata può anche mancare; ma è la condotta assistita dalla consapevolezza che mediante essa il soggetto si immette nel traffico giuridico regolando (*ex novo*) uno specifico conflitto di interessi²⁶.

Così la convalida tacita del contratto annullabile²⁷ o l'accettazione tacita di eredità, rispetto alla quale ultima ipotesi l'A. precisa che «l'accettazione della eredità può [...] essere ricollegata anche a contegni che non siano mossi dalla precisa volontà e dalla consapevolezza di divenire erede» (p. 189).

Tuttavia, sostiene S., in alcuni casi la volontà degli effetti assume rilevanza quando il soggetto agente può dimostrare che, pur avendo posto in essere la condotta tipizzata, egli intendeva conseguire diversi effetti giuridici rispetto a quelli previsti dalla norma (par. 47-51); in altri casi, invece, quando la valutazione tipica è *tassativa*, essa tassatività²⁸ «si concreta [...] nell'escludere la rilevanza della volontà di attuare l'effetto primario del negozio» (p. 196). Una differenza, questa, che opera direttamente sul piano normativo e discende dai diversi motivi posti a fondamento delle scelte di politica legislativa (p. 201).

Anche in quest'ultima ipotesi, comunque – avverte l'A. –, se il soggetto agente è caduto in errore circa la produzione degli effetti di legge in conseguenza della condotta tipizzata tassativamente, egli potrà chiedere l'annullamento per errore (*error in negotio*) se il terzo tutelato fosse a conoscenza dello stato di errore. Diversamente, cioè se gli effetti legalmente previsti si producessero anche nel caso di conoscenza dell'errore in cui è caduto l'autore, la valutazione legale tipica, posta a salvaguardia dell'affidamento del terzo, diverrebbe un inaccettabile strumento di approfittamento a vantaggio di quest'ultimo²⁹.

²⁶ V. quanto affermato da S., *op. cit.*, p. 182, secondo cui per la natura negoziale dell'atto: «non occorre [...] l'esatta consapevolezza della operazione giuridica che si compie, ma è sufficiente la coscienza di realizzare un atto che incide su un determinato conflitto di interessi».

²⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 187: «chi esegue volontariamente un contratto annullabile, sa di incidere sul rapporto che lo lega alla controparte, di modificare in qualche modo la sua posizione rispetto al negozio invalido. La convalida tacita è perciò ricollegata a un comportamento animato da una consapevole volontà di compiere un atto che incide sulla sfera di interessi del suo autore, cioè dalla volizione necessaria perché il comportamento assuma carattere di negozio».

²⁸ Che non esclude la natura negoziale della condotta tipizzata: par. 34.

²⁹ V. S., *op. cit.*, p. 205: «nei casi in cui la valutazione tipica assolve esclusivamente, o almeno principalmente, alla funzione di proteggere l'affidamento dei terzi, di tutelare cioè la legittima convinzione che il significato esteriore del comportamento corrisponda all'effettiva volontà di

7. Protestatio contra factum non valet

I risultati a cui S. è pervenuto in ordine alla figura del negozio giuridico, con specifico riferimento alle valutazioni tipiche, gli consentono di affrontare lo specifico tema della apposizione di una riserva, da parte dell'autore di un determinato contegno, con la quale questi manifesta espressamente l'intento di non produrre determinati effetti che pure dal contegno stesso sembrano essere prodotti (*protestatio*). La questione, che viene comunemente ricondotta alla massima *protestatio contra factum non valet*, non è circoscritta, come lo stesso S. rileva, al fenomeno della valutazione legale tipica, essendo propria di tutti i fatti concludenti, che si tratti o meno di condotte normativamente tipizzate.

A tale proposito l'A. contesta la dottrina più tradizionale, che vuole l'apposizione della riserva sempre irrilevante, data la prevalenza del *factum* rispetto alla *protestatio*, poiché la effettiva volontà dell'autore starebbe nel primo e non nella seconda³⁰. Ritiene viceversa S. che il *factum* deve essere inteso nella sua completezza, cioè come il contegno complessivo del soggetto, inclusa la riserva, che del *factum* fa parte. Sicché la riserva, ad esempio, deve essere intesa come efficace quando il debitore, che pure ritiene prescritto il debito, esegue ugualmente il pagamento per evitare azioni giudiziali, ma riservandosi la ripetizione, così impedendo l'effetto rinunziativo della prescrizione.

Secondo altra tesi, invece, la riserva sarebbe irrilevante solo per previsione di legge, come nel caso dell'accettazione tacita di eredità, per cui in tali casi la fattispecie dalla quale la legge fa discendere gli effetti si concretizzerebbe nella sola condotta del soggetto lasciando la volontà, seppur manifestata mediante la *protestatio*, nel campo della irrilevanza. Da ciò la qualificazione della fattispecie stessa come atto giuridico in senso stretto e non come negozio (p. 208-209). Anche questa impostazione non è accolta da S., fondandosi essenzialmente sull'idea che il negozio si caratterizzi per la volontà degli effetti.

Secondo S., la questione deve essere affrontata in maniera differente, dovendosi distinguere tra i «conegni realizzativi», rispetto ai quali la *protestatio* è irrilevante e dunque non produttiva di effetti, e gli altri conegni, dove invece prevale la apposizione della riserva.

Più precisamente – questa è in estrema sintesi la ricostruzione dell'A. – la riserva non è rilevante solo quando essa è apposta da colui il quale è titolare di un *potere* di porre in essere un contegno teso a realizzare un negozio logicamente presupposto: quello che l'A. definisce, per l'appunto, «conegno realizzativo». Ciò vale nel caso, ad esempio, del contraente che, pur potendo

chi lo ha tenuto, negare al soggetto che ha tenuto il contegno tipizzato la possibilità di fare valere l'incosapevolezza e la mancanza di volontà degli effetti che la legge vi riallaccia, significherebbe andare contro lo spirito di queste norme» posto che in tal caso «la tipizzazione, voluta [...] In virtù di principi equitativi, porterebbe a un risultato sostanzialmente iniquo» risolvendosi «in una protezione di chi ha consapevolmente approfittato dell'altrui ignoranza».

³⁰ Il che, nella prospettiva di questa dottrina, spiegherebbe, tra l'altro, la disposizione oggi prevista nell'art. 476 c.c. in tema di accettazione tacita dell'eredità: *op. cit.*, p. 213 s.

chiedere l'annullamento del contratto, esige dalla controparte la prestazione contrattuale. In tal caso egli agisce sia manifestando, tramite la condotta, la volontà di conseguire un nuovo regolamento di interessi; sia realizzando contestualmente (e in ciò il contegno è *realizzativo*) tale nuovo regolamento, sicché la *protestatio* cede di fronte al negozio che emerge (e viene realizzato) dalla condotta.

Diversa è la questione quando la riserva sia apposta da colui il quale è privo di un tale *potere realizzativo*, e anzi è gravato da un obbligo. Questa ipotesi si concretizza nel già portato esempio del debitore che esegue il pagamento di una obbligazione prescritta per evitare il giudizio, ma con riserva di ripetizione. In tal caso la *protestatio* è rilevante e, in coerenza con l'impostazione di S., fa piena parte del *factum*, impedendo così l'effetto rinunziativo della prescrizione.

In base a queste osservazioni, l'A. giunge alla conclusione secondo la quale «conserva [...] la sua validità la massima *protestatio contra factum non valet*, con l'avvertenza però che per *factum* deve intendersi, non un normale comportamento concludente, ma quello che si è definito un contegno realizzativo», che tale è «solo quando l'atto cui è apposta la riserva costituisce l'esercizio di un diritto o di un potere che non potrebbe che derivare dal negozio di cui si vorrebbe escludere l'attuazione» (p. 220).

Secondo questa impostazione dunque – per ritornare alle ipotesi di valutazione legale tipica – posto un contratto annullabile produttivo di un rapporto obbligatorio, se legittimato all'azione di annullamento è il creditore, l'atto di esazione del credito configura sempre e comunque una convalida tacita, anche in presenza della riserva con cui si dichiara la volontà di non convalidare, giacché l'esercizio del diritto presuppone (logicamente) l'effetto di convalida del contratto, che pure il soggetto agente dichiara di non volere. Se, invece, all'azione di annullamento è legittimato il debitore, e adempia l'obbligazione contrattuale, la riserva con cui dichiara di non voler produrre gli effetti convalidanti è efficace e pertanto l'adempimento non è qualificabile come convalida tacita.

Peraltro – conclude S. – quando, come nell'esercizio del diritto di credito appena esposto, l'effetto viene prodotto nonostante la manifestata volontà contraria dell'agente, comunque non viene a mancare la volontà negoziale, proprio perché la volontà negoziale – secondo la ricostruzione operata dall'A. – non è la volontà degli effetti, bensì la volontà di inserirsi nel traffico giuridico, ponendo in essere un *nuovo* autoregolamento di interessi³¹. Di conseguenza, non ci si troverebbe di fronte a un atto giuridico in senso stretto, come ritenuto dalla dottrina prima citata, bensì a un negozio giuridico.

³¹ Questa ricostruzione, applicata alle ipotesi di valutazione legale tipica, permette – rileva S. – di affermare la irrilevanza della riserva (e quindi l'operatività della massima *protestatio contra factum non valet*) nella accettazione tacita della eredità, consentendone al contempo di spiegarne la natura negoziale pur in difetto della volontà degli effetti (*op. cit.*, p. 222).

8. Il silenzio

Sulla scorta della ricostruzione del fenomeno della valutazione legale tipica, l'A. dedica gli ultimi due capitoli del volume alle singole ipotesi e figure che in tale fenomeno ricadono, affrontando sia i comportamenti positivi (cap. V), sia le ipotesi di silenzio (cap. VI). Non è possibile in questa sede dar conto delle analisi delle singole figure, rispetto alle quali S., con specifico riferimento alle condotte positive, ribadisce la loro diversa qualificazione a seconda che costituiscano atti giuridici in senso stretto o negozi giuridici.

Appare comunque opportuno soffermarsi, pur brevemente, sulla figura del silenzio, che tra i contegni legalmente tipizzati manifesta una sua peculiarità in considerazione del fatto che – come l'A. pone in evidenza – anche nel linguaggio giuridico si può distinguere un silenzio quale «conteagno assolutamente passivo» da un silenzio quale comportamento specificamente omissivo (si potrebbe dire – aggiungiamo noi – come *fatto negativo*, cioè come «non fatto» assumibile in base a un giudizio controfattuale), generalmente inteso come «assenza di una dichiarazione esplicita, per lo più una dichiarazione recettizia» (p. 336).

Solo il primo tipo di silenzio, secondo S., può assumere una valenza negoziale, ma solo in quanto sia valutabile in ordine alle circostanze nelle quali esso si pone. Il silenzio-omissione, come può essere la mancata dichiarazione di ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator* a fronte della azione interrogatoria *ex art. 1399, co. 4, c.c.*, è invece visto come una ipotesi di decadenza dal diritto di rendere efficace il contratto stesso, avente non la funzione di consentire l'esercizio dell'autonomia privata, ma quella di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica non definitiva.

Una volta chiarito che solo il primo tipo di silenzio può concretizzare un negozio giuridico, e posto che ciò può avvenire in quanto il conteagno passivo sia valutato in base alle circostanze in cui esso si manifesta, l'A. rileva altresì come in questo caso sia necessario che l'autore della condotta passiva sia a conoscenza delle circostanze medesime, secondo quanto avviene in generale per tutti i comportamenti tipizzati. Infatti, solo una tale consapevolezza consente di attribuire carattere negoziale al silenzio, atteso che l'autore della condotta silente è conscio che una tale condotta lo inserisce nel traffico giuridico, determinando un regolamento di interessi³².

Così, seguendo questa linea, l'accettazione tacita della proposta contrattuale che si realizzi mediante il silenzio, presuppone la conoscenza effettiva della proposta, poiché senza una tale conoscenza il soggetto non avrebbe la consapevolezza (oltre che delle circostanze, ci sembra) della valenza economica e sociale della propria condotta passiva. Da ciò l'A. evince che anche una mancata conoscenza della proposta dovuta alla negligenza dello stesso soggetto

³² V. *op. cit.*, p. 329: «la conoscenza degli elementi che conferiscono un determinato valore al conteagno ottenuto è [...] condizione necessaria perché un comportamento concludente abbia valore negoziale».

«silente», renderebbe irrilevante la sua inerzia, non trovando pertanto applicazione l'art. 1335 c.c. (p. 338-339)³³.

Il silenzio, inoltre, può configurare un contegno negativo, legalmente tipizzato, qualificabile non come negozio giuridico bensì come atto giuridico in senso stretto. Tra le ipotesi di questo tipo, S. indica l'approvazione del conto corrente (art. 1832 c.c.) e l'accettazione dell'opera da parte del committente (art. 1665 c.c.). Quest'ultima fattispecie, nonostante il diverso avviso di dottrina e giurisprudenza, è esclusa dall'A. dal novero dei negozi giuridici in quanto, accertando l'esattezza della prestazione dell'appaltatore, «non pone un regolamento di interessi, ma lo esegue» (p. 353).

9. Sintesi conclusiva

Nella ricostruzione sistematica di S., è centrale l'idea di autonomia privata, che l'A. vede esprimersi, non tanto in una sorta di consapevole autodeterminazione giuridica che si razionalizzi in quella che generalmente è indicata come «volontà degli effetti»; quanto nell'attuazione di un comportamento libero e consapevole, e quindi volontario, che entri in contatto con il traffico giuridico, incidendo su di esso. Così determinando – e in ciò starebbe la consapevolezza del soggetto agente – la composizione di un conflitto di interessi, dei quali stabilisce un nuovo assetto.

La nozione di autonomia privata, nell'ottica dell'A., è quindi collegata alla sfera di azione del soggetto (e non alla sua volizione degli effetti) esclusivamente quando la condotta sia volontariamente diretta a porre in essere un nuovo assetto di interessi. Solo in questa ipotesi l'atto è qualificabile come negozio giuridico, e non anche quando l'intento è quello di *sviluppare* un assetto esistente.

In quest'ultimo caso, anche se gli effetti giuridici prodotti fossero coerenti con quelli «voluti»³⁴, la condotta del soggetto sarebbe da qualificarsi come atto giuridico in senso stretto.

L'intento di S. sembra essere quello di mantenere ferma la sfera di libertà del soggetto, nell'ambito delle sue scelte di condotta, evidenziando la idoneità del contegno a creare o a stimolare interessi economici che nel momento stesso in cui insorgono devono trovare un ordine; senza che però una tale vicenda, con il raggiungimento dell'assetto dei «nuovi» interessi³⁵, possa essere

³³ Il che appare coerente con l'impostazione secondo cui a fronte del mancato perfezionamento del fatto corrispondente alla fattispecie legale – che in questo caso prevederebbe la consapevolezza del comportamento silente – non si fa luogo alla produzione degli effetti che la norma stessa subordina alla fattispecie legale.

³⁴ Si vedano le ipotesi degli atti di istruzione del mandante o del datore di lavoro (*supra*, par. 4) il cui contegno – nell'impostazione di S. – non è qualificabile come negozio e al quale non si applicano le regole negoziali.

³⁵ *Supra*, nota 19.

condizionata dalla effettiva sussistenza o meno, sul piano della fattispecie, della volontà degli effetti. Il che aprirebbe la strada sotto il profilo dogmatico e ricostruttivo (ciò che l'A. nega) alla rilevanza della riserva mentale e in generale al difetto di volontà degli effetti accertata a posteriori.

In questo senso, l'opera di S. ci sembra possa iscriversi nel novero delle ricerche dirette a superare le difficoltà, anche di ordine applicativo, che si presentano a fronte della dicotomia negozio giuridico *vs* atto giuridico in senso stretto. Ma a differenza di queste, l'A. ritiene che tale difficoltà debba essere superata mediante una revisione delle due categorie, piuttosto che nella ricerca di categorie alternative.

Consequente a quanto esposto è l'altra linea conduttrice dell'indagine di S., che ci sembra prendere corpo essenzialmente nella preoccupazione, che l'A. non nasconde, di mantenere nettamente distinta la sfera della responsabilità da quella della autonomia privata.

Come si è detto, secondo S. l'atto di autonomia privata è dato dalla consapevolezza del soggetto che il proprio contegno assumerà una funzione ordinante rispetto a un preesistente conflitto di interessi, non rimanendo irrilevante nei rapporti giuridici intersoggettivi; tuttavia, ciò non richiede una necessaria rappresentazione psicologica e una specifica volontà di produrre effetti giuridici fisionomicamente (pre)individuati. Il privato, cosciente delle circostanze – e dunque di una contestualizzazione – del proprio comportamento, ne assume, oltre a un rilievo giuridico-patrimoniale generico, altresì la idoneità di esso contegno a creare un «nuovo» assetto di interessi, non un mero svolgimento di un assetto preesistente.

Così inteso, l'atto con cui si esercita l'autonomia privata non può seguire – questa ci sembra l'impostazione di fondo di S. – le dinamiche sanzionatorie, o compensative, che sono viceversa proprie della *responsabilità* del soggetto agente, e non di una sua scelta autonoma. Non vi è – si potrebbe aggiungere per esplicitare il pensiero dell'A., così come noi l'abbiamo colto – nella considerazione che l'ordinamento giuridico ha dell'atto di autonomia, una prospettiva di ricollocazione (o di allocazione) di costi privi di giustificazione giuridica, e quindi riconducibili alla figura del danno, con un conseguente interesse ripristinatorio. Vi è invece, quale dato giuridicamente rilevante, l'intento di comporre un conflitto di interessi mediante la predisposizione di un assetto economico e giuridico, nell'ottica (anche questa è una nostra interpretazione del pensiero di S.) del conseguimento di utilità nell'ambito della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto agente e di eventuali altri soggetti interessati.

Oltre alla diversa funzione svolta rispettivamente dalla responsabilità e dall'autonomia privata, S. sottolinea – pur non affrontando specificamente l'argomento – anche la differenza strutturale tra le due figure. E a tale proposito l'A. evoca più volte lo stato soggettivo di *colpa*³⁶ per enunciarne l'irrilevanza

³⁶ Cfr. *op. cit.*, spec. p. 161.

nel campo della autonomia, la quale invece si fonda su un diverso principio, che è quello della libertà e della spontaneità del contegno³⁷.

In questa ricostruzione rimane in ombra la figura della «autoresponsabilità». Figura che pure, almeno retrospettivamente, tenendo conto di come essa si è sviluppata e attestata nei tempi successivi alla pubblicazione dell'opera di S.³⁸, appare riconducibile alle dinamiche dell'autonomia privata, piuttosto che della responsabilità in senso proprio³⁹, in linea con la proposta ricostruttiva avanzata da S.

Anzi, in certo qual senso, l'impostazione di S. sembra consentire alla figura dell'autoresponsabilità un ambito operativo strettamente e immediatamente correlato all'intento del contegno, di per sé sufficiente per realizzare l'atto di autonomia privata. Si potrebbe dire, in definitiva, che posto il contegno *consapevole* (e cioè libero e volontario), e a prescindere dalla volontà degli effetti, l'insorgenza di interessi economici e la loro sistemazione in un assetto che ne superi e ne componga l'originario conflitto, dipendono dal contegno medesimo in sé considerato, il che sembra in certo modo confermare l'ambito operativo, e la centralità sistematica, dell'*autoresponsabilità* in quanto manifestazione dell'*intento* che regge il contegno *voluti*, e che in tal modo sembra seguire la stessa logica dell'autonomia privata.

In estrema sintesi, secondo S. l'autonomia privata si realizza anche quando non vi è corrispondenza tra la volontà degli effetti e gli effetti prodotti, purché vi sia l'intento del soggetto agente di porre in essere un contegno per (o con la consapevolezza di) determinare un nuovo assetto di interessi. In tal caso il contegno è da qualificarsi come negozio giuridico. Ove invece la condotta sia diretta a «sviluppare», ossia ad attuare, un assetto di interessi esistente, si ricadrebbe, anche se vi fosse corrispondenza tra gli effetti voluti e quelli prodotti, nella figura dell'atto giuridico in senso stretto.

In quest'ordine di idee, così come delineato da S., anche la valutazione legale tipica risponde al sistema prospettato, e i fatti (cioè le condotte) previsti dalle singole norme si inquadrano, secondo l'A., sempre all'interno della figura del negozio o, in alternativa, a quella dell'atto giuridico in senso stretto⁴⁰, senza

³⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 160 ss.

³⁸ Il richiamo all'autoresponsabilità è presente già nel rilievo di G. OPPO, *In tema di autonomia privata e valutazione legale tipica*, ora in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 483 (pubblicato in origine come: Recensione a Mario Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 186 ss.), in termini, però, di non coincidenza dell'area della autoresponsabilità con quella dell'autonomia privata.

³⁹ Nel senso, quindi, di una autoresponsabilità derivante dalla percezione di un significato, ad opera del terzo, della condotta dell'agente che abbia determinato una «apparenza imputabile»: in questa prospettiva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *il contratto*, Milano, 2ª ed., p. 120.

⁴⁰ Vale a dire che la norma, sulla base di una scelta di *politica legislativa*, «tipizza» il contegno, presupponendolo libero, spontaneo e cosciente. Rendendolo, su questi presupposti, oggetto di valutazione, e facendone così discendere la produzione di coerenti effetti giuridici che talora mettono in gioco interessi «nuovi» e ne compongono il relativo conflitto, configurando un negozio giuridico, e talaltra hanno invece la funzione di svolgere e dare attuazione a

necessità di ricorrere a ulteriori categorie, potendo così applicarsi il regime di tutele – e in genere di regole negoziali – alle ipotesi qualificabili come negozi, e facendo invece discendere la tutela del soggetto agente negli atti in senso stretto dall'esclusione dell'efficacia⁴¹ dei conegni che non rispondono ai requisiti di libertà e consapevolezza, in quanto non integrano la fattispecie tipizzata⁴².

Significativa è inoltre l'attenzione che, pur con brevi richiami, S. dedica ai principi generali, dei quali coglie la rilevanza sul piano della ricostruzione del sistema, ma ai quali non attribuisce una funzione immediatamente precettiva nei rapporti privati. In particolare, l'A. individua i limiti operativi dei principi generali nell'ambito del diritto privato nel senso della inidoneità di essi a fondare specifici rapporti giuridici solo in base alla loro forza assiologica. Il riferimento più preciso, sotto questo profilo, è fatto al principio di buona fede, il quale, secondo S., può costituire il fondamento della norma – e in particolare della norma di valutazione legale tipica, e quindi manifestarsi sul piano della fattispecie tipizzata⁴³ – ma non può essere di per sé fonte di rapporti giuridici.

Tuttavia, questa impostazione, che a prima vista può apparire il portato di uno strutturalismo normativo, non impedisce a S. di vedere nell'*obbligo* di buona fede (e non già nel principio), secondo una prospettiva che già l'A. aveva anticipato in un precedente lavoro⁴⁴ e che avrebbe poi ripreso in un contributo successivo⁴⁵ – in linea con la dottrina che all'epoca andava sviluppandosi⁴⁶ –, la fonte di atti giuridicamente doverosi strumentali allo *sviluppo* (per rimanere alla terminologia dell'A.) di rapporti giuridici preesistenti. Il che oggi, in una lettura retrospettiva, risulta come una chiara intuizione verso l'evolversi della teoria delle clausole generali e della loro capacità precettiva nell'ambito dei rapporti giuridici privati⁴⁷. A conferma di una apertura verso nuove soluzioni, che pur nel rispetto delle categorie classiche – il che, comunque, non sembra essere visto come un valore fondante della ricerca giuridica – trovino nel funzionamento ordinato del sistema la loro prova di resistenza.

un assetto già esistente, qualificandosi come atti giuridici in senso stretto, trovandovi il relativo regime di disciplina e tutela.

⁴¹ Coerentemente a questa impostazione S. (*op. cit.*, p. 140) afferma che «nell'atto non negoziale [...] non può parlarsi di validità o di invalidità, ma solo di esistenza o di inesistenza».

⁴² V. *supra*, nota 25.

⁴³ Cioè del «conegno tipizzato», secondo la ricostruzione di S.

⁴⁴ SEGNI, *Diligenza e buona fede nella esecuzione del mandato*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 1189 ss.

⁴⁵ SEGNI, *Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge su beni immobili della comunione*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 598 ss.

⁴⁶ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (v. anche la ristampa integrata, Milano 2004, e ora la ristampa anastatica in *La memoria del diritto*, Roma, 2024); PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, ed. provv., Padova 1969. In precedenza, SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

⁴⁷ Per una sintetica, benché parziale, ricostruzione del fenomeno, e per i relativi riferimenti, ci si permette il rinvio a UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali*, in *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, p. 4251 ss., ora anche in *Riv. dir. priv.*, 2023, p. 207 ss.

In conclusione, l'opera ha il merito di avere indagato, con riconosciuto rigore metodologico⁴⁸ e al contempo con una propensione alla innovazione, un fenomeno di particolare complessità, dove il potere normativo e l'autonomia privata si incontrano, e dove questo incontro pone vasti problemi applicativi e di ordine sistematico; e così affronta molteplici questioni di fondo – come la natura degli atti di volontà, l'oggetto della volizione, l'affidamento del terzo e le tutele del soggetto agente, gli obblighi non volontaristici, l'autonomia, la libertà di azione e la responsabilità – che ancora, almeno in gran parte, possono considerarsi aperte.

Ancora oggi, una lettura dell'opera e delle proposte di S., le quali si fondano sull'idea di un cambiamento che parta dal sistema piuttosto che dalle singole categorie, aggiornata dalla consapevolezza dell'esperienza giurisprudenziale successiva e dell'evoluzione delle teorie giuridiche, può tradursi, oltre che in un arricchimento del pensiero, in una riflessione sulla attuale validità delle soluzioni offerte, e della loro elaborazione in chiave anche applicativa, a fronte delle aperture dogmatiche, sistematiche – per l'appunto – e culturali in generale, che in oltre cinquant'anni si sono realizzate.

⁴⁸ V. OPPO, *In tema di autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., p. 480.

Abstract [Ita]

Il saggio costituisce l'introduzione alla recente ristampa anastatica dell'opera di Mario Segni dal titolo *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, dedicata al fenomeno della valutazione legale tipica. L'Autore sottolinea, innanzitutto, come l'obiettivo di Mario Segni sia stato quello di individuare, all'interno di tale fenomeno, gli ambiti di operatività riservati all'autonomia privata, ricercando i criteri che consentono di differenziare i vari contegni tipizzati dal legislatore. Viene messa in luce, inoltre, la posizione di Mario Segni in merito ad alcune figure nuove rispetto al negozio giuridico e all'atto giuridico in senso stretto. Si tratta, in particolare del comportamento socialmente tipico, dei rapporti contrattuali di fatto e delle dichiarazioni legali tipiche. L'attenzione si sposta successivamente su altre problematiche affrontate da Mario Segni nella sua opera: la distinzione tra negozi giuridici e atti giuridici in senso stretto, basata sull'intento del soggetto agente; la valutazione legale tipica dei comportamenti concludenti; la questione della *protestatio contra factum non valet* e, infine, la figura del silenzio.

Parole chiave: autonomia privata; valutazione legale tipica; negozio giuridico; atto giuridico in senso stretto; comportamento concludente.

Abstract [Eng]

This essay serves as the introduction to the recent facsimile reprint of Mario Segni's work titled *Autonomia privata e valutazione legale tipica* (*Private Autonomy and Typical Legal Assessment*), which focuses on the phenomenon of "typical legal assessment." The author highlights, first and foremost, how Segni aimed to identify the scope of private autonomy within this phenomenon by seeking criteria to distinguish between the various forms of conduct typified by the legislature. Furthermore, the essay examines Segni's position regarding certain concepts that differ from the traditional legal transaction (*negozio giuridico*) and the legal act in the strict sense; specifically, these include socially typical conduct, *de facto* contractual relationships, and typical legal declarations. Attention then shifts to other issues addressed in Segni's work: the distinction between legal transactions and legal acts in the strict sense, based on the acting party's intent; the typical legal assessment of conclusive conduct; the principle of *protestatio contra factum non valet*; and, finally, the concept of silence.

Keywords: private autonomy; standard legal assessment; legal transaction; legal act in the strict sense; conclusive conduct.

