

# ReA

# Roma e America *online*

## Diritto romano comune

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO IN EURASIA  
E IN AMERICA LATINA

Appendice annuale *open access*

ISSN 2532 411X

1/2023

***Direttore***

Antonio Saccoccio

***In collaborazione con***

Parlamento Latinoamericano y Caribeño - PARLATINO

Istituto Italo-Latino Americano - IILA

OSSERVATORIO sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina  
nel quadro del sistema giuridico romanistico



MUCCHI EDITORE

# Roma e America *online*

## Diritto romano comune

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

Appendice annuale *open access*

ISSN 2532 411X

1/2023

*In collaborazione con*

Parlamento Latinoamericano y Caribeño - PARLATINO

Istituto Italo-Latino Americano - IILA

OSSERVATORIO sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina  
nel quadro del sistema giuridico romanistico



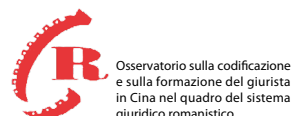
MUCCHI EDITORE

*In collaborazione con:*

Parlamento Latinoamericano y Caribeño - PARLATINO

Istituto Italo-Latino Americano - IILA

OSSERVATORIO sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina  
nel quadro del sistema giuridico romanistico



*Roma e America online*

ISSN 2532-411X

Appendice annuale *open access* di

*Roma e America. Diritto romano comune - Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America latina* (Rivista fondata da Sandro Schipani nel 1996)

**[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)**



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietata la vendita e la modifica.

© Stem Mucchi editore S.r.l. - 2023-2024

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) - [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)

indirizzi web: [www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it) - [www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)

facebook - twitter - instagram

Direttore responsabile *Marco Mucchi*

Tipografia, impaginazione, gestione sito web: Stem Mucchi editore - Modena

Pubblicato nel mese di marzo 2024

***Direttore:***

Antonio Saccoccio

***Comitato di direzione editoriale:***

Samir Aličić, Università di Sarajevo Est; Antonio Angelosanto, ‘Sapienza’ Università di Roma; Simona Cacace, Università di Brescia; Alessandro Cassarino, Università di Pisa

***In redazione:***

Laura Formichella, Chiara Iovacchini, Sabrina Lo Iacono, Enzo Rocha Magri, Mattia Melone, Michele Pedone, Giulia Rabaioli, Giulia Aurora Radice, Isabella Zambotto

***Comitato scientifico:***

Sandro Schipani, ‘Sapienza’ Università di Roma (Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México; Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca ‘Scuola Superiore di Economia’, Mosca; Walter Antillón, Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica; Cosimo Cascione, Università di Napoli ‘Federico II’; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Luis Enrique Chase Plate, Universidad Nacional de Asunción; Carlos R. Constenla, Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo, Buenos Aires; José Luís Cuevas Gayosso, Universidad Veracruzana, Xalapa; Tommaso dalla Massara, Università Roma Tre; Fábio Siebeneichler De Andrade, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Andrea Di Porto, ‘Sapienza’ Università di Roma; Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid; Iole Fagnoli, Università di Milano e Università di Berna; Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Enrico Gabrielli, Università di Roma ‘Tor Vergata’; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Emilssen González de Cancino, Universidad Externado de Colombia; Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU; Jiang Ping†, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Giovanni Lobrano, Università di Sassari; Machkam Machmudzoda, Accademia delle Scienze della Repubblica del Tagikistan; Antun Malenica, Università di Novi Sad; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Carla Masi Doria, Università di Napoli ‘Federico II’; Cesare Mirabelli, Università di Roma ‘Tor Vergata’; José C. Moreira Alves†, Universidade de São Paulo; Noemi L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario; Malina Novkirishka Stoyanova, Università di Sofia; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Massimo Papa, Università di Roma ‘Tor Vergata’; Valerio Pescatore, ‘Sapienza’ Università di Roma; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília; Giovanni Priori Posada, Pontificia Universidad Católica del Perú; Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires; Gian Franco Rosso Elorriaga, Universidad de los Andes (Cile); Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; Gianni Santucci, Università di Bologna; Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn; Emilio Spósito Contreras, Universidad Central de Venezuela, Caracas; Franco Vallocchia, ‘Sapienza’ Università di Roma; Andrea Trisciungio, Università di Torino; Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina).



*La Redazione è presso:*

Prof. Antonio Saccoccio  
'Sapienza' Università di Roma  
Dipartimento di Scienze Giuridiche - Sezione di Diritto romano  
Piazzale Aldo Moro, 5  
00185 Roma (Italia)

*antonio.saccoccio@uniroma1.it*  
*<https://www.romaeamerica.it/>*  
*<https://mucchieditore.it/romaeamerica/>*

I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.  
La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute.

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e dei revisori) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista e presso la Direzione.

Hanno espresso valutazioni in ordine ai contributi del presente volume:

Oliviero Diliberto, 'Sapienza' Università di Roma; Alice Cherchi, Università di Cagliari; Valentina Cvetković, Università di Belgrado; Domenico Fauceglia, Università di Roma 'Tor Vergata'; Federica Giardini, Università di Roma; Ivana Jaramaz Reskusi, Università di Zagabria; Rossella Laurendi, Università di Genova; Arturo Maniaci, Università di Milano; Michele Pedone, Università di Pisa; Giovanni Perlingieri, 'Sapienza' Università di Roma; Pieremilio Sammarco, Università di Bergamo; Paola Santini, Università di Napoli 'Federico II'; Laura Solidoro, Università di Salerno; Sara Tommasi, Università di Lecce.

## INDICE

|                                                                                                                                                                  |      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| <i>Editoriale</i> [ANTONIO SACCOCCIO]                                                                                                                            | pag. | 1   |
|                                                                                                                                                                  |      |     |
| GIANLUCA SCARCHILLO – ALESSANDRO SCHIOPPA                                                                                                                        |      |     |
| <i>Modelli teorici e radici culturali: una riflessione sugli esiti emergenziali tra<br/>occidente ed oriente</i>                                                 | »    | 3   |
| MARCELO NASSER                                                                                                                                                   |      |     |
| <i>La lex commissoria en las garantías reales y la causa pro emptore de la usu-<br/>capión</i>                                                                   | »    | 51  |
| DANILO CECCARELLI MOROLLI                                                                                                                                        |      |     |
| <i>Il concetto di 'limite' nel diritto (romano). Brevi riflessioni</i>                                                                                           | »    | 81  |
| LUIGI VENUSIO TAMBURRINO                                                                                                                                         |      |     |
| <i>L'esecutore testamentario nel diritto comparato europeo</i>                                                                                                   | »    | 93  |
| FRANCESCO DELLA ROCCA                                                                                                                                            |      |     |
| <i>Disciplina applicabile al contratto di 'escrow account'. Origine, funzione e<br/>caso concreto</i>                                                            | »    | 125 |
| ILARIA MARRA                                                                                                                                                     |      |     |
| <i>Registrazione di un mutuo di derrate concesso da un centurione nel Castrvm<br/>di Vindolanda in Britannia: analisi giuridica di una transazione economica</i> | »    | 160 |
| BENJAMINA KARIĆ                                                                                                                                                  |      |     |
| <i>Il giusto prezzo nel diritto della Bosnia ed Erzegovina: uno sguardo roma-<br/>nistico</i>                                                                    | »    | 189 |
| <i>Elenco dei collaboratori</i>                                                                                                                                  | »    | 204 |

## EDITORIALE

Appena oltrepassato il decennale della assunzione da parte mia della Direzione della Rivista, inizialmente insieme all'amico dott. David Fabio Esborraz e poi, dal 2021, da solo, *Roma e America* compie un altro piccolo passo sulla rotta del cambiamento e dell'ammodernamento.

I tempi difficili che la pandemia ci ha costretto a vivere hanno ridimensionato le convinzioni di noi tutti e, in particolare, vinto la mia personale ritrosia in merito.

Infatti, in accordo con il Comitato di direzione editoriale, ho deciso di affiancare al volume cartaceo una edizione completamente *online* della Rivista, pubblicata all'indirizzo <https://www.romaeamerica.it/>.

Trovano così posto in *open access* alcuni contributi non inseriti nel volume cartaceo, raccolti secondo la scansione in sezioni che da sempre caratterizza la Rivista e nel rispetto dei medesimi criteri editoriali.

Parimenti, anche la pubblicazione *online* è subordinata all'accettazione da parte della Direzione e al buon esito del referaggio *double blind* tra pari, in ossequio agli *standard* qualitativi imposti dalla collocazione in fascia A di cui beneficia l'Appendice telematica siccome la Rivista cartacea.

L'apertura di tale sezione *online* della Rivista consente, peraltro, di pubblicare i contributi già in corso d'anno, man mano che essi raggiungono il possesso dei requisiti richiesti.

Al momento della stampa del volume cartaceo, anche tali contributi pubblicati *online* verranno raccolti in un volume, egualmente *online*, a rappresentare così una sorta di estensione della Rivista nel mondo virtuale, il cui indice sarà altresì riportato nel volume cartaceo, unitamente all'elenco dei revisori.

Coltivo la speranza di adeguare così la Rivista a un mondo che corre sempre più veloce.

I contributi pubblicati *online*, infatti, corrono sul filo della rete Internet e raggiungono gli angoli più disparati del globo più facilmente e più velocemente di quanto un libro stampato possa fare. L'*open access* agevola la ricerca dello studioso e garantisce la fruibilità degli scritti in ogni dove.

Confido di aver reso un servizio utile alla comunità scientifica, nell'ottica di facilitare la lettura e lo studio del messaggio giuridico veicolato dalla Rivista.

Mi sia poi consentito ringraziare le dott.sse Simona Cacace e Amalia Micalli, che hanno ideato e materialmente curato la creazione del sito: in particolare,

senza la passione con cui Simona Cacace si è dedicata a tale progetto, esso non avrebbe mai visto la luce.

Non è infine possibile dimenticare di ringraziare di cuore l'Editore, nella persona del dott. Marco Mucchi: la sua lungimiranza, la sua benevolenza, la sua pazienza e il suo costante incoraggiamento hanno contribuito e continuano a contribuire alla vita della Rivista.

Roma, giugno 2023

[A.S.]

## MODELLI TEORICI E RADICI CULTURALI: UNA RIFLESSIONE SUGLI ESITI EMERGENZIALI TRA OCCIDENTE ED ORIENTE

GIANLUCA SCARCHILLO – ALESSANDRO SCHIOPPA

**ABSTRACT:** Quanto ogni sistema è fedele al ‘sentiero’? Quanto le emergenze incidono su di esso? Lo scritto cerca di indagare il rapporto tra il retroterra culturale e giuridico, da un lato, e la reazione all’emergenza, dall’altro. Si tenta in esso di ricostruire, prima, i connotati essenziali dell’esperienza giuridica cinese così come di quella occidentale e, segnatamente, statunitense per poi osservarne il tipo di risposta alla diffusione del virus globale. Lo scopo è cercare di comprendere quanto la crisi pandemica (ma anche le crisi in generale) possano mettere alla prova i Sistemi e la loro coerenza rispetto alla c.d. *path dependency*. Può l’emergenza innescare una deviazione rispetto alle proprie radici culturali o può consolidarle? Può così sollecitare ‘movimenti’ dei sistemi avvicinandoli o può rafforzarne i connotati storici dimostrandone la coerenza? Dinanzi a tali tematiche/problematiche l’analisi comparatistica s’impone per una riflessione prospettica.

**RESUMEN:** ¿Hasta qué punto es fiel cada Sistema al ‘camino’? ¿En qué medida le afectan las emergencias? El trabajo trata de investigar la relación entre el trasfondo cultural y jurídico, por un lado, y la reacción ante la emergencia, por otro. En él se intenta reconstruir, en primer lugar, los rasgos esenciales de la experiencia jurídica china, así como la de Occidente y, en particular, la de Estados Unidos y, a continuación, observar el tipo de respuesta a la propagación del virus global. El objetivo es intentar comprender hasta qué punto la crisis pandémica (pero también las crisis en general) puede poner a prueba los sistemas y su coherencia con respecto a la ‘*path dependency*’. ¿Puede la emergencia provocar una desviación de las propias raíces culturales o puede consolidarlas? ¿Puede, por tanto, provocar ‘movimientos’ de los sistemas, acercándolos entre sí o puede reforzar sus connotaciones históricas demostrando su coherencia? Ante tales cuestiones/problemas, se impone el análisis comparativo para una reflexión prospectiva.

**PAROLE CHIAVE:** Cina; Diritto Romano; Occidente; Stati Uniti; Emergenza pandemica.

**PALABRAS CLAVE:** China; Derecho romano; Oeste; Estados Unidos; Emergencia pandémica.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. L’orizzonte della libertà in Occidente. – 3. L’eredità di Confucio in Cina. – 4. Il contatto tra i due mondi: scontro e incontro. – 5. L’emergenza sanitaria in Cina. – 6. L’emergenza sanitaria in Occidente. – 7. (*segue*) Il caso degli USA. – 8. Considerazioni conclusive.

\* Per quanto il presente contributo sia frutto di riflessioni comuni, ai fini della valutazione dei prodotti della ricerca sono da attribuire a Gianluca Scarchillo i §§ 1-4-5-8 e ad Alessandro Schioppa i §§ 2-3-6-7.

## 1. Introduzione

L'emergere di un virus che ha soffocato il pianeta Terra in una improvvisa morsa di incertezza ed insicurezza ha indotto il mondo intero a reagire in modi che nella sua vasta superficie si sono differenziati a seconda della realtà sociale, culturale e giuridica propria di quella specifica (più o meno grande che sia) porzione di mondo.

Esso ha dunque riguardato tutti (come vuole d'altronde l'etimologia del termine 'pan-demia'), ma non tutto il '*dèmos*' della Terra ha reagito allo stesso modo.

Questo ci porta, anzitutto, ad una prima considerazione: una innegabile diversità di partenza. Ciò può sembrare una valutazione di immediata portata, ovvia o financo una banalità, ma a volte le banalità non sono altro che 'consapevolezze inconsapevolmente accantonate o sottovalutate'.

La diversità ed il suo valore nello studio dell'umano si manifesta certamente nella 'fisiologia', ma forse anche di più nella 'patologia'. Anzi, la patologia fa emergere la solidità o comunque il livello di compressione e di resistenza del bagaglio sociale-giuridico-culturale e l'entità del compromesso necessario per superare le avversità.

Un'ulteriore considerazione attiene al tempo che mostra il modo con cui ripassiamo sui nostri passi a distanza di decenni e secoli, o di come ripercorriamo certi percorsi in modo diverso poiché meno disposti a compiere certi sacrifici, oppure di come si cambi itinerario. Ciò motiva l'esigenza di affrontare l'analisi comparatistica anche con una prospettiva diacronica.

Infine, un'ultima considerazione è relativa alla più o meno reversibilità dello stato di emergenza<sup>1</sup> e della compressione degli spazi di libertà degli individui, complementare all'espansione extra-ordinaria di quelli dello Stato.

La riflessione che si è tentato di svolgere pone l'attenzione, da un lato, sulla cultura occidentale e sul ruolo che ha giocato la libertà nello sviluppo di un intero patrimonio culturale, sociale e giuridico prendendo poi in analisi, più nello specifico, gli Stati Uniti in ragione della notevole centralità storicamente riconosciuta a questo concetto, particolarmente enfatizzata a livello comunicativo e nello sviluppo della *forma mentis* del cittadino. Questa si manifesta poi nella crisi, nell'insofferenza dinnanzi all'espandersi del potere centrale, nelle diverse entità del compromesso da trovare tra libertà e sicurezza, nelle diverse letture e declinazioni date a questo complicato equilibrio, così come nelle discriminazioni e nei passati sacrifici dei diversi e dei più deboli causati dal panico che ha sovente accettato la ragione lungo il selciato della storia delle epidemie.

<sup>1</sup> Sul tema delle differenze concettuali tra eccezione ed emergenza, tra punto di non ritorno e punto di consolidamento della legalità costituzionale, si vedano, da ultimo, le preziose riflessioni di M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 31 ss.

Nel fare ciò si è seguita l'analisi offerta dagli studi di John Fabian Witt, il quale offre una sistematizzazione delle differenti letture ed approcci circa il modo con cui intervenire nelle emergenze ed al delicato rapporto tra libertà e diritti e salute pubblica.

L'altro fronte cui viene rivolta l'attenzione nelle righe che seguono è quello della Cina in ragione del diverso modo di intendere la società, il rapporto tra comunità e singolo e, in particolare, per la precedenza data alla prima rispetto al secondo. Anche qui si assiste ad un lungo percorso storico, culturale e giuridico che affonda le radici nel confucianesimo, incontra l'Occidente, vive l'esperienza della codificazione nel solco del socialismo di stampo cinese.

Il rigoroso intervento di limitazione degli spazi di libertà dei singoli si colloca così in un'ottica di per sé orientata alla primazia della comunità ed alla sua salvaguardia già prima dell'emergenza.

Tornano alla mente i versi leopardiani de *La Ginestra*, ove l'illustre poeta scriveva:

«[...] quell'orror che primo  
Contra l'empia natura  
Strinse i mortali in social catena»<sup>2</sup>.

Ciò che nell'imperversare delle insidie della natura varia e si differenzia dinanzi agli occhi del comparatista è, dunque, il modo in cui ci si stringe 'in social catena'.

Questo è infatti parso particolarmente rilevante agli scriventi giacché il diritto è anche – e soprattutto – legato agli specifici 'approcci' di un'area culturale, intrisa dell'eredità valoriale della propria '*path dependency*' che grandemente influenza le proprie scelte.

Il diritto, quindi, non vive di pura tecnica ma è un 'filo rosso' in evoluzione, il quale risente di sé stesso, è un'esperienza umana e culturale che (proprio come fanno le insidie della natura) viene ad *emergere* nel bene e nel male, nella buona e nella cattiva sorte.

Il diritto è, dunque, un'«emergenza culturale».

## 2. L'orizzonte della libertà in Occidente

Per il mondo così detto occidentale la libertà ha costituito nel tempo un orizzonte verso il quale è stato rivolto lo sguardo da varie prospettive, in molteplici circostanze e con diverse speranze e aspirazioni. Ha illuminato gli intellettuali, ha fatto scorrere fiumi di inchiostro, ma ha anche acceso gli entusiasmi, rinfrancato gli animi e così ha portato a mutare quelle circostanze, ha fatto rincorrere quelle speranze e realizzare quelle aspirazioni.

<sup>2</sup> G. LEOPARDI, *La Ginestra o il fiore del deserto*, versi 147-149.

Certamente quello verso l'orizzonte è per sua natura un percorso lungo, a tratti pericoloso e dagli approdi via via incerti, ma ha costituito anche un istinto ed una 'vocazione' irrefrenabile.

Ciò che, in particolare, emerge ed assume un considerevole rilievo è la continua dialettica tra libertà ed autorità. Una dialettica che ha animato le vicende e gli sviluppi storici e che ha determinato altalenanti e cangianti combinazioni dell'uno e dell'altro elemento.

Una certa maturità e modernità del tema è stata raggiunta – come noto – con l'«Età dei Lumi», nella quale la libertà venne concepita come un prodotto della natura, nata assieme all'uomo, come una componente intrinseca dell'esistenza umana, che il diritto non aveva il compito di concedere, bensì di riconoscere e tutelare. L'Illuminismo, dunque, proseguiva sulla scia della concezione giusnaturalistica dei diritti e della libertà, affrancandosi dalle concezioni e dalle costruzioni della tradizione<sup>3</sup>.

L'Illuminismo si presenta ai nostri occhi anzitutto come un modo di pensare, come un nuovo approccio che conferisce unitarietà a quella moltitudine di intellettuali che hanno sviluppato e propugnato idee e pensieri di diversi e variegati contenuti<sup>4</sup>. Tale metodo si fondava saldamente sulla ragione, sull'uso dell'intelletto come strumento per uscire dallo «stato di minorità» di cui parlava Kant<sup>5</sup>. Questa mentalità rinnovata investe tutti i campi del sapere e dell'opera dell'uomo, entra nei salotti ma anche nelle corti dei principi, si diffonde nel mondo borghese di matrice industriale e mercantile che fremeva per liberarsi dalle costrizioni di quella politica ed economia che costituiva lo strascico logoro dell'impalcatura feudale di uno Stato soffocante. Le note critiche ed il malcontento che esso

<sup>3</sup> M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea*, Bari-Roma, Laterza, 2012, 145. In particolare, sul diritto naturale ed il suo impatto sulla legislazione e la codificazione si richiamano le riflessioni di R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, (Edizione italiana a cura di) R. SACCO, Padova, Cedam, 2004, 51 ss.

<sup>4</sup> G. FASSÒ, *Illuminismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, a cura di A. AZARA-E. EULA, 179, Torino, 1957<sup>3</sup>.

<sup>5</sup> G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179; sul punto anche U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 298, ove si legge che: «Emanuele Kant ha pubblicato su una rivista tedesca un articolo che è rimasto fondamentale – Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo? – nel quale ha affermato, emblematicamente: «illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso. Minorità è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stessi è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro. *Sapere aude!* Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! – è dunque il motto dell'illuminismo». In queste poche righe di Kant, che condensano il suo pensiero sull'argomento, ci sono almeno due delle componenti fondamentali dell'illuminismo: il razionalismo, inteso come mito della ragione, e il coraggio del razionalismo, accompagnate, in negativo, dalla critica allo stato tradizionale di minorità che deriva non dalla mancanza di qualità naturali ma dalla «mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro».



attraeva, nutrite dallo spirito dei Lumi, indussero alcuni Principi illuminati ad avviare degli interventi riformatori per rinnovare il volto del loro potere e dello Stato, mentre altrove, dove ciò non avvenne, maturarono sentimenti e forze rivoluzionarie<sup>6</sup>.

Il firmamento illuminista risplende di illustri e note personalità che hanno declinato, nei loro campi e con le loro prospettive, quella devozione verso la ragione e verso il libero pensiero facendo tesoro anche delle elaborazioni di chi li aveva preceduti<sup>7</sup>.

Le radici del fenomeno possono essere scorte nell'Inghilterra della metà del XVII secolo, di cui sono esemplari le riflessioni di Locke e gli studi di Newton, ed alle quali in Francia fa poi seguito con entusiasmo Voltaire<sup>8</sup>. Quest'ultimo, in

<sup>6</sup> G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179. Sul punto si veda anche A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2018., 195 ss.

<sup>7</sup> G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179.

<sup>8</sup> Difatti, come viene osservato in U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione* cit., 305 ss., la dialettica ed il confronto tra l'Inghilterra ed il continente hanno spesso caratterizzato l'Illuminismo e nello specifico le riflessioni che Voltaire ha dedicato con ammirazione al modello politico inglese. Questo, infatti, realizzando una limitazione al potere del sovrano ed una partecipazione del popolo era diventato, dopo la Gloriosa Rivoluzione del 1688, un punto di riferimento per gli illuministi, un prototipo ambito che trasudava le teorizzazioni di Locke. Emergeva, dunque, un «nuovo modello al quale ispirarsi, quello del re «primo pilota» dello stato, che rappresenta la visione laica del principe cristiano, cioè la versione che fonda i poteri del sovrano non più sul modello divino, ma su quello della ragione e delle buone leggi, che possono costare care, ma che costano, in ogni caso, un prezzo che vale la pena di pagare». Così U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione* cit., 306, ove si richiamano le parole delle *Lettere Inglesi* di Voltaire. È interessante altresì richiamare gli studi di N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale*, Milano, Mondadori, 2018, 120 ss., ove si dà conto della fitta rete di rapporti attraverso la quale Voltaire diffonde le sue idee. Nello specifico gli illuminati proselitismi del pensatore settecentesco avvenivano attraverso un considerevole flusso epistolare che coinvolgeva più di 1400 persone, di cui buona parte (il 70%) era di nazionalità francese. Inoltre, solo del 12% delle lettere è nota la provenienza e dove erano dirette e di queste il 57% vennero inviate a o da Parigi. Quanto all'Inghilterra, invece, vi furono solo alcune lettere scambiate con Jonathan Swift e con Alexander Pope poiché per lo più vennero scambiate con personaggi non di spicco, come un mercante (Sir Everard Fawkener) ed un poeta (George Keate). Inoltre, il flusso epistolare e le connessioni si infittiscono se si considerano anche le penne di Rousseau e di d'Alembert. Questo intreccio, in particolare, coinvolgeva principalmente Parigi e si restringeva, in misura preponderante, a fasce della popolazione piuttosto elevate. Difatti, coinvolgeva «18 principi e principesse, 45 duchi e duchesse, 127 marchesi e marchese, 113 conti e contesse, e 39 baroni e baronesse. L'aristocrazia costituiva circa lo 0,5 per cento della popolazione francese del Settecento, ma circa un quinto della cosiddetta «repubblica delle lettere», alla quale peraltro apparteneva un numero sorprendentemente alto di ufficiali reali, per essere una rete comunemente associata alla visione critica dell'ordine stabilito. [...] Naturalmente, le reti delle corrispondenze epistolari ci illustrano soltanto una parte della storia dell'illuminismo. Chi conosceva Voltaire, Rousseau o d'Alembert era animato dal vivo interesse di incontrarli di persona, oltre che di intrattenere con loro un rapporto epistolare. Si era infatti costituita anche una «repubblica dei salotti», di qui l'importante ruolo di mediazione svolto dalle *salonnières*, le proprietarie delle case che divennero centri di socializzazione e di scambio, e i cui inviti erano ambiti dagli

particolare, dà risalto al pensiero filosofico e scientifico inglese, e Montesquieu<sup>9</sup> ne richiama le idee politiche, diffondendo quelle concezioni del liberalismo figlie in buona parte del giusnaturalismo d'oltremania<sup>10</sup>.

Proprio il liberalismo, infatti, costituirà la dottrina che molto ha inciso sulle sorti dell'Occidente. Questa ruota attorno all'esigenza di liberare l'uomo, esigenza che «si era portata al primo piano come rivendicazione della libertà di coscienza, libertà di pensiero, maturata con l'illuminismo, caratterizzando alcuni obiettivi, tradotti in termini istituzionali, nello Stato moderno, e consegnati in documenti solenni, come le Dichiarazioni dei diritti»<sup>11</sup>. Il fulcro della dottrina del liberalismo – nelle sue articolazioni politiche, giuridiche ed economiche – si esprime in «principi e norme di diritto, che riguardano l'organizzazione dello Stato e del potere. In sostanza tutto l'ordinamento dello Stato tipicamente ottocentesco [...] presenta un denominatore comune, quello delle garanzie giuridiche di tutte le libertà»<sup>12</sup>. Lo Stato moderno è dunque, in quest'ottica, l'esito delle ondate rivoluzionarie di matrice liberale che travolgendo l'assolutismo hanno portato all'affermazione di spazi di libertà, di diritti e di principi<sup>13</sup>.

Nel vecchio mondo l'esempio più evocativo risiede in quella 'libertà che guida il popolo' contro le roccaforti dell'*Ancien Régime*. Non solo in senso letterale ma anche in termini giuridici e con riferimento alle radicate istituzioni dell'assolutismo monarchico alle quali si sostituì «la concezione di una società illuminista,

aspiranti intellettuali». Così, ID, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 121 ss.

<sup>9</sup> Quanto a Montesquieu (1689-1755), si veda, *ex multis*, M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 193 ss. In particolare, viene osservato che all'interno del *De l'Esprit des lois* (del 1748) viene costruita una prima nitida ripartizione dei poteri tra legislativo-esecutivo-giudiziario. Inoltre, «presso ogni popolo veniva a maturazione un diritto [...] [che] trovava meccanismi di protezione contro gli interventi dell'autorità del sovrano». Ed aggiunge che «i meccanismi migliori per difendere i diritti e le libertà della tradizione erano [...] quelli maturati nel regno inglese [...]». Qui, a suo vedere, trovava la sua migliore espressione il principio del governo misto [...]. In riferimento al ruolo della libertà nello sviluppo della democrazia, anche alla luce del contributo di Montesquieu, v. M. TUTUNARU, *The concept of Freedom and the Respect for the Law in a Rule of Law*, in *J.L. & Admin. Sci.*, 2017, VIII, 75.

<sup>10</sup> G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179 ss.

<sup>11</sup> G. PERTICONE, *Liberalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, a cura di A. AZARA-E. EULA, Torino, 1957<sup>3</sup>, 831.

<sup>12</sup> G. PERTICONE, *Liberalismo* cit., 831.

<sup>13</sup> G. PERTICONE, *Liberalismo* cit., 831 ss. Si veda anche quanto osservato da S. ZAMAGNI, *Responsabili, Come civilizzare il mercato*, Bologna, il Mulino, 2019, 40, ove l'A. mette in luce che «il grande problema che la filosofia politica europea, nel periodo che va dal Rinascimento alla Rivoluzione francese, si trovò ad affrontare fu quello di come assicurare un ordine sociale senza ricorrere al principio di autorità o a presupposti teologici. La soluzione che Thomas Hobbes (1651) aveva suggerito – ci vuole uno Stato assoluto, cioè un Leviatano per rendere sostenibile la vita associata – se poteva essere sopportato all'epoca dei regimi assolutistici dei secoli XVI e XVII, non poteva più essere accolta dopo il 1649, l'anno della proclamazione della Repubblica inglese e soprattutto dopo la Gloriosa rivoluzione (1688) e la Dichiarazione dei diritti (1689)».

così come elaborata da Diderot, Voltaire e Rousseau, secondo cui l'uomo, inteso come essere razionale e responsabile, acquisisce con la nascita un diritto inalienabile alla libertà di pensiero, di credo religioso e di attività economica. All'uomo si contrappongono non più i vari gruppi organizzati sulla base del differente status, ma solo lo Stato, che ha il dovere, mediante la sua legislazione, di liberare i cittadini dai tradizionali legami posti dalle autorità feudali, ecclesiastiche e familiari, siano questi attuali o futuri, al fine di concedere i medesimi diritti a tutti<sup>14</sup>.

Viene ad affermarsi col tempo l'idea di uno Stato di diritto che, ricalcando le teorizzazioni di Locke e di Montesquieu<sup>15</sup>, mira a ripartire i poteri e ad organiz-

<sup>14</sup> K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, Milano, Giuffrè, 1998, 100 ss. In particolare, rispetto ai 'poteri intermedi' della Francia monarchica, nella prospettiva di Montesquieu, v. G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 2018, II, 173 e nota 85, reperibile al link <[www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)>.

<sup>15</sup> Pare opportuno offrire una breve specificazione sulle differenze tra la separazione dei poteri concepita (dapprima) da Locke e (poi) da Montesquieu. Il primo distingueva tra il potere legislativo, l'esecutivo ed il 'federativo'. In particolare, viene osservato che questa costituisce «la teoria della separazione dei poteri 'inventata' da Locke al fine di limitare l'onnipotenza del potere sovrano (il problema che Hobbes aveva lasciato in eredità al pensiero politico) e di garantire la tutela dei diritti dei cittadini», così M. L. LANZILLO, *Perché si lotta per il potere?*, in *Potere, Perché si lotta per il potere?*, in *Le domande della filosofia*, IX, a cura di M. FERRARIS, Roma, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2021, 35. Il secondo, invece, distingueva tra il potere legislativo, quello esecutivo ed il giudiziario. Con particolare riguardo alla tripartizione lockiana (legislativo-esecutivo-federativo) è stato osservato che il fatto che il giudiziario non figuri come potere a sé stante può esser dovuto alla realtà inglese che Locke aveva davanti a sé al tempo. Ossia un contesto nel quale si assisteva alla fusione del potere giudiziario col potere legislativo. Su tale questione poi si diramano divergenti letture in merito a quale dei due comprendesse l'altro. La spiegazione che, in particolare, offre Caravale circa tale fusione si fonda sullo «stretto legame tra la teoria del pensatore inglese e la tradizione di *common law*. In questa tradizione la titolarità di un diritto era inscindibilmente connessa alla difendibilità dello stesso davanti ad una corte di giustizia, di modo che il momento processuale era parte integrante del momento sostanziale [...]. L'omissione del giudiziario tra i poteri in cui il governo nato dal patto sociale si articolava sembra, allora, derivare dalla convinzione che i diritti, di origine sia naturale, sia consuetudinaria, sia legislativa, esistevano solo in quanto difendibili giudizialmente e che detta difesa avveniva nell'ambito dell'ordinamento in cui gli stessi diritti erano nati e non poteva, pertanto, essere monopolizzata dal governo nato dal patto sociale». Per queste analisi (circa il rapporto tra legislativo e giudiziario) e la citazione riportata: M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 113 ss. In particolare, quanto all'aspetto per cui 'il rimedio precede il diritto' come caratteristica dello sviluppo della tradizione di *common law* v. V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2018, 266. È interessante, infine, ricordare come il confine sfumato tra il potere legislativo e giudiziario ha fatto ravvisare la necessità di un intervento che si è tradotto nel *Constitutional Reform Act* del 2005 che ha creato una *Supreme Court* separata dalla *House of Lords*. In particolare «è stata l'esigenza di eliminare dall'ordinamento inglese ogni confusione tra il potere giudiziario e gli altri poteri, che potesse fare insorgere sospetti, alla luce della nuova cultura degli *human rights*, sulla effettiva indipendenza e imparzialità del giudice di vertice dell'ordinamento». V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 277.

zare le funzioni in un delicato equilibrio ed allo stesso tempo a garantire gli spazi di libertà ed autonomia dei singoli<sup>16</sup>.

Con la Rivoluzione il ceto borghese ha inteso superare l'*Ancien Régime*<sup>17</sup> e realizzare uno Stato che garantisse uguaglianza e libertà ai cittadini<sup>18</sup>. Quanto poi all'affermarsi della fratellanza – l'altro emblema valoriale della Rivoluzione – fu necessario invece, dell'ulteriore tempo perché gli venisse riconosciuto un adeguato spazio. In generale, infatti, lo slancio per le questioni sociali che hanno arricchito il patrimonio culturale e giuridico europeo fu, dunque, successivo rispetto a questa iniziale ed affannosa corsa verso le libertà<sup>19</sup>.

Già con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino veniva proclamata la centralità dei diritti naturali, tra i quali rientra proprio la condizione di parità dei diritti ed anche la libertà e la proprietà<sup>20</sup>. Con tale pro-

<sup>16</sup> G. PERTICONE, *Liberalismo* cit., 832.

<sup>17</sup> Per alcune profonde riflessioni sul superamento dell'*Ancien Régime* per via della Rivoluzione e circa il diritto soggettivo v. G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis De Tocqueville*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 14 ss. e, per un ulteriore approfondimento dell'incontro tra l'itinerario scientifico di Gino Gorla e l'opera di Alexis de Tocqueville, cfr. P. RIDOLA, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2021, 3 ss.

<sup>18</sup> In riferimento ai valori rivoluzionari G. ALPA, *Solidarietà, Un principio normativo*, Bologna, il Mulino, 2022, 20 ss. mette in luce che per molto tempo furono la libertà e l'uguaglianza ad avere maggiore slancio rispetto alla fraternità che, invece, per guadagnare uno spazio ebbe bisogno, dopo la Rivoluzione, di un percorso storico-giuridico più lungo; per delle interessanti analisi si veda altresì G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 25, ove l'A. osserva che nella visione dei diritti in chiave moderna, ai diritti del singolo è permesso allargarsi fino a che non collidono con i quelli di altri, ed aggiunge che «[l]a libertà, dice la Costituzione rivoluzionaria del 1791, consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce agli altri, e questa definizione è confermata nella Costituzione giacobina del 1793». Sul tema della Rivoluzione francese v. K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 106; nonché A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 203, ove si osserva che: «la Rivoluzione francese, non dissimilmente dalla Rivoluzione americana di poco precedente, si presentò come movimento politico di rifondazione dello Stato sulla base di valori universali. Se l'ordinamento francese assunse come stella polare del suo percorso futuro il valore dell'eguaglianza formale di tutti avanti la legge, ciò si dovette alla Rivoluzione».

<sup>19</sup> G. ALPA, *Solidarietà, Un principio normativo* cit., 20 e 23. L'illustre A., inoltre, mette in luce, ivi, 16, che anche il concetto di solidarietà, nella sua declinazione sociale, economica e politica, che anima le Costituzioni odierne e quindi la vita degli Stati, ha preso forma nell'Illuminismo. È bene, inoltre, precisare che gli scriventi, benché consci della centralità della solidarietà e delle esigenze sociali maturate ed espresse nel solco della storia giuridica europea, in queste righe rivolgono particolare attenzione all'aspetto della libertà in ragione del particolare rilievo che essa assume ai fini delle presenti considerazioni sulla *forma mentis* e, quindi, sulla c.d. *path dependency* che informa l'esperienza giuridica dell'Occidente.

<sup>20</sup> G. ALPA, *Solidarietà, Un principio normativo* cit., 20-21; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza* cit., 25 ss.; M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 203-204. Sul punto è interessante altresì richiamare quanto osservato da A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 207, in particolare viene messo in luce che: «nella *Déclaration des droits* non si possa trovare la lista di tutte le istituzioni di cui ha bisogno il cittadino di uno Stato liberal-democratico. Essa piuttosto pone in forma accentuatamente didascalica i fondamenti di un nuovo modo di concepire lo Stato e la cittadinanza, ricorrendo a forme espressive talmente efficaci da

pulsore spiccatamente borghese vide poi la luce il Codice civile del 1804<sup>21</sup>.

Il grande valore che da quel momento venne attribuito alla libertà fa ancora risuonare le parole del rivoluzionario-ribelle Benjamin Constant pronunciate col Discorso tenuto all'*Athénée royal* di Parigi nel 1819. Afferma infatti l'*ex* Tribuno: «Siamo moderni, che vogliamo godere ciascuno dei nostri diritti, sviluppare ciascuno le nostre facoltà come meglio ci sembra, senza nuocere ad altri; vegliare sullo sviluppo di tali facoltà nella prole affidata dalla natura al nostro affetto, che è tanto più illuminato quanto più è vivo, mentre abbiamo bisogno dell'autorità solo per riceverne gli strumenti generali d'istruzione ch'essa può riunire, allo stesso modo in cui i viaggiatori accettano da lei le grandi strade, senza farsi dirigere nella vita che vogliono seguire». Prosegue poi: «la libertà individuale [...], ecco la vera libertà moderna. La libertà politica è di conseguenza indispensabile. Ma chiedere ai popoli dei nostri giorni di sacrificare, come quelli di un tempo, tutta la libertà individuale alla libertà politica, è la via più sicura di allontanarli dall'una; e a quel punto non si tarderebbe a sottrarre loro anche l'altra»<sup>22</sup>.

L'idea che propugnava Constant – considerato anche che l'Europa in cui risuonavano queste parole era quella della Restaurazione – si poneva a difesa delle libertà individuali<sup>23</sup> contro quanto autoritativamente potesse esser disposto dallo Stato. Per scongiurare quel pericolo e così garantire la protezione degli spazi di

risultare ancor oggi feconde di conseguenze». A quel punto però, considerano gli A., restavano dal punto di vista istituzionale «insoluti, anzi, aperti a varie soluzioni, i problemi capitali che concernono il problema della tutela e, poi, della effettività dei diritti fondamentali che la stessa *Déclaration des droits* formula in modo schiettamente individuale».

<sup>21</sup> G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 68; K. ZWEIFERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 106. Viene infatti osservato che «la borghesia creò poi un codice che teneva conto delle pretese di libertà ed uguaglianza propuginate durante la Rivoluzione. Solo in Francia, perciò, la codificazione trovò la sua origine nello slancio di un movimento rivoluzionario, solo qui vi fu la completa congruenza tra la realtà sociale e l'immagine della società presente nel codice». Congruenza che, invece, non vi sarebbe stata nel successivo Codice civile austriaco (ABGB). Difatti, l'orizzonte valoriale di matrice illuminista che questo incarnava cozzava grandemente con il contesto sociale di un Paese in cui in molte realtà agricole vi era ancora la «servitù della gleba, difficilmente distinguibile da uno stato di schiavitù». Ivi, 197.

<sup>22</sup> B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Milano, RCS edizione speciale per Corriere della Sera, 2010, 40-41.

<sup>23</sup> Sul punto v. G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1948, 134, ove l'illustre A. osserva che Constant nell'opera richiamata aveva fatto comprendere che la libertà dei moderni stesse muovendo nella direzione del godimento intimo, isolato. Avverte però l'A. che tale forma di individualismo, osteggiato da Tocqueville, e che viene definita come 'deteriore', «rappresenta soltanto una tendenza e non una affermazione assoluta nel mondo moderno; più o meno questa tendenza v'è sempre stata, essa si particolarizza secondo la storia dei vari tempi e luoghi: ma, come spiccata tendenza, essa è una caratteristica del mondo moderno». Questa versione 'deteriore' dell'individualismo viene a realizzarsi allorché, a seguito della lotta per la libertà al legame che unisce chi si batte non si sostituisce un nuovo legame fraterno e solidale. Al riguardo v. G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti* cit., 132 ss.

libertà del singolo diventava cruciale che questo potesse prender parte alla gestione del potere per mezzo di un meccanismo rappresentativo<sup>24</sup>.

Un altro ben noto esempio della tensione dell'Occidente verso la libertà è costituito dagli Stati Uniti. In questo caso, infatti, tale tensione si è manifestata su più fronti.

Anzitutto su quello della genesi della nazione stessa. A partire dalla prima metà del XVII secolo l'area orientale del nord America iniziava a comporsi di un mosaico di tredici colonie, le quali non erano così saldamente congiunte né tra di loro né con la madrepatria inglese. Nella fase iniziale gli sforzi di queste popolazioni erano per lo più volti ad assicurarsi la sopravvivenza e l'equilibrio interno. Questo generalmente non implicava la presenza di cultori del diritto poiché era invece sufficiente – in alcune colonie – la saggezza della guida spirituale che dirigeva le controversie rifacendosi ai dettami della Bibbia. In un secondo momento però, agli albori del XVIII secolo, man mano che si intensificavano i traffici commerciali, venne avvertita sempre di più la necessità di fare riferimento ad un quadro giuridico che fosse adeguato alle correnti necessità. Così gradualmente affluirono in nord America sia giuristi di formazione londinese sia testi giuridici inglesi tra i quali spiccano i noti *Commentaries on the Law of England* di William Blackstone. Non stupisce quindi il fatto che tra le fila degli indipendentisti, prima, e tra i nomi riportati in calce della Dichiarazione d'Indipendenza, poi, vi fossero diversi giuristi<sup>25</sup>.

La rottura con la madrepatria, in particolare, è proprio dovuta alla volontà di mantenere un perimetro di libertà che i coloni vedevano sotto scacco.

Tra i fattori che portarono a certi malumori vi fu anzitutto l'imposizione. Difatti, quanto veniva disposto in tale ambito usciva dal Parlamento, attraversava l'atlantico e ricadeva sui coloni prescindendo da ogni loro coinvolgimento nella decisione. L'assenza di una componente che esprimesse le ragioni delle colonie rappresentandole nel Parlamento della madrepatria contravveniva a quanto espresso dalla *Magna Carta*<sup>26</sup> che mirava proprio, attraverso la rappresentanza di coloro che verrebbero gravati dall'imposizione, a garantire un margine di libertà di fronte al sovrano. A ciò si aggiunga anche la negazione del ruolo delle Assem-

<sup>24</sup> K. S. VINCENT, *Benjamin Constant and Constitutionalism*, in *Historia Constitucional*, 2015, XVI, 43; M. CARAVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 220 ss.

<sup>25</sup> K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 290.

<sup>26</sup> In particolare, A. GIULIANI, *I valori del diritto comune europeo nella Jurisprudence di Adam Smith*, in Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla, Tomo II, *Dialogo tra ordinamenti, diritto dei commerci e diritto europeo*, Iura naturalia e diritti fondamentali, Milano, Giuffrè, 1994, 1044, nel ricostruire la prospettiva e mentalità inglese ed il rapporto di questa con la *common law*, osserva che «[l]a Magna Charta venne interpretato come baluardo di tutte le libertà, ivi compresa quella commerciale [...]».

blee<sup>27</sup> delle colonie che venivano sostituite nelle loro funzioni dal Parlamento inglese e la successiva attribuzione alla *East India Company* del crisma di monopolista per i traffici del tè con l'America<sup>28</sup>.

Come è noto, quindi, quel giogo che sempre più gravoso pesava su delle popolazioni la cui tradizione coloniale era orientata all'uguaglianza ed alla libertà<sup>29</sup> condusse a quella sanguinosa lotta per l'affrancazione da un potere avvertito come invadente e lontano.

L'altro fronte dal quale presso gli statunitensi viene (tutt'oggi) riflessa la tensione verso un principio di libertà, è quello del rapporto tra la Federazione e gli Stati.

Al momento della nascita degli Stati Uniti venne scelto – non senza contrasti – il modello federale. Difatti, tale questione aveva visto la contrapposizione tra federalisti ed antifederalisti<sup>30</sup>, ove gli uni miravano a realizzare un'unione che potesse dar vita ad un solido Stato gli altri temevano che la vastità dei poteri centrali potesse minacciare e soffocare le realtà statali. Dopo la prevalenza in Costituzione delle ragioni federaliste, le ansie degli antifederalisti vennero alleviate con l'adozione del *Bill of Rights* del 1791 con il quale si poneva un argine al potere centrale<sup>31</sup>. All'approvazione dei primi dieci emendamenti – che passano alla storia proprio con la denominazione di *Bill of Rights* e che rievocano per certi versi la citata *Magna Carta* – fece poi seguito nel 1868 il XIV emendamento che mira a contenere pure il potere statale rispetto ai diritti dei cittadini.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> A tale riguardo, per completezza, si ricorda che «presso ogni colonia era attiva l'Assemblea popolare dei rappresentanti delle contee, che aveva il compito di risolvere le vertenze tra le comunità e adottare decisioni generali: la sua autorità era cresciuta nel tempo, tanto da farla diventare l'istituzione centrale della colonia nella quale si adottavano le principali scelte di governo, si risolvevano le vertenze tra comunità, veniva interpretato in maniera creativa e innovativa il diritto della tradizione. Un ruolo, cioè, molto simile a quello del Parlamento della madre patria. In sostanza, l'ordinamento della tradizione inglese proseguiva nelle colonie, con gli adattamenti imposti dalle condizioni naturali, difensive e sociali del nuovo mondo e soprattutto con l'assenza dei tanti privilegi cetuali che caratterizzavano la madre patria [...]». Così M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 196-197.

<sup>28</sup> M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 196 ss.

<sup>29</sup> In particolare, viene osservato da M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 197, che «[...] la tradizione americana esaltava in ogni colonia l'uguaglianza giuridica degli abitanti e, di conseguenza, la pienezza del loro status di libertà».

<sup>30</sup> Per una analisi storico-giuridica circa tale contrapposizione v. G. MARTINICO, *Il federalismo di Thomas Jefferson*, in *Diritti Comparati*, 2021, I.

<sup>31</sup> G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi* cit., 64. Inoltre, sul *Bill of Rights*, nella prospettiva di Madison, v. R.B. GINSBURG – M. HARTNETT – W.W. WILLIAMS, *My Own Words*, New York, Simon & Schuster, 2016, 228 ss.

<sup>32</sup> V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 320. Sul ruolo del *Bill of Rights* e del XIV Emendamento in rapporto agli Stati dell'Unione in prospettiva storica v. G. MARTINICO, *Il federalismo di Thomas Jefferson* cit., 245.



La struttura che venne concepita dai Padri della nazione rispondeva all'intento di realizzare la divisione dei poteri e di impedire che questi si accentrassero nelle mani di pochi. Di qui la nota espressione '*checks and balances*' che riassume e descrive questo sistema.

L'articolazione offerta dalla Costituzione si poneva quindi come un baluardo a difesa dei diritti e delle libertà di fronte alla minaccia di potenziali torsioni autoritarie che sovente hanno (e che, nel tempo, avrebbero) connotato il vecchio mondo.<sup>33</sup> Non stupiscono, infatti, le riflessioni confluite nel *The Federalist Papers*, in cui Alexander Hamilton riconosce che la via per preservare la libertà consiste proprio nel frazionare il potere, per cui, afferma, «[...] I agree, that 'there is not liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers'»<sup>34</sup>.

A tessere le lodi del neonato sistema statunitense fu, in particolar modo, Alexis de Tocqueville, la cui voce risuona con chiarezza tra quegli europei che con stupore hanno guardato oltreoceano, ammirandone il funzionamento e la capacità di preservarsi. Egli mise in luce come, a parer suo, l'energia promanata dall'associazionismo<sup>35</sup> ed il decentramento proprio dell'architettura della Federazione statunitense fossero le ragioni del suo buon funzionamento democratico. Difatti, ne *La Democrazia in America* si è soffermato, tra i vari aspetti, sul fatto che la popolazione tendesse continuamente ad associarsi<sup>36</sup> e ad affrontare le sfide della vita contando solamente su sé stessa e rivolgendosi all'autorità solo quan-

<sup>33</sup> N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 135. L'A. richiama le preoccupazioni di Hamilton sulla minaccia che avrebbe fronteggiato la giovane nazione come nella storia era già capitato altrove: quella del rischio di uno scivolamento del potere nelle mani di qualcuno. Viene a tal proposito riportato un significativo passaggio delle riflessioni di Hamilton all'interno delle analisi di Ferguson: «[n]el primo articolo dei *Federalist Papers*, Alexander Hamilton individua con chiarezza il principale pericolo che avrebbero dovuto affrontare i neonati Stati Uniti: [...] Un'ambizione pericolosa spesso si cela dietro la maschera pretestuosa dello zelo per i diritti del popolo piuttosto che sotto l'apparenza minacciosa dello zelo per la fermezza e l'efficienza del governo. La storia ci insegna che la prima si è dimostrata una strada molto più certa verso l'introduzione del dispotismo rispetto alla seconda, e che tra gli uomini che hanno rovesciato le libertà delle repubbliche, il maggior numero ha iniziato la carriera facendo una corte ossequiosa al popolo; cominciando da demagoghi e finendo da tiranni [...]».

<sup>34</sup> A. HAMILTON – J. MADISON – J. JAY, *Federalist No. 78*, in *The Federalist Papers*, a cura di M.A. GENOVESE, New York, Palgrave Macmillan, 2009, 236.

<sup>35</sup> Sul tema v. G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti* cit., 159 ss. Inoltre, per alcune interessanti riflessioni circa il ruolo delle formazioni sociali nell'ambito del rapporto tra i singoli e l'autorità con rimandi al pensiero di Tocqueville v. L. ANTONINI, *Le vicende del principio di sussidiarietà orizzontale nel panorama normativo italiano ed europeo*, in AA. VV., *I servizi di pubblica utilità alla persona*, coordinato da G. VITTADINI, Milano, Franco Angeli, 2000, 211 ss., ove si offre un'analisi dello sviluppo delle teorizzazioni filosofiche e sociali in materia di sussidiarietà.

<sup>36</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di N. MATTEUCCI, Torino, Utet, 2014, 226 ss. Si tratta in particolare del Libro I, Parte II '*Il funzionamento delle Istituzioni: la vita politica*', Capitolo IV '*L'associazione politica negli Stati Uniti*', ove l'A. osserva che «[n]egli Stati Uniti ci si associa per scopi di sicurezza pubblica, di commercio e d'industria, di morale e di religione.



do riteneva che fosse inevitabile fare altrimenti<sup>37</sup>, poiché, affermava che una collettività di soggetti che agisce in libertà può conseguire col proprio volere ogni risultato<sup>38</sup>. Inoltre «Tocqueville vide le associazioni politiche americane come un indispensabile contrappeso ai pericoli della tirannide intrinseci alla democrazia moderna, foss'anche solo la tirannide della maggioranza. Tuttavia, la maggiore forza del sistema americano, secondo lui, andava ricercata nelle sue associazioni non politiche»<sup>39</sup>.

Inoltre, la diffidenza nei confronti dell'autorità pubblica e del potere di cui questa poteva disporre indusse i costituenti ad orientarsi verso il già richiamato modello federale che, peraltro, sottraeva al governo centrale il controllo sulla *common law* degli Stati. Lo sviluppo del diritto non promanava, infatti, da un potere centrale e sovrano ma si sviluppava principalmente nelle Corti dal fluire della vita giuridica del popolo americano, e così, unitamente alla presenza di organi giudicanti indipendenti, si mirava a mantenere un tratto di «democraticità del sistema»<sup>40</sup>.

Tagliati i ponti con il sovrano inglese, infatti, la legittimazione del diritto statunitense non proveniva da un potere esterno, ma dall'interno, da quel popolo la cui volontà era stata espressa dalla Costituzione ed incastonata nell'*incipit* «*We the People*».

Ancora, con particolare riguardo al diritto privato, è interessante osservare come la sua evoluzione sia dipesa principalmente dall'attività delle Corti, dalla collettività e dall'autonomia dei singoli, prescindendo in larga parte dallo Stato, il

Non c'è nulla che la volontà umana disperi di raggiungere con la libera azione della potenza collettiva degli individui».

<sup>37</sup> Un meccanismo simile sembra emergere anche nel pensiero di Aristotele come osservato da L. ANTONINI, *Le vicende del principio di sussidiarietà orizzontale nel panorama normativo italiano ed europeo* cit., 212, ove l'attuale Giudice della Corte costituzionale osservava che «pur con tutte le differenze da quella moderna, la libertà di autonomia di Aristotele già contempla qualcosa di vicino alla sussidiarietà quando afferma che compito del potere è di permettere la felicità nella diversità, rimanendo però suppletivo e non creatore della società». Inoltre, è esplicativo delle considerazioni di Tocqueville il passaggio de *La democrazia in America* in cui egli afferma che «[l']abitante degli Stati Uniti impara fin dalla nascita che bisogna contare su sé stessi, per lottare contro i mali e gli ostacoli della vita; egli non getta sull'autorità sociale che uno sguardo diffidente e inquieto, e ricorre al suo potere solo quando non può farne a meno», così A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* cit., 226.

<sup>38</sup> N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 135-136, ove sono riportate le parole di Tocqueville.

<sup>39</sup> N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 136.

<sup>40</sup> G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law* cit., 168.

quale in questa prospettiva viene percepito «come una potenziale minaccia a questa autonomia se va oltre il suo ruolo di tutore della legge»<sup>41</sup>.

Questo quadro poi si arricchisce se lo si pone nel contesto federale americano, poiché all'aspetto dell'autonomia privata si aggiunge la questione delicata e costante dell'insofferenza statunitense per l'invasione da parte del potere centrale degli spazi che gli Stati tendono a custodire gelosamente.

Invero, le principali branche del diritto privato appartengono alla competenza dei singoli Stati dal momento che non rientrano nella elencazione dell'articolo 1 sezione 8 della Costituzione che enumera le materie che vengono attribuite al Governo federale. Da ciò si trae che – anche alla luce del X Emendamento – «la competenza legislativa degli stati è la regola e la competenza federale l'eccezione»<sup>42</sup>. Chiaramente, non mancarono occasioni di straripamenti di potere che hanno animato il dibattito su questo delicato rapporto. Si pensi alla '*implied powers clause*' che (consentendo alla Federazione di compiere tutti quegli interventi necessari ad esercitare i poteri attribuitigli)<sup>43</sup> ha costituito e costituisce lo strumento attraverso il quale la Federazione amplia il perimetro del suo intervento. Oppure alla '*commerce clause*', che attribuisce al Congresso il potere di legiferare in materia di commercio internazionale, interstatale e con le Tribù indiane<sup>44</sup>.

Inoltre, la forte dialettica tra Federazione e Stati ha registrato un passaggio importante quando, ritornando sui suoi passi rispetto al precedente orientamento espresso in *Swift v. Tyson*, la Corte Suprema degli Stati Uniti «seppellì l'idea di una *federal common law* nella decisione del caso *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (1938) dichiarando che l'idea di un *common law* federale è in contrasto con la costituzione la quale vuole che il diritto federale sia solo quello che è riferito alle materie che la stessa riserva alla competenza legislativa del Congresso».<sup>45</sup>

Il complicato rapporto tra Stati e Governo federale, tuttavia, continua ad essere una nota dolente nella realtà statunitense<sup>46</sup>, un *odi et amo* – per dirla con Catullo –, specialmente se si considerano le recenti dinamiche emergenziali.

<sup>41</sup> G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law* cit., 171.

<sup>42</sup> V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 324.

<sup>43</sup> C. BOLOGNA, *Jefferson e la separazione del potere*, in *Diritti Comparati*, 2021, I, 177-178, nota 38, dà conto del dibattito tra Thomas Jefferson ed Alexander Hamilton sul punto.

<sup>44</sup> K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 301.

<sup>45</sup> A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 144. Quello richiamato dall'Autore è il noto caso: *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Sul punto si veda anche K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 308; V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 335-337; G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law* cit., 12.

<sup>46</sup> Sul punto è interessante osservare le analisi di saggistica contemporanea offerte da F. COSTA, *Questa è l'America, storie per capire il presente degli Stati Uniti e il nostro futuro*, Milano, Mondadori, 2020, 41 ss., ove il giornalista si sofferma su alcuni ordini di ragioni che possano offrire una spiegazione circa questo difficile rapporto. Egli osserva, infatti, che «[è] anzitutto una questione di

### 3. L'eredità di Confucio in Cina

Il quadro che si sta tentando di tratteggiare in queste righe richiede ora di allargare l'orizzonte di analisi e di soffermare l'attenzione su un contesto molto distante da quelli cui si è fatto cenno finora: la Cina. Difatti, un'analisi che si rivolge al tema del rapporto tra libertà ed autorità nello scenario emergenziale non potrà certo prescindere dal contesto in cui il rapporto tra singolo e Stato assume connotati piuttosto diversi da quelli cui l'occidentale è abituato. A tal fine occorre brevemente ripercorrere alcuni dei passaggi e degli aspetti che hanno determinato l'evoluzione di un sistema giuridico e di un'intera civiltà.

Per lo sviluppo del diritto cinese ebbe grande rilevanza la dialettica tra due principi: il *Li* ed il *Fa*<sup>47</sup>. In particolare, secondo la dottrina Confuciana la base per un ordine sociale stabile e solido era da ricercare nei rituali tradizionali, il '*Li*', che si traducevano concretamente in cerimonie e modelli comportamentali sviluppati attraverso la saggezza delle generazioni che si sono succedute.<sup>48</sup> Tale dottrina ed il relativo ritualismo si traducevano all'interno della convivenza sociale in alcune dinamiche relazionali che quindi dovevano esprimere ordine ed armonia. Il comportamento concreto da tenere, inoltre, andava declinato in base alla situazione specifica nonché in relazione alla propria posizione all'interno della società<sup>49</sup>.

dimensioni» e aggiunge poco dopo che «[i]l punto non è solo che questo spazio apparentemente infinito abbia convinto nel corso dei secoli le persone a sentirsi il più possibile autosufficienti, soprattutto fuori delle città: è che per molto tempo è stato effettivamente così». Così Ivi, 41. All'aspetto geografico poi si aggiunge un altro fattore, certamente non di poco conto e che molto ha influito sulla mentalità e l'approccio del popolo americano: il dato storico. Difatti, «per chi si era appena guadagnato l'indipendenza da un sovrano prepotente e oppressivo – [...] a partire da una questione di tasse, con la rivolta del tè a Boston – l'idea di allestire un nuovo potere prepotente e oppressivo era intollerabile». L'importanza ed il 'peso' di questo retroterra storico si riverbera, quindi, su molti aspetti della cultura statunitense ed infatti ciò porta l'A. a mettere in luce che: «[l]a venerata cultura imprenditoriale statunitense, con la sua enfasi sulla libertà d'impresa, sul *laissez faire*, sul valore del sacrificio individuale e della concorrenza, così come lo straordinario ingegno che permette ancora oggi agli americani di sfornare ogni anno una quantità di idee, brevetti, invenzioni, intuizioni e premi Nobel che non ha paragoni nel pianeta, affonda le sue radici in questo contesto. In gran parte degli Stati Uniti da secoli si guarda al Congresso e alla Casa Bianca con una distanza e uno scetticismo in buona parte indipendenti dal fatto che a Washington comandino i democratici o i repubblicani». Così Ivi, 42.

<sup>47</sup> In tema di *Li* e *Fa* si vedano le interessanti analisi di S. PORCELLI, *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, in questa rivista, 41, 2020, 268 ss; ID, *Diritto e logica. Da Roma alla Via della Seta*, in questa Rivista, 39, 2018, 217 ss.

<sup>48</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform*, in Aa.Vv. *Understanding China Today, An Exploration of Politics, Economics, Society, and International Relations*, a cura di S. BERETTA – BERKOFKY – L. ZHANG, Cham, Springer, 2017, 315; L. XIAOPING, *L'esprit du droit chinois, perspectives comparatives*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, 1, 7 ss.

<sup>49</sup> Sul tema v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, Franco Angeli, 1999, 49; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 362 ove si precisa che la condotta consona in cui va ad estrinsecarsi il *Li* si configura in «modo diverso a seconda

In tal modo perché si potesse avere una società in armonia il *Li*, la formazione morale, ricopriva un ruolo ben più importante<sup>50</sup> delle severe sanzioni (penali ed amministrative) previste da apposite norme<sup>51</sup>, il *'Fa'*<sup>52</sup>. Nella prospettiva di Confucio, infatti, solamente un governo fondato sulla virtù è in grado di governare con successo, poiché – senza mai proporre l'abolizione della legge – egli riteneva che questa (in quanto eludibile o violabile) fosse meno efficace rispetto alla

che la situazione concreta si riferisca a rapporti tra un superiore ed un inferiore, tra una persona anziana ed una più giovane, tra un nobile ed un borghese, tra parenti, amici o stranieri, tra padre e figlio, tra fratello maggiore e minore, tra moglie e marito». Sul punto sia consentito, inoltre, richiamare anche G. SCARCHILLO, *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina*, in *Contr. impr. Eur.*, I, 2016, 244, ove alla nota 11 – richiamando le analisi di M. TIMOTEO, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. VARANO, Milano, 2007 – si procedeva ad enucleare così le cinque relazioni fondamentali: «sovrano e suddito, padre e figlio, marito e moglie, fratello maggiore e minore e fra amico e amico». Pare interessante anche fare riferimento alle analisi di L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315. L'A. richiama, in particolare, il pensiero del filosofo Zhongshu Dong (179-104 a. C.) nella cui interpretazione il Confucianesimo consiste in sostanza nell'osservanza delle così dette Tre *Gang* e Cinque *Chang*. Le prime sono le relazioni umane fondamentali che intercorrono tra il sovrano ed il suddito, tra marito e moglie e tra padre e figlio. Le seconde, invece, consistono in delle durature norme etiche che consistono nella benevolenza nei confronti degli altri (*'Ren'*), nella rettitudine (*'Yi'*), nella ritualità tradizionale e la correttezza insegnate dagli antenati (*'Li'*), nella saggezza (*'Zhi'*), nell'onestà e affidabilità (*'Xin'*).

<sup>50</sup> La fortuna del «*Li*» si deve soprattutto al fatto che, sotto l'imperatore Wu, il confucianesimo diventò l'ideologia ufficiale dell'impero cinese. Esso, lungi dall'essere una religione dogmatica, si presentava come una scuola di virtù civiche e morali, che prendeva le mosse dall'esistenza di un ordine cosmico basato su una interazione tra cielo, terra e uomini nella quale, mentre i primi due elementi seguivano regole invariabili, gli uomini, con le loro azioni, potevano mantenere l'ordine o creare il disordine. L'armonia derivava sia dal rapporto degli uomini con la natura sia dalle interazioni tra gli uomini. Era una concezione nella quale l'individuo non è mai preso in considerazione in sé stesso, bensì come parte di una collettività. Ciò rappresenta una peculiarità della Cina rispetto all'*asian legal tradition* caratterizzata, al contrario, dal fenomeno religioso (si pensi, ad esempio, agli ordinamenti islamico e induista). Sul punto, cfr. L. MOCCIA, *Prologo breve sulla originalità del diritto (tradizionale) cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico-comparativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 993.

<sup>51</sup> Di questa scuola e del conseguente ruolo del «*Fa*», la storiografia e la sinologia giuridica hanno per lungo tempo messo in evidenza la sua connotazione penale e dispotica. Tuttavia, ritenere tutto il diritto scritto come avente ad oggetto regole esclusivamente penali non appare più totalmente fedele alla realtà. Una più attenta lettura dei codici, infatti, attesta la presenza di alcune norme civilistiche che ci mostrano come «molto deciso sarebbe stato l'impegno già dei primi imperatori cinesi nel prescrivere formule legali che coprissero la vita dei sudditi fin negli aspetti più intimi, nonché soprattutto la tendenza a fare della legge, piuttosto che della volontà dei governanti o delle sole consuetudini e pratiche convenzionali (rituali), un centro di regolazione delle attività economico sociali». Così L. MOCCIA, *Il diritto in Cina tra ritualismo e modernizzazione*, Bollati e Boringhieri, Torino, 2009, 30.

<sup>52</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: a 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315; ID, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective*, in *Studium Iuris*, Padova, Cedam, 2004, 897.

correttezza rituale (*Li*) nell'illuminare ed indirizzare il comportamento umano<sup>53</sup>. Tale principio, quindi, è in grado di indurre le persone a correggere autonomamente il proprio modo di agire, generando una comunità in cui si perde il bisogno della sanzione. Ciò in quanto sono i singoli stessi ad inibire le condotte scorrette dal momento che sono ben consci del fatto che un certo comportamento sia sbagliato, biasimevole nonché motivo di vergogna<sup>54</sup>.

In un tale contesto, dunque, nel quale le regole dell'educazione prevalgono rispetto a quelle formali, in cui le condotte di ciascuno sono valutate con la lente di una morale condivisa e poiché è proprio da questi che discende l'armonia dell'intera comunità, allora si può comprendere la preminenza che la dimensione collettiva ha avuto rispetto a quella dell'individuo<sup>55</sup>. Difatti, il comportamento di ciascuno deve essere tale da non alterare il preesistente equilibrio naturale nel quale interagiscono il cielo, la terra e gli uomini e l'educazione di ciascuno mira proprio a trasmettere questa accezione di correttezza dell'agire umano dal quale dipende l'ordine complessivo del cosmo. Inoltre, anche l'eventuale controversia rispecchia questo approccio poiché proprio per ripristinare l'armonia si mira, prioritariamente, a conciliare pacificamente le parti<sup>56</sup>.

Non stupisce, dunque, che nel tempo ci sia stata una lunga estraneità della nozione di diritto soggettivo giacché l'armonia non è il risultato della somma algebrica dei diritti soggettivi, della loro equilibrata composizione, ma del rispetto da parte di ciascuno della pace e dell'ordine naturale che preesistono all'uomo<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> N.P. HO, *Legal Realism and Chinese Law: Are Confucian Legal Realist, Too?*, in *Tsinghua China L. Rev.* XIII, 134 ss. Sul tema v. anche R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 49. In riferimento alla Cina tradizionale R. SACCO, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, Il Mulino, 2015, 29, osserva che «I cinesi non riconoscevano la consustanzialità del «*fa*» e degli altri rami del diritto. Il *fa* era redatto dagli organi del potere, era approvato dal potere, il potere ne curava l'applicazione. Le regole applicabili ai rapporti privati si sviluppavano ed evolvevano senza che il potere se ne curasse, senza che i professionisti del potere o del sapere lo studiassero; esse si concretavano in un diritto spontaneo, che funzionava grazie a meccanismi sociali ignorati dal potere e ignorati dagli uomini del sapere».

<sup>54</sup> N.P. HO, *Legal Realism and Chinese Law: Are Confucian Legal Realist, Too?* cit., 135.

<sup>55</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315. Sul tema v. anche R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 51.

<sup>56</sup> R. SACCO, *Cina*, in *Dig. Civ.*, II, Torino, Utet, 1988, 361; K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 361-362. Se, per un verso, è vero, come affermano R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 2004, 438, che fino al XX secolo la concezione dell'ordine sociale venne elaborata in modo completamente autonomo rispetto ad ogni influenza esterna, per un altro verso, ciò non dà certo ragione a quegli studiosi che in passato sono arrivati a porre in dubbio la stessa esistenza del diritto in Cina, ritenendo addirittura il modo di intendere l'ordine sociale cinese antitetico al diritto. Così J. GILISSEN, *Diritto cinese, I) Antichità e tradizione*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, 1 ss.

<sup>57</sup> V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente*, in *Comparazione e Diritto Civile*, IV, 2015, 156-157, reperibile alla pagina web <[www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)>.

Alla luce di tale modo di percepire il rapporto tra singolo e comunità viene osservato che nella società tradizionale cinese si ebbe, come conseguenza del Confucianesimo, l'instaurarsi col tempo di una mentalità orientata alla burocrazia e si lasciò uno spazio notevolmente circoscritto alle libertà personali ed all'individualismo<sup>58</sup>.

Nella ricerca dell'armonia sociale un diverso approccio era, invece, propugnato dalla scuola 'Legista' che assegnava un ruolo preminente al *Fa* nella convinzione che le leggi fossero lo strumento idoneo a contrastare l'inclinazione al male propria dell'uomo. Benché nel tempo abbia comunque conservato una certa rilevanza, tale dottrina, dopo un periodo di fioritura, cedette il passo a quella confuciana quando con l'avvicinarsi delle dinastie lo scettro passò nel 206 a. C. alla dinastia Han. Questa, infatti, sposando il pensiero di Confucio ne determinò la effettiva diffusione in tutto l'impero, divenendone l'ideologia di riferimento<sup>59</sup>. Difatti, i funzionari dell'impero la veicolavano attraverso l'articolata macchina dell'amministrazione che operava nelle varie e concentriche realtà amministrative locali in cui era articolato l'impero e proseguiva poi nelle reti famigliari (gerarchizzate) e nelle singole famiglie che, come più piccola forma di comunità, erano vocate all'armonia<sup>60</sup>. Tale articolata struttura sociale che congiunge amministrazione pubblica e famiglie ha chiaramente frenato – come viene fatto notare da Lihong Zhang – la valorizzazione dell'individuo e lo sviluppo dell'individualismo<sup>61</sup>.

Queste peculiarità, in particolare, emersero al momento dell'incontro (o scontro) della Cina col mondo occidentale verso la metà dell'Ottocento. Tra le differenze<sup>62</sup> che vennero in evidenza tra i due mondi, infatti, vi era proprio «la

<sup>58</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315.

<sup>59</sup> R. SACCO, *Cina* cit., 361-362; K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 363.

<sup>60</sup> Quanto alla complessa architettura organizzativa, sociale ed della famiglia, proiettata verso l'armonia, si vedano M. GORÉ – A. ZHENG, *Le Droit Chinois*, Paris, Que sais-je?, 2022, 8-11; L. ZHANG, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective* cit., 897-898, in cui l'A. osserva che prima dell'ascesa del comunismo la società cinese era organizzata in un sistema assimilabile a quello delle *gens* romane ed al di sopra di colui che era a capo della singola *gens* vi era il 'mandarino', che in veste di funzionario politico di nomina imperiale era la figura più alta della scala sociale; su tali aspetti v. altresì V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 521.

<sup>61</sup> L. ZHANG, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective* cit., 898. L'A. osserva che il valore dell'individuo e lo sviluppo dell'individualismo costituiscono (dal punto di vista etico e sociale) ciò che sta alla base della *civil law* quale erede dell'esperienza del diritto romano.

<sup>62</sup> M.H. HURLOCK, *Social Harmony and Individual Rights in China*, in *Colum. L. Rev.*, XCI-II, 1993, 1337, richiamando le riflessioni di tre autori, mette in luce la differenza tra la prospettiva occidentale e quella cinese circa il rapporto tra individuo e collettività, ed osserva che «[a]s Dutton, Stephens and Hsu show, there is a broad divergence between Chinese and Western concepts of the individual subject and subject's relation to the state. Western concepts begin with the eigh-

posizione dell'individuo che in occidente aveva assunto un ruolo preminente durante l'illuminismo e la Rivoluzione francese, mentre in Cina esso rilevava solo in quanto parte di un gruppo, in primo luogo come membro della famiglia, in senso più ampio, come appartenente all'impero cinese»<sup>63</sup>.

Il rapporto, ed il confronto culturale, col mondo occidentale fu intenso anche perché dopo la guerra dell'oppio, in cui ebbero la meglio proprio le potenze occidentali, si ebbe una ampia diffusione in Cina di opere che nel campo politico, scientifico, culturale ed economico erano particolarmente «Western-influenced»<sup>64</sup>.

A ciò si aggiunga che, viste le concessioni e il depauperamento di spazi di giurisdizione derivanti dalle condizioni che i paesi occidentali imposero alla Cina ad esito della guerra, essa avvertì «l'esigenza di sottrarsi a questa privazione della giurisdizione, dandosi una legislazione e un ordinamento tali da essere 'accettati'»<sup>65</sup>. Da qui sorse l'esigenza, anzitutto, di conoscere l'«altro» con la conseguenza pratica di doverne studiare l'esperienza giuridica e di compararla con quella della Cina<sup>66</sup>.

Col tempo però, nonostante l'apertura verso percorsi di riforma e rinnovamento che erano stati avviati per stare al passo con la concorrenza delle potenze occidentali e per evitare una condizione di vulnerabilità nei confronti di queste, l'impero cinese, sotto i colpi dei tempi, dei cambiamenti e della storia, stava giungendo al tramonto e con l'abdicazione della dinastia Qing nel 1911 si apriva la stagione della Repubblica<sup>67</sup>.

teenth-century rational individual who creates government to preserve his or her rights. The Chinese view begins with the social collective and finds the individual's identity and interests inseparable from it». Sulle differenze tra le due tradizioni e sul loro incontro e rapporto v. anche S. Russo, *Libertés, droits de la personnalité et technologies, Le paradoxe chinois à la lumière du Code civil*, in *Cahiers Droit, Science & Technologies*, XIV, 2022, 135-136.

<sup>63</sup> V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 521.

<sup>64</sup> L. ZHANG, *Comparative Law in China*, in *New Frontiers of Comparative Law*, (a cura di) I.C. TONG – S. MANCUSO, Hong Kong, LexisNexis, 2013, 90.

<sup>65</sup> S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo, Enc. Treccani*, 2009, reperibile al link: [https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina\\_%28XXI-Secolo%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29/).

<sup>66</sup> Sul tema v. L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90.

<sup>67</sup> Sul percorso di rinnovamento del patrimonio giuridico attraverso il contatto con l'Occidente avviato sotto la dinastia Quing v. L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90-92. Inoltre, circa questa apertura verso l'Occidente ed il successivo passaggio dall'Impero alla Repubblica v. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 366; V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente*, 157. Come evidenzia S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, a cura di L. FORMICHELLA – G. TERRACINA-E. TOTI, Torino, Giappichelli, 2005, 59 ss., «L'orientamento ad inserirsi nel sistema romanista, che maturò in Cina in quegli anni, trovava le sue cause prossime in tre fattori: a) nell'esempio costituito dal vicino Giappone che aveva recepito il sistema giuridico romanista a partire dal 1869, ed aveva realizzato il Codice civile entrato in vigore nel 1898; b) nel grande valore e nel prestigio della scienza giuridica tedesca, la cui diffusione si era rafforzata anche in tale area per la predetta rece-



L'apertura verso l'Occidente che caratterizzò tale fase della storia cinese portò ad una intensa attività normativa ispirata all'esempio europeo che, nell'ottica della modernizzazione, tendevano a superare gran parte della tradizione giuridica di matrice confuciana<sup>68</sup>. In questo contesto venne riconosciuto ampio spazio al diritto comparato come via attraverso la quale rinnovare il quadro giuridico cinese con la lente dell'esperienza occidentale in diversi ambiti<sup>69</sup>.

Tale percorso di comparazione con l'Occidente europeo e statunitense e di importazione di istituti giuridici e concetti s'interruppe però allorché nel 1949 con la fondazione della Repubblica Popolare Cinese si decretò il superamento e l'abbandono del precedente sistema giuridico dalle fattezze capitalistiche e occidentali con l'obiettivo di realizzare il comunismo in Cina<sup>70</sup>. Chiaramente anche la comparazione giuridica – focalizzata da quel momento sull'Unione Sovietica – ebbe per lungo tempo un graduale assopimento<sup>71</sup>.

Il Partito Comunista che da quel momento governò il paese riconosceva il ruolo di guida alla classe dei lavoratori, mirava alla primazia produttiva dell'impresa statale e cooperativa ed alla prevalenza dell'interesse generale sull'attività economica complessiva. Abrogando, inoltre, il tessuto normativo precedente apriva la strada all'ordinamento popolare, nel quale per disciplinare la vita pubblica bastava quanto fosse deciso dal Partito per poi essere attuato dalla sottostante scala gerarchica<sup>72</sup>. In particolare, «[l]a dottrina politica veniva ad occupare il rango di un ordine sociale (informale, non scritto) che la volontà dell'uomo non deve mutare, e che è a monte di ogni altro diritto. La volontà del partito veniva

zione; c) più in generale in quella cultura giuridica fondata sulla combinazione della interpretazione sistematica e della comparazione legislativa elaborata prevalentemente sui codici (di particolare significato continuava ad essere il Codice civile francese, a cui si aggiungevano, in questi decenni in Europa, i recenti ZGB svizzero del 1911, Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti)». In questo senso si arriverà alla predisposizione di un progetto di codice civile modellato su quello tedesco completato nell'estate del 1911 composto da cinque libri e trentasei capitoli a cura della commissione per la codificazione. Questo, pur non essendo mai entrato in vigore, «esercitò una influenza determinante nella formazione del diritto cinese del XX secolo grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema di Pechino, che negli anni 1912-1928 applicò ufficiosamente regole ricavate dal primo progetto cinese di codice civile sotto la denominazione di 'principi generali' (come fonte postergata alla legge e alla consuetudine)», così G. CRESPI REGHIZZI, *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, in *Quaderni Fiorentini*, 15, 1986, 574, nt.17.

<sup>68</sup> D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways*, in *Tsinghua China L. Rev.*, XIII, 2020, 152.

<sup>69</sup> L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 93.

<sup>70</sup> D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 153.

<sup>71</sup> L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 97. Viene, inoltre, messo in luce dall'A. che successivamente «[i]n 1978 China began to reform its economy and adopted an open policy. Comparative legal studies were revived».

<sup>72</sup> V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente* cit., 157; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 375-376.



ad occupare il rango di un diritto scritto, positivo, ideologico, applicato con grande latitudine di discrezionalità dai funzionari dello stesso partito. Alla base della società poteva perpetuarsi, fino a mutamento dei costumi, la tradizione popolare autogestita, più o meno intaccata dal contatto con gli europei»<sup>73</sup>.

Tempo dopo l'avvio della Repubblica Popolare Cinese, nel 1966, Mao Tse-Tung, avviò la 'Rivoluzione Culturale' che si opponeva fermamente, sia dal punto di vista politico che culturale, nei confronti dell'Occidente ma anche – ritenendo che fosse di intralcio alla realizzazione del Comunismo<sup>74</sup> – contro il Confucianesimo<sup>75</sup>. Tuttavia, tale tentativo di rimuovere una filosofia così saldamente radicata si rivelò vano ed il Confucianesimo continuò ad essere praticato con naturalezza (anche durante la rivoluzione culturale) dalla gente comune<sup>76</sup>. La paralisi giuridica che essa causò al sistema socialista durò fino a che, nel 1978, dopo un consistente silenzio legislativo, non si avviò una nuova fase di riforma ed apertura<sup>77</sup>.

Dopo l'arresto, nel 1976, delle quattro principali figure della rivoluzione comunista, il comando passa, nel 1979, a Deng Xiaoping, il quale ribadendo la dottrina politica socialista, la centralità del potere e del partito comunista ed il collettivismo in economia, frena l'ideologia rivoluzionaria e la lotta di classe. A ciò si aggiunga che, avendo preso atto del fallimento economico causato dell'esperienza politica svolta fino ad allora, l'orientamento del nuovo vertice fu quello di rinnovare, modernizzando, l'economia, la difesa così come la scienza e la tecnologia<sup>78</sup>. Fu in tale fase che il percorso riformatore condusse, in economia, verso lo sviluppo di un approccio maggiormente aperto al mercato ma mantenendo le caratteristiche proprie di una Cina socialista mentre, dal punto di vista giuri-

<sup>73</sup> Così A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 376.

<sup>74</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 317.

<sup>75</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 377-378.

<sup>76</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 318.

<sup>77</sup> D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 153.

<sup>78</sup> V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente* cit., 157 ss.; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 378.

dico, verso una valorizzazione della *rule of law*<sup>79</sup>, anch'essa, potremmo dire, con caratteristiche cinesi<sup>80</sup>.

Il desiderio di modernizzazione e rinnovamento, inoltre, emerge anche dalla costituzione del 1982<sup>81</sup> che conferma le nuove prospettive assunte dal vertice politico e dalla successiva ed intensa attività del legislatore<sup>82</sup>. In questo quadro giuridico che si arricchisce di certo non si può non menzionare – giungendo così a tempi più recenti – il traguardo della codificazione. Difatti, il Codice civile cinese, che è stato adottato il 28 maggio del 2020, rappresenta il risultato di un percorso che, con l'alternanza di battute d'arresto ed avanzamenti, si snoda lungo tutta la storia del Paese<sup>83</sup>.

#### 4. *Il contatto tra i due mondi: scontro e incontro*

Il lungo percorso storico e giuridico cui si è fatto cenno ha costituito l'occasione per un ripetuto contatto tra l'Occidente e la Cina. Tale contatto, però, ha avuto diverse declinazioni, assumendo ora i toni dello scontro, ora quelli di un incontro che ha offerto l'occasione per indagare e conoscere l'altra cultura.

Difatti, come già anticipato, nel momento del contatto-scontro, ossia ai tempi della colonizzazione delle potenze occidentali in Oriente, sembrò agli occhi della Cina che la scelta più strategica potesse essere quella di aprirsi all'esperienza giuridica occidentale affinché, con un rinnovamento giuridico a questo ispira-

<sup>79</sup> D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 154. Da ultimo, sia sull'iter inverso rispetto alla dinamica occidentale novecentesca che vede le costituzioni nascere dopo i codici sia sul ruolo del codice civile quale «strumento per riconoscere nuovi diritti, in attuazione appunto della *rule of law*, pur sempre nell'ambito di un ordinamento giuridico socialista», si veda O. DILIBERTO, *La via della seta e le vie del diritto*, in O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI (a cura di), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Seconda edizione aggiornata con indice analitico, Torino, Giappichelli, 2023, LV ss. e in Atti del Convegno 'Il codice civile cinese: bilancio e prospettive', 2023, a cura di O. DILIBERTO-D. DURSI-H. MEILING, (in corso di stampa).

<sup>80</sup> L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: a 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 319.

<sup>81</sup> R. CAVALIERI, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del 'socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era'*, in *DPCE on line*, I, 2018, 307-310. L'A. analizza, in particolare, l'articolato intervento di modifica della Costituzione del 1982, maggiormente pervasivo, peraltro, rispetto alle modifiche precedenti.

<sup>82</sup> A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 379.

<sup>83</sup> Per la prima traduzione italiana del Codice civile cinese, cfr. O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI (a cura di), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, Pacini Editore, 2021 e, recentemente, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Seconda edizione aggiornata con indice analitico, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI Torino, Giappichelli, 2023.

to, potesse essere «accettata» con maggiore facilità nei rapporti con le grandi ed ingombranti potenze straniere<sup>84</sup>.

In particolare, nel sentiero storico-giuridico che conduce verso la codificazione, si suole vedere nella data del 6 aprile 1902 il «primo fermo proposito di rinnovamento e di consenso alla ricezione di modelli stranieri»<sup>85</sup>. Difatti, con il Decreto di quel giorno di inizio secolo l'Impero, retto all'epoca dalla dinastia *Qing*, si avvaleva di una commissione che avviasse l'opera di codificazione del diritto penale e, in un secondo momento, del diritto civile, al fine così di «inserire la Cina nel processo di ammodernamento che agli inizi del secolo aveva coinvolto il mondo intero in tutti i campi e spiccatamente in quello giuridico»<sup>86</sup>. Per mezzo del medesimo atto normativo, inoltre, il giurista e storico del diritto Shen Jiaben ed il funzionario Wu Tingfang, venivano inviati a studiare le leggi dei Paesi stranieri per svolgere una comparazione tra i diversi sistemi<sup>87</sup>.

Non stupisce, infatti, l'attenzione rivolta da Jiaben Shen alla ricerca e allo studio comparatistico, animato dall'idea per cui il passato potesse essere utile al presente e che l'esperienza straniera potesse esserlo per la Cina. In tale prospettiva, inoltre, osservando egli l'empirismo della cultura orientale e la razionalità della scienza occidentale, considerava che fosse di particolare rilievo l'incontro ed il confronto tra le due mentalità, giacché lo studio all'insegna di una sola di queste – riteneva – fornisce una visione solo parziale della realtà<sup>88</sup>.

Guardando verso l'Occidente, il panorama giuridico che si delineava a quel tempo mostrava, nell'area romanistica, un notevole rilievo scientifico riconosciuto all'opera di codificazione sia francese che tedesca; veniva inoltre in evidenza l'uso che il vicino Giappone aveva fatto dell'esperienza occidentale; ed infine, ampliando ulteriormente la prospettiva, occorre considerare che la «scienza giuridica fon-

<sup>84</sup> S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina* cit.; per questo aspetto v. anche M. TIMOTEO, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea*, in *Diritti Comparati*, III, 2022, 654, ove l'A. osserva come l'attenzione rivolta verso l'esperienza giuridica occidentale ebbe come stimolo iniziale (per quel lungo percorso che poi ha condotto, in un contesto chiaramente differente, alla recente codificazione) proprio il proposito di «potersi emancipare dalla posizione di dipendenza in cui l'avevano collocata i Trattati ineguali imposti al Paese dalle grandi potenze».

<sup>85</sup> Così E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra legge e dottrina*, in *L'Unità del Diritto*, XXIV, Roma, Roma Tre Press, 2020, 13.

<sup>86</sup> E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico* cit., 13.

<sup>87</sup> Sia consentito rinviare ancora a G. SCARCHILLO, *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina* cit. 249 ove a nota 29 è riportato il testo di questa disposizione: «I contrasti nelle negoziazioni commerciali in corso presentano problemi sempre più numerosi. Invitiamo Shen Jiaben e Wu Tingfang affinché, in base alla natura delle negoziazioni, esaminino le leggi dei Paesi stranieri, ricerchino e studino con cura tutte le leggi ed i regolamenti adatti ad essere presi in considerazione e che essendo accettate sia da parte dei cinesi che da parte straniera possano regolare i contrasti in maniera più agevole. Noi ordiniamo».

<sup>88</sup> L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 91. L'A. richiama il pensiero di Jiaben Shen e riporta tale massima: «without rationality, the empiricist can not understand the nature of the thing and without the experience of the practice, the scholastics can not prove the natural rules».

data sulla preventiva elaborazione di fattispecie e delle loro conseguenze, sull'elaborazione dogmatica e sistematica, e su principi rapportati agli uomini, poneva a disposizione un metodo scientifico universalisticamente aperto che, da un lato, costituiva un ponte verso gli altri Paesi, d'altro lato, era capace di articolarsi per includere nuovi apporti»<sup>89</sup>. Difatti, i testi dell'Occidente che venivano tradotti in lingua cinese<sup>90</sup> richiamavano il fondamento romano del diritto internazionale e dei diritti positivi. In ragione di ciò, quindi, tali «caratteri generali e riflessioni sul sistema giuridico romanistico portarono la Cina a orientarsi verso di esso e ad ampliare l'attenzione delle sue concretizzazioni moderne al suo *principium*, in consonanza con atteggiamenti emergenti nella cultura cinese di quel periodo»<sup>91</sup>.

Emerge, dunque, un consapevole mutamento di prospettiva, per il quale se in principio l'attenzione rivolta verso la cultura giuridica occidentale era motivata dall'esigenza di tutela della sovranità nazionale si iniziò a discutere circa l'opportunità di modernizzare il paese senza sforzarsi di preservare una propria autosufficienza. In tale scenario l'indagine sulle ragioni del successo occidentale, così come del Giappone, si concentrò non sulla capacità tecnica quanto «sul sistema giuridico-istituzionale, di cui il sistema del diritto romano era indicato e assunto come il fondamento»<sup>92</sup>.

Alla luce di queste considerazioni non stupisce che, ad esito di tale contatto tra le due culture, nel periodo 1907 – 1911, il primo progetto di codificazione che vide la luce traendo ispirazione dall'esempio nippo-tedesco attingeva proprio – chiaramente tramite la lente e la rielaborazione della pandettistica tedesca – al diritto romano. Pare opportuno altresì osservare che nell'avviare questo percorso di modernizzazione e, dunque, di codificazione ad esito del contatto con l'Occidente, sembrò più opportuno rivolgersi ai sistemi di *civil law* piuttosto che a quelli di *common law* poiché i primi consentivano una più agevole opera di trapianto. Tale approccio, tipicamente pragmatico, portò i cinesi a valorizzare lo studio del diritto romano<sup>93</sup>. Difatti, come ebbe ad osservare più tardi Roscoe Pound, «La Cina ha codici eccellenti [...] Il Codice civile cinese è, nella sua essenza, il culmine di un'epoca di continui sviluppi che sono derivati dall'insegnamento del diritto-

<sup>89</sup> Per queste analisi ed il testo citato v. S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina* cit.

<sup>90</sup> L'A. richiama in particolare H. WHEATON, *Elements of international law*, 1936 (trad. cin. 1864). La traduzione del primo testo di diritto straniero in Cina è opera, in particolare, di William A.P. Martin (1827-1916), v. L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90.

<sup>91</sup> Così S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina* cit.

<sup>92</sup> ID. Su questo aspetto si veda anche L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90, ove l'A. osserva che «the Chinese realised that the prosperity of the West was not only based on its military power, but also on its advanced political and legal system. As a result, the Chinese began to recognise the importance of the study of foreign laws; and their comparison with Chinese law».

<sup>93</sup> E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra legge e dottrina* cit., 14 ss. L'A. riporta le riflessioni svolte da XUE JUN, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, reperibile al link: <<http://www.romanlaw.cn/sub2-35.htm>>.

to romano sulla base della codificazione di Giustiniano nelle Università italiane del dodicesimo secolo. [...] E' una forte testimonianza della permanente vitalità della tradizione giuridica romana che lo sviluppo giuridico dell'Estremo Oriente segua le impronte del moderno diritto romano piuttosto che del diritto inglese o angloamericano. Invero, il diritto romano moderno, fortemente sistematico, con la sua abbondante dottrina scientifica, è molto più adatto a Paesi che devono passare rapidamente da un corpo di tradizioni e consuetudini etiche e da un controllo sociale indifferenziato a un corpo di diritto moderno che non il diritto inglese ed angloamericano relativamente non sistematico»<sup>94</sup>.

Tale contatto col mondo occidentale e, più precisamente, col patrimonio giuridico romano – occorre ricordarlo – non fu tuttavia lineare e costante. Occorreranno, infatti, molti decenni per giungere al traguardo corrente della codificazione. Di mezzo si pongono mutamenti e stravolgimenti di notevole peso storico e culturale che molto hanno inciso sul rapporto con l'altro e con l'esperienza occidentale, sul ruolo del giurista, e, financo, sul ruolo del diritto stesso<sup>95</sup>.

Ciò che però merita di essere osservato nell'ambito di tale contatto attiene ad un preciso aspetto che pare essere particolarmente rilevante ai fini delle presenti riflessioni: il ruolo dell'individuo e, successivamente, degli spazi di libertà.

L'elemento che infatti non venne acquisito dal contesto occidentale quale figlio dell'esperienza giuridica romana ed imbevuto delle moderne concezioni ed impianti valoriali è il ruolo da questo riconosciuto all'individuo che nel mondo cinese ha, invece, assunto da sempre una posizione marginale, sia in epoca imperiale che nell'era comunista. Mentre quindi i singoli e le relazioni che essi intrecciano sono stati di grande rilievo per la formazione ed articolazione del diritto romano<sup>96</sup>, la diversa prospettiva di cui è portatore sia il pensiero confuciano che

<sup>94</sup> Così R. POUND, *Roman Law in China*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, Milano 1954, 441 ss.

<sup>95</sup> Per una accurata analisi degli sviluppi storico-giuridici della Cina, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit. Giova, inoltre, richiamare anche la scansione temporale degli eventi che si trae in E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra legge e dottrina* cit., 18 ss., infatti, per tentare di schematizzare i grandi blocchi temporali di maggior rilievo all'interno della fitta selva di eventi, spesso fatta di rovi spinosi, si possono rammentare, dopo la nascita della Repubblica Popolare nel 1949, il periodo di edificazione di un ordinamento ispirato all'Unione Sovietica (1949-1957); la fase connotata dal 'nichilismo giuridico' (1958-1977); e quella della 'politica della porta aperta' (1978-2010).

<sup>96</sup> Per delle accurate analisi sul posto occupato dall'individuo e sui suoi rapporti giuridici nel diritto privato romano v. M. BRUTTI, *Il Diritto Privato nell'Antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2011, 93 ss. Sul tema si vedano anche le riflessioni di L. ZHANG, *The codification of civil law in China: history, current situation and perspective* cit. 898 ove, in riferimento al contesto sociale e giuridico della Cina imperiale, richiama il mancato sviluppo dello spazio dell'individuo che invece è centrale per il diritto civile di origini romane, precisando, però, (v. nota 11) che oltre al rilevante ruolo dell'individuo il diritto romano ritiene comunque importante, e tutela, l'interesse collettivo. Sul tema giova il richiamo a F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, Giappichelli, 1999, 51 ove si osserva che i tratti di individualismo che possono scorgersi nel diritto roma-

quello comunista non consentiva che dal contatto con l'Occidente di ascendenza romana penetrasse anche quel particolare rilievo del singolo.

Osserva al riguardo Patrick Glenn come nell'orizzonte confuciano si colloca proprio la primazia delle comunità e delle relazioni ed è proprio nell'ottica della prosecuzione e della prosperità di queste che trovano spazio il ruolo e le aspirazioni del singolo, il quale, in quanto pienamente parte della realtà, non viene escluso da tale approccio quanto, piuttosto, viene travolto da esso<sup>97</sup>. La posizione dell'individuo rimane poi al margine – e sostanzialmente scompare nelle fasi di maggiore torsione totalitaria<sup>98</sup> – anche dell'orizzonte comunista, che a fronte di un approccio originario fortemente critico rispetto all'ottica individualistica dei diritti, ha aperto in tempi più recenti – in particolare con i Principi Generali del Diritto Civile – ad una concezione di diritti, anche individualmente definiti, intesi non come preesistenti alla società bensì come derivanti da essa<sup>99</sup>.

Difatti, nei Principi Generali del Diritto Civile (figli di un'epoca di cambiamento<sup>100</sup> e che hanno preceduto il recentissimo Codice civile) è stato dato uno 'spazio codicistico' ai diritti, costituendo ciò una prima manifestazione del valore concordemente riconosciuto al diritto romano, come emerge dal pensiero di Jiang Ping secondo il quale: «L'idea dei diritti deriva dal diritto romano. Essa è l'essenza del diritto civile»<sup>101</sup>. In base all'articolo 5, in particolare, «I diritti e gli interessi civili legittimi dei cittadini e delle persone giuridiche sono protetti dalla legge; nessuna organizzazione od individuo può violarli»<sup>102</sup>.

no vanno comunque a connettersi con l'interesse comune che ha contribuito alla grandezza del destino romano. L'A., inoltre, – riferendosi alla codificazione francese – mette in luce come l'attingere alla cultura giuridica romana avveniva attraverso la lente interpretativa propria dell'orizzonte valoriale dell'epoca dei compilatori, figlia di un contesto sociale ed economico certamente differente rispetto a quello in cui certi principi e norme vennero elaborati, ivi, XVIII-XX.

<sup>97</sup> H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World, sustainable diversity in law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 336.

<sup>98</sup> Per delle puntuali analisi v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 147 ss.

<sup>99</sup> H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World, sustainable diversity in law* cit., 354 ss.

<sup>100</sup> Si consideri, infatti, che tali Principi si collocavano nel solco di quella politica che intendeva «aprire la porta» ai diritti occidentali e all'economia occidentale dopo la morte di Mao Zedong al fine di perseguire la modernizzazione giuridica del paese, nell'attesa dell'approvazione di un più completo Codice civile». Così V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 535. I Principi Generali del Diritto Civile hanno rappresentato, dunque, un passaggio importante di questa epoca di costante evoluzione e di rapidi mutamenti, costituendo un punto di riferimento per quel percorso normativo che è andato progressivamente a strutturare le fattezze del diritto privato cinese prima che si raggiungesse il traguardo della recente codificazione. Su tali aspetti, v. L. CHEN, *Continuity and change: some reflections on the Chinese Civil Code*, in *APLR*, 2021, XXIX, 291.

<sup>101</sup> JIANG PING, *Il diritto romano nella repubblica popolare cinese*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, a cura di L. FORMICHELLA – G. TERRACINA – E. TOTI cit., 6.

<sup>102</sup> Per queste analisi che richiamano il pensiero di Jiang Ping che si pone nel solco di grandi dibattiti dei giuristi cinesi v. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra*

Ampliando però l'angolo visuale, si riesce a cogliere il quadro ideale in cui tale disposizione è collocata, facendo riflettere la mentalità che ne determina poi l'effettiva declinazione pratica.

Difatti, l'articolo successivo, prevede che le attività civili devono essere conformi al diritto, ma, in assenza di previsioni normative sul punto, interviene la politica dello Stato, *rectius*, interviene «la politica del partito come fonte sussidiaria del diritto civile»<sup>103</sup>. In generale, si assiste ad un'ambivalenza per cui, se da un lato si è attinto all'esperienza giuridica europea aprendo così ad istituti civilistici di origine 'borghese', concedendo tutela alle libertà personali (si veda la libera iniziativa economica) e alla proprietà privata (ad eccezione di quella sul suolo), nonché importando elaborazioni dogmatiche di matrice romano-germanica<sup>104</sup>, dall'altro lato, tuttavia, si è registrato «il permanere, in talune aree, dello stile legislativo tradizionale, flessibile e fortemente dirigistico, che si esprime soprattutto in un diffuso utilizzo di clausole generali quali l'interesse pubblico, l'ordine economico sociale o la politica dello stato, nonché in diversi richiami alle finalità politiche e sociali del diritto civile e in un'immutata enfasi sulla proprietà pubblica e sul momento amministrativo»<sup>105</sup>.

I diritti e gli spazi di libertà che in passato hanno subito pesanti costrizioni, progressive limitazioni<sup>106</sup>, fino a giungere ad una totale revoca<sup>107</sup>, hanno quindi in tempi più recenti riacquisito gradualmente uno spazio, fino ad arrivare al Codice civile entrato in vigore il 1° gennaio 2021. Un Codice che, oltre a mostrare le contaminazioni figlie dell'incontro con l'esperienza giuridica occidentale – di matrice romanistica<sup>108</sup> ma anche di *common law*<sup>109</sup> – riflette l'impianto ideologico e valoriale del socialismo cinese che si propone espressamente di promuovere e sviluppare<sup>110</sup>.

*legge e dottrina* cit., 33. Viene, inoltre, richiamato (Ivi, nota 51), per la versione italiana dei *Principi generali del diritto cinese*, R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto in Cina*, Milano, 1989.

<sup>103</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 186.

<sup>104</sup> Vengono, in particolare, richiamate Id., 185 – con la corrispondente trasposizione linguistica – le concettualizzazioni «del negozio giuridico (*falü xingwei*), della personalità giuridica (*fa-ren*) e della rappresentanza (*daili*)».

<sup>105</sup> Per queste analisi e per il testo citato, Id., 185 ss.

<sup>106</sup> Per un'accurata panoramica storica e giuridica sulla Cina maoista, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 132 ss.

<sup>107</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 153.

<sup>108</sup> Per alcune preziose riflessioni sul rapporto tra diritto romano e Codice civile cinese v. S. SCHIPANI, *Via dei Codici civili e Codice civile cinese*, in questa rivista, 41, 2020, 186 ss.

<sup>109</sup> Per delle approfondite analisi sul Codice civile cinese v. D. XU, *Il modello cinese di codificazione civile*, in *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI cit., V-XX.

<sup>110</sup> D. T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 158 ss. Inoltre, sembra significativo richiamare il testo dell'art. 1 (che apre il Titolo I 'Delle regole generali' del Libro I 'Delle disposizioni generali'): «Il presente Codice è emanato in conformità con la Costituzione allo scopo di tutelare i diritti e gli interessi legittimi dei



Essi, infine, vengono pur sempre concepiti nel solco di una peculiare declinazione del rapporto singolo-comunità e si collocano, peraltro, in una cornice costituzionale che riflette la primazia del secondo elemento rispetto al primo.

Ciò, in particolare, è emerso nei tempi correnti, i tempi della grande pandemia, i tempi dell'emergenza.

### 5. *L'emergenza sanitaria in Cina*

Quando con una inarrestabile progressione si è diffuso il contagio di Covid-19 si è inevitabilmente generato uno sconvolgimento delle comunità che in rapida successione sono state colpite.

Al fine di fronteggiare l'emergenza, la reazione che le varie realtà nazionali hanno avuto riflette il proprio retroterra culturale e giuridico. Il modo di porsi rispetto alla crisi sanitaria e di affrontarla risente chiaramente di una specifica *'path dependency'*.

Nel caso della Cina, in particolare, le modalità di intervento e le misure adottare si collocano in una certa consonanza con l'approccio ai diritti tratteggiato poc'anzi. Tale quadro, infatti, si chiarisce ulteriormente se si considera l'orizzonte costituzionale in cui i diritti e le libertà si collocano.

Occorre osservare che l'anello di congiunzione tra reazione all'emergenza, da un lato, e diritti e libertà, dall'altro, è rappresentato dall'art. 51 della Costituzione del 1982, il quale ha costituito quindi la base giuridica delle misure poste in essere dalle autorità cinesi<sup>111</sup>. In base alla norma, infatti, «Nel realizzare le proprie libertà e i propri diritti, i cittadini della Rpc non devono nuocere agli interessi statali, sociali e collettivi, né ai legittimi interessi o alla libertà di altri cittadini», facendo comprendere da ciò l'apprensione del testo costituzionale per una

soggetti di diritto, regolare i rapporti giuridici, mantenere l'ordine sociale ed economico, soddisfare le esigenze di sviluppo del socialismo con caratteristiche cinesi e sviluppare i valori fondamentali del socialismo». Per il testo dell'articolo tradotto in lingua italiana v. *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI, traduzione di M. HUANG, introduzione di D. XU cit. Inoltre, per delle analisi sul Codice civile cinese v. anche R. CABRILLAC, *Le Code civil chinois*, in *Recueil Dalloz* 2020, 2020, 1375 ss. Rispetto all'intelaiatura ideale e valoriale un cui si inserisce il codice e il suo obiettivo di disciplinare i rapporti tra i privati, tutelarne diritti, collocando il tutto nel quadro del socialismo cinese v. S. RUSSO, *Libertés, droits de la personnalité et technologies, Le paradoxe chinois à la lumière du Code civil* cit., 139. Infine, mette in luce M. TIMOTEO, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea* cit., 670-671, come nel corso del lungo itinerario che ha portato alla codificazione, la Cina sia passata da un approccio di 'passiva accettazione dei modelli stranieri' ad una maggiore consapevolezza delle peculiarità che connotano il proprio sistema giuridico e che intende valorizzare. Per tali aspetti v. anche EAD, *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in questa Rivista, 41, 2020, 233 ss.; EAD, *La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali*, in questa Rivista, 39, 2018, 245 ss.

<sup>111</sup> M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative*, in *DPCE online*, II, 2020, 2049 ss.



convergenza degli interessi del singolo con quelli della sfera pubblica. Ciò che, in particolare, viene registrato – nonostante l'enumerazione costituzionale dei diritti e delle libertà e al di là della loro effettività – è che «l'equilibrio tra diritti soggettivi e interessi pubblici è visibilmente sbilanciato a favore di questi ultimi»<sup>112</sup>.

Tale dinamica, per la quale il godimento di libertà e diritti è condizionato all'interesse pubblico nazionale, riflette, anche alla luce delle considerazioni svolte nelle righe precedenti, la preminenza della dimensione collettiva su quella individuale, della società rispetto al singolo, coerentemente con le concezioni confuciane, con la visione socialista sia del diritto che dello Stato e con il patrimonio valoriale asiatico<sup>113</sup>.

Tale norma, peculiare di un sistema socialista come la Cina e che, peraltro, era prevista anche in Unione Sovietica<sup>114</sup>, permette di evidenziare una rilevante differenza con l'esperienza giuridica occidentale. Nelle c.d. democrazie liberali, infatti, nell'ordine genetico si collocano prima i diritti e poi lo Stato, giacché essi gli preesistono, non vengono dallo Stato concessi ma è suo compito riconoscerli e quindi tutelarli. Diversamente, invece, nei regimi cui appartiene la Cina, lo Stato ha la precedenza rispetto ai diritti il cui esercizio dipende dallo Stato che, legittimamente, li concede e ne permette tanto il godimento quanto l'eventuale limitazione o revoca<sup>115</sup>.

Si può così comprendere come le misure d'emergenza abbiano trovato un terreno a loro consono per incidere agevolmente sulla vita della collettività, venendo queste calate in una specificità culturale e giuridica certamente meno restia – in confronto a quella dell'Occidente – rispetto all'adozione (e alla modalità concreta di adozione) di misure per loro natura invasive dello spazio di libertà degli individui. A ciò si aggiunga altresì l'orientamento espresso nei casi guida dalla Suprema Corte cinese da cui emerge la concezione per cui il ruolo delle corti

<sup>112</sup> Per queste analisi ed il testo citato, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 173-174.

<sup>113</sup> M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2049-2050. Sul punto l'A. richiama le analisi di P. PISICCHIO, *Valori confuciani, istituzioni e l'impatto con la pandemia nell'Estremo Oriente*, reperibile al link: <<https://www.comparativecovidlaw.it/asia/>>. Inoltre, descrivendo la reazione al Covid, viene osservato da G. MESSETTI, *La Cina è già qui*, Milano, Mondadori, 2022, 48 che la Cina «non ha mai smesso di essere confuciana. I valori del rispetto della gerarchia e degli anziani, la maggiore importanza data alla società nel suo insieme piuttosto che al singolo individuo, l'accettazione del proprio ruolo sono, da oltre due millenni, l'impalcatura della società cinese, nonostante i grandi cambiamenti che il Paese ha attraversato. L'identità dell'individuo ancora oggi dipende dalle continue relazioni con il gruppo di appartenenza, e il comportamento di un singolo è valutato a seconda di quanto è utile a migliorare l'armonia della società nel suo complesso».

<sup>114</sup> Si tratta, nello specifico, dell'art. 39, comma 2, della Costituzione federale dell'anno 1977 che coincide grandemente con il contenuto del richiamato articolo della Costituzione cinese. M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2050.

<sup>115</sup> M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2050.

nel fronteggiare l'emergenza sanitaria non è solamente quello di garantire i diritti individuali ma anche di fare in modo che la tutela di tali diritti non vada a causare effetti dannosi alla comunità. Accanto al sostegno delle posizioni individuali, quindi, si esprime, allo stesso tempo, una notevole e pragmatica apprensione per l'impatto sociale delle pronunce<sup>116</sup>.

Si consideri, per osservare dei casi specifici concernenti la vita dei privati, la 'libertà' di circolazione. Difatti, come osservato, al ricorrere delle circostanze descritte all'art. 51, la Costituzione consente di realizzare delle limitazioni ai diritti e libertà. In Cina, però, non esisteva, già da prima dell'emergenza, una vera libertà di circolazione che il Covid è andato a mortificare. Così come peraltro non esisteva ai tempi dell'Impero o come non esisteva neanche nella Russia sovietica, nella quale i cittadini afferivano a certe aree rurali o urbane dalle quali potevano spostarsi solo a fronte di un apposito permesso delle autorità dello Stato e registrato nel passaporto interno<sup>117</sup>. Pertanto, salva la possibilità di spostarsi all'interno della zona in cui si è registrati (rurale o urbana), in Cina vi erano già limitazioni agli spostamenti tra aree differenti, frenando così anche le migrazioni interne<sup>118</sup>.

A tale contesto, già improntato a limitazioni negli spostamenti, si è andata ad aggiungere l'adozione di misure restrittive implicanti l'impossibilità di uscire dalle proprie abitazioni e la sospensione di moltissime attività (come poi avverrà in varie misure altrove nel mondo), ma anche prevedendo severe sanzioni per quanti occultassero di aver contratto il virus o si muovessero dalle aree di confinamento rafforzato. Difatti, conformemente a quanto deciso dal Consiglio di Stato, poteva essere comminata una condanna a partire da dieci anni di reclusione e addirittura, in casi di particolare gravità, si poteva arrivare alla pena capitale<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> S. SEPPANEN, *Ideological Responses to the Coronavirus Pandemic: China and its Other*, in *U. Pa. Asian L. Rev.*, XXIV, 2020, 50 ss.

<sup>117</sup> M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2051 ss., 2051 ss. Osserva, nello specifico, l'A., a nota 15. che «[l']art. 55 della Costituzione sovietica del 1977 prevedeva la libertà di domicilio, intesa però come inviolabilità ma non libera fissazione del medesimo. L'intento principale era prevenire l'urbanesimo (non diversamente nella Russia zarista [...])».

<sup>118</sup> M. MAZZA, *Cina e Asia orientale di fronte alla sfida del Coronavirus*, in *DPCE online*, III, 2020, 4312.

<sup>119</sup> M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2057 ss. Ciò, precisa l'A., era stato deciso dal Consiglio di Stato «con deliberazione del 15 febbraio 2020 (sulla scia delle linee guida adottate congiuntamente da Corte suprema popolare, Procura suprema popolare, ministero della Sicurezza pubblica e ministero della Giustizia il 10 febbraio 2020)», Ivi, 2057. In particolare, il primo caso registrato in Cina, nel quale si è eseguita una pena di morte per un reato collegato alla crisi sanitaria, risale al 9 luglio 2020 in forza di una sentenza della Corte popolare intermedia della Prefettura autonoma *hani e yi* di *Honghe* (Provincia di Yunnan) datata 1° marzo 2020 e che ha visto poi la conferma dell'Alta Corte Popolare della Provincia di Yunnan (il successivo 30 marzo). Nel caso di specie il soggetto, poi condannato, circolando in auto mentre vigeva il lockdown, tentò di sottrarsi ad un posto di blocco colpendo fatalmente con un fendente due agenti di polizia. Nella sentenza viene riportato il pentimento espresso dal condannato e la sua descrizione del proprio stato emotivo ai tempi del fatto, esprimendo il terrore che provava di fronte

Un altro aspetto che pare opportuno considerare è quello riguardante la *privacy* ed il suo conflittuale rapporto con l'emergenza. Anche su questo fronte è emersa la prevalenza dell'interesse pubblico su quello della riservatezza del singolo. Come noto, uno strumentario che ha visto un ampio utilizzo nel fronteggiare la sfida pandemica è certamente costituito dalle nuove ed avanzate tecnologie. Infatti, dall'inizio della pandemia il governo cinese ha provveduto alla predisposizione di una specifica applicazione che utilizza i dati immessi dagli utenti ed i *big data* attinenti alla diffusione del virus di cui dispongono le autorità sanitarie cinesi. In particolare, essa attribuisce a ciascun cittadino uno specifico colore (verde, giallo o rosso) a seconda del grado di 'pericolosità' di questo, determinato dallo stato di salute, consentendo o precludendo, di conseguenza, l'accesso alla dimensione pubblica<sup>120</sup>. Le informazioni della applicazione sulle condizioni di salute (in particolare la temperatura) vanno aggiornate quotidianamente per mantenere la propria condizione di utente verde, la quale consente il più ampio livello di libertà di movimento e di godimento degli spazi pubblici. Laddove invece non si utilizzi l'applicazione si genera una sorta di 'presunzione di pericolosità sanitaria', per cui «il soggetto è considerato ipso facto e de iure, un 'codice rosso'»<sup>121</sup>.

Se in un contesto ordinario la Cina si caratterizzava già per una tipica prevalenza della dimensione pubblica su quella privata, con lo stato di emergenza – così come accade ed è accaduto, in diversi modi e con varie proporzioni, anche altrove nel corso del tempo – le prerogative del potere si sono notevolmente ampliate. Non stupisce dunque la forte vicinanza che viene registrata tra controllo sanitario e controllo sociale. Difatti, la raccolta delle informazioni e dei dati inerenti ai cittadini da parte delle autorità sanitarie si è caratterizzata per un non trascurabile collegamento con le autorità di polizia, alle quali, infatti, quei dati vengono trasmessi, rendendo così possibile realizzare, per il tramite del tracciamento del virus, un puntuale monitoraggio dei movimenti della popolazione<sup>122</sup>. Il pericolo, chiaramente, è che tali misure emergenziali, che hanno consentito alla

all'idea di venire costretto al ricovero in una struttura sanitaria dove sarebbe stato esposto al pericolo di esser letalmente contagiato dal virus. Per questa pronuncia v. <<https://www.comparativecovidlaw.it/2020/10/04/corte-popolare-intermedia-della-prefettura-autonoma-hani-e-yi-di-honghe-nella-provincia-di-yunnan-1-marzo-2020/>>

<sup>120</sup> Sul punto v. M. CARDONE – M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in *Nomos*, I, 2020, 12; M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2061 ss.; ID, *Cina e Asia orientale di fronte alla sfida del Coronavirus* cit., 4310 ss.

<sup>121</sup> M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2062 ss.

<sup>122</sup> ID. Osserva inoltre l'A. che tale invasione di campo causata dalla pandemia non si limita all'uso della apposita applicazione di tracciamento ma è avvenuta anche attraverso altri strumenti come l'utilizzo di telecamere che individuano quanti sono sprovvisti di mascherina o presentano una temperatura corporea febbrile, oppure attraverso un ampio ricorso ai droni.

sfera pubblica di accedere nel terreno dei privati e di acquisirne grande contezza, possano poi valicare il confine dell'eccezionalità<sup>123</sup>.

Il quadro, inoltre, si infittisce se si considera il sopraggiungere del Codice civile, la cui novità invita a prestare attenzione sulle future declinazioni del rapporto individuo-Stato, anche in tema di *privacy*. All'interno del Libro IV 'Dei diritti della personalità' è collocato il Titolo VI 'Dei diritti alla riservatezza e alla protezione delle informazioni personali', in cui l'art. 1033, in particolare, fa divieto ad organizzazioni o singoli di violare la riservatezza con i mezzi indicati nella norma o anche con altri non espressamente elencati, salvo, però, che la legge disponga diversamente o che il titolare del diritto esprima il consenso<sup>124</sup>.

Infine, le stringenti misure adottate dal governo cinese, che hanno implicato forti limitazioni alle libertà personali e notevoli compressioni dei diritti con un tipo di bilanciamento che all'osservatore occidentale appare come notevolmente lontano dai propri canoni, si pongono in consonanza con un preciso 'contratto sociale'. Difatti, tale accordo intercorrente tra «PCC e popolazione che regge il Celeste Impero è infatti semplice: benessere e stabilità in cambio della rinuncia ad alcune libertà»<sup>125</sup>. L'accettazione, dunque, della limitazione di spazi di libertà e del diffuso controllo sulle esistenze di ciascuno vengono percepiti come funzionali al raggiungimento dell'obiettivo comune: la fine dell'emergenza. Chiaramente, però, in tale contesto viene giocata una partita importante per il potere giacché tale meccanismo funziona se alla rinuncia dei singoli fa seguito la effettiva realizzazione del benessere promesso. Il superamento della crisi pandemica ha rappresentato dunque un pericoloso banco di prova per il potere centrale<sup>126</sup>, come spesso avviene durante le emergenze.

<sup>123</sup> ID; M. CARDONE – M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto* cit., 13.

<sup>124</sup> Per la versione italiana del testo del Codice civile cinese v. *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, traduzione di MEILING HUANG, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI, introduzione di DIYU XU cit. Per un'analisi sul Codice civile nell'era dell'avanzamento tecnologico, anche con riguardo agli aspetti della riservatezza, v. D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 161 ss.; nonché S. RUSSO, *Libertés, droits de la personnalité et technologies, Le paradoxe chinois à la lumière du Code civil* cit., 133 ss.; con particolare riferimento al Libro del Codice sui diritti della personalità cfr. W. LIMING, *Il Libro del Codice civile cinese sui diritti della personalità. Punti salienti e innovazioni*, in questa Rivista, 41, 2020, 73 ss. e R. CABRILLAC, *Le Code civil chinois* cit., § 14. In tema di privacy v. anche R. FATIGUSO, *Così adesso Pechino regola la privacy dei cinesi*, in *Sole 24 Ore*, 17 agosto 2021, reperibile al link: <<https://www.ilsole24ore.com/art/cosi-pechino-adesso-regolamenta-anche-privacy-cinesi-AECY2Gd>>.

<sup>125</sup> G. MESSETTI, *Nella testa del Dragone, Identità e ambizioni della Nuova Cina*, Milano, Mondadori, 2020, 180.

<sup>126</sup> Per delle osservazioni su tali aspetti v. G. MESSETTI, *Nella testa del Dragone, Identità e ambizioni della Nuova Cina* cit., 180 ss.; V. CORALLUZZO, *L'impatto della pandemia di Covid-19 sulla politica interna e sulle ambizioni globali della Cina*, in *Dopo, Come la pandemia può cambiare la po-*

## 6. *L'emergenza sanitaria in Occidente*

Per registrare un primo commento alla luce del quadro che si è tentato di ricostruire nelle riflessioni che sono state fin qui svolte, si potrebbe osservare un duplice moto dei sistemi.

Da un lato vi è la Cina che si è aperta gradualmente al mercato, che ha guardato nel corso del tempo verso l'Occidente, e che si è anche ad esso avvicinata, attingendo alla sua esperienza giuridica, in particolare a quella del diritto civile romano, e ha così ri-organizzato il proprio patrimonio giuridico attraverso l'architettura codicistica di provenienza europea. Con il sopraggiungere dell'emergenza essa ha rafforzato il ruolo già di per sé preminente dello Stato operando in consonanza col proprio piano valoriale tanto confuciano quanto socialista in una prevalenza della dimensione (e della sicurezza) della comunità rispetto alle prerogative dei singoli.

Dall'altro lato vi è, in generale, l'area occidentale che, colpita dalla pandemia, si è trovata costretta ad assumere misure extra-ordinarie, per loro natura non in consonanza con un approccio culturale che riconosce tradizionalmente ampio spazio e rilievo alla singola persona i cui diritti e libertà preesistono allo Stato. Tali misure limitative, dunque, sono sembrate far tendere molti Stati occidentali verso un modello loro estraneo, quello in cui lo Stato, custode della comunità, definisce ed attribuisce ai singoli spazi di libertà che altrimenti non gli apparterebbero.

In questi casi, in cui il potere centrale sottrae terreno alla dimensione privata, sorgono chiaramente timori e perplessità. Pare tuttavia interessante osservare come, nonostante una prima fase che è stata fortemente limitativa e sofferta in molte realtà, come quella italiana, siano però anche rintracciabili delle peculiarità ed una *path dependency* che ha declinato in modo differente il complesso percorso di gestione della crisi e verso la auspicata soluzione e ripresa.

## 7. (segue): *Il caso degli USA*

Viste le brevi considerazioni svolte in apertura circa la storica centralità del valore della libertà nel nuovo mondo, non si può non soffermare l'attenzione per qualche istante sul trauma causato dalla collisione tra l'emergenza e l'indole libertaria statunitense.

Come osservato *supra* il complicato rapporto tra Stati e Federazione venne a tradursi nell'attribuzione, da parte della Costituzione, di una serie di materie al

*litica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, a cura di A. CAMPI, Rubettino Editore, 2020, 253, reperibile alla pagina web <<https://www.comparativecovidlaw.it/china/>>; per un ritratto del progressivo rafforzarsi della Cina pre-pandemia nel contesto globale v. C. BASTASIN, *Viaggio al termine dell'Occidente, La divergenza secolare e l'ascesa del nazionalismo*, Roma, Luiss University Press, 2019, 73-74.

Congresso lasciando, invece, il resto alla competenza dei singoli Stati. Nell'enumerazione di queste materie non rientrano espressamente i *'police powers'* necessari a fronteggiare l'emergenza<sup>127</sup>.

Difatti, sul fronte della compressione dei diritti conseguente alle misure di contenimento dell'epidemia si evidenzia proprio tale rapporto Stati-Federazione. Nel concreto questo si traduce in un mosaico di diverse interpretazioni del bilanciamento tra emergenza e diritti.

È quindi presso gli Stati che si sono disposte le misure più limitative per le libertà dei cittadini proprio in virtù della titolarità di residuali e consistenti competenze attinenti alla gestione del contesto emergenziale. Il ruolo della Federazione, invece, è rimasto limitato ad una attività, comunque rilevante, volta a coordinare il quadro complessivo, senza tuttavia potersi imporre agli stati<sup>128</sup>. Essa, pertanto, si è limitata ad influenzare e tentare così di indirizzare le scelte locali attraverso strumenti non cogenti o usando la leva della distribuzione dei fondi, fermo restando, però, lo spazio di manovra dei singoli Stati in sede di attuazione delle linee guida centrali<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Sul punto si vedano le analisi di F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in *L'emergenza sanitaria COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno I Fascicolo speciale monografico, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, (a cura di) R. TARCHI, 2020, II, 36, ove l'A. osserva che «[n]ell'ordinamento degli Stati Uniti manca un esplicito fondamento costituzionale per l'esercizio di poteri di emergenza da parte del governo federale, dovendo a questo proposito farsi riferimento ad un'interpretazione estensiva di vari articoli della Costituzione (es. art. I, sezz. 8 e 9, co. 3; art. II, sezz. 2; art. IV, sezz. 4). Il ruolo normativo predominante è perciò svolto dalla legge ordinaria, in particolare dal *National Emergencies Act* del 1976 ai sensi del quale il Presidente è legittimato a dichiarare un'emergenza nazionale attraverso una *proclamation* trasmessa al Congresso che indichi i poteri di matrice legislativa che intende esercitare per la durata dell'emergenza (annuale ma rinnovabile), sotto il controllo del Congresso stesso che può in ogni tempo dichiarare conclusa l'emergenza»; viene inoltre messo in luce da T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution*, in *Covid-19 and Constitutional Law. Covid-19 et Droit Constitutionnel*, coordinato da J.M. SERNA DE LA GARZA, Città del Messico, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 70, che l'assenza di disposizioni in merito alle emergenze nazionali è legata al timore nutrito dai padri fondatori rispetto all'eventuale rafforzamento del potere che il governo avrebbe potuto realizzare approfittando del contesto emergenziale attraverso le norme che gli avrebbero attribuito poteri d'emergenza; osserva, infine, J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19*, New Haven-London, Yale University Press, 4 ss., che «In the absence of a federal police power, and without federal political will to act through the commerce or spending powers, legal measures in the United States to stop the spread of contagion have mostly been the product of state law».

<sup>128</sup> F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato* cit., 47, ove mettendo in luce il ruolo preponderante degli Stati nell'affrontare l'emergenza osserva che, invece, «lo Stato federale ha un ruolo importante di direzione e coordinamento, ma non possiede strumenti legali coercitivi nei confronti degli Stati».

<sup>129</sup> F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 45.

Difatti, si è assistito sia a delle limitazioni alla libertà di circolare nel territorio che a quella di riunirsi (consacrata nel I Emendamento) disposte dalla quasi totalità degli Stati, in autonomia o in consonanza con l'indirizzo del governo di Washington.

Tali restrizioni hanno dunque impedito ai cittadini di spostarsi dalle abitazioni se non per lo svolgimento di talune attività (come effettuare acquisti, per necessità sanitarie, o in virtù di certe professioni essenziali per la comunità) purché sempre nel rispetto del distanziamento interpersonale e con l'uso delle mascherine. La libertà di circolazione, inoltre, è stata chiaramente limitata (oltre che al loro interno) anche *tra* gli Stati, impedendo gli spostamenti transfrontalieri o disponendo quarantene a fronte di appositi controlli effettuati lungo i confini<sup>130</sup>, tra i quali spicca il 'filtro' effettuato dal Rhode Island in base alla targa del veicolo<sup>131</sup>.

Anche la possibilità di riunirsi liberamente ha visto – come accennato – una notevole compressione giungendo ad un totale impedimento in quasi tutti gli Stati oppure, in altri, ad una limitazione del numero dei partecipanti (come nel caso dell'Arizona o del New Hampshire) e/o a seconda che si trattasse di un luogo pubblico o meno<sup>132</sup>.

È evidente come tali restrizioni hanno quindi impattato con una molteplicità di spazi di libertà della vita dei privati: dall'attività d'impresa<sup>133</sup> all'istruzione, fino alla libertà di culto<sup>134</sup>.

A questo punto sembra utile richiamare la modellistica delineata da John Fabian Witt nell'opera *'American Contagions, Epidemics and the Law from Smallpox to COVID-19'* attraverso un'analisi del rapporto tra i diritti e le libertà dei singoli, da un lato, e le misure per contrastare le epidemie, dall'altro<sup>135</sup>. Le scelte,

<sup>130</sup> F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 42.

<sup>131</sup> Nel Rhode Island, in particolare, il Governatore aveva disposto di fermare tutte le vetture con targa newyorkese. Sul punto v. T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution* cit., 70, che riporta tale caso come esempio di «certain state laws that discriminated against out-of-state travelers». Su questa vicenda v. anche J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 61 ss.

<sup>132</sup> F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 42, v. in particolare la nota 93.

<sup>133</sup> Sul tema v. anche R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *L'emergenza sanitaria COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno I Fascicolo speciale monografico, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, a cura di R. TARCHI, 2020, II, 18; F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 43.

<sup>134</sup> Per ulteriori analisi sul punto v. F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 42 ss.; nonché J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 113 ss. per quanto, più specificamente attiene alle limitazioni alla libertà di culto v. R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano* cit., 18 e T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution* cit., 70-72.

<sup>135</sup> Sul punto illuminanti sono le analisi che sorreggono la modellistica offerta da J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit.



infatti, di volta in volta adottate dai decisori politici nel corso del tempo tendono a ricadere, a seconda del punto di equilibrio individuato, all'interno di uno dei due grandi modelli: «*quarantinist states*» e «*sanitationist states*».

Al fine di addentrare le nostre riflessioni nella modellistica tratteggiata dallo studioso di Yale occorre partire dal presupposto che l'interazione è anzitutto «*infectious disease*» – «*law*» e più in generale attiene al modo in cui tali patologie interagiscono con la società umana (per lungo tempo oggetto di studio degli storici della scienza e della medicina)<sup>136</sup>.

Una lettura del fenomeno, che potremmo riassumere con l'espressione «*epidemics make the state*»<sup>137</sup>, tende a riconoscere che le malattie, costringendo il mondo a contrattaccare ad esse, siano in grado di determinare il cambiamento, sollecitando, così, nuovi modelli e nuove soluzioni.

Un'opposta lettura ritiene, invece, che «*politics makes epidemics*»<sup>138</sup>, ed è quindi la realtà per come essa è strutturata dal punto di vista sociale e giuridico a determinare tanto i modi in cui sorgono le epidemie e le vie attraverso le quali esse si diffondono, quanto le concrete modalità con cui affrontarle.

Come spesso accade, però, la 'verità' – suggerisce lo studioso – è nel mezzo ed osserva che «*[n]ew germs help make new laws and institutions, yet old ways of doing things shape the course of epidemics and the ways in which we respond to them*»<sup>139</sup>.

In particolare, il rapporto epidemia-società, visto in questa ottica mediana, ha fatto riscontrare che gli Stati moderni hanno mostrato l'inclinazione a reagire a tali congiunture sanitarie seguendo o la via del c.d. «*sanitationism*» o del «*quarantinism*» o entrambe le vie<sup>140</sup>.

Quanto al primo approccio, occorre considerare che, per quanto meno radicale e più accorto del secondo, esso tende comunque a limitare le libertà dei singoli sfumando così i contorni del mito per il quale negli Stati Uniti queste si fossero costantemente fatte prevalere, sempre e comunque, rispetto alla dimensione solidaristica. Invero, al fine di contrastare le epidemie che nel corso della storia si sono presentate<sup>141</sup> fu avvertita la necessità di ricorrere all'esercizio dell'autorità statale con una compressione delle libertà dei singoli nell'ottica del raggiungimento della più efficace protezione della salute pubblica che talvolta rappresentò,

<sup>136</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 5 ss.

<sup>137</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 6.

<sup>138</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit.

<sup>139</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 7.

<sup>140</sup> Per queste analisi v. *ivi*, 6-9 e, per un primo quadro generale sulla risposta da parte dei diversi sistemi giuridici, *si vis* G. SCARCHILLO, *Come le pandemie cambiano il diritto attraverso le lenti del comparatista*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 1/2023, 17 ss.

<sup>141</sup> Per una scansione temporale delle patologie che si sono susseguite nella storia degli Stati Uniti (e che hanno sovente anche avuto portata mondiale) v. F. CLEMENTI, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE Online*, II, 2020, 1875, nt. 1.



tuttavia, anche la congiuntura in occasione della quale si ebbe a determinare un generale miglioramento delle condizioni di vita delle fasce sociali più indigenti<sup>142</sup>.

La storia statunitense è, infatti, costellata di epidemie, le quali hanno costantemente fatto sorgere sia il 'drammatico dilemma' libertà-salute sia l'annosa questione del rapporto tra Stati e potere centrale. Questa si evidenzia in particolare sin dagli inizi, allorquando – anche a causa dei «*weak Articles of Confederation*» – gli interventi normativi in materia erano di matrice statale mancando invece il governo centrale del potere necessario ad intervenire. Tale situazione non sarebbe poi di molto cambiata (quantomeno in questo ambito) con la ratifica della Costituzione nel 1788<sup>143</sup>.

Dal canto loro le Corti sostennero le differenti misure di limitazione delle libertà che nel tempo vennero adottate sia dalle autorità statali che da quella federale, nei limiti però delle rispettive competenze ma con i consueti tentativi di ampliamento della seconda<sup>144</sup>.

L'attenzione per il tema della salute pubblica (oltre alla sua rilevanza pratica) portò nel XIX secolo allo sviluppo di un filone giuridico noto come «*the jurisprudence of hygiene*» o «*sanitary jurisprudence*» il quale, alimentando ampi dibattiti, indusse spesso a considerare che – in ragione di un principio di solidarietà ed interdipendenza – fosse opportuno realizzare un miglioramento nelle condizioni di vita dei più indigenti, così da evitare che queste continuassero ad agevolare l'insorgenza e la trasmissione delle infezioni.

Sulla scia, inoltre, delle posizioni espresse dal Chief Justice John Marshall dalla Corte Suprema e da Lemuel Shaw dalla Supreme Judicial Court del Massachusetts<sup>145</sup>, emerse, in particolare, la visione di John Billings<sup>146</sup>, quale sostenitore di tale *jurisprudence* e precursore di un «*progressive sanitationism*». Per il chirurgo e docente di *law of hygiene* occorre un impegno collettivo per il bene collettivo e, siccome i singoli potevano ben poco dinanzi alle sfide sanitarie, occorre che fosse lo Stato – così come face-

<sup>142</sup> Per questo primo ritratto del 'sanitationism' v. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 13.

<sup>143</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 16 ss.

<sup>144</sup> Su tale aspetto si vedano Ivi, 21-26 le interessanti analisi circa gli interventi delle Corti che toccano aspetti sanitari, ove vengono richiamati i casi *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824); *Commonwealth v. Alger*, 61 Mass. 53, (1851); *Brick Presbyterian Church v. Mayor of New York*, 5 Cow 538 (N.Y. Sup. Ct. 1826); *Coates v. Mayor of New York*, 7 Cow 585 (N.Y. Sup. Ct. 1927); *Van Wormer v. Mayor of Albany*, 15 Wend. 262 (N.Y. 1836); *Metropolitan Board of Health v. Heinsner*, 37 N.Y. 661 (1868).

<sup>145</sup> L'A. richiama, in particolare, il pensiero di John Marshall quale Chief Justice della U.S. Supreme Court per come era emerso dal caso *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 79 (1824) e del Chief Judge Lemuel Shaw della Supreme Judicial Court del Massachusetts con riferimento al caso *Commonwealth v. Alger*, 61 Mass. 53, 86 (1851) (Shaw C.J.).

<sup>146</sup> Il riferimento è all'opera di J.S. BILLINGS, *Jurisprudence of Hygiene*, in *A Treatise on Hygiene and Public Health*, 1879, richiamata dall'A. (v. nt. 34).

va per tutelare la libertà e la proprietà – a prendersi cura della salute pubblica. Potendo ciò anche implicare, di conseguenza, che proprio la libertà o la proprietà vedessero delle limitazioni dinanzi alle urgenze della salute pubblica. In tale prospettiva, dunque, vista l'incapacità dei singoli di provvedere ciascuno alla sicurezza collettiva, tutti vanno ad essere in balia della protezione dello Stato, il quale agisce per preservare la collettività anche sacrificando la dimensione individuale e, chiaramente, i relativi diritti <sup>147</sup>.

Anche la libertaria America, dunque, ebbe ad accarezzare di tanto in tanto il fascino del Leviatano al cospetto del quale la salvezza diviene la *consideration* delle libertà in quel contratto figlio di un irrisolto dilemma dell'umano <sup>148</sup>.

Nell'ottica, dunque, di un intervento dello Stato volto a migliorare le condizioni di quelle che venivano concepite come «*dangerous classes*», si registrarono, nella seconda metà del XIX secolo, una molteplicità di interventi che andavano dall'urbanistica alla salute degli infanti <sup>149</sup>, unitamente ad un certo attivismo di movimenti dediti alla sensibilizzazione circa le condizioni dei lavoratori ed alla

<sup>147</sup> Per questi aspetti J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 26 ss.

<sup>148</sup> Sia consentito svolgere a margine una digressione volta a mettere in luce quanto questo scambio sia una delle vie che l'uomo trova dinanzi a sé sul suo cammino (talvolta in senso letterale), come ciò abbia da sempre costituito una possibile declinazione dell'esistenza umana e, infine, come gli usi testimonino proprio l'eventualità di questa scelta. Se si guarda, in particolare, alla materia dell'«ospitalità gratuita» lungo gli antichi cammini, si può osservare che essa presentava degli elementi ricorrenti nello spazio, cioè presso differenti culture, e nel tempo (oltre chiaramente a degli elementi peculiari di differenziazione). Difatti, tanto nel contesto indogermanico, quanto in quello paleogreco così come in quello paleoromano si usava garantire all'ospite riparo notturno e, in taluni casi, anche del cibo. Ospitare il viandante che bussava alla porta costituiva sostanzialmente un dovere incentrato sulla protezione da garantire a costi. A seconda dei casi, si traduceva nel saluto al momento in cui lo si accoglieva, nel brindisi, nella lavanda dei piedi o delle mani, nella condivisione del pasto, nonché nella messa a disposizione di vesti pulite, del luogo per lavarsi e per il riposo, fino – talvolta – nella possibilità di trascorrere la permanenza notturna con una delle donne di quella casa. Ospitalità di tal fatta era in uso in diversi angoli della terra. Occorre però precisare che, all'incirca ovunque, la cura e la protezione che ne derivava – salvo casi eccezionali – era circoscritta a massimo tre notti (o giorni). Se ne ha testimonianza all'interno del *Miles Gloriosus* di Plauto ove viene apostrofato come «*odiosus*» colui che si trattiene per più di tale limite temporale che, peraltro, ricorre altresì presso i popoli islamici e tra i Germani. Una norma (con diverse versioni) del patrimonio giuridico di questi ultimi, in particolare, diceva «Per due giorni ospite, a partire dal terzo domestico». Tale formula, dunque, da conto «di come una sosta troppo prolungata potesse trasformarsi per l'ospite in un legame di dipendenza dal padrone di casa, nella perdita della libertà». Per queste analisi e per il testo citato v. H.C. PEYER, *Viaggiare nel Medioevo, Dall'ospitalità alla locanda*, Roma-Bari, Edizioni Laterza, 1997, 8 ss. Tale riflessione su questo specifico tema ci offre l'immagine di come il realizzarsi del sinallagma tra libertà e protezione è, lungo il selciato delle esperienze sociali e giuridiche della storia dell'uomo, sempre presente come una possibile soluzione. E di ciò gli usi, come manifestazione giuridica più immediatamente connessa con l'umano, ne offrono una chiara testimonianza presso varie comunità.

<sup>149</sup> Si tratta, in particolare, dell'adozione nel 1867 di una nuova disciplina per le abitazioni popolari concepita per incrementare gli standard abitativi di New York, cui fecero seguito ulteriori riforme progressiste agli inizi del XX secolo. A ciò si aggiungano anche interventi volti a fornire

tutela della sicurezza dei consumatori nonché a preservare la salute della popolazione migrante<sup>150</sup>.

Se tali prospettive aprirono la strada a molteplici interventi pubblici tesi a migliorare le vite delle fasce sociali più povere nell'interesse della comunità<sup>151</sup>, a Londra si era invece andata sviluppando nella prima metà del XIX secolo un'altra lettura della *jurisprudence of hygiene* (poi approdata in alcuni casi anche negli Stati Uniti), per la quale occorreva far leva più sulla responsabilità individuale che su quella sociale, nell'ottica della salvaguardia della produttività dell'industria inglese e della sicurezza delle classi più abbienti. Tale approccio veniva promosso dal riformatore di area conservatrice Edwin Chadwick, il quale, in uno report del 1842<sup>152</sup>, sosteneva che proprio attraverso un miglioramento delle condizioni igieniche generali<sup>153</sup> si potesse garantire, da un lato, una riduzione dei costi necessari a soccorrere i più indigenti e, dall'altro, generare un incremento dell'offerta di manodopera per l'industria<sup>154</sup>.

Si delinearono così due declinazioni pratiche del *sanitationism* che, nel corso del XIX e del XX secolo, tendevano a fronteggiarsi: una progressista ed una conservatrice. Entrambe – benché con prospettive differenti – miravano, tuttavia, a preservare la salute degli indigenti e dei lavoratori.

Secondo Witt queste erano entrambe «*forms of liberal politics*», e l'Ordinamento statunitense si dimostrava parimenti adeguato a realizzare tali differenti versioni del *sanitationism* ottocentesco attraverso degli interventi calibrati, a livello

latte sano e vaccini contro il vaiolo e la difterite ai bambini. V. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 28 ss.

<sup>150</sup> È il caso, circa i consumatori, della *National Consumer League* che volse l'attenzione alle condizioni di lavoratori, la cui insalubrità poteva mettere a rischio i consumatori della classe media quali acquirenti dei beni da questi prodotti. La lotta alla tubercolosi ed altre malattie infettive diffuse presso le comunità migranti fu, invece, la *mission* della Visiting Nurse Service. V. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 29. Sull'aspetto da ultimo richiamato, viene osservato nel saggio di F. RAMPINI, *Oriente e Occidente, Massa e Individuo*, Torino, Einaudi, 2020, 222, che «La ricorrenza di pandemie negli Stati Uniti dell'Ottocento contribuisce alle legislazioni restrittive sull'immigrazione: vengono prese di mira singole etnie, in particolare la cinese».

<sup>151</sup> Per delle riflessioni sul rapporto tra corpo fisico e quello politico e sociale, nonché sulla percezione dell'indigente nell'ottica di preservare la collettività dal contagio si vedano le analisi di F. SERPICO, *Corpi infetti, paura e controllo sociale ai tempi del covid-19*, in G. PALMIERI, *Oltre la pandemia, Società, salute, economia e regole nell'era del post Covid-19* (a cura di) I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 547-448.

<sup>152</sup> E. CHADWICK, *Report on the Sanitary Condition of the Labouring population of Great Britain*, 1842.

<sup>153</sup> L'A. nel descrivere le analisi di quel Report, fa riferimento in particolare al ruolo che un miglioramento dei servizi igienico-sanitari, idrici e fognari avrebbe potuto giocare rispetto alla salute della popolazione e con ciò, nella prospettiva di Chadwick, rispetto alla produttività.

<sup>154</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 30-31.

statale, in base alle circostanze specifiche delle diverse realtà locali, considerando, invece, che residuava un limitato spazio di intervento per il governo federale<sup>155</sup>.

L'altra via attraverso la quale orientare la reazione alle crisi sanitarie passa sotto l'evocativa denominazione di «*Quarantinism*».

Questa strategia risulta connotata da un maggiore tasso di rigidità delle autorità, le quali sono meno disposte a scendere a compromessi con le esigenze di tutela dei diritti e delle libertà indirizzandosi, invece, verso una preponderanza del controllo sui singoli in nome di un efficiente risultato a beneficio della comunità. Pertanto, nell'esperienza giuridica statunitense in fatto di epidemie accanto all'approccio '*liberal sanitationist*', appena osservato, ebbe a svilupparsi quello '*quarantinist*' non meno importante storicamente<sup>156</sup> ma anche connotato da un alto potenziale di degenerazione.

Difatti, la predisposizione di quarantene e controlli, rafforzati da sanzioni penali a carico dei trasgressori, che – sin dall'esperienza coloniale – vennero predisposti presso i porti e che inevitabilmente incisero molto sul normale svolgimento delle varie attività, furono spesso caratterizzati da marcate tinte di discriminazione<sup>157</sup>.

In generale, molti sono stati i casi in cui il panico – così come il 'sonno della ragione', per dirla con Goya – ha generato 'mostri'.

Viene osservato da Witt che le autorità di salute pubblica sovente presero di mira varie minoranze nell'applicare le misure di sicurezza<sup>158</sup>.

Tra questi esempi di delirio e discriminazione si può richiamare quando nel 1793, allorché gli Stati Uniti vennero colpiti dalla febbre gialla, emerse la c.d. «*Black immunity*» cioè la narrazione che asseriva che la comunità nera fosse immune alla malattia, così da poter essere impiegata per quei lavori che altrimenti sarebbero rimasti incompiuti mentre il resto della popolazione rimaneva in isolamento<sup>159</sup>. Si consideri anche che, a tale proposito, si è parlato di '*immunocapi-*

<sup>155</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 32-33.

<sup>156</sup> Per delle analisi in chiave storica circa i rigidi sistemi predisposti anche nel contesto italiano per far fronte alle epidemie del passato v. E. NOVI CHAVARRA, *Epidemie, Pandemia e Disaster Studies. Note per un'altra narrazione dell'emergenza*, in G. PALMIERI, *Oltre la pandemia, Società, salute, economia e regole nell'era del post Covid-19* (a cura di), I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 569 ss.

<sup>157</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 36 ss.

<sup>158</sup> Come, ad esempio, venne lamentato dai cattolici irlandesi nel XIX secolo, ivi, 39.

<sup>159</sup> Sullo spopolamento di Philadelphia (la capitale del tempo) per effetto dell'epidemia e dell'isolamento si sofferma F. RAMPINI, *Oriente e Occidente, Massa e Individuo* cit., 222: «[N]el 1793 una pandemia di febbre gialla arriva in America dall'Africa sulle navi degli schiavisti, trasmessa dalla zanzara *Aedes Aegypti* e con tasso di mortalità del cinquanta per cento. Stermina un decimo della popolazione di Philadelphia, allora capitale degli Stati Uniti. Costringe alla fuga in campagna il presidente George Washington, il suo governo e l'intero Congresso, contribuendo a im-

*tal'*<sup>160</sup> come incremento di valore di cui godeva il proprietario dello schiavo per la raggiunta immunità<sup>161</sup>.

Un altro caso che fa ulteriormente riflettere è quello verificatosi a Los Angeles nel 1924 quando, siccome tra i morti di peste bubbonica molti erano di origine messicana, l'intervento si concentrò proprio su tale comunità attraverso la demolizione di edifici reputati insalubri senza però far corrispondere a costoro alcuna forma di compensazione, giacché quell'intervento veniva motivato dal pericolo che proveniva proprio da quelle costruzioni<sup>162</sup>.

Oppure, guardando a tempi più prossimi ad i nostri, si consideri la piaga dell'AIDS in cui la paura incrociò il pregiudizio impedendo ai decisori politici di 'formare' i giovani sullo 'scabroso' tema della sessualità nell'ottica di una prevenzione volta a frenare il contagio. Anzi talvolta vennero anche avanzate proposte indirizzate a realizzare delle limitazioni di libertà per quanti fossero stati esposti alla malattia o l'avessero contratta. L'approccio marcatamente *quarantinist*, che andava assumendo delle venature anche repressive vista la sovrapposizione della temuta patologia alla tematica scottante dell'amore omosessuale<sup>163</sup>, fece sorgere dei dubbi circa la sua reale efficacia. Difatti, veniva osservato che tale approccio, portando a ghetizzare e disincentivando l'emersione dei casi, scontava una maggiore difficoltà nella loro individuazione, nella cura ma anche nella prevenzione<sup>164</sup>.

primere nella giovane classe dirigente della nuova nazione un radicato pregiudizio a favore del modello rurale e contro i «miasmi» delle città». Sull'impatto della febbre gialla, il rifugiarsi in campagna e sul conseguente impiego della popolazione afroamericana nei lavori da svolgere e quindi sulla «Black immunity» v. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 37 ss.

<sup>160</sup> Il concetto di '*immunocapital*', precisa l'A. (v. nt. 5 di p. 39), viene ripreso dalle analisi di K. OLIVARIUS, *Immunity, Capital, and Power in Antebellum New Orleans*, in *American Historical Review*, CXXIV, 2019, 425 ss.

<sup>161</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 38 ss.

<sup>162</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 43-44. Un altro esempio è costituito dalle rigide misure disposte nei confronti della comunità cinese con lo scoppio della peste bubbonica di cui si dà conto nel saggio di F. RAMPINI, *Oriente e Occidente, Massa e Individuo* cit., 219, ove l'A., riferendosi al dilagare della patologia, scrive: «Devastante all'inizio soprattutto in Asia, con una particolare recrudescenza in India (dieci milioni di morti), arriva fino alle Hawaii nel 1899 e a San Francisco nel 1900: è in questi contagi che le quarantene mirate contro i cinesi degenerano in episodi di violenza, come l'incendio doloso appiccato alla Chinatown di Honolulu per «disinfettarla». Del trattamento della comunità cinese a San Francisco dà conto, invece, J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 42 ss.

<sup>163</sup> Sul delicato tema delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale ed il rischio del loro accentuarsi in relazione alla diffusione dell'HIV si vedano le accurate analisi di G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 99 ss.

<sup>164</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 89 ss. Sul punto v. anche G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi* cit., 105 ss., ove l'A. descrive con chiarezza il 'circolo vizioso' che si viene a creare: «i diversi sono criminalizzati, quindi sono costretti ad

Maturò così l'idea che si dovesse seguire la via di quello che veniva chiamato «new sanitationism», una visione – che stava prendendo piede nel XX secolo – per la quale le libertà civili non erano un ostacolo alla salute pubblica, bensì diventavano determinanti per affrontare tali sfide<sup>165</sup>.

La via migliore per affrontare le epidemie, veniva osservato, era quella che, garantendo il rispetto delle libertà e dei diritti civili, induceva le categorie fragili e quanti avessero già subito un contagio a correre ai ripari sia *ex ante* che *ex post*, perciò verso forme di prevenzione e verso degli specifici trattamenti<sup>166</sup>.

La domanda che risuona in mezzo al fuoco incrociato di virus e misure restrittive di Stati e Federazione (accompagnato da un dialogo tra Legislatori e Corti) è quella che attiene al corretto punto di equilibrio tra diritti individuali ed interesse generale. Le Corti, infatti, benché abbiano affrontato le gravi discrepanze costituzionali o le problematiche attinenti alla ripartizione delle competenze, sono sempre state molto caute nell'esprimere giudizi attinenti al merito delle scelte di discrezionalità della politica e tecnica dell'emergenza<sup>167</sup>. Difatti, se è vero quanto osservava de Tocqueville circa il forte e quasi inevitabile collegamento esistente negli Stati Uniti tra l'evento politico e l'intervento del giudice<sup>168</sup>, è vero anche che le scelte – seppur tragiche per dirla con Calabresi e Bobbitt<sup>169</sup> – richiedono un decisore politico, che le adotti.

Il compito del giudice – osserva Witt – consiste nell'applicare la legge e vigilare affinché gli esperti di *public health* (che sono, comunque, meglio equipaggiati<sup>170</sup>

agire occultamente; ciò li spinge a non avvalersi dei presidi medici per curarsi ove siano infetti, con la conseguenza che chi viene a contatto con loro rischia di porre a repentaglio la propria salute. L'identità è correlata con l'emarginazione sociale, con la povertà, con le condizioni sociali e con la salute».

<sup>165</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 87. L'A., inoltre, descrive *infra* il passo avanti di questa versione 'new' del *Sanitationism* in tali termini: «[t]he new sanitarians took nineteenth-century concerns about poor living conditions and poverty and added rights and civil liberties to the mix». Nella sistematica di Witt, che si sta cercando sinteticamente di ricostruire, fa, infine, da contraltare al *New Sanitationism* anche una declinazione aggiornata del *quarantinism*: il 'New Quarantinism'.

<sup>166</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 94.

<sup>167</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 80-81.

<sup>168</sup> A. DE TOQUEVILLE, *La Democrazia in America*, a cura di N. MATTEUCCI cit., 122. Affermava infatti nel 1835 l'illustre A. che «[c]iò che uno straniero comprende con maggior fatica negli Stati Uniti è l'ordine giudiziario. Non vi è, per così dire, avvenimento politico in cui non si senta invocare l'autorità del giudice; dal che egli conclude che il giudice sia una delle principali forze politiche. Quando, poi, esamina la costituzione dei tribunali, non vi si scopre, in un primo momento, che attribuzioni e abitudini giudiziarie. Ai suoi occhi il magistrato sembra introdursi negli affari pubblici solo per caso; senonché, è un caso che si ripete tutti i giorni».

<sup>169</sup> Si fa riferimento all'efficace titolo di G. CALABRESI-P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>170</sup> Si noti – indulgiando in una breve digressione – come questo è un motivo ricorrente anche in un altro ambito del diritto, affrontato dalle Corti statunitensi, in cui si pone il problema del bilanciamento tra valutazione del giudice e discrezionalità tecnica di quello specifico settore: è il

nell'apprestare certe soluzioni) rimangano nel solco di questa. Non a caso, infatti, «*American courts have historically resolved this tension by sending some difficult issues back to elected officials and back to public health experts for a second judgment*»<sup>171</sup>.

Qual è, dunque, il bilanciamento tra diritti individuali e imperativi di interesse generale<sup>172</sup> e dove gli uni cedono il passo agli altri? Le Corti statunitensi non hanno trovato nel corso della storia una precisa ed onnicomprensiva risposta a questi delicati e mutevoli interrogativi e forse una risposta univoca valida per ogni (diverso) caso non può essere raggiunta. Queste hanno però usato il loro ruolo per insistere sull'importanza di un esercizio del potere<sup>173</sup> che fosse ben calibrato e ponderato e, quindi, all'insegna della razionalità e della competenza<sup>174</sup>.

Pertanto, se generalmente le libertà civili non hanno prevalso nell'ambito della *law of public health* dinanzi all'emergenza, tuttavia esse hanno rappresentato le linee guida attraverso le quali le Corti hanno affrontato le difficoltà dei bilanciamenti e, quindi, le insidie del dover dare risposta a quei costanti interrogativi circa i diritti individuali ed il benessere collettivo<sup>175</sup>.

È evidente, dunque, quanto il modo di rispondere a delle emergenze – quali che siano – risente grandemente di quel retroterra culturale che i giuristi identificano con l'evocativa espressione '*path dependency*'. Difatti, il patrimonio del pensiero, la cultura filosofica così come quella giuridica, che costituiscono le venatu-

caso del rischio di collisione tra il giudizio del giudice e la scelta strategica e gestionale del *director* di una *corporation* cui viene in soccorso l'approccio proprio della *Business Judgment Rule*. Su questa specifica tematica di diritto societario v. AA.VV., *Business Judgement Rule e mercati finanziari, efficienza economica e tutela degli investitori*, Quaderni giuridici – Consob, novembre 2016, 18, reperibile al link: <<https://www.consob.it/documents/11973/201676/lqg11.pdf/f000fd43-5ef0-4644-ad16-aa68348069f8>>.

<sup>171</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 81.

<sup>172</sup> Per ulteriori riflessioni sul delicato tema del rapporto tra diritti, libertà e misure di emergenza v. anche T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution* cit., 69 ss.; nonché F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 41 ss. Per una panoramica che coinvolge diversi contesti nazionali v. I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *AIC*, I, 2021, 105 ss., ove l'A. offre un interessante quadro richiamando le pronunce del Tribunale federale tedesco, del Tribunale costituzionale della Spagna, dell'Alta Corte di Giustizia di Madrid, del Tribunale amministrativo di Strasburgo e della Corte del Wisconsin; nonché R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano* cit., 18 ss.

<sup>173</sup> Potere (quello di preservare la salute pubblica) che veniva inteso dal *Chief Justice* John Marshall come un attributo centrale della sovranità dello Stato, v. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 203 (1824); cfr. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 82.

<sup>174</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 82. In particolare, l'A. osserva che: «[c]ourts could and did insist that such power to be exercised with rationality and competence. But otherwise, civil liberties gave way in an epidemics».

<sup>175</sup> J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 83.



re specifiche di un'intera civiltà dopo secoli di sedimentazione, non possono che emergere<sup>176</sup> sia nella fisiologia che nella patologia della storia.

Certo, osservando le liberaldemocrazie occidentali mentre per la prima evenienza la perfetta consonanza con la *path dependency* è più agevole e naturale, nella seconda (cioè nella patologia) la sua rilevanza è comunque sicuramente avvertita e fa porre dei rilevanti quesiti operativi, tuttavia, il '*path*' non è sempre seguito con rigore. A volte diventa dissesato, a volte si devia da esso.

Seguendo idealmente tale sentiero la sfida più impegnativa è certamente quella del coinvolgimento dei singoli, ove per coinvolgimento, però, non si intende il mero renderli destinatari di quelle decisioni necessarie per rispondere ad una qualsiasi emergenza. Non è sufficiente che siano delle mere «coscienz[e] spettatric[i]»<sup>177</sup> della reazione al pericolo, ma che ne siano anzitutto attori consapevoli.

In tale dimensione di dialogo tra lo Stato ed i singoli – ove maggiormente rispetto ad un contesto ordinario risulta evidente l'impatto del diritto nelle vite di ciascuno – e soprattutto in una realtà interconnessa come quella contemporanea, il diritto incontra la comunicazione. Perché una disposizione sia seguita occorre anzitutto che sia compresa, presupposto fondamentale per la condivisione. Se ciò può apparire scontato si ricordi che è, però, il passaggio che occorre compiere se si opera in un contesto – per dirla con un dilemma aristotelico – in cui – anche nelle emergenze – si governano uomini liberi<sup>178</sup>.

## 8. Considerazioni conclusive

Ecco allora che, attingendo alle profonde riflessioni di Natalino Irti, «la teoria del diritto incontra la teoria del linguaggio». Difatti, «[i]l comandare ha già in sé un atto di obbedienza: appunto, alla legalità linguistica, che, gettando un ponte tra gli individui, fa capire il contenuto dell'ordine o divieto»<sup>179</sup>. Perché si abbia

<sup>176</sup> Vengono in mente su questo aspetto le evocative parole con cui il 5 dicembre del 1946 Gino Gorla, principiando la Prolusione pronunciata in apertura del corso in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università di Pavia, osservava: «[è] canone di interpretazione storica, ben noto se non sempre osservato, che il diritto, come espressione di una determinata civiltà, non si trova sempre e soltanto nelle leggi, nei codici, nelle opere dei giuristi, e che l'intimo significato delle leggi non va ricercato soltanto nella formula di esse, spesso statica e immobile nel volgere dei tempi, ma anche nel costume, nello spirito di quella civiltà e nelle personalità eminenti che la rappresentano». Così G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis De Tocqueville*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2021, 35.

<sup>177</sup> Si prende a prestito l'efficace espressione di '*coscienza spettatrice*' presente in B. ROMANO, *Nietzsche e Pirandello, Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Torino, Giappichelli, 60.

<sup>178</sup> Sul tema del rapporto tra governo e uomini liberi nel solco in quel caso del più ampio tema della sussidiarietà orizzontale, v. L. ANTONINI, *Le vicende del principio di sussidiarietà orizzontale nel panorama normativo italiano ed europeo*, in AA. VV. *I servizi di pubblica utilità alla persona*, a cura di G. VITTADINI, Milano, Franco Angeli, 212.

<sup>179</sup> Così N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti, (quasi un diario)*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 17.



una condivisione del comando occorre passare per una fase volta a farne comprendere – anche al non addetto ai lavori – il contenuto.

Pertanto «[l]a ‘volizione’ adesiva è atto del destinatario, il quale, ‘condividendo’ il fine, vuole il contenuto stesso del comando. Sempre l’obbedienza nasce *in interiore homine*, poiché il soggetto, come ne sia motivato, accoglie nella volontà l’azione voluta da altri, e la fa propria e la reca a compimento. Così, capire – condividere – obbedire si tengono insieme in un circolo, che ha per inizio l’espressione linguistica di chi comanda»<sup>180</sup>.

Già il curare la consapevolezza del cittadino attraverso la chiarezza di quanto viene disposto, sottraendolo così alla selva del groviglio confuso di norme, è un primo importante passo per coinvolgerlo, tenendo sempre vivo nella memoria di ciascuno quell’impegnativo binomio libertà-responsabilità<sup>181</sup>.

Come è noto e alla luce di quanto si ha avuto modo di osservare, l’Occidente, che nel corso della storia ha generalmente dato risalto allo spazio del singolo come parte viva di una collettività ed al suo nascere libero, ha dovuto fare fronte a limitanti e ripetute crisi ed emergenze sanitarie. Nel fronteggiarle si è fatto ricorso allo strumentario giuridico con un’individuazione variabile del punto di equilibrio tra autorità e singolo a seconda che si optasse per la via del ‘*sanitationism*’ o del ‘*quarantinism*’.

Questo secondo orientamento, di cui se ne trovano chiare manifestazioni – come visto – nelle vicende emergenziali della storia statunitense, vede una sua eclatante manifestazione nella nota vicenda milanese della ‘Colonna infame’ narrata da Manzoni in cui l’illustre Autore, nel riportare una soluzione che – dinanzi alla piaga della peste – dovesse risultare efficiente agli occhi del popolo piuttosto che giusta, narra che «Ai giudici che, in Milano, nel 1630, condannarono a supplizi atrocissimi alcuni accusai d’aver propagata la peste con certi ritrovati sciocchi non men che orribili, parve d’aver fatto una cosa talmente degna di memoria, che, nella sentenza medesima, dopo aver decretata, in aggiunta de’ supplizi, la demolizion della casa d’uno di quegli sventurati, decretaron di più, che in quello spazio s’innalzasse una colonna, la quale dovesse chiamarsi infame, con un’iscrizione che tramandasse ai posteri la notizia dell’attentato e della pena. E in ciò non s’ingannarono: quel giudizio fu veramente memorabile»<sup>182</sup>.

Le riflessioni svolte, inoltre, sul modello cinese ci permettono di comprendere quale sia concretamente il ruolo delle misure draconiane adottate nei sistemi autoritari ma anche – più in generale – in quei sistemi che, sebbene siano connotati da un diverso approccio circa il rapporto tra autorità e singolo, esprimano però nella patologia un orientamento c.d. *Quarantinist*. Se da un lato, dunque, le

<sup>180</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti* cit., 18-19.

<sup>181</sup> Per delle riflessioni sul punto v. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 120.

<sup>182</sup> A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, introduzione di L. SCIASCIA, Milano, Tascabili Bompiani, 1985, 3.

stringenti limitazioni delle libertà individuali sono manifestazione della forza di chi detiene il potere, dall'altro, l'adozione di tali misure rappresenta un elemento di rafforzamento del potere medesimo.

Qualcosa di simile era infatti accaduto con la caccia all'untore narrata da Manzoni, ove, infatti, il diritto era stato lo strumento non per la ricerca della soluzione più giusta, ponderata ed efficace nel solco di una giustizia equilibrata, ma per raggiungere uno scopo politico, inteso a placare il terrore e l'incertezza piuttosto che l'emergenza in sé. Il diritto deve, invece, permettere il perseguimento della giustizia e quindi della equilibrata concretizzazione dei principi di libertà, uguaglianza e fraternità (si legga anche solidarietà), attraverso cui si dà espressione al valore essenziale della dignità umana<sup>183</sup>.

Superare la crisi emergenziale, inoltre, significa per il potere anche superare una prova di solidità, proprio come aveva acutamente fatto notare Manzoni nel suo scritto facendo riferimento al «timor di mancare a un'aspettativa generale, altrettanto sicura quanto avventata, di parer meno abili se scoprivano degl'innocenti, di voltar contro di sé le grida della moltitudine, col non ascoltarle»<sup>184</sup>.

Il consegnarsi al Leviatano salvatore con il conseguente rafforzamento del potere, dunque, avviene o per via del rafforzamento del già esistente scambio tra libertà ed ordine, come nel caso del contesto cinese, o come marcata deviazione dal cammino generalmente percorso, nella fisiologia, dalle liberaldemocrazie.

Si vuole, in conclusione, soffermare l'attenzione su due aspetti in particolare, i quali schiudono due quesiti destinati a rimanere in buona parte aperti.

La prima questione attiene al 'moto' dei sistemi, all'avvicinamento che fisiologicamente si realizza in occasione dei trapianti giuridici o, in misura diversa, più semplicemente allorché si attinga all'esperienza altrui.

Difatti, si è osservato nelle righe che precedono un 'moto' della Cina per quanto attinente al 'diritto scritto', al diritto codificato, rispetto al quale si è richiamato quell'attingere agli ordinamenti giuridici che originano dall'esperienza del diritto romano ma anche, su alcuni fronti, al sistema di *common law*. In tal modo, dunque, la Cina si è sporta verso l'Occidente, affacciandosi alla sua variegata cultura giuridica, prendendovi spunto e traendone strumenti e soluzioni da calare nel proprio contesto culturale e giuridico al fine di dargli un maggiore slancio globale<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> Per una interpretazione della tutela della vita da parte dello Stato come implicazione dell'obbligo di tutelare la dignità umana, che giustifica forme di solidarietà prescritte per legge, si rinvia alla recente riflessione di J. HABERMAS, *Proteggere la vita*, con un'introduzione di G. ZAGREBELSKY, Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>184</sup> A. MANZONI, *Storia della colonna infame* cit., 5.

<sup>185</sup> «Il diritto è uno straordinario strumento di dialogo tra Occidente e Oriente. Costruisce ponti, non muri. E in questo campo Cina e Italia possono sviluppare un dialogo fecondo che sarà utile anche a tutta l'Europa», così O. DILIBERTO, *La via della seta e le vie del diritto* cit., il quale con-

Nel corso dell'emergenza sanitaria, invece, si è assistito in Occidente ad una naturale 'rivincita dello Stato' chiamato ad intervenire in soccorso dei singoli e della comunità tutta come normalmente accade nei momenti di crisi.

In tali circostanze, infatti, viene ad allargarsi il potere dell'autorità che riacquisisce il terreno che la storia e la cultura gli hanno sottratto circoscrivendolo a quanto essenziale per tutelare la persona umana e per ri-conoscere i diritti propri di questa. Un fenomeno altrettanto naturale consiste nella tendenza prevedibile all'allargamento del ruolo dello Stato e nella consueta inclinazione di questo a straripare rispetto agli argini già di per sé ampliati per effetto dell'emergenza<sup>186</sup>.

In generale, la tendenza all'allargamento del potere si verifica, in misura diversa, anche al di fuori delle crisi, ogni qual volta l'extra-ordinarietà diviene ordinarietà, l'eccezione diventa la regola (si pensi all'imbarazzante fenomeno dell'abuso della decretazione d'urgenza)<sup>187</sup> ed a maggior ragione allora ci si chiede – vista l'esperienza della pandemia, le possibili, benché scongiurate, altre future crisi, come quella ambientale (di cui sovente avverte la scienza) nonché quelle potenzialmente connesse con il conflitto russo-ucraino – come si atteggerà, di volta in volta, questo rapporto tra privato e pubblico<sup>188</sup>, tra persona e Stato dopo che le crisi diventano un ricordo? Ci sarà una dipendenza dal 'Leviatano' per quanto utile e premuroso? Come ne risentirà dunque il 'diritto vivo', quello vissuto nel quotidiano della persona (fisica, ente o impresa che sia) ogni qualvolta si relazionerà con la macchina statale?

Si può osservare in controluce in questi casi, specialmente poi laddove la declinazione sia quella del *quarantinism* e cioè meno disposta ad impiegare le

ferma e conclude prospettivamente che «il diritto, dunque, ancora una volta, è strumento di cooperazione, scambio, apprendimento reciproco, rispetto».

<sup>186</sup> Sul punto si vedano le riflessioni di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti, Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 146. «[...] appare connaturale al potere abusare degli strumenti che l'ordinamento giuridico offre, soprattutto nei casi – reali o presunti – di emergenza, quando cioè la necessità gli permette di operare al di fuori delle regole consuete, sostanzialmente in assenza, almeno momentanea, dei contro-poteri necessari affinché il «potere arresti il potere». I tentativi, dunque, degli ordinamenti giuridici di ammettere ma circoscrivere poteri eccezionali entro gli stretti confini dello stato di necessità devono costantemente – direi naturalmente – fare i conti con la tendenza a rompere gli argini. La vocazione del potere e dei soggetti che momentaneamente lo esercitano a forzare, fino a violare, i limiti entro cui le norme legittimanti – e la costituzione al massimo grado – tendono a costringerli, appare una costante che trova un suo delicatissimo punto di snodo nel legittimo esercizio di poteri d'eccezione».

<sup>187</sup> Sul tema dei rapporti formali tra i vari tipi di fonti e la specifica 'catena normativa' dell'emergenza si veda, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 109 ss.

<sup>188</sup> Per un nuovo e positivo concetto di 'emergenza' con l'adozione di strumenti agili contro le 'crisi', alla ricerca del virtuoso equilibrio tra interesse pubblico e interessi dei privati nell'ambito di un sistema a 'concorrenza mediata', sia consentito rinviare, da ultimo, a G. SCARCHILLO-A. IMPERIA, *Golden Powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, in *Dir. comm. internaz.*, 3/2023 (in corso di stampa).

energie nel prestare attenzione al faticoso compromesso con diritti, un 'moto' (certamente un 'moto emergenziale') verso l'approccio proprio di quei sistemi in cui è lo Stato che concede spazi di libertà. Si badi bene, ciò è prevedibile che accada nel mezzo di una crisi, ma il punto è un altro: siccome il diritto non è pura tecnica, non è mero strumento, ma è anche una questione di approccio, di mentalità<sup>189</sup>, quanto della mentalità della 'concessione' tende a rimanere nel dopo?

Qua si giunge come il riflesso in uno specchio d'acqua al porsi la domanda, per l'appunto, speculare.

Ci si può aspettare, cioè, che si produca di volta in volta l'effetto proprio della fisica della molla<sup>190</sup>? Ci si può aspettare, in altre parole, che tutta l'energia accumulata con le limitazioni ed i sacrifici giustamente fatti da ciascuno per il bene collettivo vada ad esprimersi dando un maggiore slancio ai diritti, alle libertà, al ruolo della solidarietà dei singoli e, infine, al riconoscere e tutelare piuttosto che al concedere ed elargire?

<sup>189</sup> Si tengano a mente, anche in questo caso, le richiamate riflessioni di G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis De Tocqueville* cit., 35.

<sup>190</sup> Sul tema v. la voce «molla», in *Dizionario delle Scienze Fisiche*, in Treccani, 1996, reperibile al link: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/molla\\_%28Dizionario-delle-Scienze-Fisiche%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/molla_%28Dizionario-delle-Scienze-Fisiche%29/)> ove si osserva che si tratta di un «Organo meccanico che è suscettibile, per la sua natura e la sua conformazione, di subire grandi deformazioni elastiche e poi tornare, al cessare delle sollecitazioni deformanti, alla configurazione primitiva, accumulando quindi e restituendo poi energia meccanica di deformazione, usato in moltissimi dispositivi, apparecchi e impianti; [...]».

## LA *LEX COMMISSORIA* EN LAS GARANTÍAS REALES Y LA CAUSA *PRO EMPTORE* DE LA USUCAPIÓN\*

MARCELO NASSER

ABSTRACT: La *iusta causa pro emptore* fue ampliada jurisprudencialmente hacia situaciones que no se pueden identificar con la estructura de un contrato de compraventa. La retención de la garantía real por el evento de la *lex commissoria* es uno de los ejemplos, junto con el pago de la *litis aestimatio* que se suelen dar para reflejar esta ampliación. Este estudio pretende analizar la forma en que pudo establecerse una similitud entre la operación de esta institución y la *causa emendi* y las aplicaciones que tuvo la *lex commissoria* en las garantías reales.

ABSTRACT: La *iusta causa pro emptore* fu ampliata dalla giurisprudenza verso situazioni che non possono essere identificate con la struttura di un contratto di compravendita. La ritenzione della garanzia reale nella *lex commissoria* è uno degli esempi, insieme con il pagamento della *litis aestimatio*, che si sogliono dare per dare un corpo a questo ampliamento. Il presente lavoro intende analizzare le modalità con cui si giunse a identificare una tale similitudine tra l'operare di un tale istituto e la *causa emendi* e le applicazioni che ebbe la *lex commissoria* tra le garanzie reali.

PALABRAS CLAVE: prenda; *lex commissoria*; garantías reales; *iusta causa pro emptore*.

PAROLE CHIAVE: pegno; *lex commissoria*; garanzie reali; *iusta causa pro emptore*.

SOMMARIO: 1. La *lex commissoria*: cuestiones preliminares. – 2. La *lex commissoria* en la compraventa. – 3. La *lex commissoria* en la doctrina. – 4. La *lex commissoria* y la *fiducia cum creditore*. – 5. Naturaleza de esta *lex commissoria*. – 6. La *lex commissoria* en el *pignus* y la *causa pro emptore* de la usucapión. – 7. Asimilación de la operación de una *lex commissoria* a la *causa pro emptore*. – 8. La base textual general. – 9. Análisis particular. – 10. Aspectos conclusivos.

\* El presente artículo corresponde a una adaptación de un capítulo de la tesis doctoral del mismo autor llamada *Asimilaciones a la compraventa en derecho Romano*, publicada en Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

### 1. *La lex commissoria: cuestiones preliminares*

Según se sabe, el *Codex Theodosianus* 3,2,1 (*de commissoria rescindenda*) y el *Codex* de Justiniano 8,34,3 *principium*, son las fuentes fundamentales en que se puede encontrar la histórica derogación de la *lex commissoria*. No obstante la derogación, existen vestigios en las fuentes que permiten pensar que el problema de la retención de la prenda y la *lex commissoria* aun existía en el siglo VI<sup>1</sup>.

En la SIHDA de Liège, ya hace algunos años, tratamos de mostrar que la *lex commissoria* tiene una conexión histórica muy cercana, acaso demasiado cercana, con la *fiducia cum creditore*. Pero al contrario de lo que ocurre en el más moderno *pignus datum*, la *lex commissoria* en la *fiducia* acarreaba sólo la ‘consumición’ o ‘extinción’ de la *actio in personam* contractual, mas no producía cambios de ninguna especie en la posición jurídica del fiduciario con relación a la cosa, pues este era dueño *ab initio* y no tenía nada que adquirir por el efecto del *commissum*. En Liège, traté también de acreditar que la *lex commissoria* en la *fiducia* estaba vinculada necesariamente con una *mancipatio*, y funcionaba como una *lex mancipii* que comportaba – como todas las *leges mancipii* – no una *conventio*, sino una declaración más bien renunciativa al ejercicio de una *actio in personam*.

El caso del *pignus datum* es, sin embargo, diferente: la retención de la prenda en manos del pignoratario en caso de impago no resulta tan natural como en la *fiducia* pues, el asunto se acerca peligrosamente a un mejoramiento de la causa posesoria (y sabemos que nadie puede cambiar por sí solo su causa posesoria o de *usucapio*). También es complejo que un poseedor natural, como es el pignoratario, cambie repentinamente su posición a la del poseedor civil o a la posición del dueño<sup>2</sup>.

La situación es compleja desde un punto de vista posesorio, especialmente si nos acercamos al problema desde la *iusta causa* pues, dentro de ese mecanismo, resulta natural preguntarse cuál es el título que permite al pignoratario retener la prenda con efectos *erga omnes*, si la obligación principal garantizada no se paga. Obviamente que en el caso de la *fiducia*, la operación de la *lex commissoria* para el caso del impago de la obligación principal no es un problema de *iusta causa*, pues el fiduciario ya era dueño por *mancipatio* y su posición con relación a la cosa no muta. Pero el caso de la prenda es distinto.

Las fuentes indican que en el *pignus datum*, el título de la retención (al igual que en el caso del pago de la *litis aestimatio* en la acción real) fue modelado y construido como si se hubiese celebrado un contrato de venta<sup>3</sup>, a pesar de que el mecanismo no se puede identificar con la estructura propia de lo que conoce-

<sup>1</sup> B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972<sup>4</sup>, 436.

<sup>2</sup> Para una explicación de la prohibición de cambiar por sí y ante sí la causa posesoria, v. G. MACCORMACK, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, en *BIDR* 75, 1972, 85 ss.

<sup>3</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, 114.

mos comúnmente como un contrato de compraventa. Con el objeto de verificar la forma en que pudo establecerse una similitud entre la operación de esta institución y la *causa emendi*, es necesario indagar sobre las aplicaciones que tuvo la *lex commissoria* en el tráfico jurídico romano.

La *lex commissoria* es una institución que aparece en las fuentes a propósito de dos tipos negociales fundamentales. En el ámbito jurisprudencial, se provee información acerca de esta institución de manera especial en el Libro 18, título 3 (*De lege commissoria*) del Digesto. A simple vista, puede apreciarse que el tratamiento que Justiniano otorga a la *lex commissoria* en ese apartado dice relación con su presencia en algunos contratos de compraventa, especialmente como una cláusula accidental. El segundo lugar donde puede encontrarse la *lex commissoria* en las fuentes, aunque esta vez de manera muy oscura, es en el tratamiento justiniano de la garantía real posesoria o *pignus*<sup>4</sup>.

Decimos que esta segunda modalidad de la *lex commissoria* aparece muy oscura en las fuentes, debido a que, al momento de la composición del Digesto, la *lex commissoria* del *pignus* había sido derogada hacía ya mucho tiempo por el Emperador Constantino<sup>5</sup>. Sin embargo, rastros de esta antigua institución pueden igualmente develarse en el estudio de algunos pasajes.

## 2. La lex commissoria en la compraventa

Si seguimos las opiniones vertidas por Ulpiano en el libro 32 de sus *Comentarios a Sabino*, la *lex commissoria* en la compraventa puede explicarse como aquella condición negativa cuyo cumplimiento opera entre las partes la ‘in-emptitud’<sup>6</sup> de la cosa que había sido vendida. Esta condición negativa consiste, justamente, en que el comprador no pague el precio a que se hallaba obligado por el contrato, dentro de cierto día preacordado:

D. 18,3,4 pr. Ulp. 30 *ad ed.*: *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si de-*

<sup>4</sup> Para A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 10 s., fuera del *Corpus Iuris*, la única referencia a la *lex commissoria* fiduciaria está en *PS.* 2,13.

<sup>5</sup> C.Th. 3,2,1 (*de commissoria rescindenda*); y C. 8.34.3 pr. Imperator Constantinus: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*. [Const. a. ad pop. <a. 326 d. II kal. febr. Serdicae Constantino a. VII et Constantio C. Conss.>].

<sup>6</sup> Pese a su inexistencia en el idioma castellano, el uso de la palabra ‘in-emptitud’ resulta muy cómodo y técnico para referirse a la operación de la *lex commissoria*. Por lo demás, lo tomamos de las fuentes. Así, v. D. 19,2,22 pr. Paul. 34 *ad ed.*: *Item si pretio non soluto inempta res facta sit ...* Sobre los efectos de esta regla en la compraventa y las posiciones sabiniana y proculeyana, v. D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, en *Collected Studies in Roman Law*, bajo el cuidado de D. COHEN, D. SIMON, vol. II, Frankfurt am Main, 1991, 723-730.

*terior fundus effectus sit facto emptoris. Et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.*

Como se puede observar, la clase de *lex commissoria* que está presente en algunos contratos de compraventa, se identifica con una simple condición de no pago del precio y acarrea efectos extintivos para las partes que la han acordado.

La presencia de la *lex commissoria* en la compraventa no acaba allí. La aplicación de la *lex commissoria* en este contrato puede también extraerse de algunas de las constituciones imperiales recogidas en el Libro 4, párrafo 54 del *Código* de Justiniano. Con todo, se trata del mismo negocio accesorio a la venta que presenta los efectos que van a describirse.

Los efectos resolutorios pre-pactados entre los contratantes (comprador y vendedor), se traduce en la facultad unilateral que tiene el segundo para resolver las relaciones obligacionales nacidas del contrato, háyase o no efectuado la tradición de la cosa, por el simple evento de no haberse cumplido la obligación de pagar el precio a que se haya sujeto el comprador.

Como se sabe, los romanos conocían dos tipos de garantías posesorias fundamentales: la *fiducia cum creditore* y el *pignus datum*. Veremos, en adelante, que la *lex commissoria* estaba presente en ambas clases de garantías. Sin embargo, también nos podremos dar cuenta que la misma *lex commissoria* adicionada a la garantía real arcaica llamada fiducia, no funcionaba igual que la del *pignus*, por lo que resulta más o menos comprobado que todas las *leges commissoriae*, si bien comparten el nombre, funcionan de manera bastante diversa, según el negocio a que accedan<sup>7</sup>.

En efecto, la *lex commissoria* de la compraventa difiere de la que aparece en ambas garantías reales por varias razones. En especial porque el contrato de compraventa a que accede es estructural y obligacionalmente distinto de ambas garantías. La *lex commissoria* de la compraventa difiere de la *lex commissoria* de la *fiducia*, en primer lugar, porque este último contrato acarrea efectos reales adquisitivos inmediatos en virtud de la *mancipatio fiduciae causa*, mientras que la compraventa consensual romano-clásica trae aparejados efectos puramente obligacionales y fundamentalmente el de pagar el precio. Sin embargo, este contrato, por sí solo, jamás opera a favor del comprador una transmisión de la propiedad de la cosa vendida<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> X. D'ORS, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid, 2001, 277 n.º 114.

<sup>8</sup> Es discutible, sin embargo, el caso de la venta de *res Mancipi* cuando ha habido *mancipatio* y no se ha pagado el precio; sobre esto v. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 115 ss. Con todo, también puede discutirse que la *lex commissoria* (y la *in diem addictio*) en este caso sea una verdadera *lex Mancipi*: G.G. ARCHI, *Il trasferimento cit.*, 117 n.º 1 y 120.



La *lex commissoria* de la compraventa difiere, a su turno de la *lex commissoria* del *pignus*, porque también este préstamo de garantía opera con efecto posesorio, esto es, nace desde el momento mismo de la entrega de la cosa y no antes, y no genera para las partes obligaciones recíprocas, como ocurre con el contrato de compraventa. En efecto, y aunque sobre esto volveremos más adelante, no siendo la prenda posesoria un contrato, no puede generar como la venta, obligaciones para ambas partes bajo un supuesto de reciprocidad.

Un último elemento que distingue la *lex commissoria* de la venta con la de las garantías reales es que, si bien en ambos casos la *lex commissoria* es condición de la falta de pago, en el caso de la venta la falta de pago se conecta con el acto o contrato mismo, mientras que en el *pignus* debe conectarse con un negocio distinto al que accede la garantía, normalmente un mutuo que, justamente, es la obligación principal incumplida.

En cuanto a los efectos, debemos observar que ni la fiducia ni el *pignus* se ‘resuelven’ por la operación de una *lex commissoria*, debido a que los efectos reales de una y otra ya han operado desde el momento de su celebración. Por el contrario, la compraventa consensual queda irremediabilmente *in-empta* por causa de incumplimiento de la obligación de pagarse el precio<sup>9</sup>, haya o no el comprador recibido la *merx*, debido a que las obligaciones de los contratantes son una cosa muy distinta de los efectos reales. Estos últimos efectos sólo se producen con la tradición que cumpla con los requisitos para operar una transferencia jurídicamente válida.

Si analizamos en particular el caso del *pignus*, la situación puede complicarse. La *lex commissoria* de las garantías reales permite una retención lícita y definitiva de la cosa dada en garantía sin cometer, al menos en el caso del *pignus datum*, un delito de *furtum*<sup>10</sup>. En ese aspecto, como veremos, es que una vez evolucionada la *fiducia* hacia el *pignus*, la *lex commissoria* terminará por asimilarse a un verdadero acto de disposición del *dans*, *quodammodo condicionalis esse venditio*, tal como se puede leer de D. 20,1,16,9 Marcian. *lib sing. ad form hypoth.* salvando, de paso, el problema de la prohibición teodosiana de la *lex commissoria* pignoraticia.

En efecto, en el caso del *pignus*, la operación de la *lex commissoria* produce una verdadera mutación de la causa posesoria desde un título de simple posesión natural hacia uno de posesión civil, o incluso hacia el dominio, si se trata de *res nec mancipi*<sup>11</sup>. Esta mutación de causa posesoria es inimaginable en el caso de la *lex commissoria* en la compraventa, justamente por la falta de efectos reales en

<sup>9</sup> D. 18,3,2 Pomp. 35 *ad Sab.*; D. 18,3,4 Ulp. 32 *ad ed.*; D. 4,4,38 Paul. 1 *decret.*; C. 4,54,4, etc.

<sup>10</sup> En el caso de la fiducia no cabe hurtar al *creditor*, pues la cosa es suya y no es posible hurtar cosas propias. Sobre la ‘ajeneidad’ como elemento del *furtum*, v., con numerosas fuentes, A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, vol. II, Santiago, 2001, 246.

<sup>11</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, 193.

dicho contrato. Así, y en definitiva, a pesar del nombre que las parece unificar y de tratamiento conjunto que en algunos casos ha recibido producto de la prohibición teodosiana<sup>12</sup> y de la acomodación consecuencial de las fuentes justinianeas, la *lex commissoria* en la *fiducia cum creditore* o en el *pignus*, cumple un rol muy distinto que en el contrato de compraventa. Además, como se ha dicho, la *lex commissoria* es todavía distinta dentro de las mismas dos clases de garantías reales, en que no puede decirse que operen de manera perfectamente análoga.

### 3. La *lex commissoria* en la doctrina

Además de la cuestión relativa al ámbito de aplicación y extensión, la sola expresión *lex commissoria* trae aparejados problemas complejos. La primera dificultad que surge dice relación con el significado originario de la locución, pues resulta notorio que ni la voz *lex*<sup>13</sup> ni la expresión *commissoria*<sup>14</sup> son unívocas, y dependerán del contexto histórico y jurídico en que sean analizadas. Ello da lugar a variadas teorías sobre el origen y funciones de la *lex commissoria*.

En efecto, la doctrina romanística está dividida, básicamente, en dos sectores respecto del origen y aplicaciones de la *lex commissoria*. Por una parte, están quienes sostienen que una institución como esta, debió gestarse en el marco del contrato de compraventa que, como hemos recordado, es el único lugar en que Justiniano la transmite hasta nuestros días de manera sistemática u orgánica. Por el contrario, existen romanistas que discurren sobre un posible origen de la *lex commissoria* vinculado al ámbito de las garantías reales con desplazamiento posesorio.

Biscardi, quien ha dedicado más de una monografía a las garantías reales y a las declaraciones y pactos anejos a éstas, sustenta la tesis de que el origen de la *lex commissoria* debe encontrarse en la compraventa celebrada bajo condición suspensiva de no pagarse el precio. Así, para este autor, la *lex commissoria* en función

<sup>12</sup> Para las razones de la derogación de la *lex commissoria* en el *pignus*, v. M.I. FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, 35 s.; y, también, A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 209.

<sup>13</sup> E. CUQ, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, édité par C. DAREMBERG, E. SAGLIO, vol. III.2, Paris, 1918, 1107 ss., define *lex* (en general), como «un engagement pris soit par les citoyens romains les uns envers les autres, sur la proposition d'un magistrat, soit par un citoyen envers un autre». Sobre la *lex* como cláusula negocial, v. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1999<sup>3</sup>, 104 s. Sobre las declaraciones de las partes en una *mancipatio* v. S. RANDAZZO, *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 62.

<sup>14</sup> Para el uso de *commitere*, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 14 nt. 1 y 112 s. Cfr. también F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano, 1963, 47 s.; especialmente, 48 nt. 112; para el uso de *commisum* como *poena*, v. D. 39,4,14 Ulp. 8 *disp.* y D. 39,4,16 Marcian. *lib. sing. de del.*

de garantía, no es más que una verdadera *emptio venditio in causam obligationis*<sup>15</sup>. Ello lleva a Biscardi a afirmar que no existieron dos *leges commissoriae* (una en el *pignus* y una en la compraventa) sino que genéticamente sólo una, ya que se trata en ambos casos, y en sus propias palabras, de ‘dos aplicaciones de un mismo instituto’<sup>16</sup>.

Si bien la posición de Biscardi es seductora, se enfrenta con varios problemas. En primer lugar, si de lo que se trata es de averiguar el origen de la *lex commissoria* debemos suponer que el ámbito histórico donde debe enmarcarse el análisis debe ser necesariamente preclásico. Antes de inventarse por los juristas la compraventa consensual, el derecho arcaico sólo conocía la compraventa de efectos reales inmediatos que operaba a la manera de un trueque de cosa por precio. En un estadio así de evolucionado, la *lex commissoria* por falta del pago del precio al que el comprador se halla obligado se torna imposible de imaginar, pues simplemente no existía la venta antes de efectuarse el pago. Ello comporta que, en un negocio de efectos reales inmediatos, se haga inimaginable configurar una condición de *pecunia non soluta* con efectos extintivos pues, de no pagarse el precio, no ha nacido nada que se pueda llegar a extinguir<sup>17</sup>.

En efecto, la postura de Biscardi es sólo sostenible cuando la compraventa transita hacia un negocio con pago diferido de precio<sup>18</sup>, esto es, cuando la compraventa romana se configura como contrato con obligaciones consensuales recíprocas para las partes, sancionadas por medio de acciones de buena fe. En este último escenario, la cuestión de la existencia de la *lex commissoria* en la compraventa puede recién aceptarse pues el pago del precio ha quedado diferido por lo que es posible de imaginar su incumplimiento<sup>19</sup>. Si aceptáramos, aún, que la *lex commissoria* en la compraventa estaba presente en una eventual compraventa garantizada por medio de promesas recíprocas, parece ser que la acción propia de la estipulación practicada a favor del vendedor es remedio suficiente para exigir el cumplimiento, sin que sea necesario pactar una *lex commissoria* anexa. Para la

<sup>15</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit., 192.

<sup>16</sup> A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. II, Milano, 1962, 576 ss.; ID., *Appunti sulle garanzie reali* cit., 83-87 y 176-193; una última defensa en ID., *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991, 125 nt. 55; cfr. F. SENN, *La dation des arrhes* en *NRHDFE* 37, 1913, 61.

<sup>17</sup> Sobre la venta de *res Mancipi* con *lex commissoria* y los efectos del no pago del precio, vd. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà* cit., 132 ss.

<sup>18</sup> Sobre la compraventa como acto primitivo de efectos reales la cuestión es bien conocida. Un resumen en A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* II, cit., 125-127.

<sup>19</sup> Para una crítica a quienes han sostenido una posible *lex commissoria* en la *mancipatio* en función de venta, v. A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali* cit., 576 ss.; ID., *Appunti sulle garanzie reali* cit., 83 ss. Este autor sostiene (p. 87) que una clase de *lex commissoria* de este tipo sería un «mito» debido, en primer lugar, a que no caben las condiciones en los actos legítimos y, en segundo, a que las fuentes no la mencionan.

resolución de los efectos posesorios ya operados, habría que apuntar hacia la tradición, pero no a las obligaciones a que se encuentran sujetas las partes.

En una consistente monografía sobre el tema, Burdese sostiene, en contra la opinión de Biscardi que a pesar de que Justiniano sólo recoge una clase de *lex commissoria* (en el Libro 18,3 del Digesto y Código 4,54), las hubo de dos tipos y bien diversas: una en la *fiducia* y otra en el contrato de compraventa<sup>20</sup>. Ambas, dice, habrían compartido el carácter condicional suspensivo *soluta ad diem pecunia non sit*<sup>21</sup>. Pensamos, siguiendo a Burdese, que, si bien es cierto que Justiniano sólo recoge un tipo de *lex commissoria*, no puede olvidarse que la figura, de hecho sí existió en el *pignus datum*, y que justamente a ella se refieren no sólo los textos en que consta su derogación, sino que Vat. Fragm. 9<sup>22</sup> y D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing ad form. hypoth.*, que analizaremos oportunamente.

Burdese afirma que los efectos de una y otra clase de *lex commissoria* no pueden equipararse, debido a que acceden a instituciones principales muy diversas<sup>23</sup>. En efecto, sostiene que la *lex commissoria* de la compraventa resuelve los efectos bilaterales del contrato de compraventa mientras que en la *fiducia*, lo que se resuelve es la obligación unilateral de restituir la cosa<sup>24</sup>. Las diferencias que se pueden detectar son, como se ve, muy relevantes y obedecen principalmente a las distintas estructuras de los negocios a que acceden.

Sin referirse específicamente al tema sino a las justas causas en general, Voci ha sostenido que la compraventa bajo condición suspensiva incumplida no puede configurar una *iusta causa usucapionis*<sup>25</sup>. En consecuencia, según esta postura, si la *lex commissoria* de la compraventa equivalía a una venta con condición suspensiva de no pago del precio, esa misma compraventa nunca pudo haber configurado una *iusta causa*. Del mismo modo, la misma compraventa consensual sería siempre rescindible por no pago del precio y, pensamos, la *lex commissoria* así entendida, se habría tornado inútil. Desde un punto de partida diverso, autores como

<sup>20</sup> Un *status quaestionis* completo en A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 11 nt. 5 y 12 ss.

<sup>21</sup> Para un supuesto carácter resolutorio de la *lex commissoria* (aunque en la venta), vd. P.E. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, 74 ss.

<sup>22</sup> Para la fecha de Vat. Fragm. v. el *Estudio introductorio* en la versión de M.E. MONTEMAJOR ACEVES, *Fragmentos vaticanos*, México, 2003, XV. También de la interpretación correcta de *XII Tab. VIII*.

<sup>23</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 15 s. afirma que ambas *leges commissoriae* tenían en común la característica condicional suspensiva. En la p. 111 Burdese sostiene, sin embargo, que «non è tuttavia esatto concluderne che debba essere destinato all'insuccesso qualsiasi altro tentativo di individuare un punto di contatto tra la *lex commissoria* fiduciaria e quella in materia di vendita, come, sulla scia di Naber e Manigk, sostiene recisamente Erbe». Vd. W. ERBE, *Die Fideiuzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, 44.

<sup>24</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 12.

<sup>25</sup> P. VOCI, *Iusta causa usucapionis*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV. *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, 163.

Samper afirman que la *lex commissoria* tiene su origen en el ámbito de las garantías reales, y más concretamente en el *pignus*<sup>26</sup>.

En general, nos parece que además de la gran cantidad de información aportada, la teoría de Burdese tiene la virtud de incorporar al análisis de la cuestión a la antigua institución de garantía denominada *fiducia cum creditore*. Esta institución de garantía se celebraba desde antiguo en el marco de una *mancipatio* en cuya virtud se transfería el dominio de una cosa a un acreedor, quien se obligaba a retransferirlo al *dans* si la deuda era extinguida. Por su calidad de negocio legítimo, la *mancipatio* no permitía pactar condiciones. Ahora bien, esta forma solemne sí permitía a las partes agregar declaraciones accesorias de carácter preceptivo<sup>27</sup>. Una de estas declaraciones preceptivas, aparentemente, habría sido la *lex commissoria*.

Otra virtud del estudio de Burdese, por el mismo hecho de incorporar la *fiducia* al análisis, es que advierte claramente que no debe confundirse la *lex commissoria* propia de esta modalidad de garantía (que más tarde se extendería al *pignus*), con la que operaba en el contrato de compraventa. En efecto, la *lex commissoria* de la compraventa trae aparejados efectos resolutorios del negocio mismo<sup>28</sup> pero no equivale a una condición suspensiva de *pecunia non soluta*.

#### 4. La *lex commissoria* y la *fiducia cum creditore*

La *fiducia cum creditore* se caracterizaba, en sus orígenes, porque la restitución de la cosa fiduciada y los efectos de la misma quedaban entregados a la *fides* del *creditor*, esto es, a la palabra empeñada por el fiduciario (*accipiens*) en favor del fiduciante (*dans*)<sup>29</sup>. Esta palabra empeñada se traducía, correlativamente, en

<sup>26</sup> F. SAMPER, *Derecho romano*, Santiago, 2003, 372.

<sup>27</sup> Sobre las declaraciones preceptivas de las partes en una *mancipatio*, vd. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato*, I. *El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en REHJ, 17, 1995, 121 s.

<sup>28</sup> Es lo que hoy en día se conoce como la condición resolutoria de no cumplirse lo pactado. Sobre los efectos resolutorios del negocio mismo v. F. WIEACKER, *Lex commissoria*, Berlin, 1932, 38 ss. y M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, 61 nt. 39; con todo, ni la voz 'resolver' ni 'condición resolutoria' son clásicas. Las denominaciones suspensiva y resolutoria para las condiciones son medievales. Así, con algunas citas, en P. LAZO, *El problema del traspaso del riesgo en la jurisprudencia romana*, Tesis doctoral [inédita], Madrid, 2002 (separata), nt. 42. Recoge este autor la idea de que la expresión 'condición suspensiva' arranca de un concreto pasaje del Digesto: D. 35,1,79 pr. Pap. 1 def.: *Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere*.... A su turno, hablan los medievales de 'condición resolutoria', a partir de D. 18,1,3 Ulp. 28 ad Sab.: *Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione*.

<sup>29</sup> Para el uso de *fides* en la fiducia como el abandono total de la cosa en manos del deudor que, sin embargo, tiene un deber moral – *fides* también –, de restituirla al *dans*, v. L. LOMBARDI,

la buena voluntad de restituir<sup>30</sup> (o remancipar)<sup>31</sup> la cosa una vez que se haya satisfecho la deuda principal<sup>32</sup>.

De tal manera, la fiducia originaria o de mera confianza, no engendraba una verdadera *obligatio fiduciae* debido a que la restitución de la cosa no era civilmente exigible, debido a que no existía una acción que la sancionase<sup>33</sup>. El carácter meramente fiduciario de la institución y la falta de acción y relación obligatoria hace explicable que, al menos durante este período histórico, una institución como la *lex commissoria* no hubiese tenido mayor sentido.

Como es sabido, la fiducia dejaría el ámbito meramente fiduciario para transitar hacia uno de los contratos desarrollados por la jurisprudencia en la época clásica, acaso el primero que se logró configurar conforme a la buena fe<sup>34</sup>. En este

*Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, 84. Sobre *fides* en este ámbito, v. A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, 57.

<sup>30</sup> Cuando la *fiducia* queda sancionada *iure civili*, la *obligatio fiduciae* es *restituere* y no *red-dere*. Sobre esto v. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, II. *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983, 43 nt. 52 *bis*.

<sup>31</sup> Boeth. *Ad Top. Cic.* 4,10,41. Véase, sobre este texto, F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012 (rist. 2014), 40-43.

<sup>32</sup> También existió la *fiducia* sin desplazamiento como se desprende de Gai. 2,60. Afirma P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. III. *Diritti reali*, Milano, 1933, 198 que el deudor que transmitía la cosa al acreedor formalmente en propiedad, pero realmente en garantía de su deuda, solía impetrar de la concesión precaria de la cosa, con lo que podía mantener, al menos, el precario. También A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* II cit., 109 que explica que al no ser la *mancipatio* (o, si cabe, la *in iure cessio*) un negocio posesorio sino que de efectos dominicales, el *dans* podía mantener el arrendamiento o el precario de la cosa.

<sup>33</sup> F. SAMPER, *Derecho romano* cit., 343 ss.; afirma este autor que en derecho antiguo (pero ya convertida en contrato) debió de haber existido una acción especial para este negocio, probablemente la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, origen de todos los juicios causados; sobre la posible aplicabilidad de la *condictio*, v. A. D'ORS, *Recensión* a A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* cit., en *Iura* 1, 1950, 422 fin. Sobre la analogía de la fiducia con la *datio ob causam* y las acciones crediticias que se habrían generado, v. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997, § 464. En todo caso, el sentido originario de *creditum* (= entrega con seguridad de restitución de lo dado) no cuadra con la entrega sometida a la sola *fides* o palabra empeñada del *accipiens*, por lo que pensamos que la *fiducia* como negocio no puede haber quedado en su origen sometida a ninguna de las acciones de la ley, salvo que se conjeturase sobre una acción *in fidem*, del todo improbable (con todo v. W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Florida, 1921, 429). Sobre el sentido originario de *creditum*, v. A. CASTRESANA, *Reflexión sobre la significación jurídica de auctoritas, credere y pontifex en las etimologías de A. Pariente*, en *BIDR* 91, 1988, 435-437.

<sup>34</sup> Dice A. D'ORS, *Derecho Privado Romano* cit. § 464, que la fiducia se hallaba a la cabeza de la serie de acciones contractuales. Sobre la fiducia como contrato, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* vol. II, Padova, 1963, 12 s.; una lista de juicios con cláusula *ex fide bona* (según la buena fe), atribuida a Quinto Mucio Scévola el pontífice, en *Cic., De off.* 3,17,70; sobre este texto cfr. P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*, *Il contenuto dell'obligatio*, vol. I, Milano, 1969 65 s.; otros textos en p. 65 nt. 67; sobre la fiducia v. N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I, *Le nuncupationes*, Napoli, 1979, 15 nt. 9 y 16 ss.; sobre la *fiducia cum creditore*, en particular, v. A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., §§ 464 y 465.



contexto, la ‘obligación fiduciaria’ propiamente tal, nace de un acto complementario y anexo a la *mancipatio fiduciae causa*, bilateralmente acordado entre el *dans* y el *accipiens* que se denomina *pactum fiduciae*<sup>35</sup>. Con ello, la obligación se hace exigible civilmente por medio de una acción de buena fe.

Aun cuando existieron dos clases de fiducia, como apuntan los autores siguiendo a Gayo<sup>36</sup>, es conveniente recoger, en parte, la objeción de Grosso en cuanto afirma – al comentar una monografía de Erbe –, que el estudio de este contrato hace necesario el análisis conjunto, y no particular, de ambas formas negociales<sup>37</sup>. Es así como, aun cuando en esta sede nos interesa la *fiducia cum creditore* y no la modalidad *cum amico*, algunas de las afirmaciones que haremos, especialmente en relación con el *pactum fiduciae* que delimita el contenido del contrato, son aplicables a ambos tipos de fiducia.

La *fiducia cum creditore* es una institución contractual de garantía caracterizada por una transferencia dominical<sup>38</sup> de *res Mancipi*<sup>39</sup> a favor del *creditor*, quien la adquiere por medio de un modo solemne, corrientemente una *mancipatio*, aun cuando bien puede servir la *in iure cessio*<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* I cit., 22 nt. 28 y 29 y EAD., *La struttura del negozio della fiducia* II cit., 50 con relación a la interpretación de Isid. orig. 5,25,23. Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* II cit., 9. Para el contenido del *pactum fiduciae*, como delimitador de la obligación fiduciaria, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 51.

<sup>36</sup> Gai. 2,60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.*

<sup>37</sup> G. GROSSO, *Recensión a W. ERBE, Die Fiduzia in römischen Recht*, en SDHI 7, 1941, 426 s.

<sup>38</sup> Para A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 464, en el caso de la *fiducia cum creditore* la causa con la que adquiere el fiduciario es una *causa credendi*. Cfr., sin embargo, § 170 nt. 6, donde afirma, «No en la *fiducia*, pues ésta requiere el negocio abstracto de la *mancipatio* o la *in iure cessio*». La *fiducia* es un acto solemne de transferencia de la propiedad con efecto real inmediato. Sin embargo, la *fiducia* en cuanto contrato no es una *iusta causa traditionis* ni *usucapionis*. Por el hecho de ser la *mancipatio* un acto abstracto, no puede hablarse, técnicamente, de *iusta causa* para su operación. En este tipo de actos, sabemos, la causa subyace, aunque no debe probarse. Ello no significa, empero, que la *mancipatio* o la *in iure cessio* carezcan de causa, sino que ella no es relevante para los efectos mancipatorios; v. también N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* I cit., 22 ss.

<sup>39</sup> Aunque no es completamente pacífico que la cosa que es objeto de una *mancipatio* deba ser necesariamente una *res Mancipi*. Sobre esto v., especialmente, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I cit., 15 ss.

<sup>40</sup> Sobre la posibilidad de contraer *fiducia* por medio de una *in iure cessio* v. Gai. 2,59 y 3,201 que menciona expresamente esta opción. Al respecto v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I cit., 6-13 y 15 ss., con el *status quaestionis*; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* II cit., 43 nt. 54; cfr. Isid. orig. 5,25,23: *fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*. Cfr. Boeth. *Ad Top. Cic.* 4,10,41 que, por ejemplo, no menciona la *in iure cessio*. Para la *in iure cessio* en general como medio alternativo a la *mancipatio*, v. Gai. 2,22: *idem valet et in iure cessio*, (por adición, es verdad, de GOESCHEN); para el supuesto ‘deseuetudo’ de

El contenido del contrato de *fiducia cum creditore* comporta que el fiduciante entrega en propiedad la cosa al fiduciario con el objeto de garantizar el pago de una deuda, normalmente un mutuo<sup>41</sup>. El fiduciario, como contrapartida, queda obligado – civil y no sólo fiduciariamente<sup>42</sup> –, a restituir la propiedad de la cosa una vez que el crédito quede satisfecho<sup>43</sup>. En este sentido, resulta razonable que la *mancipatio fiduciae causa* pudiese albergar una declaración preceptiva de aquellas que solían acompañar a estos negocios, y una de éstas podría haber sido una *lex* denominada *lex commissoria*. Por medio de ésta, el acreedor de la obligación principal renunciaba definitivamente a reclamar la cosa que había entregado en fiducia si es que no pagaba el crédito. Pero el asunto no es tan sencillo. En efecto, el fiduciante es, a su vez, acreedor. Además, no cabe duda de que la propiedad de la cosa entregada se transfiere por medio del modo solemne (*mancipatio*) inmediatamente al fiduciario.

En consecuencia, la declaración preceptiva del fiduciante (*mancipio dans*) sólo puede decir relación con su calidad de acreedor de la obligación nacida *fiducia causa* pues es la única posición que goza, y justamente por ello la puede renunciar, aunque sea condicionalmente. Analicemos el asunto con detención.

Nos parece que una cosa es la disposición abstracta de la propiedad por medio de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, y otra muy diversa es el hecho de que las partes juntas o separadamente puedan delimitar sus relaciones futuras en relación con la cosa entregada, por medio de un *pactum fiduciae*<sup>44</sup>. En ese ámbito propio del derecho de obligaciones, y no en relación con el dominio, es donde se debe enmarcar la posibilidad que tiene el *dans* para renunciar condicionalmente a su calidad de acreedor, esto es, en definitiva, para renunciar al ejercicio de la *actio fiduciae*.

En efecto, en el caso de la *fiducia*, tal como ocurre en otras instituciones, los efectos de la propiedad y los de las obligaciones corren por vertientes diversas. La cosa ya había pasado a la propiedad del *accipiens* aun cuando éste mismo, a su vez, la deba. Al *dans* no le legitiman acciones *in rem*, puesto que el fiduciante no es ni dueño ni poseedor civil de la cosa dado que ha transferido la cosa al *accipiens*.

la *in iure cessio*, v. Gai. 2,25 y P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I cit., 15. También véase, con cita a Cic. *pro Flacco* 21,51, F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico* cit., 48.

<sup>41</sup> Es la interpretación de Isid. *orig.* 5,25,23: *Fiducia est, cum aliqua... mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*.

<sup>42</sup> A. CASTRESANA, *Fides, bona fides* cit., 71 s.

<sup>43</sup> El *creditor* adquiere los frutos y cualquier otro provecho de la cosa. Ahora bien, en el caso de tener que restituir, deberá también los frutos y provechos y con ello se evita el enriquecimiento injusto. Esta es la posición de A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* cit., 116.

<sup>44</sup> A. D'ORS, *Recensión* a A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., en *Iura* 1, 1950, 422 afirma: «El *pactum fiduciae* es algo agregado a la *mancipatio fiduciae causa*: no queda incluida en ella».



### 5. Naturaleza de esta lex commissoria

La renuncia condicional a la calidad de acreedor para el caso de no satisfacerse la deuda principal puede identificarse perfectamente con una idea de *lex commissoria* en una *mancipatio fiduciae causa* pues se limita a extinguir (también condicionalmente) la obligación de restituir que había nacido a favor del fiduciario. Así, como cualquiera de las *leges Mancipi* o también llamadas *leges in Mancipio dictae*, la *lex commissoria* modifica los *verba sollemnia* de una *mancipatio*<sup>45</sup>.

Mediante la declaración de esta *lex*, el *accipiens* queda facultado para retener definitivamente la cosa (*committere*), sin que le quepa al *dans* la posibilidad de demandar ni real ni personalmente en el caso de no pagar al acreedor la obligación principal.

Como toda renuncia, la renuncia a pedir la cosa *ex iure civili*, esto es, la renuncia a ejercer la *actio fiduciae*, debe estructurarse unilateralmente. En efecto, no se ve en qué medida podría participar el *accipiens* en la disposición potestativa y renunciativa del *dans* o fiduciante. Tampoco se ve cómo la voluntad del *accipiens* pudiera ser jurídicamente relevante si, de hecho, participara en la renuncia<sup>46</sup>. Así, las declaraciones preceptivas hechas en el marco de una *mancipatio* más bien son impuestas a la contraparte con carácter de *lex* y es justamente por ello que los efectos le alcanzan<sup>47</sup>. En efecto, y aun cuando la *lex commissoria* se encuentra enmarcada en un acto perfectamente bilateral como es la *mancipatio* que da cuenta de la celebración de una *fiducia cum creditore*<sup>48</sup>, la *lex commissoria* aparece, como todas las *leges* de este tipo, con una estructura unilateral pues sólo cabe al fiduciante, y a nadie más, disponer de una cosa que se le debe<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Para la idea de una *lex commissoria* como una *lex dicta*, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 13. Sobre el concepto de *lex Mancipi* y su funcionamiento v., por ahora, N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* I cit., 48 «...e fra essi di fondamentale importanza appaiono le *nuncupationes* o *leges Mancipi*, che inserendosi nel formulario stesso della *mancipatio* la determinerebbero nel suo contenuto intrinseco e provocherebbero l'accoglimento di una manifestazione unilaterale di volontà, non solo necessaria da un punto di vista sostanziale a produrre l'effetto voluto, ma anche tesa a temperare il formalismo della *mancipatio* stessa attraverso l'introduzione di clausole, che modificherebbero i suoi *verba sollemnia*» Para las dos teorías (amplia y restrictiva) sobre el contenido de las *nuncupationes*, v. 53 s. y EAD., *La struttura del negozio della fiducia* II cit., 154; para una asimilación entre *nuncupationes* y *leges Mancipii*, v. S. RANDAZZO, *Leges Mancipii* cit., 62 ss.

<sup>46</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 13 nt. 3 considera esta posición como hipotética.

<sup>47</sup> A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto* cit., 121.

<sup>48</sup> No decimos con esto que la *mancipatio* sea un acto de violencia unilateral, como ha sido afirmado por autores como Jhering y Kaser (v. G. DIÓSDI, *Ownership in ancient and preclassical Roman Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, 67 s.), sino que limitamos nuestra afirmación solamente a la *lex commissoria*.

<sup>49</sup> Sobre la unilateralidad o bilateralidad de las *leges*, F. CANCELLI, *L'origine del contratto* cit., 45 n° 105]. Para la *lex commissoria* (y el *ius vendendi*) como acuerdo que hace surgir la facultad de obtener la retención del *pignus*, v. U. RATTI, *Sull'accessorietà del pignus e sul ius vendendi del credito-*

Sin embargo, aun existiría la posibilidad, al menos ideal, de considerar la *lex commissoria* como un *pactum* y no como una *lex privata* o *lex dicta*<sup>50</sup>. Esto puede verse reforzado por la confusión que suele denunciar la doctrina respecto de estas dos instituciones, y acaso el tránsito histórico desde una a otra<sup>51</sup>.

En efecto, la sola idea de *pactum* implica la presencia y voluntad de, al menos, dos personas en relación con un objeto determinado<sup>52</sup>.

D. 2,14,1,2 Ulp. 4 ad ed. *Et est pactio duorum plurimve in idem placitum consensus.*

La *lex*, en cambio, en todas sus clases y formas, no necesita una doble estructura consensual. A nuestro juicio, el apelativo de *lex* presente en la locución *lex commissoria* no puede ser casual y ello, desde luego, conspira contra una posible teoría del *pactum*. Como hemos dicho, la *lex commissoria* se configura dentro de una *mancipatio fideiucie causae* a la manera de una *lex in mancipio dicta* o también llamada *lex privata* y ella debe identificarse con un acto renunciativo. Si bien es cierto que la doctrina ha hablado de una especie de pactos llamados ‘pactos renunciativos’<sup>53</sup> y las fuentes nos hablan de pactos en los que se renuncia al ejer-

*re pignoratizio*. Studio di diritto romano, Macerata, 1927, rist. Antiqua 34, Napoli, 1985; también para A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 92, la *lex commissoria* es fruto de un acuerdo entre las partes y en esto la opone a la *impetratio dominii* de D. 13,7,24 pr., que califica como una imposición unilateral. V. A. D’ORS, *Derecho privado romano* cit. § 414 nt. 3 y P. FREZZA, *Le garanzie* II cit., 44.

<sup>50</sup> Sobre la diferencia estructural de *lex dicta* o *data* y *pactum*, v. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto* cit., 121. Para las diferencias entre *lex* y *pactum*, v. A. D’ORS, *Derecho privado romano* cit., § 33. Para X. D’ORS, *Antología de textos jurídicos de Roma* cit., 227 nt. 114, entre muchos otros autores, la *lex commissoria* es un pacto.

<sup>51</sup> R. DURÁN RIVACOBA, *La propiedad en garantía. La prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, 17. La confusión entre *lex* y *pactum* y *condicio* se observa, por ejemplo, en el caso de las llamadas *leges venditionis* del contrato de compraventa, repartidas en D. 18,1,22 Ulp. 28 ad Sab.; D.18,1,33 Pomp. 33 ad Sab.; D.18,1,60 Marcell. 6 dig.; D.18,1,78 pr. Lab. 4 post. a lav.; D.19,1,13,14 Ulp. 32 ad ed.; para el tránsito de *lex dicta* a *condicta* y, por ello, de *lex* a modalidad negocial, v. F. CANCELLI, *L’origine del contratto* cit., 42 ss.; sobre las arras penitenciales como *leges venditionis*, v. M. TALAMANCA, *L’arra della compravendita* cit., 61. Por ejemplo, pensamos que A. BISCARDI, *Sul concetto romano di lex*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. I, Madrid, 1988, 158 asimila demasiado *pactum* a *lex privata*.

<sup>52</sup> Sobre *pacisci* en general, v. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto* cit., 90 s. Para A. BISCARDI, *La dottrina romana dell’obligatio rei* cit., 46, la expresión ‘*pactum fideiucie*’ y ‘*lex fideiucie*’ parecen análogas. En relación con XII Tab. I,7, v. F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, en *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo repubblicana* (Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Florentina), Napoli, 1998, 151 ss. Con todo, p. 155 en relación con D. 47,22,4 y XII Tab. VIII,7; para las acciones *quae infitiatione duplantur*, que no admiten *pactum*, PS. I, 19,2.

<sup>53</sup> Sobre pactos renunciativos, v. J.M. ALBURQUERQUE, *Historia del pactum antes del edictum: pactum como acto de paz en las XII Tablas*, en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. III, Madrid, 1988, 1116.

cicio de una acción (como D. 2,14,7 13 a 15 todos Ulp. 4 *ad ed.*), ninguno de los ejemplos provistos por Ulpiano puede conectarse con una *mancipatio* y menos con una *mancipatio fiduciae causa* y más bien se refieren a negocios de otra clase.

Pensamos que, si bien la *lex privata* se puede asimilar al *pactum*, tal asimilación refleja sólo una proximidad, pero no una identificación total, pues, en el fondo, se trata de dos instituciones distintas con génesis y efectos no siempre parangonables<sup>54</sup>. Las propias fuentes conocen esta distinción cuando recogen el siguiente texto como una regla de derecho antiguo:

D. 50,17,73,4 Quint. Muc. *lib. sing.* ὁρῶν: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

Tampoco la *lex commissoria* puede ser una *condicio*. En efecto, y acá el argumento tiene base textual muy precisa. Las *mancipationes* y los demás actos legítimos prohibían las condiciones (D. 50,17,77 Pap. 28 *quaest.*). El hecho de que la *lex commissoria* revista forma de *lex* permite superar la objeción de Biscardi<sup>55</sup> que niega la calidad genéticamente ‘condicional’ de esta institución. En efecto, ya hemos visto como las *leges* sí cabían en las *mancipationes*.

Por el mismo hecho de adoptar la forma de una *lex dicta* y no otra, es que la renuncia unilateral del *dans* no queda sujeta a la aprobación negocial del acreedor (*accipiens*) que participa de la *mancipatio fiduciae causae*, aunque los efectos del incumplimiento perfectamente lo pueden alcanzar<sup>56</sup>. La operación de la *lex commissoria* se traduce en que el acreedor principal se libera de la obligación civil de remancipar la cosa al fiduciante, pues se han cumplido los requisitos para retenerla definitivamente (*commisum*). El fiduciante no sólo pierde la acción, sino que consecencialmente también pierde la posibilidad de volver a poseer la cosa civilmente con miras a la *usureceptio* pues, como afirma Gayo, ésta sólo procede si se ha pagado la obligación principal<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Para la evolución de *pactum* en época republicana, y sus diversos sentidos, v. F. STURM, *Il pactum e la sua molteplice applicazione* cit., 155 ss.; Cic. *de inv.* 2,22,68: *Pactum est quod inter aliquos convenit quod iam iustum putatur, ut iuri praestare delicatur* ... Para la raíz y usos de ‘*pactum*’, v. J.M. ALBURQUERQUE, *Historia del pactum* cit., 1109 ss. y 1119 para el uso de *pactum* como ‘acuerdo para evitar sanciones y ejecuciones’ (en relación con Gell. 20,1,46).

<sup>55</sup> A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit., 586.

<sup>56</sup> Cfr. F. CANCELLI, *Origine del contratto* cit., 35: «Nella *mancipatio*, la pronuncia, *nuncupatio*, e la validità quindi del pronunciato, è atto del *mancipio accipiens* ... e non del *mancipio dans* ...». La afirmación de Cancelli se opondría a la consideración de la *lex commissoria* como *nuncupatio*, pero no como *lex mancipi* si es que se entienden como conceptos distintos como hacía Belloci. En efecto, la *lex commissoria* es una renuncia al ejercicio de una acción por parte del *dans*, y ello es plenamente acorde con el carácter estructuralmente unilateral de toda *lex privata*. Cfr. C. BREZZO, *La mancipatio*, Roma, 1972, 121 ss. Para un estado de la cuestión v. S. RANDAZZO, *Leges mancipii* cit., 15 ss.

<sup>57</sup> Sobre la *usureceptio* y su funcionamiento, v. Gai. 2,59 y, especialmente, 2,60.

Nuestra impresión, sin embargo, es que para el caso de la *fiducia*, la *lex commissoria* siempre se estructuró como una *lex privata* y no como un *pactum*, aunque la confusión de las categorías hagan que modernamente se diga ‘pacto comisorio’ sin mayores problemas.

Sin embargo, las razones para considerar que la *lex commissoria* en la *fiducia* es una *lex privata* y no *pactum* o una *condicio* van más allá de la mera denominación de *lex connatural* a la *lex commissoria* y de los efectos que hasta ahora hemos explicado.

Pese a las variadas acepciones, al menos genética y procesalmente, un *pactum* es distinto de una *lex* por cuanto el *pactum* genera (o ‘pare’) una *exceptio pacti*, lo que se suele identificar con los ‘efectos negativos’ del pacto<sup>58</sup>. Por otra parte, la *lex* produce, ordinariamente, efectos de cualquier tipo. Álvaro d’Ors ha sostenido que la *lex commissoria* genera para el pignoratario una *exceptio pacti*<sup>59</sup> cuando se frustraba la condición del pago del crédito principal garantizado con un *pignus*. Ello, como veremos, es válido para el caso del *pignus*, pero no puede afirmarse sin encontrar graves dificultades en el caso de la *fiducia*, pues, entre otras cosas, el fiduciario es titular de la *exceptio iusti dominii*, sin que le sea necesario acudir a un pacto para defender su posición. Más aún, el *pignus* no reconoce como el escenario natural para su gestación a una *mancipatio* o a una *in iure cessio*, que es donde las *leges mancipii* deben evidentemente operar. En efecto, veremos que tratándose del *pignus*, todo indica que la *lex commissoria* más bien debe identificarse con un *pactum*, y no con una *lex*, pero esto definitivamente no ocurre en la *fiducia*. Lejos de ser esta una mera conjetura, esto se puede desprender de Vat. Fragm. 9, que analizaremos más adelante.

En efecto, el pignoratario en su calidad de poseedor natural e interdictal, necesita un medio procesal idóneo para defender su posición cuando se incumple la obligación de pago de la deuda principal, si es que había mediado una *lex commissoria*. En efecto, no vemos cómo podría el pignoratario mutar su posesión natural a posesión civil (o a dominio) sin que medie una *iusta causa* en su favor. Claramente ello se debió lograr adjudicando a la *lex commissoria* efectos de título traslativo. En el caso de la *fiducia*, ello era absolutamente innecesario.

Además, si es que lo la *lex commissoria* hubiese sido un *pactum*, la función pretoria de guardar los pactos, manifestada en D. 2,14,7 Ulp. 4 *ad Ed.*, incluso hubiese permitido al pretor denegar la *actio fiduciae ab initio*<sup>60</sup>. Pero como la *lex commissoria* de la *fiducia cum creditore* es una *lex*, el pretor no denegará la *actio*

<sup>58</sup> Célebres son los pasajes de D. 2,14 en relación con este tema. Así D. 2,14,7,4 Ulp. 4 *ad ed.*: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*; F. SAMPER, *Derecho romano*, Santiago, 2003, 32 dice que la *lex* produce, a diferencia del pacto, efectos ‘positivos’.

<sup>59</sup> A. D’ORS, *Recensión* a A. BURDESE cit., 422 afirma: «frustrada la condición, el acreedor disponía de una *exceptio pacti*...». Para la forma de la *exceptio pacti* (de *non petendo*), v. Gai. 4,119 y 4, 126; v., también, A. RUDORFF, *ed. perp.* § 277.

<sup>60</sup> F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni* cit., 164.

*fiduciae* contra el fiduciario, pero el fiduciante perderá invariablemente frente al fiduciario si es que opone la *exceptio iusti dominii*<sup>61</sup>. Contra esta situación no proceden alegaciones procesales posteriores, pues los efectos dominicales de la fiducia misma hacen innecesaria, además de improcedente, una *exceptio pacti*.

Una cosa muy distinta, pensamos, es la renuncia del fiduciante a su calidad de acreedor (o lo que es lo mismo, a la *actio fiduciae*), después de celebrada la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Esta institución, perfectamente posible, evidentemente no puede identificarse con una *lex mancipii* y, dentro de ellas, menos puede corresponder a una *lex commissoria*. Una renuncia de este tipo, a lo sumo, puede encuadrarse técnicamente en una estipulación o en un negocio de carácter pacticio, como puede ser una transacción con pago de precio<sup>62</sup>, todos institutos de estructura perfectamente bilateral.

En efecto, aun cuando el contenido de la renuncia sea el mismo, los actos que la sostienen son diversos. En estos casos no es posible hablar de *lex commissoria*, pero nada obstaría para llamar, por ejemplo, a tal institución, como ‘pacto comisorio’. Mediante este pacto, las partes acuerdan que el fiduciario quedará procesalmente a salvo, pues cesa la obligación de remancipar la cosa. Sin embargo, la situación es distinta a la que genera la *lex commissoria* pues, como se ve, el fiduciario no queda solamente protegido por una *exceptio iusti dominii*, sino que típicamente en virtud de una *exceptio pacti* que nace de este acuerdo posterior. Con todo, y por las razones que hemos apuntado que dicen relación con la desaparición de la *fiducia*, no existe en las fuentes un registro de un acuerdo de este tipo en relación con esta figura.

## 6. La lex commissoria en el pignus y la causa pro emptore de la usucapión

Las diferencias entre *pignus* y fiducia, tanto en su naturaleza como en sus efectos, saltan a la vista y esto, evidentemente, tiene complejas consecuencias cuando se examina el tránsito de la *lex commissoria* desde una figura a otra<sup>63</sup>. Pero las diferencias son mucho más profundas. En primer lugar, y aunque hemos visto que el tema es discutible, el ámbito original de aplicación de la fiducia se limitaba naturalmente a las *res mancipi*. El *debitor* podía garantizar el pago de la deuda por medio de un *pignus*, en cambio, con cualquier cosa mueble, fuera o no *mancipi*<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> En su caso, también puede fructificar una *exceptio doli* general como supletoria no a la *exceptio pacti* como en D. 2,14,10,2 Ulp. 4 *ad ed.*, sino a la de justo dominio.

<sup>62</sup> No una compraventa ni una *datio in solutum* pues no cabe ‘dar’ ni entregar lo que ya se dio o se entregó por medio de un negocio solemne que además es un modo de adquirir.

<sup>63</sup> Sobre *pignus* y fiducia, v. K. VISKY, *Clausole accessorie di garanzie delle obbligazioni nell'epoca di Gaio*, en *Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana*, vol. IV, Perugia, 1981, 490 s. Sobre la traslación de fiducia a *pignus* en las fuentes, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 7

<sup>64</sup> Para A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei cit.*, 51, el objeto originario del *pignus* eran las *res nec mancipi* y sólo con el tiempo se pudo extender a toda clase de cosas muebles.

Desde el punto de vista de la posición jurídica que ostenta uno y otro acreedor principal (fiduciario y pignoratario), el *pignus datum* convierte al pignoratario sólo en poseedor natural que, aunque protegido por interdictos<sup>65</sup>, no puede alcanzar la *usucapio* ni goza de legitimación activa en la *actio Publiciana* ni menos en la reivindicatoria, en tanto la *fiducia* suponía una transferencia dominical. Aun así, la *lex commissoria* debió transitar por extensión desde la *fiducia* hacia la prenda, que es una institución de carácter crediticio, y meramente posesoria. Veremos que esta adaptación presentaría – por razones de forma y de fondo –, diferencias conceptuales relevantes.

En el caso de la *fiducia*, la operación de la *lex commissoria* comportaba que el dominio que ya ostentaba válidamente el fiduciario desde la *mancipatio*, se tornase inexpugnable pues, para el caso del no pago, se extinguía irremediablemente la acción que sancionaba la relación obligacional por la que el fiduciario debía restituir la cosa al fiduciante<sup>66</sup>.

Para la época de la recopilación de las fuentes bajo Justiniano, la *fiducia* había desaparecido del espectro jurídico. Asimismo, la *lex commissoria* que había transitado al *pignus* había sido derogada por decisión imperial hacía ya dos siglos, presumiblemente con el objeto fundamental de evitar la usura escondida tras los créditos garantizados<sup>67</sup>.

C.Th. 3,2,1 (*de commissoria rescindenda*); y C. 8.34.3 pr.: IMPERATOR CONSTANTINUS, *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri* [Const. a. ad pop. <a. 326 d. II kal. febr. Serdicae Constantino a. VII et Constantio c. cons.>].

Esta prohibición oficial trajo como consecuencia que los textos que nos podrían haber dado testimonio del funcionamiento de la *lex commissoria*, en general, no sólo son escasos y oscuros, sino que además resultan poco confiables. Además, la azarosa vida de la *lex commissoria* en la historia del derecho en general hace que la complejidad de la institución aumente considerablemente<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Sobre esta protección v. P. BONFANTE, *Corso* III, cit., 171, 195 y 234; G. BRANCA, *Il possesso come diritto affeolluto*, en *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, vol. III. *Diritto privato*, Padova, 1950, 391.

<sup>66</sup> P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit., 43 « ... l'efficacia propria della *lex commissoria* nella rescissione definitiva del rapporto obbligatorio concluso per mezzo del *pactum fiduciae*, attribuendo al creditore la cosa, e la facoltà di disporre di essa *iure dominii*, senza alcuna limitazione di responsabilità contrattuale, e liberando al tempo stesso il debitore da qualunque delle responsabilità verso il creditore ... ».

<sup>67</sup> B. BIONDI, *Istituzioni* cit., 436 afirma que la *lex commissoria* en el *pignus* habría seguido en uso en oriente después de la prohibición imperial.

<sup>68</sup> Sobre las modificaciones al régimen de la *lex commissoria* anteriores a Justiniano y las propiamente justinianas, v. W.W. BUCKLAND, *A Text book of Roman Law* cit., 474 ss.

Los efectos jurídicos que la *lex commissoria* tenía en la fiducia contractual traslativa de dominio habrían de cambiar necesariamente al ser reemplazado paulatinamente este contrato por una forma más moderna de establecer garantías<sup>69</sup> o *pignus datum*. En el *pignus* se presentan cuestiones distintas ya que esta modalidad de garantía, como hemos advertido, no aparejaba efectos reales adquisitivos de dominio que tenía la *fiducia cum creditore*<sup>70</sup>. Algunos autores, sin embargo, afirman que el *pignus* es histórica y jurídicamente anterior a la misma *fiducia cum creditore*. Estos autores sostienen que en este *pignus* arcaico, la falta de pago de la deuda traía como consecuencia el traspaso del dominio de la garantía al acreedor principal (*Verfallspfand*)<sup>71</sup>. La oscuridad de esta institución no nos permitiría ahondar sobre este tema además de sobrepasar aquello los intereses de este trabajo.

Entre prenda y *fiducia* se presentan diferencias insalvables. Así, en el caso del *pignus*, la *lex commissoria* no podía consistir en una renuncia a la acción contractual que tenía por objeto pedir la restitución *bonae fidei* de la cosa como en la *fiducia*, pues la prenda no es una institución contractual<sup>72</sup>. Más bien la *lex commissoria* en el *pignus* puede identificarse como un verdadero pacto que debe acordarse al hacerse el negocio<sup>73</sup>. En efecto, esta se configura como uno de los préstamos de garantía sancionados mediante una acción especial y pretoria. Tampoco podría decirse que la renuncia tiene carácter de *lex privata* o de *lex in mancipio dicta* como ocurre en la fiducia, pues la prenda no se celebra dentro de una *mancipatio* sino de manera totalmente informal.

### 7. Asimilación de la operación de una *lex commissoria* a la causa pro emptore

Existen algunas huellas en las fuentes que permiten afirmar que los juristas romanos asimilaron la retención del *pignus* en manos del acreedor pignorati-

<sup>69</sup> Sobre este reemplazo, v. B. BIONDI, *Istituzioni* cit., 473 nt. 50; U. RATTI, *Sulla accessorietà del pegno* cit., 35 nt. 2; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 95 ss. También v. A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., § 465 nt. 5.

<sup>70</sup> V. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia* II cit., 80 ss.; sobre el *pignus* dice A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* cit., 50: «Quanto alla sua struttura, la *datio pignoris* consisteva in una *traditio possessionis* e generava un rapporto, che era in sé essenzialmente possessorio: un rapporto che, dal punto di vista della sua struttura dommatica, deve essere posto accanto a rapporti come il sequestro e il possesso precario» (con cita a G. LA PIRA, *La struttura classica del pignus*, en *Studi Cammeo* vol. II, Padova, 1932, 3 ss.). Existe un sector importante de la doctrina que afirma que el *pignus* originario o arcaico tenía carácter dispositivo y, derechamente, carácter comisorio. Sobre esto, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 96 nt. 1 y 110 s.

<sup>71</sup> V. W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht* cit., 52; cfr. G. GROSSO, *Recensión a W. ERBE, Die Fiduzia* cit., en *SDHI* 6, 1961, 426. Para un comentario sobre el tema, v. G. DIÓSDI, *Ownership* cit., 118 s.

<sup>72</sup> El tema, con todo, no es pacífico. Para la inexistencia de una *actio contraria* v. A. D'ORS, *Recensión a A. BURDESE*, cit., 426.

<sup>73</sup> Vat. Fragm. 9.



cio, cuando se había establecido una *lex commissoria* por el no pago de la obligación principal.

El asunto se puede explicar de la siguiente manera: Ticio le pide prestados 100 sesteracios a Cayo. Para garantizar el pago, Ticio deja a Cayo una bandeja de plata en prenda posesoria (*pignoris datio*). Al momento de perfeccionar el negocio pignoraticio, las partes pactan o acuerdan que para el evento incierto de no pagarse la obligación principal (condición de *pecunia non soluta*), Cayo podrá quedarse lícitamente con la prenda.

Como se ve, la situación es compleja desde el punto de vista posesorio y, especialmente, desde el punto de vista de la *iusta causa possessionis vel traditionis*. En efecto, al observar el funcionamiento de la institución arriba descrita resulta natural preguntarse sobre el título o causa con que Cayo puede retener la prenda. Otra pregunta que puede formularse es desde cuándo se entiende que la posesión natural (de 'pignoratario') que ostenta Cayo muta hacia una posición más cómoda (de poseedor civil, o bien, de dueño). Aún más, resulta necesario preguntarse acerca del fundamento y estructura de dicha mutación. Las fuentes nos indican que el problema, igual que en el caso de la *litis aestimatio*, se solucionó recurriendo a la asimilación a la compraventa mediante los giros *similis est venditioni* (D. 6,2,7,1), *emptoris loco habendum est* (D. 25,2,22) y *similis est emptioni* (D. 41.4.3)<sup>74</sup>.

Se ha afirmado sobre la base de D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.*, que para el caso de la retención posesoria del *pignus* en manos del acreedor principal o pignoratario, la *lex commissoria* tiene caracteres de venta. Una asimilación de este tipo, evidentemente, asemejaría su funcionamiento a los contratos más que a los meros préstamos<sup>75</sup>.

Pero existe un segundo problema. Si, por ejemplo, utilizamos el mismo razonamiento que veníamos usando para el caso de la *fiducia*, sería lógico decir que la *lex commissoria* en el *pignus* equivale a una renuncia del pignorante a la *actio pigneraticia in personam*. Ahora bien, tal afirmación debe ponerse en duda. En efecto, la renuncia a una acción como es la *pigneraticia*, no puede traer como consecuencia una mutación de la situación posesoria o dominical del pignoratario desde la posesión natural hacia la posesión civil, ni menos hacia el dominio. Aún así, el asunto es más complejo: si se tratase de una renuncia al ejercicio de una acción, la *lex commissoria* en el *pignus* no podría funcionar coherentemente. En efecto, según opinaba Lenel<sup>76</sup>, el ejercicio de la *actio pigneraticia* presupone

<sup>74</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 114 ss. trata sobre esta asimilación y recoge la analogía que puede presentar ésta con el caso de la *litis aestimatio*. En general véase E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milano, 1934.

<sup>75</sup> F. SAMPER, *Derecho romano cit.*, 312 s., opina que más que prenda este negocio es una venta con entrega inmediata sujeta a un *pactum de retroemendo* para el caso del pago.

<sup>76</sup> O. LENEL, *ed. perp.* § 99; cfr. A. RUDORFF, *ed. perp.* § 100.



siempre el haberse satisfecho la deuda principal (*si pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse...*)<sup>77</sup>. En cambio, la *lex commissoria* presupone la falta de pago de la deuda principal (*pecuniam non solutam*)<sup>78</sup> por lo que el ejercicio de la *actio pigneraticia* sería igualmente imposible por falta de legitimación, se haya o no renunciado a ésta.

Como bien se sabe, el préstamo pretorio (en este caso *pignoris causa*), no tiene la virtualidad de transferir al pignoratario la propiedad de la cosa pignorada<sup>79</sup> pues la *datio pigneraticia* no es una *iusta causa traditionis*, mientras que la *mancipatio fiduciae causa* transfiere *ipso iure* el dominio de la cosa al fiduciario. De ello se puede colegir que la retención definitiva de la cosa pignorada en manos del pignoratario por no pagarse la obligación principal (*lex commissoria* en el *pignus*) no acarrea una adquisición *ipso iure* del dominio. Produce, más bien, una retención posesoria que no tiene una causa jurídicamente válida para conducir al poseedor a la usucapión ni para la legitimación activa en la acción publiciana, salvo que se entienda que dicha retención se pueda asimilar a una compraventa o a otra *iusta causa*.

En efecto, hasta la asimilación jurisprudencial de la *lex commissoria* en el *pignus* con la *emptio venditio*, no vemos cuál podría ser ésta *iusta causa* justificante del cambio en la situación posesoria. Sólo con la asimilación de la *lex commissoria* a la *causa emendi*, el problema de la causa se simplifica por razones de conveniencia, pues se encuentra una causa negocial y *bonae fidei* para sostener la posesión civil o el dominio (causa *pro emptore*) del pignoratario, tal como había ocurrido con el caso de la *litis aestimatio*.

## 8. La base textual general

El asunto de la asimilación de la retención de la garantía real por *lex commissoria* aparece en las fuentes, primeramente, a propósito del tratamiento especial de la prenda y la hipoteca (D. 20,1 *De pignoribus et hypothecis et qualiter ea con-*

<sup>77</sup> El presupuesto básico de esta acción puede verse en D. 13,7,9,3 Ulp. 28 *ad ed.* cuyo texto Lenel (*Pal.* II 583,809) ubica en relación con la *actio pigneraticia*. V. también D. 13,7,10 Gai. 9 *ad ed. prov.*

<sup>78</sup> Una aparente excepción en D. 13,7,9,5 Ulp. 28 *ad ed.* pero que igualmente supone pagar la deuda principal en el juicio (*in iudicium*); en cualquier caso este pago debe, más que *in iudicium*, hacerse *in iure*, esto es *ante litem contestatam*, pues de lo contrario no resultará comprobada la hipótesis de la fórmula. Esto puede, a su vez extraerse de la cita posterior (en la *Palingenesia*) que es D. 13,7,11: *Solutum non videtur si lis contestata cum debitore sit de ipso debito...* (V. O. LENEL, *Pal.* II 584, 809).

<sup>79</sup> D. 13,7,35,1 Flor. 8 *inst.*; D. 13,7,9,2 Ulp. 28 *ad ed.*: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit...*; D. 50,16,238,2; Gai. 6 *XII Tab.*; C. 4,24,9; v. F. CUENA BOY, *Emptio suae rei*, en *BIDR* 91, 1988, 686 nt. 34. Sobre la falta de verdadero *credittum* en los préstamos pretorios v. A. CASTRESANA, *Reflexión sobre la significación jurídica de auctoritas cit.*, 437. Para la ampliación del concepto de *credittum* a las cosas entregadas a la *fides* ajena, v. D. 12,1,1 Ulp. 26 *ad ed.*

*trahantur et de pactis eorum*). El texto propiamente tal está, a su vez, tomado de la obra del jurista Marciano, concretamente de su tratado singular sobre estas mismas garantías reales (*lib. sing. ad form. hypoth.*).

En dicho texto, Marciano considera lícita la posición del acreedor principal que retiene definitivamente la cosa pignorada cuando la obligación principal no le era satisfecha en tiempo y forma. Es más, el fragmento afirma que la causa de dicha retención posesoria presenta los caracteres de una compraventa condicional, o de algo muy similar a esta institución (*quodammodo condicionalis venditio*)<sup>80</sup>.

Además del texto de Marciano, esta misma idea puede rastrearse en Vat. Fragm. 9, aparentemente tomado de Papiniano.

Nos parece que los dos textos constituyen la base para explicar coherentemente este asunto. Además, existe un fragmento del jurista Cervidio Scaevola que parece recoger la idea de la asimilación de la retención de la garantía en manos del acreedor, aunque en este caso por una vía más larga, cual es la liberación del deudor pignoraticio por el pago de la obligación hecho por el fiador, que por tal pago se convierte en dueño *emptonis causa*.

### 9. *Análisis particular*

A continuación, entraremos al análisis más particular del asunto, comenzando con el texto que, a nuestro juicio, mejor señala el funcionamiento de la asimilación entre compraventa y retención por *lex commissoria*. Transcribiremos, para mayor facilidad expositiva, el texto de Marciano:

D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.*: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris*<sup>81</sup> *possideat rem iusto pretio tunc aestimandam*<sup>82</sup>: *hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Si analizamos cuidadosamente la parte del texto *Potest ... aestimandam*, nos podremos dar cuenta que Marciano no afirmaba que el acto subyacente detrás de la operación de esta *lex commissoria* haya sido derechamente una compraventa. Marciano, sin entrar a calificar el negocio, se refería a la ‘posición’ en que quedaba el acreedor principal tras verificarse la condición de *pecunia non soluta*. En

<sup>80</sup> La cuestión no es pacífica, debido a que algunos autores entienden que Marciano no trata en este caso precisamente de una *lex commissoria* sino de otra institución. Al respecto v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 119 s. quien considera esta institución como una ‘convención análoga’ a la *lex commissoria* y no una *lex commissoria* propiamente tal.

<sup>81</sup> La Edición *Vulgata* y la de Haloandro no dicen *iure emptoris* sino dicen *iure emptionis*.

<sup>82</sup> O. LENEL, *Pal. I*, 649-29 n. 2; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law* cit., 474 consideran probablemente itp., *iusto ... aestimandam*; también A. D’ORS, *Derecho privado romano* cit., § 426 nt. 2.

efecto, el jurista en vez de usar los giros *similis emptionis causa* o *loco emptoris* que se utilizaron a propósito de la asimilación de la compraventa y la *litis aestimatio*, prefiere una expresión distinta, acaso más técnica. Marciano habla de una posesión *iure emptoris*.

Antes de entrar al análisis y los efectos que esta asimilación pudiera tener, es necesario resaltar que la cuestión terminológica no puede ser mirada en menos. En efecto, una retención *iure emptoris* significa, al menos para el caso del *pignus datum*, que el pignoratario puede mantener lícitamente la posesión de la cosa fundado en una 'justa posición' que antes no ostentaba<sup>83</sup>. Esta posición justa es nada menos que la misma que tienen los compradores (*iure emptoris possideat rem*).

También debe llamar la atención la referencia expresa a la hipoteca que Marciano hace en la primera parte del texto (*pignoris datio hypothecaeve*). La institución hipotecaria de garantía, como se sabe, carece de desplazamiento posesorio<sup>84</sup> y, por ello, no puede transformar al pignoratario en poseedor del *pignus*, a ningún título. En este caso, a falta de posesión primigenia por parte del *creditor*<sup>85</sup>, mal puede pensarse en una mutación de causa posesoria de ninguna especie. Por esta razón nos inclinamos a pensar que la referencia al *pignus conventum* puede ser una interpolación. Ello, además, concuerda perfectamente con lo que se suele decir en la doctrina cada vez que se encuentra la expresión *pignus hypothecaeve*<sup>86</sup>.

Para autores como Burdese, efectivamente pudo existir una *lex commissoria* en el *pignus conventum*. En ese sentido afirma que el incumplimiento de la obligación de pagar la deuda permitía al acreedor la disposición de los medios procesales y de favorecerse con sus eventuales *condemnationes*. Sin embargo, nos cuesta imaginar que el acreedor pueda ejercer la *reivindicatio* a falta de *traditio* dominical en su favor, ni la acción Publiciana a falta de posesión civil. Acaso podría intentarse la primera entendiendo que por causa de la *lex commissoria* operó en su favor una adquisición dominical ficta (*traditio brevi manu*), la que sólo serviría, empero, para legitimar al *creditor* en la *reivindicatio* en el caso de las *res nec mancipi*, pues esta clase de tradición no transfiere el dominio de las cosas mancipables.

<sup>83</sup> Sobre *ius* como 'justa posición', v. A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, Milano, 1953, 283 s.; F. SAMPER, *Derecho romano* cit., 28.

<sup>84</sup> Sobre la hipoteca o *pignus conventum*, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* II cit, 8 ss.; A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., §§ 418 s.; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit., 150 ss.

<sup>85</sup> Para la terminología *debitor* y *creditor*, tanto como *is qui fiduciam dedit* y *is qui fiduciam accepit*, v. A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit., 20 s.

<sup>86</sup> Sobre este asunto, v. A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., § 418 nt. 1. V., también, A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 113 s. y 120. Sobre la *actio Serviana* y su fórmula *in factum* (presuntamente con cláusula arbitraria), v. O. LENEL, *Ed. Perp.*, 473 ss. y E. CARRELLI, *Sulla accessorietà del pegno* cit. 5 ss.

Ahora bien, el *creditor* goza de legitimación activa en la *actio Serviana*, lo que tornaría una *lex commissoria* en algo completamente inútil, pues gozaba de tutela real de todas maneras. Lo mismo respecto del interdicto Salviano.

En fin, producto de las críticas mencionadas, juzgamos que de la primera parte del texto recogido, sólo *si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem* puede seguir en pie como segura, y en tal carácter es susceptible de aplicación a las demás garantías reales que sí cuentan con desplazamiento posesorio pero no a la hipoteca.

Si seguimos adelante con el análisis del texto, veremos que Marciano asimila derechamente la *lex commissoria* a una compraventa ‘de alguna manera’ condicional (*hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*). A nuestro juicio esta equiparación no debe ser aceptada sin crítica, pues refleja una concepción tardía del enunciado *iure emptionis possideat*. En efecto, el subfragmento *hoc ... venditio* permite suponer que, en algún momento determinado, la prenda de efecto comisorio transitó efectivamente hacia la compraventa misma, sin referencia al *ius emptionis* reconocido al acreedor. Dicha compraventa era, sin embargo, condicional. Esta forma de ver la institución es claramente distinta de lo expresado por Marciano en la primera parte del texto y, en consecuencia, debe considerarse probablemente interpolada, particularmente por la falta de coherencia lógica que acarrearía su aplicación<sup>87</sup>.

Resta ahora por verificar si lo dicho para D. 20,1,16,9 concuerda con lo que se puede desprender del segundo texto que citábamos como fundante de la asimilación entre la operación de una *lex commissoria* y una compraventa:

Vat. Fragm. 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia feneratoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*

De la simple lectura de este texto, no puede caber duda que el autor (probablemente Papiniano), se está refiriendo al *pignus datum* y no a otra clase de garantía real. En este entendido, se sostiene que el acreedor (*creditor*), puede comprar válidamente la prenda a su deudor (*debitor*). Además, el fragmento afirma que esta venta puede ser acordada al inicio del contrato, o bien después. Nos interesa la presunta compraventa que se pacta al momento de hacerse el contrato (*in exordio contractus*).

Esta supuesta compraventa *in exordio contractus* se conviene entre *creditor* y *debitor* para el caso futuro e incierto en que no se llegue a pagar la obligación prin-

<sup>87</sup> Es justamente la frase *iusto pretio... rescipserunt* la que ha dado lugar a mayor cantidad de dudas interpolacionísticas. Sobre esto, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 121; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali cit.*, 191.

cipal, pudiendo el acreedor retener la cosa en dominio, fundado en la justa posición derivada de la compra (*iure empti*).

Una visión similar, del propio Papiniano pero referida, a nuestro juicio sólo a convenciones posteriores a la gestación de la prenda la revela Trifonino. Se trata de un caso similar al anterior, que viene acaso a confirmarlo:

D. 20,5,12 pr. Tryph. 8 *disp.*: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*

Este fragmento nos dice poco<sup>88</sup>. Sin embargo, al igual como ocurría con Vat. Fragm. 9, se puede observar que para Trifonino es lícito al acreedor comprar la prenda al deudor. Ahora bien, el jurista simplemente lo afirma, pero no nos informa sobre la forma que debe revestir esa compra (*in exordio contractus* o *postea*). Con todo, el texto nos otorga un dato cronológicamente útil que es la existencia de un rescripto imperial que decía relación con el *pignus*, debido intelectualmente a Papiniano. Este rescripto, permitía que el acreedor pignoraticio pudiese comprar válidamente la prenda al deudor pignorante, lo que no podría suceder, por ejemplo, en la *fiducia* debido a que el fiduciario es dueño y ya sabemos que la compra de cosa propia no existe.

Tal parece que Vat. Fragm. 9, arriba citado, permite que la cuestión se comience a ver bastante más clara. Ocurre que en el caso del *pignus*, afirma este texto, las partes pueden perfectamente acordar al inicio del negocio que, de cumplirse la condición de *pecunia non soluta*, el acreedor principal podrá retener la cosa como si la hubiese comprado (*creditor iure empti dominium retineat*). Tal retención sería, además, en dominio.

En el ámbito de los conceptos, la renuncia unilateral del dueño y deudor a reclamar la cosa que es suya no instala al acreedor pignoraticio en una mejor posición posesoria que la que originalmente tenía, que es la del simple poseedor natural<sup>89</sup>. En ese mismo orden de ideas, resulta claro que sólo tras la correcta operación de una *iusta causa* podrá el acreedor pignoraticio mutar su posesión hacia una verdadera posesión civil. Además, para el caso de permitirlo la calidad de la cosa, esto es, que se trate de una *res nec mancipi*, y que estén presentes los requisi-

<sup>88</sup> Además de D. 20,5,12 Tryph. 8 *disp.*, para respaldar esta afirmación existe un texto casi contemporáneo de Q. Cervidio Scaevola maestro de Trifonino y *praefectus vigilum* en el 175 v. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, 347 *addenda*), en D. 18,1,81 pr. Scaev. 7 *dig.* En este texto se considera que el fiador no liberado por el deudor principal puede retener *pro emptore* la cosa pignorada al acreedor si es que paga la deuda principal. Evidentemente, el caso es distinto, pero da igualmente cuenta de un tránsito a la causa *pro emptore* por el hecho de un pago. Sobre este texto, v. A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit., 580 y 585; v. también D. 13,7,39 Mod. 4 *resp.*

<sup>89</sup> Diverso de lo que ocurría con la fiducia, donde el fiduciario era dueño y los efectos de la renuncia no eran reales sino de extinción de una acción meramente personal, sin mutar la *causa possidendi*.

tos mínimos de la transferencia dominical (*potestas alienandi*), la posesión natural podría mutar válidamente hacia el dominio.

A falta de *iusta causa*, el pignoratario seguiría reteniendo el *pignus* como simple poseedor natural, aunque goza de la *exceptio doli* general en contra del pignorante que pretendiera reivindicar la cosa pignorada. Esta excepción, sin embargo, la tiene no en virtud de una *iusta causa pro emptore*, en cuyo caso tendría acaso la *exceptio rei venditae et traditae*, sino por aplicación de la regla de lógica de que a nadie es lícito venir en contra de sus propios actos. Si la asimilación a la *causa emendi* no hubiese existido, la posición del pignoratario sólo sería oponible al pignorante y no a terceros, pues no hubiese ostentado jamás una mejor preferencia posesoria fundada en una justa causa<sup>90</sup>. Asimismo, estaría desprovisto de los recursos propios de los compradores.

Como puede apreciarse, un acto unilateral renunciativo del pignorante, que consiste en abstenerse de reclamar la cosa dada en prenda si es que no paga, no tiene conceptualmente efectos posesorios relevantes, pues no puede identificarse en tal renuncia ninguna de las *iustae causae* originales que facultan para tener una cosa en calidad de dueño o de poseedor civil bonitario.

Enfrentados a una situación conceptualmente compleja como ésta, los juristas se habrían visto en la necesidad de buscar, acomodaticiamente, una causa posesoria justa que le garantizara a dicho poseedor incausado, a lo menos, la acción Publiciana y la *exceptio rei venditae et traditae*, vistiendo asimismo al pignoratario con un manto de buena fe del que antes carecía por completo. Ello trae como consecuencia que se acepte la retención de la cosa pignorada por *lex commissoria* como una situación no unilateral renunciativa sino que pacticia. Con ello el *pignus* con *lex commissoria* transita hacia un acto 'acordado' y condicional de disposición, con estructura claramente bilateral. Por esta misma asimilación *iure emptoris* revelada por Marciano y refrendada por Papiniano, la institución de la *lex commissoria* puede entenderse como una especie de retención posesoria con *iusta causa*. Esta estructura no estrictamente contractual, puede fácilmente asimilarse a la compraventa, que es el negocio de buena fe por antonomasia, que además configura una *iusta causa* de posesión civil y de usucapión.

Evidentemente no se trata en el caso del *pignus* de una *lex dicta* ni de una *lex Mancipii* como ocurriría presuntamente en la *fiducia*, pues el escenario que funda la prenda posesoria está muy lejos de ser una *in iure cessio* o una *mancipatio*. En este caso, en cambio, estamos frente a un simple préstamo pretorio de garantía, que

<sup>90</sup> Sobre la formulación del principio *non venire contra factum proprium*, v. O. RAFAEL DOMINGO, B. RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas y aforismos jurídicos*, Pamplona, 2000, 135; también este principio, en materia de disposición y propiedad en M. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La transmisión de la propiedad*, Madrid-Barcelona, 1998. 170.

170; véase también, A. BURDESE, *Convalida del pegno e convalida della vendita*, en *Labeo* 6, 1960, 132 ss.

permite la existencia y convivencia con condiciones y pactos mientras no alteren el normal funcionamiento del negocio. Según el testimonio de Vat. Fragm. 9 las partes son libres de pactar desde el principio una venta condicional, que operará eventualmente como *iusta causa* en el caso de no pagarse el crédito garantizado.

Si leemos el texto, además, nos podremos dar cuenta que la referida en Vat. Fragm. 9 no es una *iusta causa usucapionis* sino que derechamente una *iusta causa traditionis*. Ello significa que si la cosa es *nec Mancipi, habilis* y de propiedad del pignorante, se produce la adquisición del dominio por parte del *creditor* o pignoratario.

Como se ve, el texto de Vat. Fragm. 9 concuerda perfectamente con lo expresado por Marciano en D. 20,1,16,9 y ello nos permite deducir que, al menos para el caso del *pignus datum*, la asimilación de la retención de la prenda por *lex commissoria* a la compraventa funcionaba como un principio general.

Finalmente debemos decir que la asimilación a la compraventa a la manera que hacía Marciano en el texto recogido en D. 20,1,16,9 y Papiniano en Vat. Fragm. 9, no puede hacerse coherentemente en el caso de la *fiducia cum creditore* por varias razones y resulta solamente aplicable al *pignus datum*.

En primer lugar, ambos textos están referidos expresamente al *pignus*. El primero de ellos, es más, está escrito por Marciano en un libro que versaba sobre una clase particular de *pignus* (*Liber singularis ad formulam Hypothecariam*). Ello incluso permite decir con alguna certeza que no se trata en este caso de un reemplazo compilatorio de una institución por otra tal como ocurrió en numerosas oportunidades. En cambio, la obra de Marciano de donde está tomado el fragmento, corresponde a una monografía que aparentemente excluye el tratamiento fiduciario en beneficio del *pignus* y la hipoteca exclusivamente. Un argumento similar vale para *Vaticana Fragmenta* que, a pesar de ser una obra que no se caracteriza por su depuración conceptual, está lejos de ser un libro compilatorio como son los escritos justinianeos, en donde el reemplazo textual de *pignus* por *fiducia* se hizo sistemáticamente.

Pero el argumento decisivo para excluir la aplicación de los textos a la *fiducia* dice relación con la transferencia de la propiedad y los efectos reales de la *mancipatio fiduciae causa*. En efecto, en el caso de la *fiducia cum creditore*, la cosa fiduciada se hace de propiedad del *accipiens* desde el momento en que opera el modo solemne de adquirir (*statim*). Como dueño de la cosa, el *accipiens* no podrá comprarla, pues habría de contraer compraventa consigo mismo.

Los efectos de la *lex commissoria* en la *fiducia*, como se ve, son puramente obligacionales, en cuanto se hace efectiva una renuncia unilateral a la *actio fiduciae*, extinguiendo la calidad de acreedor del *dans* para el caso del no pago. Sin embargo, no porque ello ocurra, se muta la causa de la adquisición del dominio o de la posesión civil. Por el contrario, en el caso del *pignus datum*, los efectos de la *lex commissoria* no son meramente obligacionales. Se trata, en cambio, de efec-



tos de corte real, manifestados en el tránsito de la posesión natural del pignoratorio hacia una posición más preferente o intensa. En el *pignus*, el pignoratorio no se había hecho dueño por medio de la *pignoris datio*, sino que sólo poseedor natural. En tal calidad, la falta de pago de la obligación principal no es equiparable a la posición del fiduciario y se debe haber hecho absolutamente necesario buscar una causa de posesión, usucapión o incluso de tradición para validar la posesión del pignoratorio frente a terceros.

Por todo lo anteriores es que pensamos que la jurisprudencia, acudiendo a necesidades prácticas, hubo de recurrir a la operación de una *iusta causa* asimilada en favor del *creditor*, simulando que había comprado la prenda de manos del pignorante (*iure emptoris*). Ello, al contrario de lo que ocurría en la *fiducia*, en donde la compra de la cosa sería paradójal, pues pertenece al *accipiens* en virtud de la *mancipatio*, es plenamente válido en el *pignus*, tal como se desprende, aunque para otros efectos, de Vat. Fragm. 9: ... *Creditore a debitore pignus recte emit*.

Como puede verse, el jurista Marciano usa casi las mismas palabras que Papiniano y, en especial el ablativo *iure*, lo que denota todavía un elevado sentido de la técnica, que no se aprecia, por ejemplo, en la asimilación sustantiva que hacen los compiladores justinianos en la segunda parte del ya citado D. 20,1,16,9 (*hoc enim casu videtur quomodo condicionalis venditio*).

#### 10. Aspectos conclusivos

Con lo que se ha dicho respecto de la *lex commissoria* en general, podemos sostener que esta institución perdió, en algún momento temprano su carácter de *lex privata* renunciativa que la caracterizaba originalmente. En este ámbito, podemos decir que de *lex* sólo conservó el nombre, mantenido incluso en derecho bizantino.

Con la información textual con que contamos, es posible sostener, aunque con carácter de conjetura, que fue el jurista Marciano quien juzgó que la *lex commissoria* no debía entenderse como una mera renuncia a una acción determinada, como nos parece que debió suceder en el caso de la renuncia del *mancipio dans* a la *actio fiduciae*, sino que se trataba propiamente de un acto dispositivo, que situaba al poseedor del *pignus* en posición justa de comprador. Esto habría sido entendido de igual manera por juristas epigonales de la talla de Papiniano.

De esta manera, no pudo tardarse mucho en asimilar la retención comisorio con una institución del derecho sustantivo con nombre propio. Así, se entendió que dicha retención tenía características similares (*quodammodo*) a la *emptio venditio*, aunque condicionada al hecho incierto del no pago de la obligación principal.

Es el nuevo carácter de la *lex commissoria* el que la hace transitar desde aquel acto originalmente unilateral renunciativo presente en la *fiducia*, hacia un verda-



dero negocio jurídico de estructura bilateral asimilable, primero a un simple pacto, y luego a un contrato con nombre propio (*emptio venditio*).

El hecho de acercar la retención posesoria por operación de la *lex commissoria* a una justa posición de comprador, y no a la posición que genera otra clase de contrato o negocio, debe haber obedecido – tal como ocurrió cien años antes en el caso del demandado que pagaba la estimación del litigio – a la necesidad de dispensar la protección de la acción Publiciana a un poseedor que, a pesar de haber sufrido una merma económica importante, carecía de *iusta causa* para sustentar su retención posesoria. Asimismo, al poder basar su posesión en una justa causa, el *creditor* ahora podía usucapir.

En la época anterior a aquella en que la fiducia fuera definitivamente reemplazada por la prenda (Gayo aún la conocía y Juliano también<sup>91</sup>) no era necesario otorgar la protección publiciana al acreedor que retenía la *res Mancipi* dada en garantía, pues este mismo tenía la *exceptio iusti dominii* pues, simplemente, era dueño desde el momento en que había sido celebrada la *mancipatio fiduciae causa*. La protección del dueño (*vindicatio*) es, evidentemente, más intensa que la del simple poseedor (incluso el poseedor civil), por lo que el fiduciario no necesitaba otra protección.

Pero tratándose del *pignus datum*, en aquella misma época el pignoratorio carecía de protección posesoria y dominical *erga omnes*, aun cuando era titular de los interdictos que se concedían al acreedor pignoraticio<sup>92</sup>. Sin embargo, la mera concesión de interdictos y de excepciones generales contra el pignorante no resolvía el problema de la persecución real absoluta del *pignus*, puesto que la posesión que ostenta el pignoratorio es una posesión natural, y tal clase de posesión no puede transitar a posesión civil *ad usucapionem* por la sola voluntad unilateral del poseedor.

La defensa interdictal que podía concederse a los poseedores naturales, por excepción, tampoco solucionaba el problema de la buena fe<sup>93</sup>, ni menos el asunto de la *iusta causa usucapionis* que es, en definitiva, lo más relevante. Mediante la asimilación de la retención por *lex commissoria* en el *pignus* a la compraventa, en primer lugar, se presupone la existencia de la *bona fides* (reciprocidad) y, en

<sup>91</sup> V. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 465 nt. 5. Para la fecha de la aparición del *pignus*, v. ID., *Recensión* a A. BURDESE cit., 424. Sobre el *pignus*, la *fiducia*, y su tratamiento en los Comentarios al Edicto de varios juristas post julianos, v. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* I, cit., 779.

<sup>92</sup> La protección del acreedor pignoraticio es comúnmente clasificada dentro de las posesiones anómalas junto con la del *sequester* y la del precarista; v. P. BONFANTE, *Corso* III cit., 173 y 195. Nada tiene que ver esta protección con el *animus possidendi*, como bien es demostrado por el mismo autor.

<sup>93</sup> Tampoco resolvía la cuestión hacer la aproximación hacia las causas *pro suo* o *pro possessore*, que eran las otras posibilidades.

segundo y más importante, se verifica una *iusta causa usucapionis* a favor del pignoratario, transformándolo en un verdadero poseedor civil.

Finalmente nos parece que la asimilación de la retención del *pignus* por *lex commissoria*, si bien reconoce las mismas razones que las tenidas por Juliano para la asimilación de la *litis aestimatio* a la *emptio venditio* (posibilidad de dispensar defensa publiciana, *exceptio rei venditae et traditae* y considerar la posesión que era incausada, como causada y de buena fe) se debe a la autoría de Papiniano.

## IL CONCETTO DI 'LIMITE' NEL DIRITTO (ROMANO). BREVI RIFLESSIONI

DANILO CECCARELLI MOROLLI

**ABSTRACT:** Il concetto di 'limite' appare intrinseco al diritto stesso. Ciò implica delle riflessioni sulle relazioni tra matematica e diritto; dunque, è possibile applicare il concetto matematico di limite al diritto? Lo studio cerca di approcciare ad una teoria sul fatto che è applicabile un limite filosofico e non già matematico al diritto, per cui negli ordinamenti giuridici esistono limiti del diritto e limiti nel diritto. Il diritto romano ci offre esempi di entrambi ed anche esempi di crisi.

**ABSTRACT:** El concepto de 'límite' parece intrínseco al mismo derecho. Esto implica reflexiones sobre la relación entre matemáticas y derecho; entonces, ¿es posible aplicar el concepto matemático de límite al derecho? El estudio intenta aproximarse a una teoría sobre el hecho de que es aplicable un límite filosófico y no ya matemático al derecho, de manera que en los ordenamientos jurídicos existen límites del derecho y límites en el derecho. El derecho romano nos ofrece ejemplos de ambos y también ejemplos de crisis.

**PAROLE CHIAVE:** limite; diritto; teoria del limite nell'ambito giuridico.

**PALABRAS CLAVE:** límite; derecho; teoría del límite en el alcance jurídico.

**SOMMARIO:** 1. Alcune doverose premesse. – 2. Dalla calcolabilità/incalcolabilità del diritto al concetto di 'limite'. – 3. Inapplicabilità del concetto matematico-analitico di limite nel diritto ed evidenza del concetto di 'limite giuridico'. – 4. Primi appunti per una 'teoria' del limite (giuridico). – 5. Verso una conclusione... aperta.

### 1. Alcune doverose premesse

Il presente scritto scaturisce da alcune riflessioni dovute alla lettura di due interessanti e recenti contributi scientifici, editi da due insigni accademici, quali Tommaso dalla Massara<sup>1</sup> e Rocco Pezzimenti<sup>2</sup>. Entrambi, seppur con approcci differenti e con eterogenee finalità, trattano del problema del 'limite'; il primo, nell'ambito del diritto ed il secondo nella sfera della filosofia della politica.

Tali letture mi hanno quindi indotto a riflettere su come il concetto di limite sia applicabile al diritto ed in particolare al diritto privato romano, leggendolo così in chiave diacronica<sup>3</sup>.

È bene premettere che tale concetto è stato inizialmente tutto matematico ed ha posseduto una lunga storia attraverso i secoli che è impossibile qui ripercorrere. In breve, si può riassumere al massimo dicendo che oggi si definisce (in matematica) limite di una grandezza variabile quella grandezza cui essa tende senza poterla mai eguagliare. Tale idea ci si presenta a più riprese nel calcolo in generale (dall'elementare al più complesso). Il limite può essere superiore o massimo e inferiore o minimo, secondo che la variabile tenda ad esso senza poterlo superare, oppure senza poter essere minore di esso.

Dunque 'limite' è stato poi traslato dalla matematica alla filosofia (es. l'ideale è un limite perché non lo si raggiunge mai completamente)<sup>4</sup>.

Ne consegue che il 'limite' sia applicabile a vari campi del sapere umano e delle scienze: così ad es. in neurologia, per limite di sensazione si intende quel punto al di sotto del quale lo stimolo non produce effetto.

Nel presente scritto si desiderano offrire alcune riflessioni – senza pretesa d'eshaustività, ma in un'ottica d'interdisciplinarietà – su come vi sia una relazione tra 'limite' e diritto.

Tale argomento – è bene premettere – è ovviamente correlato ad un altro, di cui accennerò solo brevemente, ma in via necessaria e strumentale, ossia: la calcolabilità/incalcolabilità del diritto.

<sup>1</sup> T. DALLA MASSARA, *The Law and the Line: The Literary Mirroring of a Paradigm*, in *Pólemos* 12/2, 2018, 233 ss.

<sup>2</sup> R. PEZZIMENTI, *Le ancore della democrazia. Nuova divisione dei poteri, rappresentanza, senso del limite*, Soveria Mannelli, 2020.

<sup>3</sup> L. LANTELLA – E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, 2005.

<sup>4</sup> Ad esempio, KANT denomina 'noumeno' un concetto di limite (*Grenzbegriff*). Nella *Critica della Ragion Pura*, egli asserisce che il noumeno è una cosa in sé stessa considerata come oggetto della ragione, è un *quid* che l'esperienza non può raggiungere, ma è l'inconcepibile qualcosa al di là dei fenomeni.

## 2. Dalla calcolabilità/incalcolabilità del diritto al concetto di 'limite'

Parlare di 'limite' e quindi di concetti matematici, come accennato sopra, comporta inevitabilmente una breve riflessione su di un tema emergente molto discusso, ovvero quello della 'calcolabilità' del diritto.

Il primo che ha posto il problema e che apertamente ha trattato della 'calcolabilità' è stato Max Weber (1864-1920). Egli asserisce, in breve, che la società capitalistica necessita di un diritto calcolabile 'simile ad una macchina'<sup>5</sup> poiché la norma astratta, essendo calata in una fattispecie concreta, diviene così un *continguum* della società capitalistica.

La teoria weberiana, che qui è impossibile riassumere compiutamente, viene ampiamente 'superata' ed in gran parte criticata da un eminente giurista italiano contemporaneo, quale Natalino Irti. Irti – in una sua monografia<sup>6</sup> – stila delle riflessioni particolarmente profonde. In breve, secondo Irti, il diritto non è 'calcolabile' poiché il capitalismo contemporaneo «(...) non calcola più il futuro giuridico (...)»<sup>7</sup>. Inoltre egli afferma che il «(...) caso è un evento *im-prevedibile*, ma *ri-conoscibile*»<sup>8</sup>; questo implica, giustamente, che il diritto si affidi ad un calcolo delle probabilità. D'altronde, il diritto si affida «ad un calcolo di probabilità, tipizzando così gli eventi»<sup>9</sup> e il concetto stesso di 'fattispecie' (*species-facti*) ne sarebbe la prova. Del resto, tale calcolo di probabilità è inevitabile, ad esempio, in ogni questione processuale, in cui la parte attrice o ricorrente si pone – tramite il proprio avvocato – la questione delle *chance* di successo o anche quelle di soccombenza. Calcolo delle probabilità e quindi *Game Theory* sono dunque certamente applicabili al diritto, soprattutto a quello processuale da sempre<sup>10</sup>.

Per la cronaca, il tema decisamente affascinante della calcolabilità ha dato luogo a riflessioni interdisciplinari in Italia, di cui si è fatto interprete un interessante convegno intitolato appunto 'calcolabilità giuridica' – svoltosi a Roma (il 23 giugno 2016) sotto il patrocinio dell'Accademia dei Lincei – i cui *acta symposii* sono stati poi pubblicati con saggi di vari eminenti studiosi<sup>11</sup>.

Lungi da chi scrive il voler offrire soluzioni definitive, si desidera tuttavia prospettare al lettore qualche spunto di riflessione.

<sup>5</sup> M. WEBER, *Economia e Società*, II, Milano, 2019, trad. it.; Id., *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, 1919-1922, Roma 1993, trad. it. (in quest'ultimo egli asserisce che il diritto è calcolabile in modo simile «ad una macchina», p. 298).

<sup>6</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>7</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 17.

<sup>8</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 19.

<sup>9</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 20; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 17-36.

<sup>10</sup> D. CECCARELLI MOROLLI, *Game Theory e processo civile romano. Alcune riflessioni*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 13, 2020.

<sup>11</sup> A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.

Ritengo che più di ‘calcolabilità’ in senso stretto si possa dunque parlare di ‘teoria delle probabilità’ di calcolo e quindi probabilità di calcolo, ma questo avviene solo in certi ambiti; ossia non è applicabile *tout court* a tutto il diritto. Lo stesso Irti infatti sostiene che, per esempio, decidere «(...) per valori è del tutto incalcolabile e imprevedibile» e che, tra l’altro, «(...) decidere per valori non propriamente un giudizio»<sup>12</sup>.

Quindi, il problema è cosa significa ‘calcolare’! ‘Calcolare’ è differente dal ‘misurare’. Il diritto non è misurabile perché non è una superficie, una lunghezza, una profondità... il diritto – come ci ricorda Paolo Grossi – «non appartiene al mondo dei segni esperienziali sensibili»<sup>13</sup> tuttavia plasma e ordina la realtà sociale umana. Esempio: il diritto non è un mare, ma il diritto della navigazione esprime norme per chi naviga o anche per chi possieda giurisdizione su un tratto di mare (come lo Stato che esercita giurisdizione piena nelle proprie acque territoriali).

In poche parole, non è possibile ‘misurare’ una norma in sé stessa; così come non è possibile ‘triangolare’ una norma o misurarne la temperatura e così via. Nonostante la decisione giudiziale, ovvero la sentenza più semplice, possa esprimere un valore positivo o negativo, anch’essa non è misurabile, ma nel caso, può essere solo oggetto di speculazione di calcolo delle probabilità, poiché vi sarà un *pay-off* cioè espressione di un gioco a somma zero (ossia vi sarà un perdente e un vincente). Per la cronaca, l’attesa – o meglio l’aspettativa – della sentenza favorevole era un tema già noto ai Romani<sup>14</sup>. Ma, come ripeto, anche allora si trattava di ‘probabilità’ e non già di ‘misurazione’ del diritto.

Ora da un punto di vista etimologico ‘calcolo’ deriva dal latino *calculus*, significante ‘pietruzza’ (infatti gli antichi effettuavano i calcoli con piccole pietre). Quindi il diritto non è calcolabile sia per le ragioni magistralmente illustrate da Irti, cui ho appena sommariamente accennato, e sia perché non possiamo applicare valori numerici ad una norma, cioè non possiamo matematicamente calcolarla, e quindi attribuirle un valore numerico.

Ad esempio, l’art. 1173 del vigente codice civile italiano, descrivente le fonti dell’obbligazione, stabilisce che: «le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordina-

<sup>12</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 10.

<sup>13</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 5.

<sup>14</sup> Cfr. A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e ius controversum. Tecniche di “calcolo” attraverso le formulae: tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli, 2020.

mento giuridico». Tale norma come ben noto, riprende e sviluppa l'assunto giustiniano di concetto di obbligazione<sup>15</sup>, da cui discendeva l'*actio in personam*<sup>16</sup>.

Nel vasto ambito del diritto privato, più che di 'calcolo' *strictu sensu* si potrebbe parlare – ma i casi sono in realtà non moltissimi – di computo. Per esempio si effettua un computo per le linee collaterali, quelle affini e quelle di parentela<sup>17</sup>. E ciò lo si fa dai tempi del diritto romano<sup>18</sup>. Oppure si computa la ripartizione – oggi come ieri – delle perdite e degli utili in una società<sup>19</sup>. Un più nitido esempio di computo ci è dato dal lutto vedovile, ex art. 89 cod. civ. italiano; qui matematicamente si effettua il computo dei giorni di vedovanza (trecento)<sup>20</sup>. Ma ancora una volta non è la norma ad essere calcolata, bensì sono i giorni dopo i quali una vedova è libera di poter eventualmente convolare a nuove lecite nozze. Nell'esempio dell'art. 89, la teoria del calcolo delle probabilità non può nemmeno essere applicata, perché anzi si è di fronte ad una ipotesi alternativa, cioè: la vedova possiede o non possiede la facoltà di risposarsi.

Tali fugaci esempi evidenziano quindi come si possa 'computare' un effetto di una norma e non già calcolare la norma stessa.

D'altro canto, la teoria della probabilità, invece, è applicabile al diritto ed in particolare ad alcune norme del diritto penale. Qui l'agente, cioè colui che commette o tenta il reato, compie egli stesso un calcolo probabilistico ovvero se attuare o no una condotta e in che modalità, specie, ad esempio, in relazione alle circostanze aggravanti o attenuanti. Ma anche questo esempio, ancora una volta, più che di calcolabilità *strictu sensu* esprime gli effetti delle sanzioni che la norma penale pone e verso i quali il soggetto, inevitabilmente, attua un ragionamento probabilistico e quindi un calcolo delle probabilità; così il celebre 'dilemma del prigioniero', descritto da Albert W. Tucker (1905-1995), è certamente applicabile con una certa facilità. Dunque ritengo di convenire ampiamente con Irti, ossia che il diritto non sia 'calcolabile' ma – mi permetto di aggiungere – l'effetto delle norme e le condotte sottostanti ad esse, nonché alcune norme stesse prevedono una teoria probabilistica di calcolo.

<sup>15</sup> Inst. 3, 13: «*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*». Ed infatti il giurista romano Paolo (D. 44, 7, 3 pr.), commenta affermando che: «*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*».

<sup>16</sup> Gai. 4,2; «*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*».

<sup>17</sup> Cfr. art. 76 cod. civ. it.

<sup>18</sup> Cfr. D. 38.10.1.pr. (per le linee di parentela); D. 38.10.10 (per i gradi di parentela) e D. 38.10.4 (per il rapporto di affinità).

<sup>19</sup> D. 17.2.29.pr: «*Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel opeae vel cuiuscumque alterius rei causae*». Cfr. art. 2263 cod. civ. it..

<sup>20</sup> Fonte di tale articolo resta ancora oggi: D. 3.2.11.pr.



Questo non significa che tra ‘numeri’ e diritto non ci sia una connessione; già Giustiniano nella sua costituzione *Tanta-Δέδωκεν* (del 533) sottolineava che la divisione del Digesto «non è stata fatta a caso né senza ragione, ma considerando la natura e la scienza dei numeri».

Su questo scenario, per nulla semplice, ritengo che però si possa inserire un elemento ‘matematico’ come il concetto di limite.

Il lemma limite, come ben noto, deriva dal latino *limes*, che significava ‘termine’, ‘confine’, ‘limite’, e a cui Dalla Massara si riferisce nel suo scritto con il vocabolo inglese *line*. Dunque il vocabolo possiede in sé un duplice valenza: quella di ‘limite’ ossia soglia non valicabile e quella di frontiera (che di per sé era invalicabile per Roma, ma che però nei fatti è attraversabile).

Recentemente l’insigne studioso francese Yann Le Bohec, in una sua interessante monografia<sup>21</sup>, quasi provocatoriamente, asserisce che il concetto di *limes* non è mai esistito. O meglio che il concetto di *limes* per definire una zona militare corrispondente oggi a ciò che denominano frontiera, in realtà viene usato in tal senso solo prima del 213<sup>22</sup> ed aggiunge asserendo che: «in realtà non esiste una parola latina per indicare quella frontiera militare. Si può usare *fines*, ma con la consapevolezza della sua ambiguità: *fines* designa sia il territorio sia il suo confine. Gli autori antichi ricorrevano a delle perifrasi. Dicevano, per esempio, andare *ad extrema Cappadociae*, ‘fino alla parte più lontana della Cappadocia’ o *ad initium Remorum*, ‘all’inizio del territorio dei Remi’»<sup>23</sup>. Dunque i Romani avevano nella loro mentalità giuridica il senso di limite? Sembrerebbe di sì, ma proprio come punto ultimo possibile; forse Le Bohec ha ragione.

Con l’occasione reputo necessario ricordare che ‘limite’ e ‘fine’ non sono sinonimi intercambiabili, bensì due concetti distinti. Il diritto possiede spesso un limite e parimenti sempre un fine. Sorge allora spontanea la domanda: in ciò che noi definiamo oggi come ordinamento giuridico (romano) era allora presente il concetto di limite? Ossia, più precisamente: il limite del diritto era avvertito?

Cercherò di rispondere a questo quesito mediante alcuni esempi, quasi a mo’ di ‘verifica’.

### 3. *Inapplicabilità del concetto matematico-analitico di limite nel diritto ed evidenza del concetto di ‘limite giuridico’*

Reputo che il concetto matematico di limite non possa trovare applicazione nella sfera giuridica, in quanto il limite matematico di una funzione individua questa in un determinato punto. In sostanza il limite matematico è uno strumento per denotare come si comporti una funzione in un determinato punto. Pertan-

<sup>21</sup> Y. LE BOHEC, *Geopolitica dell’Impero Romano*, ed. it., Gorizia, 2019.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 128.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 129.

to, ciò escluderebbe, a priori, l'applicabilità di tale concetto ad una norma giuridica.

Tuttavia, il diritto utilizza limiti (non matematici) ed ovviamente anche fini. Offro un esempio banale: una associazione possiede dei fini (quali quelli indicati nel proprio atto costitutivo e poi nello statuto)<sup>24</sup>; mentre, il codice della strada italiano, pone il limite – invalicabile – di non superare il semaforo rosso<sup>25</sup>, e così via. Allora si potrebbe asserire che il limite – nel campo giuridico – rappresenti una vera e propria sorta di *red line* oltre la quale non si possa andare, pena, appunto, la sanzione. Mentre il fine è il punto da raggiungere, cioè quel determinato obiettivo che la norma intende conseguire.

In tale semplice ottica, si può rilevare che anche il diritto romano conosceva limiti, sia generali che specifici.

Ad esempio nei *Digesta* l'enunciazione del principio ulpiano *alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. 1,1,10), è espressione di un limite 'generale' dell'ordinamento privatistico romano (ma anche di un fine: non ledere gli altri), che viene ripreso poi, *verbatim*, nei *Basilikà* dell'Impero Romano d'Oriente: «ἄλλον μὴ βλάπτειν, ἐκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμειν»<sup>26</sup>.

Questo potrebbe dirsi un principio generale del diritto e, nel concreto, dell'ordinamento giuridico romano che però è espressione di un limite: l'attività privata è svolgibile fino a quando non si ledano gli interessi altrui. In breve, il principio *neminem laedere* potrebbe essere, graficamente, rappresentato come una retta che parte da un punto (il soggetto) e che poi si interrompe, ovvero si spezza, allorquando incontrerà un altro punto nello spazio (cioè un altro soggetto). Anche se in realtà questo secondo soggetto potrebbe intervenire esprimendo la sua volontà a congiungersi con la retta del primo soggetto (ed è questo il caso, ad esempio, del contratto, che è un incontro tra due volontà).

Un altro esempio da cui si comprende facilmente che il limite può essere rappresentato da una retta – tuttavia spezzabile – ci è offerto dal concetto romanistico di *actio*, che trova i suoi limiti nell'*exceptio*. Gaio, pur trattando nel libro IV delle sue *Institutiones* delle *actiones* non definisce l'*actio*, mentre Giustiniano nelle sue *Institutiones* (4,6) afferma che l'azione è il diritto di ottenere in giudizio ciò che è dovuto. Gaio (*Gai.* 4,115-119), offre invece la definizione di *exceptio* intendendo chiaramente che essa costituisce il rimedio processuale a disposizione della parte convenuta. Le eccezioni potevano derivare da leggi, da provvedimenti aventi forza di legge, e dalla giurisdizione pretoria. Ecco dunque che l'*exceptio*, appariva l'esatto contrario dell'*actio*, divenendo così *de facto*, un limite a quest'ultima (la retta, appunto, che viene così ad interrompersi o spezzarsi).

<sup>24</sup> Art. 14 cod. civ. it.

<sup>25</sup> Art. 41 codice della strada (italiano).

<sup>26</sup> B. 2, 1, 10.

Eppure, nei *Digesta* la parola 'limite' non sembrerebbe figurare in quanto siamo noi moderni che usiamo il concetto di limite. Offro alcuni ulteriori esempi – casuali – tratti dai *Digesta*<sup>27</sup>, *come segue*.

D. 3, 5, 30, 4 Pap. 2 resp.: «*Libertos certam pecuniam accipere testator ad sump-  
tum monumenti voluit: si quid amplius fuerit erogatum, iudicio negotiorum gesto-  
rum ab herede non recte petetur nec iure fideicommissi, cum voluntas finem erogatio-  
nis fecerit*»<sup>28</sup>.

Qui la parola 'limite' non compare nel testo originale, ma il traduttore traduce *iure* con 'limite'.

Altrove, trattando del giuramento, si afferma:

D. 12, 3, 4, 2 Ulp. 36 ad ed.: «*Iurare autem in infinitum licet. sed an iudex mo-  
dum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta oc-  
casione in immensum iuretur, quaero. et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiur-  
randum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et  
taxationem iuriiurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam  
hoc congruit*»<sup>29</sup>.

Qui il concetto di limite è espresso con *modum*, cosa che il traduttore traduce con 'limite'.

In alcuni casi il limite è intrinseco, come per es. in Ulpiano:

D.13, 5, 3 pr. Ulp. 27 ad ed.: «*Quod si maritus plus constituit ex dote quam facere  
poterat, quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri in quan-  
tum facere potest condemnatur*»<sup>30</sup>.

Ed egualmente il limite è fissato in modo intrinseco verso le possibilità economiche del socio della *societas*:

<sup>27</sup> Riportando la traduzione curata dal gruppo del chiar.mo Professor Sandro Schipani; cfr.: <http://dbtvml.ilc.cnr.it/digesto/>

<sup>28</sup> 'Un testatore volle che i suoi liberti ricevessero una somma di denaro determinata per le spese destinate al<la costruzione del> sepolcro. Se sia stato speso di più, non potrà essere correttamente preteso <alcunché> dall'erede con l'azione di gestione d'affari, né in base al fedecommesso, poiché la volontà <del testatore> aveva fissato il *limite* della spesa'.

<sup>29</sup> 'È lecito, poi, giurare senza limiti. Pongo, però, la questione se il giudice possa stabilire un *limite* al giuramento, in modo che si giuri entro una certa quantità, perché non si giunga a giurare, cogliendosene l'occasione, senza alcuna misura. E, senza dubbio, è noto essere nella valutazione del giudice deferire o no il giuramento. Si pone poi la questione se quello stesso che può non deferire il giuramento, possa anche fissare un limite al giuramento; ciò è pure anche coerente senza dubbio alla valutazione di un giudice <in un giudizio> di buona fede'.

<sup>30</sup> 'Se il marito concordò di pagare a termine perentorio <per la restituzione> della dote oltre il *limite* delle sue possibilità economiche, è tenuto per l'intero perché concordò di pagare un debito in tale termine, ma nei confronti della moglie è condannato entro il limite delle sue possibilità economiche'.

D.17, 2, 63, 6 Ulp. 31 ad ed.: «Tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae»<sup>31</sup>.

Altrove si afferma:

D. 22, 2, 4, 1 Pap. 3 resp.: «Pro operis servi traiectione pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur. 5 stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur»<sup>32</sup>.

Qui si usa il vocabolo '*finis*' per indicare il limite.

Ovviamente ciò che era limite per l'ordinamento giuridico romano non necessariamente lo è anche per noi contemporanei.

#### 4. Primi appunti per una 'teoria' del limite (giuridico)

Gli esempi sopra riportati, consentono una riflessione. Così come in matematica esistono varie definizioni di limite, ossia varie tipologie dei limiti, ritengo che nell'ambito giuridico si possano rintracciare almeno due tipologie di limiti giuridici, cui se ne aggiunge una terza, come segue.

(a) Vi è un limite 'del' diritto; ciò significa che oltre quanto stabilito dalla norma diviene illecito oppure non esigibile.

(b) Vi è un limite 'nel' diritto; la norma individua una fattispecie di limite che viene così descritta esplicitamente o implicitamente dalla legge o dalla norma stessa; in breve vi è una fissazione del limite nei rapporti intersoggettivi. Qui il limite 'nel' diritto può essere espresso da un valore numerico o da una determinata quantità.

(c) Tipologia mista, o complessa, di ambo i limiti giuridici all'interno di una norma o di una legge. In essa si riscontrano le due tipologie precedenti che vengono ad intersecarsi creando così una sorta di *mixture*.

Al fine di spiegare questa suddivisione, mi permetto di offrire alcuni esempi, partendo a ritroso, ovvero dall'ultima tipologia.

<sup>31</sup> 'Con riguardo al *limite* delle possibilità economiche del socio, si considera, poi, il momento della sentenza'.

<sup>32</sup> 'Per l'attività lavorativa del servo che accompagna il denaro <dato in prestito> per il trasporto per mare, è dovuto per ciascun giorno ciò che è stato dedotto nella stipulazione, sino al *limite* dell'uno per cento al mese, non oltre il doppio <della somma capitale>. Interposta, poi, separatamente una stipulazione <degli interessi> del prestito, dopo il giorno <della cessazione del periodo in cui> il rischio e pericolo <grava sul creditore>, ciò che in essa sarà in meno rispetto all'interesse legittimo sarà integrato <da quanto dovuto in base> all'altra stipulazione di attività lavorativa <del servo>'.

[c] Si prenda la storia della celebre *Lex Cincia de donis*<sup>33</sup>, emanata con plebiscito nel 204 a.C., ed istitutiva un divieto generale di ricevere emolumenti per patrocinare le cause: «*Ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*»<sup>34</sup>. Tale *lex*, come ben noto, fu poi oggetto d'emendamento, prima da parte di Ottaviano, e poi successivamente, da parte dell'imperatore Claudio, che introdusse per gli avvocati l'autorizzazione a ricevere la somma di 10.000 sesterzi, ponendo però nel superamento di tale importo, il configurarsi del *crimen repetundarum*<sup>35</sup>. Per la cronaca, sotto Traiano, di nuovo tale legge fu emendata, specificando che tale importo – sempre massimo – poteva essere pagato solo dopo la fine della controversia<sup>36</sup> (imponendo così un ulteriore limite). La norma originaria della *Lex Cincia* esprimeva un limite 'del' diritto a cui poi gli emendamenti successivi contribuiscono a rafforzare tale limite divenendo un limite 'nel' diritto. La *Lex Cincia*, inoltre, offre l'esempio di come il 'limite' possa essere anche una variabile giuridica spazio-temporale; infatti, ciò che era limite, generico e non specificato nel 204 a.C., diventerà poi un limite preciso nell'età post-augustea.

[b] Probabilmente è nel diritto pubblico che il senso del limite e la sua applicabilità trova massima espressione o, per lo meno, sembra possedere maggior evidenza. Un esempio della categoria di 'limite nel diritto' (ovvero la 'seconda' categoria: v. *supra*) è rintracciabile palesemente nella celebre definizione ulpiana di diritto pubblico: «*Publicum ius est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum, quod a singulorum utilitatem*»<sup>37</sup>. Qui il limite è, per l'appunto, 'nel diritto' in quanto il diritto pubblico è ciò che concerne lo Stato dunque il limite è l'attività statale e per converso il limite del diritto pubblico è dato dalla 'curvatura' del diritto privato che invece è quello che concerne l'utilità, ovvero l'interesse, dei singoli. Graficamente si potrebbe rappresentare questo concetto generale che esprime il limite del diritto con un diagramma, in cui da una parte vi è tutto ciò che riguarda il diritto privato mentre dall'altra tutto ciò che concerne il diritto pubblico; questa *red line* – per usare un termine imprestatato alla geopolitica contemporanea<sup>38</sup> – è il 'limite' tra i due diritti (pubblico e privato).

[a] Infine, per completare gli esempi 'a ritroso' di quanto accennato all'inizio del presente paragrafo, un esempio di limite 'del' diritto. Nei *Digesta* è riportato il seguente testo:

<sup>33</sup> P. F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960.

<sup>34</sup> *Tac., Ann.*, XI, 5.

<sup>35</sup> *Tac., Ann.* XIII, 42.

<sup>36</sup> *Plin., Epistulae*, VI, 21.

<sup>37</sup> Il brano ulpiano è citato nel *Digestum*: D. 1, 1.

<sup>38</sup> M. MUSSETTI, *La rosa geopolitica. Economia, strategia e cultura nelle relazioni internazionali*, Roma, 2021, 101 s.

D. 22, 2, 4, 1 Pap. 3 resp: «*Pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur*»<sup>39</sup>.

Questo brano è una chiara rappresentazione non solo di limite 'nel' diritto ma anche di previsione di percentuale 'giuslavoristica'.

Forse, letta in questa ottica, la 'teoria' dei limiti potrebbe trovare una maggiore sistemazione logico-giuridica.

### 5. Verso una conclusione... aperta

Il diritto si presenta – oggi come ieri – con una sua 'geometria', che tuttavia appare variabile. Ciò per due principali motivazioni: la prima perché il diritto non è mai 'statico', bensì dinamico. Pur non appartenendo al mondo esperienziale sensibile, modifica però la realtà che non è solo materiale, ma anche immateriale.

Il secondo motivo è che il diritto appartiene alla sfera umana e quindi si flette e si declina con delle variabili che cambiano appunto dal contesto umano (sia esso storico-politico, che geografico, che culturale), né potrebbe essere diversamente. Il diritto esprime anche dei 'valori', ma gran parte di questi – come ricorda Irti – sono in fondo variabili. Pensiamo per esempio ai concetti di 'buon costume' o di 'ordine pubblico'. Questi non solo subiscono nello spazio-tempo dei mutamenti<sup>40</sup>, ma si flettono e si coniugano in modo differente nei vari ordinamenti giuridici. Così, ad esempio, il concetto di 'buon costume' è molto differente in Svezia rispetto all'Arabia Saudita e ciò poiché queste due nazioni posseggono ordinamenti giuridici estremamente differenti fra loro e con essi tradizioni giuridiche altrettanto divergenti.

Tutto ciò comporta la riflessione, o se si vuole, l'astrazione grafica per cui il diritto non possa essere rappresentato – in modo astratto ed ideale – solo ed esclusivamente come una retta, ovvero come una linea di demarcazione. Questo può, invece, assumere la forma di un circolo (circularità del diritto), di un triangolo (gerarchia del diritto) fino a giungere ad assumere forme geometriche più complesse fino ad arrivare a 'geometrie' senza limiti, partendo così dalle riflessioni di Riemann<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> 'Per l'attività lavorativa del servo che accompagna il denaro <dato in prestito> per il trasporto per mare, è dovuto per ciascun giorno ciò che è stato dedotto nella stipulazione, sino al limite dell'uno per cento al mese, non oltre il doppio <della somma capitale>'.  
<sup>40</sup> Su tale tema, si segnalano M. LUPOI (a cura di), *Il tempo nel diritto, il diritto nel tempo*, San Lazzaro di Savena, Bologna, 2020; L. DI SANTO, *Il diritto nel tempo - il tempo nel diritto. Per una ermeneutica della temporalità giuridica*, Padova, 2018.

<sup>41</sup> L. CATASTINI L. – F. GIONE, *Geometrie senza limiti. I mondi non euclidei*, Bologna, 2018, 210 ss.

L'applicabilità del concetto di 'limite' (non matematico) trova piena conferma nella storia del diritto (l'esempio del diritto romano non è l'unico, ma si possono anche riscontrare altrettanti esempi nei diritti precedenti).

Il diritto – da sempre – pone un limite alle attività umane esteriori (il così detto foro esterno). Ma allo stesso tempo creando dei limiti diviene esso stesso limite delle condotte umane, le quali sono sempre in funzione di qualcosa; tuttavia non è 'calcolabile' questa funzione giuridica, bensì è intuibile o conoscibile (a differenza delle funzioni matematiche).

Perciò si potrebbe dire che il diritto – anzi l'ordinamento giuridico – sia un 'sistema complesso', perché si basa inevitabilmente sull'integrazione dei consociati che proprio grazie alle norme giuridiche realizzano una convivenza abbastanza pacifica. Questo 'sistema complesso' è uno 'spazio' in cui agiscono le persone (sia fisiche che giuridiche); tuttavia le persone hanno differenti condotte riguardo alle norme. Non si può semplificare usando la matematica booleana (0 – 1) ossia, per esempio, chi segue la norma e chi non la segue; infatti, nel diritto c'è anche la possibilità di non avvalersi della norma: quindi anziché un sistema binario, potrebbe essere, ad esempio, ternario. I casi delle successioni offrono molti spunti di riflessione che inducono anche a mettere in crisi la contemporanea giurimetria. Del resto, un erede può anche rifiutare l'eredità, oppure può dare la sua quota ad un altro erede, e magari un altro fa causa a tutti perché ritiene la sua parte non soddisfacente, e così via. Gli eredi non si comportano mai in modo perfettamente eguale o in quello sperato dai colleghi avvocati!

Se volessimo andare alle radici del 'limite del diritto', forse ancora una volta dobbiamo ricorrere ad Ulpiano, anzi a Celso così come è riportato nel Digesto: «*nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*»; il diritto come arte del buono e dell'equo, in cui l'equità rappresenta il limite mentre il buono può essere il fine del diritto stesso. Se il diritto è 'arte' possiamo applicare degli algoritmi ad un'arte? Probabilmente no; in quanto il diritto è funzione dell'uomo e per questo Celso due millenni fa lo definiva come *ars*.

## L'ESECUTORE TESTAMENTARIO NEL DIRITTO COMPARATO EUROPEO

LUIGI VENUSIO TAMBURRINO

**ABSTRACT:** Senza ombra di dubbio la regolamentazione dell'istituto dell'esecutore testamentario nell'ordinamento italiano appare insufficiente e inadeguata, visti i complessi e dinamici aspetti, anche transnazionali, che incidono attualmente sullo stesso. L'interprete, pertanto, deve necessariamente ricorrere a criteri ermeneutici sussidiari come quello dell'analogia c.d. comparata, quale particolare applicazione analogica della *lex alii loci*, al fine di riuscire ad individuare la disciplina più congrua al caso concreto.

**RESUMEN:** Sin duda alguna, la regulación de la institución del albacea en el ordenamiento jurídico italiano parece insuficiente e inadecuada, dados los aspectos complejos y dinámicos, incluidos los transnacionales, que lo afectan en la actualidad. El intérprete, por tanto, debe recurrir necesariamente a criterios hermenéuticos subsidiarios como el de la llamada analogía comparativa, como particular aplicación analógica de la *lex alii loci*, a fin de poder identificar la disciplina más adecuada para el caso concreto.

**PAROLE CHIAVE:** esecutore testamentario; disciplina; applicazione analogica; comparazione.

**PALABRAS CLAVE:** ejecutor testamentario; disciplina; aplicación analógica; comparación.

**SOMMARIO:** 1. Origini e centralità nei Paesi europei. – 2. L'esecutore testamentario nel diritto italiano: disciplina, ricostruzioni e questioni aperte. – 3. L'esecutore testamentario nel diritto tedesco, svizzero ed inglese. – 4. Spunti di comparazione. La vendita dei beni ereditari.



### 1. Origini e centralità nei Paesi europei

La dottrina tradizionale<sup>1</sup> afferma che la figura dell'esecutore testamentario – di cui peraltro non è possibile rilevare dei tratti caratteristici univoci<sup>2</sup> – trova sicuramente origine nel diritto germanico, dal momento che nei Paesi di area teutonica, coincidenti con l'attuale zona dell'Europa centrale, l'eredità era solo legittima e il testamento poteva generare solo legati.

Rileva pure che l'istituto era pressoché sconosciuto al diritto romano, che difficilmente tollerava una qualche limitazione dei diritti dell'erede<sup>3</sup> che doveva eseguire le ultime volontà del defunto e dare concreto assetto all'asse ereditario.

Pertanto, i giuristi classici non potevano concepire la figura dell'esecutore testamentario, proprio in ragione delle funzioni dell'erede istituito che subentrava soggettivamente nella stessa posizione giuridica<sup>4</sup> in ogni rapporto attivo e passivo.

L'obbligo di curare l'esecuzione del testamento incombeva solo sugli eredi, dai quali discendeva l'obbligo di adempiere esattamente alle disposizioni di ultima volontà del testatore.

In ogni caso, non è inusuale rinvenire, nelle fonti romane, l'indicazione della figura di un uomo di fiducia incaricata di avere 'cura' di sorvegliare l'esecuzione delle ultime volontà<sup>5</sup> del *de cuius*.

Questo aspetto colloca l'esecuzione testamentaria nelle 'situazioni affidanti'<sup>6</sup> in materia successoria che si realizzano per il tramite di fattispecie interpositive.

Come ha acutamente rilevato una parte della dottrina, la descritta materia risulta essere assai vasta per svariati ordini di ragioni: (a) da una parte si eviden-

<sup>1</sup> A. SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau, 1895, 168; H. DERNBURG, *Pandekten*, III, Berlin, 1897<sup>5</sup>, 255; R. CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire (époque franque et moyen âge)*, Lyon, 1901, 13-15; B. KÜBLER, 'Testamentsvollstrecker', in *RE*, V, Stuttgart, 1934, 1010-1016; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, 238.

<sup>2</sup> M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 150.

<sup>3</sup> M. AMELOTI, *Il testamento romano* cit., 150; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015<sup>4</sup>, 1057.

<sup>4</sup> M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, V, Modena, 1910, 35; A. FORMENTANO, *Esecutore testamentario*, Milano, 1905, 1.

<sup>5</sup> H. LE FORT, *Des Exécuteurs testamentaires*, Genève, 1878, 3.

<sup>6</sup> Il termine 'situazione affidante' è stato coniato per la prima volta da Lupoi (M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001<sup>2</sup>, 557; Id., *I diritti reali*, II, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.* SACCO, Torino, 2004, 1-14; Id., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 197-218); con esso si intendono gli affidamenti che talvolta sono «spontanei, talvolta negoziati, talvolta connaturati alla situazione, talvolta non voluti, talvolta imposti»: M. LUPOI, *Presentazione*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. LUPOI, Torino, 2006, VIII.

zia «l'esaltazione che in questo campo di fenomeni assume la *fides*, che si collega da un lato all'arcana vicenda della morte dell'individuo e dall'altro alla proiezione oltre la morte del suo volere»; (b) dall'altra, non si può non rilevare che in tema di affidamenti fiduciari *mortis causa* si debba far riferimento a due volontà: (i) sotto il profilo della formazione dell'accordo fiduciario il montante causale viene ricondotto ad una natura negoziale in senso pieno; (ii) «dal lato della attuazione dell'accordo fiduciario l'efficienza di quella volontà è strettamente collegata all'attività del superstite incaricato di eseguirla»<sup>7</sup>.

Secondo l'autore, nell'ambito delle fattispecie interpositorie utilizzate nei negozi *mortis causa* e contemplate nel diritto romano, si sarebbero potute verificare due situazioni fondate sulla fiducia del disponente che faceva affidamento sulla lealtà e sulla buona fede dell'esecutore delle proprie volontà delle quali una soltanto appariva simile all'istituto dell'esecutore testamentario.

Infatti, nel caso in cui il testatore avesse scelto come fiduciario un proprio successore, l'incarico sarebbe rientrato nell'ambito del fedecompresso romano<sup>8</sup>, evidenziandosi in questa posizione i tratti caratteristici dell'*heres fiduciarius*<sup>9</sup>, che appare come erede interposto, quale figura istituita nell'esclusivo interesse dello stesso beneficiario e non verso terzi.

In questo caso lo stesso istituto è erede solo 'di nome', non facendo propri i *commoda* riconosciuti di norma all'erede gravato di fedecompresso<sup>10</sup>.

Qualora la persona ritenuta meritevole di fiducia e designata dal disponente sia estranea alla '*successio in universum ius*', potendo essere in concreto un tutore, un curatore, un *procurator* o al massimo un legatario, avrà quale oggetto del suo incarico il solo compito di dare esecuzione alle disposizioni di ultima volontà del testatore.

Risulta chiaro che, in questa circostanza, si sia invece di fronte ad una figura assimilabile a quella dell'esecutore testamentario<sup>11</sup>.

Alla luce di questa disamina sarà, pertanto, possibile rilevare che la figura dell'esecutore testamentario estranea alla successione, seppur sia stato fondamentale il suo sviluppo nella prassi del diritto tedesco e consuetudinario medievale di derivazione germanica<sup>12</sup> in ragione della mancanza del testamento, trovi

<sup>7</sup> Cfr. F. TREGGIARI, 'Fiducialitas'. *Tecniche e tutela della fiducia nel diritto intermedio*, in *Le situazioni affidanti* cit., 45.

<sup>8</sup> F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I, *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, 17.

<sup>9</sup> F. BERTOLDI, *L'"heres fiduciarius" in una prospettiva storico-comparatistica. Relazione al convegno "Dalla fiducia attraverso il trust verso gli affidamenti"*, Urbino 16-17 ottobre 2014, in *Studi Urbini*, 2015, 157-191.

<sup>10</sup> F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis* cit., 105.

<sup>11</sup> F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis* cit., 17.

<sup>12</sup> Secondo R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2001, 743,

la sua natura genetica negli schemi dei negozi fiduciari *mortis causa* previsti nel diritto romano.

Le ragioni che portavano il *de cuius* a nominare una persona di fiducia estranea alla successione potevano essere molteplici: (i) la sfiducia verso gli eredi non interessati all'esecuzione dei legati o di altri vari oneri; (ii) la particolare fiducia verso la persona dell'esecutore; (iii) la difficoltà nel risolvere questioni assai delicate; (iv) nonché, in generale, la garanzia che l'esecuzione delle sue ultime volontà venisse tolta dalle mani degli interessati, al fine di porla in quelle di una persona che non avesse alcun interesse all'eredità.

Tuttavia, nei secoli successivi, laddove si nota un progressivo decadimento del *testamentum per aes et libram* in favore del fedecommesso, si sviluppavano, come rilevabile dalla prassi applicativa e dal *Digesto*, figure assimilabili proprio a quella dell'esecutore testamentario.

In tal senso le fonti consentono di individuare l'attribuzione a soggetti estranei alla successione di esercitare alcune facoltà in relazione al patrimonio ereditario, come le disposizioni testamentarie destinate alla cura del funerale<sup>13</sup>, al luogo e alla forma del sepolcro<sup>14</sup>, all'erezione di un monumento<sup>15</sup>, all'erogazione di una somma per scopi determinati<sup>16</sup>, al compimento di una certa opera<sup>17</sup>.

«l'esecutore testamentario fu una creazione della pratica legale che si sviluppò tra diritto romano, diritto canonico e diritto consuetudinario medievale di derivazione germanica».

<sup>13</sup> Solo in alcuni casi era previsto un qualche emolumento: D. 11,7,12,4 (*Ulp. 25 ad ed.*): *Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est: tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos: quosque suo ordine quo succedunt; D. 11,7,14,2 (*Ulp. 25 ad ed.*): Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere; v. pure: Suet., *Tib. 51*; cfr.: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 37.*

<sup>14</sup> Petr. *Satyr. 71.8*. Sul testo, cfr.: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 37.

<sup>15</sup> D. 17,1,12,17 (*Ulp. 31 ad ed.*): *Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. Potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit; D. 35,1,17,4 (Gai. 2 de leg. ad ed. praet.): Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, sed ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur; Gai. 2.235: Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquatur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat, velut quod ita legatur: milia seio dato, vel ita si filiam Titio in matrimonium non collocaveris, x milia Titio dato; sed et si heredem si verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, x milia Titio dari iusserit, poenae nomine legatum est; et denique ex ipsa definitione multas similes species circumspicere possumus. Cfr.: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 37.*

<sup>16</sup> D. 17,1,13 (Gai. 10 ad ed. prov.): *Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum; cfr.: M. ROBERTI, Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 37.

<sup>17</sup> M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 50.

Ad ogni buon conto, dall'analisi delle citate fonti si è osservato che si parla di mandato, anche se si tratta di un mandato *sui generis* – in quanto questo deriva da un testamento – che comincia, per l'appunto, con una successione<sup>18</sup>.

Nel periodo classico si iniziano a scorgere alcune forme di legato modale o gravato di una rendita perpetua per il culto o a favore di una *civitas* o di un *collegium*<sup>19</sup>.

Tale tendenza si accresce nel periodo postclassico, dove permangono alcune preghiere rivolte alla *conscientia* di una persona di fiducia che doveva ricoprire il ruolo di garanzia affinché le ultime volontà del *de cuius* fossero rispettate<sup>20</sup>.

Tali prassi furono sicuramente influenzate dallo spirito innovatore del Cristianesimo sull'ordinamento giuridico romano, in ordine al desiderio di beneficiare i poveri, di redimere i prigionieri, di dotare pie istituzioni<sup>21</sup>.

Tale orientamento ebbe a crescere sino ai tempi di Giustiniano, il quale, nel recepire per l'appunto la legislazione precedente<sup>22</sup>, in una costituzione del 530 d.C., affidò ai vescovi l'incarico di sorvegliare d'ufficio l'esecuzione dei legati quando gli eredi non eseguivano le disposizioni pie stabilite dal testatore<sup>23</sup>, con la previsione che nel caso in cui i vescovi fossero stati negligenti nell'ufficio loro

<sup>18</sup> M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 50.

<sup>19</sup> Si veda D. 30,117 (Marc. 13 institut.): *Si quid relictum sit civitatibus, omne valet, sive in distributionem relinquatur sive in opus sive in alimenta vel in eruditionem puerorum sive quid aliud*; D. 30,122 pr. (Paul. 3 reg.): *Civitatibus legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis pertinet: ad ornatum puta quod ad instruendum forum theatrum stadium legatum fuerit: ad honorem puta quod ad munus edendum venationemve ludos scenicos ludos Circenses relictum fuerit aut quod ad divisionem singulorum civium vel epulum relictum fuerit. Hoc amplius quod in alimenta infirmarum aetatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum fuerit ad honorem civitatis pertinere respondetur*; D. 33,1,6 (Mod. 11 resp.): *Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus praesidere heredes voluit: successores heredum negant se debere, quasi testator tamdiu praestari voluisset, quamdiu praesiderent heredes: quaero igitur, an, cum praesidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum an perpetuo praestari voluerit? Modestinus respondit: fideicommissum quotannis in perpetuum rei publicae praestandum esse*; D. 33,1,20,1 (Scaev. 18 digest.): *Attia fideicommissum his verbis reliquit: «Quisquis mihi heres erit, fidei eius committo, uti det ex redditu cenaculi mei et horrei post obitum sacerdoti et hierophylaco et libertis, qui in illo templo erunt, denaria decem die nundinarum, quas ibi posui.» Quaero, utrum his dumtaxat, qui eo tempore quo legabatur in rebus humanis et in eo officio fuerint, debitum sit, an etiam his qui in loco eorum successerunt. Respondit secundum ea quae proponerentur ministerium nominatorum designatum, ceterum datum templo. Item quaero, utrum uno dumtaxat anno decem fideicommissi nomine debeantur an etiam in perpetuum decem annua praestanda sint. Respondit in perpetuum*; D. 33,1,24 (Marcian. 8 institut.): *Cum erat certa pecunia, id est centum, rei publicae Sardanorum relicta per quadriennium certaminis Chrysanthiani, divi Severus et Antoninus rescripserunt videri perpetuam pensionem reliquisse testatorem per quadriennium, non in primum quadriennium.*

<sup>20</sup> C. 1,3,28,1. Si veda: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 74.

<sup>21</sup> T. SACCHI LODISPOTO, *L'esecuzione testamentaria nel diritto romano e nel barbarico*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, V, Napoli, 1906, 327.

<sup>22</sup> C. 1,3,28. Si veda: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 91.

<sup>23</sup> C. 1,3,46(47) pr. Cfr. pure: Nov. 131,11.

assegnato avrebbe dovuto provvedere il metropolita della provincia o l'arcivescovo della diocesi e in loro mancanza *'quisque de populo'*<sup>24</sup>.

Anche qualora il lascito fosse stato devoluto ad una 'persona incerta', circostanza che non avveniva usualmente<sup>25</sup>, ci si doveva rimettere sempre alla volontà del vescovo che riceveva i beni per forza di legge quasi come un depositario, visto che essi erano stati devoluti secondo le volontà del testatore<sup>26</sup>.

In questi casi l'esecutore era autorizzato ad amministrare i beni immobili, a vendere i beni mobili, a pagare i debiti, senza ricevere alcun compenso<sup>27</sup>.

Nel 531 d.C. Giustiniano amplificò i poteri del vescovo o dei presidi, consentendo che gli stessi potessero adempiere anche alla vendita non solo dei beni mobili, ma anche degli immobili, nella misura in cui la relativa somma ricavata fosse devoluta allo specifico scopo indicato dal testatore<sup>28</sup>.

Alla luce delle esposte ricostruzioni si potrà pertanto concludere che una indubbia matrice genetica della figura giuridica dell'esecutore testamentario sia arrivata direttamente dal diritto romano che ha, successivamente, influenzato il diritto germanico e l'elaborazione della dottrina decretalistica.

Anche il diritto consuetudinario francese trasse gli elementi dell'istituto dall'antico diritto germanico e dal diritto canonico<sup>29</sup> cui si deve, comunque, il primo impiego di espressioni come *executores testamentorum* o *executores ultimae voluntatis*<sup>30</sup>.

L'istituto dell'esecutore testamentario trova disciplina nel Codice Napoleonico agli artt. 1025-1034, nel Codice civile austriaco del 1811, ai §§ 816-817, nel BGB ai §§ 2197-2228.

Se due soli articoli (artt. 517 e 518 CC) sono rinvenibili nel Codice civile svizzero e il *Código civil* regola *'los albaceas'* agli artt. 892-911, non si può sottacere l'importanza della figura dell'esecutore testamentario riscontrabile negli ordinamenti di *common law*<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> C. 1,3,46(47),6. Si veda: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 73.

<sup>25</sup> M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 90.

<sup>26</sup> Cfr.: C. 1,3,28,1. Si veda: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 76.

<sup>27</sup> M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 78.

<sup>28</sup> C.1,3,48(49),3 (a. 431): *Ubi autem indiscrete pauperes scripti sunt heredes, ibi xenonem eius civitatis omnimodo hereditatem nancisci et per xenodochum in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constituimus: vel per reddituum annuorum erogationem vel per venditionem rerum mobilium vel se moventium, ut ex his res immobiles comparentur et annuus victus aegrotantibus accedat. Quis enim pauperior est hominibus, qui et inopia tenti sunt et in xenonem repositi et suis corporibus laborantes necessarium victum sibi non possunt adferre?* Si veda: M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario* cit., 78.

<sup>29</sup> A. FORMENTANO, *Esecutore testamentario* cit., 2.

<sup>30</sup> P. FEDELE, voce *Esecutore testamentario (storia)*, in *Enc. dir.*, 15, Milano, 1966, 384.

<sup>31</sup> Cfr. L. GARDANI CONTURSI LISI, *Esecutore testamentario*, in *Noviss. dig. it.*, 6, Torino, 1960, 697.

L'ordinamento italiano dedica agli esecutori testamentari la disciplina codicistica ai sensi del microsistema disposto dagli artt. 700-712 c.c.

## 2. *L'esecutore testamentario nel diritto italiano: disciplina, ricostruzioni e questioni aperte*

Ai fini di una analisi dettagliata delle norme poste dall'ordinamento giuridico italiano per regolamentare l'istituto dell'esecutore testamentario, bisogna guardare alla disciplina dettata mediante il complesso delle disposizioni dell'articolo – artt. 700-712 c.c. – previsto dal Libro secondo, Capo VII del codice civile denominato 'Degli esecutori testamentari'.

La disciplina dell'istituto in commento risulta comprendere, a monte, la facoltà di nomina e/o di sostituzione (art. 700 c.c.), da parte del testatore, dell'esecutore testamentario, e la possibilità dell'esecutore nominato di accettare e/o rinunciare all'ufficio (art. 702 c.c.).

Se da un lato la trattazione delle norme intermedie (artt. 703-708 c.c.) individua l'aspetto contenutistico delle prestazioni<sup>32</sup> in capo all'esecutore, – perimetrandone i limiti oggettivi e soggettivi sia in relazione al possesso-detenzione dei beni della massa ereditaria sia in funzione dei diritti e/o degli obblighi sussistenti; dall'altro, disciplina anche la rappresentanza processuale (art. 704 c.c.) in merito alle azioni relative all'eredità, e la facoltà (laddove espressamente disposto dal *de cuius*) per l'esecutore di procedere alla divisione tra gli eredi dei beni dell'eredità.

Le norme finali (artt. 709-712 c.c.), nel disporre l'obbligo del conto della gestione con la previsione di responsabilità a carico dell'esecutore per danni in caso di colpa (art. 709 c.c.) e l'eventuale esonero dello stesso da parte dell'autorità giudiziaria (art. 710 c.c.), inquadrano l'espletamento del predetto ufficio a titolo gratuito, salva diversa disposizione del testatore (art. 711 c.c.), addebitando le spese fatte dall'esecutore per l'espletamento del suo ufficio all'eredità (art. 712 c.c.).

Secondo autorevole dottrina<sup>33</sup>, lo scopo della nomina della figura in esame implica che la presenza dell'esecutore testamentario, pur non assegnando maggiore vigore alle disposizioni testamentarie, rende possibile e sicura la loro concreta attuazione.

Peraltro, secondo un'altra parte<sup>34</sup> della dottrina, più ragioni possono spingere il testatore a designare l'esecutore testamentario: la complessità delle dispo-

<sup>32</sup> Con la previsione di necessaria autorizzazione giudiziale nei casi straordinari di alienazione di beni (art. 703, co. 4, c.c.) e disaccordo tra più esecutori (art. 708 c.c.).

<sup>33</sup> Cfr. G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, Milano, 2022<sup>2</sup>, 14.

<sup>34</sup> Cfr. A. BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, 407; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964<sup>2</sup>, 509.

sizioni testamentarie, la cui esecuzione potrebbe richiedere specifiche competenze professionali; la mancanza di fiducia verso qualche erede<sup>35</sup>; la particolare natura del patrimonio ereditario; la molteplicità di eredi e legatari; la qualità di persona giuridica che riveste l'erede istituito; la necessità di espletare l'attività connessa al riconoscimento di una costituenda fondazione; e, in genere, i motivi più vari, i quali gli facciano ritenere come una persona, che goda della sua fiducia, possa conseguire l'esatto adempimento delle proprie ultime volontà<sup>36</sup>.

Risulta indubbio che la *ratio* dell'istituto in esame, posto che la sua disciplina è incentrata sull'attuazione precisa di tutte volontà del *de cuius* e di tutte le disposizioni testamentarie, porti per l'appunto a ricomprendervi anche quelle di legato.

Infatti, è proprio la specifica norma indicata dall'art. 707, co. 2, c.c. a prevedere che l'esecutore testamentario debba procedere sollecitamente<sup>37</sup> all'adempimento delle disposizioni di legato.

Il fatto che l'esecutore, ai sensi del secondo comma della citata disposizione, a causa di obbligazioni che deve adempiere non possa comunque rifiutarsi di consegnare agli eredi i beni ereditari non necessari all'esercizio dell'ufficio conformemente alla volontà del testatore, o di eseguire legati<sup>38</sup> condizionali o a termine, se l'erede dimostra di averli già soddisfatti, conferisce la piena prova che i beni ereditari occorrono all'esecutore testamentario anche per l'adempimento delle disposizioni di legato, alla cui attuazione è pienamente tenuto non diversamente dalle altre disposizioni testamentarie.

La maggior parte degli interpreti<sup>39</sup> ritiene che l'esecuzione testamentaria trovi, quale necessario presupposto, l'esistenza di almeno una disposizione *mortis causa*, la cui attuazione viene commessa, per l'appunto, all'esecutore testamentario.

C'è chi<sup>40</sup> osserva che più segni normativi depongono nel senso che la disposizione con cui è nominato l'esecutore testamentario può accedere a qualsiasi altra disposizione *mortis causa*, quindi anche a quelle non patrimoniali, ad esempio attinenti alla sepoltura, essendo necessaria, cionondimeno, la sussistenza di almeno una disposizione, di cui debba essere curata l'esecuzione.

<sup>35</sup> Cfr. A. BUTERA, *Il Codice civile italiano* cit., 407; C. GANGI, *La successione* cit., 509; C. LOSANA, *s.v. Successioni testamentarie*, in *Nuovo dig. it.*, 22, IV, Torino, 1893-1902, 404.

<sup>36</sup> Cfr. G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari* cit., 20 ss.

<sup>37</sup> V. anche G. VICARI, *L'esecutore testamentario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, Padova, 2010<sup>2</sup>, 1328.

<sup>38</sup> In senso contrario v. L. GARDANI CONTURSI-LISI, *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950, 137 ss."

<sup>39</sup> Si veda V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, vol. IV, t. 2, Torino, 1997<sup>2</sup>, 320; A. DEL GIUDICE, *L'esecutore testamentario*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di C.M. BIANCA, Torino, 1983, 437; A. MANCA, *Degli esecutori testamentari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, *Comm. dir.* da M. D'AMELIO, Firenze, 1941, 626, 638; V.M. TRIMARCHI, *s.v. Esecutore testamentario (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 15, 1966, 393 ss.

<sup>40</sup> Cfr. G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari* cit., 33.



Sicché deve escludersi, vista la lettera dell'art. 703, co. 1, c.c., l'efficacia dell'unico testamento che contenga soltanto la designazione di un soggetto ad esecutore testamentario<sup>41</sup>.

Riguardo alla qualificazione giuridica da poter attribuire all'istituto, risultano note le difficoltà incontrate dalla dottrina<sup>42</sup> che hanno portato parte della stessa a definirlo come 'indocile' figura giuridica.

Alcune ricostruzioni offerte nel passato, che inquadravano l'esecutore testamentario nello schema della rappresentanza<sup>43</sup> e del mandato *tout court*<sup>44</sup>, sono state criticate da una successiva dottrina<sup>45</sup>.

Infatti, viene osservato che il mandato è nel nostro ordinamento un negozio bilaterale, quindi un contratto, con una struttura che non si attaglia alla nomina del testatore ed all'accettazione dell'esecutore.

Sotto altri profili viene rilevato<sup>46</sup> che, posto che i poteri dell'esecutore non potrebbero comunque derivare da un mandato *post mortem*<sup>47</sup>, la rappresentanza non può riguardare (a) né il defunto, perché non è dato rappresentare una persona che non esiste più; (b) né l'erede, sia perché questi può mancare, oltre al fatto che l'esecutore può assumere posizioni di contrasto con quest'ultimo; (c) né i legatari o i creditori dell'eredità perché possono non esservi; (d) né l'eredità come tale, visto che nel nostro ordinamento la stessa non è configurabile come soggetto giuridico.

La giurisprudenza<sup>48</sup>, pur negando all'esecutore la qualifica di rappresentante degli eredi del *de cuius*, ha seguito la tesi che configura l'esecutore come amministratore pubblico di interessi privati<sup>49</sup> come mandatario<sup>50</sup>, piuttosto che l'orien-

<sup>41</sup> Cfr. G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari* cit., 33.

<sup>42</sup> Cfr. A. CANDIAN, *Del c.d. 'ufficio privato' e, in particolare, dell'esecutore testamentario*, in *Temi*, 1952, 379.

<sup>43</sup> Cfr. F. MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecutore testamentario*, Padova, 1931, 10 ss.

<sup>44</sup> Cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE e M. COLIN, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, II, trad. it. alla 3ª ed. (1905) a cura di P. BONFANTE, G. PACCHIONI e A. SRAFFA, con addizioni di A. ASCOLI e P. BONFANTE, Milano, s. d., ma 1909, 311; A. BUTERA, *Il Codice civile italiano* cit., 410 ss.

<sup>45</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie: della revocazione delle disposizioni testamentarie – delle sostituzioni – degli esecutori testamentari*. Art. 679-712, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, 431 ss.

<sup>46</sup> Cfr. A. MANCA, *Degli esecutori testamentari* cit., 623.

<sup>47</sup> Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., 596.

<sup>48</sup> Cass., 18 agosto 1992, n. 4663, in *Mass. Giust. civ.*, 1982.

<sup>49</sup> Cass., 14 febbraio 1940, n. 552, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 245 ss.; *Rep. Foro it.*, 1940, voce *Prescrizione civile*, n. 13.

<sup>50</sup> Trib. Foggia, 21 aprile 1964, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Successione legittima o testamentaria*, c. 2883, n. 102.



tamento che lo inquadra nel c.d. ufficio di diritto privato<sup>51</sup>, dovendo escludere, come osservato in dottrina<sup>52</sup>, anche in quest'ultimo caso che l'inquadramento sifatto abbia prodotto apprezzabili esiti, ma mera portata descrittiva.

Anche il tentativo di richiamo di un interesse pubblico-statuale, operato da alcuni autori<sup>53</sup>, non sembra condivisibile dalla dottrina maggioritaria<sup>54</sup> che non lo ritiene argomentabile, vista la carenza assoluta di riscontri nelle norme che sorreggono l'istituto denominato.

Approfondendo l'analisi dello scarno apparato codicistico predisposto per la disciplina dell'ufficio dell'esecutore testamentario, si può affermare che l'esecutore testamentario assume un compito che le disposizioni in commento identificano come una complessiva 'cura' delle disposizioni di ultima volontà del defunto.

Tale cura si realizza attraverso molteplici attività, che si articolano nell'esercizio di poteri e nell'adempimento di doveri diversi.

Infatti, ai sensi dell'art. 703 c.c., il testatore può dar vita a due figure di esecutore testamentario sensibilmente diverse: (i) quella dell'esecutore dotato dei poteri di amministrazione della massa ereditaria; (ii) e quella dell'esecutore privo di tali poteri, «salvo contraria volontà del testatore», secondo la locuzione incidentale del comma 2 della suddetta norma.

Quest'ultima disposizione pone l'amministrazione come elemento meramente naturale dell'esecuzione testamentaria, ossia come elemento che appartiene alla fattispecie solo se il testatore non abbia disposto diversamente.

In dottrina si è dibattuto sulla configurazione dell'attività dell'esecutore testamentario: una parte<sup>55</sup> riteneva dovesse essere qualificata come gestione contrapposta all'amministrazione che lo stesso esercita, salvo diversa volontà del testatore (ai sensi del secondo comma dell'art. 703 c.c.); una diversa opinione<sup>56</sup> non riteneva configurabile una contrapposizione della complessiva attività dell'esecutore tra gestione e amministrazione, dal momento che se è vero che nel linguaggio legislativo la gestione ha esclusivo riferimento patrimoniale, è altrettanto indubbio che viene utilizzata nella stessa accezione nella disciplina dei compiti dell'esecutore.

<sup>51</sup> *Ex multis* Cass., 23 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1001 ss.; in *Giust. civ.*, 1965, I, 2293; in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 520; App. Napoli, 19 giugno 1953, in *Mon. trib.*, 1953, 325 s.; Trib. Roma, 1° aprile 1992, in *Giur. merito*, 1993, I, 347 ss., con nota di G. AZZARITI, *Sostituzione testamentaria – Vocazione indiretta – Accrescimento*; Cass., 26 novembre 2015, n. 24147, in *Fam. dir.*, 4, 2016, 329 ss., con nota di G. BONILINI, *Sulla remunerazione dell'esecutore testamentario, con particolare riferimento alla tariffa forense*. Sull'applicabilità della tariffa professionale cfr. Trib. Bologna 27 settembre 2017 con nota di F.P. PATTI, *La retribuzione dell'esecutore testamentario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2018, 684 ss.

<sup>52</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Successioni* cit., 435 ss.

<sup>53</sup> Cfr. A. CANDIAN, *Del c.d. 'ufficio privato'* cit., 387 e *passim*.

<sup>54</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Successioni* cit., 438 ss.

<sup>55</sup> V.M. TRIMARCHI, voce *Esecutore testamentario* cit., 396.

<sup>56</sup> V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari* cit., 366.

L'esecuzione testamentaria può, in linea di principio, aver riguardo sia alle disposizioni a titolo particolare sia a quelle a titolo universale, di carattere patrimoniale o non patrimoniale.

Il potere di amministrazione, tuttavia, è strumentale all'esecuzione delle sole disposizioni a titolo particolare, come si desume dall'art. 707 c.c., il quale ricollega il possesso della massa ereditaria e, con esso, la sua amministrazione all'attuazione di disposizioni a titolo particolare<sup>57</sup>.

La possibilità che il testatore, avvalendosi della previsione dettata dall'art. 703, comma 2, c.c., abbia privato l'esecutore del potere di amministrazione della massa ereditaria vale a fissare la soglia minima delle sue attribuzioni che in tal caso «si riducono a ben poca cosa»<sup>58</sup>, risolvendosi in un'attività di controllo e vigilanza sull'osservanza della volontà testamentaria<sup>59</sup>.

Vista la generica espressione utilizzata dal legislatore al secondo comma dell'art. 703 c.c.: «deve amministrare la massa ereditaria», una parte della dottrina<sup>60</sup> qualifica l'amministrazione dei beni ereditari, quale elemento naturale della fattispecie, come un'amministrazione di scopo, ossia un mezzo al servizio del fine specifico dell'esecuzione del testamento.

Tale osservazione rinvia al quesito se dal collegamento funzionale tra amministrazione ed esecuzione possano desumersi limiti al potere di amministrazione dell'esecutore, particolarmente con riguardo alla sua esclusività.

Visto che l'esecutore testamentario, laddove non sia stata espressa una diversa volontà dal testatore, deve amministrare la massa ereditaria ai sensi del comma 2 dell'art. 703 c.c., egli dovrà prendere possesso dei beni che ne fanno parte secondo quanto stabilito dalla stessa norma.

Si deve comunque evidenziare che gli interpreti<sup>61</sup>, in larga prevalenza, considerano che si tratti di 'detenzione' piuttosto che di possesso, anche se non manca di quest'ultimo termine un utilizzo non nel suo senso tecnico.

L'accettazione dell'incarico comporta, dunque, che l'esecutore testamentario debba conseguire la detenzione dei beni ereditari nella misura in cui sia

<sup>57</sup> P. CENDON, *Commentario al Codice Civile, Artt. 456-712: Successioni legittime e testamentarie*, Milano, 2009, 1675.

<sup>58</sup> M. TALAMANCA, *Successioni* cit., 462.

<sup>59</sup> Si veda A. MANCA, *Degli esecutori testamentari* cit., 639; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari, I, L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, Milano, 1968<sup>2</sup>, 332.

<sup>60</sup> U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari* cit., 338; G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari* cit., 284; in questo senso, v. anche G. VICARI, *L'esecutore testamentario* cit., 1325.

<sup>61</sup> Cfr. in tal senso, V. CUFFARO, *s.v. Esecutore Testamentario*, in *Enc. giur.*, 14, Roma 1997, 5; Id., *Gli esecutori testamentari* cit., 371; C. LICINI, *Degli esecutori testamentari*, in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. PERLINGIERI, Napoli, 2010, 553; E. BERGAMO, *Delle successioni*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2010, 971; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2000, II, 843; C. GANGI, *La successione testamentaria* cit., 549.

assente una contraria disposizione del testatore<sup>62</sup>, la quale, privando l'esecutore testamentario dell'amministrazione della massa ereditaria, ne impedirebbe conseguentemente anche la detenzione dei relativi beni.

La ragione della detenzione dei beni in capo all'esecutore risiede nella obiettiva necessità per lo stesso di essere messo in grado di adempiere al proprio incarico, senza che tal fatto possa pregiudicare il diritto per il chiamato di accettare<sup>63</sup>.

Il possesso dell'esecutore testamentario comprende, di norma e secondo la volontà espressa del testatore, tutti i beni dell'eredità, essendo ciononostante previsto, a tutela degli eredi, il rimedio contemplato dall'art. 707, co. 1, c.c., secondo cui gli eredi possono richiedere all'esecutore la consegna immediata dei beni non necessari all'esercizio del suo ufficio.

Né può dimenticarsi che è consentita al testatore la limitazione della presa di possesso ad alcuni soltanto dei beni ereditari o a certe categorie dei medesimi.

Nulla osterebbe alla possibilità che il possesso sia delimitato a tal punto dal testatore in guisa da escluderlo completamente, ovvero circoscriverlo, limitando in maniera significativa l'amministrazione diretta dell'esecutore testamentario<sup>64</sup> sui beni ereditari.

Il terzo comma dell'art. 703 c.c. stabilisce, sotto il profilo temporale, che il possesso dei beni ereditari per l'esecutore non può durare più di un anno dalla dichiarazione di accettazione, fatto salvo il caso in cui l'autorità giudiziaria, per motivi di necessità e sentiti gli eredi, ne possa prolungare la durata al massimo per un ulteriore anno.

Se pur da questa norma si deduce che la durata del possesso dei beni ereditari sarebbe in grado di connotare la durata dell'ufficio dell'esecutore testamentario, la dottrina<sup>65</sup> ridimensiona l'importanza della riconosciuta detenzione, in capo allo stesso, dei beni ereditari, sottolineando la sussistenza di un limite di carattere temporale ed un altro di natura quantitativa, potendo circoscriversi, ai sensi dell'art. 707, co. 1, c.c., il potere dell'esecutore testamentario, a richiesta dell'erede, ai soli beni essenziali all'adempimento dell'ufficio.

In tal senso il richiamato articolo consente di polarizzare il connotato centrale dell'istituto nella 'cura' esatta delle disposizioni testamentarie, in relazione alla quale l'amministrazione della massa ereditaria ne costituisce una articolazione funzionale cui risulta onerato l'ufficio dell'esecutore.

Il possesso attribuito all'esecutore testamentario risulta essere possesso 'a titolo di amministrazione' in ragione dell'ufficio che riveste, dove, come visto, risulta espressamente contemplata la possibilità e il diritto da parte dell'erede, che

<sup>62</sup> V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari* cit., 371, testo e nota 84.

<sup>63</sup> Cfr. V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari* cit., 371.

<sup>64</sup> U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1947, 348.

<sup>65</sup> Cfr. V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari* cit., 372. V., ampiamente, G. BONILINI, *De-gli esecutori testamentari* cit., 493 ss.

continua a possedere per ministero dell'esecutore, di richiedere i beni non necessari all'adempimento del proprio incarico.

In definitiva, quella riconosciuta per legge all'esecutore testamentario, più che un possesso, è una detenzione temporalmente circoscritta della massa ereditaria, da declinare operativamente mediante una consegna agli eredi immediata (per i beni non necessari all'incarico *ex art. 707 c.c.*) o nei termini di legge *ex art. 703 c.c.* assai ristretti (un anno prorogabile al massimo per un ulteriore anno).

Il possesso vero e proprio, infatti, spetta all'erede, ai sensi dell'*art. 1146 c.c.*, che ha acquistato l'eredità con effetto dall'apertura della successione.

Il conseguente corollario comporta che tale possesso non potrà dirsi escluso, ma soltanto temporalmente affievolito dalle facoltà previste per legge – anche sui beni ereditari – all'esecutore testamentario per l'adempimento del proprio incarico ai fini della cura delle volontà del testatore.

Per tale motivo la predetta detenzione ha solo rilevanza ai fini dell'amministrazione, senza incidere sulla situazione possessoria dei beni lasciati dal defunto<sup>66</sup>, cui succedono solo gli eredi *ex art. 1146 c.c.*

L'esecuzione testamentaria, connaturandosi alla definitiva attuazione delle disposizioni di ultima volontà, comporterà che l'amministrazione dei beni possa cessare, al massimo, entro un biennio dalla detenzione della massa ereditaria da parte dell'esecutore.

Il periodo di un anno, prorogabile di un altro anno, è prescritto, esclusivamente, al fine di limitare la durata del possesso dei beni ereditari da parte dell'esecutore testamentario, il quale permane nella facoltà di esercizio delle azioni inerenti all'attuazione della volontà testamentaria, pur senza poter conservare il possesso delle cose ereditarie<sup>67</sup>.

La decorrenza del termine in esame non produce, secondo la giurisprudenza<sup>68</sup>, la decadenza dell'esecutore testamentario dalle sue funzioni.

L'esecutore testamentario, pertanto, dura in carica sino a che le ultime volontà del testatore non siano state esattamente e integralmente attuate.

Quindi, posto quanto premesso in merito all'amministrazione e alla detenzione dei beni della massa ereditaria, potrebbe accadere che l'ufficio dell'esecutore testamentario non si concluda nel biennio descritto, bensì prosegua sin quando non si completi integralmente l'esito delle volontà del testatore.

Se una delle più importanti funzioni dell'esecutore testamentario è proprio quella di riscuotere i crediti del defunto, di pagare i creditori e, per l'appunto, di

<sup>66</sup> U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari* cit., 348.

<sup>67</sup> App. Palermo, 13 settembre 1954, in *Giust. civ.*, 1955, I, 131 ss.

<sup>68</sup> V. Cass., 14 giugno 2016, n. 12241, in *Fam. dir.*, 2016, 1117 ss., con nota di G. BONILINI, *Sulla durata dell'ufficio di esecutore testamentario*; in *Giur. it.*, 2, 2017, 325 ss., con nota di E.A. EMILIOZZI, *Il 'possesso' dei beni ereditari e la funzione di esecutore testamentario*. V., inoltre, Cass., 19 novembre 1955, n. 3759, in *Mass. Giust. civ.*, 1955, 1415; Cass., 15 maggio 1953, n. 1386, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, II, XXXII, 307 s.; e in *Giust. civ.*, 1953, I, 1623.

adempiere i legati, non essendo tale adempimento, come sostenuto da una risalente dottrina<sup>69</sup>, affatto vincolato dalle istruzioni degli eredi o dagli altri onorati, il possesso fisico e materiale dei beni è strettamente necessario.

L'esecutore testamentario, pertanto, ha il potere di adempiere alle sue funzioni, senza richiedere il consenso degli eredi (anche contro la loro volontà) come attestato dalla giurisprudenza<sup>70</sup>, la quale riconosce il potere dell'esecutore testamentario di adempiere i legati e di pagare i debiti ereditari.

Ora, da questa breve analisi emerge che nel diritto italiano le questioni più rilevanti in materia di esecutore testamentario sono: a) stabilire la natura dispositiva o imperativa della norma prevista *ex art. 703, co. 3, c.c.*, in relazione al termine biennale del possesso dell'esecutore testamentario; b) individuare i limiti del potere dispositivo del testatore; c) ricercare la disciplina applicabile volta ad integrare la scarsa legislazione italiana.

Analizzando il primo profilo di osservazione, non si può non rilevare l'insufficienza di indici presenti a livello codicistico interno nel caso in cui, in concreto, si dovesse evidenziare la necessità del mantenimento del possesso da parte del testatore anche in misura superiore al biennio indicato dall'*art. 703, co. 3, c.c.*

Tale circostanza, non infrequente nella prassi – visto che sono usuali casi in cui il rigido rispetto della previsione del termine biennale sul possesso *ex art. 703, co. 3, c.c.* potrebbe rivelarsi incompatibile con tutte le situazioni di fatto emergenti con l'eredità e l'apertura della successione –, entrerebbe in aperto contrasto con la predetta norma, senza una puntuale previsione di tutte le complessive situazioni soggettive – anche *medio tempore* createsi – potenzialmente involgenti ed incidenti sull'eredità (ad esempio: trasformazione dei beni ereditari in beni aziendali, fallimento societario dei beni aziendali ereditari, *trust*).

In altri termini, se si dovesse considerare la predetta disposizione come una norma di natura imperativa non derogabile, tale opzione ermeneutica, a nostro avviso errata, anche alla luce delle suddette sopravvenienze, potrebbe da un lato togliere sostanziale efficacia ai poteri dell'esecutore testamentario e conseguentemente svuotare di contenuto le attribuzioni conferite dal testatore; dall'altro, mortificare la *ratio* e la funzione 'tipica' dell'istituto in esame, polarizzata nella disposizione puntuale degli adempimenti funzionali alla cura delle sue volontà (*art. 703, comma 1, c.c.*).

La disamina del primo profilo di osservazione conduce direttamente al secondo punto di riflessione.

<sup>69</sup> A. DERNBURG, *Pandette*, III, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, trad. it. sulla 6ª ed. di F.B. CICALA, Torino, 1905, 473.

<sup>70</sup> Si vedano: App. Brescia, 13 settembre 1953, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 1036 ss.; Trib. Perugia, 25 gennaio 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, c. 864 ss., con note di V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare* e di E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*; Cass., 23 giugno 1960, n. 1661, in *Foro it.*, 1961, I, c. 2059 s. V. anche, incidentalmente, App. Bari, 28 giugno 1960, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1961, 70.

Vale a dire che, in assenza di un puntuale e aggiornato apparato normativo di riferimento, potrebbe oggi, non di rado, accadere che in Italia la regolamentazione dell'esecutore testamentario possa dipendere esclusivamente dalla volontà e dalle disposizioni lasciate del testatore, senza che alle stesse possa essere individuabile *ex lege* una sorta di limitazione, anche in relazione ai poteri conferiti all'esecutore.

Per fare un esempio, secondo l'opinione maggioritaria<sup>71</sup>, anche l'autorizzazione giudiziale, oggi alternativa a quella notarile, stante la novella legislativa contenuta all'art. 21, d.lg. del 10 ottobre 2022, n. 149<sup>72</sup>, potrebbe essere superata dalla volontà del testatore, in quanto, data la genericità della locuzione: «[q]uando è necessario», riferita all'alienazione dei beni ereditari *ex art.* 703, co. 4, c.c., deve preferirsi l'interpretazione secondo cui solo il testatore possa escludere tale autorizzazione anche implicitamente se il contenuto del programma dell'esecutore testamentario è inequivoco e contempla la vendita di quel bene ereditario.

Diversamente, altra opinione<sup>73</sup> minoritaria ritiene che le norme poste a disciplina dei poteri dell'esecutore testamentario abbiano natura cogente e non suppletiva, essendo ispirate alla tutela sia dell'interesse dell'erede sia di quello sociale a che venga data esecuzione alla volontà testamentaria, dovendosi, per l'effetto, guardare al carattere delle norme che stabiliscono i singoli poteri e doveri dell'esecutore.

Posto quindi che l'opinione maggioritaria in dottrina, nell'assenza di riferimenti di legge che possano diversamente limitare i poteri del testatore in relazione alle attribuzioni funzionali dell'esecutore testamentario, non ravvede una oggettiva perimetrazione sui 'limiti' entro cui circoscrivere le facoltà dispositive del testatore, sarebbe opportuno poterli individuare, anche mediante metodi interpretativi integrativi, muovendosi pur sempre nell'ambito di un potere che trae la sua fonte dall'autonomia privata di origine negoziale e che, pertanto, dovrà essere necessariamente bilanciato con gli interessi presenti nella complessa fattispecie successoria.

<sup>71</sup> G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari* cit., 274; A. MANCA, *Degli esecutori testamentari* cit., 625; G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. Teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. DE MARTINO, Novara, 1982<sup>2</sup>, 568. Più in generale secondo la tesi prevalente l'esecutore testamentario può compiere atti di straordinaria amministrazione, senza la necessaria autorizzazione giudiziale, quando si tratti di dare esecuzione alla volontà del defunto in presenza di una disposizione testamentaria inequivoca: cfr. R. BRAMA, *Esecutore testamentario. Dizionario della successione testamentaria*, Milano, 1998, 142; G. SANTANCARGELLO, *La volontaria giurisdizione*, III, Milano, 2006, 654.

<sup>72</sup> Normativa con la quale il legislatore ha attribuito al notaio il potere di autorizzare taluni atti di volontaria giurisdizione, prima di competenza assoluta del giudice.

<sup>73</sup> Si veda G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice Civile*, Napoli, 1990, 661; G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie* cit., 568.

Così appare possibile affermare, come pure rilevato dalla citata dottrina maggioritaria<sup>74</sup>, che l'ufficio dell'esecutore debba assumere particolari doveri imposti dalla legge, come quelli relativi all'esecuzione dei legati o alla consegna dei beni agli eredi *ex art. 707, co. 2, c.c.*, laddove tali doveri non siano incompatibili e/o confliggenti con altri interessi superiori di natura privata (ad esempio, *par condicio creditorum* sui beni aziendali legati del *de cuius* fallito) e/o pubblica (ad esempio, pagamento delle tasse).

Ovvero potrebbe accadere che le volontà del disponente, racchiuse in molti testamenti (sia olografi sia pubblici) predisposti anche parecchi anni prima della morte del *de cuius*, siano inadeguate o non esercitabili nella diversa situazione dell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione.

In queste circostanze potrebbe ritenersi opportuno che l'esecutore, nell'espletamento del suo incarico, svolga un adeguato bilanciamento di tutti gli interessi in concreto presenti, nel caso in cui ravvedesse la sopravvenienza di interessi in contrasto con i semplici interessi privatistici dei beneficiari della disposizione testamentaria (eredi e/o legatari) che solo *prima facie* potrebbero richiedere una integrale soddisfazione immediata, senza alcuna limitazione prevista per legge.

In altri termini, le regole dettate dal testatore dovrebbero essere anch'esse soggette ad un controllo, svolto già in prima battuta dallo stesso esecutore, non solo di liceità ma anche di meritevolezza<sup>75</sup>, per valutare la loro applicazione, sulla

<sup>74</sup> G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari* cit., 274; A. MANCA, *Degli esecutori testamentari* cit., 625.

<sup>75</sup> Si aderisce all'idea che nel controllo di liceità non si fa rientrare quello di conformità dell'atto alla legalità costituzionale e allora il controllo di meritevolezza assume una sua autonomia e più significativa rilevanza, ossia consiste in una valutazione di conformità dell'atto al sistema giuridico vigente e ai suoi valori normativi. V. sul punto G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2018, 716 ss. e F. DELLA ROCCA, *Il controllo notarile di legalità costituzionale*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2, 2021, 135 ss. Più in generale v. P. PERLINGIERI, *'Controllo' e 'conformazione' degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2017, 216; ID., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, 826 ss. (ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 27 ss.); A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, 2016, 165 ss. V., con varietà di argomenti, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 218 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 222 ss.; P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, 70 ss.; ID., *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 395 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 423 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, 94 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 211 ss.; E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in ID., *Studi sui contratti*, Torino, 2000, 719 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, 249 ss.; M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei 'Principi di diritto europeo dei contratti'*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2, 2003, 281 ss.; ID., *Sub art. 1322 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giu-*



base degli altri interessi in gioco presenti nel caso concreto, non solo al momento dell'apertura della successione, ma per tutta la durata dell'incarico.

Come esempio pratico del suddetto ragionamento, potrebbe essere necessaria la valutazione della meritevolezza della deroga dell'autorizzazione giudiziale o notarile, se in concreto ci dovessero essere altri interessi in concorso con quello del testatore che renderebbero immeritevole l'assenza di un controllo terzo sul prezzo di vendita di un cespite ereditario.

Dal che si arriva al terzo punto di osservazione inerente al problema dell'assenza di un corpo normativo esauriente capace di orientare l'interprete.

Infatti, tutti i ragionamenti esposti suggerirebbero ragionevolmente di optare per l'utilizzo di un metodo ermeneutico, che integri le numerose lacune legislative circa la 'indocile' figura dell'esecutore testamentario.

Ulteriori e integrativi canoni ermeneutici consentirebbero, in condizioni di adattabilità e compatibilità, di individuare la disciplina applicabile al caso concreto e alla composizione degli interessi in gioco, anche in virtù: a) del tempo intercorrente tra la genesi delle disposizioni testamentarie e i successivi relativi adempimenti che dovrà espletare l'esecutore nella situazione giuridico-fattuale che troverà; b) della complessità di potenziali posizioni soggettive concorrenti (sia attive sia passive) ed incidenti sui beni ereditari; c) del sopravvenire di istituti giuridici (ad esempio, il *trust*) incompatibili con alcune previsioni codicistiche sull'ufficio dell'esecutore (come il tempo del possesso).

Quindi al fine di individuare la più adeguata e congrua disciplina applicabile l'interprete dovrà ricorrere all'utilizzo di canoni ermeneutici integrativi, assolvendo anche ad un controllo di legittimità e di meritevolezza sugli interessi in gioco, mediante un bilanciamento tra gli interessi del testatore, gli interessi dei beneficiari (siano essi eredi<sup>76</sup> e/o legatari), gli interessi dei creditori dell'eredità, nonché gli interessi dello Stato a riscuotere le eventuali somme dovute a titolo di tasse (sia dell'eredità sia della successione), senza l'apodittica pretesa, in assenza di previsione normativa, che la volontà del testatore debba sempre e comun-

*risprudenza*, a cura di G. PERLINGIERI, IV, Napoli, 2009, 377 ss.; F. SBORDONE, *La 'scelta' della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, 164 ss.; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del post moderno*, in ID. (a cura) *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, 119 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008, 188 ss.; I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, 9 ss.

<sup>76</sup> I quali potrebbero avere interesse sia a ricevere direttamente i beni ereditari designati dal testatore sia a verificare l'esito dell'inventario dell'eredità e/o diversamente a conoscerne lo stato attivo e passivo, al fine di poter esercitare, con piena conoscenza, il diritto di accettarla e/o rinunciarvi. Potrebbe difatti accadere che a fronte di una elevata esposizione debitoria del *de cuius* per debiti contro lo Stato, e/o verso istituzioni di credito, l'erede possa ragionevolmente ritenere di rinunciare all'eredità non accettando il bene assegnatogli dal testatore, in considerazione del maggior peso della complessiva esposizione debitoria insistente sullo stesso.



que essere illimitatamente osservata senza alcuna resistenza da parte dell'ordinamento giuridico.

Ebbene, i suesposti quesiti potrebbero essere affrontati e risolti anche con l'utilizzo delle ulteriori chiavi interpretative sempre di segno comparato che verranno analizzate nei successivi paragrafi.

### 3. *L'esecutore testamentario nel diritto tedesco, svizzero ed inglese*

In Italia, sull'ufficio dell'esecutore testamentario, che ebbe i propri germi nel diritto romano, sviluppandosi successivamente nel diritto consuetudinario dell'area tedesca dove non era utilizzato il testamento, l'apparato normativo risulta essere incompleto e inadeguato.

L'analisi comparativa di detto ufficio tra le disposizioni presenti nel diritto tedesco, svizzero e inglese potrebbe costituire un utile supporto alle lacune delle norme del Codice civile e/o all'incompatibilità che le stesse disposizioni evidenziano con le applicazioni di nuovi istituti, ad esempio il *trust*, nell'ordinamento giuridico italiano, rispetto agli altri ordinamenti presenti sia in ambito comunitario sia sovranazionale.

Si dovrà sin da subito osservare che da questa analisi comparativa, seppur in prima battuta, si riescono ad individuare alcuni tratti comuni della figura dell'esecutore testamentario che germinano da elementi di natura negoziale, che appunto nascendo dalla tradizione romanistica, tendono a curare la volontà del *de cuius*, e caratterizzano la figura dell'esecutore testamentario.

Potremmo quindi definire quali minime unità effettuali dell'ufficio in parola: a) la vendita dei beni; b) la legittimazione passiva dell'eredità; c) la facoltà di procedere alla divisione; d) l'esecuzione dei legati.

Non sono tuttavia sottacibili significativi rilievi, con accenti di natura spiccatamente pubblicistica<sup>77</sup>, a tutela di centri di imputazione di interessi diversi da quelli (meramente) privati dei beneficiari della successione, quali: (i) il preventivo pagamento dei debiti (Svizzera, Germania, Inghilterra); (ii) il preventivo pagamento delle tasse e della successione (Svizzera, Germania, Inghilterra); (iii) la previsione del rilascio del certificato '*Letters of Administration*' al parente più prossimo del *de cuius* (solo in Inghilterra) nel caso in cui non vi sia un testamento, al fine di consentirgli di adempiere al pagamento dei debiti, delle tasse e della successione.

In questo senso, per l'interpretazione delle fonti nazionali si potrebbe prospettare l'argomento comparativo<sup>78</sup>, inteso quale possibile ricorso alla 'legge' stra-

<sup>77</sup> Che altri ordinamenti pongono con ragioni di preferenza anche sotto il profilo temporale nell'esecuzione dell'adempimento dell'incarico dell'esecutore.

<sup>78</sup> N. VARANO e V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, Torino, 2004, 22, segnalano comunque che il modello comparativo, più che in Italia, viene spesso usato dal *Bundesgerichtshof*

niera tra ordinamenti strettamente apparentati<sup>79</sup> o come metodo che si fonda sull'interdipendenza integrativa delle codificazioni<sup>80</sup>, sopperendo alle «reciproche lacune»<sup>81</sup>.

Pur nella consapevolezza che il testo assuma senso nel contesto sociale e culturale cui appartiene la regola e pur escludendo che si possa attuare l'accesso immediato alla fonte straniera, la dottrina più attenta propone il predetto metodo «come problema di interpretazione normativamente regolato dall'ordinamento italiano»<sup>82</sup>.

Tale proposta ha come giustificazione solo considerazioni tecnico-dogmatiche, risultando fondata sulla centralità del codice civile.

Infatti, laddove l'interpretazione letterale della disposizione nazionale conduca ad un risultato interpretativo non convincente, o addirittura ad alcun risultato, sarebbero d'ausilio criteri ermeneutici ulteriori, come appunto quello dell'analogia c.d. comparata, quale particolare applicazione analogica della *lex alii loci*, prioritari rispetto all'utilizzo dei «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»<sup>83</sup>.

La disposizione straniera andrebbe interpretata secondo le regole vigenti nell'ordinamento di provenienza, prediligendo l'orientamento della giurisprudenza dell'ordinamento richiamato e, in subordine, rispettando l'interpretazione conforme allo «spirito del diritto straniero»<sup>84</sup>.

«in aggiunta ai mezzi di interpretazione tradizionali per confermare e promuovere un risultato»; ma sia pure «sempre nelle ipotesi di casi omessi o dubbi», si considera possibile ricorrere alla legge del luogo vicino là dove «contenesse la soluzione migliore o più adatta, e rivelasse con ciò al sua maggior esperienza in materia»: G. GORLA e L. MOCCIA, *Profili di una storia del «diritto comparato» in Italia e nel «mondo comunicante»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 245. A. GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Milano, 2004, 6; V. VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *ivi*, 18. C. SARRA e S. BERTEA, *Dialettica del precedente. Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*, 13 ss.; D. CANALE, *L'argomento comparatistico. Un contributo allo studio del ragionamento giuridico*, 47 ss.; A. LOLLINI, *Searching for Differences: l'uso del diritto straniero seguendo un'ermeneutica per differenziazione*, 75 ss.; A. ODDI, *'Handle with care'. L'uso giurisprudenziale del diritto straniero: profili teorici e pratici*, 89 ss.; P. MARTINO, *Il dialogo giurisprudenziale, l'indipendenza delle Corti e la funzione democratica della motivazione giudiziale: il caso britannico*, 101 ss., in *Ars interpretandi*, 1, 2016.

<sup>79</sup> O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. di L. ARESTA, Napoli, 2009, 92; cfr, inoltre, A. GUARNERI, *Comparazione e scibile giuridico: un rapporto fruttuoso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2016, II, 493 ss.

<sup>80</sup> G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 1, 375.

<sup>81</sup> G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo cit.*, 375.

<sup>82</sup> G.P. MONATERI e A. SOMMA, *'Alien in Rome'. L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 47 ss.; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, 5 s.

<sup>83</sup> G.P. MONATERI e A. SOMMA, *'Alien in Rome' cit.*, c. 49.

<sup>84</sup> G.P. MONATERI e A. SOMMA, *'Alien in Rome' cit.*, c. 54, con citazione di H. PRÜTTING, Sub § 293, in *ZPO-Münchener Kommentar*, München, 1992, 1777. Cfr, inoltre, R. SACCO, *L'inter-*

Nondimeno, è bene sottolineare che il giudice italiano, non debba «[...] ritenersi vincolato da operazioni ermeneutiche nazionali aliene»<sup>85</sup>, ma debba privilegiare una interpretazione «autonoma: ovvero non condizionata dalla prassi in uso nel singolo ordinamento chiamato in causa, ma attenta agli orientamenti che emergono da una osservazione comparata»<sup>86</sup>.

Infatti, la comparazione non può essere fine a se stessa, ma sempre finalizzata alla comprensione e al miglioramento del nostro diritto positivo.

In questo senso autorevole dottrina<sup>87</sup> rilevava che la comparazione non va confusa «con il diritto comparato quale informazione su altri sistemi giuridici; né può esaurirsi in un mero rilievo delle differenze e delle somiglianze; ma consiste nel ricercare le ragioni di queste, e il perché del particolare o peculiare, e come questo si inserisca eventualmente in un fenomeno giuridico di carattere più generale».

Approfondendo l'analisi della figura dell'esecutore testamentario nei citati ordinamenti giuridici, si osserva che secondo l'ordinamento giuridico della Germania il testatore può, nelle sue disposizioni *mortis causa*, nominare uno o più esecutori.

Egli può anche autorizzare l'esecutore stesso o un terzo, oppure il tribunale delle successioni a designare un altro esecutore.

Gli obblighi dell'esecutore iniziano nel momento in cui la persona designata accetta la propria nomina a tale ruolo.

In base alla legge tedesca, compito dell'esecutore è dare esecuzione alle disposizioni testamentarie del testatore. In presenza di più eredi, l'esecutore è responsabile della divisione del patrimonio.

L'esecutore è chiamato ad amministrare il patrimonio.

In particolare, prende possesso del patrimonio e dispone dei beni che lo compongono.

In questa ipotesi, gli eredi non hanno alcun potere di disposizione su nessuno dei beni rientranti nel patrimonio oggetto di amministrazione da parte dell'esecutore.

L'esecutore può altresì assumere obbligazioni in nome del patrimonio a condizione che ciò sia necessario per la sua corretta amministrazione.

Egli può disporre di beni a titolo gratuito solo se sussiste un obbligo morale in tal senso o per rispetto della comune coscienza.

Il testatore può tuttavia, se lo reputa opportuno, limitare i poteri riconosciuti all'esecutore rispetto a quanto previsto dalle disposizioni di legge.

*prête et la règle de droit européenne*, in ID. (a cura di), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, Torino, 2002, 26 ss, spec. 238: l'«interprétation est faite sur la base de la façon dont l'interprète évalue les possibles solutions, et non sur la base du lexique».

<sup>85</sup> G.P. MONATERI e A. SOMMA, 'Alien in Rome' cit., c. 54.

<sup>86</sup> G.P. MONATERI e A. SOMMA, 'Alien in Rome' cit., c. 54.

<sup>87</sup> G. GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, V.

Il testatore può anche fissare il termine entro il quale deve essere data esecuzione al testamento. Egli può, ad esempio, limitarsi ad autorizzare l'esecutore a gestire il patrimonio e a dividerlo entro un breve periodo.

D'altro canto, può anche decidere di fornire istruzioni nel suo testamento o patto successorio, prevedendo che il patrimonio sia oggetto di un'esecuzione a lungo termine.

Di norma, esecuzioni a lungo termine possono essere previste per un periodo massimo di 30 anni, a decorrere dalla data di apertura della successione.

Nondimeno, il testatore può dare istruzione che l'amministrazione continui sino alla morte dell'erede o dell'esecutore, o sino a quando si verifica un determinato evento rispetto all'uno o all'altro di essi. In tali casi, l'esecuzione della successione può durare oltre 30 anni.

Nell'ordinamento giuridico svizzero, seppur l'istituto dell'esecutore testamentario rivesta nella prassi un ruolo molto importante, ciononostante gli viene riconosciuta una regolamentazione assai scarna e composta da due soli articoli: l'art. 517 CC e l'art. 518 CC.

Anche *prima facie* il sintetico articolato disposto dal Codice Civile svizzero appare sicuramente riduttivo al fine di dare delle risposte esaustive e complete per la disciplina dei rapporti e delle situazioni giudico-soggettive inerenti all'istituto in parola, anche in ordine alla risoluzione di tutti i problemi che tale figura può creare nella quotidiana prassi.

Tanto ciò risulta vero in quanto il comma 1 dell'art. 518 CC contiene un diretto richiamo alla disciplina posta a presidio dell'amministratore ufficiale della successione.

Tale rinvio però non è decisivo al fine della risoluzione delle questioni rimaste aperte nella pratica e sprovviste di specifica disciplina, poiché anche la stessa amministrazione della successione viene regolata solo sommariamente, ai sensi degli artt. 554 e 555 CC.

In mancanza di riferimenti legali precisi, la dottrina ha cercato di elaborare delle teorie di supporto che permettessero di qualificare meglio la natura giuridica di questo soggetto, al fine di ottenere delle norme di riferimento cui poter ricorrere in via analogica.

Sono state quindi elaborate tre teorie di stampo dottrinale: (i) una teoria che vede l'esecutore testamentario come un 'mandatario' (*Mandats-theorie*); (ii) una seconda che invece lo vede come un 'rappresentante' *ex art. 32 e segg. CO*; e (iii) una terza che lo inquadra come un 'fiduciario' (*Treuhand-theorie*).

Per l'inquadramento dottrinale è stato rilevato che ognuna delle tre teorie presenta punti di debolezza e che, pertanto, non sia preferibile, né tantomeno corretto sotto un profilo metodologico, anche ai fini della disciplina concretamente applicabile, qualificare la figura dell'esecutore testamentario sotto una soltanto di esse.

D'altro canto, anche il Tribunale federale non si è ancora schierato palesemente a favore di una delle stesse, limitandosi a rilevare come l'ufficio dell'esecutore testamentario sia un istituto di diritto privato e come anche il relativo compenso *ex art.* 517 cpv. 3, CC sia di natura privata<sup>88</sup>.

La soluzione maggiormente seguita in dottrina, vista l'impossibilità pratica di trovare soluzioni rimediali con le indicazioni fornite dai soli artt. 517 e 518 CC, definisce l'esecutore testamentario un istituto *sui generis*, senza alcuna possibilità di far riferimento ad un *corpus* o ad un sistema di norme (come l'articolato relativo all'istituto del mandato), appositamente predisposto e pensato a tutela delle situazioni involgenti al predetto ufficio e alle sue molteplici implicazioni effettuali.

Di contro si preferisce utilizzare solo quelle singole norme che nel caso da trattare presentano le maggiori affinità con tale istituto<sup>89</sup>.

L'art. 517 cpv. 1 CC stabilisce che «il testatore può, mediante disposizione testamentaria incaricare dell'esecuzione della sua ultima volontà una o più persone aventi l'esercizio dei diritti civili».

Il dato testuale della prescrizione sottolinea che l'esecutore testamentario viene nominato mediante un testamento ai sensi degli articoli 498-511 CC.

Ne consegue, quindi, che anche per la disposizione testamentaria, che contempla l'incarico ad un esecutore, debbano necessariamente valere tutte le regole di natura formale e sostanziale che disciplinano la valida costituzione di un testamento: in particolare le norme relative alla capacità di disporre del testatore, alla forma del testamento, all'interpretazione, alla modifica e alla revoca.

Alla luce delle osservazioni poste da parte autorevole di dottrina, la designazione di un esecutore testamentario può avvenire anche nell'ambito di un contratto successorio<sup>90</sup>.

Il TF riconosce difatti che i patti successori possano contenere anche disposizioni testamentarie e non solo norme di natura contrattuale<sup>91</sup>.

Ciò posto, la dottrina ha pertanto ammesso la possibilità di nominare un esecutore testamentario anche mediante un contratto successorio con l'effetto che, in questo caso, la designazione dell'incarico sarà considerata come una disposizione di ultima volontà univoca e revocabile con una propria autonomia rispetto al vincolo contrattuale del patto successorio.

Pertanto, un incarico conferito nel contesto di un contratto successorio potrà essere revocato unilateralmente mediante un testamento (art. 509 CC).

<sup>88</sup> Cfr. DTF 78 II 125; DTF 129 I 334; BS Kommentar, n. 6 *ad art.* 517/518.

<sup>89</sup> Si veda H.R. KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich, 2000, 119 s.

<sup>90</sup> Cfr. BS Kommentar, n. 2 *ad art.* 517.

<sup>91</sup> Cfr. DTF 96 II 273; 101 II 305; 133 III 406.

Non risulterà invece possibile designare l'esecutore nell'ambito di un contratto stipulato tra l'esecutore testamentario e il testatore, quando quest'ultimo sia ancora in vita.

Tale circostanza è il logico corollario derivante dall'applicazione della norma di cui all'articolo 517 cpv. 1 CC perché, come espressamente previsto dalla disposizione richiamata, la nomina deve avvenire mediante una disposizione testamentaria<sup>92</sup>.

Il testatore può scegliere ed incaricare per l'ufficio dell'esecutore sia una persona fisica sia una persona giuridica, ovvero anche più persone che dovranno godere dell'esercizio dei diritti civili (art. 517 cpv. 1 CC).

In relazione all'incarico effettivo, una volta pubblicato il testamento contenente l'incarico ad un esecutore testamentario, il Pretore – per il tramite del notaio che ha pubblicato il testamento – deve darne notizia al diretto interessato che avrà poi tempo 14 giorni per decidere se accettare l'incarico o se rifiutarlo.

Non si tratta infatti di un dovere civico, diversamente dal caso del tutore<sup>93</sup>. L'art. 517 cpv. 2 CC prevede difatti che il silenzio vale quale accettazione ma, ciononostante, la prassi della Pretura di Lugano, Sezione 4, richiede sempre una conferma scritta dell'accettazione del mandato.

Una volta ricevuta la conferma, la Pretura incarica formalmente l'esecutore testamentario e rilascia il relativo attestato<sup>94</sup>.

La *ratio* dell'istituto e la declinazione dei 'doveri' dell'esecutore testamentario sono indicati dall'art. 518, co. 2, CC, dove è specificato che il compito principale dell'esecutore testamentario è quello di far rispettare la volontà del defunto che dovrà assolvere mediante l'adempimento degli obblighi concernenti: (i) l'amministrazione della successione; (ii) il pagamento dei debiti; (iii) il soddisfacimento dei legati; (iv) il procedimento della divisione ereditaria.

(i) In relazione all'amministrazione della successione, in dottrina si parla di '*zeitlich beschränkte Nebenaufgabe*'<sup>95</sup>, in quanto lo scopo precipuo dell'esecuzione testamentaria risulta essere quello di preparare e di portare a termine la divisione con l'effetto che l'amministrazione della successione assurge a compito secondario e di sfondo, ma non di minor importanza, che perimetra l'ufficio dell'esecutore testamentario.

L'amministrazione dell'eredità ingloba l'amministrazione di patrimoni o di immobili.

<sup>92</sup> Cfr. BS Kommentar, n. 3 *ad art.* 517 CC.

<sup>93</sup> Cfr. BS Kommentar, n. 16 *ad art.* 517 CC.

<sup>94</sup> Il certificato di esecutore testamentario, che è l'atto mediante il quale l'esecutore è legittimato ad agire.

<sup>95</sup> Cfr. BS Kommentar, n. 27 *ad art.* 518 CC.

L'amministrazione di un patrimonio implica di procedere all'incasso di crediti, interessi, dividendi, alla valutazione degli investimenti presenti in quel momento, nonché alla possibilità di reinvestire il patrimonio diversamente<sup>96</sup>.

L'esecutore testamentario rappresenta anche i diritti dei soci (*Mitgliedschaftsrechte*), spettanti a suo tempo al disponente, nei confronti di persone giuridiche: (a) in caso di azioni al portatore, il semplice possesso delle stesse ne determina la sua legittimazione operativa (art. 689a cpv. 2 CO); (b) in caso di azioni nominative, la legittimazione all'esercizio dei relativi diritti deriva dalla sua posizione di rappresentante dell'azionista (nel caso in cui fossero azionisti gli eredi), e non sarebbe necessaria in tal caso una procura scritta, essendo sufficiente il solo certificato di esecutore '*Willensvollstreckerzeugnis*'.

- (ii) L'adempimento dell'ufficio deve assicurare il pagamento dei debiti<sup>97</sup> sia del testatore sia della successione senza occuparsi dei debiti degli eredi<sup>98</sup>.
- (iii) Un dovere centrale dell'esecutore testamentario è quello di soddisfare i legati: in questo caso lo svolgimento del relativo adempimento non necessita di alcuna autorizzazione da parte degli eredi, neanche in caso di trapasso di un fondo<sup>99</sup>. Le prescrizioni che dovrà seguire l'esecutore nella distribuzione dei legati prevedono che:
  - (a) ai sensi dell'art. 564 cpv. 1 CC i diritti dei creditori del disponente prevalgono su quelli del legatario; i legati possono pertanto essere soddisfatti unicamente solo dopo che i vari debiti ereditari sono stati pagati o assicurati attraverso gli attivi dell'eredità<sup>100</sup>;
  - (b) la consegna di legati può essere rifiutata dagli eredi nella misura in cui si verifica la lesione della loro porzione di legittima: in questo caso l'esecutore dovrà consegnare i legati solo se è stata fatta salva<sup>101</sup> la porzione legittima degli eredi interessati.
- (iv) Il compito di procedere alla divisione *ex art.* 518 cpv. 2 CC riguarda la divisione del netto della successione, dopo l'eventuale liquidazione del regime dei beni.

Secondo dottrina e giurisprudenza unanime, 'procedere alla divisione' non significa che l'esecutore testamentario possa procedere alla divisione in modo autoritario e autonomo senza l'intervento degli eredi.

<sup>96</sup> In merito agli investimenti devono sempre essere fatti in maniera prudentiale presso istituti bancari di una certa solidità e in forma conservativa.

<sup>97</sup> In linea di principio devono essere pagati solo i debiti esigibili: una diligente e prudente gestione potrebbe però implicare anche il pagamento anticipato degli interessi qualora gli stessi siano troppo elevati.

<sup>98</sup> BS Kommentar, n. 36 *ad art.* 518.

<sup>99</sup> Rep. 1967, 172 s.

<sup>100</sup> P.H. STEINAUER, *Le droit des successions*, Berne, 2006, 548.

<sup>101</sup> P.H. STEINAUER, *Le droit des successions* cit., 548.

In questo caso l'esecutore testamentario dovrà infatti solo preparare la divisione e, una volta stipulato il contratto di divisione, eseguire la stessa attribuendo i beni eventualmente con l'ausilio del giudice<sup>102</sup>.

L'esecutore testamentario può essere legittimato, attivamente e passivamente, a comparire in causa per l'eredità quale attore o quale convenuto in rapporto all'azione di nullità *ex art.* 519 e segg. CC, all'azione di riduzione *ex art.* 522 e segg. CC, alla petizione d'eredità *ex art.* 598 CC e all'azione di divisione *ex art.* 604 CC.

Fra i diritti dell'esecutore testamentario si annovera *in primis* il diritto ad un onorario per l'attività svolta. L'onorario dell'esecutore testamentario può essere stabilito dallo stesso *de cuius* nel proprio testamento: così se il testatore avesse fissato in ipotesi un compenso troppo basso, lo stesso non sarà vincolante e l'esecutore potrà chiederne l'aumento<sup>103</sup>.

Se invece il disponente non ha previsto nulla in merito, l'esecutore ha il diritto di chiedere un compenso per le sue prestazioni (*art.* 517 cpv. 3 CC).

Questa disposizione denota la natura 'onerosa' dell'ufficio dell'esecutore, ponendosi in distonia con quella relativa al compenso del contratto di mandato (*art.* 394 cpv. 3 CO), secondo cui il mandatario ha diritto ad un compenso solo se è stato pattuito o è usuale.

Il compenso per l'esecutore testamentario sarà pertanto obbligatorio, e dovuto anche nel caso in cui il testatore abbia escluso la possibilità di concedere un compenso alla persona da lui incaricata quale esecutore della propria successione<sup>104</sup>.

L'incarico dell'esecutore cessa nel momento in cui lo stesso ha portato a termine tutte le sue incombenze.

Nel dettaglio: (a) nel caso in cui il *de cuius* non abbia precisato alcunché in merito, l'incarico perdura, *ex art.* 518 cpv. 2 CC, fino all'esecuzione della divisione; (b) in caso di azione di nullità verso il testamento mediante la quale si rilevi l'invalidità della disposizione con cui fu designato l'esecutore testamentario, secondo la giurisprudenza<sup>105</sup> dominante, viene ritenuto cessato l'ufficio dell'esecutore con effetto *ex nunc* a partire dal momento della pronuncia che accerti l'invalidità, restando validi tutti gli atti (e gli effetti) compiuti *medio tempore* dall'esecutore.

Negli ordinamenti di *common law*, prendendo ad esempio l'Inghilterra e il Galles, con il termine '*Probate*' si individuano e descrivono i procedimenti di

<sup>102</sup> DTF 97 II 11, 14; DTF 102 II 197, 202; BS Kommentar *ad art.* 518 con riferimenti.

<sup>103</sup> S. HRUBESCH-MILLAUEER, *Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers*, in *AJP*, 2005, 1215.

<sup>104</sup> S. HRUBESCH-MILLAUEER, *Probleme mit der Vergütung* cit., 1215 32.

<sup>105</sup> Cfr. decisione del Kassationsgericht del Canton Zurigo del 22 settembre 2004, reperibile su <[www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)>.



natura legale e finanziaria mediante cui si devono gestire e amministrare tutti i beni del *de cuius*.

Il procedimento inizia con l'individuazione dell'atto delle ultime volontà del defunto che dovrà essere dichiarato valido dal *Probate Registry* e, successivamente, mediante il testamento si individuerà chi sia stato indicato come esecutore testamentario ed abbia, per l'effetto, l'autorità di amministrare il patrimonio del defunto.

Quando vi è testamento è necessaria una concessione definita *Grant of Probate*; quando non vi è testamento è richiesta la *Grant of Letters of Administration*.

Tale documento risulta essere necessario per accedere ai conti correnti bancari, vendere i beni, saldare i debiti del defunto, e conferisce alla persona nominata come rappresentante (il parente più prossimo o l'esecutore testamentario) di occuparsi della gestione della massa ereditaria del *de cuius* prima che chiunque possa rivendicare, trasferire, vendere o distribuire qualsiasi bene del defunto.

Ottenuto il '*Grant*' si procederà dunque all'amministrazione concreta dei beni della massa ereditaria: (a) in caso di testamento, l'esecutore dovrà esattamente attenersi alle disposizioni previste dalle volontà del *de cuius*; (b) in caso di assenza di disposizione testamentaria, la legge determinerà l'ordine e il grado dei beneficiari dei beni della massa ereditaria.

In merito alle operazioni da seguire dopo l'apertura della successione, l'esecutore testamentario, oltre a compiere una esatta valutazione del complessivo patrimonio del disponente, dovrà preliminarmente svolgere anche i seguenti adempimenti: (i) se il defunto era un disponente o beneficiario di un *trust*, dovrà informare i fiduciari di quel *trust* dell'avvenuto decesso; (ii) in caso di polizze sulla vita, dovrà informare la società assicurativa in modo da poter presentare domanda per il pagamento del premio assicurativo.

Nella seconda fase della procedura, concernente la valutazione del patrimonio del *de cuius*, l'esecutore dovrà necessariamente espletare progressivamente anche i seguenti compiti: (1) individuare i debiti del defunto e regolarli immediatamente nel caso in cui ci siano i fondi per soddisfare le passività; (2) ricercare le residuali attività finanziarie del defunto al fine di cercare tutto ciò che possa essere sfuggito; (3) proteggere la propria posizione soggettiva nei confronti dei creditori del defunto pubblicando sulla *London Gazette* un '*Trustee Act Notices*'.

Nella terza fase, i compiti dell'esecutore sono di natura prettamente pratica e fiscale dovendo lo stesso: (a) identificare il modulo fiscale per la dichiarazione di successione mediante la predisposizione del modulo Inheritance Tax (IHT) 400, nel caso in cui sia dovuta l'imposta di successione o in caso di eredità complessive<sup>106</sup>; (b) includere nell'IHT 400 i dettagli e il valore delle donazioni o dei regali fatti in vita dal defunto nei 7 anni precedenti la sua morte<sup>107</sup>; (c) calcolare e paga-

<sup>106</sup> Diversamente sarà sufficiente che l'esecutore compili il modulo IHT 205.

<sup>107</sup> Con l'effetto che ciò potrebbe richiedere un'indagine tra familiari e amici.

re l'imposta di successione dovuta<sup>108</sup> entro 6 mesi dalla data del decesso, essendo possibile, cionondimeno, accordarsi con l'HMRC nello stabilire pagamenti rateali; (d) inviare l'IHT 400<sup>109</sup> all'HMRC e chiedere, dopo 20 giorni lavorativi, al *Probate Registry* il '*Grant of Probate*' o '*letters of administration*'.

Nella quarta fase, una volta pagata l'imposta di successione dovuta, l'esecutore testamentario potrà presentare la domanda per richiedere il *Grant of Probate*; oppure sarà rilasciata al parente più prossimo la '*Letters of Administration*'.

Vale la pena di sottolineare che non sussiste alcun obbligo per l'esecutore di assumere l'incarico potendo rinunciare all'ufficio.

Una volta ottenuto il *Grant of Probate*, l'esecutore ha l'autorità di amministrare e può disporre dell'intera massa ereditaria del *de cuius*.

Nella quinta ed ultima fase, l'esecutore, avendo la disponibilità integrale della massa ereditaria, procede al pagamento di tutti i debiti prima che le somme di denaro e/o le proprietà vengano date ai beneficiari.

Conseguentemente se, in presenza di testamento, sono previsti dei lasciti a determinate persone questi andrebbero eseguiti per primi, mentre in assenza di testamento la legge stabilisce tempi, modi e proporzioni delle quote spettanti agli eredi.

Nel caso in cui i beni o la vendita del patrimonio del defunto dovesse generare una plusvalenza, l'esecutore dovrà riformulare il conteggio delle imposte e comunicarlo nuovamente all'HMRC.

L'esecutore testamentario dovrà tenere registri accurati relativi a tutto il patrimonio amministrato in ordine: (a) ai debiti pagati; (b) alle somme dovute ai creditori; (c) alle somme ed ai beni da distribuire in ultimo ai beneficiari, in quanto solo quando i lasciti individuali saranno stati onorati e le eventuali imposte aggiuntive pagate, sarà possibile distribuire il residuo ai beneficiari.

Sotto il profilo temporale, in Inghilterra, una successione semplice (senza proprietà, senza tasse da pagare, senza crediti e senza problemi con l'identificazione dei beneficiari) potrebbe durare un minimo di 3-6 mesi.

Invece successioni più grandi, ma comunque semplici e senza proprietà da vendere, potrebbero richiedere tra i 6 e 12 mesi, mentre le successioni più complesse con proprietà da vendere, titoli azionari, ricerca d'ulteriori attività finanziarie del *de cuius*, tasse da pagare, ricalcolo delle imposte per plusvalenze dei beni ereditari, o con altri problemi imprevisti, potrebbero richiedere anche 1-2 anni.

<sup>108</sup> Potrebbe chiedere anche all'HMRC di farlo. *His Majesty's Revenue and Customs* è un dipartimento governativo non ministeriale del Regno Unito responsabile per la riscossione delle imposte, il pagamento di alcune forme di sussidi statali e l'amministrazione di altri regimi regolatori incluso il salario minimo nazionale.

<sup>109</sup> L'IHT 205 viene invece inviato direttamente al *Probate Registry* onde è possibile usufruire del sistema *online* di HMRC.

#### 4. *Spunti di comparazione. La vendita dei beni ereditari*

L'analisi comparativa dell'istituto dell'esecutore testamentario tra l'ordinamento italiano e gli altri ordinamenti esaminati porta l'interprete a rilevare che nell'ordinamento tedesco<sup>110</sup> vengono previste esecuzioni a lungo termine; queste per legge possono durare per un periodo massimo di 30 anni<sup>111</sup>.

Tale circostanza in Italia non è affatto prevista, dato che il termine massimo del possesso dei beni per l'esecutore testamentario è biennale (*ex art. 703, co. 3, c.c.*), e lo spirare del menzionato termine, anche se, come affermato dai costanti richiamati orientamenti della giurisprudenza<sup>112</sup>, non coinciderebbe con la decadenza dalla sua funzione, ma senza dubbio potrebbe comprometterne la corretta riuscita dell'espletamento dell'incarico.

In Germania, come già osservato, il testatore può addirittura dare istruzione che l'amministrazione continui sino alla morte dell'erede o dell'esecutore, o sino a quando si verifica un determinato evento rispetto all'uno o all'altro di essi, non potendo durare l'ufficio, in tali fattispecie, comunque oltre il termine massimo di 30 anni.

Il termine massimo dell'ufficio dell'esecutore testamentario previsto in Germania apre una profonda riflessione circa la disciplina che il nostro ordinamento prevede per l'espletamento degli adempimenti dell'incarico dell'esecutore testamentario, (nonché del termine previsto sul possesso dei beni ereditari da parte dello stesso).

Alla luce di quanto detto si potrebbe ancora una volta rilevare che la disciplina italiana presti il fianco a profili di attuale inadeguatezza ed obsolescenza in ordine alla regolamentazione dell'istituto dell'esecutore testamentario.

Anche l'analisi della normativa svizzera, non indica alcuna limitazione temporale all'ufficio dell'esecutore testamentario.

Pertanto, la comparazione dovrebbe portare l'interprete a considerare 'dispositiva', e non imperativa, la norma circa il termine massimo biennale del possesso dei beni ereditari *ex art. 703, co. 3, c.c.*

Infatti, laddove si evidenziasse, nel caso concreto, all'apertura dell'eredità una significativa complessità dei rapporti (debitori-testatore-fisco) ad essa connessi, questa potrebbe influire sulla funzione dell'esecutore testamentario, e riflettersi direttamente sulla eventuale necessità di un termine possessorio maggiore di quello previsto per legge *ex art. 703, co. 3, c.c.*

Si pensi, ad esempio, ad un esecutore che deve curare una complessa vendita dell'azienda del defunto o di valori mobiliari, sensibili all'oscillazione del mercato.

<sup>110</sup> Cfr. §§ 2197-2228 BGB.

<sup>111</sup> A decorrere dalla data di apertura della successione.

<sup>112</sup> *Supra* nota 67.

L'arco temporale di un biennio potrebbe essere insufficiente per concludere una vendita ad un valore di mercato giusto, e la perdita del possesso dei beni potrebbe comportare un grave pregiudizio alla funzione dell'esecutore testamentario. Per non parlare delle nuove forme di eredità digitale, come *Wallet* digitali relativi a criptovalute di titolarità del defunto.

Tale soluzione interpretativa, raggiunta grazie al metodo comparativo, risulterebbe essere maggiormente congrua e adeguata a consentire da un lato l'espletamento effettivo della 'funzione' da parte dell'esecutore e, dall'altro, il soddisfacimento della *ratio* dell'istituto in esame.

In conclusione, alla luce del descritto metodo integrativo comparativistico, le norme poste dall'ordinamento italiano sul termine del possesso dei beni ereditari dovrebbero essere qualificate alla stregua di norme di natura dispositiva e, per ciò, derogabili (ad esempio, nel caso dell'art. 703, co. 2, c.c.).

Questo approccio ermeneutico consentirebbe all'esecutore di esercitare diligentemente il proprio incarico, in aderenza alle volontà del *de cuius*, per il periodo di tempo necessario, che potrebbe rivelarsi, nei fatti, anche superiore al biennio.

Tuttavia, considerare come dispositiva la natura della norma sul possesso dei beni ereditari (*ex* art. 703, co. 2, c.c.), non esaurirebbe la completa individuazione della disciplina applicabile al caso concreto.

Infatti, si dovrà valutare di volta in volta, in base alla complessità delle situazioni ereditarie e testamentarie, in che misura derogare alla predetta norma.

A tal fine sarà necessario operare un attento controllo di meritevolezza sul tempo necessario al possesso dei beni ereditari da parte dell'esecutore.

Tale controllo dovrà considerare da un lato la necessità dell'esecutore di espletare diligentemente la propria funzione e, dall'altro, la compatibilità del termine concesso con i principi dell'ordinamento italiano, e quindi con altri interessi in gioco.

In altri termini, potrebbe non risultare meritevole di tutela l'applicazione analogica del termine di 30 anni posto dalla legge tedesca, poiché è un lasso di tempo così ampio che difficilmente potrebbe essere giustificato da qualche esigenza di liquidazione o di divisione del patrimonio ereditario, con la conseguenza che andrebbe solo a comprimere immeritevolmente gli interessi degli eredi.

Più ragionevole sarebbe considerare, in applicazione analogica della normativa svizzera, il termine flessibile e coincidente con la durata necessaria per portare a compimento la funzione dell'esecutore testamentario, senza che esso possa pregiudicare oltremodo altri interessi in gioco diversi da quelli del testatore.

Nell'ordinamento svizzero, anche se non si tratta di un ufficio pubblico, si riscontrano delle preferenze accordate all'adempimento prioritario di specifici doveri da parte dell'esecutore medesimo durante l'amministrazione della massa ereditaria del defunto che fanno intendere che nella tradizione continentale l'e-

secutore non cura solo gli affari privati e le volontà del testatore, ma ha un ruolo più ampio.

In questo senso non sfugge che la legge svizzera conferisca una prevalenza, rispetto alla legge italiana *ex art.* 707, co. 2, c.c., al soddisfacimento dei legati ai sensi dell'art. 518, co. 2, CC, subordinando tale adempimento al dovere dell'esecutore di estinguere immediatamente i debiti del defunto.

Ovviamente nell'osservare che i diritti dei creditori del *de cuius* prevalgono sui diritti dei legatari non si può non rilevare che gli eredi, diversamente da quanto previsto nella richiamata norma del codice civile italiano, non solo non potranno eccepire il possesso immediato dei beni all'esecutore, ma riceveranno addirittura i soli benefici di quanto eventualmente residuo dalla precedente attività espletata dall'ufficio in ordine sia al pagamento dei debiti sia all'esecuzione dei legati.

Anche in Inghilterra e negli ordinamenti di *common law*, come già osservato, si coglie un significativo rilievo di tipo pubblicistico della figura dell'esecutore, in quanto la stessa, seppur astrattamente inquadrata in ambito privatistico, viene prevista anche in assenza di testamento.

In questo caso, come già detto, per l'esecutore sarà necessario ottenere il *grant of letters of administration*, che gli conferisce l'autorità legale di accedere ai conti correnti bancari, vendere i beni, saldare i debiti del defunto, e quindi di occuparsi della gestione della massa ereditaria del *de cuius*.

Infatti, gli ordinamenti di *common law* esprimono una spiccata prevalenza all'adempimento del dovere dell'esecutore di pagare immediatamente i debiti del defunto e le tasse della successione, prevedendo che, solo successivamente, si proceda ad eseguire i legati e, infine, solo residualmente, a soddisfare gli eredi quali beneficiari della massa ereditaria.

Questo rilievo evidenzia che dall'analisi comparativa possono emergere altri interessi di natura privata (come quello dei creditori del *de cuius*) in grado di incidere sui limiti dei poteri dispositivi del testatore e sul corretto espletamento della funzione dell'esecutore testamentario.

Quindi, appare confermata la necessità di sottoporre ad un controllo di meritevolezza tutte le regole dettate dal testatore per l'esecutore testamentario nel singolo caso; e i limiti deriverebbero proprio dal bilanciamento dell'interesse del testatore con gli altri interessi presenti al momento dell'apertura della successione.

Più in generale, dalla comparazione emergono conferme circa la teoria di parte della dottrina<sup>113</sup>, per la quale l'emersione di ulteriori interessi pubblici e pri-

<sup>113</sup> Ricostruzione giuridica effettuata da F. DELLA ROCCA, *Seminario Italo-chileno de Derecho Civil: Contratos, figuras a fines y responsabilidad civil. Perspectivas histórico-dogmáticas entre Europa y América Latina*, Departamento de Derecho Civil y Derecho Romano, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Chile, 5 dicembre 2022.

vati presenti al momento dell'apertura della successione, come quelli dei creditori del *de cuius* o dei legittimari, andrebbero bilanciati con l'interesse del testatore racchiuso in una disposizione testamentaria.

Solo in questo modo è possibile operare in concreto un congruo vaglio sulla meritevolezza della disposizione testamentaria e, al contempo, individuare la corretta disciplina da applicare.

Guardando, infatti, al caso in cui il testatore abbia disposto che l'esecutore testamentario possa vendere alcuni beni ereditari senza autorizzazione e vi siano ingenti debiti ereditari da soddisfare, sarà necessario operare un accurato controllo sul prezzo di vendita degli stessi.

Infatti, laddove l'esecutore dovesse vendere i beni ereditari, in attuazione della volontà del testatore, ad un prezzo vile potrebbero essere pregiudicate le ragioni dei creditori del *de cuius* essendovi, in questo caso, anche gli interessi di questi ultimi in gioco nella complessa fattispecie.

O ancora, se nella vicenda successoria sono presenti i legittimari e se l'esecutore dovesse vendere, senza controllo alcuno come previsto dalla disposizione testamentaria, i beni ereditari ad un prezzo più basso di quello di mercato potrebbero essere pregiudicate le ragioni dei legittimari, costituendo, tale circostanza, un peso sulla loro quota ereditaria in violazione di quanto disposto dall'art. 549 c.c.

In tutte le circostanze andrebbe considerata inapplicabile la regola che permette all'esecutore di derogare all'autorizzazione notarile o giudiziale per la vendita di un bene ereditario; e si dovrebbe considerare necessario un controllo ad opera del giudice o del notaio per tutelare interessi diversi da quelli del testatore.

Nel caso in cui, invece, il testatore disponga che l'esecutore, in assenza di creditori del *de cuius* e di legittimari, venda i beni ereditari ad un prezzo vile tale circostanza potrebbe essere meritevole di tutela, dal momento che non appaiono lesi né gli interessi dei creditori né tantomeno quelli dei legittimari.

Anche l'ultimo quesito, che nasce dall'esiguità dei richiami legislativi nell'ordinamento italiano in ordine all'esatta qualificazione della figura dell'esecutore, andrebbe risolto mediante l'applicazione della predetta analisi comparatistica.

La disciplina applicabile dovrebbe variare a seconda che siano presenti e rientrino nei compiti affidati all'esecutore semplici interessi del testatore o altri interessi privatistici, oppure interessi pubblici.

Sarebbe, pertanto, possibile individuare la disciplina applicabile al singolo caso, potendosi muovere anche dalle regole straniere sopra analizzate, scegliendo la legislazione estera che si presenta più sensibile alle specifiche esigenze del caso concreto, sempre previo giudizio di compatibilità di questa con l'ordinamento italiano e con i suoi valori costituzionali.

L'applicazione dell'analisi comparativa porterà l'interprete, in caso di incolmabili lacune normative del diritto italiano, a ritenere applicabili alla fattispecie le norme del diritto inglese quando prevalgono interessi di natura pubblicisti-

ca (in caso di debiti verso lo Stato del *de cuius* o di attribuzione all'esecutore del compito di pagare le tasse di successioni); ovvero quelle del diritto tedesco e/o svizzero qualora emergano, nel caso concreto, altri interessi privati (come quelli dei creditori del *de cuius* e dei legittimari), che vadano in contrasto con gli interessi dello stesso testatore.

In definitiva, la ricostruzione di diritto comparato appena esposta, serve a capire meglio anche l'inquadramento di Pugliatti<sup>114</sup> che, riconduce l'istituto in esame all'ufficio di diritto privato, e in particolare aiuta ad individuare quali debbano essere i doveri a cui l'esecutore deve adempiere e a cui deve conformare le regole del suo agire. Essi sono collegati a molteplici fattori, non sono volti a soddisfare la volontà del testatore e dipenderanno dal singolo caso concreto.

Qualora nel caso concreto non fossero presenti interessi meritevoli di tutela riconducibili a soggetti diversi rispetto al testatore, allora la qualifica di ufficio di diritto privato diventerebbe poco comprensibile e l'istituto da guardare in termini di disciplina applicabile dovrebbe essere il mandato e più in generale la rappresentanza volontaria.

<sup>114</sup> S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, rist. anast. Napoli, 1978, 23 ss.

## DISCIPLINA APPLICABILE AL CONTRATTO DI 'ESCROW ACCOUNT'. ORIGINE, FUNZIONE E CASO CONCRETO

FRANCESCO DELLA ROCCA

**ABSTRACT:** L'enorme varietà di funzioni che il contratto di *escrow account* può avere e la varietà di contesti in cui esso può essere utilizzato dovrebbero condurre l'interprete a parlare di contratti di *escrow account*, ognuno dei quali ha una differente disciplina. Pertanto, per scegliere la disciplina applicabile alla figura in esame, sarà necessario applicare l'insegnamento di G. Perlingieri, e ritenere che essa dipenderà esclusivamente dall'esito del controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della *ratio* della singola norma agli interessi perseguiti o coinvolti dal concreto atto di autonomia. L'*escrow holder* dovrebbe essere ricondotto alla figura dell'ufficio di diritto privato, di pugliattiana concezione, per cui egli dovrebbe avere il dovere di raggiungere la specifica funzione attribuitagli per contratto, anche in deroga alle disposizioni pattuite, se queste si dovessero rilevare in contrasto con la funzione o se fosse ravvisabile un interesse di terzi più meritevole di tutela. Funzione, quindi, che deve contemplare non solo i diritti soggettivi dei soggetti coinvolti nel negozio, ma anche i limiti ordinamentali, contenuti nei principi e nelle norme, che conformano ogni atto di autonomia, e obbligare l'*escrow holder* ad effettuare un controllo costante di liceità e meritevolezza della causa concreta del singolo *escrow*.

**RESUMEN:** La enorme variedad de funciones que puede tener el contrato de *escrow account* y la variedad de contextos en los que puede ser utilizado deben llevar al intérprete a hablar de contratos *escrow account*, cada uno de los cuales tiene una disciplina diferente. Por tanto, para elegir la disciplina aplicable a la figura que nos ocupa, habrá que aplicar la enseñanza de G. Perlingieri, y considerar que dependerá exclusivamente del resultado del control de compatibilidad, adecuación y congruencia de la *ratio* de la norma única a los intereses perseguidos o implicados por el concreto acto de autonomía. El *escrow holder* debe ser reconducido a la figura de la oficio de derecho privado, de concepción 'pugliattiana', en virtud de la cual debe tener el deber de realizar la función específica que le ha sido asignada por contrato, incluso derogando las disposiciones pactadas, si éstas se encontraran en contraste con la función o si pudiera reconocerse un interés de un tercero más merecedor de protección. Una función, por tanto, que debe contemplar no sólo los derechos subjetivos de las partes implicadas en la transacción, sino también los límites legales, contenidos en los principios y normas, que caracterizan todo acto de autonomía, y obligan al *escrow holder* a llevar a cabo una revisión constante de la licitud y mérito de la causa concreta del singular *escrow*.

**PAROLE CHIAVE:** *escrow account*; disciplina applicabile; *escrow holder*; deposito prezzo dal notaio; ufficio di diritto privato.

**PALABRAS CLAVE:** *escrow account*; disciplina aplicable; *escrow holder*; depósito de precio ante notario; oficio de derecho privado.



SOMMARIO: 1. Dalle origini del contratto alle applicazioni odierne. – 2. Tentativi di ricostruzione della disciplina applicabile mediante il metodo sillogistico-sussuntivo o mediante il recepimento della disciplina straniera. – 3. Irragionevolezza o illegalità dei risultati ermeneutici raggiunti seguendo le soluzioni proposte. – 4. La strada tracciata da G. Perlingieri e le applicazioni pratiche di tale tesi. – 5. Per una valorizzazione del ruolo dell'*escrow holder*: un ufficio di diritto privato con il potere-dovere di agire funzionale nel rispetto della legalità costituzionale.

### 1. Dalle origini del contratto alle applicazioni odierne

Tra le tante definizioni proposte in dottrina<sup>1</sup> del contratto di '*escrow account*' merita maggiore accoglimento, per le ragioni di séguito esposte, quella più flessibile, ossia quella per la quale «si registrano accordi di *escrow* allorquando un soggetto consegna una cosa (un documento, una somma di denaro, ecc.) ad un terzo, con l'intesa che questi la consegna, a propria volta, ad un'altra parte, subordinatamente all'avvenuto l'adempimento di una certa obbligazione da parte di quest'ultima, o al verificarsi di altre condizioni»<sup>2</sup>; o la restituisca a lui medesimo, se quell'evento non si dovesse verificare.

<sup>1</sup> P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 4, 2012, 375; V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contratti*, 2, 2013, 197; F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina*, in AA. Vv., *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, a cura di M. GRANIERI e T.M. UBERTAZZI, Bologna, 2017, 239 ss.; A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2015, II, 560 ss.; G. CERUTTI, *Gli strumenti di garanzia dei pagamenti nei contratti M&A*, in AA. Vv., *I contratti di acquisizione di società e aziende*, a cura di U. DRAETTA e C. MONESI, Milano, 2007, 517; G. PESCATORE e S. ANGIONE, *Il contratto di escrow: struttura fondamentale e principali utilizzi*, in *Boll. int.*, 2005, reperibile in <[www.bcp-lex.com/pdf/2005/2005-01.pdf](http://www.bcp-lex.com/pdf/2005/2005-01.pdf)>; A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. impr.*, 2, 2005, 802 ss.; J.B. SAUNDERS, *Words and phrases legally defined*, London, 1969, 178; K. SMITH e D.J. KEENAN, *English law*, London, 1969, 100; U. MORELLO, *Fiducia e trust due esperienze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, 2, 239 ss.; G. PROVAGGI, *Agency escrow*, in AA. Vv., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 291. F. TOSCHI VESPASIANI, *Il contratto atipico di 'source code escrow'*, in *Quot. giur.*, 22/4/2016 scrive: «il contratto di *escrow*, figura negoziale caratterizzata da una funzione di custodia e garanzia, nonché da una struttura trilaterale, si definisce come un contratto accessorio, che postula essenzialmente l'intervento di un terzo, fiduciario delle parti di un contratto principale, presso cui una cosa, in genere il prezzo dei titoli ceduti o della merce fornita, viene depositata in garanzia dell'adempimento di una obbligazione o della restituzione a chi spetta all'avveramento di una condizione. Nel contratto di *source code escrow*, si ha il deposito presso un terzo di una copia del codice sorgente di un programma prodotto da una parte (licenziante) e concesso in utilizzo a un'altra (licenziatario): posto che a chi acquista la licenza è trasmessa una copia del solo programma eseguibile, che non consente di modificarne la struttura e il funzionamento, le parti possono pattuire che nel caso in cui il produttore non sia più in grado di garantire manutenzione e assistenza, il cliente possa ottenere dal terzo la consegna di una copia del codice sorgente».

<sup>2</sup> C. CARRASSI, *'Escrow agreements' nel diritto inglese ed il contratto di distribuzione di prodotti sofisticati*, in *Giur. it.*, 1991, II, c. 563.

Il trasferimento deve avvenire in modo automatico, senza cioè un'ulteriore manifestazione di volontà da parte del soggetto che trasferisce, o di quello che deve ricevere il bene oggetto del contratto di *escrow*.

A differenza delle altre definizioni questa appena esposta ha il merito di non prendere una posizione terminologica verso alcun istituto giuridico, potendola adattare ad ogni ipotesi di contratto di *escrow*.

Infatti, il primo errore riscontrabile nella letteratura in tema di contratto di *escrow account* è stato quello di inserire nella definizione il termine deposito o depositante.

E se definire in un modo una cosa non significa per forza incasellarla in una categoria, potendo la definizione avere valore meramente descrittivo, lascia però presumere quale possa essere stato il ragionamento alla base di una tale qualificazione.

Di pari passo, non comprendendo l'eterogenea funzionalità del contratto, si è provato a ricercare l'origine del contratto nel diritto anglosassone, e quindi nella tradizione di *common law*, ove il termine *escrow* assumeva il significato di atto scritto ('*scrow*') e sigillato ('*sealed*'), il quale veniva affidato in custodia ad un terzo affinché quest'ultimo lo consegnasse al soggetto designato, una volta constatato l'avveramento di determinate condizioni.

Cercare l'origine storica e indagare sulle regole previste per un dato istituto nel diritto dell'antichità, può risultare utile quando questo abbia la medesima funzione di quella odierna e non solo, come spesso accade, il medesimo *nomen iuris* o uno simile.

Infatti, una lettura semplicistica potrebbe far pensare alla figura nota nel diritto romano del deposito<sup>3</sup>, anche se le differenze che saranno evidenziate nel presente lavoro dovrebbero condurre gli studiosi dell'antichità a guardare anche ad altri istituti del diritto romano, come il sequestro (*sequestratio*)<sup>4</sup> o le attività dell'*argentarius*<sup>5</sup>, che hanno prerogative più in linea con i poteri e la funzione degli odierni *escrow account*.

<sup>3</sup> G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, Milano, 1922, II, 1-136; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1926<sup>2</sup>, 364 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1933. Sul deposito irregolare, v. specialmente: J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, in *Mnemosyne*, 39, 59 ss.; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 17, 1906, 121 ss.; G. SEGRÉ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 19, 1907, 197 ss.

<sup>4</sup> Nel diritto romano, il sequestratario ha, a differenza del semplice depositario, diritti e poteri particolari. Infatti, al primo è riconosciuta la tutela interdettale che compete al possessore, non concessa, invece, al 'normale' depositario. Si può, allora, constatare che il sequestratario è un depositario cui è – come al depositario di un *escrow agreement* – riconosciuto un ruolo maggiormente attivo rispetto al 'normale' depositario.

<sup>5</sup> Per tutti v. S. BALBI DE CARO, *La banca a Roma: operatori e operazioni bancarie*, Roma, 1989; A. PETRUCCI, *Mensam exercere: studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 1991.

Pertanto, sarebbe più interessante individuare quali possano essere, nei paesi di *civil law*, gli istituti del passato che condividono, anche solo in parte, le possibili funzioni dell'istituto in esame per indagare su come essi regolavano determinate esigenze, molte delle quali ancora oggi presenti.

Questo preambolo è sorretto dal fatto che in Italia troviamo differenti applicazioni riconducibili all'istituto in commento.

Differente non solo è il contesto di applicazione – infatti, se ne riscontra l'utilizzo nelle operazioni societarie, nei trasferimenti immobiliari, negli appalti, nei finanziamenti bancari e non<sup>6</sup>, nelle operazioni sui mercati finanziari, negli acquisti su *internet* o negli scambi commerciali internazionali<sup>7</sup> –, ma anche la funzione in concreto che il contratto ha.

In particolare, nella funzione del singolo negozio troviamo alcune volte quella di custodia e deposito nelle more che si verifichi un evento; altre volte quella di attività fiduciaria, o diversamente quella integrativa-correttiva dello scambio di un negozio collegato<sup>8</sup>, o quella di pagamento principale o connesso ad un trasferimento.

<sup>6</sup> D. BALDUCCI, *Formulario di tutti i contratti pubblici e privati*, Milano, 2007<sup>12</sup>. Secondo P. FABRIS, *Mandato di Escrow Agent*, in *Contratti*, 8/9, 2003, 858, l'*escrow agreement* dovrebbe sempre essere utilizzato, anche in Italia, nei rapporti tra istituti di credito e società capogruppo che intendono assistere e supportare finanziariamente le proprie società controllate, garantendo in tal modo la massima snellezza procedurale; infatti, il contratto di *escrow* potrebbe realizzare contemporaneamente ed in un *unicum* gli obiettivi dei due strumenti maggiormente utilizzati a tal fine nella prassi societaria, «ovvero la lettera di *patronage* ed il pegno sulle partecipazioni di società». Tra l'altro, rispetto al pegno sulle partecipazioni, il ricorso al contratto di *escrow* sembrerebbe presentare il vantaggio di non essere soggetto all'imposta di registro (pari al 3%) sul valore dichiarato dei beni costituiti in pegno; in questo senso anche G. LUCANI, *Escrow*, in *Cont. Impr.*, 2, 2005, 822.

<sup>7</sup> Vedi F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina* cit., 239 ss; T. GALLETTI, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in *Nuovo dir. soc.*, 8, 2012, 55, afferma che «molteplici sono le applicazioni pratiche di tale istituto (dal deposito del prezzo nelle compravendite internazionali al deposito cauzionale in senso stretto) e, con riferimento alle acquisizioni di partecipazioni societarie, può rilevarsi che l'*escrow agreement* è particolarmente diffuso, anche nelle operazioni che riguardano esclusivamente i soggetti italiani, quale forma di garanzia rispetto alle sopravvenienze passive o minusvalenze di attivo delle quali debba rispondere il venditore delle partecipazioni. A questo scopo una parte del prezzo della compravendita delle partecipazioni viene versato dal venditore ad un terzo (normalmente una banca) che assume l'incarico di provvedere alla (custodia, eventualmente fruttifera, e) consegna in tutto o in parte al venditore o all'acquirente a seconda delle vicende che si verificheranno in un dato ambito temporale, sulla base di istruzioni congiunte o alternativamente a séguito della risoluzione delle eventuali controversie insorte tra le parti». Un esempio è rinvenibile in quella pratica del commercio internazionale nota come scambio in compensazione o *countertrade*, che è costituita dall'insieme delle operazioni dirette a sistemare posizioni creditorie, vanate da un gruppo di operatori commerciali di un certo paese, verso operatori di un altro; v. C. CARRASSI, *'Escrow agreements'* cit., c. 563; P. BERNARDINI, *Il 'countertrade': da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, 1987, 99.

<sup>8</sup> In tema di aggiustamento prezzo v. R. VIGEZZI e P. MEZZETTI, *Le rettifiche di purchase price tra il 'signing' e il 'closing'*, in *Società*, 5, 2011, 565 ss.

Ancóra, il negozio in esame può avere una funzione di garanzia rispetto ad un rischio generico o ad uno specifico.

È facile intuire che il termine garanzia è molto ampio e apre a una molteplicità di casi diversi: un conto è garantire un contraente rispetto ad un inadempimento di una prestazione; un altro è proteggerlo da una sopravvenienza contrattuale o da un'azione dei terzi creditori rispetto ad un'operazione negoziale.

Il maggiore problema che ha condotto la letteratura giuridica ad occuparsi dell'istituto è l'assenza di una normativa tipica, in quanto il nostro ordinamento non disciplina espressamente tale contratto.

L'unico dato positivo rinvenibile<sup>9</sup> nella legislazione italiana è l'art. 1, commi 63-67, della l. 27 dicembre 2013<sup>10</sup> n. 147, così come modificati dalla l. 4 agosto 2017, n. 124, entrata in vigore il 29 agosto 2017<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Vedi F. DE FRANCHIS, *Law Dictionary English-Italian*, voce 'Escrow', Milano, 1984, 703; P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 4, 2012, 365; A. FUSARO, *La clausola di escrow account cit.*, 566; A.M. LUCIANI, *Escrow cit.*, 801.

<sup>10</sup> G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147*, in *Riv. not.*, 2014, 1, 79.

<sup>11</sup> Di séguito il testo modificato dalla l. n. 124/2017 dei commi:

«63. Il notaio o altro pubblico ufficiale è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato: a) tutte le somme dovute a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d'imposta, e comunque le spese anticipate di cui all'articolo 15, primo comma, numero 3), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, in relazione agli atti a repertorio dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità immobiliare o commerciale; b) ogni altra somma affidatagli e soggetta ad obbligo di annotazione nel registro delle somme e dei valori di cui alla legge 22 gennaio 1934, n. 64; c) l'intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinato in denaro, oltre alle somme destinate ad estinzione di gravami o spese non pagate o di altri oneri dovuti in occasione del ricevimento o dell'autenticazione di atti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione o estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende, se in tal senso richiesto da almeno una delle parti e conformemente all'incarico espressamente conferito; nei casi previsti dalla presente lettera, il notaio deve ricusare il suo ministero se le parti non depositano, antecedentemente o contestualmente alla sottoscrizione dell'atto, l'importo dei tributi, degli onorari e delle altre spese dell'atto, salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio»;

«65. Le somme depositate nel conto corrente di cui al comma 63 costituiscono patrimonio separato. Dette somme sono escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia, sono impignorabili a richiesta di chiunque ed impignorabile è altresì il credito al pagamento o alla restituzione delle stesse»;

«66. Nei casi previsti dalle lettere a) e b) del comma 63, il notaio o altro pubblico ufficiale può disporre delle somme di cui si tratta solo per gli specifici impieghi per i quali gli sono state depositate, mantenendo di ciò idonea documentazione. Nei casi previsti dalla lettera c) del comma 63, eseguite la registrazione e la pubblicità dell'atto ai sensi della normativa vigente, verificata l'assenza di gravami e formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto o da questo risultanti, il notaio o altro pubblico ufficiale provvede senza indugio a disporre lo svincolo degli importi depositati a favore degli aventi diritto. Se nell'atto le parti hanno previsto che il prezzo o corrispettivo sia pagato solo dopo l'avveramento di un determinato evento o l'adempimento di una determinata prestazione, il notaio o altro pubblico ufficiale svincola il prezzo o corrispettivo

Tale articolo, tuttavia, non detta una vera e propria disciplina, anzi a dire il vero ingenera diversi dubbi.

Se dalla semplice lettura dei cinque commi in questione emerge in modo palese l'assenza di una disciplina organica, non può sfuggire neanche il fatto che l'incompletezza del dettato normativo colpisce anche i pochi aspetti che la novella legislativa prova a regolamentare.

Ad esempio, il comma 66 si limita a prevedere il caso in cui la verifica notariale abbia esito positivo, non disciplinando, invece, il caso in cui abbia esito negativo.

Cosa accade ove la stessa abbia esito negativo laddove le parti non abbiano proceduto a regolamentare convenzionalmente tale possibilità?

Tale verifica può riguardare tanto una pregiudizievole quanto un evento dedotto in condizione, o l'adempimento della controprestazione.

La prassi si è orientata verso una duplice e diversa strada.

C'è chi depone nel senso di prevedere comunque lo svincolo della somma a favore del compratore (autore del pagamento); e chi, sostenuto da parte della dottrina<sup>12</sup>, si orienta nel senso del mantenimento del deposito vincolato finché le parti non decidano congiuntamente a chi spetti la somma depositata, rendendo di fatto la procedura assai lunga e molto farraginoso.

Infine, il grande interrogativo che ogni interprete si pone: qual è la valenza da dare a tale normativa? È una disposizione legislativa che deve essere applicata ad ogni ipotesi di *escrow* o è limitata a quando l'*escrow holder* è svolto dal notaio?

depositato quando gli viene fornita la prova, risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero secondo le diverse modalità probatorie concordate tra le parti, che l'evento dedotto in condizione si sia avverato o che la prestazione sia stata adempiuta»;

«66-bis. Il notaio o altro pubblico ufficiale può recuperare dal conto dedicato, a séguito di redazione di apposito prospetto contabile, le somme di cui al comma 63 che abbia eventualmente anticipato con fondi propri, nonché le somme in esso versate diverse da quelle di cui al medesimo comma 63»;

«67. Gli interessi su tutte le somme depositate, al netto delle spese e delle imposte relative al conto corrente, sono finalizzati a rifinanziare i fondi di credito agevolato destinati ai finanziamenti alle piccole e medie imprese, secondo le modalità e i termini individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Entro lo stesso termine il Consiglio nazionale del notariato elabora, ai sensi della lettera f) dell'articolo 2 della legge 3 agosto 1949, n. 577, e successive modificazioni, principi di deontologia destinati a individuare le migliori prassi al fine di garantire l'adempimento regolare, tempestivo e trasparente di quanto previsto dai commi 63, 65, 66 e 66-bis del presente articolo, nonché del presente comma. Del pari provvedono gli organi preposti, secondo i rispettivi ordinamenti, alla vigilanza degli altri pubblici ufficiali roganti».

<sup>12</sup> G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo* cit., 79 ss.

## 2. Tentativi di ricostruzione della disciplina applicabile mediante il metodo sillogistico-sussuntivo o mediante il recepimento della disciplina straniera

La maggior parte degli autori, nella ricerca della disciplina applicabile, si è limitata ad un ragionamento sillogistico-sussuntivo, e ha ricondotto il contratto di *escrow* ad uno dei tipi contrattuali previsti nel nostro ordinamento, ritenendo applicabili le norme che regolano il tipo individuato.

In particolare, i contratti individuati sono: il negozio fiduciario<sup>13</sup>; il sequestro convenzionale<sup>14</sup>; il mandato irrevocabile nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale<sup>15</sup>; e il contratto di deposito<sup>16</sup>; nello specifico il deposito nell'interesse del terzo *ex art. 1773 c.c.*<sup>17</sup>

Altri<sup>18</sup>, invece, notando nel contratto di *escrow* elementi simili al mandato ed altri propri del deposito, hanno inquadrato il negozio in esame nella catego-

<sup>13</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, 179. Per una dettagliata analisi critica relativa all'inquadramento dottrinale del negozio fiduciario tra vivi si rinvia a M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011<sup>2</sup>, 221 ss.; e, con riferimento alla diversa prospettiva del tradizionale negozio fiduciario, ID., *La consumazione del negozio fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2, 2010, 128 ss. Con riferimento alla struttura del negozio fiduciario, L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Padova, 1993, 10. V. anche C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Milano, 2000; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, 28, Milano, 1978; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.

<sup>14</sup> M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust cit.*, 337 ss., che evidenzia come lo scarsissimo ricorso della prassi al sequestro convenzionale testimonia che il meccanismo previsto nel Codice civile non è efficiente. Due tipici casi di sequestro convenzionale ci è dato conoscere dalle fonti: il primo è il deposito di documenti ereditari. A tal proposito, ancora oggi negli Stati Uniti in modo particolare, si impiega l'*escrow agreement* in sede di divisione dell'asse ereditario (così come si può ricevere in eredità un bene che sia già di per sé un *escrow*), in particolar modo per il pagamento delle imposte di successione (*money in escrow for the inheritance tax*). L'altro caso tipico è il deposito presso un terzo del prezzo della merce compravenduta, attuato da compratore e venditore, sino a verifica della qualità della merce oggetto di compravendita. Anche questa fattispecie è di grande attualità e diffusione nell'ambito dell'*escrow*.

<sup>15</sup> Vedi Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale*, Milano, 2019, 34 ss.; A.M. LUCIANI, *Escrow cit.*, 824; A. AZARA, *Clausola di escrow*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali*, Milano, 2019, 903.

<sup>16</sup> Tra gli altri, R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro.it*, 1937, I, c. 1476; A. FUSARO, *La clausola di escrow account cit.*, 560 ss.

<sup>17</sup> Vedi T. GALLETTI, *Il trust a scopo di garanzia cit.*, 57 ss., il quale riconduce il contratto di *escrow* al deposito nell'interesse del terzo *ex art. 1773 c.c.*

<sup>18</sup> V. SANGIOVANNI, *Il deposito in garanzia nelle operazioni di M&A*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 6, 2013, 16; A. FUSARO, *La clausola di escrow account cit.*, 560 ss.; F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina cit.*, 253. Parla di contratto atipico a causa mista, nel quale confluiscono elementi tipici del contratto di deposito e di mandato: G. CERUTTI, *Gli strumenti di garanzia cit.*, 517.

ria del contratto misto<sup>19</sup>, applicando in parte la disciplina del deposito e in parte quella del mandato.

Discorso in parte analogo è stato fatto in letteratura<sup>20</sup>, anche con riferimento alla fattispecie tipica notarile del deposito prezzo, poiché il dato positivo detta una disciplina alquanto scarna.

Inoltre, interessante è come il Consiglio Nazionale del Notariato<sup>21</sup> consideri centrale nella regolamentazione del fenomeno la fonte negoziale, prescrivendo una sorta di dovere per il notaio di ricevere delle indicazioni vincolanti circa la gestione delle somme a lui affidate.

Invece, quella parte della dottrina<sup>22</sup> più avveza al diritto straniero ricerca la disciplina applicabile al contratto in commento nella legislazione, nella giurisprudenza o nella prassi dei paesi di *common law*.

Infine, anche il richiamo alla disciplina del *trust* è assai frequente in letteratura<sup>23</sup>, la quale considera l'*escrow account* un'applicazione del *trust* autodichiarato.

<sup>19</sup> Con riferimento ai contratti misti, Cass., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Banca Dati Eutekne*, ha stabilito che la disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (c.d. teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente. In materia di contratti misti, cfr. E. CONTINO, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi - nota a Cass. 2 novembre 2000 n. 14330*, in *Giust. civ.*, 718, 2001, 1897 ss.; E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2012, I, 87 ss.; G. SARDU, *Brevi note in tema di contratto misto di vendita e appalto [Nota a App. Cagliari 22 marzo 2004, n. 98 App. Cagliari 29 aprile 2004, n. 141]*, in *Riv. giur. sarda*, 3, 2005, I, 646 ss.; R. SENIGAGLIA, *La rilevanza contrattuale dell'obbligazione di custodire nei contratti misti a struttura complessa (Cassazione civile, sez. 2., 17 novembre 2010, n. 23211)*, in *Contratti*, 4, 2011, 331 ss.; P. TOMASSI, *Contratti misti, prestazioni scindibili e applicazioni della normativa degli appalti pubblici*, in *Riv. amm. app.*, 3/4, 2010, 190 ss.

<sup>20</sup> La fattispecie sembra oggi recepita nella legge 27 dicembre 2013, n. 147, che ha disciplinato il conto corrente dedicato e il deposito del prezzo presso il notaio; sul punto V. TAGLIAFERRI, *Il conto corrente dedicato e i conseguenti obblighi in capo al notaio*, *Studio n. 419-2017/C*, (Approvato in via definitiva dalla Commissione Studi Civilistici il 13/03/2018), 2018, reperibile in <*webrun.notariato.it*>, secondo la quale si tratta di un «nuovo contratto facoltativo di deposito con contenuto parzialmente vincolato», da ricondurre «al tipo negoziale del mandato, pur avendo alcune caratteristiche in comune con il deposito e con il sequestro convenzionale. In effetti, il deposito prezzo a mani del notaio altro non è che un incarico allo stesso affidato avente ad oggetto una serie di attività: ricevere le somme, versarle sul conto corrente dedicato, registrare e trascrivere l'atto definitivo di vendita, verificare che non siano intervenute fra la data dell'atto e la trascrizione formalità pregiudizievoli e solo in tale ultimo caso procedere allo svincolo delle somme a favore del venditore».

<sup>21</sup> V. TAGLIAFERRI, *Il conto corrente dedicato* cit.

<sup>22</sup> Vedi M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust* cit., 460; G. PROVAGGI, *Agency escrow* cit.

<sup>23</sup> Vedi A. LEPORE, *Il trust autodichiarato e il trust onlus. Regime di pubblicità e soggettività giuridica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015, 269.



### 3. Irragionevolezza o illegalità dei risultati ermeneutici raggiunti seguendo le soluzioni proposte

I risultati di queste impostazioni metodologiche sono davvero irragionevoli e dimostrano la non correttezza del metodo seguito.

Se si dovesse stabilire l'applicazione della disciplina sul deposito in ogni ipotesi di *escrow*, l'*escrow holder* non avrebbe mai il potere di compiere alcuna attività se non quella di custodire/conservare.

Non potrebbe banalmente avere il potere di verificare l'esistenza di pregiudizievoli o l'avveramento di una condizione apposta al contratto collegato, e di conseguenza non potrebbe prendere decisioni secondo le circostanze che si presentano dopo il trasferimento della somma.

Diversa, nella maggior parte dei casi, è proprio la funzione che ha il contratto di *escrow* rispetto al deposito.

Infatti, la disciplina sul deposito è figlia del fatto che il depositante ha solo l'obbligo di custodire senza dover svolgere altre attività, e mal si concilierebbe con la dinamicità accordata all'*escrow holder*.

Questa valutazione in realtà è la ragione principale che ha condotto parte della dottrina a guardare con più convinzione alla disciplina del mandato.

Tuttavia, anche la disciplina del mandato potrebbe risultare nel caso concreto inadeguata.

Infatti, il mandato è un contratto volto a perseguire interessi propri del mandatario o di un terzo predeterminato nel contratto.

In altri termini, nella storia della letteratura italiana<sup>24</sup> si è sempre accomunato il mandato alla rappresentanza volontaria, mentre si è pensato ad altri istituti, come all'ufficio di diritto privato, quando potrebbero esserci altri interessi in gioco, magari anche in contrasto, da tutelare.

Innanzitutto, molte volte il contratto in commento ha la funzione di risolvere un potenziale conflitto tra le parti, e di certo non sono la regolamentazione del mandato o della rappresentanza volontaria le più adatte a casi del genere.

Inoltre, con una graduazione che muta di volta in volta, l'operato dell'*escrow holder* potrebbe incidere su interessi diversi, e alcune volte addirittura confliggenti rispetto a quelli riconducibili alle parti del contratto in esame.

In questi casi non appare una lettura rispettosa della nostra Costituzione e dei nostri valori ordinamentali quella di pensare che l'*escrow holder* non debba agire bilanciando tutti gli interessi in gioco.

Gli altri istituti richiamati presentano tutti una disciplina che risente delle peculiarità tipiche degli stessi, peculiarità che in molti casi non risultano sussistere nello specifico *escrow*, e pertanto risulterebbe fuori luogo applicare tale disciplina.

<sup>24</sup> Per tutti, v. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, rist. anast. Napoli, 1978, 23 ss.



Si pensi alla disciplina del sequestro convenzionale che lega la restituzione del bene sequestrato in base alla risoluzione della controversia; meccanismo totalmente assente nella maggior parte dei contratti di *escrow*, in cui non vi è una lite da dirimere né un soggetto da individuare *per relationem* in base ad una pronuncia da emettere.

Inoltre, ai sensi dell'art. 1800, comma 3, c.c., il sequestratario ha l'obbligo di amministrarle qualora la natura delle cose sequestrate lo richieda o il potere di venderle quando vi sia il pericolo di perdita o di deterioramento (art. 1800, comma 2, c.c.).

Ora, se si immaginasse l'applicazione di tale regola al caso di conferimento in *escrow* di quote sociali come garanzia di un'operazione di M&A, sarebbe un controsenso attribuire ad un terzo il potere di incidere in qualunque modo sull'amministrazione, o anche semplicemente sulla scelta di quale soggetto debba amministrare nelle more della definizione dell'acquisizione.

Infatti, il ricorso alla figura dell'*escrow* sarebbe proprio giustificato dall'esigenza di cristallizzare il più possibile la situazione aziendale ad una determinata data, senza che la nuova proprietà possa, magari prima di aver pagato, amministrare o comunque interferire anche indirettamente su scelte aziendali, così da evitare che, qualora la vendita non vada a buon fine, il venditore si ritrovi ad avere un'azienda vincolata da scelte non sue.

Figuriamoci, allora, se nel silenzio del contratto si può, in una situazione simile, ritenere sussistente in capo ad un soggetto addirittura terzo un potere di incidere sull'amministrazione.

Certo una società per natura necessita di essere amministrata e la maggior parte delle volte nei casi di sequestro, anche giudiziale, vi è un custode che si occupa di questo; ma tale prerogativa, nel caso appena esposto, apparirebbe irragionevole perché appunto contraria alla funzione stessa del singolo contratto di *escrow*.

O ancora si rifletta sull'eventualità che in *escrow* vi siano depositate materie prime di cui non si comprende bene la consistenza, e che l'esportatore voglia attendere del tempo prima di pagarle e commercializzarle.

Il potere-dovere di disporre la vendita, applicando analogicamente l'art. 1800 c.c. in caso vi sia pericolo di deterioramento, sarebbe del tutto incompatibile con la funzione del contratto, che invece è volto a verificare proprio la deteriorabilità del bene in *escrow*.

Anche nei casi in cui si individuano aspetti dell'*escrow account* che condividono la medesima *ratio* degli istituti richiamati, la disciplina può al massimo risultare idonea per tali aspetti, ma non per regolamentare tutto il contratto.

Lo stesso negozio fiduciario, innanzitutto, è anch'esso privo di una disciplina codicistica.

In secondo luogo, la regolamentazione delineata per questo istituto dagli interpreti<sup>25</sup> risente dell'elemento fiducia, che molte volte non è presente nella sintesi degli effetti essenziali del singolo *escrow*; basti pensare a tutti i casi in cui si vuole limitare i margini di discrezionalità dell'*escrow holder*.

Ad ogni modo, la regolamentazione del negozio fiduciario non è mai attenta ad interessi diversi da quelli riconducibili ai fiducianti.

La stessa ricostruzione in termini di *trust* è priva di decisività in relazione alla disciplina da applicare, anzi ingenera ancora più incertezza, in quanto, come prima cosa, qualificare il contratto in esame come un *trust* comporterebbe la necessaria applicazione di una legge straniera.

E in secondo luogo, l'ampia varietà di scopi perseguibili mediante il *trust* ha portato a invertire i termini del problema e far sì che sia lo scopo a dettare la disciplina<sup>26</sup>.

Difatti molte legislazioni in cui il *trust* è disciplinato prevedono regole diverse a seconda dello scopo del *trust*.

E ancora è usuale scegliere la legge applicabile ad un *trust* costituito in Italia, a seconda dello scopo che si deve perseguire mediante la segregazione.

*Ergo*, al di là della correttezza o meno di ricondurre l'*escrow* all'istituto del *trust*, tale qualifica è priva di utilità pratica se non accompagnata da un'analisi dello scopo in concreto del singolo negozio di *escrow* che, come visto, è differente da caso a caso.

Qualificare il contratto di deposito prezzo, e più in generale ogni tipologia di *escrow* come mandato o come negozio fiduciario, ha comportato, in termini di disciplina applicabile, l'esaltazione delle regole pattizie che non solo diventano centrali per il funzionamento dello strumento, ma anche necessarie.

<sup>25</sup> In tema di negozio fiduciario la letteratura è sconfinata, si riporta, *ex plurimis*, M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; A. BORGIOI, s.v. *Società fiduciaria I) diritto commerciale*, in *Enc. giur.* Treccani, 29, Roma, 1993, 1 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; U. CARNEVALI, s.v. *Negozio giuridico*, III, *Negozio fiduciario*, in *Enc. giur.* Treccani, 20, Roma, 1990; A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1995; G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136 ss.; A. DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 22, 1946, II, 705 ss.; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1979; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 353 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla 'riservatezza' alla 'trasparenza'*, in AA.Vv. *I Trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1966; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in AA.Vv. *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 347 ss.; S. PUGLIATTI *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in Id. *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 232 ss.

<sup>26</sup> Sia consentito anche un rinvio ad un nostro contributo: F. DELLA ROCCA, *Compatibilità e meritevolezza quali criteri per l'iscrizione nel Registro Unico*, in *Foro nap.*, 3, 2021, 675 ss.

E non è affatto inusuale che le parti non abbiano pensato a regolamentare un determinato aspetto, o che, nel corso dell'esecuzione del contratto, accada un evento inaspettato, e quindi non regolamentato dal contratto. Ed allora le regole che si sono date le parti potrebbero essere insufficienti, perché il caso presenta degli elementi o delle circostanze non considerati al momento dell'accordo; o ancora esse potrebbero apparire irragionevoli se non addirittura in conflitto con la funzione del contratto in oggetto.

Si pensi al contratto di *escrow* in cui è prevista la regola che l'*escrow holder* debba trasferire all'appaltatore una determinata somma solo al raggiungimento di determinati obiettivi; quindi, al caso di utilizzo di un conto *escrow* collegato ad un'erogazione di un prestito o di un pagamento a stato avanzamento lavori.

Se l'impresa appaltante dovesse avere necessità di avere un piccolo anticipo di liquidità per terminare delle rifiniture, necessarie per accedere ad un ulteriore stato di avanzamento, e quindi alla *tranche* successiva di pagamento, e tale esigenza fosse oggettivamente provata, sarebbe illogico non consentire all'*escrow holder* di elargire la somma necessaria, interpretando la regola e le scadenze del contratto in modo intransigente.

Infatti, la funzione dell'*escrow* in questo caso è quella da un lato di evitare che il committente si esponga al rischio di elargire una somma senza che l'impresa svolga i lavori; dall'altro di fornire all'impresa la liquidità necessaria per finire l'opera, mantenendo una costante, ma anche ragionevole proporzione tra somma erogata e lavori svolti.

*Ergo*, un conto è un'impresa che richiede l'ultima *tranche* di pagamento senza aver neanche realizzato le fondamenta dell'opera; un conto è l'impresa che ha svolto il novanta per cento del lavoro necessario per accedere alla seconda *tranche* di pagamento e ha bisogno di liquidità per completarlo, magari perché nel frattempo il prezzo di una materia prima è aumentato.

Sono due casi differenti che devono essere regolati in modo diverso a prescindere da quanto recita la regola pattizia.

In altri termini, le parti attribuendo all'*escrow holder* un determinato potere accettano anche il fatto che quest'ultimo, per soddisfare lo scopo, possa andare in deroga alle loro indicazioni qualora il caso concreto lo richieda.

A tale soluzione ci si può arrivare guardando la fattispecie anche da una diversa prospettiva.

In particolare, nella vicenda in commento esistono altri interessi in gioco, come quelli inerenti ai lavoratori, che non possono irragionevolmente essere compressi da una regola pattizia che nel caso concreto non trova giustificazione.

Del resto, quali sarebbero i benefici di un'applicazione rigida della regola pattizia? Non pare essercene alcuno.

Infatti, il committente si ritrova un cantiere aperto e con mille difficoltà per la continuazione delle opere; l'impresa che stava eseguendo i lavori potrebbe

entrare in uno stato di crisi; i creditori dell'impresa più difficilmente riuscirebbero a soddisfare il loro credito in una situazione di stallo e con un cantiere non chiuso; mentre i lavoratori potrebbero perdere il posto di lavoro.

Non vi è dubbio allora che la *ratio* della norma pattizia non era quella appena illustrata, e perciò dovrebbe essere disapplicata in una situazione simile.

Pensiamo invece al caso in cui le parti hanno stipulato un *escrow account* per gestire un possibile sopraggiunto squilibrio contrattuale e garantire l'equità del contratto, al fine di evitare il ricorso alla disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o, come brillantemente illustrato anni fa da autorevole dottrina<sup>27</sup>, di invocare la nullità sopravvenuta nei contratti a contenuto imposto, consumeristici o tra imprese, ove una si trova in una situazione di dipendenza economica rispetto all'altra.

Per evitare che ciò possa accadere al contratto collegato, l'*escrow holder* non dovrebbe tanto eseguire le indicazioni partorite dalle parti senza considerare l'entità dello squilibrio economico in concreto verificatosi, ma dovrebbe poter riequilibrare davvero il regolamento contrattuale in base alle specifiche circostanze del singolo caso. Ne consegue un possibile contrasto tra la regola pattizia e la funzione dell'*escrow account*.

La regola pattizia potrebbe non solo essere incompatibile con la funzione, ma addirittura illecita o immeritevole *ex art. 1322 c.c.*, come nel caso in cui l'*escrow holder* debba trasferire all'altra parte una somma a titolo di caparra confirmatoria detenuta in *escrow*<sup>28</sup>, *anche se la sua entità si rilevasse manifestamente eccessiva nel caso concreto*.

Infatti, le regole pattizie hanno una notevole incidenza sulla valutazione del contratto di *escrow* che non solo deve essere lecito e meritevole *ex art. 1322 c.c.*, ossia non contrario a norme imperative e conforme alla legalità costituzionale<sup>29</sup>,

<sup>27</sup> D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 121 ss.

<sup>28</sup> V. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, 3767 ss., con note di: F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di 'penale' e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*; F.P. PATTI, *Note a richiami*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria 'eccessiva'*, in *Contratti*, 2014, 926 ss., la quale ha statuito che a fronte di una clausola negoziale (nella specie prevedente una caparra confirmatoria 'eccessiva') che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, il giudice può rilevare, «*ex officio*, la nullità (totale o parziale) *ex art. 1418 cod. civ.*, della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, 'funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato'. (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)».

<sup>29</sup> G. PERLINGIERI, *Il controllo di 'meritevolezza' degli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.**, in *Foro nap.*, 1, 2014, 58 ss.

ma anche meritevole *ex art. 2645 ter c.c.*; quindi, deve soddisfare un interesse che in concorso con altri risulta essere più giusto tutelare.

Del resto, è noto che la migliore dottrina<sup>30</sup> abbia già illustrato quanto ogni tipo di segregazione patrimoniale, e non vi è alcun dubbio che la figura in esame ne rappresenta una tipologia, debba necessariamente superare il controllo di meritevolezza *ex art. 2645 ter c.c.* per tutto il corso della segregazione; e in caso contrario l'effetto non potrà che essere quello di ritenere inopponibile<sup>31</sup> la segregazione patrimoniale.

Si pensi al caso di utilizzo della segregazione di un conto *escrow* in modo duraturo nell'ambito aziendale, ed in particolare al suo utilizzo per far sì che il ricavato economico di alcune transazioni entri nel patrimonio separato, e ci rimanga anche ad affare concluso.

Tale meccanismo potrebbe in concreto risultare lecito e meritevole *ex art. 1322 c.c.* nella fase in cui è giustificato dalle peculiarità dell'affare, non essendo contrario ad alcuna norma imperativa, ma potrebbe diventare immeritevole *ex art. 2645 ter c.c.* in un secondo momento, quando tale segregazione non è più giustificata e va a ledere interessi di terzi creditori che non potrebbero aggredire i proventi custoditi in *escrow*.

In ogni caso, tale valutazione non può essere fatta senza indagare il contesto nel momento in cui l'operato dell'*escrow holder* deve produrre effetti.

In definitiva, l'assenza di una disciplina, la fuga da un tipo legale e l'atipicità non possono tradursi «in un espediente per eludere l'applicazione di norme imperative poste a tutela di valori fondamentali»<sup>32</sup> né per far sì che possano prevalere alcuni interessi a danno di altri più meritevoli.

#### 4. La strada tracciata da G. Perlingieri e le applicazioni pratiche di tale tesi

Il percorso volto ad individuare la legge applicabile non può allora che essere diverso; ed è tracciato dalla migliore dottrina, la quale scrive: «sarebbe limitato fermarsi alla sussunzione di questa fattispecie [ossia del contratto di *escrow*] nel mero deposito, nel negozio fiduciario, nel mandato (irrevocabile nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale) o nel contratto a favore di terzo, perché ha elementi comuni a queste fattispecie ed altro è se il 'deposito' a

<sup>30</sup> G. PERLINGIERI, *Il controllo di 'meritevolezza'* cit., 58 ss.

<sup>31</sup> Circa l'inopponibilità delle condotte elusive, G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 9, 70, 73 e 93. In tal senso, A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2010, 49; M. INDOLFI, *Attività ed effetto della destinazione dei beni*, Napoli, 2010, 204 ss.; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, Annali, 5, Milano, 2012, 72; R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2007, 983.

<sup>32</sup> G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche' e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 1, 2017, 44.

titolo di garanzia riguardi una operazione commerciale internazionale di *import/export*, altro è se tale 'deposito' abbia ad oggetto partecipazioni sociali o una compravendita di immobili da costruire»<sup>33</sup>.

Questa prospettiva d'indagine, che si inserisce nell'ambito del metodo ermeneutico individuato da G. Perlingieri, prescinde dal tipo e dalla tecnica della sussunzione, ed è volta ad individuare «le singole norme presenti nel sistema generale dei contratti e dei singoli contratti che risultano non soltanto 'compatibili' con la disciplina specifica [...], ma 'adeguate' e 'congrue' a disciplinare l'operazione (adeguate alla ratio e alla funzione dell'istituto)»<sup>34</sup>.

Appare allora più corretto iniziare a parlare di contratti di *escrow account*, ognuno dei quali ha una differente sintesi degli effetti essenziali, una differente funzione, e quindi una propria disciplina<sup>35</sup>.

Disciplina che dipenderà «esclusivamente dal controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della *ratio* della singola norma (dispositiva o imperativa [pattizia o legale]) [che si intende applicare in un singolo caso] agli interessi perseguiti o coinvolti dal concreto atto di autonomia»<sup>36</sup>.

Se la funzione del singolo *escrow account* sarà quella di mero deposito in attesa dell'avverarsi di un evento apparirà corretto applicare gli artt. 1766 ss. c.c.; mentre se l'*escrow holder* ha dei compiti diversi, più ampi, la disciplina applicabile dipenderà dai compiti affidati.

Si potrà guardare alla disciplina del mandato per regolamentare le attività che l'*escrow holder* deve fare in relazione ai diritti soggettivi delle parti; a quella del sequestro convenzionale nel caso in cui il contratto in esame fosse legato ad una situazione di crisi del rapporto, o addirittura connesso ad una lite già in corso<sup>37</sup>; alle pronunce giurisprudenziali; e alla dottrina in merito al negozio fiduciario se l'elemento fiducia dovesse risultare l'elemento centrale su cui si basa l'agire

<sup>33</sup> G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche'* cit., 26.

<sup>34</sup> G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia* cit., 190 ss.; v. anche A. FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2016, 108 ss.

<sup>35</sup> P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004<sup>2</sup>, 108 s.

<sup>36</sup> G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche'* cit., 27. E aggiunge l'A., *ivi*, 27, nota 12, che «[è] sempre necessario 'analizzare la *ratio* delle singole disposizioni [...] per verificare se ciascuna, pur appartenendo a un gruppo di norme pensate per un contratto tipico, possa comunque risultare compatibile e adeguata a soddisfare gli interessi in concreto perseguiti dalle parti (creditore e debitore) e sottesi al regolamento negoziale', sia pure atipico o alieno. Il ragionamento conduce, sul piano applicativo, a riflettere sul formante funzionale dell'art. 1878 c.c. per verificarne l'applicabilità anche ai vitalizi c.dd. impropri (G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. 'vitalizi impropri'. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2015, 519 ss.) e a ricercare, nell'ambito della disciplina dei contratti in generale e dei singoli contratti, gli strumenti per ricavare la regola da applicare, volta per volta, al patto di famiglia (Id., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, *ivi*, 1, 2008, 190 ss.)».

<sup>37</sup> F. CARIMINI, *Sequestro convenzionale e autotutela*, Napoli, 2018, 35 ss.

dell'agente, fino alla disciplina dell'arbitratore qualora la somma in *escrow* dovesse servire per determinare anche in parte l'oggetto del contratto, o a quella dell'arbitrato irrituale.

Proprio quest'ultima disciplina è assai utile per legittimare e regolamentare il potere dell'*escrow holder* nel caso in cui gli fosse richiesto di compiere in corso di destinazione una valutazione di merito o equitativa che incide sull'utilizzo del bene in *escrow*.

Le parti, in altri termini, si impegnano nel contratto di *escrow* a considerare la decisione dell'*escrow holder* come espressione della loro volontà, e il suo operato ha natura negoziale.

Inoltre, il richiamo normativo applicato analogicamente ai casi appunto di esercizio del potere valutativo da parte dell'*escrow holder* individuerrebbe, ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c., i termini per le parti per impugnare tale decisione, oltre che prevedere per rispettare il principio del contraddittorio<sup>38</sup> un generale obbligo a suo carico di sentire comunque le parti interessate prima di compiere la valutazione e conseguentemente di agire.

Lo stesso contesto incide sulla scelta della disciplina perché gli interessi in gioco sono diversi.

Andrebbe trattato in modo differente un *escrow* propedeutico ad una operazione di *Special Purpose Acquisition Companies* (Spac) da quello volto alla conclusione di una compravendita immobiliare.

Nel primo caso, laddove non si dovesse raggiungere, se pur per poco, la soglia minima, non sarebbe ipotizzabile dare esecuzione all'operazione per volontà dell'*escrow holder*; e quindi sarebbe giustificata l'applicazione della regola che porta alla restituzione da parte del notaio della somma trasferita sul conto dedicato.

Nel secondo caso, se dovesse essere trascritto un pignoramento successivamente alla stipula dell'atto di vendita, ma precedente rispetto alla trascrizione dello stesso, e l'importo per il quale il creditore agisce in esecuzione fosse minimo rispetto al prezzo depositato dal notaio rogante, la specifica funzione di questo *escrow account* e le circostanze in cui esso viene utilizzato dovrebbero condurre l'interprete a sostenere l'applicabilità di una regola diversa, ossia quella di consentire al notaio di utilizzare parte del prezzo depositato per soddisfare il creditore e finalizzare così la vendita libera da pregiudizievoli.

A tale soluzione ermeneutica si arriva con un bilanciamento degli interessi in gioco mediante la lente della proporzionalità e della ragionevolezza<sup>39</sup>.

È vero che il venditore avrebbe ancora il diritto di fare opposizione al pignoramento, ma è altrettanto vero che quel bene ormai è stato venduto e vi è un inte-

<sup>38</sup> Testualmente applicabile anche a lodo contrattuale.

<sup>39</sup> Vedi G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 50 ss.

resse dell'acquirente in più rispetto alle ipotesi classiche tipiche del processo esecutivo, che l'ordinamento deve tutelare e considerare nel bilanciamento degli interessi.

Pensare che, in assenza di un accordo espresso delle parti, la soluzione possa essere quella di ritenere risolto il contratto di vendita e che il prezzo depositato venga restituito all'acquirente, sarebbe il frutto di un non corretto bilanciamento degli interessi delle parti in gioco, che non tutela neanche i terzi creditori, i quali, se muniti di titolo esecutivo, dovrebbero avere delle fondate ragioni di credito.

Diversamente, i criteri di ragionevolezza e proporzionalità devono condurre l'interprete a ritenere non corretto compromettere l'acquisto della casa (con tutti i valori ad essa sottesi) per un pregiudizio di qualche migliaio di euro, facilmente risolvibile, e permettere all'*escrow holder* di eliminare la pregiudizievole, soddisfacendo il creditore pignoratizio.

Ovviamente, facendo salva la possibilità per il venditore di recuperare quanto pagato dall'*escrow holder* al creditore pignoratizio, qualora non dovuto, in una fase successiva, e senza che la sua vicenda processuale possa incidere sulla vendita.

Questo metodo d'indagine deve, quindi, applicarsi anche al deposito prezzo dal notaio non solo nell'ipotesi più ampia e senza disciplina di cui al comma 63, lett. b) – nella quale, data la immensa varietà delle fattispecie, si potrebbe far rientrare ogni tipologia di *escrow account* –, ma anche in quella descritta al comma 63, lett. c), che come visto, se pur presenta una disciplina, ha un serio problema di incompletezza; e solo applicando l'insegnamento di G. Perlingieri si può risolvere tale questione.

In particolare, quando senza l'avveramento dell'evento connesso al contratto di *escrow* si verifica l'impossibilità di concludere validamente il contratto di vendita collegato (ad esempio, una condizione sospensiva legale), la funzione che si deve attribuire al contratto di deposito prezzo, in assenza di altre pattuizioni, non può che essere quella di deposito, e deve per forza seguire l'applicazione della regola che impone la restituzione di quanto versato per il prezzo.

Diversamente, se l'evento da verificare non incide sulla validità del trasferimento, ma ad esempio comporta solo un danno per la parte acquirente facilmente risolvibile con l'utilizzo della somma in *escrow*, il contratto assumerà una diversa funzione in concreto; ed è sostenibile che il notaio abbia il potere-dovere di utilizzare una parte del prezzo depositato per risolvere il problema, senza mettere in discussione la validità della vendita.

La stessa giurisprudenza straniera va presa in considerazione solo se la funzione dell'*escrow* e il contesto siano gli stessi nel caso estero e nel caso italiano, e non vi siano basi valoriali diverse tra gli ordinamenti.



Si pensi, ad esempio, proprio al filone giurisprudenziale straniero<sup>40</sup> che nega l'esistenza di un *escrow* quando non vi è l'accordo di tutte le parti con l'*escrow holder*.

Se tale massima può valere in più casi, essa viene testualmente smentita dalla legislazione italiana nell'ipotesi di deposito prezzo presso il notaio rogante nell'ambito di una compravendita, in quanto ai sensi dell'art. 1, comma 63, lett. c) della l. n. 147 del 2013<sup>41</sup> viene riconosciuta la possibilità, anche ad una sola delle parti, di ricorrere allo strumento in esame.

Pertanto, appare chiaro che esisterà una regola valida per i contratti di *escrow* aventi ad oggetto il prezzo di una compravendita notarile immobiliare o di azienda; ed una regola diversa per i contratti di *escrow* utilizzati in altri contesti.

Più in generale, è possibile ipotizzare un'applicazione analogica di quanto previsto in sede di compravendita dal notaio a tutte le ipotesi di *escrow account* aventi ad oggetto il prezzo di una compravendita che necessita di un'attività successiva per dare completa esecuzione o certezza allo scambio, dal momento che la medesima *ratio* sarebbe rinvenibile proprio nel diverso potere contrattuale di una delle due parti.

Discorso analogo per le poche e risalenti pronunce italiane e, in particolare, per quella<sup>42</sup> che ha ritenuto applicabile la regola *res perit domino*<sup>43</sup> per risolvere il

<sup>40</sup> Il principio secondo cui i poteri dell'*escrow holder* devono essere regolati da entrambe le parti – poiché altrimenti si sarebbe in presenza di un agente esclusivo di una sola parte – ha trovato la sua applicazione in numerose decisioni giurisprudenziali. È in particolare molto interessante quella concernente il caso *PAUL v. KENNEDY* deciso dalla Supreme Court of Pennsylvania 376 Pa. 312, 102 A.2d 158 (1954).

<sup>41</sup> G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo* cit., 79.

<sup>42</sup> Cass., 15 gennaio 1937, n. 123, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476, con nota di R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia* cit.; in *Foro it.*, 1938, I, c. 260 ss., con nota di W. BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*. Tale ricostruzione parrebbe condivisa anche da alcune sentenze straniere, nello specifico v. *Lechner v. Haling*, 216 P.2d 179 (1950), 35 Wash. 2d 903, ove la Corte ha affermato che: «where escrow agent abscond with money in his capacity as depositary the loss must fall upon person as whose agent he is holding the money at the time he absconds»; *Crum v. City of Los Angeles*, 110 Cal. App. 508, 514 [294 P. 430] (1951), la Corte ha affermato che: «if the escrow holder embezzles the purchase price before the time when, under the terms of the escrow, the seller is entitled to it, the loss falls on the buyer, since it is still his money. On the other hand, if the money is embezzled after the time the seller has become entitled to the money, the loss falls on him, since it is now considered his property».

<sup>43</sup> La vicenda portata all'attenzione della Suprema Corte ha ad oggetto un contratto di compravendita di un immobile di proprietà di soggetti minori di età, sospensivamente condizionato al rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria in relazione alla conclusione dello stesso. Alla luce di tale disposizione, le parti avevano altresì previsto il deposito del prezzo presso il notaio rogante, il quale si obbligava ad erogare la somma di denaro in favore degli alienanti, nel caso di realizzazione della condizione prestabilita, ovvero, a restituirla al compratore in caso di mancato avveramento della condizione stessa. Una volta concessa l'autorizzazione e, dunque, una volta avveratasi la condizione sospensiva, però, il notaio avendo nel frattempo speso la somma di denaro depositata, si sottrasse al versamento del prezzo ai venditori. Si pose dunque il problema relati-

quesito circa la liberazione o meno del soggetto che ha trasferito in *escrow* un bene o una somma di denaro, qualora successivamente l'*escrow holder* non dovesse dare séguito al suo ruolo e risultare inadempiente.

A prescindere che la sentenza si basa su una norma del precedente codice civile abrogata, l'errore metodologico fatto dalla Corte e dai commentatori successivi<sup>44</sup> è dovuto all'assenza di un'analisi circa la compatibilità della regola in questione con la funzione concretamente svolta dal singolo *escrow holder*, trascurando che la decisione andrebbe vista caso per caso<sup>45</sup>.

Procedendo per gradi, appare superficiale la lettura di parte della dottrina<sup>46</sup> che ritiene applicabile la disciplina del sequestro convenzionale e alloca il rischio del perimento del bene al venditore o all'acquirente a seconda di chi risulti proprietario nel momento in cui si verifica o meno la condizione collegata al contratto.

Tale interpretazione, infatti, nella maggior parte dei casi potrebbe essere irrispettosa della funzione specifica del singolo *escrow* voluta dalle parti.

Se essa è condivisibile quando l'*escrow* abbia nella sintesi degli effetti essenziali la funzione di conservare in attesa di una pronuncia circa la proprietà di un bene, non lo può essere nel caso in cui la funzione del contratto è quella di gestire un pagamento in sicurezza, come il caso di *PayPal*, o di garantire la conclusione di una compravendita priva di rischi.

In particolare, se la funzione preminente del contratto di *escrow* è quella di gestire il pagamento, la normativa applicabile sarà quella della delegazione e pertanto, ai sensi dell'art. 1268 c.c., il debitore originario (quindi l'acquirente) non è liberato dall'obbligazione di pagare il prezzo, salvo che il creditore dichiari espressamente, nel contratto di *escrow* o in un documento separato, di liberarlo.

Del resto, si immagini il caso frequente di pagamento con *PayPal*: qualora non dovesse arrivare il pagamento al venditore è difficile ipotizzare estinta l'obbligazione di pagare il prezzo o che il contratto non possa essere risolto per inadempimento.

Se invece la sintesi degli effetti essenziali del contratto contempla l'effetto di garantire la corresponsione del prezzo di una compravendita al verificarsi di un evento, laddove le parti dovessero avvalersi del deposito prezzo dal notaio, salvo espressa regolamentazione contenuta nel titolo, il compratore è liberato dall'ob-

vo alla liberazione o meno del soggetto depositante e, in particolare, la Corte deliberante si chiese se fosse possibile per il venditore esigere ugualmente dall'acquirente il prezzo della compravendita.

<sup>44</sup> R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia* cit.; L. VIVANTI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 401 ss.; W. BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 260 ss.

<sup>45</sup> Vedi P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2010, 7 ss.

<sup>46</sup> F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina* cit., 254; W. BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 260 ss.

bligazione di pagare il prezzo<sup>47</sup>, anche nel caso in cui il pubblico ufficiale, una volta verificatosi l'evento dedotto in condizione, non provveda a saldare il corrispettivo dovuto?

Rispondere non è affatto semplice. Se il deposito prezzo fosse chiesto solo dalla parte acquirente, la risposta dovrebbe essere negativa.

Una diversa lettura condurrebbe a ritenere sostenibile che il creditore non solo debba accettare che il prezzo sia depositato presso il notaio, essendo obbligato dalla previsione normativa, di séguito oggetto di approfondimento, ma che debba pure subire gli effetti negativi di un possibile inadempimento dell'*escrow holder*, anche se il contratto di *escrow account* non è nel suo interesse.

Discorso diverso se il deposito prezzo viene chiesto da tutte e due le parti ed è nell'interesse di entrambe, come quando il deposito è fatto in attesa del verificarsi di un evento che incide sulla validità del trasferimento (ad esempio, condizione legale) o sulle condizioni contrattuali (ad esempio, un evento di borsa che incide sul prezzo di vendita delle azioni).

Difatti, sia l'interesse e le ragioni del creditore sia quelli del debitore sono da tutelare, perché se da una parte il venditore non ha incassato il prezzo, dall'altra l'acquirente lo ha pagato, facendo entrambi affidamento sulla correttezza del notaio.

Le soluzioni potrebbero essere: quella di mantenere gli effetti del contratto e ritenere che sia il venditore ad avere l'azione giudiziale o verso solo il notaio, soggetto obbligato al pagamento del prezzo, o verso sia il notaio sia l'acquirente, ritenendo quest'ultimo solidamente obbligato con il professionista; oppure quella di consentire al venditore di agire per la risoluzione per inadempimento, facendo sorgere un diritto di credito in capo all'acquirente verso l'*escrow holder*, per arricchimento senza causa del notaio, non avendo più alcuna causa il trasferimento di denaro sul conto dedicato del pubblico ufficiale.

Stabilire chi dei due debba agire giudizialmente nei confronti del notaio o sul fondo di garanzia per il ristoro dei danni derivanti da reato commesso dal notaio nell'esercizio della sua attività professionale<sup>48</sup> per soddisfare il credito, sostenendone i costi e attendendo la tempistica necessaria, deve essere frutto inevitabilmente di una valutazione più ampia basata sul singolo caso.

<sup>47</sup> Questa è la tesi tra gli altri di L. VIVANTI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 401 ss. e di W. BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 260 ss., secondo il quale, eseguito il deposito, il venditore perde il diritto di agire contro il compratore, sicché, anche qualora non riesca ad incassare la somma dal notaio, sarà costretto a rilasciare l'immobile al compratore. Infatti, diversamente da quanto sostenuto da R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia* cit., la liberazione del compratore non discende dalla realizzazione del diritto del venditore verso il depositario, mentre proprio la titolarità del credito (verso il depositario) alla restituzione sarebbe incompatibile con la titolarità del credito (verso il compratore) per il prezzo.

<sup>48</sup> Art. 21, della l. 16 febbraio 1913, n. 89, modificato dall'art. 3, del d.l. 4 marzo 2006, n. 182.

Non vi è dubbio che l'affidamento nella figura del pubblico ufficiale, previsto dalla legge e punto cardine del ruolo del notaio, è assai maggiore rispetto ai casi in cui l'*escrow holder* è un soggetto diverso; ed è quindi necessario considerare tale circostanza in modo differente nella decisione sulla disciplina applicabile.

E allora, nell'ipotesi appena esposta vi sono più regole applicabili, tutte compatibili con la funzione e con il contesto del singolo *escrow*.

Nel bilanciamento l'interesse del venditore e quello dell'acquirente hanno un uguale peso, e dovrà essere considerato più meritevole e quindi preminente quello collegato ad altri interessi costituzionalmente tutelati.

In altri termini, bisognerà far prevalere l'interesse del creditore o del debitore a seconda se tale interesse è accompagnato, nel singolo caso, da un ulteriore interesse gerarchicamente superiore.

Ebbene per risolvere il quesito posto, il giudice dovrà valutare l'impatto della sua decisione riguardo a quale dei due interessi (dell'acquirente e del venditore) far prevalere rispetto agli interessi di terzi o generali, eventualmente presenti.

Ad esempio, il particolare grado di debolezza di una delle due parti, l'incapacità della parte di sopportare il danno derivante dal tempo e dal costo di dover agire nei confronti del notaio o del fondo di garanzia, oppure altre circostanze potrebbero far entrare nella vicenda negoziale interessi diversi che devono condizionare la scelta.

Il principio di solidarietà che impone una tutela della persona più debole, o l'interesse a mantenere i posti di lavoro, legati ad un piano industriale, che imporrebbe, per dare piena attuazione ai valori costituzionalmente tutelati dagli artt. 1, 4, 41 e 47 Cost., di non favorire scelte che possono metterlo a rischio, sposterebbero la tutela verso l'interesse di quella parte, il cui soddisfacimento concorra con quello dell'interesse generale costituzionalmente garantito.

Un'applicazione concreta di tale ragionamento potrebbe essere il caso di un'azienda ceduta da un gruppo societario in fase di liquidazione, volto a dismettere il patrimonio, e acquistata da un'altra compagine societaria, che invece ha per l'azienda un piano industriale con delle scadenze da rispettare contenente il mantenimento o l'incremento della forza lavoro.

Il prezzo di tale compravendita è depositato nelle mani del notaio in attesa che si verifichi un evento sul mercato regolamentato tale da giustificare un determinato prezzo e rendere possibile l'attuazione del piano industriale connesso.

Le parti, fidandosi del pubblico ufficiale, non hanno previsto alcuna regolamentazione nel caso che l'*escrow holder* non adempia al compito affidategli.

Qualora il notaio non dovesse svolgere il compito di corrispondere il prezzo una volta che la condizione si fosse verificata, l'applicazione diretta degli artt. 1, 4, 41 e 47 Cost.<sup>49</sup> renderebbe non risolvibile per inadempimento la vendita,

<sup>49</sup> Sull'applicazione diretta dei principi costituzionale nei rapporti negoziali v. per tutti P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1980, 95 ss.

in quanto la risoluzione sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale, poiché metterebbe a rischio il livello occupazionale e il piano di rilancio industriale dell'acquirente.

Né sarebbe possibile accettare, per le medesime ragioni, che il venditore possa agire giudizialmente contro l'acquirente per soddisfare il suo credito, ritenendolo solidalmente obbligato con il notaio.

Mentre il giusto bilanciamento porterebbe a conservare gli effetti della vendita, lasciando al venditore l'onere di agire giudizialmente verso il notaio o rifarsi sul fondo di garanzia, dal momento che il venditore è in una fase di liquidazione e avrebbe tutto il tempo per esperire tali azioni, senza che vi sia un grave pregiudizio di altri valori.

Solo nel caso, assai improbabile, in cui non vi siano altri interessi in gioco rispetto a quelli delle parti, si potrebbe sostenere che per risolvere l'*impasse* sorga un obbligo di rinegoziare<sup>50</sup>, in quanto, in applicazione al principio di conservazione del contratto, si ritiene valido il negozio, ma con l'obbligo, volto a riequilibrare il sinallagma, di considerare nel regolamento contrattuale la circostanza che il soddisfacimento del prezzo è legato alla solvibilità del notaio o al buon esito dell'azione giudiziale verso il fondo di garanzia.

Infine, nell'eventualità che il contratto di *escrow* abbia la funzione di garantire il risarcimento ad una parte contrattuale in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento dell'altra mediante il trasferimento di una somma di denaro a titolo di penale, appositamente depositata in *escrow*, per rispondere all'interrogativo circa la disciplina applicabile quando l'*escrow holder* dovesse essere inadempiente e insolvente, bisognerebbe basare il ragionamento sulla ricostruzione più autorevole proposta in dottrina<sup>51</sup> dell'istituto del patto penale.

Nello specifico, l'innegabile funzione novativa del patto penale<sup>52</sup>, una volta verificatosi l'evento, porta a ritenere estinto l'obbligo risarcitorio legale nascente in capo al soggetto inadempiente – come, ad esempio, quello nascente in capo ad un appaltatore che ritarda un lavoro o non adempie ad un'obbligazione del contratto d'appalto – e sostituito con quello in capo all'*escrow holder* di trasferire la somma a titolo di penale, con l'effetto che l'altra parte contrattuale che subisce l'inadempimento – nell'esempio l'appaltante – possa rifarsi solo sull'*escrow holder*, anche se quest'ultimo risulta essere insolvente.

<sup>50</sup> Sulla rinegoziazione v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 152; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, 205 ss.; v. pure F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, *ivi*, 191 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 220 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in AA.Vv., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 1998, 193 ss.

<sup>51</sup> D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010, 119 ss.

<sup>52</sup> D. RUSSO, *Il patto penale* cit., 119 ss.

Anche l'esistenza di regole pattizie, cosa auspicabile per provare ad ovviare alle incertezze circa la disciplina, non esimono l'*escrow holder*, e più in generale l'interprete, a valutare la loro validità caso per caso.

In particolare, su di esse va effettuato un controllo costante di compatibilità con la funzione, di liceità e di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c.

Un'applicazione pratica per comprendere la compatibilità della regola con la funzione è quella attinente alla valutazione della norma pattizia, che consente la restituzione dell'intero prezzo in garanzia in caso di lieve difformità della cosa compravenduta o di vizio minore, facilmente risolvibile usando parte del prezzo in *escrow*.

Tale regola potrebbe essere non compatibile con la funzione di garantire la vendita perché nel concetto di garantire una vendita deve essere preminente l'intento di portarla a termine e non di sciogliere il contratto per questioni facilmente risolvibili senza pregiudizio per l'acquirente, grazie anche all'utilizzabilità della somma trasferita in *escrow* appositamente.

O ancora riferiamoci al caso in cui l'*escrow holder* abbia il compito di gestire una sopravvenienza contrattuale, facendo in modo che il contratto collegato possa essere sempre equo ed equilibrato, e le parti abbiano dato delle indicazioni di come debbano essere utilizzate le somme in *escrow* quando dovesse verificarsi un determinato evento.

Ora la quantificazione preventiva fatta dalle parti, a prescindere dal caso concreto, potrebbe non solo non raggiungere lo scopo perché non contempla le peculiarità del singolo caso, ma addirittura potrebbe favorire in modo negativo l'applicazione di un rimedio non giusto per gli interessi in concreto presenti<sup>53</sup>.

L'analisi della compatibilità non può, infine, come del resto quella della liceità, trascurare il contesto in cui opera l'*escrow*, in quanto una regola compatibile per operare su un mercato azionario può non esserlo nel commercio ortofruticolo, dato il deterioramento delle merci oggetto del secondo mercato.

Passando al controllo di liceità, si pensi all'ipotesi di utilizzo dello strumento in esame in una contrattazione preliminare sia nel caso di un acquisto di un immobile costruito sia in quello di un immobile da costruire. In tal modo è possibile dimostrare come il contesto incida sulla valutazione.

<sup>53</sup> Sulla variabilità dei rimedi e sulla necessità che il rimedio sia adeguato rispetto agli interessi da tutelare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2006<sup>3</sup>, 352 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2000, 568 ss.; ID., *Il 'giusto rimedio' nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2011, 3 ss. In proposito, mostra le sue perplessità G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in AA.VV., *Annuario del contratto 2010*, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2011, 58 s.; nella regolamentazione del diritto privato e nel governo dell'autonomia privata», si manifesta C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, *ivi*, 2011, 21 ss.

Quando il deposito di un acconto prezzo è fatto dal notaio in sede di stipula di un preliminare avente ad oggetto un immobile dotato di segnalazione certificata di agibilità, qualora il promittente venditore dovesse essere soggetto alla liquidazione giudiziale, la segregazione delle somme in *escrow* risulterebbe in concreto illecita perché contraria all'art. 173 CCII.

Difatti è il curatore che decide se sciogliere o meno il contratto preliminare, e nell'ipotesi in cui propendesse per scioglierlo, gli acconti dati non possono essere restituiti al promissario acquirente senza che gli stessi entrino nell'attivo fallimentare, e senza che quest'ultimo concorra con gli altri creditori della massa creditoria. In quanto, ai sensi dell'art. 173 CCII, il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, e gode solo di un privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c. sul bene immobile e non certo di un diritto ad un soddisfacimento del suo credito in prededuzione o in via privilegiata.

In altre parole, se il conto *escrow* in concreto andasse a configurare un meccanismo negoziale che, di fatto, consenta una prededuzione del credito del promissario acquirente, in caso di liquidazione giudiziale del promissario venditore, esso avrebbe una causa che diventerebbe illecita nel momento in cui la società che ha promesso in vendita l'immobile entra nella fase concorsuale.

Mentre se la stessa situazione dovesse verificarsi in un contratto preliminare di compravendita un immobile in corso di costruzione, la segregazione degli acconti dati, dovrebbe essere lecita anche in caso di liquidazione giudiziale dell'impresa costruttrice, in quanto in deroga all'art. 172 CCII, per i contratti preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire, lo stesso art. 174 CCII permette al promissario acquirente di scegliere liberamente di escutere, prima che il curatore decida cosa fare con il preliminare di vendita, la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore.

Ora se la segregazione degli acconti in un conto del notaio è alternativa alla garanzia fideiussoria<sup>54</sup> perché ne sostituisce la funzione, è ragionevole ritenere lecito che il promissario compratore possa riavere dal pubblico ufficiale le somme depositate, senza incorrere in alcuna violazione dei principi del diritto delle procedure concorsuali.

Rimanendo nell'ambito del codice della crisi d'impresa, riportare un'altra fattispecie potrebbe essere utile a chiarire quanto appena esposto.

Si analizzi il caso di utilizzo dell'*escrow* per l'esecuzione di un pagamento connesso ad un contratto ad esecuzione continuata o periodico.

In particolare, nel conto *escrow* l'azienda che deve pagare il servizio trasferisce una somma di denaro (una sorta di castelletto), e l'*escrow holder* paga all'impresa che fornisce il servizio una volta effettuata la prestazione ed emessa la fattura.

<sup>54</sup> Vedi A. SEMPRINI, *Il deposito prezzo nell'acquisto di immobili da costruire*, in *Contr. impr.*, 2, 2019, 707 ss.

Qualora dopo il trasferimento della somma in *escrow*, ma prima del pagamento all'impresa beneficiaria del servizio dovesse intervenire la dichiarazione di liquidazione giudiziale, la segregazione risulterebbe illecita poiché contraria al combinato disposto degli artt. 172 e 179 CCII.

Nell'ipotesi in cui l'altro contraente dovesse entrare in liquidazione giudiziale il contratto di *escrow* sarebbe in frode alla legge, perché utilizzato per creare un patrimonio idoneo a soddisfare integralmente il credito una volta che la consegna o il servizio è stato svolto, in quanto di fatto realizzerebbe in modo pattizio una causa di prededuzione atipica.

E questo sia in caso di scioglimento da parte del curatore del contratto sia in caso di subentro, poiché con l'ingresso del codice della crisi d'impresa<sup>55</sup> i crediti derivanti dalle consegne avvenute e dai servizi erogati prima dell'apertura della liquidazione giudiziale non possono andare in prededuzione, ma per essi il creditore deve chiedere l'ammissione al passivo e concorrere con gli altri creditori per il loro soddisfacimento.

Ancóra, ci si soffermi sull'utilizzo di un conto *escrow* per il riparto di un attivo concorsuale<sup>56</sup> in cui le regole di riparto impartite per contratto all'*escrow holder* violino quelle contenute nel codice della crisi d'impresa e i principi del diritto delle procedure concorsuali.

Il controllo sulle singole regole pattizie si inserisce nell'ambito del controllo di liceità e meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. della causa concreta, in quanto la specifica regola può incidere sull'individuazione di questa.

Non vi è dubbio che il contratto in esame debba essere dotato di una causa concreta esistente sia nel momento genetico sia nel corso dell'esecuzione. Altrimenti sarebbe nullo e sorgerebbe l'obbligo in capo all'*escrow holder* di restituire la somma al soggetto che ha effettuato il pagamento.

Si pensi a quando l'*escrow account* non ha in concreto alcuna funzione perché, ad esempio, inizialmente è stata valutata erroneamente l'esigenza di una garanzia da un rischio che non esiste, o che è venuto meno successivamente. A titolo esemplificativo si pensi al caso in cui la funzione del contratto sia quella di garantire una o entrambe le parti da un rischio ormai scongiurato.

Ma la causa concreta deve essere anche lecita, ossia non contraria a norme imperative.

<sup>55</sup> Vedi S. DELLA ROCCA e F. GRIECO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Analisi e commento*, Padova, 2022<sup>2</sup>, 398 ss.

<sup>56</sup> Un utilizzo simile dell'*escrow account* potrebbe essere assimilato al c.d. *trust liquidatorio*, v. F.A. RE, *Il trust liquidatorio* (nota a Cass., 9 maggio 2014, n. 10105), in *Riv. dir. impr.*, 2014, 541 ss., il quale correttamente sposta il problema da una valutazione astratta al controllo di liceità e di meritevolezza del concreto regolamento di interessi (p. 560 s.). In tema v. anche la nota alla sentenza indicata di V. VALENTE, *Osservazioni in tema di trust liquidatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 531 ss.



E anche questa volta tale controllo dipenderà da un'attenta valutazione che contempla la funzione concreta dell'*escrow* e il contesto in cui il contratto dovrebbe esplicare i propri effetti.

Un esempio potrebbe essere quello di trasferire un bene in *escrow* per garantire un adempimento con l'ordine all'*escrow holder* di trasferirlo al creditore qualora si dovesse verificare l'inadempimento, configurando di fatto un patto commissorio vietato.

In questo caso, laddove non dovessero esserci i correttivi marziani<sup>57</sup> o i requisiti che attenta dottrina<sup>58</sup> ha elaborato per far sì che il meccanismo sia valido, la causa concreta dell'*escrow* sarebbe illecita, perché contraria a norma imperativa.

Poniamo infatti il caso che venga trasferito all'*escrow holder* una somma di denaro per garantire l'adempimento di una determinata prestazione, ad esempio, l'esecuzione di un'opera in un appalto.

Non vi sono dubbi sul fatto che quando tale somma, già nella fase genetica del contratto di *escrow*, non è proporzionata al valore dell'opera da eseguire, il contratto di garanzia non potrebbe essere validamente concluso, in quanto sarebbe in violazione del principio di proporzionalità tra garanzia e debito, risultando immeritevole<sup>59</sup> ex art. 1322 c.c. perché non conforme alla legalità costituzionale.

Inoltre, tale controllo andrebbe fatto per tutta la durata dell'*escrow account*.

<sup>57</sup> Sia consentito un rinvio ad un nostro contributo: F. DELLA ROCCA, *Derogabilità della disciplina prevista dall'art. 48 bis t.u.b.*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2, 2020, 291 ss.

<sup>58</sup> D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. PERLINGIERI, Napoli, 2017, *passim*.

<sup>59</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 385. V., altresì, ID., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 9, 2011, 1301 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012; EAD., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2012, 391 ss.; F. LAZZARELLI, *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013, spec. 157 ss.; EAD., *La Drittwirkung dei principi costituzionali ed europei nell'impiego degli 'strumenti conservativo-cautelari'*, in *Corti salernitane*, 2014, 405 ss. In giurisprudenza, cfr. Comm. trib. prov.le Pisa, sez. II, 26 maggio 2008, n. 49, in *Giur. merito*, 3, 2009, 846; nonché, più di recente, Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, in *Guida dir.*, 2016, 20, 58 ss., secondo la quale abusa del diritto alla garanzia patrimoniale il creditore che, non adoperando l'ordinaria diligenza, iscriva ipoteca sui beni del debitore per un valore sproporzionato rispetto al credito. Sulla proporzionalità delle garanzie, spunti di riflessione anche nel d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (conv. in l. 30 giugno 2016, n. 119), che richiama, in tema di pegno non possessorio, la 'proporzionalità' della garanzia (art. 1, d.l. cit.) e positivizza il c.d. patto marciano (art. 2, d.l. cit.). Un'importante conferma di questa linea di pensiero è possibile trovarla nella giurisprudenza dell'Arbitro Bancario Finanziario, la quale ha precisato che «l'obbligo di salvaguardia delle ragioni e dell'interesse della controparte, oggi riconosciuto anche alla stregua di esigenze di tutela ispirate al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost., legittima l'esercizio di un controllo sul contenuto del contratto, fungendo esso da limite dell'autonomia privata. Sotto altro e più specifico profilo, va invece evidenziata l'esistenza di un principio generale di proporzionalità delle garanzie creditorie rispetto all'entità del debito cui esse accedono»; così, ABF Roma, 20 ottobre 2016, n. 9284, reperibile in *<arbitrobancariofinanziario.it>*. V. altresì ABF Roma, 28 ottobre 2011, n. 2359, *ivi*; ABF Roma, 22 aprile 2014, n. 2492, *ivi*. In senso contrario, D. ACHILLE,

Infatti, se tale non proporzionalità dovesse verificarsi nel corso del tempo, magari perché l'opera è completa al novanta per cento, mentre la somma depositata rimane dello stesso importo, la soluzione non potrà che essere quella di attribuire un potere-dovere all'*escrow holder*, anche se non espressamente previsto nel contratto, di restituire al debitore parte della somma di denaro per ristabilire la proporzione della somma in *escrow* rispetto al costo residuo della costruzione, evitando in tal modo che il contratto possa essere considerato immeritevole *ex art. 1322 c.c.*

Non vi è dubbio che insito nel controllo di liceità e meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* vi sia il compito di verificare la compatibilità del negozio con l'ordine pubblico interno ed internazionale, come declinato dalla migliore dottrina<sup>60</sup>, ormai punto di riferimento per la prassi applicativa italiana.

In particolare, per un *escrow* volto a favorire l'adempimento relativo a transazioni di commercio internazionali si potrebbe ritenere applicabile, o addirittura scegliere la legge di un diverso Stato o una consuetudine del commercio internazionale, regole non applicabili in fattispecie prettamente interne.

Un esempio potrebbe essere quello dell'utilizzo dell'istituto nell'ambito del *countertrade*, ed in particolare nella tipologia c.d. *advance purchase*<sup>61</sup>.

*Eccesso di iscrizione ipotecaria e 'principio' di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, II, 480.

<sup>60</sup> G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 36 ss.

<sup>61</sup> «Accanto a questa struttura base del *counterpurchase* che si articola in due soli contratti, ve ne sono altre più complesse (c.d. *advance purchase*) in cui le parti, dopo aver stipulato i due contratti di compravendita di cui sopra (come nel caso dei *parallel contracts*), di cui quello di vendita dei beni provenienti dal paese con problemi valutarî è destinato ad essere eseguito per primo, stipulano un terzo contratto, destinato a rimanere confidenziale, con il quale dispongono che la parte acquirente dei beni di cui al primo contratto destinerà le somme ricevute a titolo di prezzo dei beni esportati in base al secondo contratto, esclusivamente al pagamento del relativo corrispettivo. Il terzo accordo contiene, dunque, la disciplina dell'utilizzo delle somme provenienti dall'esecuzione del contratto che deve essere eseguito per primo. Esso viene sottoscritto dalle parti che hanno stipulato i due precedenti contratti e da una banca scelta di comune accordo (per questo si è soliti nominarlo '*banking agreement*'). Più in particolare, con le disposizioni di quest'ultimo contratto si stabilisce che colui che vende in base al contratto di compravendita destinato ad essere eseguito per primo (impresa del paese in via di sviluppo) deve aprire di comune accordo, presso la banca prescelta, un conto corrente speciale e vincolato (*escrow account*) intestato a suo nome, sul quale saranno versate solamente le somme (tutte o solo una parte di esse, secondo gli accordi) che saranno pagate dal compratore in esecuzione del contratto suddetto. Le somme versate potranno essere utilizzate dal titolare del conto, esclusivamente per effettuare il pagamento del corrispettivo del contratto destinato ad essere eseguito per ultimo alle scadenze pattuite e saranno produttive di interessi che verranno versati sul medesimo conto. L'*escrow account*, quindi, garantisce all'impresa occidentale che, nel momento in cui esporterà i beni o i servizi verso il paese in via di sviluppo, in esecuzione del contratto principale, saranno disponibili fondi sufficienti per il pagamento in valuta convertibile del relativo corrispettivo. Tale disponibilità, ottenuta con il pagamento da parte della stessa impresa, nell'identica valuta convertibile, del prezzo dei beni da essa acquistati dal paese in questione in esecuzione di

*In questo caso l'escrow account* ha la funzione di sottrarre le somme che affluiscono sull'apposito conto corrente *escrow* alla disponibilità del titolare del conto, cioè all'impresa del paese in via di sviluppo, quale venditore dei beni all'impresa occidentale.

In tal modo, inoltre, tali somme sono sottratte ad eventuali azioni esecutive o cautelari, o a procedure concorsuali, promosse dai creditori del titolare del conto.

Se questo può valere quando la segregazione patrimoniale si verifica per una società regolata da una legge di uno Stato estero in cui non vi è una apposita disciplina inerente ai patrimoni destinati nell'ambito del diritto commerciale, non può essere ammesso per una società italiana, poiché tale meccanismo potrebbe violare quanto disposto dagli artt. 2447 ss. c.c. e dagli artt. 262 s. CCII o essere vietato se l'impresa in questione ha la forma di s.r.l.

Infatti, qualora una società italiana volesse creare un patrimonio destinato ad uno specifico affare o una contabilità separata nell'ordinamento interno lo può fare, ma deve ricorrere alla procedura e alle accortezze previste dagli artt. 2447 ss. c.c.

*Ergo*, per valutare la liceità di un *escrow account* così costruito che vorrebbe esplicitare alcuni effetti in Italia, il criterio è il seguente: se l'“improprio” patrimonio destinato attiene alla responsabilità patrimoniale di una società regolata, ai sensi dell'art. 25 della l. 31 maggio 1995, n. 218, da una legge straniera in cui è possibile creare patrimoni destinati senza rispettare quanto prescritto dalla norma italiana, l'*escrow account* dovrebbe produrre gli effetti anche in Italia, risultando non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, ma solo con quello interno, in quanto la disciplina contenuta agli artt. 2447 ss. c.c. non di certo attua principi fondamentali e irrinunciabili per il nostro ordinamento.

Diversamente se tale meccanismo agisse sulla responsabilità patrimoniale di una società regolata dal diritto italiano sarebbe illecito perché in contrasto con gli artt. 2447 ss. c.c. e quindi con l'ordine pubblico interno.

Supponiamo altresì l'utilizzo dell'istituto nei rapporti finanziari tra istituti di credito e gruppi di società, dove la capogruppo spesso utilizza tale strumento per svolgere la propria assistenza finanziaria alle società controllate.

In questa ipotesi l'*escrow* mira a raggiungere e realizzare simultaneamente gli obiettivi della lettera di *patronage* e del pegno su quote sociali.

Infatti, nell'accordo di *escrow* si esplicitano da parte delle società *holding* le dichiarazioni: di consapevolezza con cui la società madre dichiara di essere al corrente dei rapporti di finanziamento esistenti o da porre in essere; di approvazione di questi rapporti; e di conferma di controllo con cui si enunciano le percentuali di partecipazione al capitale da parte della società *holding*.

un precedente, ma collegato, contratto di compravendita, risulterà effettiva solo se i relativi importi verranno vincolati dalle parti esclusivamente al pagamento del corrispettivo del contratto preliminare»: così A.M. LUCIANI, *Escrow* cit., 820 s.

Inoltre, l'accordo di *escrow* contiene la garanzia sul fatto che le partecipazioni nel capitale sociale delle società controllate, debentrici principali, non verranno cedute a soggetti non graditi dalle banche, in quanto i titoli azionari saranno posti materialmente al di fuori della disponibilità dei soci e della società, perché appunto depositati presso un soggetto terzo di alto profilo professionale.

Si eviterà così che nella compagine della società debitrice venga meno proprio quel soggetto (la capogruppo) che offre le maggiori credenziali di affidabilità e solvibilità, e che molto spesso è l'unico in grado di garantire continuità aziendale.

Tuttavia, se l'approvazione dei rapporti di finanziamento non fosse limitata ad un importo massimo si violerebbe l'art. 1938 c.c. applicabile, secondo la migliore dottrina<sup>62</sup>, ad ogni ipotesi di garanzia; e l'*escrow holder* in prima istanza – o il giudice interno<sup>63</sup> in alternativa – non potrebbe permettere al contratto di *escrow* di esplicitare gli effetti in Italia sia nel caso in cui il debitore sia una società italiana sia straniera, anche se tale regola non fosse prevista nella legislazione straniera, poiché essa è espressione del principio di solidarietà ex art. 2 Cost., valore fondamentale e irrinunciabile per il nostro ordinamento<sup>64</sup>.

Infine, come tutte le segregazioni patrimoniali anche quella derivante dal contratto di *escrow account* deve superare il controllo di meritevolezza dell'art. 2645 *ter* c.c. che è per lo più esterno al negozio di destinazione e riguarda sia il rapporto tra specificità dello scopo, esistenza anche di un altrui interesse, adeguatezza del bene destinato e capienza del patrimonio residuo, sia la valutazione comparativa tra l'interesse del beneficiario e l'interesse dei terzi creditori eventualmente leso dalla destinazione.

<sup>62</sup> G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno* cit., 205. Più in generale v. M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche 'omnibus' l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2011, 1267 s.

<sup>63</sup> Similare è la questione trattata da App. Bari, ord. 6 ottobre 2014, in *Corti salernitane*, 1/2, 2016, 227 ss., con nota di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*; in *Giur. it.*, 4, 2015, 816 ss., con nota di M. ROBLES, *La fideiussione c.d. omnibus secondo l'ordine pubblico 'economico' di 'Bruxelles I'*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2015, I, 434 ss., con nota di I. PIZZIMENTI, *Importo massimo garantito per obbligazioni future e principi generali di ordine pubblico*; in *Int'l Lis*, 2, 2015, 89 ss., con nota di O. DESIATO, *Riconoscimento di provvedimento straniero e requisito ostativo dell'ordine pubblico: l'ipotesi della lettera di patronage non recante l'indicazione dell'importo massimo garantito*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2016, II, 29 ss., con nota di G. VALENTINI, *Lettere di patronage e importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, ove si rileva, tra l'altro, che è necessaria «la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alle sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato».

<sup>64</sup> «In definitiva, anche dall'analisi delle garanzie 'atipiche' o 'aliene', emerge con chiarezza che la valutazione di congruenza all'ordine pubblico internazionale non può essere condizionata da valutazioni connesse alla mera conformità di un istituto ad altri ordinamenti, i quali – seppur 'civili' e/o 'affini' al nostro – sono caratterizzati da principi e valori normativi differenti»: G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno* cit., 206 s.

È dal mondo delle imprese che possono arrivare esempi significativi.

Si pensi all'utilizzo di un conto *escrow* da parte di un'impresa *e-commerce* per gestire il pagamento di merce acquistata su *internet* e l'eventuale fase del reso a séguito dell'esercizio dello *ius poenitendi* del consumatore.

Ora, in un caso del genere il rapporto tra: 1) entità della somma in *escrow* adeguata allo scopo di permettere una transazione *online* sicura; 2) interesse dell'utente che acquista a distanza; 3) valore di gran lunga maggiore del patrimonio aziendale non segregato; 4) e durata della destinazione proporzionata allo scopo e ad esso legato, conduce l'interprete a ritenere tale strumento meritevole *ex art. 2645 ter c.c.* e a far prevalere l'interesse, riconosciuto anche al livello legislativo, del beneficiario rispetto a quello degli altri creditori.

Diversamente, se la somma rimane nel conto *escrow* oltre lo scopo, ossia anche una volta che è trascorso il tempo per il recesso e la transazione può definirsi conclusa senza alcun reclamo da parte del consumatore, è facilmente intuibile che la limitazione di responsabilità non ha più ragion d'essere, diventando immeritevole *ex art. 2654 ter c.c.* qualora vi siano creditori dell'impresa che vogliono soddisfare il loro credito.

Ancóra, in un'operazione di cessione di azienda le parti pattuiscono che i ricavi del primo anno debbano confluire su un conto *escrow* ed essere utilizzati per raggiungere un accordo con alcuni creditori, così da permettere al cedente di liberarsi della garanzia prestata personalmente.

Tale segregazione potrebbe ritenersi meritevole *ex art. 2645 c.c.* se contenuta in un ragionevole periodo di tempo.

Mentre un utilizzo di tale conto *escrow* oltre tale evento o per un tempo eccessivo – perché magari non si riesce a trovare un accordo con i creditori e a liberare il cedente dalle garanzie prestate, ma allo stesso tempo non si vuole risolvere la vendita dell'azienda – dovrebbe portare l'interprete verso una valutazione differente.

In particolare, la non proporzionalità della durata e dell'entità della destinazione con lo scopo; il valore del patrimonio aziendale non segregato, che con il passare del tempo diviene sempre più esiguo; e l'interesse dei terzi creditori di contrarre con l'impresa in questione, senza che la stessa possa avere delle limitazioni di responsabilità irragionevoli, dovrà condurlo a ritenere la segregazione delle somme in *escrow* non meritevole *ex art. 2645 ter c.c.*, e quindi non opponibile ai creditori.

5. *Per una valorizzazione del ruolo dell'escrow holder: un ufficio di diritto privato con il potere-dovere di agire funzionale nel rispetto della legalità costituzionale*

La giurisprudenza estera, e in particolare quella statunitense<sup>65</sup>, ha sempre negato che l'*escrow holder* potesse avere un ruolo che andasse oltre a quanto stabilito nell'accordo, ed ha quindi ritenuto che tale ruolo si concretizzasse solamente nell'adempimento corretto e puntuale delle istruzioni ricevute dalle parti.

Qualche apertura<sup>66</sup>, anche da parte della dottrina italiana<sup>67</sup>, si è avuta in merito al riconoscimento di un '*duty of disclosure*', ossia di un dovere di informazione in capo all'*escrow holder*.

Tuttavia, tale dovere, connesso ai doveri generali di lealtà, correttezza, buona fede e, nel panorama italiano, al principio di solidarietà, ha come oggetto essenzialmente l'obbligo di tenere informate le parti di eventi che potrebbero incidere sulla vicenda connessa all'*escrow account*, senza arrivare ad ipotizzare un dovere di conformare l'operato dell'*escrow holder* alla specifica funzione del singolo contratto e ai valori portanti dell'ordinamento: quindi, alla legalità costituzionale<sup>68</sup>.

Invece, dal quadro delineato emerge con chiarezza che il soggetto, il quale svolge il ruolo di *escrow holder*, dovrebbe avere la funzione non solo di curare interessi propri delle parti che gli conferiscono contrattualmente questa posizione, ma anche di terzi, o anche interessi generali.

La giurisprudenza straniera che nega un ruolo maggiore all'*escrow holder* è figlia di un diverso ordine valoriale dello Stato ove viene emanata.

E non è certo una novità sottolineare, come già sostenuto dalla migliore dottrina<sup>69</sup>, la poca sensibilità al solidarismo e al personalismo degli ordinamenti nordamericani, fondati su una concezione strettamente mercantile e sull'idea di una libertà delle persone e degli Stati, o senza controlli o al massimo con controlli di natura eccezionale.

Da tale assunto non può che derivare il riconoscimento nel nostro ordinamento, in cui è centrale il principio di solidarietà cui è connesso quello di sus-

<sup>65</sup> National Bank of Wash. v. Equity Investors, 81 Wash. 2d 886, 910, 506 P.2d 20, 35 (1973); Fong v. Oh, P.3d 499, 512 (Hawaii 2007); Bell v. Safeco Title Ins. Co., 830 S.W.2d 157 (Tex. App. Dallas 1992, writ denied); Lee v. Title Insurance & Trust Co., 70 Cal. Rptr. 378 (Ct. App. 1968). Così anche Blackburn v. McCoy (1934) 1 CA2d 648; K. JACOBSEN, *California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?*, in *Pacific Law Journal*, 17, 1985, 309. La regola è seguita anche in altri Stati, tra cui Louisiana e Alabama. Hanby v. First Nat. Bank, 163 S.W. 415 (Tex. Civ. App. Amarillo 1914).

<sup>66</sup> 124 Ariz. 346, 604 P.2d 610 (1979).

<sup>67</sup> G. LAURINI, *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, Napoli, 2020.

<sup>68</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale cit., passim*.

<sup>69</sup> G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche' cit., 45*.

sidarietà, di un ruolo nuovo all'*escrow holder*, attribuendogli allo stesso tempo poteri e doveri diversi da quelli fino a questo momento considerati.

Preliminarmente è necessario far notare che il ruolo è nella maggior parte dei casi svolto da un soggetto qualificato, con funzioni pubbliche.

Nei paesi dove esiste la figura del notaio latino, come in Italia, tale funzione è attribuita a lui medesimo, mentre negli altri Stati di solito sono le banche a svolgere questo compito.

Del resto, se per il notaio l'obbligo di garantire la legalità, specie quella costituzionale<sup>70</sup>, rientra da sempre nella funzione ricoperta dal pubblico ufficiale, anche per il settore bancario recentemente la letteratura italiana<sup>71</sup> ha ipotizzato un ruolo di presidio di legalità.

*Ergo*, nella fase attuale, in cui è maggioritaria in dottrina l'idea di un diritto civile nella legalità costituzionale e l'esigenza di una rilettura 'depatrimonializzata' dell'ordinamento<sup>72</sup>, è necessario rivedere il ruolo dell'*escrow holder*, escludendo che lo stesso possa essere portatore solo di interessi riconducibili alle parti.

In particolare, la ricostruzione proposta da Pugliatti<sup>73</sup> dell'ufficio di diritto privato potrebbe rappresentare una base di partenza per inquadrare la figura in esame.

Questo non vuol dire che non si debba guardare anche alla disciplina del mandato, secondo il percorso ermeneutico delineato precedentemente (*supra* § 4), specie per la regolamentazione dei diritti soggettivi delle parti contrattuali, ma che non vi può essere una sovrapposizione né in termini concettuali né in termini

<sup>70</sup> Sia consentito un rinvio ad un nostro contributo: F. DELLA ROCCA, *Il controllo notarile di legalità costituzionale*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, diretta da P. PERLINGIERI e P. FEMIA, 2, 2021, 113 ss. La rilevanza del ruolo del notaio quale figura posta a tutela di interessi generali è stata ribadita, di recente, anche dalla Corte di giustizia UE nella sentenza 9 marzo 2017, C-342/15, Leopoldine Gertraud Piringer, che ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione Europea, e segnatamente con la disciplina della libera prestazione dei servizi, perché giustificata da una ragione imperativa di interesse generale e rispettosa del requisito della proporzionalità, la normativa di uno Stato membro che riservi ai notai l'autenticazione delle firme apposte in calce ai documenti necessari per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari ed escluda, conseguentemente, la possibilità di riconoscere in tale Stato membro una analoga autenticazione effettuata, secondo il suo diritto nazionale, da un avvocato stabilito in un altro Stato membro.

<sup>71</sup> 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.*, 2, 2020, 321 ss.; e ID., *Ufficio di diritto privato, natura del 'potere' dispositivo e fondamento variabile dell'iniziativa negoziale*, in *I maestri del diritto civile*: Salvatore Pugliatti, a cura di A. GORASSINI e R. TOMMASINI, Napoli, 2016, 457 ss.

<sup>72</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 55 e 114 ss.; ID., *'Depatrimonializzazione' e diritto civile*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 175 ss.; C. DONISI, *Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 1980, 644 ss.; criticamente A. DE CUPIS, *Sulla 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, *ivi*, 1982, 482 ss.

<sup>73</sup> S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* cit., 23 ss.



di disciplina della figura in esame a quella del procuratore speciale, essendo due figure differenti.

Tanto è vero che nella maggior parte dei casi l'*escrow holder* è svolto dal notaio rogante, il quale non potrebbe svolgere il ruolo di procuratore in una vendita immobiliare.

L'elemento decisivo a sostegno di quanto appena detto è la presenza di doveri insiti nel ruolo che giustificano un potere dell'*escrow holder* assai incisivo e sicuramente maggiore rispetto alle normali ipotesi di rappresentanza.

Doveri individuabili caso per caso, in quanto dipendenti dalla specifica funzione attribuita al contratto di *escrow*, nonché dagli interessi in gioco presenti nella singola fattispecie oggetto di analisi.

In realtà appare possibile ipotizzare una evoluzione, più in linea con i tempi, del pensiero di Pugliatti, che contempla una graduazione dei doveri che il titolare dell'ufficio di diritto privato ha, doveri che dipendono da quali siano gli interessi in gioco presenti e da quali di essi debba prevalere se in contrasto.

Nello specifico, l'*escrow holder* ha una serie di doveri sempre presenti ai quali dover conformare il suo operato.

Il primo è quello di agire in modo funzionale rispetto allo scopo concreto del contratto, anche se questo vorrebbe dire andare contro la volontà di una delle parti.

Se la causa concreta del singolo *escrow* fosse quella di garantire una delle due parti dal verificarsi di un evento, nel ruolo dell'*escrow holder* è insito un potere-dovere di raggiungere quel fine – ossia fare di tutto affinché la parte non subisca un danno qualora si dovesse verificare quell'evento – il cui contenuto si concretizza nel singolo caso, senza la possibilità di predeterminarlo.

Tale lettura supera inoltre il test di concordanza con il dato positivo, di cui autorevole dottrina<sup>74</sup> è fautrice al fine di verificare ogni soluzione ermeneutica proposta.

Infatti, lo stesso testo di legge sul deposito prezzo dal notaio, al comma 66 parla di 'specifici impegni'; ed è da scartare l'idea che la parola impegno possa equivalere al semplice ordine o comando racchiuso nel contratto, e riflettere sul fatto che impegno significa impiego diligente e di buona volontà nel raggiungimento di un obiettivo. E dunque pensare che debba essere inteso come equivalente di funzione.

Se, ad esempio, l'impegno è quello di favorire o garantire un acquisto sicuro di un'unità immobiliare è ovvio che, anche in assenza di una pattuizione in tal senso, il notaio ha il potere di detrarre parte del prezzo depositato per eliminare la pregiudizievole esistente, quando non assorbe o non supera il valore della compravendita.

<sup>74</sup> D. Russo, *Il patto penale* cit., 160.



Inoltre, lo stesso art. 1708 c.c. al primo comma prevede che il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento, facendo intendere come il legislatore si sia posto il problema, già nella disciplina del mandato, dei poteri impliciti di cui necessitava l'istituto, figuriamoci nel contratto in esame. Non tanto perché molte volte per lo stesso viene richiamata la disciplina del mandato, ma soprattutto poiché l'*escrow account* agisce su interessi in gioco diversi e/o in contrapposizione per cui sarebbe difficile chiedere un reale chiarimento alle parti.

Infine, un'ultima conferma della soluzione proposta arriva sempre dalla disciplina del mandato, in quanto il secondo comma dell'art. 1711 c.c. così recita: «il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione».

Il legislatore, quindi, è consapevole che le regole pattizie possono risultare non adeguate ad affrontare circostanze non ipotizzate o non ipotizzabili, e attribuisce poteri impliciti al mandatario con l'unica condizione della presunta ragionevole approvazione da parte del mandante.

Traslando il discorso sulla figura in esame, è possibile sostenere che per le questioni che attengono a interessi delle parti, la ragionevole approvazione richiesta dalla norma possa equivalere in questo caso alla compatibilità con la funzione attribuita dalle parti, dato che molte volte la circostanza non ipotizzata nel contratto di *escrow* crea un conflitto tra i due contraenti, e quindi risulta impossibile una approvazione postuma.

Con questo non si intende sostenere che non sia una buona tecnica redazionale quella di prevedere espressamente nel contratto queste prerogative all'*escrow holder*, essendo tra l'altro delle facoltà nella disponibilità delle parti, ma che pure in assenza di una previsione tali poteri siano insiti nel ruolo<sup>75</sup>.

In secondo luogo, a lui è affidato il compito di effettuare sulla causa concreta del contratto un controllo costante, cioè sia nella fase genetica sia durante l'esecuzione dell'*escrow*.

<sup>75</sup> La giurisprudenza di legittimità osserva che «[i] principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto» (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. it.*, 2010, 556 ss.). Di diverso avviso è la giurisprudenza estera, Hanby v. First Nat. Bank cit.: «a depositary has the absolute duty to carry out the terms of the escrow in the precise manner set out in the instructions to him».

Egli, qualora dovesse accorgersi che il contratto per le circostanze del caso sia privo di causa concreta o sia sorretto da una causa illecita o immeritevole *ex art. 1322 c.c.*, non dovrà stipularlo o dovrà smettere di eseguirlo, restituendo quanto trasferitogli, oppure dovrà agire per eliminare la causa dell'illiceità (ad esempio, restituendo la parte divenuta eccessiva per ristabilire la proporzionalità di una penale o di una garanzia).

Pertanto, l'*escrow holder* deve poter disapplicare la norma pattizia e deve poter andare oltre le indicazioni fornite dalle parti, per conformare sia il suo operato alla funzione concreta che gli è stata assegnata sia il contratto alla legalità costituzionale.

Un ultimo dovere potrebbe avere l'*escrow holder*, nell'eventualità che il caso concreto presenti interessi diversi da quelli delle parti che entrano nella vicenda segregativa.

Infatti, se la segregazione risulta essere nella singola fattispecie immeritevole *ex art. 2645 ter c.c.* rispetto ad un interesse generale, o comunque se l'interesse da preferire è riferibile ad un terzo rispetto alle parti che hanno stipulato il contratto di *escrow*, l'*escrow holder* ha il dovere di agire per soddisfare questi diversi interessi, anche se ciò vorrebbe dire disattendere un ordine delle parti o comunque non perseguire la funzione che esse gli hanno dato.

# REGISTRAZIONE DI UN MUTUO DI DERRATE CONCESSO DA UN CENTURIONE NEL *CASTRVM* DI VINDOLANDA IN BRITANNIA: ANALISI GIURIDICA DI UNA TRANSAZIONE ECONOMICA

ILARIA MARRA

**ABSTRACT:** Le tabelle lignee iscritte a inchiostro del forte romano di Vindolanda *Tab. Vindol.* 193, 581 e 586, benché il testo sia stato pubblicato magistralmente, non sono state riconosciute fino ad oggi nella loro natura giuridica e nel loro significato amministrativo. Si dimostra che la prima è un *codex rationum* del mutuatario per noi anonimo, che ha preso in prestito senza interessi dal proprio centurione *Felicio*, a cadenza mensile, modeste razioni alimentari, di cui è indicato il valore probabilmente per una *solutio* con facoltà alternativa. Le seconde due sono invece i primi esemplari scoperti dei *codices accepti et expensi*, finora noti solo da descrizioni di fonti giuridiche e letterarie e dalle trascrizioni in *chirographa* o in *testationes* su tavolette cerate.

**RESUMEN:** Las tablas de madera inscritas en tinta de la fortaleza romana de Vindolanda *Tab. Vindol.* 193, 581 y 586, si bien el texto ha sido magistralmente publicado, no han sido reconocidos hasta el momento en su naturaleza jurídica y en su trascendencia administrativa. Se muestra que el primero es un *codex rationum* del prestatario anónimo para nosotros, que tomó prestadas modestas raciones de comida de su propio centurión *Felicio* sin intereses, cuyo valor se indica probablemente para una *solutio* con facultad alternativa. Los dos segundos son, en cambio, los primeros ejemplares descubiertos de los *codices accepti et expensi*, hasta ahora conocidos solo a partir de descripciones de fuentes legales y literarias y de transcripciones en *chirographa* o *testationes* en tabletas de cera.

**PAROLE CHIAVE:** *castra*; centurione; *codex rationum*; *codex accepti et expensi*; mutuo di alimenti; *Tabulae Vindolanenses*; *solutio* con facoltà alternativa.

**PALABRAS CLAVE:** *castra*; centurión; *codex rationum*; *codex accepti et expensi*; préstamo de comida; *Tabulae Vindolanenses*; *solutio* con facultad alternativa.

**SOMMARIO:** 1. La scoperta delle tabelle nel *castrum* di Vindolanda (*Tab. Vindol.* 193, 581, 586). – 2. Nuova trascrizione e traduzione del testo di *Tab. Vindol.* 193. Modalità di registrazione di somme incassate, dovute ed estinte: confronto con *Tab. Vindol.* 581 e 586. – 3. Riconoscimento di un *codex accepti et expensi* in *Tab. Vindol.* 581 e 586 e identificazione di un *codex rationum* in *Tab. Vindol.* 193: le consuetudini giuridiche di Vindolanda. – 4. La restituzione di un mutuo di cose fungibili e la *solutio* con facoltà alternativa in *Tab. Vindol.* 193.

1. *La scoperta delle tabelle nel castrum di Vindolanda* (Tab. Vindol. 193, 581, 586)

Le *tabulae* lignee scoperte, a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo, a Vindolanda<sup>1</sup>, forte di confine della Britannia romana, costituiscono una miscelanea di lettere, documenti privati, amministrativi e rapporti militari risalenti a tutte le diverse fasi di occupazione (75-130 d.C. circa)<sup>2</sup>: la gran parte dei ritrovamenti, datati prevalentemente fra il II e il III periodo, è avvenuta, in ambiente umido e anaerobico favorevole alla conservazione dei materiali organici, nelle zone adiacenti al *praetorium*, in livelli di pavimentazione realizzati nei diversi stadi costruttivi<sup>3</sup>. Inoltre, qualche segno di combustione sulle tavolette ha spinto a credere che siano state repentinamente date alle fiamme, assieme ad altri utensili, a causa del rapido o improvviso abbandono dell'accampamento<sup>4</sup>.

Fra queste eterogenee testimonianze scritte, una tavoletta presenta peculiare interesse giuridico: catalogata fra gli *accounts and lists* è infatti Tab. Vindol.

<sup>1</sup> In generale sui documenti da Vindolanda cfr.: A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Latin writing tablets* (Tabulae Vindolandenses I), London, 1983, (tabb. 1-117); A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets* (Tabulae Vindolandenses II), London, 1994 (tabb. 118-573); K.-U. HEINZ, *Le tavolette di Vindolanda. La lettera di Octavius*, München, 1997, 4 s.; A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets* (Tabulae Vindolandenses III), London, 2003 (tabb. 574-853); A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS – R.S.O. TOMLIN, *The Vindolanda writing-tablets* (Tabulae Vindolandenses IV.1), in *Britannia*, 41, 2010, 187-224 (tabb. 854-869); Id., *The Vindolanda writing-tablets* (Tabulae Vindolandenses IV.2), in *Britannia*, 42, 2011, 113-144 (tabb. 870-889); Id., *The Vindolanda Writing-Tablets* (Tabulae Vindolandenses IV.3): *New Letters of Iulius Verecundus*, in *Britannia*, 50, 2019, 225 ss. (tabb. 890-893); I. ANDORLI, *Lavori per un valetudinarium a Vindolanda. Nota a T. Vindol. II 155,6*, in *ZPE*, 184, 2013, 271; K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, in *British Archeological Reports (BAR) 544*, Oxford, 2011; M. LOMBARDI, *Vindolanda: dalle tavolette alla ricostruzione storico-archeologica. Incontri di Archeologia - Studenti Sapienza - I Traces in Time n. 9-2019*, 95-141; G. DI DONATO, *Vindolanda. A Roman Military Settlement as a Legal Model of Integration*, Madrid, 2023.

<sup>2</sup> Cfr. G. DI DONATO, *Vindolanda*, cit., 55: «though it is not known with precision when Vindolanda was founded, it is commonly held that its establishment took place between the years 70 and 85 AD, when one or more timber forts were erected there to host an auxiliary infantry unit, the *Cohors I Tungrorum* (First Cohort of Tungrians)». Se M. LOMBARDI, *Vindolanda*, cit., 45, riconosce dieci fasi di occupazione, A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 7 ne individuano cinque: la I dall'85 al 92 d.C. – *Coh. I Tungrorum* –; la II dal 92 al 97 d.C. – *Coh. IX Bataurum* – fase nella quale ebbero luogo la ricostruzione e l'ingrandimento del forte fino a due ettari; la III dal 97 al 102/3 d.C. – *Coh. VIII Bataurum* – fase anche questa caratterizzata da un ulteriore allargamento del forte; la IV dal 104 d.C. fino al 120 d.C. – *Coh. I Tungrorum* – e la V fra il 120 e il 130 d.C. – *Coh. I Tungrorum*. Cfr. pure A.R. BIRLEY, 'Some Writing - Tablets excavated at Vindolanda in 2001, 2002 and 2003', in *ZPE*, 170, 2009, 267.

<sup>3</sup> A.R. BIRLEY, *Vindolanda: A Roman Frontier on Hadrian's Wall*, Stroud, 2009, 43 ss.; più diffusamente R. COLLINS – R. SANDS, *Touch wood: luck, protection, power or pleasure? A wooden phallus from Vindolanda Roman fort*, in *Antiquity*, 97, 2023, 392, 423.

<sup>4</sup> M. LOMBARDI, *Vindolanda*, cit., 95.

193<sup>5</sup>, databile alla III fase di occupazione, con un'escursione cronologica dal 97 al 105 d.C.<sup>6</sup>

Essa contiene l'elenco di tre generi alimentari dati a mutuo, dei quali il redattore del documento ha preso nota, indicandone il quantitativo e specificandone, per una qualche ragione, perfino il valore o costo in frazioni di *denarii*. Fra i documenti pervenuti diversi riguardano il personale, le merci che i legionari acquistavano da commercianti non arruolati nell'esercito, e in particolare i conti dell'amministrazione del *praetorium*: tuttavia, la mancanza di un *tabularium* nell'accampamento ha fatto supporre trattarsi di rendiconti conservati negli uffici, riferiti per lo più a piccole quantità di beni, e solo talvolta a richieste di approvvigionamento per l'intera guarnigione<sup>7</sup>.

Questo genere di documenti nei *castra* di Vindolanda era preferibilmente scritto *atramento* su 'foglietti' di legno, anziché *graphio* sulle tabelle cerate, più abituali per la confezione o per l'attestazione di negozi giuridici ma più costose – essendo d'importazione i riquadri lignei e gli stili<sup>8</sup> e comunque, in quanto più elaborate, di maggior costo anche se realizzate *in loco* – mentre il legname indigeno si vendeva comunque a basso prezzo<sup>9</sup> e, privo di grosso spessore e d'incavo rettangolare per la cera, era di semplicissima esecuzione<sup>10</sup>.

Inoltre, rispetto al formato 'a libro' di uso soprattutto epistolare<sup>11</sup>, quello delle liste di beni è 'a fisarmonica', cioè con molte più pagine legate fra loro da lacci di cuoio o spaghi vegetali<sup>12</sup> (fig. 1).

<sup>5</sup> P. DU PLESSIS, 'Provincial law' in *Britannia in the Roman Provinces. Oxford Studies in Roman Society and Law*, Oxford, 2020, 18 ss. L'A. identifica il documento come: «...a receipt [or perhaps just a record] of a *mutuum* of consumables in the Vindolanda Tablets».

<sup>6</sup> K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 3, scrive: «If we further analyse the transactions of Period III and group them according to their archeological 'find spot', we see that a clear majority originates from 'SG (bonfire site)', that is to say, the 'South Gate bonfire site' which lay immediately outside the Period III praetorium and was where the archives of Cerialis were burnt prior to his cohort's departure from Vindolanda in AD 105»; inoltre, sulla III fase di occupazione, G. DI DONATO, *Vindolanda*, cit., 56 s.: «... various kinds of finds date back to this period and consist not only of writing tablets, but also, for instance, of military equipment and female and children's shoes, which probably belonged to the household of Flavius Cerialis, praefect of the *Cohors VIII Batavorum*».

<sup>7</sup> M. LOMBARDI, *Vindolanda*, cit., 122.

<sup>8</sup> M. LOMBARDI, *Vindolanda*, cit., 97.

<sup>9</sup> K.-U. HEINZ, *Le tavolette di Vindolanda*, cit., 4, trattasi di tavolette d'abete bianco, betulla e ontano.

<sup>10</sup> A. MARCONE, *Forme di 'scrittura quotidiana' a Roma e nel mondo romano tra la fine dell'età repubblicana e la prima età imperiale*, in M. CHIABÀ (éd.), *Hoc quoque laboris praemium. Scritti in onore di G. Bandelli*, Trieste, 2014, 297 s., rileva come il numero delle tavolette di Vindolanda attesti il frequente ricorso alla scrittura e un certo grado di alfabetizzazione dei soldati.

<sup>11</sup> Per l'esame di due *epistulae Vindolandenses* cfr. A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS – J.N. ADAMS, *Two letters from Vindolanda*, in *Britannia*, 21, 1990, 33-52.

<sup>12</sup> A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *Vindolanda: the writing-tablets*, cit., 35 ss.; ID., *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 46: «The accounts which were found in the 1970s led us to expect

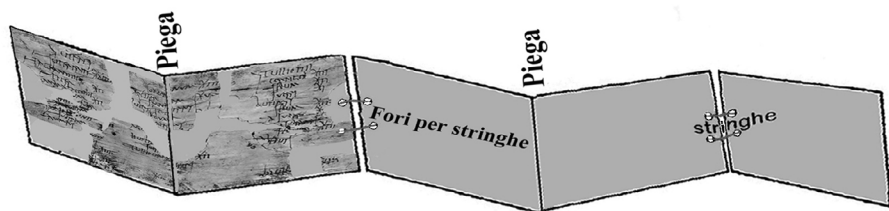


Fig. 1. Esemplificazione ricostruttiva (autrice) di una lista scritta ad inchiostro (atramento) su tabelle lignee alternativamente piegate in due e congiunte a coppie con stringhe o lacci introdotti in due appositi fori.

Nella specie, *Tab. Vindol.* 193<sup>13</sup> (9,1×3,5 cm), sola superstite di un dittico o forse di una 'fisarmonica', è conforme all'uso della scrittura a inchiostro direttamente su legno, e al proposito gli editori Bowman e Thomas hanno scritto che «the first line, which may refer to the remainder of the account indicates a loan»<sup>14</sup>, per via dell'inequivocabile richiamo al *mutuum*, annotato nel documento contabile e da loro riferito all'amministrazione del *praetorium*<sup>15</sup>.

La peculiarità della tavoletta, che ha subito catturato la mia attenzione, non consiste solo nella registrazione di un prestito, che va anzitutto chiarito se sia stato elargito 'al' o invece 'dal' centurione *Felicio*<sup>16</sup>, bensì nel fatto che il redattore della lista – mutuante o mutuatario che sia ma direi certamente persona diversa da *Felicio*, il cui nome appare all'*incipit* in dativo – accanto alla quantità di *res* offerte ne specifichi pure il valore o costo che dir si voglia: tale dato è assolutamente inusuale nei documenti negoziali della prassi sia campana sia britannica attestanti veri e propri prestiti, e dunque dobbiamo cercare di comprendere se nella lista in esame se ne possa trovare una logica spiegazione.

Particolarmente utile, per una corretta intellesione giuridica del testo, sarà esaminare qualche aspetto lessicale e grammaticale della tavoletta, mediante il quale si potranno chiarire alcuni dettagli rimasti incerti nelle precedenti edizioni.

that texts of this form were likely to be written in narrow columns *transversa charta* and there are indeed several more examples (e.g. 181, 185, 194, 196). Although there is no clear example of another concertina-form notebook like 190, 180 may be a triptych which has been folded concertina fashion; this contains an account written *transversa charta* on one side and a letter or petition written along the grain on the backs of two of the three sections».

<sup>13</sup> Per l'esegesi di *Tab. Vindol.* 193 cfr. A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 161; P. DU PLESSIS, 'Provincial law' in *Britannia*, cit., 18 ss.

<sup>14</sup> A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 161.

<sup>15</sup> P. DU PLESSIS, 'Provincial law' in *Britannia*, cit., 20, ritiene che il ritrovamento del documento nel *praetorium* non significa che esso vada riferito necessariamente a operazioni relative all'amministrazione del forte.

<sup>16</sup> G. DI DONATO, *Vindolanda*, cit., 46 nt. 169, annovera la *tabula* fra quelle attestanti la presenza di centurioni.

2. Nuova trascrizione e traduzione del testo di Tab. Vindol. 193. Modalità di registrazione di somme incassate, dovute ed estinte: confronto con Tab. Vindol. 581 e 586.

Nella *tabula* mutila, che costituiva «the leaf or half-diptych»<sup>17</sup> – ma che fosse un polittico non è invero escluso oltre ogni dubbio dalla mancanza di fori superiori per i lacci – le linee 3-5 iniziano più a sinistra rispetto alle 1-2-6, di difficile interpretazione a causa dell'abrasione dell'inchiostro, malgrado vi si riconosca un mutuo di derrate, consistenti in *condimenta* (spezie), *halica* (sorta di semolino) e *oua* (uova), elencate di seguito e al di sotto della data scritta a centro rigo XII K(alendas) Iunias (21 maggio), a sua volta sottostante all'intestazione centrale Felicioni (centurioni) mutuo. A sinistra si legge – ripetuta dalla linea 3 alla 5 accanto a ciascun alimento – l'abbreviazione *rec.*, a detta del Bowman e del Thomas aggiunta in un momento successivo forse da una seconda mano (*m*<sup>2</sup>) e che, in tal caso, sempre a detta loro indicherebbe la compilazione del documento ad avvenuta restituzione delle cibarie mutate.

Alla linea 6, invece, l'ultima superstite, si legge a centro rigo XII K(alendas) Iulias (20 giugno), perché il redattore della lista, com'è logico credere, sotto quella data aveva riportato ulteriori transazioni commerciali svoltesi quel giorno (esattamente un mese dopo le precedenti), perdute perché scritte nella parte mancante del reperto.

Riproduco dunque anzitutto Tab. Vindol. 193<sup>18</sup> nel testo dato e tradotto in inglese dai benemeriti editori Bowman e Thomas, facendo seguire la mia trascrizione latina e traduzione italiana.

Tab. Vindol. 193.

...

Felicioni (centurioni) mutuo [--]

XII K(alendas) Iunias

*m*<sup>2</sup>? *rec.* *m*<sup>1</sup> condimentorum (sextarii) s(emissem) (denarii) s(emissem)

*m*<sup>2</sup>? *rec.* *m*<sup>1</sup> halicae (sextarii) s(emissem) (denarii) (quadrantem).

5 *m*<sup>2</sup>? *rec.* *m*<sup>1</sup> oua n(umero) IIX (denarii) (quadrantem)

XII K(alendas) Iulias

...

Traduzione di Bowman e Thomas:

<sup>17</sup> A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 161.

<sup>18</sup> Inv. nr. 85.110. Plate XIV.

...

to *Felicio* the centurion as a loan

... 21 May (?)

*m*<sup>2</sup>? received, *m*<sup>1</sup> of spices, *sextarius* ½, *denarius* ½.*m*<sup>2</sup>? received, *m*<sup>1</sup> of gruel, *sextarius* ½, *denarius* ¼ +*m*<sup>2</sup>? received, *m*<sup>1</sup> eggs, 8, *denarius* ¼

20 June (?) ...

Per gli autori potrebbero esserci linee perdute sopra la prima superstite, ma i segni sulle fotografie rendono impossibile giudicarlo. A linea 1, malgrado la prima lettera non sia molto visibile, gli editori giustamente riconoscono sulla destra il sostantivo *mutuo*, espresso o all'ablativo, oppure, come sembra più probabile, al dativo<sup>19</sup>, per indicare che quei quantitativi di derrate furono concessi appunto 'a mutuo', nell'esegesi di Bowman e Thomas dal mutuante che però non identificano nel centurione *Felicio*, nome che appare più volte nei documenti con quel grado militare e che consente pertanto di ipotizzare fosse sempre la medesima persona<sup>20</sup>.

Se a linea 2 pare leggersi solamente una data, posta al centro del documento, perché a principio non si scorge traccia d'inchiostro, l'interpretazione della prima parola a linea 3 ha creato qualche dubbio esegetico.

Infatti, proprio in quella riga della *tabula* si legge *rec*-, che lo scrivente ripete pure alle linee 4 e 5: l'abbreviazione, per la tipologia del documento, è considerata un po' insolita da Bowman e Thomas, per i quali sarebbe più logico e usuale trovare il verbo *accipere*, talvolta compendiato *acc*.

Essa tuttavia può assumere valore molto diverso a seconda che la si sciolga in *rec(epi)* e *rec(ept-)* oppure in *rec(iperaui / at)*: nel primo caso di potrebbe supporre che l'uso del verbo indichi «perhaps some sense of reciprocity or return»<sup>21</sup>; mentre, nel secondo caso, una sorta di recupero delle *res* date a credito.

Prima di procedere alla rilettura delle linee con le modeste derrate date a mutuo, va verificato se tale esegesi non abbia alternative e soprattutto se queste non siano, nel caso, più convincenti.

A me sembra che il dativo *Felicioni* debba intendersi non come un *datiuus commodi* ma come un dativo d'agente classicamente retto da un participio passato<sup>22</sup>, mentre la sigla *rec*-, ripetuta da linea 3 a 5 a sinistra di *condimenta*, *halica* e

<sup>19</sup> A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 161. Pure in *Tab. Vindol.* 190 linea 29 si legge *mut[uo]*.

<sup>20</sup> Il nome *Felicio centurio* si ritrova pure in *Tab. Vindol.* 138 linea 2, 166 linea 1; 168 linea 1; 182 linea 6; 242.2 linea 2 (?), 578 linea 2: cfr. A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 32 s. e P. DU PLESSIS, 'Provincial law' in *Britannia*, cit., 21.

<sup>21</sup> A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 162.

<sup>22</sup> C. PIAZZINO, *Domina Gentium*, Torino, 1967, 194 s.; A. TRAINA – T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*, Bologna, 1985, 105 s.; V. TANTUCCI, *Urbis et Orbis. Morfologia e sintassi*, Bologna, 1991, 250 s.



*oua*, vada sciolta come participio perfetto di *recipio*, concordato con la quantità di merci mutate e, nel caso delle uova, con il loro numero, sicché le linee 1-3 sarebbero così completate (ritengo che la linea 1 finisca con *mutuo* e che la lacuna fosse anepigrafe perché l'*inscriptio*, o se si preferisce il *praescriptum*, ha senso compiuto):

Tab. Vindol. 193:

----?

Felīcīōnī (çenṭurīōnī) mutuo [--]

XII K(alendas) Iūnias

rec(eptus) condimentorum (sextarii) s(emis), (denarii) s(emisse);

rec(eptus) halicae (sextarii) s(emis), (denarii) (quadrante);

5 rec(epta) oua numero IIX, (denarii) (quadrante).

XII K(alendas) Iūlīas

-----

La mia lettura dà un senso ben diverso da quello proposto dall'*uterque editor*:

Da Felicione il centurione, a mutuo:

21 maggio

ric(evuto) mezzo sestario di «spezie da» condimenti per il valore di mezzo denario;

ric(evuto) mezzo sestario di semolino per un quarto di denario;

ric(evute) uova in numero di otto per un quarto di denario.

20 giugno

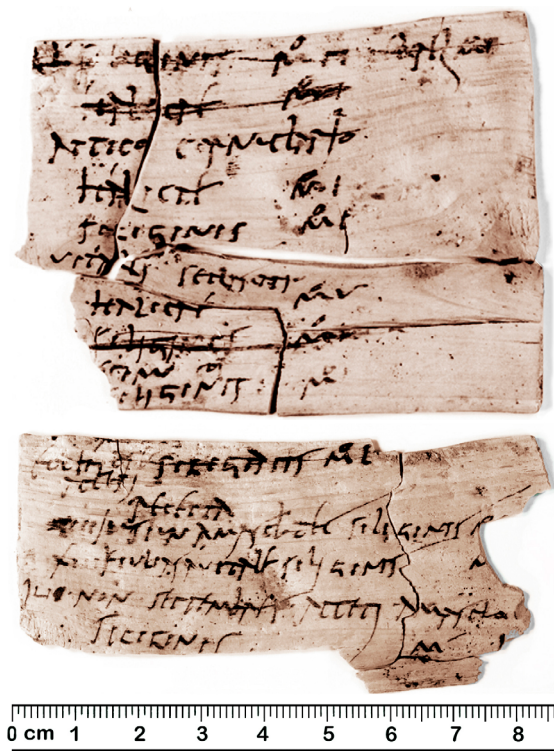
-----  
seguiva un elenco di altri generi mutuat



Fig. 2. Tab. Vindol. 193.

Si è detto che gli editori credono che *rec·* possa sciogliersi in *recepti* o addirittura in *reciperauilat*, con ciò intendendo un'allusione, nel primo caso, alla restituzione degli alimenti avuti in prestito, o nel secondo – *reciperat* – al recupero o al riacquisto da parte del mutuante del quantitativo indicato, recupero che sarebbe stato 'certificato' in un secondo momento, forse da un'altra mano, con l'aggiunta della sigla *rec·*

Mi sembra sensato, invece, proporre lo scioglimento di *rec·* in *receptus / -a / -um*, non solo per logica, ma anche – né secondariamente – per analogia: infatti, proprio in liste di contenuto pressoché analogo come *Tab. Vindol. 586*, anche se, nella parte superstite, senza indicazione di mutuo, campeggia estesamente *recepta* (fig. 4)<sup>23</sup> per indicare la ricezione di varie merci da parte di diversi individui:



Figg. 3-4. *Tab. Vindol. 586 1&2*. Notare, nella tavoletta superiore, le cancellazioni delle linee indicanti l'avvenuto adempimento e, nella tavoletta inferiore, il titulus centrale *recepta*, il quale fa credere che questo sia il frammento di un codex *accepti et expensi*, come *Tab. Vindol. 581* (vedi sotto, fig. 9): sono questi i primi esempi sulle originali *tabulae lignee non cerate*, ad oggi non riconosciuti, di tali codices, finora noti solo da descrizioni delle fonti giuridiche e letterarie e da una sorta di *descripta et recognita* per tramite di *testationes* o di *chirographa* su tavolette *cerate* confezionate a Pozzuoli e ad Ercolano.

<sup>23</sup> Alla linea 2 della parte posteriore della *tabula*.

Tab. Vindol. 586 (figg. 3-4).

----

2 [[siliginis mo(dios) II]] deb(et) rel. mo(dium) I

3 [[halicae mo(dium) I]]

4 Attico corniclaro

5 halicae mo(dium) I

6 siliginis mo(dium) I

7 Vitali seplasiario

8 halicae mo(dios) V

9 [[siliginis mo(dium) I]]

10 [D]eçimo cor(niclaro)

11 siliginis mo(dium) I

....

....

15? eodem die [[siliginis mo(dios) I]]

accepj

inter lineas 15-16

16? **recepta**

17? [[V]]III Idus Iun(ias) a Masclo dec(urione) siliginis mo(di-)[-

18? XIII K(alendas) Iulias a Vitale siliginis m[o](di-)

19? JVI [[ ]· Non(as) · Septembres · accepj · a Masclo

20? siliginis m(odi-) / I [

....

Anche nell'evidente incompletezza di Tab. Vindol. 586 1&2, la prima tavoletta sembra registrare operazioni di varia natura, come assegnazioni di derrate, se si tiene conto che si tratta di porzioni ridotte di cereali trascritte accanto al nome individuale del destinatario, ma – a parere degli editori – perfino di mutui<sup>24</sup>, pur mancando qualsiasi riferimento testuale a quest'ultima fattispecie nella parte superstite del testo.

La seconda tavoletta – esibente, come una sorta di *praescriptum* o *titulus in media tabula*, il participio passato neutro plurale *recepta* – è stata interpretata come una sezione dedicata a quantitativi di derrate ricevuti in restituzione dal redattore del documento che li avrebbe prima prestati.

Eppure, il fatto che proprio le c.d. 'restituzioni' siano consistite in beni in natura, pur non potendo costituire certezza, date le condizioni frammentarie del testo, può essere un forte indizio del fatto che il redattore della lista stia registrando non restituzioni, ma operazioni e *res* connesse a transazioni di beni fungibi-

<sup>24</sup> Difatti, stando alla lettura di A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, <https://romaninscription-sofbritain.org/inscriptions/TabVindol586>, la prima parte del documento «records dispensations, either sales or loans, to various named individuals». Anche K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 40, nt. 54 annovera il documento fra quelli attestanti «reciprocal loans».

li: difatti, se da linea 1 a 10 sono riportati i quantitativi elargiti dallo scrivente a diversi beneficiari – *exempli causa*: *Attico corniclaro halicae mo(dium) I* – nella ‘sezione’ intitolata *recepta* si dà atto di avere ricevuto, da parte di diversi individui, moggi di cereali, non si sa se a titolo di prestito o per altra causa.

Sciogliendo comunque in *Tab. Vindol.* 193 – per innegabile analogia con *Tab. Vindol.* 586 – *rec.* quale participio passato, come qui propongo, il significato del testo appare molto diverso ed assume ben altro valore giuridico.

Bowman e Thomas avevano sostenuto che *rec.* potesse essere stato ‘appuntato’ ben tre volte da una seconda mano, che avrebbe così provveduto alla registrazione della restituzione, nella loro esegesi da parte del centurione-mutuatario *Felicio*, delle derrate: ciò sarebbe confermato se quella sigla si sciogliesse *reciperaui* o *reciperat* mentre, considerandola una mera abbreviazione del participio perfetto *receptus* in correlazione al dativo d’agente, è chiaro che il mutuo fu erogato dal centurione, dunque mutuante, e concesso a chi scrisse la tavola, il mutuatario, che lo ricevette (probabilmente dal suo superiore nella stessa centuria) e lo annotò.

Inoltre, ad escludere che *rec.* indichi il recupero delle merci date a mutuo, come pure gli editori hanno supposto a scopo euristico, è un particolare aspetto paleografico, o diplomatico, che si coglie sempre in *Tab. Vindol.* 586, dove, come avviene in una molteplicità di altri casi, alcune voci della *tabula* sono cancellate con linee oblique al rigo, evidentemente perché il quantitativo consegnato al beneficiario era stato restituito: *exempli causa*, a linea 9 di *Tab. Vindol.* 586 l’espressione cancellata è *[[siliginis mo(dium) I]]*; la *siligo*<sup>25</sup> fu data a *Vitalis* assieme all’*halica*, ma quest’ultima, a voler ritenere il documento riferito a un mutuo, non fu restituita, perché, al contrario della prima, non ‘sbarrata’ nella lista (fig. 3). Va osservato, come fatto di valore giuridico anche nei casi in esame, che tale semplice *cancellatio* della prassi, di uso quasi banale, non sfuggì alla giurisprudenza, che ne sancì il riconoscimento e la validità<sup>26</sup>.

Difatti a me sembra che, laddove la restituzione dei beni fosse avvenuta *in toto*, si cancellasse la quantità di merce consegnata con linee oblique oppure orizzontali<sup>27</sup>: lo constatiamo anche in una tavoletta londinese, *WT 70* (*Writing*

<sup>25</sup> È una varietà di sementi come il *triticum*. Cfr. M.V. BRAMANTE, *A proposito di D. 12,1,3* (Pomp. 27 ad Sab.): *il mutuo di res fungibilis, il vinum e la bonitas*, in *RIDA*, 63, 2016, 133, nt. 53.

<sup>26</sup> F. COSTABILE, *Prestiti a interesse e ‘mutuo fittizio con vendita fiduciaria’ nell’Egitto romano: nuove esegesi dei chirografi di Antonius Heronianus* (PMich. VII 438 e PFouad I 45). *Chirographum e stipulatio nella prassi documentale e nella giurisprudenza*, in *MEP*, 23, 2020, 219 a proposito del *chirographum cancellatum* in D. 2,14,47,1 e D. 22,3,24.

<sup>27</sup> Anche in *Tab. Vindol.* 182 (documento su due colonne, in cui si registra la ricezione di diverse somme in contanti per merci specifiche) alcuni rigi sono cancellati con linee orizzontali per indicare l’estinzione del debito. Si vedano: A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda writing tablets II*, cit., 131, e A. BIRLEY, *Garrison life at Vindolanda: a band of brothers*, Cheltenham, 2002, 102. Anche diverse *tabulae* cerate dell’archivio puteolano dei *Sulpicii* dimostrano come alcuni do-

*Tablet*), un *account* con nomi di schiavi, numeri e somme in *denarii*, nel quale, malgrado le diverse lacune, una sbarra diagonale, che attraversa parte della linea 3, e altre due sbarre che attraversano la linea 4, suggeriscono che il documento sia stato ‘spuntato’ al momento del pagamento<sup>28</sup> (fig. 5).

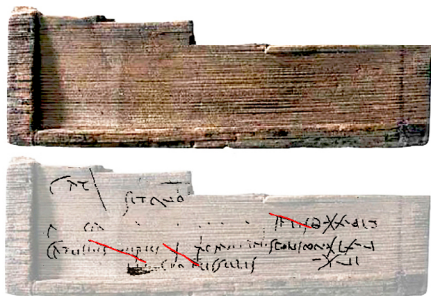


Fig. 5. WT 70 da Londinium. Le linee di cancellazione sono evidenziate in rosso.

Nell'ipotesi, invece, di una restituzione parziale<sup>29</sup>, era sufficiente darne atto indicando sia quanto incassato in quel giorno – *[[V]]III Idus Iun(ias) a Mascolo dec(urione) siliginis mo(di)-* – sia, eventualmente, il restante da saldare, come si evince dall'espressione *deb(et) reliquum*<sup>30</sup> *mo(dium) I*, attestata sempre in *Tab.*

cumenti furono sbarrati con linee oblique perché ormai privi di valore giuridico e, per il caso del mutuo, con la scritta *SOL*: cfr. F. COSTABILE, *L'auctio della fiducia e del pignus*, Soveria Mannelli (Catanzaro), 1992, 90; G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Roma, 1999, 188; R. LAURENDI, *La fattispecie negoziale «pecunia debita ex pretio mercis uenditae et traditae»*, in *MEP*, 16-17, 2013-2014, 20; F. COSTABILE, *Prestiti a interesse*, cit., 218 ss., figg. 1-2-3; I. MARRA, *Nuove osservazioni sulle auctiones puteolane del pignus di purpurae Laconicae reliquae*, in *IAH*, 14, 2022, 167. Le linee orizzontali erano usate pure per ‘segnalare’ cancellature, come si evince da R.S.O. TOMLIN, *Roman London's first voices. Writing tablets from the Bloomberg excavations, 2010-14*, London, 2016, 188, fig. 102, 178, fig. 98, e, per Vindolanda, da *Tab. Vindol.* 596, linea 11, dove il testo *[[saga corticia n(umero) XV s]]* è attraversato da una sbarra orizzontale e riscritto ‘correttamente’ al rigo successivo: *[sa]ga corticia n(umero) XV ▶ m[-----]*. Cfr. <https://romaninscriptionsofbritain.org/inscriptions/TabVindol596>.

<sup>28</sup> R.S.O. TOMLIN, *Roman London's first voices*, cit., 218: «This is evidently an account, for which the tablet, since it is type 2, must have been reused; cf <WT39> (a letter, noting other instances). The best-preserved line is (4), but there are sufficient traces in (3) and (5) to suggest that they followed the same format: the names of a slave and his master, a numeral (but no hint of what is being enumerated), and a costing in denarii. The slaves, as in <WT50> (with note), were presumably acting as their masters' agents. A diagonal line has been drawn across part of (3), and twice across (4), suggesting that entries were checked off as they were paid».

<sup>29</sup> In *Tab. Vindol.* 182 si specifica alla linea 5: *Irçucisso ex pretio lardi [s] (denarios) XIII s(emisem)]*<sup>6</sup> tradotta da A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda writing tablets II*, cit., 132: «Ircucisso, as part of the price of bacon, denarii 13½».

<sup>30</sup> In *Tab. Vindol.* 181, «a diptych containing a cash account recording sums received and debts outstanding», a linea 11 si legge *reliqui debent* per indicare quanto devono i restanti debitori: cfr. A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 129 s.



*Vindol.* 586, e dalla sigla  $d^{31}$  – sciolta in *d(ebet)* in *Tab. Vindol.* 861 – posta accanto a nomi individuali e alla merce oggetto di transazione, merce probabilmente non interamente pagata<sup>32</sup> (fig. 6).

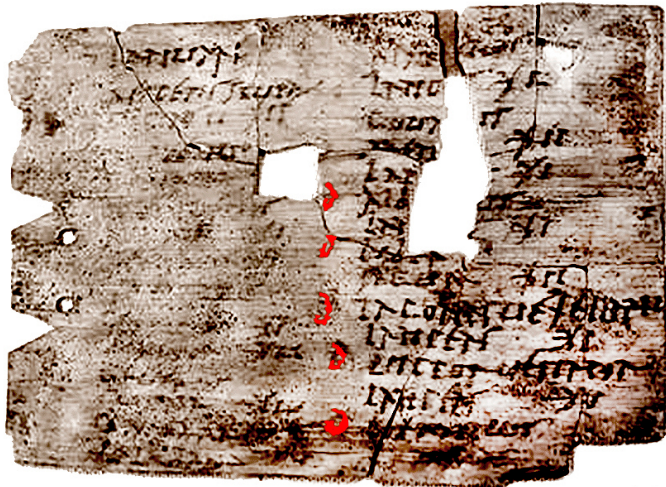


Fig. 6. *Tab. Vindol.* 861. Si noti nella seconda colonna (a destra) la lettera *d*, segnalata in rosso, con valore di *debet*, seguita dal nome del debitore e dalle res dovute.

Proprio la *d* in quella tavoletta 861, indicando che i conti non erano ancora saldati, è stata paragonata da Bowman e da Thomas alle ‘annotazioni’ «comparable with the check marks», che si trovano in *Tab. Vindol.* 184, piccole linee orizzontali, poste a sinistra prima dei nomi e dei prodotti, chiuse da due tratti inclinati, l’uno opposto all’altro: *l—l* (fig. 7). Tali tratti a me sembrano con ogni evidenza *paragraphoi*, abituali convenzioni papirologiche, ma attestate per traslazione talvolta anche in epigrafi, che solitamente ‘segnano’ l’inizio o la fine di una frase o di un elenco o di una contabilità<sup>33</sup>, come si può constatare in *TPSulp.* 91,

<sup>31</sup> Pure in *Tab. Vindol.* 807 e in *Tab. Vindol.* 808 si legge una *d* seguita da un punto, ma non è chiaro a cosa alluda l’abbreviazione: cfr. <https://romaninscriptionsofbritain.org/inscriptions/TabVindol808>.

<sup>32</sup> Malgrado non sia possibile esprimersi in termini di certezza, la *tabula* è sembrata riferibile a transazioni fra soldati e un venditore privato: cfr. <https://romaninscriptionsofbritain.org/inscriptions/TabVindol86>.

<sup>33</sup> O. MONTEVECCHI, *La papirologia*, Torino, 1973, 62; E.G. TURNER, *Papiri greci*, Roma, 1984, 132; W.A. JOHNSON, *The Function of the Paragraphos in Greek Literary Prose Texts*, in *ZPE*, 100, 1994, 65-68; F. COSTABILE, *La triplice ‘defixio’ dal ‘Kerameikos’ di Atene. Processo e norma libraria attica nel V-IV sec. a.C.*, in *Enigmi delle civiltà antiche dal Mediterraneo al Nilo. Atene, la Magna Grecia, l’impero di Roma, I. Dalla Preistoria all’età Ellenistica*, Reggio Calabria, 2007, 173 (da cui le citazioni).

tab. II, p. 3, linea 3, appartenente all'archivio finanziario della famiglia dei *Sulpicii*, redatta nella forma oggettiva della *testatio* riproducente l'avviso di vendita all'asta – probabilmente un *titulus pictus* – dove la *paragraphos* allude alla fine della dichiarazione testimoniale prima della trascrizione letterale del *libellus auctio-nis*, che il testimone leggeva su una tavola affissa alla parete (*parastatica*) del portico nel foro<sup>34</sup>.



Fig. 7. Tab. Vindol. 184. Si notino nella prima colonna (a sinistra) le *paragraphoi* a inizio rigo.

Nella tavoletta in esame la funzione della *paragraphos* è probabilmente separatoria, cioè funzionale a dividere sezioni o elementi nella lista<sup>35</sup>, ma non può in assoluto escludersi quella funzione di «eliminazione», che le si riconosce quando, nelle *defixiones* infere, è apposta accanto al nome del *defixus* da cancellare dal mondo<sup>36</sup>.

Comunque, in *Tab. Vindol. 184* la *paragraphos*, se collocata a separare i conti (fig. 7), non può avere la stessa funzione della *d* (fig. 6) che sta per *d(ebet)*, chiaramente allusiva ad una posizione debitoria ancora aperta, e anzi, al contrario, potrebbe indicare l'avvenuto pagamento.

<sup>34</sup> S. ROMEO, *Fiducia auctionibus vendunda nelle tabelle pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle testationes nelle auctiones puteolane* (51-61 d.C.), in *Polis. Studi interdisciplinari sul Mondo Antico*, 2, 2006, 238.

<sup>35</sup> W.A. JOHNSON, *The Function of the Paragraphos in Greek Literary Prose Texts*, cit., 65.

<sup>36</sup> F. COSTABILE, *La triplice 'defixio' dal 'Kerameikós' di Atene*, cit., 173.

Tornando a *Tab. Vindol.* 193, a linea 3, fra le derrate concesse a mutuo si ritrovano i *condimenta*<sup>37</sup>, cioè spezie di cui si indica quantitativo (mezzo sestario)<sup>38</sup> e prezzo; del pari per l'*halica*, significativamente attestata in *Tab. Vindol.* 233 (deaspirato *alica*)<sup>39</sup>, della quale si indica quantitativo elargito (mezzo sestario)<sup>40</sup> e prezzo<sup>41</sup>. E infine otto uova<sup>42</sup> con il loro rispettivo costo di un quarto di denario: *oua*<sup>43</sup> *numero IIX (denarii) (quadrante)*.

Il Du Plessis, interrogandosi sulle modalità di razionamento del cibo usualmente elargito ai soldati romani, consistente per lo più in grano, carne secca e olio, ha creduto di trovare una logica spiegazione al prestito – anche da lui ascritto al centurione in quanto mutuuario anziché mutuante – non tanto nella crisi di liquidità o nella semplice mancanza di *pecunia*<sup>44</sup>, ma nell'irregolarità del-

<sup>37</sup> Nell'*edictum de pretiis* di Diocleziano, invece, è indicato il costo di erbe miste per il condimento: cfr. I. FARNOLI, *Cibo e diritto in età romana. Antologia di fonti*, Torino, 2015, 83.

<sup>38</sup> I. FARNOLI, 'Quod ex terra... natum'. *L'eco del consumo di cereali in età classica nella voce legislativa*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 87, 2020, [Il farro e i cereali. Storia, diritto e attualità. Convegno interdisciplinare, a cura di A.M. Giomaro, U. Agnati e M.L. Biccari], 235: «Il sestario corrispondeva invece a un volume d'acqua di 1 volta e 2/3 una libbra e cioè, nel totale circa mezzo litro». Un modio era equivalente a 16 *sextarii*. Cfr. D.J. BREEZE, *The Roman army*, London - New York, 2016, 81.

<sup>39</sup> Sul linguaggio nelle tavolette di Vindolanda e sulle varianti *halica* / *alica* cfr. J.N. ADAMS, *The language of the Vindolanda Writing Tablets*, cit., 90; C. BOST, *Alltäglicher Schriftverkehr am Nordbritannischen Limes. Nahrungsmittelkonsum in Vindolanda*, Hagen, 2009, 7.

<sup>40</sup> Per il valore dell'abbreviazione *s* rinvio a F. COSTABILE, *L'archetipo di formula processuale dell'Editto «Iudex esto. Si parret...»: l'invenzione di Mucio Scevola delle azioni con intentio certa. La scoperta degli affreschi della 'Villa del Giurista' sull'Aniene a Roma*, in *MEP*, 21, 2018, 62, rileva che: «La sigla *S* è abbreviazione di *s(ingulus)*, sia abitualmente di *s(emis)*, cioè mezzo asse, quando riferita alla moneta, e invece di *s(extarius)*, circa ½ litro, quando riferita a liquidi». Nel caso di *Tab. Vindol.* 193 la *S* è un'abbreviazione di *S(emis)* perché riferita al costo – mezzo denario – di alcune derrate.

<sup>41</sup> A proposito delle abbreviazioni con simboli, A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 55, rilevano che in *Tab. Vindol.* 193 linea 4: «the symbol in 193 lin. 4 following the reversed *c* with bar which we think represents a quarter – *denarius*, looks like a long *i*; the context is abraded and difficult and we do not know what it represents – perhaps a quarter-as»; R.S.O. TOMLIN, *Roman London's first voices*, cit., 158: «This seems to be the first instance of *quadrans* in this sense being spelt out, but many Vindolanda accounts specify (*denarii*) (*quadrantem*), abbreviating *quadrantem* like *denarii* to a symbol (see in particular *Tab Vindol* 2, n° 185, 193, with 54 – 5; and cfr. <WT70> (3) and <WT72> (5). *Quadrans* is used absolutely to denote a very small coin, the quarter-as, but the monetary denomination is never made explicit as it is here».

<sup>42</sup> A. BIRLEY, *Garrison life at Vindolanda: a band of brothers*, cit., 102, scrive che *Felicio* prese in prestito «spices, gruel and 160 eggs – perhaps two each for the 80 men under him?»: eppure si legge chiaramente che le uova sono otto; K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 162, ritengono che proprio l'esiguo costo induce a credere che siano state esattamente otto.

<sup>43</sup> In diversi documenti la *u* di *oua* nelle legature con alcune lettere, in particolare con *a* e con *s*, 'perde' la metà di destra, come si può constatare in *Tab. Vindol.* 193 e pure in *Tab. Vindol.* 274 per *tuam*: cfr. K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 52.

<sup>44</sup> Così P. DU PLESSIS, 'Provincial Law' in *Britannia*, cit., 22: «Centurions were not badly paid, in fact some sources suggest that they were considerably better off in terms of pay than the av-



la catena di approvvigionamento, che spinse il mutuatario a ricorrere a un commerciante per l'acquisto di viveri<sup>45</sup>: in buona sostanza, secondo l'ipotesi euristica degli editori, il centurione *Felicio* si sarebbe rivolto a un privato per procurarsi le derrate, le quali gli furono date in prestito e non vendute, nemmeno a credito, per evitare che, in un ambiente così ristretto qual era quello di Vindolanda, i commercianti approfittassero di situazioni di difficoltà dei soldati, clienti abituali in diversi affari<sup>46</sup>.

Gli editori considerano *Tab. Vindol.* 193 fra le operazioni economiche afferenti al *praetorium*, nel senso che rientrerebbe fra le richieste di fornitura di diversi generi alimentari<sup>47</sup>, abbigliamento, calzature e, più in generale, beni di prima necessità; alcuni, risalenti a epoche diverse, si riferiscono a veri e propri acquisti da parte dei soldati<sup>48</sup>, come si evince da qualche *tabula* che dimostra proprio l'attività di commercianti e rivenditori di beni nei pressi dell'accampamento: alcune tavolette, infatti, registrano somme ancora dovute per l'acquisto di beni da privati, la cui presenza è attestata nelle vicinanze del campo fortificato perfino dalla scoperta di calzature, come quelle di bambini, che non possono attribuirsi al personale militare<sup>49</sup>.

Tuttavia diversi elementi sono di ostacolo nel riconoscere nel centurione *Felicio* il mutuatario: il redattore del documento, o chi per lui, non può avere scritto *rec.* per indicare l'avvenuta restituzione di un prestito ottenuto da *Felicio*, perché a Vindolanda stessa, come ovunque nell'impero romano, l'avvenuta *solutio debiti* era certificata con la cancellazione attraverso linee oppure con l'abbreviazione *sol.*, se non anche mediante *paragraphos*.

Si aggiunga che il redattore di una lista, come avveniva nei *codices* non a caso detti *accepti et expensi*, scriveva nella 'sua' ottica, non in quella della controparte: il

erage soldier, and yet one cannot rule out that the centurion perhaps just did not have "ready money" when he needed these commodities, either because he had spent it all, or perhaps had saved it all for future use upon discharge».

<sup>45</sup> *Ibidem*, 23: Du Plessis ritiene che il mutuo di *Felicio* debba essere inteso nel contesto della 'relational contract theory'.

<sup>46</sup> Così P. DU PLESSIS, 'Provincial Law' in *Britannia*, cit., 22 (vedi le due precedenti note 44 e 45).

<sup>47</sup> Per la connessione fra *Tab. Vindol.* 180 con il rifornimento di grano, venduto da privati, come dimostra qualche conto insolitamente ritrovato in caserma, cfr. R.O. FINK, *Roman military records on papyrus*, in *Philological Monographs of the American philological association*, Cleveland, 1971, 311.

<sup>48</sup> Si pensi sia a *Tab. Vindol.* 182, che risale al IV periodo di occupazione, attestante, stando a Bowman e Thomas: «a compilation by a civilian trader doing business with soldiers or a mixture of soldiers and civilians», sia a *Tab. Vindol.* 180, che testimonia la fornitura di grano al personale militare e a privati e che costituisce un vero e proprio documento 'ufficiale'. cfr. A.K. BOWMAN e J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 123 ss. e 131.

<sup>49</sup> C. VAN DRIEL-MURRAY, *The early wooden forts: preliminary reports on the leather, textiles, environmental evidence and dendrochronology*, in *Vindolanda Research Reports*, III, Hexham, 1993, 44-46.

*codex accepti* segna ciò che lo scrivente e redattore ‘riceve’ e di questo, a ben vedere, c’è esplicita attestazione a Vindolanda nell’espressione *eodem die accepj*, apposta alla lista di alimenti *Tab. Vindol.* 586.2 (fig. 4): dunque, in *Tab. Vindol.* 193, *rec.* indica che è colui che scrive la lista a ricevere i generi alimentari (dal centurione *Felicio*).

Resta da capire se il centurione *Felicio* diede in mutuo senza interessi all’autore della lista a titolo amicale, o se questo fosse un suo *officium* in un sistema di prestiti alimentari nei *castra* in momenti prevedibilmente ricorrenti, per esempio per ritardo nell’arrivo della paga, magari a favore degli appartenenti alla sua stessa centuria. Il fatto che in *Tab. Vindol.* 193, dopo i tre generi alimentari dati a mutuo dal centurione in data 21 maggio (*XII K. Iunias*), vi fosse la data di un mese dopo, il 20 giugno (*XII K. Iulias*), sotto l’intestazione del centurione posta all’inizio, può suggerire esattamente questa spiegazione, rafforzata dal fatto che *Felicio* appare anche in altra documentazione del medesimo forte e sempre qualificato con lo stesso grado o carica militare<sup>50</sup>.

### 3. Riconoscimento di un *codex accepti et expensi* in *Tab. Vindol.* 581 e 586 e identificazione di un *codex rationum* in *Tab. Vindol.* 193: le consuetudini giuridiche di Vindolanda.

3.1. Dobbiamo anche chiederci se *Tab. Vindol.* 193 facesse parte di un *codex accepti et expensi*, in genere costituito da una sequenza di sottili tabelle lignee scritte a inchiostro prive di sigillazione e connesse tramite lacci di lino o pelle passanti per fori<sup>51</sup>; tali *codices*, considerati registri contabili (*rationes*), erano fra i pochi atti giuridici scritti ad avere valore costitutivo dell’obbligazione<sup>52</sup>, se redatti con precisione cronologica in rapporto alla *solutio*<sup>53</sup>, malgrado fossero una unilaterale annotazione del creditore<sup>54</sup>, il che si spiega – io credo – con la loro risalenza a

<sup>50</sup> Vedi sopra, nt. 20.

<sup>51</sup> Plin., *Nat. Hist.* 2.22.

<sup>52</sup> Senec., *Benef.* 1,1,2; Gell. 14.2,7.

<sup>53</sup> D. 2,13,1,2: ... *Rationes tamen cum die et consule edi debent, quoniam accepta et data non alias possunt apparere, nisi dies et consul fuerit editus.*

<sup>54</sup> Ancor valido E. PAGENSTECHER, *De litterarum obligatione et de rationibus tam domesticis quam argentariorum*, Heidelberg, 1851, 13-26; T. RICCARDI, *Il Codex accepti et expensi presso i Romani. Note storico-critiche di ragioneria*, Roma, 1913; V. ARANGIO-RUIZ, *Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale*, in *Studi Epigrafici*, cit., 355-326; ID., *Le tavolette cerate di Ercolano e i «nomina arcaria»*, ibidem, 673-684; M.G. BIANCHINI, *Cicerone e le singrafi*, in *BIDR*, 73, 1970, 237-261 e nn. 45-47; P. JOUANIQUE, *Le «codex accepti et expensi» chez Ciceron: étude d'histoire de la comptabilité*, in *RHDFE* 46, 1968, 5-31; R.M. THILO, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht: Ein Beitrag zur Lehre von der Literalobligation*, Göttingen, 1980; P. GRÖSCHLER, *Die Tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, 199-296; R. LAURENDI, *Mutuuum con pactum adiectum e nuovi formulari contrattuali in una tabella cerata londinese*, in *IAH* 9, 2017, 91-92; L. ZANDRINO, *Osservazioni sul codex accepti et expensi*, in *SDHI*, 83, 2017, 131-163; EAD., *Dal pater all'argentarius. Profili giuridici dell'attività contabile in*

un'epoca in cui la società romana aveva ancora una dimensione ristretta di conoscenza reciproca fondata su valori di onestà e affidabilità (*bona fides*), ma nell'età di Cicerone, proprio l'unilateralità del documento poneva problemi di prova processuale, che si risolvevano aggiungendovi *chirographa* o *testationes*<sup>55</sup>.

Comunque, ancorché a Vindolanda tali *codices* non siano stati riconosciuti, pure a me sembra ve ne fossero, perché *Tab. Vindol.* 586 reca al centro, come vero e proprio *titulus*, la scritta *recepta* (fig. 4), giustamente ritenuta da Bowman e Thomas equivalente di *accepta*, sotto la quale sono elencate le voci dei relativi alimenti con le date in successione<sup>56</sup>; inoltre nel polittico *Tab. Vindol.* 581 si legge, parimenti in posizione centrale all'inizio della tavoletta 581*d*, la parola *expensa* (fig. 9) subito prima degli alimenti per una cena. Mi sembra possa dunque capirsi che all'*incipit* della tavoletta rettangolare di un *codex*, in *media tabula* o comunque sempre a centro rigo, si trovasse l'indicazione *accepta* oppure *expensa* con il sottostante elenco di generi e la data, per non ripetere la quale si scriveva anche semplicemente *eodem die*. Si riscriveva il *titulus* centrale o rubrica che dir si voglia – anche abbreviata *exp.* o *acp.* – se cambiava il mese o la settimana o forse anche il giorno.

Inoltre, i *codices accepti et expensi* erano il fondamento e presupposto dei *nomina arcaria*, di cui abbiamo *testationes* in tabelle cerate puteolane dei *Sulpicii* (TPSulp. 60-65 = TPN 49-54)<sup>57</sup> e in tavolette ercolanesi (*THP* 70+71 e *THP* 74)<sup>58</sup>: tali 'estratti' (*excerpta* o meglio *descripta et recognita*<sup>59</sup>) da un *codex*<sup>60</sup> iniziano con

*diritto romano*, Roma, 2018 (in part. *rationes argentarii* e *codex accepti et expensi*, 68-73 e cap. III sul contratto letterale nella contabilità romana).

<sup>55</sup> Cic., *pro Rosc. Com.* 1,2 (*domestica ratio*); 2,6,7; *Verr.* 2. 1,14,36; 2. 76,186; 3. 75,175; Ascon., in *Verr.* 2. 1,23,60 (*tabulae* e *codices*); *Prop.* 4. 23,20 (*ephemerides*). Lo aveva compreso, malgrado la documentazione allora molto rarefatta, V. ARANGIO-RUIZ, *Le tavolette cerate*, cit., 683: «si poteva confortare l'annotazione del creditore con un documento di debito redatto di mano propria del debitore: ora possiamo aggiungere che un documento più vicino alla *testatio* poteva essere preparato, a cura dello stesso debitore, riproducendo l'essenziale delle *tabulae* creditorie e aggiungendovi le precisazioni opportune»; cfr. ora P. GRÖSCHLER, *Die Tabellae-Urkunden* cit., 341-352, con attenzione alla documentazione papiracea dell'Egitto romano; G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 151-152; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui nomina transcripticia*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, 169-210 (= ID., *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. VACCA, II, Torino, 2012, 613-640).

<sup>56</sup> <https://romaninscriptionssofbritain.org/inscriptions/TabVindol581>.

<sup>57</sup> G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 152-160.

<sup>58</sup> Cfr. EDR 103437, 104877. Cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses. Edizione e commento*, I, Roma, 2017, 231-266.

<sup>59</sup> Cfr. e.g.: *AE* 1926, 151, 5-9 (*dyptichum ceratum*): *descriptum et recognitum ex tabula professionum quibus liberi nati sunt*. Per questi 'estratti' da un documento originale (pubblico o privato) rinvio agli esempi cit. da F. COSTABILE, *Senatusconsultum de Ti. Claudii Idomenei*, in *MEP*, 11, 2008, 89 (*sub* linea 4).

<sup>60</sup> P. GRÖSCHLER, *Die Tabellae-Urkunden*, cit., 246-273 (*Die tabellae-Urkunden als Auszüge aus der Buchführung*), e 273-280 (*Einordnung der tabellae-Urkunden als Auszüge aus den rationes*).

l'intestazione *tabellae* seguita dal nome in genitivo del creditore o mutuante, e nella seconda linea, in una posizione centrale che è chiaramente copiata dall'originale, *Exp(ensos)*, riferito alla successiva sigla *HS*, con il nome del debitore o mutuuario in dativo e la formula *petit et numeratos accepit domo ex risco* o *ex arca*.

Nella *testatio* il testo prosegue con *Acceptos* in posizione centrale e solitaria nel rigo e poi *ex arca* (*denarios*) con il riconoscimento del debitore, *interrogante creditore*, ovvero nella classica formula stipulatoria.

*Exempli causa: Tabellae Auli Ageri nomen creditoris | Exp. | Numerio Negidio nomen debitoris HS tot | petit et numerata accepit domo ex arca. | Acp. | arcae HS tot.*: ciò è un riscontro in favore del riconoscimento della forma diplomatica dell'originario *codex accepti et expensi*; ma in *Tab. Vindol.* 581d (fig. 9) e 586 (figg. 3-4), dove le liste delle *res* annotate sono sussunte sotto le rubriche *expensa* e *recepta*, si tratta di generi alimentari che, se anche avessero avuto, nella parte perduta del documento, l'equivalenza in denari o sesterzi, escludono già il *nomen arcarium*.

La natura di *codices accepti* (o *recepti*) *et expensi* di *Tab. Vindol.* 581d e 586 è tuttavia confermata dalla centralità nel rigo dei *tituli*, non ripetuti a ogni linea, sotto i quali vi sono gli elenchi degli alimenti e le relative date, mentre in *Tab. Vindol.* 193 l'abbreviazione *rec.* è posta e ripetuta *a latere* a sinistra dei generi a inizio di ogni rigo, il che non avrebbe senso nel *codex recepti et expensi*, dove la lista sarebbe stata scritta sotto un'unica intestazione centrale: vedremo invece, dopo l'esame del testo, a quale categoria documentale essa possa più probabilmente ascrivarsi.

3.2. Le *tabulae Vindolandenses* attestanti conti riferiti a fornitura o acquisto di cibo, abbigliamento e attrezzature domestiche, rivelano le abitudini alimentari e l'approvvigionamento di commestibili e tessili a Vindolanda, nonché le operazioni finanziarie che vi si svolgevano.

Inoltre, la lettura coordinata di epistole e documenti contabili ci ha fatto capire come le oscillazioni di mercato avessero un certo impatto sull'acquisto di beni: in questo senso è significativa una lettera indirizzata a uno schiavo di *Verecundus*, nella quale si richiede l'acquisto di generi alimentari in grande quantità, come cento o duecento uova, ma solo se in vendita a buon prezzo (*si ibi aequo emantur*)<sup>61</sup> nel luogo dove il destinatario risiedeva (*ibi*), probabilmente non molto lontano dal forte, come si deduce dalla tipologia di derrate di cui si chiede l'acquisto, il che ci fa capire che a Vindolanda dovessero avere un costo più alto.

<sup>61</sup> *Tab. Vindol.* 302: *oua centum aut |<sup>4</sup> ducenta si ibi aequo emantur.*

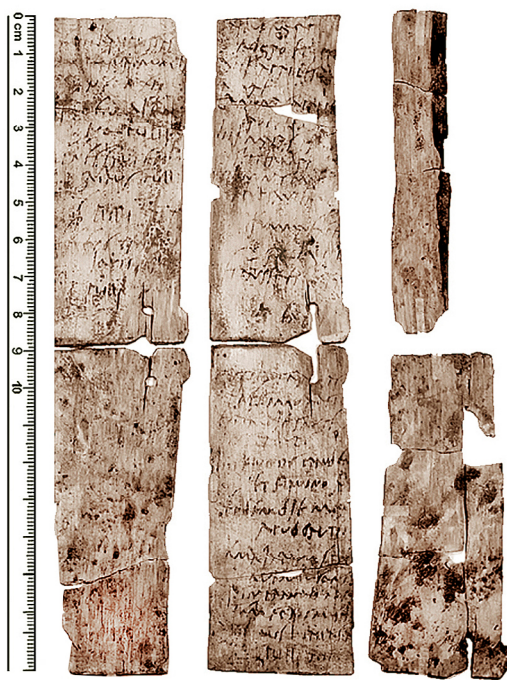


Fig. 8. Tab. Vindol. 581 b. Frammenti di un probabile codex accepti et expensi

Se in una lettera di *Octavius*<sup>62</sup> si coglie la forte esigenza di moneta liquida<sup>63</sup>, che questi chiede in prestito al fratello *Candidus* per saldare parte di un debito per l'acquisto di 5000 *modii* di grano, nel mutuo elargito da *Felicio*, consistente in una esigua quantità di derrate, emerge che le transazioni potevano avere ad oggetto perfino misere razioni sufficienti per un pasto o appena di più.

L'operazione economica, che attesta una *mutui datio* di derrate<sup>64</sup>, avrebbe imposto al mutuatario la restituzione di cose fungibili, come pare desumersi dalla citata *Tab. Vindol. 586* che, malgrado non espressamente riferita a un mutuo

<sup>62</sup> *Tab. Vindol. 343*: *scripseram spicas me emisse* |<sup>5</sup> *prope m(odios) quinque milia* |<sup>6</sup> *prop*<sup>7</sup>*ter quod (denarii) mibi* |<sup>8</sup> *necessari sunt* |<sup>9</sup> *nisi mittis mi aliquid* |<sup>10</sup> *(denariorum)*. Si fa riferimento all'acquisto da parte di *Octavius* di 5000 *modii* di *spica* (cioè 8,62 litri di grano per 5000 = 43.100 litri di grano) quantitativo che rischia di perdere se non riceverà i 500 *denarii* richiesti in prestito. Cfr. K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 16.

<sup>63</sup> Ciò pare desumersi pure da *Tab. Vindol. 312*: linee 5-7: *ille sciāt* |<sup>5</sup> *ē...* *scri*<sup>6</sup>*[p]sisse* *ē* |<sup>6</sup> *d]ēp̄eo tibi (denarios) X*. Cfr. A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 132.

<sup>64</sup> P. DU PLESSIS, 'Provincial law' in *Britannia*, cit., 22 s., osserva come l'uso del termine *mutuum* e il richiamo al *commodatum* in *Tab. Vindol. 180* dimostrino sia conoscenza del diritto romano nelle zone più remote dell'impero, sia la complessità dei negozi giuridici che vi avevano luogo e che non si limitavano affatto al solo baratto.



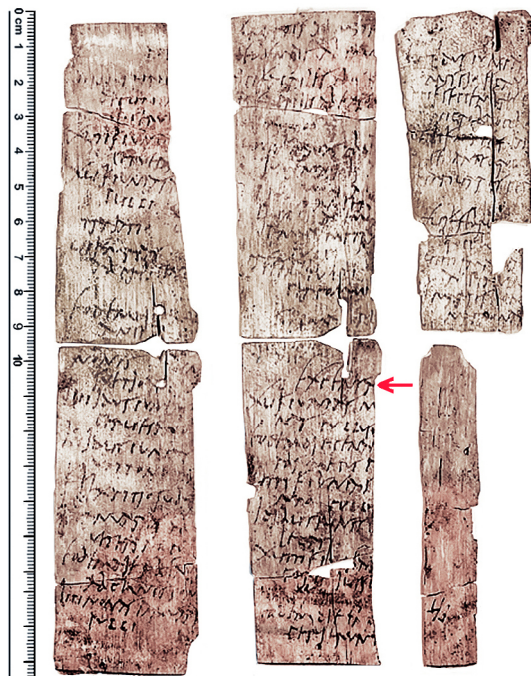


Fig. 8. Tab. Vindol. 581 d. Frammenti di un probabile codex accepti et expensi. La freccia indica la parola **expensa** posta a centro rigo seguita dalle date, dai nomi dei beneficiari o mutuatari e dall'indicazione delle res elargite.

forse per lo stato di mutilazione del testo, potrebbe tuttavia esserlo, se si tiene conto del fatto che le *res* riconsegnate al redattore consistevano proprio in cereali.

Per questa ragione risulta peculiare che in *Tab. Vindol.* 193 il redattore, per qualche ragione, riporti perfino il costo o valore delle derrate concesse dal centurione: l'indicazione del prezzo, per qualsiasi 'lista della spesa' o elenco relativo a beni da acquistare, si spiega agevolmente con la necessità di conteggiare l'esborso monetario, come dimostrano diversi *exempla* di *memoranda sumptuaria*<sup>65</sup>, nei quali, accanto ai generi alimentari se ne indica il prezzo, la quantità da acquistare e talvolta perfino il luogo dell'acquisto e il nome del venditore<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> In *Tab. Vindol.* 596 sono indicati diversi generi di beni con il loro costo/valore economico riportato perfino in frazioni di *denarii*. Si veda <https://romaninscriptionsofbritain.org/inscriptions/TabVindol596>.

<sup>66</sup> Sia per il *memorandum sumptuarium* affrescato nella Villa di Salone, in cui si elencano generi alimentari, la loro quantità, il costo e pure il giorno e luogo dell'acquisto, sia per i *memoranda* pompeiani *CIL* IV 10674 e *CIL* IV 8566, cfr. F. COSTABILE, *La villa dei Mucii Scaeuolae sull'Aniene e l'invenzione della formula di Mucio Scevola nel processo civile romano: dibattito e progressi a tre anni dalla scoperta*, in *MEP*, 24, 2021, 395 s.

Se in *Tab. Vindol.* 190, contenente due conti forse separati, si riportano somme destinate a un evento religioso e a forniture di cibo nel periodo di giugno<sup>67</sup>, e a linea 29 si integri *mut[uo]*<sup>68</sup>, in altre liste ed elenchi si coglie qualche riferimento all'assegnazione e alla consegna di derrate o alla fornitura di beni per esigenze interne o esterne al *praetorium*<sup>69</sup>, pur mancando allo stato, come ho già detto, espresso richiamo al mutuo.

Nella nostra *tabula*, l'indicazione del prezzo accanto alle *res* mutate, identificate nel genere e nel numero ovvero nella quantità, lascia intuire una ragione sottesa, alla quale dedicherò una specifica attenzione, ma solamente dopo aver inquadrato giuridicamente l'operazione economica attestata dalla lista.

#### 4. La restituzione di un mutuo di cose fungibili e la solutio con facoltà alternativa in *Tab. Vindol.* 193.

È noto che accanto al mutuo di denaro, fattispecie ampiamente indagata sotto il profilo giuridico, sia coesistito quello di derrate, spesso oggetto di poca attenzione da parte dei giuristi perché ritenuto tipico di un'economia rurale – nella quale il ricorso alla moneta era assai sporadico – ma che invece, come risulta da numerose fonti, costituì un punto fermo nell'economia romana<sup>70</sup>.

La dazione in prestito di denaro o di altri generi fungibili richiedeva l'effettiva consegna (*datio*) al mutuatario delle *res* convenute<sup>71</sup>.

Gai. *Inst.* III 90: *Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et*

<sup>67</sup> A.K. BOWMAN, *Life and letters on the Roman frontier*, London, 1994, 68, ha ritenuto che la grande quantità di orzo possa essere segno o della presenza di animali o della sostituzione di quel cereale con il *frumentum*. Comunque, questa lista riflette una gamma molto ampia di pietanze rispetto alla dieta militare di base. K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 40 rapporta la *tabula* al rifornimento per qualche festività. Sempre a detta dell'A., invece, un eloquente richiamo ai *Saturnalia* si coglie in *Tab. Vindol.* 301, linee 3-6: *souxum saturnalicium* |<sup>3</sup> (*asses*) |*III aut sexs rogo frater* |<sup>4</sup> *explices et radices ne mi* |<sup>5</sup> *nus (denarii) s(emissem)*.

<sup>68</sup> *Tab. Vindol.* 190 linea 132: *axungiae (sextarios) x mut[uo]* |<sup>29</sup> *domino ad stipes*.

<sup>69</sup> *Tab. Vindol.* 192 riporta l'elenco di merci ricevute da un certo *Gavo*, probabilmente coinvolto nella fornitura di beni commestibili e tessili. Cfr. R. MAIRS, 'Interpreting' at Vindolanda: Commercial and Linguistic Mediation in the Roman Army, in *Britannia*, 43, 2012, 20. *Gavo* è citato pure in *Tab. Vindol.* 207 e in *Tab. Vindol.* 218. R.S.O. TOMLIN, *Roman London's first voices*, cit., 223 s., a proposito di WT 72 (*ratio Crispi*) evidenzia come l'uso di *ratio*, seguito da un nome individuale espresso al genitivo, si riscontra pure a Vindolanda, sia per *Florus (ratio Flori)* in *Tab. Vindol.* 601, sia per quello di *Gavo*, malgrado non si capisca se questi «...is collecting items from or distributing them to others».

<sup>70</sup> Vedi sopra, nt. 70.

<sup>71</sup> Gai. *Inst.* III 90: *Mutuum appellatum est quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*.

*quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

Il prestito di cose fungibili<sup>72</sup>, di cui l'*accipiens* acquista la proprietà obbligandosi a restituirne, in una tempistica stabilita, il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, comportava che oggetto di quel trasferimento fossero cose che potessero misurarsi, numerarsi e pesarsi: fra queste, oltre alla *pecunia numerata*, Gaio annovera il vino, l'olio, il bronzo, l'argento e l'oro<sup>73</sup>.

Questo elenco, che non assume connotati di tassatività, mira a circoscrivere l'adempimento che, com'è noto, implicava la restituzione delle *res* della medesima natura di quelle consegnate, equivalenti per peso, misura e quantità.

Al di là di ulteriori e numerose testimonianze che rimarcano quanto si evince da Gaio<sup>74</sup>, in un frammento di Paolo si trova traccia e conferma del fatto che le cose oggetto di mutuo debbano essere individuate per peso, numero e misura.

D. 12,1,2 pr.-2 (Paul. 28 ad. Ed.): *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: nam in ceteris rebus, ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest. 1. Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, ueluti, ut pro tritico uinum recipiamus, non erit mutuum. 2. Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

Il passo elencante la tipologia di *res* mutuabili indica l'esatta portata della restituzione che ricade sullo stesso genere, integrandosi, nel caso di riconsegna della stessa *res*, differenti fattispecie come quelle del comodato e del deposito.

Invece, per quanto più strettamente concerne la restituzione, non è ammessa soddisfazione con altri beni, salvo che non vi sia stato il consenso del creditore<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> A. SACCOCCIO, *Per una protostoria delle ripetizioni*, in MEP, 24, 2021, 248.

<sup>73</sup> Vedi M.V. BRAMANTE, *Il formulario*, cit., 20; F. FASOLINO, *Profili giuridici del mutuo di derrate*, in TSDP, 12, 2019, 15.

<sup>74</sup> *Epitome Gai. II.9 (17).1: Re contrahitur quoties aliqua cuicumque mutuo dantur, quae in his rebus contingunt, quae pondere, numero, mensura continentur; hoc est, si pecunia numeretur, uel frumentum detur, uinum aut oleum, aut aes, aut ferrum, argentum uel aurum. Quae omnia numerando aut pensando aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos statuto tempore non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri uel mensurae reddantur. Propter quod mutuum appellatum est, quasi a me tibi ita datum sit, ut ex meo tuum fieret»; I. III.14 pr.: Re contrahitur obligatio ueluti mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurae constant, ueluti uino oleo frumento pecunia numerata aere argento auro, quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur: unde etiam mutuum appellatum sit, qui ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.*

<sup>75</sup> F. FASOLINO, *Profili giuridici del mutuo di derrate*, cit., 17.



Tornando però a Gaio, Francesco Fasolino sottolinea che, «nonostante il richiamo alla moneta quale oggetto primario del negozio in commento, il giurista testimonia espressamente come, ancora alla sua epoca, non sia affatto tramontato l'uso di concedere prestiti di derrate»<sup>76</sup>, anzi, proprio quel riferimento a operazioni prodromiche all'individuazione delle *res* oggetto della *datio mutui* per peso, misura e quantità, lascia credere che si continuasse a ricorrere al prestito di consumo.

Inoltre, se il mutuo di derrate fosse appartenuto solamente alle prime arcaiche fasi della società romana, non si spiegherebbe né il sia pur limitato interesse delle fonti giuridiche che se ne occupano in età imperiale (soprattutto quando è necessario verificare l'esatta determinazione del *quantum* da restituire), né che se ne sia trovata traccia nel mutuo di Vindolanda, risalente, a quanto pare, a un intervallo cronologico che va dal 97 al 105 d.C.

Il documento, una sorta di 'appunto' in un registro dove il redattore-mutuatario scrive di un prestito di alimenti, doveva in qualche modo rispecchiare una pratica commerciale assai diffusa sul luogo: difatti, in un ambiente così ristretto di commilitoni, ricorrere al prestito di vivande, nel nostro caso di esigua quantità, rivolgendosi al proprio centurione, sia che ciò avvenga a titolo privato o invece fosse previsto nel regolamento legionario come 'prestito di soccorso', rende evidente la modesta consistenza delle operazioni economiche che vi si svolgevano<sup>77</sup>.

In quel contesto non era quindi così difficile che un soldato, forse momentaneamente sprovvisto di denaro liquido, per sopperire a un bisogno immediato di sopravvivenza avesse acceso un mutuo, a quanto sembra senza interessi, per mezzo sestario di *condimenta* e *halica* e per otto uova, sufficienti a soddisfare le esigenze immediate di un pasto o qualcosa di più.

Tuttavia, il peculiare rilievo del documento risiede soprattutto nella singolare indicazione del prezzo accanto alle derrate offerte in mutuo, precisazione che può lasciare intuire qualche elemento utile sulle modalità di restituzione.

Va premesso che la possibilità, prospettata in dottrina<sup>78</sup>, che l'indicazione del valore monetario delle cibarie prestate sia dovuta alla eventuale restituzione di altri generi da stimare in base al costo indicato, perché ciò costituirebbe una sorta di baratto o permuta, è espressamente esclusa, nel documento stesso, dal ricor-

<sup>76</sup> F. FASOLINO, *Profili giuridici del mutuo di derrate*, cit., 15 s.

<sup>77</sup> Mentre nell'archivio dei *Sulpicii*, sia per il caso di *Lucius Marius Iucundus* che per quello di *Caius Nouius Eunus*, il pegno consiste in derrate e *triticum Alexandrinum*, concessi in garanzia al creditore a fronte di una somma presa in prestito. Cfr. L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpicii*. *Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli, 1984, 15-69; G. CAMODECA, 'Tabulae Pompeianae Sulpiciorum', cit., 136-144, 181-183; D. JONES, *The bankers of Puteoli. Finance, Trade and Industry in the Roman world*, Great Britain, 2006, 92-102; J.G. WOLF, *Neve Rechtsurkunden aus Pompeji*. *Tabulae Pompeianae Novae*, Darmstadt, 2010, 75-80.

<sup>78</sup> Vedi sotto, nt. 98.

so alla parola *mutuo* – *Felicioni* (*centurioni*) *mutuo* – che sarebbe assolutamente arbitrario ritenere atecnico.

Se, come ho già detto, nel *mutuo*, una volta ricevuta in proprietà una determinata quantità di cose o di denaro, in virtù dell'obbligo contrattuale di restituzione il debitore è tenuto ad assolvere in modo esatto, il già citato frammento paolino dimostra che, col consenso del creditore, il debitore può adempiere con una cosa al posto di un'altra.

Difatti, come ben evidenzia Antonio Saccoccio, in un contesto riferito alla *datio in solutum*, se dalla lettura dell'*excerptum* di Paolo può sembrare che il giurista neghi l'adempimento per equivalente, in verità proprio da quel passo emerge invece che con il consenso del creditore esso sia autorizzato<sup>79</sup>.

Com'è noto, l'istituto della *datio in solutum*<sup>80</sup>, che si applica pure ai debiti naturali, richiede la coesistenza di alcuni requisiti: 1) che il debitore dia qualcosa o compia una prestazione *in solutum*; 2) che si tratti di una cosa o di una prestazione diversa rispetto a quella originariamente pattuita; 3) che, ovviamente, il creditore acconsenta a ricevere, con efficacia solutoria, la prestazione eseguita dal debitore.

Malgrado gli orientamenti in dottrina non siano stati sempre univoci sul punto, la *datio in solutum* poteva anche consistere nella dazione di denaro al posto di una *res*, come pare desumersi, sempre a detta del Saccoccio, dalla lettura di D. 12,6,26,6 (Ulp. 26 *ad Ed.*)<sup>81</sup>, riferito alla dazione di una somma di denaro anziché di una parte del fondo originariamente prevista: a causa di un errore, il prezzo corrisposto in luogo dell'adempimento viene fissato sulla stima dell'intero fondo e non della parte dovuta, ma Ulpiano, condividendo il parere di Marcello, approva la ripetizione della parte di prezzo eccedente.

<sup>79</sup> A. SACCOCCIO, *La c.d. datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico*, in *Roma e America diritto romano comune*, 14, 2002, 19; ID., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, 34 s.

<sup>80</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano, 1928, 65 ss., esamina una particolare operazione economica attestata da documenti papiracei, consistente nella dichiarazione da parte di taluno di aver ricevuto da un altro una somma imprecisata a titolo di prezzo per l'acquisto di una determinata quantità di derrate, da consegnarsi, in una o più riprese, di solito dopo il prossimo raccolto, e che nel caso di mancata o parziale consegna, obblighi a pagare il doppio del valore del *reliquum*: Arangio-Ruiz ritiene che allora non si verifichi una *datio in solutum*. Tale ultima forma di adempimento, sempre a detta dell'Arangio-Ruiz, si fonda sulla consegna a brevissima scadenza di una cosa che sostituisca ciò che era oggetto di obbligazione, perciò la sua funzione verrebbe meno se a una prestazione in denaro dovesse «sostituirsi l'obbligo di dare in avvenire una cosa che nelle ipotesi non esisterebbe addirittura al momento del patto»; inoltre laddove si verifichi una dazione *in solutum*, come i papiri stessi dimostrano, le parti non mancano di rilevare la sostituzione dell'obbligazione originaria. Per queste ragioni la fattispecie descritta in partenza non sarebbe altro che una vendita di derrate a prezzo anticipato.

<sup>81</sup> Cfr. D. 12,6,26,6 (Ulp. 26 *ad Ed.*): *Idem Marcellus adicit, si, cum fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur aestimatione facta, solutio pecuniae solidi pretii fundi facta sit, repeti posse non totum pretium, sed partis indebitae pretium.*

Nell'*excerptum*, benché non se ne parli espressamente, il richiamo alla *datio in solutum* si coglie nel paragrafo che precede il passo (§4), nel quale la dazione di un fondo *pro pecunia* lascia intuire l'evidente correlazione a quella fattispecie<sup>82</sup>; inoltre, sempre in questo contesto, ma andando oltre, una decisione di Settimio Severo<sup>83</sup>, con cui fu proibita la possibilità di estinguere con denaro contante una obbligazione che aveva ad oggetto frumento, posta verosimilmente a tutela dei creditori dall'inflazione, fornisce prova e conferma della prassi di *dare in solutum pecuniam pro re*<sup>84</sup>.

In sostanza, dalla lettura coordinata delle fonti appena citate appare assai evidente che nelle ipotesi di adempimento per equivalente, cui il creditore acconsente, il debitore possa realizzare una prestazione in un *dare* o in un *facere* diverso da quello precedentemente previsto e consistente perfino in *pecunia pro re*.

Tornando al documento contabile da cui sono partita, esso attesta la registrazione di una operazione, sotto la data del 21 maggio, da cui si evince che il centurione *Felicio* diede in mutuo al redattore della lista *condimenta, halica e oua*, di cui si indica il peso e il numero e, significativamente, pure il valore economico/costo<sup>85</sup>; inoltre nella tavoletta, dopo la parola *mutuo*, a linea 6 pare leggersi la data 20 giugno (*XII K. Iulias*), al di sotto della quale il redattore avrà riportato ulteriori operazioni economiche iniziate un mese dopo le precedenti.

Il mutuo erogato da *Felicio*, che risulta solamente da un registro / lista del debitore e non da un *chirographum*, nel quale, com'è noto, quegli dichiarava in prima persona di aver ricevuto una somma di denaro (*scripsi me accepisse et debere*)<sup>86</sup> con l'impegno assunto di restituirla, talvolta entro una certa data assie-

<sup>82</sup> D. 12,6,26,4 (*Ulp. 26 ad ed.*) *Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solui, competere repetitionem Marcellus libro uicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.*

<sup>83</sup> Il provvedimento che risale al 198 d.C., ci è giunto grazie alla sua trascrizione in un papiro (*P. Col. 123, r. 40*): cfr. A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio*, cit., 16 s., cui rimando per bibliografia.

<sup>84</sup> A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio*, cit., 107 s.

<sup>85</sup> K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 58, ½ sestario di condimenti = 0,03 *modius*, al prezzo di ½ denario = 0,5 *denarius*; ½ sestario di semolino = 0,03 *modius*, al prezzo di ¼ denario = 0,25 *denarius* = 3 assi; 8 uova al prezzo di ¼ denario = 0,25 *denarius*.

<sup>86</sup> M. AMELOTI – L. MIGLIARDI – ZINGALE, Συγγραφή, Χειρόγραφον – testatio, chirographum. Osservazioni in tema di tipologie documentali, in *Symposion VII 1988. Vorträge zur griechischen und hellenistischen rechtsgeschichte*, Köln-Wien, 1990, 302-303; G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 133; Id., *Il credito negli archivi campani: il caso di Puteoli ed Herculaneum*, in *Credito e Moneta nel mondo Romano. Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 12-14 ottobre 2000)*, a cura di E. LO CASCIO, Bari, 2003, 80 s.; M.V. BRAMANTE, *Il formulario dei contratti di mutuo nei documenti della prassi*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi La Bruna*, a cura di C. CASCIONE e C. MASI DORIA, Napoli, 2007, 479; A.M. GIOMARO, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Fano, 2012, 65 ss.; R. LAURENDI,

me agli interessi<sup>87</sup>, fornisce qualche indicazione utile sulle merci date in prestito, sul mutuante, e forse, vista l'indicazione dell'operazione economica sotto la data del 21 maggio (*XII K. Iunias*), sulla data effettiva della *datio*.

Il documento, quindi, ci rende certi del fatto che la *datio* ebbe a oggetto derrate che, stando al regime giuridico del mutuo, il debitore e redattore della lista avrebbe dovuto restituire nella stessa quantità o nello stesso numero: resta tuttavia da chiederci se possa darsi una qualche soluzione interpretativa, in mancanza di ulteriori indizi, al peculiare accostamento accanto ai beni fungibili di un valore monetario, non qualificato come usura e difficilmente immaginabile come tale perché gli importi sembrano congrui come prezzo ma sarebbero certo eccessivi quali interessi.

Si può credere se mai che quella specificazione sia servita per la determinazione delle *usurae*, ammontanti ordinariamente al 12% annuo, e nel caso calcolate su tale percentuale a seconda del tempo trascorso per la *solutio debiti*, anche se per i prestiti in natura gli interessi potevano raggiungere tassi più elevati, come risulta pure da diversi provvedimenti d'età tardoclassica<sup>88</sup>, malgrado l'Evers abbia ritenuto che il prestito di *Felicio* si inquadri fra i c.d. '*reciprocal loans*', ovvero

Mutuum con pactum adiectum, cit., 86: «*se o me accepisse et debere* è la classica clausola della *pecunia debita* in tutte le sue forme negoziali»; A. BERNINI, *Un riconoscimento di debito a Colonia Aelia Capitolina*, in *ZPE*, 206, 2018, 183-193; F. COSTABILE, '*Autocertificazione*' per epistulam da Londinium di solutio del garante di una cautio damni (66-80 d.c.)', in *TSDP*, 11, 2018, 11; ID., *Prestiti a interesse e 'mutuo fittizio con vendita fiduciaria' nell'Egitto romano*, cit., 260.

<sup>87</sup> Per qualche esempio di menzione degli interessi nei documenti della prassi negoziale cfr. *T. Lond.* 9, dove nel *pactum adiectum* si attesta la restituzione pattizia del capitale e delle *usurae*, le quali sono significativamente indicate nell'espressione: «*abhinc cum usuris ex die presentj sine ulla replicatione*» cfr. R. LAURENDI, *Mutuum con pactum adiectum*, cit., 95; del pari in *P. Mich.* VII 438: [*Fateor me*] *ac[c]epi[sse et de]bere (denarios) arg[enteos] septuag[inta nouem]* [<sup>5</sup> *quos tib[i re]ddam stipendio ac[c]ept[o] cum u[usuris]*]: cfr. F. COSTABILE, *Prestiti a interesse*, cit., 236 e 261.

<sup>88</sup> Per l'analisi di disposizioni che prevedevano la possibilità di superare il limite del 12% annuo per i prestiti di derrate e per l'imposizione di limiti agli interessi cfr.: G. CERVENCA, *Sul divieto delle c.d. 'usurae supra duplum'* in *Index*, 2, 1971, 291; L. SOLIDORO, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in *Labeo*, 20, 1982, 164 ss. (e 174 in part.); EAD., *Interessi convenzionali in età imperiale*, in *Index*, 25, 1997, 556 ss. (e 568 n. 63); F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, 40 ss.; ID., *Profili giuridici del mutuo di derrate*, cit., 18 ss.; M.V. BRAMANTE, *Il formulario dei contratti di mutuo nei documenti della prassi*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studii in onore di L. Labruna*, I, Napoli, 2007, 32; S. TAFARO, *La limitazione dei debiti*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007, [www.diritto@storia.it](http://www.diritto@storia.it); I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, 101 s. e 159 ss.; A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, 97 ss.; C. LÓPEZ-RENDO, *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el derecho romano*, in *Revista Internacional de Derecho Romano*, 11, 2018 (20), 426-474; M.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *Mutuum - fenus en el s. II a.C. Referencias plautinas a algunas leyes romanas*, in R. LÓPEZ GREGORIS (ed.), *Drama y dramaturgia en le escena romana*, Zaragoza 2019, 201-209. Per il diritto tardoromano o 'bizantino' cfr. G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente, Special Issue*, 2016, in part., 6 s.

quelli in cui «money or foodstuffs loaned at no interest to individuals who repaid in kind over time»<sup>89</sup>.

Difatti, se a detta dell'editore, la mancanza di un'espressa menzione degli interessi spinge a credere che il mutuo sia stato concluso in un contesto «of reciprocity and market exchange»<sup>90</sup>, nel quale l'indicazione di un prezzo, per l'ipotesi di *res* oggetto di baratto<sup>91</sup>, poteva esser utile per determinarne l'esatta corrispondenza economica, l'Evers non pare soffermarsi sulla peculiare indicazione del costo nel caso in cui manchi una dazione reciproca.

Pur non potendosi aprioristicamente escludere in senso assoluto un richiamo alle *usurae*, che Bowman e Thomas hanno intravisto in *Tab. Vindol.* 206<sup>92</sup>, documento che parrebbe attestare la restituzione degli interessi di un prestito, l'indicazione del prezzo (o valore economico dei beni) accanto alla quantità di generi alimentati in *Tab. Vindol.* 193, induce a prospettare ulteriori osservazioni, legate alla restituzione dei generi mutuati.

Invero il mutuatario avrebbe potuto perfino prendere in prestito gli alimenti in attesa di ricevere denaro (o stipendio) per acquistarsi<sup>93</sup>.

Bisogna anzi prendere in seria considerazione la possibilità che le *usurae* non siano indicate né ci fossero sol perché il centurione prestava alimenti ai suoi soldati nell'ambito delle sue funzioni amministrative e gerarchiche, in base a un regolamento legionario che prevedeva questo genere di facilitazione in caso di momentanea necessità.

Tenendo sempre a mente la modesta consistenza delle operazioni economiche che le *tabulae* attestano, si può credere che il tentativo di offrire *pecunia*, anziché la prestazione in natura, fu accolto dal creditore in fase di esecuzione (*datio in solutum*), oppure, come mi sembra più probabile dato il contesto sociale delle transazioni, che le parti convennero preventivamente e, dunque, non in fase di

<sup>89</sup> K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 40 s.

<sup>90</sup> K.G. EVERS, *ibidem*, 35 scrive: «As regard the subject of prices, reciprocal equivalencies 'determine the amount that is "adequate" in relation to the symmetrically placed party. In short, the use of money and the existence of a socially embedded economy are in no way mutually exclusive».

<sup>91</sup> E. LO CASCIO, (a cura di), *Credito e moneta nel mondo romano*, in *Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 12-14 ottobre 2000)*, Bari, 2003, 12, mette in evidenza come nell'impero si sia fatto uso della moneta come unità di conto, per esempio nelle transazioni che avvenivano scambiando merci contro merci. Per il numerario cfr. M. FERRARA, *Nota tecnica sul concetto neoclassico di 'numerario'*, in *MEP*, 21, 2018, 67-68; R. LAURENDI, *Aspetti giuridici dell'approvvigionamento cerealicolo di alcune poleis in Grecia, Sicilia e Magna Grecia*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 87, 2020, 55. Per transazioni di cose fungibili e operazioni commerciali aventi a oggetto derrate cfr. F. FASOLINO, *Crediti in natura, operazioni finanziarie garantite da derrate e attività bancaria nel mondo romano tra I e VI sec.*, in *TSDP*, 11, 2018, 1-25.

<sup>92</sup> A.K. BOWMAN – J.D. THOMAS, *The Vindolanda Writing Tablets II*, cit., 177.

<sup>93</sup> Y. LE BOHEC, *The imperial Roman army*, London 1989, 212 s., scrive che un centurione, fra Domiziano e Settimio Severo, percepiva annualmente 5000 *denarii* di stipendio.

pagamento, la possibilità che il prestito fosse estinto con facoltà alternativa<sup>94</sup>, cioè con la corresponsione delle derrate o con denaro.

D'altronde l'esiguità della dazione, peraltro registrata con estrema sinteticità in un documento contabile, suggerisce che gran parte delle transazioni si sia svolta fra militari della stessa unità, i quali, condividendo cibo e risorse, interagivano in un contesto socialmente e culturalmente 'simmetrico'<sup>95</sup>, nel quale le parti erano libere di concludere operazioni economiche scegliendone modalità di restituzione e tempistiche, sulla scorta delle diverse esigenze di vita quotidiana.

Il ruolo di mutuante del centurione *Felicio*, attestato anche in altri documenti del medesimo forte di Vindolanda, fa sospettare che egli probabilmente non agisse in proprio a scopo di lucro, ma in quanto 'graduato' della legione, secondo un sistema di facilitazioni alimentari di sussistenza date in prestito in caso di ritardi nel versamento della paga dei legionari<sup>96</sup>, con facoltà alternativa di adempimento dell'obbligazione.

Nonostante la laconicità del documento attestante l'operazione di prestito non fornisca ulteriori informazioni, che le parti ben conoscevano perché consuetudinarie, è a mio avviso significativa l'emersione, al confine barbarico dell'impero, di un quadro di modestia economica, se non di povertà delle transazioni, probabilmente determinate dalla ridotta liquidità di contante.

La mancanza di documenti scritti a scopo probatorio, come *chirographa*, *testationes* etc., che si ritrovano abitualmente in centri di ben altra dimensione e

<sup>94</sup> Scrive A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio*, cit., 54: «non c'è *datio in solutum* nemmeno se ci troviamo in presenza della c.d. obbligazione facoltativa (*obligatio cum facultate alternatiua*), in cui pur non ricorrendo un'obbligazione alternativa, la diversa prestazione sia stata originariamente prevista dalle parti e concordata». Cfr. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, Palermo, 1927, 113 ss.

<sup>95</sup> Sul concetto di simmetria nel campo economico cfr. K. POLANY, 'The economy as Institutional Process', in K. Polany, C. Arensberg and H.W. Pearson (eds), in *Trade and market in Early Empires*, Chicago, 1971, 248 s.; K.G. EVERS, *The Vindolanda tablets and the ancient economy*, cit., 34 ss.

<sup>96</sup> Di fatto non era esattamente «prevedibile un termine per la riscossione della paga, i cui versamenti quadrimestrali, di norma nelle tre scadenze d'inizio gennaio, maggio e settembre, potevano subire oscillazioni – per lo più solo di qualche giorno ma anche di periodi più lunghi – dovute a ritardi nell'arrivo del denaro alla legione o alle più svariate ragioni contingenti»: così F. COSTABILE, *Prestiti a interesse*, cit., 237. Cfr. A. PASSERINI, *Gli aumenti del soldo militare da Commodo a Massimino*, in *Athenaeum*, 24, 1946, 145 ss.; R. MARICHAL, *La solde des armées romaines d'Auguste à Septime-Sévère d'après le P.Gen. Lat. 1 et le P. Berlin 6.866*, in *Mélanges I. Lévy*, Bruxelles, 1955, 399-421; E. GABBA, *Aspetti economici e monetari del soldo militare dal II sec. a.C. al II sec. d.C.*, in *Les «dévaluations» à Rome. Époque républicaine et impériale*, Roma, 1978, 217-225; R. ALSTON, *Roman military pay from Caesar to Diocletian*, in *JRS*, 84, 1994, 118; Y. LE BOHEC, *L'esercito romano da Augusto alla fine del III secolo*, Roma, 2008, 283; P. SPEIDEL, *Roman Army pay scales*, in Id., *Heer und Herrschaft in römischen Reich der hohen Kaiserzeit*, Stuttgart, 2009, 349 (fonti a nt. 1); Id., *Roman Army pay scales revisited: Responses and answers*, in *De l'or pour les braves! Soldes, armées et circulation monétaire dans le monde romain*, Bordeaux, 2014, 55-57; A. CAMPANA, *Lo stipendio dei soldati nell'impero romano*, in *Monete Antiche* 79, 2015, 25-28 (fonti a nt. 3).

importanza economica, come Alessandria, Pozzuoli o anche i centri minerari della Dacia, dimostra che nel microcosmo del forte di Vindolanda non era affatto avvertita la necessità di redigere per iscritto *testationes* dei negozi tipicamente orali del diritto romano, essendo la *bona fides* fondamento condiviso di quella società di commilitoni.

Solo le *rationes*, registri contabili con valore di *pro memoria*, tenuti tanto dai creditori quanto dai debitori, o i più formali *codices accepti et expensi*, ci fanno dunque conoscere il pullulare di tante piccole transazioni.

*Tab. Vind. 193* sembra dunque essere un *codex rationum* del debitore: tale strumento non aveva il valore giuridico di un *codex accepti<sup>97</sup> et expensi*, dal quale, malgrado l'unilateralità della scrittura del creditore, sorgeva di per sé, almeno teoricamente, l'obbligo del debitore di adempiere, ma il semplice *codex rationum* era sufficiente a soddisfare le esigenze di accertare il credito e il debito fra l'amministrazione legionaria e i soldati in una società militare coesa, solidale, e gerarchicamente ordinata.

<sup>97</sup> Ovvero *recepti*, com'è scritto a Vindolanda.



## IL GIUSTO PREZZO NEL DIRITTO DELLA BOSNIA ED ERZEGOVINA: UNO SGUARDO ROMANISTICO

BENJAMINA KARIĆ

**ABSTRACT:** Lo studio approfondisce il concetto di giusto prezzo (*iustum praetium*) e l'istituto della lesione enorme (*laesio enormis*) nel diritto della Bosnia ed Erzegovina, a partire dalla loro origine nel diritto romano. L'indagine dimostra come la soluzione giuridica bosniaco-erzegovese – secondo la quale, per l'annullamento dei contratti sinallagmatici in caso di rilevante sproporzione tra le prestazioni non è necessario dimostrare l'inconsapevolezza del contraente – presenti elementi di continuità con il diritto romano post-classico e il diritto medievale, e, al contempo, si discosti dalla concezione soggettivistica, creata nell'era del liberalismo e adottata dalla maggior parte dei Codici civili europei. Inoltre, si osserva come l'antico istituto della *laesio enormis* sia un tema meritevole di una rinnovata riflessione nel panorama del diritto privato europeo.

**ABSTRACT:** El estudio profundiza en el concepto de precio justo (*iustum praetium*) y en la institución de la lesión enorme (*laesio enormis*) en el derecho de Bosnia y Herzegovina, partiendo de su origen en el derecho romano. El estudio demuestra cómo la solución jurídica bosnio-herzegovina –según la cual, para la anulación de los contratos sinalagmáticos en caso de desproporción significativa de las prestaciones, no es necesario demostrar el desconocimiento de la parte contratante– presenta elementos de continuidad con el Derecho romano postclásico y el Derecho medieval; y al mismo tiempo se aparta de la concepción subjetivista, creada en la era del liberalismo y adoptada por la mayoría de los Códigos civiles europeos. Además, se señala que la antigua institución de *laesio enormis* es un tema que merece una reflexión renovada en el panorama del Derecho privado europeo.

**PAROLE CHIAVE:** diritto romano; Bosnia ed Erzegovina; obbligazioni; prezzo; giusto prezzo; *laesio enormis*, *laesio ultra dimidium*; *iustum praetium*.

**PALABRAS CLAVE:** derecho romano; Bosnia y Herzegovina; obligaciones; precio; justo precio; *laesio enormis*, *laesio ultra dimidium*; *iustum praetium*.

**SOMMARIO:** 1. La nascita del principio di *laesio ultra dimidium* nel diritto romano. – 2. Lo sviluppo successivo. – 3. Il diritto bosniaco-erzegovese. – 4. Conclusioni.

### 1. *La nascita del principio di laesio ultra dimidium nel diritto romano.*

Le origini della regola sulla *laesio ultra dimidium* sono assai discusse nella romanistica. Il presente contributo non ha per scopo quello di trattare nel dettaglio le varie tesi dottrinarie, quanto, piuttosto, dopo averle brevemente compendiate, di concentrare la propria attenzione, senza trascurare le fonti, sullo sviluppo che l'istituto ha avuto nella Bosnia ed Erzegovina.

Non è chiaro da dove la giurisprudenza romana abbia recepito l'idea del giusto prezzo. Alcuni sottolineano l'influenza orientale, altri quella mesopotamica<sup>1</sup>, certi ancora hanno volto l'attenzione alle opere di Aristotele<sup>2</sup>, taluni studiosi ancora fanno riferimento alla filosofia morale stoica<sup>3</sup>, a S. Agostino<sup>4</sup>, o all'etica cristiana in generale<sup>5</sup>, come anche alla necessità di proteggere i piccoli proprietari dai *potentiores*<sup>6</sup>.

Comunque stiano le cose, l'idea di giusto prezzo si è cristallizzata in Roma antica a cavaliere tra il periodo classico e il tardo antico. Fra i molti autori che si sono occupati di questo problema, si può ricordare, ad esempio, Sirks, il quale ritiene che questo istituto affondi le sue radici nelle scuole giuridiche orientali, laddove sarebbe stata avviata una discussione per definire in dettaglio il concetto di *damnum grande* (*damnum enorme*), necessario per l'applicazione della *in integrum restitutio*<sup>7</sup>. Altri studiosi, come ad esempio Pennitz, rinvencono in D. 18,1,57 pr. Paul. 5 *ad Plaut.*<sup>8</sup> un possibile antecedente classico della regola del-

<sup>1</sup> R. WESTBROOK, *The Origin of laesio enormis*, in *RIDA*, 55, 2008, 44.

<sup>2</sup> J. BALDWIN, *The Medieval Theories of the Just Price: Romanists, Canonists and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, in *Transactions of the American Philosophical Society*, 49.4, 1959, 10-12.

<sup>3</sup> H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 2005, 66.

<sup>4</sup> E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR*, 31, 1921, 403.

<sup>5</sup> E. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der laesio enormis*, in *Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag*, hrsg. von E. HEYMANN, Berlin, 1937, 35, 55-59.

<sup>6</sup> M. HORVAT, *Prekomjerno oštećenje*, in *Rad jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti*, 10/322, Zagreb, 1961, 223.

<sup>7</sup> Il limite, frutto dell'intervento imperiale, è quello previsto in C. 4,44,6, in cui si legge che il venditore non poteva raggiungere l'annullamento del contratto, anche se aveva offerto all'acquirente di pagare il doppio del prezzo d'acquisto. A.J.B. SIRKS, *La laesio enormis en droit romain et Byzantin*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 53, 1985, 303.

<sup>8</sup> D. 18,1,57 pr. Paul. 5 *ad Plaut.*: *Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitrato habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur.* Tra le opere più recenti che analizzano questo testo vd. M.F. MEROTTO, *L'emptio venditio di eredità futura nella giurisprudenza romana*, Napoli, 2022, 25 ss.

la *laesio enormis*, che è possibile abbia ispirato i compilatori nella formulazione del criterio della *dimidia pars*<sup>9</sup>. A questo proposito, però, altri sono del parere che Paolo parli di un contratto che, in parte o integralmente, si riferisce ad un oggetto impossibile<sup>10</sup>: se prima della conclusione della vendita la merce è andata distrutta senza che le parti fossero a conoscenza di ciò<sup>11</sup>, la prestazione è impossibile e '*nihil venisse*', nulla è stato venduto<sup>12</sup>; se, invece, una parte dell'edificio è rimasta illesa, la prestazione è solo parzialmente impossibile e in questo caso, la parte possibile dovrà essere eseguita dal venditore e il compratore dovrà pagare il prezzo in misura ridotta.

Con la crisi economica del III secolo, si assiste a un più deciso intervento dell'amministrazione centrale nella disciplina dei traffici. Si giunge in questo modo a intromettersi significativamente anche nelle trattative sul prezzo, riducendo in qualche modo la libertà delle parti, sino a giungere al noto editto di Diocleziano sull'ammontare dei prezzi (sebbene gli editti degli edili curuli già contenessero alcune previsioni al riguardo)<sup>13</sup>, in particolare sul prezzo dei prodotti e dei servizi di base, disponendo addirittura la pena di morte per i violatori, ancorché mai comminata<sup>14</sup>. Ne seguì poi la fissazione dei prezzi massimi per il pane<sup>15</sup> e per

<sup>9</sup> Il caso, oltremodo noto, concerne una casa andata in fiamme prima della conclusione della vendita all'insaputa dei contraenti. Per Nerva, Sabino e Cassio, nell'ipotesi di distruzione dell'intero edificio, per la restituzione del prezzo pagato non sarebbe stata esperibile l'azione contrattuale, bensì la *condictio*. Secondo Nerazio, invece, se la casa è distrutta solo in parte, la decisione dovrebbe essere presa in base a quanta parte della stessa è andata bruciata: se la maggior parte è distrutta, l'acquirente non è obbligato ad adempiere il contratto, ed inoltre ha diritto di chiedere la restituzione del denaro già pagato; se, invece, è stata bruciata la metà o meno della metà dell'edificio, il compratore è costretto ad adempiere alla vendita, ma si dovrà fare, alla stregua del giudizio di un uomo onesto, una stima di quanto sia diminuito il valore della casa stessa a seguito dell'incendio, cosicché il compratore sia liberato dall'obbligo di pagarne il relativo ammontare. M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis im römischen Recht*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. SCHERMAIER, M. RAINER und L. WINKEL, Köln-Weimar-Wien, 2002, 586. Si veda anche: J.D. HARKE, *Laesio enormis als error in negotio*, in *ZSSR*, 122, 2005, 96.

<sup>10</sup> Cfr. M. PENNITZ, *Zur Anfechtung* cit., 587, il quale richiama il parere di Jusztinger.

<sup>11</sup> F. BENEDEK, *Romai maganjog. Dologi es kotelni jog*, Pecs, 1995, 134.

<sup>12</sup> D. 50,17,185 Cels. 12 dig.: *Impossibilium nulla obligatio est* ... Alla luce della differente ricostruzione, l'invalidità del contratto poteva essere argomentata sulla base dell'errore rilevante (*error essentialis*) delle parti, poiché esse non erano a conoscenza del fatto che la casa era già andata in fiamme al momento della stipula del contratto.

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, E. JAKAB, *Aediles curules*, in *Acta juridica et politica*, XL.9, 1991, 401.

<sup>14</sup> Si veda, ad esempio, E. KARAJOVIĆ, *Primena Dioklecijanovog Edikta o cenama*, in *Pravni život: tematski broj 'Pravo i stvarnost'*, II, br. 10, Beograd, 1997, 517-527.

<sup>15</sup> C.Th. 14,19,1. Imppp. Arcadius et Honorius AA. Theodoro Praefecto Praetorio. *Panem ostiensem adque fiscalem uno nummo distrabi volumus. Sancimus autem, ut nullus per sacrum rescriptum audeat pretium ampliare; qui si obtulerit supplicationem, duarum librarum auri multa ferietur. Sat. prid. Id. April. Maediolano Honorio a. IIII et Eutychiano Cons. (398 apr. 12).*

il pesce<sup>16</sup>, da parte degli imperatori Arcadio e Onorio. La divisione dell'Impero porterà con sé differenze sul piano del diritto applicato nelle due aree, riscontrabili anche a proposito della questione del giusto prezzo<sup>17</sup>.

Autorevole dottrina, considerando il danno *ultra dimidium* come una regola introdotta da Giustiniano, reputa che la concezione classica sia mantenuta tanto in Oriente quanto in Occidente fino alla seconda metà del V secolo<sup>18</sup>, mentre i commentatori orientali pre-giustiniane avrebbero aggiunto alle contestate costituzioni di Diocleziano la specificazione per cui il prezzo viene considerato 'ridotto' se non è stata pagata nemmeno la metà del prezzo reale; in Occidente, invece, non vi sarebbe stata «traccia di misure antimonopolio o anti-cartello, e mancano anche le regole sulla massimizzazione dei prezzi»<sup>19</sup>.

Ciò è dovuto alle frequenti richieste di scioglimento del contratto di compravendita per l'inflazione galoppante. Dall'altra parte, si assisteva anche a episodi di violenza da parte dei potenti, e, in tal caso, si rivendicava la nullità di vendite, donazioni o transazioni estorte con la forza (C.Th. 3,1,9)<sup>20</sup>. Per i casi in cui vi era un interesse pubblico era stata espressamente prevista l'integrazione fino al giusto prezzo, come attesta, per esempio, C.Th. 10,17,3<sup>21</sup>.

Le vendite giudiziarie dimostrano quanto detto, in specie nei casi in cui una persona vende a nome di qualcun altro o in cui il creditore vende i beni del debi-

<sup>16</sup> C.Th. 14,20,1. Imppp. Honorius et Theodosius AA. Anthemio Praefecto Praetorio. *Qui ministerii nostri causa exhibendi piscis cura vel sollicitudine tenentur, plus a se exigi quam quo emere potuerint, protestantur, si quidem in tricenis libris sibi solidus ministretur et multo disparem quantitatem vix aegreque valeant comparare. ideoque per vicena pondo piscis, primae scilicet qualitatis, memoratis solidus ministretur. Spatangium sane in primae qualitatis piscem imputari praecipimus, quod decem librarum pondus sua magnitudine minime excedere videtur. Dat. XVII Kal. Mai. Lucio V. C. Cons.(413 apr. 15).*

<sup>17</sup> M.A. DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra 'Occidente ed oriente' nel Basso Impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, in *RIL* 86, 1954, 329-475.

<sup>18</sup> A.J.B. SIRKS, *La laesio enormis* cit., 298.

<sup>19</sup> M. Sič, *Pravična cena* (pretium iustum) i njena primena tokom istorije, in *Zbornik Matice Srpske za društvene nauke* 120, 2006, 207.

<sup>20</sup> M. Sič, *Pravična cena* cit., 209.

<sup>21</sup> C.Th.10,17,3, Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Magnillum Vicarium Africae. *Si quos debitorum mole depressos necessitas publicae rationis adstringat proprias distrahere facultates, rei qualitas et reddituum quantitas aestimetur, ne, sub nomine subhastationis publicae locus fraudibus relinquatur et, possessionibus viliori distractis, plus exactor ex gratia quam debitor ex pretio consequatur. hi postremo, sub empti titulo, perpetuo dominii iure potiantur, qui tantum annumeraverint fisco, quantum exegerit utilitas privatorum. etenim periniquum est, ut, alienis bonis sub gratuita auctione distractis, parum accedat publico nomini, quum totum pereat debitori. Dat. XIII. Kal. Iul. Aquileia, acc. Id. Ian. Hadrumeti, post cons. Tatiani et Symmachi VV. CC. Interpretatio. Si quicumque publici debiti enormitate constringitur, ut non possit hoc ipsum debitum nisi vendita propria facultate dissolvere, in eius modi debito hanc exactores formam servare debebunt, ut non ita rem praecipitent, ut res minore, quam valeat, pretio distrahatur, nec tales sub quolibet colludio provideant emptores, ut et debitor proprietatem perdat, et parum fiscus acquirat.* Su cui v. M. Sič, *Pravična cena* cit., 209.

tore. Probabilmente, la necessità di raggiungere il giusto prezzo si basa sul fatto che, nelle ipotesi di vendita di cose ai fini dell'esecuzione, la volontà del proprietario risultava decisiva per il creditore (è questo il caso del *pignus* convenzionale) oppure per il giudice (supponendo che la cosa fosse stata presa in *causa iudicati*). Le fonti attestano altresì la possibilità di vendita a un prezzo più basso<sup>22</sup>, oppure la possibilità di trovare un *emptor* che offrisse un prezzo decente<sup>23</sup> per coprire il debito<sup>24</sup>: ciò dimostra la necessità di definire il valore di mercato, in modo da far sì che il prezzo, che sarebbe stato definito nell'*emptio venditio*, fosse prossimo al valore reale<sup>25</sup>.

Litewski ritiene, riferendosi al testo di Ulp. 25 *ad ed.* trādito in D. 21,2,50<sup>26</sup>, che il prezzo fosse formato dagli *apparitores praetoris*<sup>27</sup>, responsabili qualora la cosa fosse stata intenzionalmente venduta a un prezzo troppo basso. Nel brano si legge '*sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt*'. Non si deve escludere che la vendita a un prezzo basso, come indicata da questo frammento, sia riferita a una valutazione falsa, operata dagli *apparitores*.

Il rischio che la cosa fosse venduta a un prezzo notevolmente basso, oppure fosse stimata a un prezzo più basso al momento dell'assegnazione della proprietà al creditore, è un fenomeno da sempre presente nella prassi: così in C. 8,33,3 si parla dell'assegnazione del 'prestito' al creditore in caso di mancato adempimento da parte dell'acquirente tramite *impetratio dominii*. È incerto se la pratica fosse riferita esclusivamente a un prestito volontario: forse si potrebbe trattare anche del *pignus in causa iudicati captum*. Nel paragrafo 5 del medesimo testo viene sottolineato che, se fosse emerso qualche dubbio sul fatto che la vendita fosse stata effettuata a un prezzo basso, il creditore sarebbe stato costretto a giurare di non aver usato nessuna manipolazione né imbroglio<sup>28</sup>.

Anche se è possibile che abbia avuto dei precursori nel diritto classico, la regola *laesio ultra dimidium* appare chiaramente espressa per la prima volta nelle

<sup>22</sup> D. 21,2,50 Ulp. 25 *ad ed.*, *Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo umquam dixit dandam in eos actionem re evicta: sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei.*

<sup>23</sup> C. 8,22,2,1.

<sup>24</sup> D. 42,1,15,3.

<sup>25</sup> W. LITEWSKI, *Pignus in causa iudicati captum*, in *SDHI*, 40, 1974, 281: «Der Preis müsste dem Wert des verkauften Gegenstandes etwas entsprechen; die Festsetzung eines genau dem Wert der Sache entsprechenden Preis».

<sup>26</sup> *Supra*, nt. 22.

<sup>27</sup> W. LITEWSKI, *Pignus cit.*, 282: «Den Preis setzte das den Verkauf vollziehende Exekutorsorgan fest. Das wir für die *apparitores praetoris* in D. 21.2.50 festgestellt».

<sup>28</sup> C. 8,33,3,5, Imp. Iustinianus A. Demostheni Praefecto Praetorio: *Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote viliori pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quo ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem* (530).

due decisioni attribuite all'imperatore Diocleziano. Le fonti principali sulla *laesio enormis* (come fu anche chiamata in seguito) sono C. 4,44,2 e C. 4,44,8<sup>29</sup>.

Ecco il primo testo:

C. 4,44,2 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo a. 285*): *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium tu restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Questo rescritto rivolto ad Aurelio Lupo contiene la regola secondo cui per il *venditor* (Aurelio o suo padre) che abbia venduto a un prezzo inferiore una cosa di maggior valore è umano chiedere la restituzione della *res* se il prezzo non ammonta almeno alla metà del suo valore di mercato (quando il prezzo è considerato basso), al momento della conclusione del contratto; oppure, se il compratore lo preferisce, è altresì possibile per il venditore ricevere la differenza fino al giusto prezzo (*iusto pretio*). L'*emptor*, quindi, poteva anche tramite *facultas alternativa* compensare la differenza del prezzo fino al *verum rei pretium* e in tal caso il contratto sarebbe rimasto valido.

Concentriamoci ora su C. 4,44,8:

C. 4,44,8 (*Idem et CC. Aureliae Eudoniae a. 293*): *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo<sup>30</sup> minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones,*

<sup>29</sup> Sulle costituzioni e sullo sviluppo dell'istituto, v. R. CARDILLI, *Alcune osservazioni su leges epiclassiche e interpretatio: a margine di Imp. Dioc. et Maxim. C. 4,44, 2 e C. 4,44,8*, in *Acta Universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica. Tanulmányok Molnár Imre 70. Zuel. Studi in onore di Imre Molnár* 65, 2004, 115-145; A. GREBIENIOW, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *RIDA*, 61, 2014, 195-216; M.V. BRAMANTE, 'Statutum de rebus venalibus'. *Contributo allo studio dell'edictum de pretiis di Diocleziano*, Napoli, 2019; P. LAMBRINI, *Le norme di diritto privato: i contratti e la rescissione per lesione enorme*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. ECK e S. PULIATTI, Pavia, 2018, 116 ss.; EAD., *C. 4.44.2 e 8: rescissione per lesione enorme o 'restitutio in integrum propter aetatem'?*, in *QLSD*, 8, 2018, 290 ss.; EAD., *Autonomia privata e storia della rescissione per lesione*, Napoli, 2021, 11 ss.

<sup>30</sup> Come rilevato da P. LAMBRINI, *Autonomia cit.*, 17, nt. 31, secondo alcuni, l'avverbio 'paulo' sarebbe stato introdotto dai compilatori allo scopo di armonizzare l'affermazione iniziale con la nuova regola che essi stessi avrebbero inserito nella parte finale del brano: cfr. L. ANDRICH, *Sull'origine della lesione enorme nella compera e vendita. A proposito di un recente esame storico-critico fatto da Lando Landucci*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 63, 1919, 16; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *BIDR*, 31, 1921, 55; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1956<sup>2</sup>, 146 s.; A.J.B. SIRKS, *La 'laesio enormis' cit.*, 292.

*paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptionem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.*

Il figlio di una certa Aurelia, previa autorizzazione della stessa, ha venduto il terreno della madre. Il rescritto imperiale, dopo aver enunciato la regola generale di autorizzazione alla restituzione in caso di frode o coercizione, statuisce che il contratto può essere dichiarato nullo se viene dimostrato il dolo dell'acquirente, consistente in astuzie o insidie poste in essere dal medesimo; oppure, se si accerta che la conclusione del contratto sia avvenuta per un imminente timore di morte o di una punizione dolorosa. Ai fini della concessione della rescissione, inoltre, non basta addurre che il fondo sia stato venduto a un prezzo di poco inferiore: essendo connaturati all'*emptio venditio* il desiderio dell'*emptor* di comprare a un prezzo più basso e quello del *venditor* di vendere a un prezzo più alto, il secondo ridurrà gradualmente il prezzo partendo da quello inizialmente richiesto e il primo lo aumenterà, finché non raggiungeranno un accordo su di esso al termine della trattativa. Del resto, il criterio normativo della buona fede, che regola ogni aspetto del contratto di compravendita, impone che una volta raggiunto un accordo, proprio perché può essere molto lungo e complicato arrivarci, esso debba essere rispettato. Il responso continua precisando che non è possibile individuare alcuna altra *ratio* giustificante uno scioglimento motivato soltanto da un prezzo non adeguato: in questo caso, a ben guardare, non sono presenti le circostanze legittimanti la rescissione concessa in C. 4,44,2. Senonché, nel periodo finale si contraddice quanto detto prima e si ammette la possibilità di rescindere il contratto ove sia stata corrisposta meno della metà del giusto prezzo al momento della vendita.

Entrambi i rescritti presentano l'istituto della *laesio ultra dimidium* più tardi chiamato *laesio aenormis*. In essi si riconoscono nuovi diritti al venditore: se il prezzo d'acquisto era più basso della metà del valore del prezzo del mercato, il venditore poteva unilateralmente, senza il consenso del compratore, oppure persino contro la sua volontà, richiedere lo scioglimento del contratto e, contestualmente, la reciproca restituzione delle prestazioni. In caso di dissenso dell'*emptor*, quest'ultimo avrebbe potuto pagare la differenza di prezzo fino al reale valore dell'immobile, allo scopo di mantenere il contratto in vigore.

In dottrina ci si è chiesti a più riprese se la soluzione contenuta in questi testi sia frutto dei giuristi dell'epoca di Diocleziano o dei compilatori di Giustiniano.

La critica interpolazionistica, a partire già da Thomasius (1655-1728), ha rinvenuto molti argomenti a sostegno di un marcato intervento interpolazioni-



sta, che avrebbe creato *ex novo* l'istituto<sup>31</sup>. Non sono mancati, però, gli autori che hanno difeso l'origine diocleziana della soluzione contenuta in questi testi<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Ad esempio, Gradenwitz considera l'impossibilità di riferire il finale di C. 4,44,8 a C. 4,44,2 in virtù della mancanza nel 293 di una raccolta dei precedenti rescritti di Diocleziano. In secondo luogo, l'articolato rescritto, contrario allo scioglimento del contratto, cozza con la parte finale, in cui si ammette la rescissione ove il prezzo sia la metà *iusti pretii*; O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in *BIDR*, 2, 1889, 3 ss.; su cui v. S. BRASSLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis im byzantinischen Recht*, in *ZVR*, 27, 1912, 261-272; M. HORVAT, *Prekomjerno oštećenje* cit., 157. Brassloff, Solazzi, Albertario e Scheurl ritenevano che i compilatori avessero apportato modifiche formali ai rescritti diocleziani, nonché aggiunto il criterio *nec dimidia pars veri/iusti pretii*. La tesi si basa sull'assenza di qualsivoglia frammento contenente tale criterio a cavaliere tra le due costituzioni e la codificazione giustiniana, che ammette lo scioglimento del contratto per *laesio*. Della regola non vi è traccia nel *Codex Theodosianus*, ove molti passi confermano che di per sé la sproporzione tra il valore della prestazione e il compenso non porta allo scioglimento del contratto. E. ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit., 1 ss. J. JUSZTINGER, *The Principle of laesio enormis in sale and purchase Contracts in Roman Law*, in *Studia juridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata*, 107, 2011, 113. Tra le incongruenze nel testo che hanno alimentato il dubbio, vi sono il riferimento alla 'cosa' (*res*), quando si pensa al terreno venduto (*fundus*), A.D.B. CREMADES, *Algunas consideraciones sobre la formación del concepto de iustum pretium en derecho romano clásico*, in *Sem. Compl.*, 27, 2014, 314; nonché la possibilità di vendere alternativamente al consulente o al padre (*si tu vel pater tuus ... distraxit*); in seguito, si legge 'tu o tuo padre', ma il verbo si riferisce al padre: cfr. A. WATSON, *The Hidden Origins of Enorm Lesion*, in *JLH*, 2, 1981, 188. Poi, non è mancato chi ha notato che la predetta costituzione non prescrive che il prezzo d'acquisto debba essere giusto: essa solo sanziona consistenti deviazioni dal giusto prezzo: cfr. I. 4,44,8; a tale proposito, cfr. anche S. SOLAZZI *L'origine* cit., 74; R. DEKKERS, *La lésion énorme: introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris, 1937, 15; K. VISKY, *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*, 16, 1969, 357; C. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik: Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, 45; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 259, A. PETRANOVIĆ, *Položaj kupca u pravnom režimu rimske kupoprodaje (doktorska disertacija)*, in *Pravni fakultet u Zagrebu*, 1996, 237.

<sup>32</sup> K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *IURA*, 12, 1961, 40, sostiene che C. 4,44,2 e C.4,44,8 sono genuine e non contraddicono l'origine diocleziana della nullità dell'acquisto per *laesio enormis*, sottolineando un legame logico e cronologico tra l'introduzione di questa istituzione e la fissazione dei prezzi massimi da parte di Diocleziano con il noto *edictum de pretiis*. M. HORVAT, *Prekomjerno oštećenje* cit., 223-264, osserva come nel tardo Impero i proprietari fossero costretti a vendere a prezzi bassi, nonché la larga pratica, nelle province orientali, della risoluzione del contratto. Egli, inoltre, valorizza la matrice cristiana del rimedio e fornisce ulteriori elementi a favore dell'integrità testuale, in specie con riguardo a C. 4,44,4, che nega il fondamento della nullità della vendita sulla base del solo argomento del prezzo, dovendosi altresì verificare la presenza della mala fede. A sostegno della creazione dell'istituto da parte di Diocleziano, v. da ultima M.V. BRAMANTE, *Statutum de rebus venalibus* cit., 400. V. anche Z. VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis*, in *ZSS RA*, 4, 1883, 49-60; E. CARRELLI, *C.2.36.1 e 3 e L'origine della rescissione per laesio enormis*, in *SDHI*, 3, 1937, 446-450; H. MONNIER, *Études de Droit Byzantin*, IV: *La lesion de plus de moitié dans la vente*, in *NRHD*, 24, 1974, 181-185; T. MAYER-MALY, *Pactum, Tausch und laesio enormis in den sog. leges Barbarorum*, in *ZSS RA*, 108, 1991, 227; L. LANDUCCI, *La lesione enorme nella compra e vendita: esame storico-critico d'una rinnovata proposta di interpolazioni giustiniane*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze e Arti*, 75, 1916, cito dall'estratto, Venezia, 1916, 85; A. WATSON, *The Hidden Origins* cit., 189; PETRAK, N. ŽIHA, J. JUSZTINGER, *Univer-*

## 2. Lo sviluppo successivo

In ogni caso, a prescindere dall'individuazione della sua origine, si può constatare che il *iustum pretium*, in un sistema nel quale il criterio oggettivo di giusto prezzo non era ancora stato definito, non avrebbe potuto divenire la regola generale. Fu invece la regola della *laesio enormis*, che appare anticamente come una singola concessione, a divenire lo strumento generale dell'intervento dello Stato nell'autonomia privata<sup>33</sup>.

Molte questioni legate alla *laesio enormis* nel diritto romano antico sono rimaste aperte<sup>34</sup>, e la giurisprudenza dei secoli posteriori dedicò grande attenzione alla creazione di regole più dettagliate.

La sopravvivenza e lo sviluppo della *laesio enormis* sono stati possibili solo perché gli scolastici medievali, e successivamente anche i giusnaturalisti, hanno considerato la parità dello scambio come uno dei principi fondamentale in

*zalni temelji lokalnih prava: esempio di 'giusto prezzo' (iustum pretium)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, Pečuh - Osijek, 2013, 247; P. LAMBRINI, *Autonomia* cit., 17 s.

<sup>33</sup> U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili. Kaufrecht, laesio enormis, iustum pretium, aequalitas*, Köln, 1975, 113.

<sup>34</sup> Probabilmente nessuno le ha presentate più esaurientemente di Christian Thomasius (1655-1728): «il rimedio di questa legge è disponibile al venditore nobile? Questo rimedio deve aiutare uomini, donne e altre semplici persone di campagna se viene dimostrato che loro conoscono il prezzo reale? Una persona perspicace può usare questo rimedio? Oppure i minorenni in quanto tali? Oppure le persone istruite? Ha un posto nella vendita dei beni mobili? Offre aiuto al venditore, che conosce il valore del patrimonio? Il rimedio della nostra legge è disponibile anche all'acquirente? Esiste anche negli altri contratti, stipulati in buona fede? Oppure persino nei contratti dettati dalla legge? Esiste nella vendita stipulata con la decisione del giudice? Oppure nella vendita all'asta? Oppure nell'affitto? Oppure anche quando l'affitto finisce? Oppure nell'affitto a breve termine? Oppure nell'affitto a lungo termine con canone in natura? Oppure nell'acquisto dell'affitto permanente per un certo prezzo? Oppure quando l'acquirente è povero, si può invitare il possessore in terza persona? Si può applicare al baratto, alla divisione del patrimonio, alla dote, e al valore stimato del patrimonio che la moglie porta al marito? La rinuncia generale è un ostacolo per questa costituzione? Oppure è necessaria una rinuncia particolare? Le transazioni extragiudiziali si possono sciogliere per risarcimento? Oppure una rinuncia giudiziale? Questo rimedio si applica ai prestiti, alla rinuncia a un diritto, all'esecuzione giudiziale ed extragiudiziale che si differenziano dal debito iniziale? Si può dire che esista il risarcimento anche oltre la metà, se l'acquirente ha trovato un tesoro nella proprietà venduta? Il giuramento, come parte di questo contratto può escludere questo rimedio? E se si aggiunge la clausola che tutto ciò che c'è in aggiunta è in regalo? Se è stato danneggiato per meno di metà, ha diritto a questo rimedio nel tribunale della chiesa, dove gli viene offerta assistenza? In quale tribunale si può usare questo rimedio? Una volta annullato il contratto, l'ipoteca sull'oggetto venduto cessa di esistere? Quando la vendita si annulla, l'acquirente può sporgere querela contro il venditore? Quanto può durare il processo? Come il risarcimento si può calcolare a favore dell'acquirente? Bisogna fare la differenza tra reale e giusto prezzo? Come si può dimostrare il risarcimento eccessivo? Come si può dimostrare il danno eccessivo? L'oggetto dovrebbe essere restituito insieme ai suoi frutti? Se l'oggetto non si può riprendere dall'acquirente, il venditore semplicemente può sporgere querela per ottenere il risarcimento del prezzo? Vedete quante teste ha questo drago!» cito dalla trad. it. di J. JUSZTINGER, *The Principle of laesio enormis* cit., 119.

tema di contratti: *carius vendere aut vilius emere rem quam valeat, est secundum se injustum et illicitum*<sup>35</sup>. La dottrina della parità nello scambio è basata sulla convinzione che ogni oggetto ha un valore reale e non modificabile, e il problema di base è come garantire il principio della parità tra i contraenti, la cui posizione, a causa di circostanze diverse, molto spesso è diseguale. In realtà, la necessità di perseguire la parità nei rapporti d'affari era stata già posta da Aristotele<sup>36</sup>, secondo cui, conformemente alla giustizia commutativa, nessuna parte può arricchirsi a spese dell'altra. Tale concetto venne poi sviluppato da Tommaso d'Aquino, al quale si deve l'emersione di una nuova regola, contraria a quella classica romana<sup>37</sup>: «Vendere più caro e comprare meno caro di quello che vale, è di per sé ingiusto e vietato»<sup>38</sup>. San Tommaso riconosce, quindi, l'impossibilità della precisa definizione di *iustum pretium*<sup>39</sup>. Queste idee hanno avuto una forte influenza sulla dottrina del diritto canonico e sui fondamenti teorici del giusnaturalismo.

La dottrina dei secoli successivi ha raffinato la riflessione intorno alla definizione del concetto di giusto prezzo. Thomas Hobbes descrive così il concetto di valore: «il valore di tutte le cose contrattuali si misura con l'appetito delle parti contraenti del contratto: quindi, il giusto valore è quello che soddisfa loro»<sup>40</sup>.

Così, il liberalismo economico del XIX secolo ha negato l'esistenza di una misura oggettiva per la determinazione del giusto prezzo, dovendosi piuttosto guardare all'accordo tra le parti. Ecco allora che la 'regola del prezzo onesto' nel diritto contrattuale europeo doveva lottare contro l'ideologia delle democrazie liberali occidentali, le quali si rifiutavano di introdurre tale regola nel settore del commercio e dei servizi, oppure ne accettavano un'applicazione assai limitata, per evitare il contrasto con il principio dell'autonomia negoziale delle parti, libere nella valutazione dei propri interessi. Anche a fronte di un contratto sbilanciato, nessuno avrebbe dovuto intromettersi: *stat pro ratione voluntas*. Inoltre, sembrava estremamente difficile stabilire quando il prezzo concordato fosse disonesto, ove tale definizione non fosse possibile *ex ante* e i tribunali valu-

<sup>35</sup> R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 264.

<sup>36</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 4.

<sup>37</sup> TOMA AKVINSKI, *Izabrano djelo* (izabrao i preveo T. VEREŠ), a cura di A. GAVRIĆ, Zagreb, 2008<sup>2</sup>, 19.

<sup>38</sup> *Carius vendere aut vilius emere rem quam valeat, est secundum se injustum et illicitum*: TOMA AKVINSKI, *Izabrano djelo*, prevod Tomo Vereš, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2008, *Secunda secundae*, Quaest. LXXVII, n.1.

<sup>39</sup> *Et tenetur ille qui plus habet, recompensare ei qui damnificatus est, si sit notabile damnum. Quod ideo dico, quia iustum pretium rerum non est punctualiter determinatum, sed magis in quadam aestimatione consistit; ita quod modica aditio vel minutio non viderur tollere aequalitatem iustitiae.*

<sup>40</sup> T. HOBBS, *Leviathan* (ed. a cura di C. B. MACPHERSON), Harmondsworth, 1968, 71.

tassero il *iustum pretium ex post*: questa situazione alimenterebbe l'insicurezza dei traffici giuridici<sup>41</sup>.

Per tali ragioni, l'istituto romano della *laesio enormis*, secondo cui il venditore del terreno può annullare il contratto, se il prezzo d'acquisto fosse più basso della metà del suo valore reale, si considerava insoddisfacente<sup>42</sup>, ed è per questo che tale istituto non è stato conservato nella sua forma originaria nei diritti moderni europei. Ora il diritto non poneva più la domanda se il prezzo fosse oggettivamente equo, ma, piuttosto, se esso veniva definito in base al valore di mercato sotto corrette condizioni di competizione e se il negozio fosse stato posto in essere abusando della negligenza, della inesperienza della controparte, oppure approfittando di altre simili circostanze relative all'altra parte contraente, sempre a condizione che il prezzo non fosse in qualche modo predeterminato da valutazioni legislative, oppure che non fosse dettato da parte di attori economici che godono di posizione monopolistica, e, infine, non fosse il risultato di accordi di cartello<sup>43</sup>.

La maggior parte degli ordinamenti europei non riconosce la *laesio enormis*, perlomeno come regola esplicita<sup>44</sup>, e anche quegli ordinamenti che la riconoscono, seppure hanno adottato il nome romano dell'istituto, non permettono che il contratto possa essere annullato a causa dell'oggettiva sproporzione delle prestazioni, senza prendere in considerazione l'elemento soggettivo<sup>45</sup>.

### 3. Il diritto bosniaco-erzegovese

La *Legge sui rapporti obbligatori* (ZOO) è stata emanata il 30.3.1978 ed è entrata in vigore l'1.10.1978. Nell'ordinamento giuridico della Bosnia ed Erzegovina, la ZOO è stata introdotta nel 1992<sup>46</sup>. La ZOO è composta complessiva-

<sup>41</sup> H. EIDENMULLER, *Justifying Fair Price Rules in Contract Law*, in *ERCL*, 2015, 1.

<sup>42</sup> R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 266.

<sup>43</sup> M. Sič, *Pravična cena* cit., 215. Nelle parole di Zimmermann, quando la fiducia nell'altrui capacità di valutare la giustizia dello scambio è traballante e quando l'idea dell'autonomia privata inizia nuovamente ad avere la precedenza e sostituire metafisici, 'naturali' o paternalistici concetti di giustizia contrattuale, il concetto di *laesio enormis* è destinato al fallimento. Naturale, arbitrario ed assurdo, pieno di trappole ed anomalie, sovversivo e fatale, come ora sembrava essere ai giudici e agli accademici (sentenza Van den Heever ...), adatto soltanto ad essere oggetto di beffa e satira giuridica (De Spineto), la *laesio enormis* non è diventata parte del BGB (Franz Philipp von Kiibel): cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 267.

<sup>44</sup> H. KOTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 2015, 161-171.

<sup>45</sup> Ad esempio, nell'articolo 1448, comma 1, del Codice civile italiano la rescissione per lesione è possibile solo quando «... 'la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, della quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio'».

<sup>46</sup> *Zakon o obligacionim odnosima* „Sl.list SFRJ“ (Gazzeta ufficiale del SFRJ) n. 29/87, 39/85, 45/89, 57/89; „Sl. list RBiH“ (Gazzeta ufficiale della Bosnia ed Erzegovina) n. 2/92; „Sl. list RBiH“ n.13/94).

mente da 1109 articoli e prescrive regole uguali per tutte le parti di un rapporto obbligatorio.

Alla luce di tale testo normativo, quando il valore della prestazione di una parte non raggiunga nemmeno la metà del valore di ciò che si riceve in cambio, esiste il diritto di richiedere lo scioglimento del contratto e il ripristino della situazione precedente. La parte danneggiata, che fosse all'oscuro della sproporzione, può sporgere querela, oppure presentare ricorso chiedendo l'adempimento dell'obbligazione entro un anno dal giorno della conclusione del contratto, oppure chiedere l'annullamento a causa dell'eccessivo danno. La controparte ha due possibilità, ossia l'annullamento o l'integrazione della propria prestazione fino al reale valore, così mantenendo in essere il contratto. Le parti contraenti, secondo l'articolo 139, comma 3, della ZOO, non possono in anticipo rinunciare al diritto di annullamento del contratto a causa dell'eccessivo danno<sup>47</sup>.

Oltre alla ZOO, esistono anche altre leggi disciplinanti il diritto delle obbligazioni. La Bosnia ed Erzegovina in data 25.6.2002 ha adottato la Legge sulla tutela dei consumatori (ZZP), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale, n. 17 del 17.07.2002. Nella redazione della ZZP, in gran parte erano prese come base le direttive più importanti dell'Unione Europea nell'ambito della tutela dei consumatori, che, attraverso un'adozione diretta, sono state semplicemente trasposte<sup>48</sup>. In seguito, il 21.2.2006 è stata adottata la nuova Legge sulla tutela dei consumatori in Bosnia ed Erzegovina (Gazzetta ufficiale, 4.4.2006)<sup>49</sup>. La nuova ZZP ha per obiettivo la regolamentazione della tutela dei consumatori – persone fisiche che acquistano per usi personali, e non per usi commerciali o professionali – mentre per altri soggetti valgono le regole generali della ZOO.

La questione se il prezzo sia giusto o no ha grande importanza nel diritto bosniaco-erzegovese. L'articolo 6.105, intitolato 'Definizione del prezzo da parte di una parte contraente', dispone: «se il prezzo oppure qualsiasi altra condizione del contratto viene unilateralmente definito da una parte e questa definizione è irragionevole, ... deve essere sostituito col prezzo ragionevole».

Se nel contratto la definizione del prezzo è lasciata ad una delle parti, la clausola, ove troppo irragionevole, non ha effetto, e l'acquirente deve pagare un prezzo differente, come in assenza di una specifica clausola contrattuale. Nella vendita di diritto civile, ciò comporterebbe la nullità del contratto per difetto del prezzo

<sup>47</sup> A. BIKIĆ, *Obligaciono pravo, Posebni dio*, Sarajevo, 2005, 15.

<sup>48</sup> M. BEVANDA, *Gradanskopravna odgovornost proizvođača za štetu izazvanu nedostatkom na proizvodu u pravu Bosne i Hercegovine i Evropske Unije*, in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* 1, 2003, 14.

<sup>49</sup> Per la questione dell'armonizzazione dei rapporti tra la ZZP e la ZOO, occorre osservare che la ZZP è una legge speciale, e quindi le sue disposizioni si applicano primariamente, in caso di questioni nell'ambito della tutela dei consumatori, mentre la ZOO rappresenta una disposizione generale, che si applica in via residuale a tutti i rapporti giuridici obbligatori non esplicitamente regolati dalla ZZP.

quale elemento essenziale. Nei contratti commerciali, invece, la disciplina è rinvenibile all'art. 462, comma 2, ZOO<sup>50</sup>. Se è evidente che il prezzo non rappresenta l'equivalente per la cosa (oggetto del contratto) nel senso che esso è troppo alto o troppo basso, la parte danneggiata può richiedere l'annullamento del contratto a causa del danno rilevante, oppure perché si tratta di un contratto usurario<sup>51</sup>. Esiste la possibilità che le parti abbiano scelto intenzionalmente un prezzo sproporzionato rispetto al valore delle cose: in tal caso si tratterebbe di contratto misto, frutto della combinazione di vendita e donazione<sup>52</sup>. Analogamente, quando la determinazione è rimessa a un terzo, l'art. 6.106 dispone che il prezzo eccessivamente irragionevole deve essere corretto fino al prezzo ragionevole.

Le regole chiave sono però contenute nelle seguenti disposizioni. L'art. 15 ZOO definisce il principio del valore equivalente della prestazione, così che, in caso di contratti bilaterali, una parte per la sua prestazione riceve una controprestazione a ciò adeguata. Nel caso di violazione di questo principio, vengono in rilievo gli artt. 139 e 140 ZOO per i casi di danno, e l'art. 141 ZOO, per i casi di contratto usurario. Ai sensi dell'art. 139 ZOO<sup>53</sup>, l'esistenza di un danno si collega a un'evidente sproporzione tra le obbligazioni delle parti contraenti nei contratti bilaterali, al momento della conclusione del contratto; l'annullamento non ha come requisito la conoscenza, in capo alla parte danneggiata, del valore reale. I criteri di valutazione dell'evidente sproporzione delle prestazioni non sono definiti *ex lege*: è la giurisprudenza a ritenere integrata la fattispecie nel caso concreto.

Quindi, il diritto bosniaco accetta integralmente la concezione oggettivista, pre-liberale, basata sulle fonti romane e presente nel diritto medievale, secondo cui il contratto può essere annullato in base alla semplice sproporzione fra le prestazioni, non prendendo in considerazione altre circostanze, quali l'elemento soggettivo delle parti.

Ove invece le parti concordino intenzionalmente un prezzo sproporzionato rispetto al valore delle cose, si ha un contratto misto, composto da vendita e donazione. Il contratto misto è altresì integrato quando una parte consegna all'al-

<sup>50</sup> Art. 462, comma 2, ZOO: «Per i contratti commerciali, se il prezzo non può essere definito e non esiste un prezzo che il venditore regolarmente fa pagare al momento della conclusione del contratto, l'acquirente è obbligato a pagare il prezzo ragionevole».

<sup>51</sup> Artt. 139 e 140 ZOO.

<sup>52</sup> A. Bikić, *Obbligaciono pravo*, Sarajevo, 2004, 15.

<sup>53</sup> VI - DANNO. Sproporzione evidente delle reciproche prestazioni. Articolo 139: «(1) Se tra le obbligazioni delle parti contraenti nel contratto bilaterale esisteva, al momento della stipula del contratto, evidente sproporzione, la parte danneggiata può richiedere l'annullamento del contratto se in quel momento non conosceva né doveva conoscere il valore reale. (2) Il diritto di richiedere l'annullamento del contratto cessa al passare di un anno dalla sua stipula. (3) La rinuncia anticipata a questo diritto non ha effetto giuridico. (4) Il contratto rimarrà in vigore se l'altra parte offre l'integrazione fino al valore reale. (5) A causa di questa sproporzione non si può chiedere l'annullamento del contratto né della vendita pubblica nemmeno in quel caso in cui per la cosa è stato dato prezzo maggiore a causa di un particolare affetto».

tra una certa cosa, come contropartita per la fornitura di una certa prestazione o di servizi o per l'esecuzione di un lavoro: tuttavia, in presenza di difetti della cosa consegnata, si applicano le norme in materia di vendita concernenti i vizi<sup>54</sup>.

#### 4. Conclusioni

L'applicazione della regola romana della *laesio enormis*, come a noi pervenuta, è subordinata all'esistenza di una differenza oggettiva tra il valore della prestazione e della controprestazione (con una prevalenza del cinquanta per cento), senza considerare altre circostanze, come per esempio la buona fede.

Mentre il diritto medievale, fondato sulla morale, non solo ha preservato, ma ha anche sviluppato questo istituto, disciplinandolo nel dettaglio, i Codici civili europei nati all'epoca del capitalismo liberale del XIX secolo, affermando l'idea della formazione del prezzo mediante il libero mercato e la volontà delle parti contraenti, non hanno prestato troppa attenzione all'idea del giusto prezzo, e hanno praticamente eliminato l'istituto della *laesio enormis*, imponendo una valutazione della consapevolezza delle parti; oppure ne hanno ridotto l'applicazione.

Ci si chiede se questo approccio sia ancora attuale nel contesto contemporaneo, in cui vi è particolare attenzione alla tutela dei consumatori, con la necessità di bilanciare l'autonomia contrattuale e la responsabilità della società di tutelare la parte più debole; fenomeno che si può interpretare come un ritorno alle basi etiche dell'antico *ius commune*<sup>55</sup>, attestato anche dalla rinascita della norma sulla *laesio enormis*<sup>56</sup>, però naturalmente non con la rigida applicazione della regola del danno oltre la metà, ma tramite la flessibilità giudiziale, a seconda delle specifiche oggettive e soggettive circostanze del caso<sup>57</sup>.

La Bosnia ed Erzegovina nel prossimo futuro dovrà armonizzare il diritto nazionale con quello europeo, conformemente alla Legge di conferma dell'Accordo sulla Stabilizzazione e l'Adesione tra le comunità europee e i loro Stati Membri, da una parte, e la Bosnia ed Erzegovina, dall'altra parte. Nell'attuale fase dei rapporti tra la Bosnia ed Erzegovina e l'UE, non vi è un obbligo giuridico all'equiparazione o all'armonizzazione<sup>58</sup> del diritto della Bosnia ed Erzegovina con il diritto dell'UE. L'inesistenza di tale obbligo formale non impedisce che il Paese balcanico desideri inserirsi nel processo contemporaneo di integrazione euro-

<sup>54</sup> A. BIKIĆ, *Obligaciono pravo* cit., 15.

<sup>55</sup> F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgelehrten und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in *Schriftenreihe/Juristische Studiengesellschaft* 3, 1953, 23.

<sup>56</sup> T. MAYER-MALY, *Renaissance der laesio enormis?*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, hrsg. von C.W. CANARIS und U. DIEDERICHSEN, München, 1983, 395.

<sup>57</sup> M. SIČ, *Pravična cena* cit., 222.

<sup>58</sup> D. STOJANOVIĆ, *Pojam harmonizacije i harmonije domaćeg prava sa pravom Evropske Unije*, in *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva* ed. by R.D. VUKADINOVIĆ, Kragujevac, 2001, 95-103.



pea e di europeizzazione giuridica<sup>59</sup>, né esclude il processo di organizzazione di una volontaria armonizzazione della legislazione bosniaco-erzegovese con il sistema giuridico dell'UE.

La soluzione che finora con successo e a lungo è stata applicata nel diritto della Bosnia Erzegovina, secondo la quale, per l'annullamento dei contratti sinalagmatici, è sufficiente la rilevante sproporzione delle prestazioni, senza necessità di verifica di altre condizioni, è stata creata, partendo dalle fonti romane, dal legislatore del Codice civile austriaco, sulla base del giusnaturalismo, e poi accettata e modificata dai giuristi del periodo socialista. Le concezioni degli uni e degli altri erano più vicine a quelle dei giuristi romani post-classici, sensibili al profilo sociale, e ai pensatori medievali che hanno creato e formato l'istituto della *laesio enormis*, piuttosto che alle idee liberali del XIX secolo, che l'hanno di fatto abolito o snaturato tramite l'aggiunta di una necessaria valutazione dell'inconsapevolezza o dello stato di bisogno della parte. Anche se talvolta hanno mantenuto l'antico nome, di questo istituto non è rimasto quasi nulla, e nella prassi è difficile differenziarlo dall'inganno oppure da altri istituti. Nel diritto bosniaco, esso è tutt'ora in vigore: l'annullamento del contratto richiede unicamente l'esistenza di una rilevante sproporzione. La Bosnia ed Erzegovina in esito al processo di armonizzazione del proprio diritto con quello europeo dovrà abbandonare questa regola? Oppure non sarà necessario, ove si immagini che, per una maggior tutela del consumatore, il diritto privato europeo recupererà l'istituto della *laesio enormis*?

<sup>59</sup> R. VUKADINOVIĆ, *Europeizacija privatnog prava*, in *Pravni život* 12, 2002, 395-408.



## ELENCO COLLABORATORI

DANILO CECCARELLI MOROLLI

Prof. ass. nell'Università Guglielmo Marconi e prof. ord. nel Pontificio Istituto Orientale

FRANCESCO DELLA ROCCA

Notaio in Mosciano Sant'Angelo

BENJAMINA KARIĆ

Prof. nella Università di Sarajevo; Sindaca di Sarajevo

ILARIA MARRA

Dottoranda di ric. nella Università Mediterranea di Reggio Calabria

MARCELO NASSER

Prof. nella Universidad de los Andes – Santiago del Cile

GIANLUCA SCARCHILLO

Prof. ass. nella 'Sapienza' Università di Roma

ALESSANDRO SCHIOPPA

Assegnista di ric. nella 'Sapienza' Università di Roma

LUIGI VENUSIO TAMBURRINO

Notaio in Matera



[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)

