REGOLARE L'ECONOMIA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO FRA DIRITTO E MERCATO DALL'ANTICA ROMA ALLE ODIERNE PIAZZE FINANZIARIE



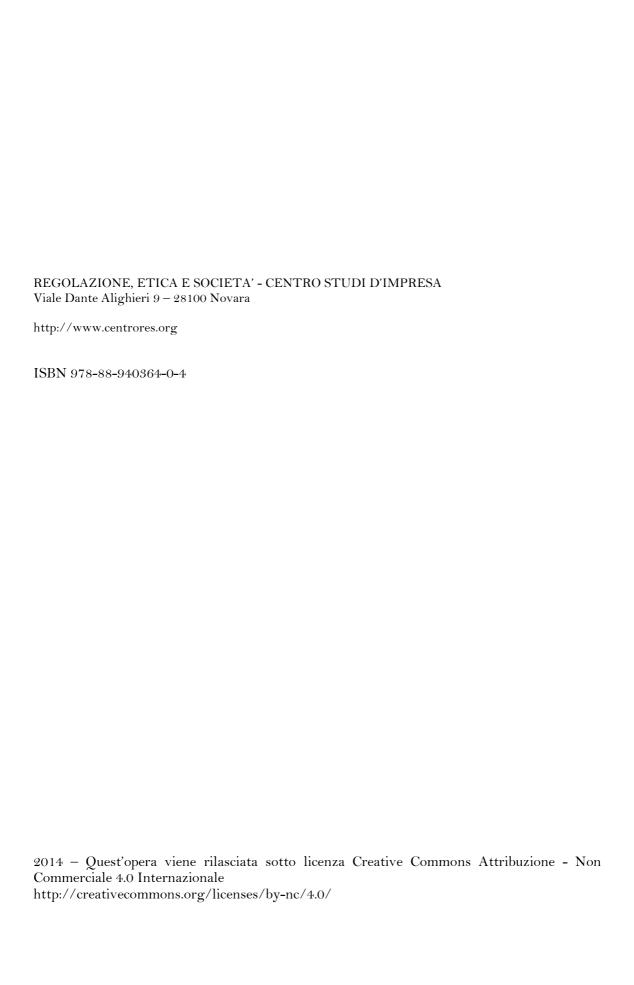
I Quaderni di RES

1

collana coordinata da Federico Alessandro Goria e Piercarlo Rossi

REGOLARE L'ECONOMIA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO FRA DIRITTO E MERCATO DALL'ANTICA ROMA ALLE ODIERNE PIAZZE FINANZIARIE





INDICE

$\label{eq:control} \textbf{Federico Alessandro Goria - Piercarlo Rossi, } \textit{Premessa dei curatori}\text{I}$
MAURIZIO IRRERA, IntroduzioneIII
MARIA ANTONIETTA LIGIOS, Le banche fallivano anche a Roma: il crack di Callisto
all'epoca di Commodo1
FRANCESCO CAMPOBELLO, La funzione delle Casse di Risparmio nell'Italia liberale:
l'evoluzione del loro status in un "percorso a ostacoli" tra beneficenza e credi-
to51
FEDERICO ALESSANDRO GORIA, Alle radici dei "contratti differenziali": l'evoluzione
degli strumenti giuridici in ambito finanziario a partire dal caso francese (secc. XVIII-
<i>XIX</i>)75
STEFANO BALZOLA, Gli strumenti finanziari derivati e la crisi: un confronto tra le ini-
ziative legislative dell'Unione Europea e degli Stati Uni-
<i>ti</i> 125
ALESSANDRA QUARTA, La trasformazione eterogenea di una S.p.A. in azienda specia-
le: nuovi orizzonti per la gestione del Servizio Idrico tra diritto commerciale e diritto
amministrativo
MARINA SPIOTTA, Impresa ed etica: un ossimoro o un connubio indispensabile per uscire
dalla crisi?

Premessa dei curatori

La recente crisi economica, in parte originatasi da carenze nella regolamentazione del mercato finanziario internazionale, ha riproposto con forza il tema dei limiti normativi che dovrebbero essere posti alle pur legittime esigenze di profitto degli operatori commerciali, in modo che queste siano contemperate con gli interessi più generali della società nel suo complesso; tuttavia, i numerosi tentativi in tal senso, già sperimentati da parte di autorità pubbliche nazionali ed internazionali, hanno dimostrato come sia molto difficile imporre, ad un sistema autonomo, una regolamentazione che viene avvertita come estranea. Per altro verso, gli esperimenti volti all'adozione di sistemi di autodisciplina non sempre hanno dato gli esiti sperati.

Il Centro Studi d'Impresa RES (Regolazione, Etica e Società) vorrebbe dunque porsi all'interno di questo dibattito, lavorando ad un duplice obiettivo: da un lato, attraverso uno studio attento della realtà economica e di mercato (anche in prospettiva storico-comparatistica), intende individuare le linee evolutive del diritto commerciale e d'impresa, evidenziando e suggerendo l'adozione di quei modelli e pratiche che presentino e garantiscano un miglior contemperamento fra le esigenze del mercato e quelle della società nel suo complesso. Dall'altro si propone di svolgere attività di divulgazione dei risultati conseguiti, per una maggiore alfabetizzazione della popolazione sui temi giuridico-economici (spesso di grande rilievo anche nella vita quotidiana, ma assai poco conosciuti ed approfonditi dai non tecnici) e per sensibilizzare la classe imprenditoriale all'adozione di strumenti normativi che possano incrementare l'efficienza del loro operato attraverso le ricadute positive sulla società.

La collana che si inaugura con questo volume cerca soprattutto di rispondere alla prima di queste due esigenze e di fornire un agile strumento per la pubblicazione di ricerche scientifiche sui temi di volta in volta suggeriti dal Centro; ne garantisce tuttavia anche un'ampia diffusione, grazie alla pubblicazione esclusivamente via web e alla libera consultabilità.

Ci auguriamo dunque che possa crescere come valido strumento di dibattito e di confronto fra tutti gli operatori del sistema, giuristi, economisti, imprenditori e gente comune.

Federico Alessandro Goria - Piercarlo Rossi

Introduzione

I saggi raccolti nel presente volume possono apparire, di primo acchito, slegati tra di loro; viceversa, pur appartenendo a studiosi di discipline diverse, storici del diritto e di diritto positivo, appaiono collegati da un filo comune: mostrano come il diritto dell'economia, in ogni tempo, abbia prospettato e prospetti tuttora questioni di estremo interesse per la collettività.

Il saggio di apertura, di Maria Antonietta Ligios, prende in esame il caso storico del fallimento di una "banca" nell'Antica Roma, in un quadro in cui "la complessità e il rilievo del fenomeno creditizio nell'economia romana" sono bentestimoniati dall'impiego di una varietà di termini per distinguere le diverse specifiche attività finanziarie. La narrazione di Ippolito sul crack della banca amministrata dal cristiano Callisto, schiavo del liberto imperiale Carpoforo, è di sicuro interesse. Da essa si possono trarre indicazioni significative in ordine a molti profili che l'Autrice pone in corretto risalto: il tipo di attività svolta, l'assetto organizzativo della banca, le cause della crisi e l'emersione della stessa, la condanna di Callisto e la posizione dei creditori. Si tratta di argomenti che ancora oggi hanno a che fare con il diritto fallimentare: l'insolvenza, le sue cause e le sue manifestazioni; le reazioni dell'ordinamento al crack di un'impresa con rapporti diffusi; le dimensioni dell'attività svolta e le iniziative concorsuali dei creditori.

Le Casse di Risparmio, che vengono costituite nel nostro paese a partire dai primi decenni dell'Ottocento, sono il risultato, come sottolinea nel suo saggio Francesco Campobello, delle idee filantropiche dell'illuminismo. Il problema giuridico che le ha sempre accompagnate, almeno sino alla riforma Amato negli anni '90 del secolo appena trascorso, è stato quello di individuare una disciplina coerente con la loro funzione a

MAURIZIO IRRERA

cavallo tra credito e beneficienza. Di particolare interesse sono i rilievi storici in ordine all'humus sociale nel cui ambito esse vengono costituite pur nella diversità di situazioni economiche e sociali e pur in un "contesto di attrito tra élite liberali ed enti ecclesiastici". Su questo crinale tra credito e beneficienza, come osserva l'Autore, si sono giocate per decenni partite economiche di tutto rilievo.

I contratti differenziali, ovvero contratti a termine che hanno per oggetto soltanto il pagamento di differenze, sono stati in Italia al centro, come rileva nel suo saggio di Federico Alessandro Goria, di un acceso dibattito nei decenni a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento: la questione apicale era quella di stabilire se essi fossero da considerare meritevoli di tutela giuridica piena o, viceversa, da ricondurre nel novero delle scommesse. L'Autore conduce il lettore in un interessante viaggio a ritroso nel tempo, a partire dalla Francia di Colbert per tornare al dibattito italiano. Il percorso storico sembra mostrare come gli interventi, prima legislativi emergenziali (tesi a reprimere scandali finanziari e superare crisi finanziarie) e poi giurisprudenziali, si siano via via sviluppati nella ricerca di un complicato equilibrio tra la tutela di "concreti interessi commerciali (di riduzione del rischio, facilitazione degli scambi e altro)" e la volontà di non "arrendersi di fronte alle più azzardate manovre speculative".

Anche gli studi di diritto positivo raccolti nel presente volume hanno un grande interesse. Il saggio di Stefano Balzola offre uno stimolante panorama delle iniziative assunte sul piano legislativo dagli Stati Uniti e dall'Unione Europea per fronteggiare l'uso puramente speculativo degli strumenti finanziari derivati ed, in particolare, dei cosiddetti *credit default swaps* (CDS), ovvero "quei particolari contratti derivati con il quale una parte contrattuale 'trasferisce' verso corrispettivo all'altra parte il rischio di credito di un soggetto terzo", stipulati al di fuori dei mercati regolamentati ossia *over the counter* (OTC). Le misure adottate o in via di adozione, come l'Autore pone in risalto, appaiono complesse e articolate e riflettono la

INTRODUZIONE

difficoltà di "contenere" le attività finanziarie speculative; si tratta dell'introduzione di quattro pilastri comuni che vanno dall'imposizione di obblighi di compensazione (cosiddetto clearing) attraverso la presenza di una specifica autorità di vigilanza all'obbligo di negoziazione dei derivati (o almeno di una parte di essi) su mercati in qualche modo regolamentati, mentre per gli strumenti che rimangono over the counter si prevedono obblighi di marginalizzazione di collateralizzazione, tesi ad evitare la presenza di un'eccessiva leva finanziaria. L'impressione, forse un po' pessimistica, è che si stia tentando di chiudere la stalla quando i buoi sono già scappati, in una sorta di inseguimento, senza fine, tra nuove regole tese a regolare fenomeni speculativi e nuovi strumenti finanziari non ancora disciplinati.

Il saggio di Alessandra Quarta offre un interessante spaccato su come un tema cruciale per la collettività, quale la gestione dei servizi idrici, possa - nel volgere di poco meno di vent'anni - essere regolato dall'ordinamento in modo diametralmente opposto (una sorta di movimento a pendolo: pubblico-privato-pubblico), obbligando gli operatori del diritto a far fronte ai mutamenti di politica legislativa con gli strumenti tecnici a disposizione, non sempre adattabili allo scopo in modo agevole. E' il caso appunto della gestione dell'acqua per la quale a partire dal 1994 è parso auspicabile l'affidamento, prima suggerito e poi imposto, a soggetti privati, per poi ritornare - non prima di numerosi sobbalzi legislativi, refendari e di giustizia costituzionale - nel 2012 alla preferenza per una gestione pubblica delle risorse idriche. In tale contesto l'Autrice presenta un caso paradigmatico ossia la trasformazione "atipica" di una società per azioni in una "vecchia" azienda speciale con un processo a "gambero" denso di profili problematici sul piano tecnico-giuridico.

L'ultimo saggio che compone il presente volume è di Marina Spiotta ed affronta un tema dibattuto e controverso: il rapporto tra etica ed impresa. Il tentativo apprezzabile dell'Autrice è quello, tra l'alto, di individuare – nell'ambito del

MAURIZIO IRRERA

diritto societario – le norme in grado di orientare, in senso "etico", la gestione dell'impresa; si tratta di capire, ad esempio, se l'obbligo di correttezza – soprattutto – possa essere letto, interpretato ed applicato in modo funzionale rispetto ai temi dell'etica. In tale contesto la riscoperta negli Stati Uniti di un duty of obiedence a fianco dei tradizionali doveri di diligenza (care) e fedeltà (loyalty) – in un paese nel quale l'ossessione per il profitto l'ha sempre fatta da padrone – mostra in modo tangibile la necessità di un qualche contemperamento che si estrinseca nell'obbligo in primis di rispettare la legge e dunque – in fondo – i principi etici che ad essi sono sottostanti.

Una cavalcata dunque di sicuro interesse fra tanti temi, antichi, ma ancora vivi, o nuovi, ma densi di significato profondo, tra banche insolventi dell'Antica Roma e Casse di Risparmio "strabiche" (a cavallo tra credito e beneficenza); tra contratti differenziali nella storia e contratti derivati contemporanei che hanno contribuito a causare una crisi economica mondiale dalla quale non siamo ancora usciti; tra pubblico e privato nella gestione di un bene primario come l'acqua; tra etica e profitto nella gestione dell'attività d'impresa.

Maurizio Irrera Presidente del Centro RES

Le banche fallivano anche a Roma: il crack di Callisto all'epoca di Commodo

The essay analyzes a passage by Hippolytus (ref. 9.12.1-9) dealing with the insolvency of a bank owned by the freedman Carpophorus, a member of the Christian community. The bank was managed by Carpophorus' slave Callistus. The juridical issues of the event are analyzed in the light of the jurisprudential sources regarding bankruptcy.

1. Premessa

La presenza a Roma di attività che oggi potremmo definire 'finanziarie', è attestata fin da epoca assai risalente. Per esempio, Livio menziona l'esistenza di *tabernae argentariae* nel foro già intorno al 310 a. C. ¹. Per un periodo più recente, a ridosso delle guerre puniche, abbiamo le ben note testimonianze di Plauto².

In particolare, la crescente egemonia romana nel bacino del Mediterraneo, che ha inizio con la vittoria nella I guerra punica, comporta una incisiva trasformazione dell'economia e, di conseguenza, il credito assume il ruolo di fattore trainante

¹ 9.40.16; si vedano ancora 26.11.7 (211 a. C.); 26.27.2 (210 a. C.); 40.51.5 (179 a. C.).

² Si vedano, per esempio, *Asin.* 436-440; *Aulul.* 525-530; *Capt.* 192-193; *Cas.* 25-28; *Curc.* 71-79; 340-349; 419-436; 480; 506-511; 535-550; 617-618; 679-682; 721-722; *Epid.* 141-143; *Pers.* 433-444; *Trin.* 425-427a; 964-966; *Truc.* 66-73. Ma si vedano anche Ter. *Phorm.* 921-922 e Polyb. 31.27.1-8; su questi passi, e più in generale sulle fonti letterarie attestanti il fenomeno, si fa rinvio ad A. MASELLI, Argentaria. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana. Organizzazione terminologia prosopografia*, Bari 1986, 19 ss.; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J. C. - III e siècle ap. J. C.)*, Rome 1987, 61 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, *La banca en Roma*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, Madrid 1988, III, 1537 ss.; A. PETRUCCI, Mensam exercere. *Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Napoli 1991, 34 ss.; 67 ss.; P. SCHEIBELREITER, *Das* depositum *in* Plautus' Bacchides: *Zu einer frühen Quelle für die offene Verwahrung*, in *ZSS.*, 129 (2012), 206 ss.; 226 ss.

delle sempre più numerose attività commerciali che si sviluppano, si consolidano e si affermano a partire da questo periodo³.

La complessità e il rilievo del fenomeno creditizio nell'economia romana⁴ sono riflesse nella stessa varietà di

³ A. DI PORTO, Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a. C. - II sec. d. C.), Milano 1984, 32 s., elenca le diverse attività imprenditoriali che si affermano a partire da questo periodo: a) la produzione agricola, che si trasforma, diventando da estensiva intensiva, grazie all'apporto massiccio di manodopera servile, alla progressiva conquista di terre coltivabili, all'introduzione di tecniche di coltivazione maggiormente produttive; b) le attività commerciali tra la penisola italica e gli altri paesi del bacino del Mediterraneo; c) i trasporti, soprattutto sulle vie d'acqua, sia marittime sia fluviali; d) le attività creditizie; e) le attività produttive e artigianali. Sul punto si vedano anche F. SERRAO, Diritto privato, economia e società nella storia di Roma, Napoli 1984, I, 4 ss.; 324 ss.; ID., L'impresa in Roma antica. Problemi e discussioni, in Studi per Luigi De Sarlo, Milano 1989, poi in Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale, Ospedaletto (PI) 1989 e, infine, in Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano, 7-9 aprile 1987, (da cui si cita), Milano 1990, II, 21 ss.; L. LABRUNA, Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo, in Le strade del potere. Maiestas populi romani Imperium Coercitio Potestas, (cur. A. CORBINO), Catania 1994, 118 s.; P. CERAMI, Diritto commerciale romano: dalla prassi dello scambio all'exercitio negotiationis, in SSE., 119 (2007), 244 ss.; ID., Introduzione allo studio del diritto commerciale romano, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, Diritto commerciale romano. Profilo storico3, Torino 2010, 13 s.; 27 ss. Più in generale, sull'economia romana, tra i contributi più recenti, si vedano: Quantifying the Roman Economy: Methods and Problems, (cur. A. K. BOWMAN, A. I. WILSON), Oxford 2009, 213 ss.; Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 5-8 giugno 2004, (cur. F. MILAZZO), Milano 2012; C. HOLLERAIN, Shopping in Ancient Rome. The Retail Trade in the Late Republic and the Principate, Oxford 2012, 11 ss.; 62 ss.; P. TEMIN, The Roman Market Economy, Princeton 2013, 95 ss.; 193 ss.

⁴ Sulla materia si vedano: J. Andreau, Declino e morte dei mestieri bancari nel Mediterraneo occidentale (II-IV D. C.), in Società romana e impero tardoantico. I. Istituzioni, ceti, economia, (cur. A. GIARDINA), Roma-Bari 1980, 601 ss.; Id., La vie financière, cit.; Id., Banking and Business in the Roman World, Cambridge 1999; A. MASELLI, Argentaria, cit.; A. BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, in ZSS., 104 (1987), 465 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, La banca en Roma, cit., 1531 ss.; A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit.; Id., L'organizzazione delle imprese bancarie alla luce della giurisprudenza romana del Principato, in Credito e

termini che designano sia il 'banchiere' in senso lato sia il professionista specializzato nell'esercizio di specifiche attività finanziarie⁵. Inoltre l'esercizio delle attività creditizie e, in

moneta nel mondo romano, (cur. E. LO CASCIO), Bari 2000, 99 ss.; ID., Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, Torino 2002; ID., Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori, Torino 2007, I, 155 ss.; ID., L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione, in Diritto commerciale romano³, 109 ss.; A. FÖLDI, Dubbi ed ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani, in Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz, Warszawa 2000, I, 207 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, El comercio, los negocios y las finanzas en el Mundo Romano, Madrid 2001, 32 ss.; A. M. GIOMARO, Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano, Fano (PU) 2012, 86 ss.; 102 ss.

⁵ A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 19 ss.; 293 ss.; ID., Profili giuridici, cit., 13 ss.; ID., Per una storia della protezione, cit., 155 ss.; ID., L'impresa bancaria, cit., 109 ss., osserva come tale varietà di termini corrisponda, almeno in origine, alle diverse specializzazioni degli operatori professionali: il termine più antico è 'argentarius' (con il corrispondente greco τραπεζίτης), che designa i primi banchieri operanti a Roma già dalla fine del IV secolo a. C. Almeno a partire dal I secolo a. C. sono attestati 'nummularius', vale a dire il cambiavalute e il saggiatore di monete, e *argentarius*', che indica il professionista nell'organizzazione delle vendite all'asta e che - all'interno di queste - può anche operare come intermediatore creditizio tra i venditori e gli acquirenti, mentre 'mensarius' o 'mensularius' designa sia il titolare di una banca, detta, appunto, 'mensa' (cui corrisponde il greco τράπεζα) sia il cassiere di una banca pubblica. Di riflesso, le fonti qualificano di volta in volta l'impresa di questi operatori professionali come 'argentaria' o 'nummularia'. A partire dalla fine del II secolo d. C., il termine 'mensa', che in origine designava propriamente il banco o il tavolo sul quale il banchiere lavorava, inizia a indicare anche la banca nel suo complesso, mentre la locuzione 'taberna argentaria' indica il locale predisposto per l'esercizio dell'impresa bancaria. M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, La banca en Roma, cit., 1534, distingue quelli che chiama banchieri privati (gli argentarii) dai banchieri pubblici (mensarii, nummularii, coactores argentarii), senza però che ciò determini una rigida ripartizione delle specializzazioni e delle attività tra i vari operatori finanziari. A rendere ancora più variegato e complesso il quadro appena delineato si aggiunga che, nel corso dei secoli, alcuni tra questi termini mutarono il loro significato originario, in conseguenza delle evoluzioni e dei cambiamenti che subirono le attività esercitate da questi professionisti. Sul punto si vedano anche J. ANDREAU, Declino e morte, cit., 601 ss.; ID., La vie financière, cit., 3 ss.; 61 ss.; 445 ss.; ID., Banking and Business, cit., 30 ss.; A. MASELLI, Argentaria, cit., 19 ss.; 39 ss.; A. BÜRGE, Fiktion und

particolare, del prestito a interesse, non è limitato a figure 'professionali'⁶, ma è ampiamente praticato da privati⁷ che in tal modo investono proficuamente parte dei loro patrimoni e, soprattutto, i redditi scaturenti dall'esercizio di attività produttive, *in primis* quelle agricole⁸.

Dal punto di vista della disciplina giuridica, si devono segnalare, a partire dall'epoca tardo-repubblicana, gli editti pretorî⁹, concernenti specificamente gli *argentarii*, appunto i

Wirklichkeit, cit., 467 ss.; 476 ss.; 484 ss.; A. FÖLDI, Dubbi ed ipotesi, cit., 207 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, El comercio, cit., 32 ss.

- ⁶ A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 4, nota che l'attività di argentarius o di nummularius è accessibile anche agli schiavi; non presuppone la cittadinanza romana; non è permessa alle donne, almeno in epoca imperiale, ma è consentito loro di preporre institores a mensae delle quali siano proprietarie e di costituire peculia a schiavi operanti in qualità di argentarii (su questo punto si veda infra nel testo, al § 3); l'attività è altresì preclusa agli impuberes, ma è accessibile ai minori di 25 anni.
- ⁷ A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 9 ss.; ID., *Per una storia della protezione*, cit., 157, ne stila un lungo elenco: I) operatori che erogano prestiti a interesse, talora in connessione con altre attività, denominati sia *feneratores* sia *negotiatores*; II) uomini d'affari, che, in prima persona o per mezzo di *servi* o *filii*, erogano prestiti a scadenza a inizio mese, mediante il *kalendarium* e il connesso *liber kalendarii*; III) membri della *nobilitas* che pongono in essere complesse operazioni finanziarie per mezzo di schiavi, liberti, clienti e amici; IV) *societates publicanorum*, che, per conto dell'erario, trasferiscono denaro pubblico e gestiscono conti fruttiferi di fondi dell'erario stesso da impiegare in attività di pubblico interesse; V) schiavi e liberti imperiali, che operano per conto dei rispettivi *domini* e *patroni*; VI) tutori, che investono nel prestito a interesse il denaro dei *pupilli*.
- ⁸ Il connubio *agros colere/pecuniam faenerare* ricorre di frequente nelle fonti letterarie, come risulta per esempio da Plin. *ep.* 3.19.8; Tac. *ann.* 14.53.6; Sen. *ep.* 41.7; 87.7; Petr. *satyr.* 76; sul punto si veda, per tutti, G. GILIBERTI. Legatum kalendarii. *Mutuo feneratizio e struttura contabile del patrimonio nell'età del principato*, Napoli 1984, 1 ss.; 39 ss.
- ⁹ Si tratta degli editti concernenti: a) l'editio rationum, alla quale sono tenuti gli argentarii, per il quale si veda O. LENEL, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu siener Wiederherstellung³, Leipzig 1927, tit. III, § 9, 62 ss.; A. BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit, cit., 509 ss.; ID., Zum Edikt De edendo, in ZSS., 112 (1995), 37 s.; J. ANDREAU, La vie financière, cit., 617 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, La banca en Roma, cit., 1546 ss.; A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 141 ss.; ID., L'impresa bancaria, cit., 191 ss.

banchieri, e poi in età imperiale, a partire da Adriano, l'affermazione della competenza *extra ordinem* del *praefectus urbi*¹⁰ (che così si affianca a quella del pretore nell'*ordo*

b) il *receptum argentarii*, per il quale si veda O. LENEL, *Das* Edictum Perpetuum, cit., tit. XI, § 50, 132 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., 527 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, *La banca en Roma*, cit., 1567 ss.; A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 383 ss.; ID., *L'impresa bancaria*, cit., 143 ss.

- c) l'agere cum compensatione, per il quale si veda O. LENEL, Das Edictum Perpetuum, cit., tit. XVII, § 100, 256; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, La banca en Roma, cit., 1551; A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 369 ss.; ID., L'impresa bancaria, cit., 203 ss.; P. PICHONNAZ, La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Fribourg 2001, 9 ss.; 127 ss.
- d) l'exceptio mercis non traditae, l'exceptio redhibitionis e l'exceptio pecuniae pensatae, per le quali si vedano O. LENEL, Das Edictum Perpetuum, cit., tit. XLIV, § 272, 503 ss.; A. PETRUCCI, In margine a Gai 4,126a. Osservazioni sulla exceptio mercis non traditae e la praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium solverit in un'auctio argentaria, in Vincula Iuris. Studi in onore di Mario Talamanca, Napoli 2001, VI, 313 ss.

ID., Per una storia della protezione, cit., 158 ss.

¹⁰ La competenza *extra ordinem* del *praefectus urbi* per le liti nella quali una della parti sia un *argentarius* è attestata in due passi del Digesto; il primo è D. 1.12.2 (Paul. *l. sing. de off. praef. urbi*): *Adiri etiam ab argentariis vel adversus eos ex epistula divi Hadriani et in pecuniariis causis potest.*

[Secondo un'epistola del divino Adriano (il prefetto all'urbe) può essere adito anche dagli argentarii o contro di essi e anche nelle cause pecuniarie]. Il secondo testo è D. 1.12.1.9 (Ulp. l. sing. de off. praef. urbi): Praeterea curare debebit praefectus urbi, ut nummularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his, quae sunt prohibita.

[Inoltre il prefetto all'urbe dovrà curare che i *nummularii* si comportino correttamente in merito a ogni loro negozio e si astengano da quelli che sono proibiti].

A. Petrucci, L'impresa bancaria, cit., 112 ss., ipotizza che dapprima il prefetto all'urbe avesse i compiti menzionati nel testo di Ulpiano - e pertanto vigilasse sul comportamento dei banchieri e sanzionasse, all'occorrenza, l'esercizio di attività negoziali proibite - e poi, a partire da Adriano, alle competenze originarie si sia aggiunta quella per le liti nelle quali una delle parti fosse un argentarius o un nummularius e questo per la "necessità di accordare protezione ai nuovi negozi della prassi bancaria, soprattutto i depositi irregolari produttivi di interessi, che molti giuristi avevano difficoltà ad inquadrare negli schemi esistenti, e quindi nelle corrispondenti azioni predisposte dal pretore". Sulla competenza del praefectus urbi si vedano anche A. DELL'ORO, I libri de officio nella

iudiciorum privatorum), per quelle liti nelle quali una delle parti sia un *argentarius* o un *nummularius*¹¹.

In questo contributo, tra i tanti aspetti concernenti l'esercizio dell'attività bancaria, concentrerò l'attenzione sul tema del dissesto della banca.

L'obiettivo è cercare di chiarire quali fattori economici o di mercato potevano determinare la crisi di una banca e quali procedure giudiziarie conseguivano allo stato di crisi, quando cioè il dissesto era conclamato e i creditori lamentavano l'insolvenza del banchiere.

2. La narrazione di Ippolito

Si può provare ad affrontare queste tematiche ripercorrendo la vicenda del fallimento della banca

giurisprudenza romana, Milano 1960, 246; D. MANTOVANI, Sulla competenza penale del «praefectus urbi» attraverso il «liber singularis» di Ulpiano, in Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano, (cur. A. BURDESE), Padova 1988, 171 ss.; J. DE CHURRUCA, Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht, in ZSS., 108 (1991), 304 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, Aspetti della 'giurisdizione civile' del «praefectus urbi» nell'età severiana, in Labeo, 39 (1993), 174 ss.; 228 ss.; A. PETRUCCI, L'impresa bancaria, cit., 112 ss.

¹¹ Ulteriori indicazioni sono offerte, per quanto riguarda specificamente l'attività dei coactores argentarii, cioè dei banchieri specializzati nell'organizzazione delle vendite all'asta, dalle tavolette degli archivi di Lucio Cecilio Giocondo e della famiglia dei Sulpicii, per le quali si fa rinvio a G. CAMODECA, L'archivio pompeiano dei Sulpici, I, Napoli 1992; ID., Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpici, Roma 1999; P. GRÖSCHLER, Die tabellae. Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden, Berlin 1997; J. G. WOLF, Der neue pompejanische Urkundenfund, in ZSS., 118 (2001), 78 ss.; K. VERBOVEN, The Sulpicii from Puteoli and usury in the early Roman empire, in TR., 71 (2003), 10 ss. Più in generale, sulle auctiones argentariae, si vedano M. TALAMANCA, Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico, in Memorie dell'Accademia Nazionale dei Lincei, VIII serie, vol. 6, Roma 1954; A. PETRUCCI, In margine a Gai. 4,126a, cit., 313 ss.; ID., Per una storia della protezione, cit., 158 ss.; ID., L'impresa bancaria, cit., 126 ss.; M. GARCÍA MORCILLO, Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada, Barcelona 2005.

amministrata da Callisto, schiavo del liberto imperiale Carpoforo¹², vicenda che si svolse a Roma sotto Commodo, probabilmente nel 188 d. C.¹³, e che all'epoca dovette destare un certo scalpore, specialmente all'interno della comunità cristiana. Partiamo dalla lettura della fonte che ce ne riporta ampia notizia: si tratta del Κατὰ πασῶν αἰρέσεων ἔλεγχος (ο Refutatio omnium haeresium) attribuito a Ippolito Romano¹⁴, un'opera pervasa da un astio profondo nei confronti di Callisto, dettato sia dalle divergenze dottrinarie sia dalla concorrenza tra i due personaggi per conseguire il primato nella comunità cristiana di Roma, ulteriormente esacerbato dal fatto che Callisto, dapprima

¹² Dovrebbe trattarsi di M. Aurelius Aug. libertus Carpophorus, citato in CIL. VI, 13040. L'identificazione è considerata sicura da S. MAZZARINO, Religione ed economia sotto Commodo e i Severi. Premesse sulla 'democratizzazione' della cultura nella tarda antichità, in Annuario dell'Istituto Universitario di Magistero di Catania, 11 (1957/58), poi in Antico, tardo antico ed era costantiniana, (da cui si cita), Città di Castello (PG) 1974, I, 55; H. GÜLZOW, Christentum und Sklaverei in den ersten drei Jahrhunderten, Bonn 1969, 152, nt. 3; J. ANDREAU, La vie financière, cit., 631, nt. 107; A. TORRENT, Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto, in AUPA., 56 (2013), 186. Più cauto J. DE CHURRUCA, La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190), in Seminarios Complutenses de derecho romano, 3 (1991), 69, il quale ritiene l'identificazione verosimile.

¹³ Sulla datazione della vicenda il margine di dubbio è assai ristretto, poiché Seio Fusciano, menzionato nel testo come *praefectus urbi*, dovette rivestire la carica nel 188-189; sul punto si vedano G. VITUCCI, *Ricerche sulla* praefectura urbi *in età imperiale*, Roma 1956, 118; H. GÜLZOW, *Christentum und Sklaverei*, cit., 158, nt. 7; R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers chez les Pères de l'Église*, in *Ancient Society*, 4 (1973) 253; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des* praefectus urbi, cit., 310; ID., *La quiebra de la banca*, cit., 66 s.; F. P. RIZZO, *Un esempio di banca nella Chiesa antica*, in *La civiltà cattolica*, 160, I, quad. 3807 (2009), 265; A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 192, nt. 54.

¹⁴ Sull'attribuzione dell'opera a Ippolito Romano e sulla personalità di questi si vedano, per tutti, J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 64 ss.; A. BRENT, *Hippolytus & the Roman Church in the Third Century.* Communities in Tension before the Emergence of a Monarch-Bishop, Leiden - New York - Köln 1995; E. CASTELLI, L'Elenchos, ovvero una «biblioteca» contro le eresie, in Ippolito, Confutazione di tutte le eresie, (trad. it., cur. A. MAGRIS), Brescia 2012, 21 ss.; 46 ss.; A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 187 ss.

schiavo, poi liberto, al culmine di una vita assai movimentata divenne papa dal 217 al 222¹⁵, andando infine incontro al martirio, linciato della plebe inferocita contro i cristiani. Il brano che qui interessa è *ref.* 9.12.1-9¹⁶:

1. Οἰκέτης ἐτύγχανε Καρποφόρου τινός, ἀνδρὸς πιστοῦ ὄντος ἐκ τῆς Καἰσαρος οἰκίας. τοὑτῷ ὁ Καρποφόρος, ἄτε δὴ ὡς πιστῷ, χρῆμα οὐκ ὀλίγον κατεπίστευσεν, ἐπαγγειλάμενος κέρδος προσοίσειν ἐκ πραγματείας τραπεζιτικῆς · ὃς λαβὼν τράπεζαν ἐπεχείρηςεν ἐν τῆ λεγομένη Πισκίνη πουπλικῆ. ῷ οὐκ ὀλίγαι παραθῆκαι τῷ χρόνῷ ἐπιστεύθησαν ὑπὸ χηρῶν καὶ ἀδελφῶν προσχήματι τοῦ Καρποφόρου · ὁ δὲ ἐξαφανίσας τὰ πάντα ἤπόρει. οὖ ταῦτα πράξαντος οὐκ ἔλιπεν ὃς ἀπαγγείλη τῷ Καρποφόρῳ, 2. ὁ δὲ ἔφη ἀπαιτ<ήσ>ειν λόγους παρ' αὐτοῦ. ταῦτα <δὲ> συνιδὼν ὁ Κάλλιστος καὶ τὸν παρὰ τοῦ δεσπότου κίνδυνον ὑφορώμενος, ἀπέδρα τὴν φυγὴν κατὰ θάλασσαν ποιούμενος · ὃς εὐρὼν πλοῖον ἐν τῷ Πόρτῷ

¹⁵ Sul punto si vedano A. HAMEL, Kirche bei Hippolyt von Rom, Gütersloh 1951, 125 ss.; K. BEYSCHLAG, Kallist und Hippolyt, in Theologische Zeitschrift, 20 (1964), 115 ss.; H. GÜLZOW, Christentum und Sklaverei, cit., 147 ss.; R. BOGAERT, Changeurs et banquiers, cit., 253; F. P. RIZZO, Un esempio di banca, cit., 264 ss.; A. TORRENT, Turbulencias financieras, cit., 192 s.

¹⁶ Ed. M. MARCOVICH, Berlin-New York, 1986, 350-352. La bibliografia sul brano è assai ampia, anche per le diverse tematiche che esso implica: H. GÜLZOW, Christentum und Sklaverei, cit., 142 ss., lo ha considerato in riferimento alla posizione degli schiavi nel Cristianesimo primitivo; R. BOGAERT, Changeurs et banquiers, cit., 252 ss., ha privilegiato il profilo relativo all'atteggiamento del Cristianesimo nei confronti del mondo degli affari e della finanza; E. CASPAR, Geschichte des Papstums, Tübingen 1930, I, 25 ss.; A. HAMEL, Kirche bei Hippolyt, cit., 61 ss.; K. BEYSCHLAG, Kallist und Hippolyt, cit., 103 ss., se ne sono occupati in ricerche di storia della dogmatica cristiana; S. MAZZARINO, Religione ed economia, cit., 54 ss.; M. MAZZA, Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel 3° secolo d. C., Catania 1970, 328 s.; F. DE MARTINO, Storia economica di Roma antica, Firenze 1979, II, 364 s., hanno posto le vicende della banca di Callisto in stretta correlazione con la cattiva congiuntura finanziaria che si sarebbe creata durante il regno di Commodo (sul punto si veda infra al § 4); J. DE CHURRUCA, Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi, cit., 310; ID., La quiebra de la banca, cit., 61 ss.; A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 366 ss.; 392; A. TORRENT, Turbulencias financieras, cit., 183 ss., si sono soffermati sui profili giuridici, in particolare su quelli relativi all'assetto organizzativo della banca, al ruolo giocato da Callisto (in merito, si fa rinvio infra al § 3), al tipo di negozi che lo stesso Callisto concludeva con i clienti della banca (sui quali si veda infra al § 6) e al processo che questi subisce dinanzi al praefectus urbi Seio Fusciano (sul punto si veda infra al § 7).

LE BANCHE FALLIVANO ANCHE A ROMA

ἔτοιμον πρὸς ἀναγωγήν, ὅποι <ἂν> ἐτύγχανε πλέον ἀνέβ(η) πλευσόμενος. ἀλλ'οὐδὲ οὕτως λαθεῖν δεδύνηται. οὐ γὰρ ἔλιπεν ος ἀπαγγείλη τῷ Καρποφόρῳ τὸ γεγε/νημένον. 3. ὁ δὲ ἐπιστὰ(ς) κατὰ τὸν λιμένα ἐπειρᾶτο ἐπὶ τὸ πλοῖον ὁρμᾶν κατὰ <τὰ> μεμ(η)νυμένα · τοῦτο γὰρ ἦν ἐστὸς ἐν μέσῳ τῷ λιμένι. τοῦ δὲ πορθμέως βραδύνοντος, ἰδὼν πόρρωθεν ὁ Κάλλιστος τὸν δεσπότην, ὢν ἐν τῷ πλοίῳ καὶ γνοὺς ἑαυτὸν συνειλῆφθαι, ἡφείδησε τοῦ ζῆν καὶ ἔσχατα ταῦτα λογισάμενος <εἶναι> ἔρριψεν ἑαυτὸν εἰς τὴν θάλασσαν. 4. οἱ δὲ ναῦται καταπηδήσαντες εἰς τὰ σκάφη ἄκοντα αὐτὸν ἀνείλοντο, τῶν δὴ ἀπὸ τῆς γῆς μεγάλα βοώντων, καὶ οὕτως τῷ δεσπότη παραδοθεὶς ἐπανήχθη εἰς τὴν Ρώμην. ον ὁ δεσπότης εἰς πιστρῖνον κατέθετο.

5. Χρόνου δὲ διελθόντος, ὡς συμβαίνει γίνεσθαι, προσελθόντες άδελφοὶ παρεκάλουν τὸν Καρποφόρον, ὅπως έξαγάγη τῆς κολάσεως τὸν δραπέτην, φάσκοντες αὐτὸν ὁμολογεῖν ἔγειν παρά τισι χρῆμα άποκείμενον. 6. ὁ δὲ Καρποφόρος, ὡς εὐλαβής, τοῦ μὲν ἰδίου ἔλεγεν άφειδεῖν, τῶν δὲ παραθηκῶν φροντίζειν - πολλοὶ γὰρ αὐτῷ ἀπεκλαίοντο λέγοντες ὅτι τῷ αὐτῦ προσχήματι ἐπίστευσαν τῷ Καλλίστῳ ἃ πεπιστεύκεισαν -, καὶ πεισθεὶς ἐκέλευσεν ἐξαγαγεῖν αὐτόν. 7. ὁ δὲ μηδὲν έχων άποδιδόναι, καὶ πάλιν άποδιδράσκειν μὴ δυνάμενος διὰ τὸ φρουρεῖσθαι, τέχνην θανάτου έπενόησε καὶ σαββάτω, σκηψάμενος άπιέναι ώς έπὶ χρεώστας, ὥρμησεν έπὶ τὴν συναγωγὴν τῶν Ἰουδαίων συνηγμένην καὶ στὰς κατεστασίαζεν αὐτῶν. οἱ δὲ καταστασιασθέντες (ὑ)π ' αὐτοῦ, ἐνυβρίσαντες αὐτὸν καὶ πληγὰς ἐμφορήσαντες ἔσ(υ)ρον ἐπὶ τὸν Φουσκιανόν, ἔπαρχον ὄντα τῆς πόλεως. 8. ἀπεκρίναντο δὲ τάδε Ρωμαῖοι συνεχώρησαν <μεν> ήμῖν τοὺς πατρώους νόμους δημοσία άναγινώσκειν, οὖτος δὲ ἐπεισελθὼν / ἐκώλυε καταστασιάζων ἡμῶν, φάσκων εἶναι Χριστιανός. τοῦ δὲ Φο<υ>σκιανοῦ πρὸ βήματος τυγγάνοντος καὶ τοῖς ὑπὸ <τῶν> Ἰουδαίων λεγομένοις κατὰ τοῦ Καλλίστου άγανακτοῦντος, οὐκ ἔλιπεν ὁ ἀπαγγείλας τῷ Καρποφόρῳ τὰ πρασσόμενα. 9. ό δὲ σπεύσας ἐπὶ τὸ βῆμα τοῦ ἐπάρχου ἐβόα δέομαι, κύριε Φουσκιανέ, μὴ σ<ὺ> αὐτῷ πίστευε οὐ γάρ έστι Χριστιανός, άφορμὴν δὲ ζητεῖ θανάτου χρήματά μου πολλὰ άφανίσας, ὡς άποδείξω. τῶν δὲ Ἰουδαίων ὑποβολὴν τοῦτο νομισάντων, ὡς ζητοῦντος τοῦ Καρποφόρου ταύτη τῆ προφάσει έξελέσθαι αὐτόν, μᾶλλον έπιφθόνως κατεβόων τοῦ ἐπάρχου. ὁ δὲ κινηθεὶς ὑπ' αὐτῶν, μαστιγώσας αὐτὸν έδωκεν είς μέταλλον Σαρδονίας.

[1. Si dà il caso che (Callisto) lavorasse come schiavo di un certo Carpoforo, un fedele della casa dell'imperatore. Carpoforo gli affidò considerando che era fedele, una somma non piccola di denaro con l'incarico di farla fruttare mediante operazioni finanziarie; questi accettò e avviò una banca nella cosiddetta Piscina Pubblica. Col tempo gli furono affidati non pochi depositi da vedove e confratelli grazie alla reputazione di Carpoforo, ma Callisto perse tutto e rimase senza un quattrino. Di questo suo comporta-

mento non mancò chi presentasse denuncia a Carpoforo, 2. il quale rispose che gliene avrebbe chiesto conto. Callisto, venuto a sapere ciò e temendo il pericolo da parte del padrone, scappò dandosi alla fuga per mare: trovata una nave al Porto pronta per la partenza, si imbarcò per navigare ovunque capitasse che la nave fosse diretta. Eppure nemmeno così poté restare nascosto: non era mancato, infatti, chi denunciasse a Carpoforo quanto era accaduto. 3. Questi, saputolo, fece del suo meglio per raggiungere in fretta il molo ove, secondo quanto gli era stato raccontato, la nave si trovava; in effetti il vascello era alla fonda in mezzo al porto. Poiché il capitano tardava a salpare, Callisto, dalla tolda, scorse in lontananza il padrone e, sapendo che sarebbe stato catturato, non ebbe riguardo della vita: conscio che ormai era la fine, si gettò in mare. 4. I marinai saltati nelle scialuppe tirarono su Callisto a viva forza, mentre alcuni urlavano alto da terra, e così, dopo essere stato riconsegnato al padrone, fu riportato a Roma. Il padrone lo mise a lavorare al mulino. 5. Trascorso del tempo, come suole accadere, vennero alcuni confratelli per chiedere a Carpoforo di liberare dalla punizione il fuggitivo, dicendo che questi sosteneva di aver prestato del denaro a certa gente. 6. Carpoforo allora, da uomo pio, rispose che non gli interessava del proprio denaro, ma gli importava dei depositi altrui (molti, infatti, venivano a piangere da lui dicendo che proprio per la reputazione di Carpoforo avevano dato a Callisto il denaro presso di lui investito) e, persuaso, ordinò che fosse liberato. 7. Callisto non avendo nulla da restituire e non potendo scappare via di nuovo poiché era sorvegliato, escogitò un modo per morire e un sabato, facendo finta di andare dai debitori, si diresse verso la sinagoga dov'erano riuniti gli Ebrei e qui, alzatosi, cominciò a polemizzare con loro. Quelli che avevano subìto le sue provocazioni, dopo averlo insultato e bastonato, lo portarono da Fusciano, il prefetto all'Urbe. 8. Si difesero in questo modo: mentre i Romani ci concessero di professare in pubblico le leggi dei padri, costui, arrivato qua, ce lo impediva mettendoci in agitazione, affermando d'essere un cristiano. Mentre Fusciano presiedeva il tribunale ed era in collera per ciò che gli Ebrei dicevano contro Callisto, non mancò una persona che andasse da Carpoforo a raccontare quanto era accaduto. 9. Questi, corso al tribunale del prefetto, si mise a gridare: "Ti prego, signore Fusciano, di non credere a quello lì: non è per niente un cristiano, ma cerca un pretesto di morte poiché ha perduto molti soldi miei, come dimostrerò". Siccome gli Ebrei credevano che fosse una finzione (come se Carpoforo con questo pretesto volesse far in modo che Callisto fosse liberato) urlavano con ancor più foga davanti al prefetto. Fusciano, istigato da costoro, dopo averlo fatto flagellare condannò Callisto ai lavori forzati nelle miniere della Sardegna]¹⁷.

I punti da chiarire nella vicenda narrata da Ippolito sono sostanzialmente cinque:

- I) l'assetto organizzativo impresso da Carpoforo alla banca gestita da Callisto, suo schiavo, con particolare riguardo al ruolo di questi;
 - II) le cause che scatenano la crisi della banca;
- III) il meccanismo che si innesta nel momento in cui tale crisi si manifesta in tutta la sua gravità, con l'insolvenza di Callisto nei confronti dei creditori della banca;
- IV) la tipologia di attività negoziali poste in essere da Callisto con la clientela;
- V) se e come i creditori della banca vedono riconosciute le proprie pretese.

3. L'assetto organizzativo della banca e il ruolo di Callisto

Procediamo con ordine, richiamando di volta in volta i passaggi del testo dai quali partire per le nostre riflessioni e, all'occorrenza, gli ulteriori elementi offerti dalle fonti giuridiche in materia.

L'attività di Callisto inizia quando il suo *dominus* Carpoforo gli affida una significativa somma di denaro da far fruttare in operazioni finanziarie, aventi la propria sede in una banca aperta presso la cosiddetta Piscina Pubblica: per l'esattezza, l'attività iniziale della banca consiste nel prestito feneratizio, cioè nel prestito a interesse (*ref.* 9.12.1).

In seguito, Callisto non si limita a concedere prestiti, ma inizia a ricevere depositi da vedove e confratelli¹⁸, i quali sono

 $^{^{\}rm 17}$ La traduzione è tratta da Ippolito, Confutazione di tutte le eresie, cit., 310 s.

¹⁸ Secondo R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 254 e J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 78, Ippolito menzionerebbe le vedove per rimarcare l'odiosità della condotta di Callisto.

incoraggiati ad avvalersi dei servizi offerti dalla banca dalla retta reputazione di cui gode Carpoforo; questo profilo, che emerge a più riprese nel corso della narrazione di Ippolito (*ref.* 9.12.1;6), è decisivo per comprendere non solo il ruolo giocato da Callisto all'interno dell'impresa bancaria da lui gestita, ma anche le vicende della banca a lui affidata, in ordine alle quali Ippolito è talora reticente, essendo più attento, nel corso della sua narrazione, a cercare di metter in cattiva luce il suo antagonista¹⁹.

Ora, come tutte le imprese (negotiationes)²⁰ 'terrestri', quella bancaria²¹ può presentare almeno due distinti assetti

[Essendo stati legati gli schiavi, a eccezione dei *negotiatores*, Labeone scrisse che paiono esclusi dal legato quegli schiavi che fossero stati preposti all'esercizio di un *negotium*, come per esempio quelli che fossero stati preposti a comprare, locare, prendere in conduzione: comunque i camerieri o gli addetti ad acquistare le derrate alimentari per la dispensa di casa o

¹⁹ Si veda in tal senso F. P. RIZZO, *Un esempio di banca*, cit., 267 s.: "Ma della fallimentare esperienza bancaria neppure un accenno. Eppure, il richiamarla come prova dell'immoralità e dell'inettitudine del personaggio avrebbe offerto al facondo narratore il destro per togliere credibilità alle capacità imprenditoriali di cui Callisto sembrò presto dar prova nel sovrintendere a quelle catacombe che porteranno sempre il suo nome, e che Ippolito menziona come occasione di disonesti ricavi".

²⁰ Sulla materia si veda, da ultima, M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana, Torino 2013, 11 ss., alla quale si fa rinvio per la precedente bibliografia. La nozione di negotiatio è desumibile soprattutto dai passi nei quali il termine si affianca al verbo exercere - D. 1.18.6.4 (Ulp. 1 op.); D. 14.3.11.3 (Ulp. 28 ad ed.); D. 14.4.5.15-16 (Ulp. 29 ad ed.); D. 26.7.58 pr. (Scaev. 2 resp.); D. 32.65 pr. (Marcian. 7 inst.); D. 33.7.23 (Ner. 2 resp.); D. 38.1.45 (Scaev. 2 resp.); D. 40.9.10 (Gai. 1 rer. cott.); D. 50.6.6[5].8 (Call. 1 de cogn.) - e dai testi nei quali la locuzione 'exercere negotium' assume lo stesso significato di 'exercere negotiationem' - D. 4.9.3.2 (Ulp. 14 ad ed.); D. 14.3.19.1-2 (Pap. 3 resp.); D. 26.7.47.6 (Scaev. 2 resp.); D. 26.7.58 pr. (Scaev. 11 dig.); D. 32.65 pr. (Marcian. 7 inst.); D. 37.14.18 (Scaev. 4 resp.); D. 38.1.38.1 (Call. 3 ed. mon.); D. 50.5.8.1 (Pap. 1 resp.); P. S. 2.8.1. Tra questi brani è fondamentale D. 32.65 pr. (Marcian. 7 inst.): Legatis servis exceptis negotiatoribus Labeo scripsit eos legato exceptos videri, qui praepositi essent negotii exercendi causa, veluti qui ad emendum locandum conducendum praepositi essent: cubicularios autem vel obsonatores vel eos, qui piscatoribus praepositi sunt, non videri negotiationis appellatione contineri: et puto veram esse Labeonis sententiam.

quelli preposti ai pescatori, non sembrano riconducibili alla denominazione di *negotiatio*: e ritengo che sia vera la pronuncia di Labeone].

Il passo concerne un legato di 'servis exceptis negotiatoribus': Labeone, del quale Marciano riporta adesivamente il pensiero, ritiene che siano esclusi dalla disposizione gli schiavi addetti all'esercizio di un negotium, come quelli che siano stati preposti alla conclusione di contratti di compravendita e di locazione-conduzione, mentre non rientrerebbero nella nozione di negotiatores, e sarebbero pertanto ricompresi nel legato, gli schiavi addetti al servizio della casa padronale, come i camerieri e gli addetti all'acquisto delle cibarie, nonché i preposti agli schiavi pescatori. È interessante notare come Labeone proceda in maniera differente alla determinazione delle due categorie di schiavi: gli schiavi negotiatores sono individuati genericamente sulla base del riferimento al genere di attività contrattuale posta in essere con i terzi, mentre gli schiavi che non rivestono tale qualifica sono designati, sia pure a titolo esemplificativo, con il preciso riferimento al tipo di attività prestata al servizio del testatore. Si può pertanto ipotizzare, con tutte le cautele del caso, che il giurista abbia avuto a disposizione, per la pronuncia della sua sententia, delle notizie piuttosto circostanziate sugli schiavi di proprietà del disponente: questi, forse, era proprietario di una numerosa familia di schiavi addetti a vario titolo alla cura della domus ed era titolare di un'attività ittica di dimensioni probabilmente rilevanti, come indurrebbe a ritenere la menzione dei piscatoribus praepositi, cioè degli schiavi predisposti per dirigere e coordinare l'attività di pesca svolta dalla manovalanza. Questi schiavi sarebbero ricompresi nel legato poiché non pongono in essere in maniera continuativa e professionale - e quindi con fine di lucro - attività negoziali con terzi; ciò vale anche per gli obsonatores, che concludono abitualmente contratti di compravendita per l'acquisto delle cibarie, ma senza il fine di lucro, dato che le derrate sono destinate al consumo domestico, e per i piscatoribus praepositi, che pur partecipando a un'attività qualificabile come imprenditoriale, sono addetti a una fase prodromica rispetto a quella della commercializzazione del pescato e, pertanto, non sono qualificabili come negotiatores. Secondo la pronuncia di Labeone, quindi, il legato avrebbe ricompreso queste tre categorie di schiavi e, più in generale, quelli che non concludevano contratti di compravendita e di locazione-conduzione, inerenti, verosimilmente, all'attività di pesca della quale era titolare il testatore. Ciò induce altresì a ritenere che, sempre per Labeone, l'ambito degli schiavi negotiatores non sia limitato solo a coloro che 'ad emendum locandum conducendum praepositi essent', ma possa ricomprenderne anche altri, come quelli preposti all'esercizio professionale di attività finanziarie, come risulterebbe da D. 14.3.5.2 (Ulp. 28 ad ed.): Labeo quoque scripsit, si quis pecuniis faenerandis, agris colendis, mercaturis redempturisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri.

organizzativi: impresa individuale o impresa collettiva; peraltro, nell'impresa bancaria collettiva, basata su un contratto di *societas* fra gli *argentarii* o i *nummularii*, i *socii* sono tenuti tra loro da un regime di solidarietà attiva e passiva e di reciproca rappresentanza²², che costituisce un'eccezione rispetto al regime ordinario del contratto di *societas*. Nel caso in esame, comunque, non v'è dubbio che ci troviamo dinanzi a un'impresa individuale, avente quale unico titolare Carpoforo, il quale però non esercita l'attività in prima persona, ma per mezzo di un suo schiavo di fiducia, Callisto. Ed è proprio la posizione di questi ad apparire incerta, poiché nel caso in cui

[Anche Labeone scrisse, che se qualcuno abbia preposto uno a dare del denaro in prestito a interesse, a coltivare dei campi, a esercitare il commercio e gli appalti, egli è tenuto per l'intero].

Ciò consente di affermare con un buon margine di sicurezza che, almeno dall'ultima età repubblicana, gli operatori professionali esercenti attività finanziarie o i preposti a queste dai titolari siano qualificati come *negotiatores*.

²¹ Sulla qualifica di *negotiatores* attribuita ai banchieri e, più in generale, agli operatori finanziari, si veda A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., 488 ss.

²² Come risulta da D. 2.14.25 (Paul. 3 ad ed.); D. 2.14.27 pr. (Paul. 3 ad ed.); D. 2.14.9 pr. (Paul. 62 ad ed.); D. 4.8.34 pr. (Paul. 13 ad ed.); rhet. ad Her. 2.13.9. P. CERAMI, Impresa e societas nei primi due secoli dell'Impero, in AUPA., 52 (2007-2008), poi in Affari, finanza e diritto, (da cui si cita), 198, osserva che "la ragion d'essere della solidarietà (attiva e passiva) degli argentarii socii verso i terzi è data dal fatto che i loro crediti, simul facta, sono da computare - come sottolinea espressamente Paolo (D. 2.14.9 pr.; D. 4.8.34 pr.) - come uno solo, giacché uno solo è il debito: 'quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est' (D. 2.14.9 pr.)". Sulla societas argentariorum si vedano: F. SERRAO, Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano, in Studi in onore di Edoardo Volterra, Milano 1971, V, e poi in F. SERRAO, Impresa e responsabilità, (da cui si cita), 65 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, La sociedad de los banqueros ("societas argentaria"), in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Milano 1982, III, 373 ss.; A. BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit, cit., 519 ss.; M. MONTANARI, Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva, Milano 1990, 21 ss.; A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 334 ss.; ID., L'impresa bancaria, cit., 182 ss.; F. S. MEISSEL, Societas. Strukturen und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, Frankfurt am M. 2004, 155 ss.; P. CERAMI, Diritto commerciale romano, cit., 258 ss.; ID., Introduzione, cit., 83 s.

l'impresa sia esercitata non direttamente dal titolare (o dai titolari, dato che l'alternativa sussiste anche nel caso di impresa collettiva), ma da un soggetto sottoposto alla sua *potestas*, figlio o servo²³, sono configurabili due diversi assetti organizzativi: - quello imperniato sulla preposizione institoria, per il quale il titolare dell'impresa bancaria, nomina un *institor*²⁴, figlio o

²³ L'impiego preponderante da parte degli uomini di affari di soggetti sottoposti alla loro potestas (filii e servi) nell'esercizio delle negotiationes costituisce, a partire almeno dal II secolo a. C., la caratteristica più significativa e peculiare dell'economia romana, che avrebbe portato alla creazione da parte del pretore delle cosiddette actiones adiecticiae qualitatis. La bibliografia in materia è ricchissima, si vedano, in particolare, solo in riferimento alla produzione scientifica degli ultimi decenni: A. DI PORTO, Impresa collettiva, cit., 19 ss.; ID., Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti, in Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo, Napoli 1997, III, 420 ss.; ID., Filius, servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano, in Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice, 22-25 novembre 1988, (cur. M. MARRONE), Palermo 1992, poi in P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, Diritto commerciale romano. Profilo storico², (da cui si cita), Torino 2004, 77 ss.; A. KIRSCHENBAUM, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, Jerusalem - New York 1987, 1 ss.; F. SERRAO, L'impresa in Roma antica, cit., 21 ss.; A. WACKE, Die adjektizischen Klagen im Überblick. Erster Teil: von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung, in ZSS., 111 (1994), 280 ss.; A. FÖLDI, Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law, in RIDA., 43 (1996), 179 ss.; ID., Eine alternative Annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt, in RIDA., 48 (2001), 65 ss.; DE LIGT, Legal History and Economic History: the Case of the 'actiones adiecticiae qualitatis', in T., 67 (1999), 218 ss.; M. MICELI, Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis', Torino 2001, 7 ss.; EAD., Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica, in IURA, 53 (2002) [pubbl. 2005], 69 ss.; EAD., Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano, Milano 2008, I, 31 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza, Milano 2008, 89 ss.; P. CERAMI, Diritto commerciale romano, cit., 36 ss.; ID., Introduzione, cit., 9 ss.; 27 ss.; 36 ss.; B. ABATINO, G. DARI-MATTIACCI, E. PEROTTI, Early Elements of the Corporate Form: Depersonalization of Business in Ancient Rome, in Oxford Journal of Legal Studies, 31 (2011), 10 ss.

²⁴ Nelle fonti in nostro possesso sono conservate tre definizioni di *institor;* la prima è enunciata da Ulpiano in D. 14.3.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Institor*

appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi,

(L'institore è chiamato così da questo, che persiste nella gestione di un *negotium*: né fa molta differenza, se sia preposto a una *taberna* o a qualsiasi altra *negotiatio*);

la seconda, sempre di Ulpiano, è riportata in D. 14.3.5 pr. (Ulp. 28 ad ed.): *Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur.*

(Dunque, a qualsiasi *negotium* sia stato preposto, sarà chiamato giustamente institore);

la terza definizione è enunciata da Paolo in D. 14.3.18 (Paul. *l. sing. de var. lect.*): Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur.

(L'institore è colui il quale è stato preposto a una *taberna* o a un altro luogo per comprare e vendere e chi sia stato preposto alla stessa attività senza un luogo determinato).

Sulla nozione di institor si vedano: P. FABRICIUS, Der gewaltfreie Institor im klassischen römischen Recht, Würzburg 1926, 7 ss.; 17 ss.; 26 ss., al quale si fa rinvio per la bibliografia precedente; G. LONGO, Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria, in Studi in onore di Gaetano Scherillo, Milano 1972, II, 610 ss.; K. VISKY, L'affranchi comme institor, in BIDR., 22 (1980), 202 ss.; 207 ss.; G. HAMZA, Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano, in Index, 9 (1980), 202 ss.; H. WAGNER, Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, III, 402 ss.; A. DI PORTO, Impresa collettiva, cit., 37 ss.; 63 ss.; ID., Il diritto commerciale romano, cit., 413 ss.; A. KIRSCHENBAUM, Sons, Slaves and Freedmen, cit., 90 ss.; F. SERRAO, L'impresa in Roma antica, cit., 42; 46; ID., Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime, in Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri, 13-15 ottobre 1997), (cur. E. LO CASCIO), Bari 2000, 35 ss.; A. WACKE, Die adjektizischen Klagen, cit., 289 ss.; 311 ss.; J.-J. AUBERT, Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores, 200 B.C. - A.D. 250, Leiden - New York - Köln 1994, 5 ss.; 52 ss.; A. FÖLDI, Remarks on the legal structure, cit., 186 ss.; ID., Eine alternative Annäherungsweise, cit., 78 ss.; A. PETRUCCI, Neque enim decipi debent contrahentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardorepubblicano e del principato, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, (Padova -Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001), (cur. L. GAROFALO), Padova 2003, III, 91 ss.; ID., Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale, in IURA, 53 (2002), ma [pubbl. 2005], 18 ss.; ID., Per una storia della protezione, cit., 9 ss.; ID., Disciplina processuale delle negotiationes e ius controversum, in Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), (cur. V. MAROTTA, E. STOLFI), Roma 2012, 82 ss.;

servo - ma in epoca imperiale anche un estraneo rispetto alla sua sfera potestativa²⁵ - alla gestione della banca²⁶ o comunque

M. MICELI, Sulla struttura formulare, cit., 185 ss.; EAD., Institor e procurator, cit., 57 ss.; EAD., L'actio institoria e l'azione concessa al preponente contro i terzi che hanno negoziato con un preposto libero, in Studi in onore di Giovanni Nicosia, Milano 2007, V, 369 ss.; EAD., Studi sulla «rappresentanza», cit., 31 ss.; 363 ss.; M. A. LIGIOS, «Taberna», «negotiatio», «taberna cum instrumento» e «taberna instructa» nella riflessione giurisprudenziale classica, in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi), Padova 2001, 35 ss.; EAD., Nomen negotiationis, cit., 21 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, Dallo iussum domini, cit., 163 ss.; 183 ss.; A. CAMPANELLA, Brevi riflessioni su D. 50.16.185 (Ulp. 28 ad ed.). Profili terminologici-concettuali della definizione ulpianea di taberna instructa e locuzioni sostanzialmente equivalenti nella riflessione giurisprudenziale romana tra il I sec. a. C. e il III d. C., in Diritto@Storia, 8 (2009), 1 ss.; P. CERAMI, Introduzione, cit., 42 ss.; 48 ss.; 56 ss.; R. MARTINI, Relazione di sintesi, in Affari, finanza e diritto, 467 ss.

²⁵ In merito alla condizione personale dei preposti, sia *institores* sia magistri navium, la dottrina si è attestata su due posizioni contrastanti: alcuni Autori ritengono che, in un primo momento, le azioni institoria ed exercitoria sarebbero state esperibili solo nel caso in cui i preposti fossero stati soggetti alla potestas, dominica o patria, del preponente e che solo a partire da un secondo momento sia stato possibile impiegarle anche nel caso di preposti estranei rispetto alla sfera potestativa del preponente; si vedano in tal senso P. FABRICIUS, Der gewaltfreie Institor, cit., 7 ss.; G. PUGLIESE, In tema di «actio exercitoria», in Labeo, 8 (1958), poi in Studi in onore di F. Messineo, Milano 1958, IV, infine in Scritti giuridici scelti. II. Diritto romano, (da cui si cita), Napoli 1985, 505 s. e nt. 1; F. DE MARTINO, v. 'Exercitor', in NNDI., Torino 1960, VI, 1089; A. DI PORTO, Impresa collettiva, cit., 24; 37 ss.; M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, 85 s.; 267; M. MICELI, Institor e procurator, cit., 69 s.; A. PETRUCCI, Per una storia della protezione, cit., 14; P. CERAMI, Introduzione, cit., 47; M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 26 s. e nt. 11. Altri Autori, invece, sostengono che, fin dal momento della loro creazione, queste azioni sarebbero state esperibili anche nel caso in cui il preponente si fosse avvalso di preposti estranei, cioè sui iuris o sottoposti alla potestas di un terzo; si vedano in tal senso A. WATSON, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford 1965, 192; M. KASER, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht², München 1971, 608, nt. 27; G. HAMZA, Aspetti della rappresentanza, cit., 211 s.; A. WACKE, Die adiektizischen Klagen, cit., 295 ss.

di un'attività finanziaria²⁷; nel caso di insolvenza dell'*institor*, i terzi con i quali questi avesse concluso negozi compresi nell'ambito della *praepositio*, avrebbero convenuto in giudizio il

²⁶ Per dei casi di preposizione institoria a una banca, è indicativa la lettura di D.14.3.5.3 (Ulp. 28 ad ed.): Sed et si in mensa habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur.

[Ma anche se uno ha preposto un servo a una *mensa*, sarà tenuto in nome di quello].

D. 14.3.19.1 (Pap. 3 resp.): Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

[Se il proprietario, che abbia preposto uno schiavo come institore a una *mensa* per ricevere versamenti in denaro, anche dopo avergli fatto conseguire la libertà si sia avvalso del liberto per esercitare lo stesso *negotium*, la sua condizione di rischio e pericolo non si modificherà a seguito della variazione di *status* (dell'institore)].

D. 14.3.20 (Scaev. 5 dig.): Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavit in haec verba: 'Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas Maias.' quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

[Lucio Tizio ha avuto come preposto alla *mensa nummularia* che esercitava un liberto: costui ha disposto in uno scritto a Caio Seio secondo queste parole: 'Ottavio Terminale incaricato d'affari di Ottavio Felice saluta Domizio Felice. Tu hai presso la *mensa* del mio patrono mille denari, che dovrò versarvi il giorno prima delle calende di maggio'. Si è chiesto se, essendo morto Lucio Tizio senza erede ed essendo stati venduti i suoi beni, Terminale possa essere convenuto in giudizio a causa della lettera. (Scevola) rispose che da quelle parole egli non è né obbligato sulla base del diritto né è conforme a equità convenirlo in giudizio, poiché le ha scritte nello svolgimento dei suoi compiti di institore per attestare l'impegno (a pagare) della mensa].

²⁷ Si è già accennato al fatto che, nel mondo economico romano, l'esercizio delle attività finanziarie non era appannaggio esclusivo degli operatori professionali, qualificati nelle fonti come *argentarii*, *nummularii*, ecc., ma anche di soggetti che, in prima persona o mediante preposti in qualità di *institores*, praticavano il prestito a interesse come modalità di investimento di una parte del proprio patrimonio. Esemplare, a questo proposito, il caso del cosiddetto 'super-preposto' trattato in D. 14.3.5.2 (Ulp. 28 *ad ed.*), per il quale si fa rinvio *supra* alla nt. 20, in fine.

preponente con l'*actio institoria*²⁸; questi, se condannato, avrebbe dovuto rispondere *in solidum*, cioè illimitatamente, per le obbligazioni assunte dal preposto²⁹;

²⁸ La nozione di actio institoria è enunciata in Gai. 4.71: ... Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur institor appellatur ...

[... In verità la formula institoria trova applicazione, quando qualcuno abbia preposto a una *taberna* o a qualsiasi altra *negotiatio* un figlio o un servo o un qualsiasi estraneo sia servo sia libero, e qualcosa sia stato contratto con lui in rapporto all'attività alla quale è preposto. Per questo infatti è chiamata institoria, perché chi è stato preposto alla *taberna* è chiamato institore ...]

e in I. 4.7.2-2a:

2. ... institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit et quid cum eo eius rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus praeponuntur institores vocantur. 2a. Istas tamen duas actiones praetor reddit et si liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

[2. ... l'(azione) institoria trova applicazione, quando qualcuno abbia preposto per esempio a una *taberna* o a qualsiasi altra *negotiatio* uno schiavo e si sia concluso qualche contratto con lui in rapporto all'attività alla quale sarà stato preposto. Per questo infatti è chiamata institoria, perché coloro i quali sono preposti alle *negotiationes* sono chiamati institori. 2a. Tuttavia il pretore concede queste due azioni anche se qualcuno abbia preposto un uomo libero o un servo altrui alla nave o a una *taberna* o a qualsiasi altra *negotiatio*, naturalmente perché la stessa ragione di equità interveniva anche in quel caso].

Sull'actio institoria si vedano gli Autori citati supra alle ntt. 23-25.

²⁹ Secondo l'autorevole ricostruzione di O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 263, questo sarebbe il testo dell'actio institoria: Quod A^s A^s de Lucio Titio, cum is a N^o N^o tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Lucium Titium A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

[Poiché A. Agerio ha comprato da L. Tizio, essendo stato questi preposto da N. Negidio a una *taberna instructa*, per il nome di quell'attività dieci libbre di olio, in ordine alle quali si agisce, con riguardo a qualsiasi cosa che per tale causa L. Tizio è opportuno che dia e faccia secondo buona fede, il giudice condanni N. Negidio a favore di A. Agerio, se non risulti, lo assolva].

- quello imperniato sulla concessione di un *peculium*³⁰ da parte del titolare della banca, *pater* o *dominus*, rispettivamente al figlio o al servo, affinché il sottoposto lo impieghi nella gestione della banca³¹; nel caso di insolvenza del *filius* o del *servus peculiatus*, i terzi avrebbero convenuto in giudizio il *pater* o il *dominus* con l'*actio de peculio et de in rem verso*³²; questi, se condannato,

³⁰ Le fonti in nostro possesso conservano diverse definizioni di *peculium*: D. 15.1.4 pr. (Pomp. 7 *ad Sab.*); D. 15.1.5.3-4 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.7 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.9.2-3 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.39 (Flor. 11 *inst.*); D. 15.1.40 (Marcian. 5 *reg.*); D. 15.1.49 pr. (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*); D. 15.2.3 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*); D. 32.79.1 (Cels. 9 *dig.*). Su questi passi si vedano gli Autori citati *infra* alla nt. 32.

³¹ Per un caso di gestione di una banca interna al peculium, è utile la lettura di D. 2.13.4.2-3 (Ulp. 4 ad ed.): 2. Sed et filius familias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur edere: an et pater, quaeritur. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur: sed recte Sabinus respondit tunc id admittendum, cum patri quaestum refert. 3. Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere: si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.

^{[2.} Ma anche il figlio di famiglia è ricompreso in queste parole ('gli esercenti un'impresa bancaria'), in modo che egli stesso sia costretto a esibire (i conti); ci si chiede se lo sia anche il padre. Labeone scrive che il padre non può essere costretto, salvo che egli non fosse a conoscenza che il figlio esercitava l'impresa bancaria: ma correttamente Sabino rispose che ciò sia da ammettere, in tanto in quanto il figlio devolve il guadagno al padre. 3. Ma se un servo eserciti l'impresa bancaria (infatti lo può), se lo avrà fatto per volontà del proprietario, (rispose che) si debba costringere il proprietario a esibire (i conti) e si debba dare l'azione contro di lui, come se avesse operato egli stesso. Ma se (il servo) operò all'insaputa del proprietario, basta che il proprietario giuri di non avere quei conti. Se il servo eserciti l'impresa bancaria per mezzo del peculio, il proprietario è tenuto nei limiti del peculio o di quanto riversato nel suo patrimonio; ma se il proprietario ha i conti e non ne fa l'esibizione, è tenuto per l'intero].

³² Sul peculium cosiddetto profettizio e sull'actio de peculio et de in rem verso si vedano G. MICOLIER, Pécule et Capacité Patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique, Lyon 1932, 7 ss.; - al quale si fa rinvio per la bibliografia precedente -; G. E. LONGO, Appunti critici in tema di peculio, in SDHI., 1 (1935), 392 ss.; I. BUTI, Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi», Napoli 1976, 13 ss.; 147 ss.; R. ASTOLFI, Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano, Padova 1979, III, 1 ss.;

avrebbe dovuto rispondere per le obbligazioni assunte dal figlio o dal servo limitatamente al *peculium* o alla *versio in rem*, cioè nei limiti dell'eventuale arricchimento derivante dall'attività negoziale del sottoposto.

Ora, il testo di Ippolito non chiarisce il dubbio circa la qualifica di Callisto, forse anche perché la lingua greca non ha consentito l'impiego della terminologia tecnica che sul punto sarebbe risolutiva. D'altro canto, lo stesso testo presenta degli elementi che potrebbero essere addotti a sostegno di entrambe le soluzioni:

a) il fatto che Carpoforo affidi a Callisto una rilevante somma di denaro, affinché la faccia fruttare mediante operazioni finanziarie, e che quest'ultimo eserciti questa attività

B. ALBANESE, Le persone nel diritto privato romano, Palermo 1979, 150 ss.; G. FABRE, Libertus. Recherches sur le rapports patron-affranchi à la fin de la république romaine, Rome 1981, 271 ss.; Y. THOMAS, Pécule et honores de fils de famille, in MEFRA., 94 (1982), 527 ss.; A. BURDESE, Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, I, 147 ss.; ID., Considerazioni in tema di peculio c. d. profettizio, in Studi in onore di Cesare Sanfilippo, Milano 1982, I, 71 ss.; 83 ss.; L. AMIRANTE, Lavoro di giuristi sul peculio. Le definizioni da Quinto Mucio a Ulpiano, in Studi in onore di Cesare Sanfilippo, III, 3 ss.; A. DI PORTO, Impresa collettiva, cit., 42 ss.; 207 ss.; ID., Il diritto commerciale romano, cit., 420 ss.; A. KIRSCHENBAUM, Sons, Slaves and Freedmen, cit., 31 ss.; 47 ss.; F. SERRAO, L'impresa in Roma antica, cit., 23 ss.; 28 ss.; A. WACKE, Peculium non ademptum videtur tacite donatum: zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung, in IURA, 42 (1991), 33 ss.; ID., Die Notbedarfseinrede des enterbten Haussohns. Wirkungen der Erbschaftsausschlagung für das peculium und Abwicklung Pekuliarschulden bei Beendigung der Hausgewalt, in SDHI., 60 (1994), 469 ss.; ID., Le pécule: patrimoine du père ou propriété du fils? Le destin du pécule après la fin de la puissance domestique, in Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas, Arganda del Rey (Madrid) 1996, 163 ss.; A. FÖLDI, Remarks on the legal structure, cit., 188 ss.; A. PETRUCCI, I servi impuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale, in Societas - Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao, Napoli 1999, 218 ss.; ID., Per una storia della protezione, cit., 79 ss.; M. MICELI, Sulla struttura formulare, cit., 126 ss.; 229 ss.; M. A. LIGIOS, «Ademptio peculii» e revoca implicita del legato: riflessioni su D. 34.4.31.3 (Scaev. 14 dig.), in Index, 34 (2006), 501 ss.; R. PESARESI, Ricerche sul peculium imprenditoriale, Bari 2008, 15 ss.; ID., Studi sull'actio de peculio, Bari 2012, 11 ss.; P. CERAMI, Introduzione, cit. 38 ss.; 61 ss.

con così ampia autonomia da andare oltre l'originario incarico (che sembrerebbe limitato al prestito feneratizio) e iniziare a ricevere depositi da clienti, sembra indurre a ritenere che Callisto sia un *servus peculiatus*³³;

b) d'altro canto, il *dominus* non si limita ad affidare a Callisto la somma di denaro, ma lo insedia in un edificio situato nel quartiere di Piscina Pubblica, nel quale ha sede la banca³⁴; questo ulteriore elemento può configurare altrettanto bene una situazione in cui Carpoforo prepone Callisto all'esercizio di una impresa (*negotiatio*) in una *taberna instructa*³⁵; in tal caso Callisto sarebbe un *institor*³⁶.

³³ Si veda in tal senso, J. Andreau, La vie financière, cit., 614 s.; A. McClintock, Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale, Napoli 2010, 116 e, sia pure con cautela, A. Petrucci, Mensam exercere, cit., 367 s., il quale rileva come non sia chiara la posizione soggettiva di Carpoforo nei confronti della gestione di Callisto, pur escludendo una sua ignorantia. Egli si chiede poi se la concessione del peculium da lui ipotizzata rispecchi da parte del liberto "una voluntas o una mera scientia" e ritiene preferibile la presenza della voluntas sulla base di tre argomenti: I) Carpoforo dispone che la somma da lui erogata venga investita in una impresa argentaria; II) le vedove e i confratelli effettuano i loro depositi per la fides che essi nutrono nei confronti di Carpoforo; III) lo stesso Carpoforo tenta di porre rimedio alla crisi della banca cercando di recuperare i crediti.

³⁴ Ma si veda *contra* J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 73, il quale ritiene che Callisto "más que un *argentarius* con establecimiento fijo en un lugar público, pudo ser un agente móvil que buscaba y atendía a su clientela de depositantes y prestatarios". Sulle *tabernae argentariae* si veda A. MASELLI, Argentaria, cit., 17 ss.; 91; 175 s.

³⁵ La definizione di *taberna instructa* è enunciata da Ulpiano in D. 50.16.185 (Ulp. 28 ad ed.): 'Instructam' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.

[[]Riteniamo '*instructa*' la *taberna* dotata sia delle cose sia degli uomini predisposti per l'esercizio della *negotiatio*].

Su questa definizione e, più in generale, sulla taberna come sede di negotiatio, si vedano: H. WAGNER, Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen, cit., 403 ss.; A. DI PORTO, Impresa collettiva, cit., 64, nt. 1; 164; ID., Filius, servus e libertus, cit., 90; 92; ID., Il diritto commerciale romano, cit., 440 ss.; F. SERRAO, L'impresa in Roma antica, cit., 25 ss. e 39; ID., Impresa, mercato, diritto, cit., 34 ss.; M. A. LIGIOS, «Taberna», cit., 24 ss.; 107 ss.; EAD., Nomen negotiationis, cit., 152 ss.; R. ORTU, Note in tema di organizzazione e attività dei venaliciarii, in Diritto@Storia, 2 (2003), poi in Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica, (da cui si cita), Torino 2012, 119

Si noti anche che vedove e confratelli affidano a Callisto i propri risparmi, confidando sulla retta reputazione di Carpoforo; inoltre Carpoforo sembra ingerirsi piuttosto di frequente negli affari della banca; questi due ultimi particolari potrebbero rafforzare l'ipotesi dell'esistenza, nel caso di specie, di una preposizione institoria, resa pubblica mediante una proscriptio³⁷, che contiene una esplicita assunzione di

ss.; M. MICELI, Sulla struttura formulare, cit., 205, nt. 25; EAD., Studi sulla «rappresentanza», cit., 64 ss.; P. CERAMI, Diritto commerciale romano: dalla prassi dello scambio all'exercitio negotiationis, cit., 246 ss.; ID., Impresa e societas, cit., 186 ss.; ID., Introduzione, cit., 52 ss.; T. J. CHIUSI, Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche, in Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna, (cur. C. CASCIONE, C. MASI DORIA), Napoli 2007, II, 1035 s.; A. CAMPANELLA, Brevi riflessioni, cit., 1 ss.; G. SANTUCCI, Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche, Bologna 2010, 30 s.; C. HOLLERAIN, Shopping in Ancient Rome, cit., 99 ss.

- ³⁶ Come sostengono S. MAZZARINO, *Religione ed economia*, cit., 57; F. P. RIZZO, *Un esempio di banca*, cit., 266 e, con un margine di dubbio, A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 196 s.; 208 s.
- ³⁷ Le caratteristiche della *proscriptio* sono minuziosamente descritte da Ulpiano in D. 14.3.11.3-4 (Ulp. 28 ad ed.): 3. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.
- 4. Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit.
- [3. Intendiamo per 'rendere noto pubblicamente' quando ciò avviene a chiare lettere, in modo tale che si possa leggere correttamente senza difficoltà, ovviamente davanti alla *taberna* o davanti a quel luogo nel quale è esercitata la *negotiatio*, non in un posto lontano, ma in evidenza. In caratteri greci o latini? Ritengo secondo l'esigenza del luogo, affinché nessuno possa addurre come pretesto l'ignoranza della scrittura. Sicuramente, non si dovrà dar retta a chi affermi di non aver conoscenza della scrittura o di non essersi accorto di ciò che era stato esposto, quando molti avevano letto ciò che era stato esposto pubblicamente.

responsabilità da parte del preponente per l'attività negoziale (rientrante nell'ambito della *praepositio*³⁸ o comunque connessa

4. Occorre altresì che ciò che è reso noto pubblicamente lo sia in permanenza: d'altronde, se si sia concluso un contratto durante quel lasso di tempo nel quale (la *proscriptio*) non era esposta o era divenuta illeggibile, l'azione institoria troverà applicazione. Pertanto, se il proprietario avesse indicato la merce messa in vendita e un altro avesse rimosso il cartello o se succede che per il lungo trascorrere del tempo o per la pioggia o per qualcosa di simile non fosse più esposto o più leggibile, si deve dire che chi ha preposto l'institore deve risponderne. Ma se lo stesso institore abbia rimosso il cartello per ingannarmi, il suo comportamento doloso deve nuocere al preponente, a meno che non sia stato partecipe dell'inganno il terzo con cui l'institore aveva concluso il contratto].

Su questo brano si veda, da ultima, M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 40 ss.

³⁸ Come risulta da D. 14.3.11.5 (Ulp. 28 ad ed.): Condicio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.

[Comunque, la condizione della preposizione dev'essere osservata: cosa succede, dunque, se (il preponente) volle che si concludessero contratti con l'institore facendo accedere al contratto una determinata clausola o con l'intervento di una qualche persona o con pegno o con riguardo a una certa cosa? Sarà massimamente equo che sia rispettato ciò per cui (l'institore) è stato preposto. Allo stesso modo, se (il preponente) ebbe più institori o se volle che si concludessero contratti allo stesso tempo con tutti o con uno soltanto. Ma anche se (il preponente) abbia intimato di non concludere contratti con quello, non deve rispondere in base all'azione institoria: infatti possiamo anche proibire che si concludano contratti con una certa persona o con un certo genere di uomini o di *negotiatores*, o permetterlo a certi uomini. Ma se si proibisce di concludere contratti ora con gli uni ora con l'altro con una variazione continua, si deve dare a tutti l'azione contro di lui: infatti i contraenti non devono essere tratti in inganno da ciò].

Su questo brano si veda, da ultima, M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 26 ss.

all'oggetto di questa³⁹) posta in essere dal preposto. Tale pubblica assunzione di responsabilità veniva resa nota alla potenziale clientela dell'impresa per mezzo di un cartello di norma esposto davanti alla *taberna* o comunque alla sede dell'impresa stessa.

Se così fosse, pertanto, la *proscriptio* affissa dinanzi alla banca avrebbe dovuto recare il nome del preponente (Carpoforo), il nome del preposto in qualità di *institor* (Callisto), l'indicazione del suo *status* (schiavo di Carpoforo), l'indicazione del negozio a lui affidato (il prestito feneratizio)⁴⁰.

4. Le cause della crisi

Dopo aver descritto gli esordi di Callisto nel mondo della finanza e degli affari, Ippolito ci dice che egli perse tutto e rimase senza un quattrino (*ref.* 9.12.1). Si deve pertanto cercare

 $^{^{39}}$ Sulle attività negoziali funzionalmente connesse a quelle oggetto della *praepositio* si veda, da ultima, M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 29 ss.; 52 ss.; 144 s.

⁴⁰ In CIL. IV 138 (FIRA. III, n. 143, p. 453 s.) è conservata la *proscriptio* di un *institor*, un *insularius*, per l'esattezza: *Insula Arriana* | *Polliana Cn. Allei Nigidi Mai.* | *Locantur ex i(dibus) Iulis primis tabernae* | *cum pergulis suis et c[e]nacula* | *equestria et domus. Conductor* | *convenito Primum Cn. Allei Nigidi Mai ser(vum).*

[[]Nell'*insula* Arriana Polliana di *Cnaius Alleius Nigidus Maius* sono locate dal 1 luglio *tabernae* con i relativi soppalchi, appartamenti degni dell'ordine equestre e una casa unifamiliare. Il conduttore si accordi con *Primus*, servo di *Cnaius Alleius Nigidus Maius*].

Il testo presenta, pur nella sua sinteticità, tutti i dati utili ai potenziali clienti: a) il nome del preponente, *Cnaius Alleius Nigidus Maius*; b) il nome del preposto e la sua condizione di servo del preponente, *Primus Cn. Allei Nigidi Mai ser(vus)*; c) l'assunzione di responsabilità del preponente per l'attività negoziale del preposto inerente alla *praepositio*, implicita nell'invito ai terzi di concludere il contratto con il preposto stesso, *conductor* | *convenito Primum Cn. Allei Nigidi Mai ser(vum)*; d) la menzione delle *tabernae* e delle unità abitative locate, con l'indicazione della data d'inizio della locazione, *locantur ex i(dibus) Iulis primis tabernae* | *cum pergulis suis et c[e]nacula* | *equestria et domus.* Su CIL. IV 138 (FIRA. III, n. 143, p. 453 s.) si veda più ampiamente M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 45 ss.

di capire se la responsabilità del crack sia attribuibile a Callisto, e quindi a sue operazioni speculative avventate⁴¹, quali la scelta di debitori che poi si siano rivelati non solvibili o la mancata assunzione di garanzie adeguate⁴², oppure, come sostengono alcuni storici moderni⁴³, a una cattiva congiuntura finanziaria creatasi durante il regno di Commodo e testimoniata dalle fonti⁴⁴.

La seconda spiegazione sembra a mio giudizio la più plausibile. Semplificando al massimo il discorso, la congiuntura negativa sarebbe stata causata dalla riduzione del contenuto argenteo del *denarius*⁴⁵, che produsse effetti rovinosi proprio su operazioni del genere di quelle che Callisto poneva in essere nella sua banca, cioè il prestito a interesse e il ricevimento di depositi. Infatti, poiché all'epoca il valore reale delle somme non poteva essere intaccato, le banche erano costrette a

⁴¹ Forse è ciò che vorrebbe far credere Ippolito, come rilevano R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 253 e J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 78.

⁴² Come sostiene A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 185 ss.; 196 ss. e, soprattutto, 210 ss.; tuttavia da D. 14.3.11.5 (Ulp. 28 *ad ed.*), riportato *supra* alla nt. 38, risulta che dovrebbe essere il preponente e non il preposto a decidere se e come far accedere idonee garanzie all'attività negoziale oggetto della *praepositio* e a renderlo noto nella *proscriptio*. Va comunque precisato che tali garanzie possono anche non costituire, per il preponente, una tutela adeguata, come parrebbe risultare dalla fattispecie trattata da Paolo in D. 14.5.8 (Paul. 1 *decret.*), per la quale si fa rinvio *infra* al § 8, nt. 87.

⁴³ Sul punto si vedano S. MAZZARINO, *Religione ed economia*, cit., 58 ss.; R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 254; F. DE MARTINO, *Storia economica*, cit., 364 s.

⁴⁴ Dio Cass. hist. rom. 51.21.5; S.H.A. vita Comm. 14.1-3.

⁴⁵ M. MAZZA, *Lotte sociali*, cit., 328 s., osserva: "La caduta del saggio d'interesse, a sua volta connesso con le variazioni del contenuto di fino della moneta divisionale argentea, non poteva non avere influenze sugli affari avventurosamente portati avanti dallo schiavo-banchiere". Si vedano in tal senso anche F. DE MARTINO, *Storia economica*, cit., 364 s. e F. P. RIZZO, *Un esempio di banca*, cit., 266; di diverso avviso S. MAZZARINO, *Religione ed economia*, cit., 61, il quale afferma che Commodo non avrebbe sminuito sostanzialmente il fino argenteo del *denarius*. Più generici R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 254; J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 77; A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 183.

garantire i depositi con una quantità maggiore di moneta divisionale e richiedere tassi di interessi sempre più alti ai propri debitori⁴⁶. Ciò potrebbe aver determinato, pertanto, la concreta impossibilità per quei soggetti ai quali la banca aveva erogato i prestiti feneratizi di restituire i capitali ricevuti e gli interessi, accresciuti notevolmente per il fenomeno appena descritto. È inoltre probabile che, nel caso di specie, almeno in base agli indizi, pur di parte, forniti da Ippolito, Callisto avesse ricevuto i depositi senza che questi avessero le idonee coperture e li avesse poi impiegati in prestiti non adeguatamente garantiti. Infatti, anche nel caso di deposito non fruttifero, in deroga alla disciplina ordinaria del deposito - per la quale il depositario non può utilizzare il bene ricevuto ed è responsabile per furto d'uso, se lo fa - il banchiere può utilizzare il denaro depositato, purché nella banca vi sia la somma corrispondente sempre a disposizione del cliente depositante che, in tal modo, la può ritirare in qualsiasi momento⁴⁷. Ma se il banchiere risulta privo della suddetta copertura, perché l'ha utilizzata in prestiti che non sono stati onorati dai debitori, nel momento in cui i depositanti richiedono indietro il denaro e questo non viene restituito loro è conclamata l'insolvenza della banca. Questo, forse, è proprio ciò che dovette succedere a Callisto.

5. L'esplosione della crisi

Quale meccanismo si innesca nel momento in cui i creditori della banca, cioè le vedove e i confratelli che avevano depositato i propri risparmi, si presentano a Carpoforo per fargli presente l'insolvenza del suo schiavo? Il liberto si impegna nei loro confronti a chiedere i conti a Callisto⁴⁸ e

⁴⁶ Così F. P. RIZZO, Un esempio di banca, cit., 266 s.

⁴⁷ Sul punto si veda A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 210.

⁴⁸ I registri contabili degli *argentarii*, diversamente da quelli degli altri operatori economici, devono presentare una chiara distinzione tra il *codex accepti et expensi* - una specie di libro giornale nel quale si annotano movimenti di cassa (*nomina arcaria*), obbligazioni letterali mediante

MARIA ANTONIETTA LIGIOS

questi, venutolo a sapere, pur di sfuggire alle ire del suo padrone, si dà alla fuga⁴⁹ e cerca di imbarcarsi a Porto su una nave diretta verso qualsiasi destinazione (*ref.* 9.12.2). Tuttavia la sua fuga viene segnalata a Carpoforo, che riesce a raggiunge il suo schiavo e dopo varie peripezie ad averlo in consegna (*ref.* 9.12.3). Carpoforo lo riconduce a Roma e lo mette a lavorare in un mulino⁵⁰ (*ref.* 9.12.4); è superfluo precisare che ci si trova dinanzi semplicemente all'esercizio del *ius puniendi* da parte del

expensilatio e acceptilatio litteris e novazioni di obbligazioni preesistenti -, gli adversaria - il brogliaccio dei conti giornalieri, suddivisi nelle colonne del dare e dell'avere - e il liber rationum - la raccolta delle membranae, che riportano i conti correnti intestati ai singoli clienti. Posta questa fondamentale distinzione, si deve comunque ricordare che gli adversaria sono di norma costituiti da tavolette cerate, destinate a essere riutilizzate, poiché i conti giornalieri vengono cancellati ogni mese e riportati sul codex e che nella raccolta delle membranae le rationes degli argentarii e dei nummularii sono suddivise in partite (partes), che ripetono le registrazioni annotate nel codex in ordine cronologico. Sul punto si vedano G. GILIBERTI, Legatum kalendarii, cit., 20 ss., nt. 51; 54; 57; A. MASELLI, Argentaria, cit., 28 ss.; 101 ss.; J. ANDREAU, La vie financière, cit., 617 ss.; A. BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit, cit., 509 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, La banca en Roma, cit., 1544 ss.; G. MINAUD, La comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique romain, Lausanne 2005, 117 ss.

⁴⁹ Sul fenomeno della fuga degli schiavi si veda H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, Wiesbaden 1971, 1 ss.

⁵⁰ Apuleio, metam. 9.12.3-4, offre una descrizione assai triste degli uomini addetti al mulino: Dii boni, quales illic homunculi vibicibus lividis totam cutem depicti dorsumque plagosum scissili centunculo magis inumbrati quam obtecti, nonnulli exiguo tegili tantum modo pubem iniecti, cuncti tamen sic tunicati, ut essent per pannulos manifesti, frontes litterati et capillum semirasi et pedes anulati, tum lurore deformes et fumosis tenebris vaporosae caliginis palpebras adesi atque adeo male luminati et in modum pugilum, qui pulvisculo perspersi dimicant, farinulenta cinere sordide candidati.

[Santi Numi! Che omiciattoli con la pelle striata di lividure e la schiena lacerata dalle battiture, piuttosto adombrata di stracci che coperta, al punto che molti nascondevano appena il pube, con larve di vestiti, e tutti attraverso i pochi stracci parevano nudi; con le fronti marchiate, i capelli a metà rasi, le catene al piede, lividi da non sembrare più uomini, con le palpebre consunte o gli occhi ciechi addirittura per le tenebre e la fuliggine e il fumo; e a guisa di pugilatori che lottano dopo essersi cosparsi di minuta polvere, tutti sudiciamente bianchi sotto una crosta di farina].

dominus nei confronti dello schiavo fuggiasco e non a una condanna della pubblica autorità 51 .

Fin qui il racconto di Ippolito, pur vivido e ricco di particolari, si limita a descrivere il rocambolesco tentativo di fuga del nostro personaggio e l'inevitabile punizione comminatagli dal suo padrone, ma successivamente l'autore riporta delle notizie che offrono alcuni elementi utili ai fini della configurazione giuridica, se così si può dire, della crisi della banca, ormai conclamata.

Infatti Ippolito ci dice che dopo un po' di tempo alcuni confratelli chiesero a Carpoforo di liberare Callisto, poiché questi affermava di aver prestato del denaro a delle persone (ref. 9.12.5)⁵² (notizia, del resto, del tutto plausibile, dato che il prestito a interesse doveva essere, almeno nelle intenzioni iniziali di Carpoforo, l'attività della banca). Quest'ultimo dichiara ai creditori di non essere interessato al proprio denaro, ormai perduto, ma ai depositi dei suoi clienti, anche perché molti fra costoro erano andati a lamentarsi proprio con lui dell'insolvenza di Callisto, affermando di aver depositato il denaro nella banca perché facevano affidamento sul suo buon nome e sulla sua retta reputazione (ref. 9.12.6).

L'atteggiamento di Carpoforo è davvero singolare: egli avrebbe potuto far presente ai creditori che lo assillavano che il ricevimento dei depositi non costituiva oggetto della *praepositio* di Callisto (se è corretta la narrazione dei fatti dovuta a Ippolito) e invece si assume esplicitamente la responsabilità per i debiti che questi aveva contratto con i depositanti. Così, per dare concreta attuazione al suo impegno, Carpoforo libera Callisto dal mulino⁵³, ma questi non riesce a recuperare il denaro che aveva prestato: Ippolito, con la solita malevolenza,

⁵¹ Sul punto si vedano le considerazioni di R. ÉTIENNE, Recherches sur l'ergastule, in Actes du colloque 1972 sur l'esclavage. Annales littéraires de l'Université de Besançon, Paris 1974, 252 s.

⁵² Per Ippolito questa affermazione di Callisto sarebbe menzognera e avrebbe quale unico fine la liberazione; si veda in tal senso R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 253 s.

⁵³ Pare superfluo precisare che Carpoforo libera Callisto dal mulino, nel quale lo aveva messo a lavorare per punirlo, ma non lo manomette.

racconta che a questo punto Callisto, per cercare ancora la morte, si sarebbe recato alla sinagoga per provocare gli Ebrei, disturbandoli durante le celebrazioni del sabato, con la scusa di voler richiedere loro il denaro del quale erano debitori.

6. Le attività della banca

Dal particolare appena riferito emerge un elemento assai significativo ai fini della ricostruzione delle attività finanziarie esercitate dalla banca gestita da Callisto: essa eroga prestiti a interesse a soggetti estranei rispetto alla comunità cristiana e riceve depositi da vedove e confratelli della comunità⁵⁴. In buona sostanza, uno dei due settori finanziari, se così si può dire, è rivolto all'esterno della comunità, mentre l'altro è rivolto all'interno di questa.

Ora, Ippolito pare dare per scontato che pur non avendo dato Carpoforo a Callisto l'incarico di ricevere i depositi dei confratelli, egli si senta comunque responsabile nei confronti di costoro. In proposito si può ipotizzare, sia pure con cautela, che Carpoforo - che sembra occupare una posizione di prestigio nella comunità cristiana di Roma - sia stato previamente informato dai confratelli che essi erano intenzionati ad affidare i propri risparmi alla sua banca. Se ciò fosse accaduto, sarebbe stato ben possibile che Carpoforo avesse approvato, anche solo tacitamente, l'ampliamento del raggio di affari operato da Callisto e, di conseguenza, che egli fosse a conoscenza dei depositi già prima dell'esplosione della crisi. Ma siamo ovviamente sul piano delle congetture: il brano di Ippolito non consente davvero di dare un riscontro oggettivo a questa, ripetiamo, pur possibile spiegazione del comportamento responsabile di Carpoforo nei confronti dei depositanti.

Occorre segnalare un ulteriore problema, relativo al tipo di contratto che i creditori della banca potevano aver stipulato

⁵⁴ Si vedano in tal senso S. MAZZARINO, *Religione ed economia*, cit., 57; R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 254; F. P. RIZZO, *Un esempio di banca*, cit., 266 s.

con Callisto. Anche in ordine a tale profilo giuridico il testo di Ippolito non è risolutivo, poiché egli usa il termine παραθήκη (ref. 9.12.1; 6), che designa il deposito greco (detto anche παρακαταθήκη), il quale aveva un ambito negoziale più ampio rispetto al deposito irregolare romano, potendo avere per oggetto sia il denaro sia altri beni fungibili e, nel caso del denaro, essere chiuso o aperto e prevedere o meno la corresponsione di interessi, secondo gli accordi tra le parti⁵⁵. Si possono comunque richiamare molto rapidamente tre testi del Digesto relativi proprio all'insolvenza della banca, che offrono spunti utili ai fini della risoluzione del problema appena segnalato. È altresì superfluo precisare che i passi di seguito riportati riflettono le incertezze derivanti dal dibattito giurisprudenziale (evidentemente ancora aperto agli inizi del III secolo d. C.) in merito alla qualifica negoziale dei conferimenti da parte dei clienti ai banchieri di somme di denaro aperte, posto che la corresponsione di interessi maturati sulle somme suddette rende problematico l'inquadramento del rapporto nell'ambito del deposito⁵⁶.

⁵⁵ Sul punto si vedano le considerazioni di J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 70 s. e A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 198 s. e nt. 93.

⁵⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 551, rilevato come il deposito irregolare parrebbe rientrare, almeno in astratto, nel mutuo e come per lungo tempo i giuristi romani abbiano ricondotto nell'ambito negoziale del mutuo la consegna di una somma di denaro da restituire nel tantundem, osserva però che a partire da un certo momento, nella prassi socioeconomica, si sia cominciato a diversificare tale fattispecie rispetto alle applicazioni tipiche del mutuo. Infine, "verso la fine dell'età classica, probabilmente sotto l'influenza della prassi ellenistica, alcuni giuristi arrivarono a concedere, nel deposito irregolare, l'actio depositi, con formula in ius concepta e con intentio ex fide bona. Non si trattava di una semplice questione di tecnica formulare: nell'actio depositi come iudicium bonae fidei il giudice poteva tener conto degli interessi convenzionali, anche se solo pattuiti, nel che si deve trovare la spinta per riportare la fattispecie in questione non al mutuo bensì al deposito (irregolare)". Sul punto si vedano anche F. BONIFACIO, Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano, in BIDR., 49-50 (1947), 146 ss.; W. LITEWSKI, Le dépôt irrégulier, II, in RIDA., III s., 22 (1975), 287 ss.; A. MASELLI, Argentaria, cit., 109 ss.; J. ANDREAU, La vie financière, cit., 541 s.; A. BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit, cit., 504; 536 ss.; J.

Il primo è D. 16.3.7.2-3 (Ulp. 30 ad ed.):

Quotiens foro cedunt⁵⁷ nummularii⁵⁸, solet primo loco ratio⁵⁹ haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. 3. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.

DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des* praefectus urbi, cit., 322 s.; A. VALMAÑA OCHAITA, *El deposito irregulare en la Jurisprudencia romana*, Madrid 1996, 106; 113; 121 ss.; F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino 2008, 56 ss.; 63 ss.; P. SCHEIBELREITER, *Das* depositum, cit., 222 ss.; A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 207.

⁵⁷ A. WACKE, Pecunia in arca, Lecce 2002, 58, nt. 64, nota come la locuzione 'foro cedere', che designa specificamente il fallimento del banchiere, si spiegherebbe col fatto che in tale evenienza fosse necessario rimuoverne la taberna dal foro. Sul punto si vedano anche A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 208 ss. e, da ultimo, A. CASSARINO, Riflessioni sulla nozione di 'foro cedere' in riferimento all'esecutato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato, in Teoria e storia del diritto privato. Rivista internazionale on line, 7 (2014), §§ 4-5.

58 In origine i *nummularii* erano specializzati nel cambio e nel saggio delle monete, ma nel lessico giurisprudenziale - almeno a partire da Cervidio Scevola, D. 2.14.47.1 (Scaev. 1 *dig.*) - il termine designa anche operatori finanziari che esercitano le stesse attività degli *argentarii* (ricevimento di depositi ed erogazione di prestiti), come risulta dal testo in esame e da D. 2.13.9.2 (Paul. 3 *ad ed.*), in cui Paolo riporta un parere di Pomponio. A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 208 ss., proprio in riferimento a D. 16.3.7.2-3 (Ulp. 30 *ad ed.*), D. 16.3.8 (Pap. 9 *quaest.*) e D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 *ad ed.*), osserva come sia Papiniano sia Ulpiano pongano la *mensa argentaria* e la *mensa nummularia* sullo stesso piano e utilizzino una terminologia promiscua in riferimento a entrambe, "essendosi ormai alla loro epoca pienamente concluso quel processo di osmosi fra i due tipi di impresa".

⁵⁹ La definizione di conto (*ratio*) è enunciata da Labeone ed è riferita (e integrata) da Ulpiano in D. 2.13.6.3 (Ulp. 4 *ad ed.*), ma si veda anche D. 2.14.47.1 (Scaev. 1 *dig.*); per l'esame di questi passi si fa rinvio, da ultimo, ad A. PETRUCCI, *L'impresa bancaria*, cit., 116 ss.

[Tutte le volte che i *nummularii* falliscono, si suole prendere in considerazione innanzi tutto il conto dei depositanti, quello cioè di coloro i quali hanno depositato somme di denaro, non le somme di denaro di quelli che le hanno depositate presso i *nummularii* per investirle mediante prestiti a interesse, con i *nummularii* o per loro tramite. Dunque, se i beni (dei *nummularii*) sono stati venduti, prima dei privilegi, si prende in considerazione il conto dei depositanti, senza considerare il conto di quelli che, anche in un secondo momento, hanno percepito interessi, come se avessero rinunciato al contratto di deposito. 3. Ci si chiede poi se si consideri l'ordine cronologico di coloro che hanno depositato o se invece i conti di tutti i depositanti concorrano insieme. Ed è evidente che costoro debbano essere ammessi insieme: questo è infatti indicato in un rescritto imperiale].

Ulpiano delinea l'ordine secondo il quale sono soddisfatti i creditori della banca in caso di fallimento: per primi coloro i quali avevano concluso contratti di deposito chiuso, distinti rispetto a quelli che avevano affidato alla banca il proprio denaro perché venisse investito in operazioni speculative, aventi per oggetto il prestito a interesse. Queste ultime sono menzionate nella frase 'non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant', che dovrebbe fare riferimento a due diverse specie di attività ricomprese nel genus 'pecunias faenore exercere apud nummularios'60:

⁶⁰ W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 292, individua tre tipologie di operazioni: "le versement d'intérêts par le banquier lui-même, la participation aux bénéfices d'une affaire gérée en commun, la perception d'intérêts dans un placement effectué par l'entremise du banquier". A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 213 ss., ritiene che la frase 'non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant' faccia riferimento a tre diverse specie di speculazioni:

I) la locuzione 'pecunias faenore exercere apud nummularios' designerebbe una forma di credito a interesse, che oggi verrebbe qualificato come deposito d'investimento;

II) 'pecunias faenore exercere cum nummulariis', potrebbe essere equivalente a 'pecunias faenore exercere apud nummularios', oppure designare:

a) una società tra *nummularius* e cliente per la conclusione di uno o più affari o per l'esercizio di una o più attività, nella quale il primo conferisce la capacità professionale propria o del servo che gestisce la banca e il secondo mette in tutto o in parte il proprio denaro;

- a) nella prima cliente e *nummularius* parrebbero operare insieme ('*pecunias faenore exercere cum nummulariis*'), forse dando vita a una impresa collettiva collegata alla banca, nella quale il cliente è comunque coinvolto nella gestione del capitale depositato, magari concordandone le modalità di investimento con il banchiere;
- b) nella seconda il cliente sembrerebbe limitarsi ad affidare il proprio denaro al banchiere, senza essere coinvolto negli investimenti, demandati *in toto* alla discrezionalità del banchiere, che quindi opererebbe senza concordare col cliente le operazioni da compiere ('pecunias faenore exercere per nummula-rios').

Se così fosse, la differenza tra le due attività speculative starebbe nel ruolo del cliente, coinvolto in prima persona nel primo caso e più defilato nel secondo.

Alla posizione dei 'creditori-speculatori' Ulpiano avvicina quella dei depositanti che, in un momento successivo alla conclusione del contratto, si siano accordati col banchiere per la percezione di interessi, come se avessero rinunciato al contratto di deposito e così, di conseguenza, alla loro posizione di creditori privilegiati.

Il secondo passo è D. 16.3.8 (Pap. 9 quaest.):

Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

[Privilegio che non si esercita soltanto sulla quantità di denaro depositato rinvenuta tra i beni dell'*argentarius*, ma sull'intero patrimonio dell'autore della frode: il che viene ammesso nel pubblico interesse, in vista della necessità di ricorrere agli *argentarii*. Le spese necessarie hanno peraltro sempre la prece-

b) l'esercizio collettivo al di fuori del contratto di società di una impresa collegata alla banca, nella quale opera un servo con *peculium* avente funzioni manageriali;

III) 'pecunias faenore exercere per nummularios', infine, designerebbe l'incarico conferito dal cliente all'operatore finanziario di investire i propri capitali, mediante crediti concessi a terzi.

denza: il calcolo del valore dei beni si suole fare, infatti, dedotte queste spese].

Papiniano osserva come, nel caso di insolvenza della banca dovuta a frode del banchiere che abbia causato il fallimento con il suo comportamento doloso, i creditori possano rivalersi non solo sul denaro depositato, ma anche su tutti i beni del banchiere, perché si fa ricorso ai servizi degli *argentarii* per una *utilitas publica*.

Il terzo brano è D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ad ed.):

In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia. [Nella vendita dei beni dei mensularii si è deciso di preferire, dopo i privilegi, coloro che hanno depositato in banca somme di denaro in ragione dell'affidabilità di cui godono le mensae, mentre coloro che hanno percepito degli interessi sulle somme depositate presso i mensularii non sono tenuti distinti dagli altri creditori, e opportunamente: altro infatti è dare a credito, altro è depositare. Se però i soldi ci sono, ritengo che questi ultimi possano essere rivendicati dai depositanti e colui che li rivendica sia da anteporre ai privilegi].

Ulpiano delinea l'ordine secondo il quale sono soddisfatti i creditori del banchiere nel caso in cui questi subisca la *bonorum venditio*: al primo posto si trovano i creditori privilegiati⁶¹, al secondo i depositanti, al terzo coloro i quali hanno percepito degli interessi sulle somme consegnate alla banca; costoro sono posti sullo stesso piano rispetto agli ulteriori creditori della banca, ma nel caso in cui il banchiere abbia denaro in cassa, i depositanti possono agire per questo, scavalcando anche i creditori privilegiati. Qui dovrebbe trattarsi di depositanti che avevano

⁶¹ Si pensi, per esempio, ai creditori che vantino un diritto reale di garanzia nei confronti del debitore; per l'elenco dei creditori privilegiati si vedano M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 401 ss.

concluso contratti di deposito chiuso, con precisa identificazione delle somme consegnate (*pecunia obsignata*): in questo caso la *rei vindicatio* risulta più vantaggiosa rispetto all'*actio depositi*, perché la posizione dell'attore è *ante privilegia*⁶².

L'incipit del passo parrebbe contraddire quanto affermato dallo stesso giurista severiano in D. 16.3.7.2 (Ulp. 30 ad ed.), 'solet primo loco ratio haberi depositariorum . . . et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur'. Petrucci⁶³ cerca di risolvere l'antinomia, rilevando come nei due passi Ulpiano abbia trattato la questione da due punti di vista differenti: in D. 16.3.7.2 (Ulp. 30 ad ed.), nel commento all'editto sull'actio depositi, egli avrebbe delineato la distinzione tra i depositanti e gli speculatori, rimarcando la precedenza dei primi e il fatto che, se il depositante si fosse in seguito accordato col banchiere per il pagamento di interessi sulla somma depositata⁶⁴, tale precedenza sarebbe venuta meno, mentre in D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ad ed.) il giurista severiano commenta le disposizioni edittali in merito alla posizione dei creditori privilegiati in sede di bonorum venditio. L'Autore⁶⁵ ritiene, pertanto, che dall'esame congiunto dei due testi ulpianei risulti l'ordine secondo il quale i creditori venivano soddisfatti nel caso di bonorum venditio del banchiere insolvente:

I) precedenza assoluta per quei clienti che avevano concluso contratti di deposito chiuso (pecunia obsignata) o

⁶² M. MARRONE, Contributi in tema di legittimazione passiva alla «rei vindicatio», in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, Milano 1972, I, poi in *Scritti giuridici*, (cur. G. FALCONE), (da cui si cita), Palermo 2003, I, 375 s., nt. 113, osserva come questo sia uno dei casi eccezionali nei quali l'azione di rivendica è più conveniente rispetto alla concorrente azione *in personam*.

⁶³ Mensam exercere, cit., 208 ss. e, in particolare, 214; ID., *Per una storia della protezione*, cit., 181 ss.; ID., *L'impresa bancaria*, cit., 211 ss.

⁶⁴ W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 289, osserva: "Il est certain que les parties n'avaient pas contracté de convention d'intérêts sous forme de stipulation. En revanche, un pacte non formel ne pouvait engendrer une obligation de payer des intérêts dans le cadre du prêt. Il devait donc s'agir d'une situation où, dans un rapport juridique qu'Ulpien qualifie de prêt, les intérêts avaient été acceptés. Leur paiement volontaire excluait la *condictio*".

⁶⁵ A. PETRUCCI, Per una storia della protezione, cit., 184; ID., L'impresa bancaria, cit., 214.

regolare (in cui il banchiere può utilizzare le monete, ma non la somma)⁶⁶;

- II) subito dopo, i creditori privilegiati e poi i clienti che avevano concluso contratti di deposito aperto o irregolare;
- III) infine i creditori chirografari, posti sullo stesso piano dei clienti che avevano depositato somme di denaro pattuendo con il banchiere, anche in un momento successivo, la corresponsione di interessi e di quelli che avevano posto in essere operazioni speculative con il banchiere⁶⁷.

Io sarei propensa a tenere anche conto dello spunto offerto da Marrone⁶⁸ e ritenere, pertanto, che la posizione dei depositanti che 'scavalcano' anche i creditori privilegiati dipenda dalla loro scelta di intentare l'azione di rivendica. Questo consentirebbe di superare l'apparente antinomia tra D. 16.3.7.2 (Ulp. 30 ad ed.) e D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ad ed.).

Dalla narrazione di Ippolito non risulta che tipo di deposito avessero concluso le vedove e i confratelli, se un deposito 'chiuso', oppure un deposito produttivo di interessi, che per Ulpiano, come si è appena visto, non garantirebbe comunque una posizione privilegiata al creditore della banca nel caso di procedura esecutiva per l'insolvenza di questa. Per Mazzarino⁶⁹, che propende - probabilmente a ragione - per la seconda soluzione, gli interessi che la banca richiedeva ai clienti

⁶⁶ Sul punto si vedano F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 149 ss. e W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 288 s.

⁶⁷ F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 150, individua tre diverse posizioni sulle quali si può attestare il depositante nella procedura concorsuale nei confronti del banchiere:

I) se il deposito è chiuso e v'è il denaro nelle casse del banchiere, il depositante potrà agire con la *rei vindicatio*;

II) se il deposito è chiuso, ma il denaro consegnato dal depositante non esiste più nella sua specifica individualità, il depositante potrà soddisfarsi dopo i creditori privilegiati e prima dei chirografari;

III) infine, se il deposito è usurario, il depositante rientrerà nella massa degli altri creditori.

⁶⁸ Per il quale si veda *supra* alla nt. 62.

⁶⁹ *Religione ed economia*, cit., 57; si veda in tal senso anche J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 70 s.

ai quali aveva erogato prestiti erano più alti di quelli che la stessa pagava sui depositi fruttiferi e questo avrebbe dovuto consentire, in una congiuntura economica 'sana', un buon margine di guadagno per la banca.

Ora, anche alla luce di questa importante osservazione, si può provare a capire cosa sia successo alla banca gestita da Callisto; si debbono fare tre considerazioni, suggerite dal confronto tra i testi del Digesto appena riportati e la narrazione di Ippolito (*ref.* 9.12.1;5):

I) i depositanti - qualificati come vedove e confratelli - sembrano essere piccoli risparmiatori non propensi a rischiose speculazioni finanziarie; essi si rivolgono alla banca per ottenere un servizio di custodia delle proprie somme, il che non dovrebbe escludere la possibilità di percepire anche degli interessi. Elemento decisivo ai fini della conclusione del contratto è la retta reputazione, il buon nome di cui gode Carpoforo (*ref.* 9.12.1;6), che pare richiamare la *fides publica* di cui godono i banchieri, menzionata per esempio da Ulpiano in D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 *ad ed.*)⁷⁰;

II) non sembra che nel caso sia riscontrabile la varietà di creditori che risulta dai due passi di Ulpiano; non dovrebbe pertanto porsi il problema del grado in base al quale essi potranno rivalersi;

III) nel momento in cui gli affari della banca iniziano ad andar male e i depositanti si rendono conto che Callisto non è più grado di restituire loro le somme affidate, Carpoforo, avvisato della crisi, chiede a Callisto i registri della contabilità e questi, spaventato, si dà alla fuga (ref. 9.12.2). In questo momento Carpoforo è ormai a conoscenza dell'insolvenza del suo schiavo, ma ciò che egli con buona probabilità vuol verificare è se questi abbia utilizzato per i prestiti a interesse non solo la somma di denaro che gli aveva affidato a tal fine, ma anche i depositi di vedove e confratelli e, soprattutto, se Callisto abbia fatto queste operazioni senza che vi fosse nella cassa della banca il denaro necessario per restituire le somme oggetto dei depositi a richiesta dei depositanti.

⁷⁰ Si veda anche D. 2.13.9.2 (Paul. 3 *ad ed.*).

E proprio quest'ultimo è il 'punto dolente' della gestione di Callisto: egli ha impiegato nel prestito a interesse non solo la somma affidatagli da Carpoforo, ma anche i depositi dei confratelli, i quali ben difficilmente potevano averlo incaricato di svolgere speculazioni finanziarie coi loro risparmi. Forse, in una situazione finanziaria 'sana', nella quale i debitori della banca sono di norma adempienti, l'operazione poteva aver un margine di rischio non eccessivo e garantire da una parte buoni guadagni alla banca e, dall'altra, interessi per i depositanti, ma nella cattiva congiuntura finanziaria che si crea sotto il regno di Commodo l'operazione diventa rovinosa perché, come si è visto, i debitori della banca che avevano da questa ricevuto i prestiti non sono più in grado di restituire le somme ricevute con gli interessi; quindi Callisto, a sua volta, non può restituire ai depositanti le somme che costoro gli avevano affidato e la sua azzardata operazione diventa palese⁷¹.

7. La condanna di Callisto

Ma ritorniamo al racconto di Ippolito: abbiamo visto che Callisto si reca di sabato alla sinagoga, secondo l'autore per provocare gli Ebrei e trovare la morte nel tumulto; più verosimilmente, per chiedere ai debitori della banca, almeno in parte membri di questa comunità, la restituzione delle somme ricevute in prestito con gli interessi maturati⁷². I debitori, però, com'era prevedibile, si infuriano con Callisto, la discussione

⁷¹ A. TORRENT, *Turbulencias financieras*, cit., 184 s.; 210 ss., ritiene che la bancarotta di Callisto sia colposa e non fraudolenta: egli non avrebbe sottratto i depositi dei clienti, né avrebbe agito con il proposito di ingannarli, ma avrebbe investito il loro denaro senza che la banca avesse le coperture necessarie e senza valutare in maniera corretta i rischi insiti in tale operazione; inoltre egli non avrebbe neppure richiesto garanzie adeguate ai clienti ai quali aveva erogato i prestiti feneratizi, non potendosi poi rivalere in alcun modo nei loro confronti.

⁷² Si vedano in tal senso R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 254 e nt. 92; J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 81; F. P. RIZZO, *Un esempio di banca*, cit., 267.

forse degenera dal campo degli affari a quello religioso - sembra infatti avvertirsi una certa tensione tra le due comunità - e ne nasce una rissa, nel corso della quale Callisto viene insultato e malmenato, per poi essere trascinato dinanzi al *praefectus urbi* Seio Fusciano (*ref.* 9.12.7)⁷³. Col prefetto gli Ebrei si lamentano del disturbo arrecato da Callisto alle loro funzioni, facendo presente che i Romani permettevano loro di praticare pubblicamente i propri culti, cosa che Callisto aveva impedito col suo comportamento (*ref.* 9.12.8).

A questo punto, sempre davanti al prefetto, interviene Carpoforo prontamente avvisato dei guai del suo schiavo, il quale accusa Callisto per il cattivo andamento dei suoi affari e nega che questi appartenga alla comunità cristiana (gli Ebrei lo avevano accusato, dicendo che li aveva disturbati dichiarandosi cristiano), ma Seio Fusciano, istigato dagli Ebrei, fa flagellare Callisto e lo condanna ai lavori forzati nelle miniere della Sardegna (*ref.* 9.12.9)⁷⁴.

A quale titolo Seio Fusciano pronuncia questa condanna? Per quale crimine Callisto è stato denunciato dagli Ebrei? Per il fatto di essere cristiano o per il tumulto alla Sinagoga⁷⁵? È del

⁷³ È superfluo precisare come, in ambito criminale, lo schiavo sia considerato in linea di principio responsabile come un soggetto libero - secondo quanto risulta, per esempio, da D. 48.2.12.4 (Ven. Sat. 2 *de iud. publ.*) e da D. 48.19.28.16 (Call. 5 *de cogn.*) - benché nei suoi confronti siano irrogate pene particolarmente ignominiose e crudeli; sul punto si vedano B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 111 e G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il Principato*, in *ANRW.*, 14.II, (*cur.* H. TEMPORINI, W. HAASE), Berlin - New York 1982, 767.

⁷⁴ Sulla condanna ai lavori forzati nelle miniere si vedano, da ultimi, F. SALERNO, «Ad metalla». *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, 1 ss.; S. DORE, *La* damnatio ad metalla *degli antichi cristiani: miniere o cave di pietra?*, in *ArcheoArte*, 1 (2010), 77 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena*, cit., 13 ss. e, in particolare, 116 s., per la condanna di Callisto.

⁷⁵ Non sembra invece plausibile che Callisto sia stato accusato di essere cristiano. Infatti le fonti in nostro possesso ci permettono di affermare che, a partire da Traiano, si richiedesse una denuncia circostanziata per accusare qualcuno di essere un cristiano (Plin. *epist*. 10.96-97) e, a partire da Adriano, nel caso in cui l'accusa si fosse dimostrata infondata, il denunciante sarebbe andato incontro a gravi conseguenze in quanto calunniatore, secondo ciò che risulta dal rescritto di questo

tutto plausibile che gli Ebrei, proprio facendosi forti della protezione accordata loro, abbiano denunciato Callisto per il grave disturbo arrecato al culto e si siano difesi per aver partecipato a una rissa che doveva aver evidentemente turbato l'ordine pubblico, il cui mantenimento era proprio demandato al *praefectus urbi*⁷⁶. Mazzarino⁷⁷ ipotizza che Seio Fusciano possa aver condannato Callisto in applicazione del rescritto di Marco Aurelio menzionato in D. 48.19.30 (Mod. 1 *de poen.*):

Si quis aliquid fecerit, quo leves hominum animi superstitione numinis terrentur, divus Marcus huiusmodi homines in insulam relegari rescripsit.

[Se qualcuno avrà fatto qualcosa, in ragione della quale gli animi suggestionabili degli uomini siano atterriti dalla paura della divinità, il divino Marco dispose per rescritto che uomini siffatti siano relegati in un'isola].

In realtà si tratta di capire se il rescritto sanzioni la condotta di chi abbia suscitato uno smodato terrore di carattere religioso in persone dal carattere non saldo⁷⁸ (e in questo caso non dovrebbe essere applicabile a Callisto) oppure la condotta che abbia urtato il sentimento religioso delle persone, causando fra queste terrore e quindi agitazione e perturbamento dell'ordine pubblico. Se il rescritto è focalizzato su questa seconda tipologia di condotta, punita per l'allarme sociale che

imperatore a Gaio Minucio Fundano, riferito in Iust. *apol.* 68.2-3 e in Eus. *hist. eccl.* 4.8.6-8; 4.9.1-3 (ma si veda anche *acta Cypr.* 1.5). Sul punto si fa rinvio a G. LANATA, *Gli atti dei martiri come documenti processuali*, Milano 1973, 61 ss.; M. SORDI, *I cristiani e l'impero romano*, Milano 1983, 67 ss.; 73 ss.; D. A. CENTOLA, *Il* crimen calumniae. *Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, 150 ss.

⁷⁶ Sulle competenze del *praefectus urbi* in materia di ordine pubblico cittadino si vedano D. MANTOVANI, *Sulla competenza penale del* «praefectus urbi», cit., 184 ss.; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des* praefectus urbi, cit., 308 s.; ID., *La quiebra de la banca*, cit., 81 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile'*, cit., 198; 219 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 222 ss.

⁷⁷ Religione ed economia, cit., 55, nt. 4.

⁷⁸ Si veda sostanzialmente in tal senso G. DE BONFILS, *Roma e gli ebrei* (secoli I-V), Bari 2002, 70 s.

essa suscita, non si può escludere, seguendo l'autorevole opinione dello Studioso siciliano, che Seio Fusciano possa aver condannato Callisto proprio in applicazione del rescritto di Marco Aurelio.

8. E i creditori della banca?

Come hanno agito i creditori della banca per far valere le proprie pretese? All'epoca, come già detto, per le liti nelle quali una delle parti fosse stato un *argentarius* o un *nummularius*, v'era l'alternativa tra il processo formulare e la procedura cognitoria e si poteva, pertanto:

a) agire davanti al pretore con l'actio depositi, adattata come actio depositi institoria - se, come pare più probabile, Callisto avesse rivestito la qualifica di institor⁷⁹ - o come actio depositi de peculio et de in rem verso - se Callisto fosse stato un servus peculiatus⁸⁰; l'actio depositi in ius ex fide bona (o institoria o de peculio et de in rem verso) avrebbe implicato la condanna per Carpoforo, convenuto per le obbligazioni assunte da Callisto, anche al pagamento degli interessi convenzionali; se Carpoforo non avesse potuto ottemperare alla condanna, a questa sarebbe eventualmente seguita la bonorum venditio, secondo la procedura abituale, che parrebbe quella seguita nei tre testi del Digesto esaminati supra⁸¹, nei quali appunto si tratta dell'ordine secondo il quale debbono essere soddisfatti i creditori dell'argentarius o del nummularius insolvente.

Nel nostro caso, però, non sembra che i depositanti si siano avvalsi di questa misura processuale. Secondo Ippolito, infatti, essi si rivolgono direttamente a Carpoforo e questi risponde loro che avrebbe richiesto le *rationes* al proprio schiavo. Inoltre i depositanti fanno presente a Carpoforo che Callisto aveva rivelato loro l'esistenza di crediti vantati dalla banca nei confronti di altri clienti (almeno in parte, a quanto

⁷⁹ Sul punto si veda *supra* al § 3.

⁸⁰ Sul punto si veda *supra* al § 3.

⁸¹ D. 16.3.7.2-3 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 16.3.8 (Pap. 9 *quaest.*); D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 *ad ed.*), per i quali si veda *supra* al § 6.

pare, membri della comunità ebraica di Roma), ragion per cui il *dominus* libera il servo dal mulino affinché li possa riscuotere;

b) accantonata l'ipotesi del procedimento formulare, si può considerare l'alternativa del processo cognitorio dinanzi al *praefectus urbi*. Ma anche tale evenienza pare improbabile, poiché Ippolito nomina più volte Seio Fusciano, che all'epoca dei fatti rivestiva tale carica, e descrive dettagliatamente il procedimento nei confronti di Callisto per la rissa alla sinagoga, ma non dice nulla in merito a un eventuale processo per l'insolvenza di Callisto, che avrebbe dovuto aver luogo nei confronti di Carpoforo. Infatti Carpoforo si presenta dinanzi al *praefectus urbi* solo per negare che il suo schiavo sia cristiano e affermare di aver subito una forte perdita per il suo comportamento (con l'intento, probabilmente, di allontanare l'attenzione della pubblica autorità dalla comunità cristiana⁸²).

Ora, facciamo un passo indietro e cerchiamo di capire per quale ragione, forse, i creditori della banca non diedero inizio a nessuna delle procedure alternativamente a loro disposizione: in ref. 9.12.6 si legge che Carpoforo si impegna personalmente nei confronti delle vedove e dei confratelli per consentire loro il recupero dei depositi e afferma di non preoccuparsi per la somma di denaro che egli stesso aveva affidato a Callisto perché avviasse l'attività creditizia, alla cui perdita si era evidentemente rassegnato⁸³. Pertanto, a fronte dell'impegno di Carpoforo, è ipotizzabile che i creditori si aspettino che il liberto imperiale provveda con prontezza e in prima persona a onorare i debiti assunti dal suo schiavo. Forse anch'essi, al pari di Carpoforo, non vogliono attirare l'attenzione della pubblica autorità sulla comunità cristiana, agendo in giudizio per far valere le proprie pretese. Questa ipotesi è rafforzata dalle stesse parole che Carpoforo pronuncia dinanzi a Seio Fusciano: egli dice che Callisto gli ha fatto perdere una grossa somma, ma non accenna minimamente alla perdita dei depositi e, più in generale, al crack della banca.

⁸² Sul punto si veda ancora *infra* nel testo.

⁸³ Si veda supra al § 5.

MARIA ANTONIETTA LIGIOS

A queste considerazioni si deve aggiungere l'argomento più significativo, quello *e silentio*: Ippolito non fa menzione alcuna di un procedimento, formulare o *extra ordinem*, nei confronti di Carpoforo per la 'bancarotta' di Callisto, né, tanto meno, dell'apertura di una eventuale procedura concorsuale, che si sarebbe dovuta svolgere sempre nei confronti di Carpoforo, con gravissime conseguenze patrimoniali e non. Se anche solo una di queste tre possibili procedure avesse avuto luogo, Ippolito ne avrebbe dato sicuramente conto, al fine di gettare ulteriore discredito sul suo rivale e invece, nella sua narrazione, non v'è riferimento alcuno in tal senso.

Un profilo da tenere ben presente consiste nel fatto che sia se i creditori avessero scelto la procedura formulare sia se si fossero rivolti al *praefectus urbi*, sia se si fosse aperta la procedura concorsuale, il procedimento sarebbe stato comunque contro Carpoforo, perché è il *dominus* a dover rispondere dell'attività negoziale posta in essere dallo schiavo preposto alla *mensa*, come risulta dai testi in tema di preposizione institoria e, nello specifico, da quelli relativi a questo genere di *negotiatio*⁸⁴, principio ancora ribadito da una costituzione di Alessandro Severo del 230 d. C., riportata in C. 4.25.3:

Imp. Alexander A. Marciae.

Institoria tibi adversus eum actio competit, a quo servum mensae praepositum dicis, si eius negotii causa, quod per eum exercebatur, deposita pecunia nec reddita potest probari.

PP. non. Mai. Agricola et Clemente conss.

[a, 230]

[A te spetta l'azione institoria, contro colui dal quale tu dici che è stato preposto uno schiavo a una *mensa*, se si può provare che a causa di quel *negotium*, che era stato esercitato per suo tramite, è stato depositato del denaro e non è stato restituito].

Secondo la cancelleria imperiale, a Marcia, cliente di una *mensa* presso la quale aveva depositato una somma di denaro,

⁸⁴ D. 14.3.5.2-3 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.19 (Pap. 3 *resp.*); D. 14.3.20 (Scaev. 5 *dig.*); si veda anche D. 14.5.8 (Paul. 1 *decret.*), per il quale si fa rinvio *infra* alla nt. 87.

spetta l'*actio institoria* contro il *dominus* che abbia preposto uno schiavo all'attività finanziaria, se essa dimostra che questi abbia ricevuto il denaro che poi non ha restituito nell'ambito delle attività finanziarie alle quali era stato preposto ⁸⁵.

Pertanto, anche nel caso narrato da Ippolito - che presenta degli evidenti profili di analogia con la fattispecie in merito alla quale era stata emanata questa costituzione imperiale - sarebbe dovuto essere Carpoforo a dover rispondere in giudizio per i debiti contratti da Callisto. Dunque, se riconsideriamo *ref.* 9.12.1, pare chiaro, malgrado il lieve margine di incertezza derivante dal testo greco, che Carpoforo ricorra agli 'strumenti giuridici' del diritto romano (probabilmente *praepositio* dell'*institor* e *taberna instructa*) per organizzare la sua impresa bancaria, predisponendo a tal fine un complesso di beni e

⁸⁵ Ulteriori indicazioni sono offerte dalla lettura di D. 14.3.19.1 (Pap. 3 resp.): Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Per la traduzione di questo passo si veda *supra* al § 3, nt. 26.

Il principio enunciato da Papiniano costituisce l'esplicazione del principio generale risultante da una lunga serie di testi giurisprudenziali, specialmente in tema di actio institoria, per il quale la negotiatio sarebbe caratterizzata da una continuità e un'autonomia che le consentono, si potrebbe quasi dire, di 'vivere una vita propria', non risentendo delle vicende concernenti preponente e preposto. Di conseguenza, la negotiatio esercitata per mezzo di un institor prosegue ininterrottamente il suo corso sia nel caso di morte del preponente sia nel caso di sostituzione, manomissione, morte e vendita del preposto. Nel caso di specie trattato da Ulpiano, il fatto che il dominus titolare di una mensa abbia manomesso lo schiavo institor non incide affatto sulla responsabilità del preponente, che dovrà comunque rispondere per l'attività negoziale del preposto, del quale abbia continuato ad avvalersi dopo l'affrancazione. Secondo A. PETRUCCI, Mensam exercere, cit., 309, il frammento D. 14.3.19 (Pap. 3 resp.) illustrerebbe tre diverse attività offerte dall'imprenditore finanziario alla clientela: nel principium si tratta di un 'procurator mutuis pecuniis accipiendis'; nel § 1 di un 'servus institor apud mensam pecuniis accipiendis'; nel § 3 di un 'servus pecuniis tantum faenerandis praepositus'. Su questo passo si vedano, da ultimi, ancora A. PETRUCCI, Per una storia della protezione, cit., 178 s.; M. MICELI, Studi sulla «rappresentanza», cit., 340 ss.; P. CERAMI, Introduzione, cit., 47 s.; M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 87 ss.

preponendovi Callisto. Ma, nel momento in cui gli affari iniziano ad andar male e si profila in tutta la sua gravità lo stato d'insolvenza, i depositanti non si avvalgono dei mezzi di tutela predisposti dal diritto romano: essi non esperiscono l'actio institoria davanti al pretore, né in alternativa si rivolgono al praefectus urbi.

Dalla narrazione di Ippolito risulta inoltre con chiarezza come si cerchi di risolvere le questioni della banca all'interno della comunità cristiana, senza far ricorso all'autorità pubblica: c'è sempre qualcuno che avverte Carpoforo dei movimenti di Callisto, i creditori si rivolgono direttamente a Carpoforo, lamentando l'insolvenza del suo schiavo, sempre i creditori chiedono a Carpoforo di liberare Callisto dal mulino, per agevolare la riscossione dei crediti che aveva erogato quando era a capo della banca, c'è infine qualcuno che va prontamente a riferire a Carpoforo della rissa scatenata da Callisto nella sinagoga e del fatto che questi sia stato trascinato dinanzi al praefectus urbi. È solo in questo momento che Carpoforo mette piede in un tribunale e non vi è certo trascinato dai creditori della banca.

D'altro canto, Carpoforo non sembrerebbe agire in giudizio per cercare di recuperare i prestiti erogati dallo schiavo, più gli interessi. Non solo: se davvero - come si deduce dalla narrazione di Ippolito - i debitori della banca (o parte di questi) sono membri della comunità ebraica, egli non fa neppure presente questa circostanza quando compare dinanzi al *praefectus urbi* nel corso del processo per la lite alla sinagoga. Tale atteggiamento, forse, può essere dettato dalla volontà di stemperare le tensioni intercorrenti tra la comunità cristiana e quella ebraica, che all'epoca godeva della libertà di culto che alla prima non era concessa, pur aprendosi con Commodo un periodo favorevole per i cristiani, che prosegue con la dinastia severiana⁸⁶.

⁸⁶ Sul punto si vedano, per esempio, S. MAZZARINO, *Religione ed economia*, cit., 54 ss.; M. SORDI, *I cristiani e l'impero romano*, cit., 83 ss.; J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca*, cit., 67 s.

Proviamo a capire il comportamento quantomeno singolare del liberto imperiale: alla fine della lunga e travagliata vicenda, l'unico ad aver subito un danno dal crack della banca parrebbe essere appunto Carpoforo. Possiamo pertanto ipotizzare che egli abbia pagato i creditori della banca utilizzando del denaro proprio (evidentemente non investito nell'impresa bancaria) e onorando così l'impegno assunto nei confronti delle vedove e dei confratelli (*ref.* 9.12.6)87. Ma si può

o in procedimenti davanti al pretore o in procedimenti cognitori. A questo proposito, interessanti spunti di riflessione sono offerti dalla lettura di D. 14.5.8 (Paul. 1 decret.): Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, [non] <nam> pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec [videtur] <videri> hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

[Tiziano Primo aveva preposto un servo a erogare mutui in denaro e a ricevere pegni; questo servo era anche solito accollarsi e pagare il debito del compratore a favore dei commercianti d'orzo. Il servo era fuggito e colui al quale il servo era stato delegato a versare il prezzo dell'orzo, aveva convenuto in giudizio il proprietario per l'attività negoziale esercitata dall'institore; costui negava che lo si potesse convenire per questo nome, poiché il servo non era stato preposto a quell'attività. Tuttavia, avendo provato che lo stesso servo aveva sia gestito molti altri affari sia preso in affitto dei magazzini sia pagato a molti, il prefetto dell'annona aveva emanato una sentenza contro il proprietario. Dicevamo che era parsa come una fideiussione, perché il servo avrebbe pagato il debito per conto di un altro, in quanto per conto di altri aveva assunto il debito: non si era soliti tuttavia concedere l'azione institoria contro il proprietario per tale causa, né era sembrato che il proprietario avesse dato incarico di ciò. Ma poiché era parso che il servo lo avesse sostituito in tutti gli affari in suo nome, l'imperatore aveva confermato la sentenza].

Paolo non dice che lo schiavo di Tiziano Primo è preposto a una banca, però questi esercita un'attività sostanzialmente analoga a quella di Callisto, vale a dire l'erogazione di prestiti feneratizi, con la sola differenza che, nel caso trattato dal giurista severiano, l'institore si fa garantire da pegni la

restituzione delle somme che presta. Anche in questo caso il servo institore esorbita dall'ambito della praepositio e inizia a esercitare un'attività alla quale non era stato preposto: infatti egli funge da intermediatore finanziario tra i mercanti d'orzo e gli acquirenti, anticipando i pagamenti di costoro. Questa attività assume proporzioni sempre più ampie, coinvolge una numerosa clientela e rende necessaria la locazione di magazzini per lo stoccaggio delle derrate che ne sono oggetto. A un certo punto, però, lo schiavo fugge - non è chiaro se ciò sia dovuto a un rovescio degli affari (come nel caso di Callisto) o se egli scappi col denaro dei clienti - e diversamente da Callisto non si fa riacciuffare. Tiziano Primo viene convenuto in giudizio davanti al prefetto dell'annona da un creditore che non aveva ricevuto il prezzo per una partita di granaglie. Qui, peraltro, va notato come, pur essendo Tiziano Primo titolare di un'attività finanziaria, l'attore agisca dinanzi al prefetto dell'annona, competente extra ordinem per le liti in materia di approvvigionamento alimentare dell'urbe, e non dinanzi al prefetto all'urbe, competente per le liti nelle quali una delle parti sia un banchiere. Si può ipotizzare o che il praefectus urbi sia competente per le attività dei soli argentarii e nummularii, e non anche per quelle di altri operatori finanziari non qualificati espressamente da questi termini, o che, nel caso di un possibile conflitto di competenze, che si verrebbe a delineare in un caso come quello trattato in D. 14.5.8 (Paul. 1 decret.), in cui una delle parti è un operatore finanziario e l'altra è un commerciante di derrate alimentari destinate all'approvvigionamento di Roma, quest'ultimo profilo sia considerato d'interesse prevalente e, di conseguenza, il procedimento abbia luogo dinanzi al prefetto dell'annona e non dinanzi al praefectus urbi. Il caso di Tiziano Primo, comunque, ha un esito differente rispetto alla vicenda di Callisto: il negotiator hordei che lo schiavo fuggitivo non ha pagato conviene in giudizio Tiziano Primo davanti al praefectus annonae: qui egli si difende facendo presente che quest'attività non costituiva oggetto della praepositio e pertanto non sarebbe tenuto a risponderne. Malgrado questa obiezione, Tiziano Primo è condannato e anche l'appello che egli presenta dinanzi all'imperatore si conclude con la sua condanna (già pronunciata dal praefectus annonae), motivata dal fatto che risultava che lo schiavo avesse agito come sostituto del dominus in tutte le attività di questi. A tali elementi, che avvalorano l'ipotesi che il dominus non potesse non essere a conoscenza delle attività del suo schiavo e ne avesse tacitamente approvato o comunque tollerato lo svolgimento, si aggiunga che nell'ambito della cognitio extra ordinem la formula - impiegata dall'attore per esprimere in termini sintetici ed esaustivi la pretesa dell'attore - non vincola l'organo giudicante con la rigidità che connotava il compito del giudice privato nel processo formulare e che, nel caso di specie, è altresì ipotizzabile il favore nei confronti del negotiator hordei, che contribuisce a rifornire di derrate alimentari la città. Su questo passo si veda, da ultima, M. A. LIGIOS, Nomen negotiationis, cit., 67 ss.

LE BANCHE FALLIVANO ANCHE A ROMA

credere che questo comportamento possa anche essere dettato dalla volontà di Carpoforo di non attirare l'interesse della pubblica autorità sulla comunità cristiana, cosa che sarebbe potuta accadere se qualcuno dei creditori della banca avesse deciso di agire in giudizio - davanti al pretore con la procedura formulare o *extra ordinem* davanti al *praefectus urbi* - per far valere il proprio credito e in questa prospettiva si può anche comprendere il fatto che Carpoforo neghi che Callisto sia cristiano.

La vicenda parrebbe quindi chiudersi per lui con delle gravi perdite sul piano economico, ma la comunità cristiana è protetta e il suo buon nome è salvo e infatti non è un caso che Ippolito lo rimarchi nella sua narrazione.

La funzione delle casse di risparmio nell'Italia liberale: l'evoluzione del loro *status* in un "percorso a ostacoli" tra beneficenza e credito

In the beginning of the XIX century and throughout the century, the first Saving banks were establish and started to develop. During those years, with the unification of Italy, the conflict between the new State and the Catholic Church reaches its peak. In this context these institutions, that can be considered something between a religious organization and a commercial ones, arise a little 'miraculously, creating a cooperation between secularists and Catholics. The legal ambiguity, the political context and their own hybrid nature created many difficulties for classification of Savings Banks into the (existing) legislation. This article addresses the process of defining their status through the doctrine, legislation and case law.

Il rapporto tra il mondo del credito - le banche - e il mondo dell'assistenza - gli enti ecclesiastici - si perde nelle origini stesse del diritto¹. All'interno del diritto dell'economia può essere interessante approfondire tale rapporto in particolare nel diciannovesimo secolo. Le casse di risparmio furono costituite, in Italia, nei primi anni dell'Ottocento ma fu solo dopo l'unificazione che il fenomeno si rafforzò, contribuendo a creare le basi del sistema creditizio nazionale. Punto di svolta fu la legislazione riformatrice di Francesco Crispi². È necessario, brevemente, ricordare che le casse di risparmio nacquero in un

¹ Cfr. A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Giappichelli, Torino 2002; S.A. FUSCO, *Pecuniam comodare: aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d.C.*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Perugia, Perugia 1980; si veda anche in questo volume, M.A. LIGIOS, *Le banche fallivano anche a Roma: il crack di Callisto all'epoca di Commodo*, in questo volume.

² In particolare la legge sul riordinamento delle casse di risparmio del 15 luglio 1888 n. 5546 e la legge del 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza n. 6972, la cosiddetta legge sulle IPAB.

contesto di prolificazione di nuovi istituti commerciali, creditizi o comunque di tutela del risparmio. Molte erano infatti le tipologie di banche formatesi nei primi anni del XIX secolo: banche d'affari, banche dedicate all'agricoltura³, banche deputate, soprattutto, alla raccolta del risparmio, banche popolari e postali⁴, banche specializzate nel credito a breve termine per il finanziamento degli investimenti industriali⁵. Alcuni storici dell'economia distinguono, tra i diversi tipi di banca, quelle che sono create dalle necessità di produzione e di scambio, diremmo noi oggi dal mercato, da quelle che invece nascono "spinte da motivazioni" diverse "di carattere non direttamente econo-

³ Cfr. L. CARPI, Del credito delle Banche e delle Casse di Risparmio nei loro rapporti coll'Agricoltura, Giannini e Fiore, Torino 1857, pp. 179-235; A. FERRERO GOLA, Le Casse di Risparmio e l'ordinamento del credito fondiario ed agricolo, Tipografia letteraria, Torino 1865; L. ROCCA, Casse di risparmio: Beneficenza e credito agrario, tip. Leonardo da Vinci, Città di Castello 1928.

⁴ Cfr. L. LUZZATTI, Sull'andamento del credito popolare in Italia, in «Rivista della Beneficenza pubblica e degli istituti di Previdenza», anno 1879, fascicolo di settembre, in particolare pp. 8-11; ID, La diffusione del credito e le banche popolari, a cura di P. PECORARI, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, Venezia 1997; L. PAOLINI, Delle relazioni fra le casse di risparmio e le banche popolari, tip. dell'Unione cooperativa editrice, Roma, 1895; P. CAFARO, Banche popolari e casse rurali tra '800 e '900: radici e ragioni di un successo, in Le banche popolari nella storia d'Italia, a cura di P. PECORARI, Atti della quinta giornata di studio "Luigi Luzzatti" per la storia dell'Italia contemporanea (Venezia 7 novembre 1997), Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, Venezia 1999. Per le differenze tra le casse di risparmio e le casse di risparmio postali, i loro rapporti e i possibili conflitti tra esse si veda Q. SELLA, Le Casse postali di risparmio, in «Nuova antologia di lettere scienze ed arti», 1880; A. PODESTÀ, Sulle casse di risparmio in Italia. Lettera all'Onorevole Sella, Tipografia eredi Botta, Roma, 1881, in particolare pp. 7-11; E. BERNARDI, Le casse postali di risparmio, tip. Terrier, Demonte 1882; R. MASSETTI, Discorso sulle casse postali di risparmio, tip. Stracca, Frosinone 1890; R. CORIGLIANO, La cassa depositi e prestiti e le casse di risparmio postali, F. Angeli, Milano 1980; A. MAURIELLO, Origini e storia delle casse postali di risparmio, Lurenziana Napoli 1980.

⁵ Cfr. Banche e reti di banche nell'Italia postunitaria, a cura di G. CONTI e S. LA FRANCESCA, il Mulino, Bologna 2000; S. LA FRANCESCA, Storia del sistema bancario italiano, il Mulino, Bologna 2004; F. GIORDANO, Storia del sistema bancario italiano, Donzelli, Roma 2007.

mico ma politico, sociale, etico e culturale"6. Le casse di risparmio nascono proprio da questa seconda esigenza: come risultato "delle idee filantropiche dell'illuminismo" la cassa di risparmio è infatti "destinata a favorire la formazione e la raccolta del piccolo risparmio a carattere previdenziale"7. Se in Europa, in particolare nelle grandi potenze economiche (Prussia, Inghilterra, Francia ed Austria), per tutto l'Ottocento vi fu un proliferare di banche di emissione generiche parallelamente a banche relativamente specializzate, in Italia nacque il fenomeno delle banche miste contrapposto al modello tedesco della banca universale8. Concepito su idee illuministiche, il sistema delle casse di risparmio è forse uno dei pochi settori che l'ondata riformatrice napoleonica ha lasciato sostanzialmente invariato, per cui si può intravedere una linea di continuità tra le prime casse di risparmio di fine Settecento e quelle della metà del XIX secolo9. Nello specifico, nella penisola, il periodo che va dal Congresso di Vienna alla fine degli anni quaranta fu quasi del tutto privo di novità nel settore bancario, al contrario della fase successiva in cui esplose il fenomeno delle casse di risparmio¹⁰. Apparse già nel secolo precedente in vari paesi del nord d'Europa e dopo la Restaurazione anche in Francia, le casse di risparmio, in Italia, sono almeno all'inizio un fenomeno principalmente lom-

⁶ A. COVA, *La banca italiana nel contesto creditizio europeo secoli XIX-XX*, in *La Compagnia di San Paolo 1563-2013*, a cura di W. BARBERIS e A. CANTALUPPI, Vol. II, Einaudi, Torino 2013, p. 3. Per contro le casse di risparmio vengono ritenute "di origine antica e spontanea" in confronto alle casse postali di origine statale cfr. G. INGROSSO, Voce *Cassa di risparmio*, in *Novissimo digesto italiano*, 1958, pp. 1021 - 1033.

⁷ Cfr. G. DE CAPITANI D'ARZAGO, Voce Cassa di risparmio, in Enciclopedia Treccani, p. 316.

⁸ Cfr. R. CAMERON, Le banche e lo sviluppo del sistema industriale, il Mulino, Bologna 1975.

⁹ Più in generale sulle innovazioni francesi derivanti dall'invasione napoleonica si veda, M. GOSSO, *Sulla politica economia e finanziaria del governo provvisorio piemontese del 1798-1799*, in «Bollettino storico bibliografico subalpino», 1973, pp. 653-744.

¹⁰ Cfr. D. MORELLI, *Poche parole sulle casse di risparmio*, stabilimento tipografico Gaetano Nobile, Napoli, 1865.

bardo¹¹. In tale contesto il governo di Vienna, quindi la politica e non il mercato, aveva deciso di creare nel Lombardo - Veneto questi istituti come strumento di politica sociale. Lo scopo principale era infatti non tanto di sviluppo dell'attività imprenditoriale quanto invece l'incentivo del risparmio popolare con lo scopo di realizzare degli utili da destinare ad attività previdenziali. Sulla nascita della prima cassa di risparmio in Italia si è scritto molto senza arrivare ad una conclusione condivisa. In questo lavoro non ci si inserisce nel dibattito ancora in corso, ma ci si limita a ricordare che tra il 1818 e il 1822 nel lombardoveneto si ebbero le prime istituzioni di questo tipo¹². L'iniziativa ebbe un grande successo, se si pensa che già nel 1823 solo tra Lombardia e Veneto se ne contano sette, nel 1830 nove, nel 1840 venticinque, nel 1850 in tutta la penisola erano diventate sessanta, sino ad arrivare nel 1860 al picco massimo di novantuno¹³.

Ad unificazione politica avvenuta e con i lavori in corso per l'unificazione legislativa ed amministrativa si pose anche per le casse di risparmio il problema di trovare una definizione giuridica al loro *status*, mantenendo la loro funzione al confine tra beneficenza e credito.

Le casse di risparmio si possono definire come "istituti di natura essenzialmente benefica aventi lo scopo di raccogliere,

¹¹ Cfr. A. COVA e M. GALLI, Finanza e sviluppo economico-sociale. La Cassa di Risparmio delle Provincie Lombarde dalla fondazione al 1940, Cariplo-Laterza, Milano - Bari 1991.

¹² A tal proposito è emblematico che, sfogliando le principali enciclopedie giuridiche, il Digesto Italiano segnali come prima cassa di risparmio quella di Rovigo nel 1822 e Enciclopedia giuridica italiana quella di Venezia nel medesimo anno.

¹³ I numeri possono oscillare a seconda che si considerino le singole casse di risparmio o le loro sedi, quel che qui conta far rilevare è la crescita tendenziale. Cfr. A. COVA, *La banca italiana nel contesto creditizio* op. cit.; G. DE CAPITANI D'ARZAGO, op. cit., p. 317; *Storia delle casse di risparmio e della loro associazione 1822-1950*, a cura di L. DE ROSA, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 11. Si è scelto qui di inserire quanto riportato in *Le casse di risparmio in Italia dal 1822 al 1904, notizie storiche presentate all'Esposizione di Milano del 1906*, a cura del MINISTERO DELL'AGRICOLTURA, INDUSTRIA E COMMERCIO, tip. Bertero, Roma 1906, pp. 14 - 16.

custodire e investire i risparmi minimi delle classi meno fortunate della popolazione costituendo loro gradatamente dei capitali"¹⁴. Si sottolinea quindi la doppia funzione intrinseca di queste istituzioni: da un lato incentivare il risparmio nelle classi sociali popolari dall'altro sostenere tramite un intervento sociale gli strati più umili della popolazione. Questa doppia funzione costrinse la dottrina prima, il parlamento poi ed infine la magistratura ad interrogarsi se, consapevoli del dualismo dell'istituzione, si dovesse regolamentarle come opere pie o come enti commerciali¹⁵.

Pur non potendo in questo contesto approfondire il percorso storico di nascita ed evoluzione delle casse di risparmio, ammesso che sia possibile elaborare una storia comune che assorba le numerose opere edite su singoli istituti delineandone tratti generali, è però necessario segnalare che le casse di risparmio nelle province lombarde sin da subito cercarono di allargare il loro ambito di azione attraverso varie forme di deposito e tramite l'emissione di titoli di credito a lungo termine, privilegiando le loro attività sul versante degli enti di commercio¹⁶.

L'incontro tra la sfera religiosa e l'ambito civile si evidenzia sin dalla costituzione delle casse stesse: infatti in genere le casse venivano create da un certo numero, in genere ridotto, di persone che costituivano una società anonima che tramite la

¹⁴ Cfr. F. FLORA, Voce Casse di risparmio, in Enciclopedia Giuridica Italiana, p. 634.

¹⁵ Il dibattito giuridico sia in dottrina che in giurisprudenza, era ancor più ampio e riguardava tutto il complesso rapporto tra enti ecclesiastici ed economici. Si veda ad esempio sui lasciti pii E. COLOMBO, *La Compagnia di San Paolo e le dinamiche del credito fra età moderna e prima metà dell'Ottocento*, in *La Compagnia di San Paolo* 1563-2013, a cura di W. BARBERIS e A. CANTALUPPI, vol. I, Einaudi, Torino 2013, pp. 577-612 in particolare pp. 594-595. Cfr. A. SENIN, Voce *Cassa di risparmio*, in *Enciclopedia del diritto*, in particolare pp. 427 - 431.

¹⁶ Si veda la *Storia delle casse di risparmio e della loro associazione* op. cit., in particolare pp. 7 - 43 e 73 - 110; e sulle casse di risparmio in Lombardia, L. MOTTA, *Credito popolare e sviluppo economico. L'esperienza di una banca locale lombarda fra il 1874 e il 1907*, Giuffrè, Milano, 1976; *Beneficenza e risparmio: i documenti preunitari della cassa di risparmio delle Provincie lombarde*, a cura di M. CANELLA e E. PUCCINELLI, Banca Intesa, Milano 2005.

sottoscrizione di azioni fornivano un capitale sufficiente per avviare l'attività creditizia. Oppure un singolo ente già esistente, pubblico (ad esempio il municipio) o privato (ad esempio un monte di pietà) poteva edificare la cassa di risparmio separando una parte del proprio patrimonio che ad essa espressamente dedicava. Infine, il caso più complesso ma anche più interessante era rappresentato dalla combinazione di persone fisiche e giuridiche pubbliche e private che insieme realizzavano la cassa di risparmio. Una volta consolidatasi, la cassa di risparmio rimborsava a poco a poco i sottoscrittori che non ricevevano né interessi né dividendi. Una volta che gli utili avessero creato un fondo stabile di garanzia dei risparmi versati (almeno il dieci per cento del valore totale dei risparmi) il *surplus* non reinvestito nella gestione della cassa di risparmio doveva essere impiegato in attività di beneficenza o assistenza.

Semplificando, si può schematicamente riassumere che nel sud d'Italia le casse di risparmio sorsero per iniziativa pubblica (generalmente tramite l'intervento dei Comuni)¹⁷ in primo luogo perché il tessuto economico era difficilmente in grado di intervenire nella creazione di questi istituti, in secondo luogo perché fino a dopo l'unificazione non si riscontrano se non con pochissime eccezioni casse di risparmio nell'ex Regno delle due Sicilie, situazione che creava un forte ritardo colmabile solamente dall'intervento pubblico. Nell'Italia centrale, al contrario, le casse di risparmio sorsero spesso per iniziativa dei privati tramite la creazione di società anonime¹⁸. Nel nord dell'Italia,

¹⁷ Sulla nascita delle casse di risparmio nel meridione si vedano, F. PILLITTERI, Credito e risparmio nella Sicilia dell'unificazione, Palumbo, Palermo 1981; R. GIUFFRIDA, Il problema dell'istituzione di Casse di risparmio in Sicilia nel periodo preunitario (1840-1860), tip. Sciarrino, Palermo 1968; F. MASTRANGELO, La Cassa di risparmio del Banco di Napoli, 1862-1883, Arte tipografica, Napoli 1994; R. COLAPIETRA, Un secolo di vita di un istituto creditizio meridionale: la cassa di risparmio dell'Aquila (1859-1960), libreria scientifica editrice, Napoli 1973; R.O. AMILCARE, Quasi un secolo di vita (1861-1953) della cassa di risparmio di Calabria. Con breve premessa di cenni storici sulle origini e sviluppo delle casse di risparmio ordinarie italiane, tip. Chiappetta, Cosenza 1955.

¹⁸ In generale sulle casse di risparmio nell'Italia centrale si vedano a titolo esemplificativo, G.B. MORSIANI, *Notizie storiche sulle casse di risparmio*

con la parziale esclusione delle aree sotto il dominio asburgico almeno fino al 1866, l'iniziativa di fondazione delle casse di risparmio ricadde sugli istituti di beneficenza¹⁹. In Piemonte prima dell'avvento dell'ordinamento costituzionale le casse di risparmio non ebbero un grande sviluppo sia a causa del "lento movimento degli affari ed il più lento sviluppo intellettuale delle masse" sia per un "ambiente politico-amministrativo poco favorevole"²⁰, in un contesto di forte concorrenza, come bene rifugio del risparmio, dei titoli del debito pubblico. Anche in questo caso, come per la legislazione nazionale unitaria, si adottò la decisione di estendere al nuovo Regno d'Italia l'ordinamento giuridico del Regno di Sardegna. La legislazione preunitaria piemontese però non "regolava a priori ... nello stretto senso della parola le casse di risparmio"²¹. L'unica nor-

dell'Emilia, Tipografia compositori, Bologna 1941; La Cassa di risparmio di Firenze nel 19° secolo: ricognizioni delle fonti archivistiche e bibliografiche, a cura di E. BARLETTI e I. NAPOLI, Le Monnier, Firenze 2007; La Cassa di risparmio di Firenze: breve compendio di una lunga storia, a cura di M. MAGINI, Olschki, Firenze 1992; G. PAVANELLI, Dalla carità al credito: la Cassa di risparmio di Firenze dalle origini alla I guerra mondiale, Giappichelli, Torino 1991; ID, Cosimo Ridolfi, i 'campagnoli' toscani e la cassa di risparmio di Firenze in periodo preunitario, in «Bollettino storico pisano», 1984; A.B. TORRI, Le antiche istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza: "mons pietatis et depositorum" di Roma, in «Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza», 1981, fasc. 19, pp. 1890-1892; M. BOLDRINI, Casse di risparmio e banche popolari nelle Marche, tip. C. Ferrari, Venezia 1915; P. MANASSEI, Le casse di risparmio dell'Umbria, uffizio della Rassegna Nazionale, Firenze 1892.

¹⁹ Cfr. per il Piemonte anche N. VASSALLO, Dai monti di pietà alla nascita delle casse di risparmio: il caso piemontese, in Le carte preziose: gli archivi delle banche nella realtà nazionale e locale: le fonti, la ricerca, la gestione e le nuove tecnologie, a cura della ANAI, Atti del Convegno tenuto a Trieste nel 1997; R. ALLIO, Iniziative economiche delle società di mutuo soccorso piemontesi, in «Bollettino storico bibliografico subalpino», 1980, fasc. 1, pp. 179 – 221; A. CRESTADORO, Della organizzazione delle Casse di Risparmio, dei Monti di pietà e delle Banche generali, tip. Mussano, Torino 1843; G.L. GRANERIS, Le strutture delle casse di risparmio della provincia di Cuneo, con particolare riferimento alla Cassa di Risparmio di Savigliano, tesi di Laurea in storia del diritto italiano, Università degli studi di Torino, relatore M.E. VIORIA, anno accademico 1976/1977.

²⁰ L. CARPI, *Del credito* op. cit., p. 208.

²¹ Ivi, p. 210.

ma specifica del settore era la legge del 31 dicembre 1851 che prevedeva per "le casse di risparmio attualmente esistenti, e quelle che per l'avvenire verranno istituite" l'esenzione dal bollo per le attività creditizie e da qualunque imposta per i crediti scritti sui libretti²². La motivazione di tali immunità era, coerentemente con la legge sulle congregazioni di carità del 20 novembre 1859 seguita dal regolamento del 18 agosto 1860, conseguenza dell'impostazione secondo la quale le casse di risparmio fossero da considerarsi una particolare forma di opera pia.

La coincidenza della maggior parte delle casse di risparmio nate per iniziativa degli enti religiosi con quei territori con una più antica e radicata tradizione liberale è un fenomeno peculiare. Ci si potrebbe infatti aspettare che proprio quelle riforme che portarono progressivamente ad una laicizzazione dello Stato non permettessero un allargamento delle competenze degli enti religiosi nel settore del credito²³.

²² Legge del 31 dicembre 1851, n. 1312 bis. Cfr. anche *Atti del Parlamento subalpino*, sessione del 1851, vol. VII Eredi Botta, Firenze 1866.

²³ Basti pensare alla legislazione eversiva, analizzata all'interno dell'evoluzione giuridico - normativa provocata dagli interventi legislativi ad impronta liberale che coinvolsero e sconvolsero profondamente i rapporti tra Stato e Chiesa. Le loro radici risalgono alla normativa ottocentesca del Regno di Sardegna, su principi giurisdizionalisti che pongono le basi per la legislazione del 1855, che riconosce allo Stato il potere di conservare la personalità giuridica civile soltanto agli enti ecclesiastici le cui finalità religiose siano ritenute effettivamente utili e, perciò, meritevoli di tutela sulla base di una sua autonoma e discrezionale valutazione. La legislazione eversiva si sviluppa, andando ad erodere i diritti ed i privilegi giuridici degli enti della Chiesa, lungo un arco di tempo di oltre mezzo secolo, dalla legge Rattazzi del 1855, o secondo alcuni ancor prima, dalla legge sarda che espelle i Gesuiti dal Regno sardo (1848), alla legge Crispi (1890) sulla beneficenza pubblica. Essa può dirsi una legislazione stratificata, o per gradi progressivi, nella quale in corrispondenza con le impostazioni ideologico politiche dei governi liberali, aumentano sempre più le disposizioni soppressive. Cfr. A. FERRARI, La politica ecclesiastica dell'Italia post-unitaria: un modello post-Westphaliano, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2013; M. TEDESCHI, Lo svolgimento legislativo in materia ecclesiastica nell'Italia post-unitaria, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2010; P. GROSSI, Il diritto nella storia dell'Italia unita, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; G. OLIVERO, Gli acquisti degli enti ecclesiastici nel diritto italiano, Milano, Giuffrè

Prima di affrontare l'evoluzione legislativa delle casse di risparmio e per meglio comprendere il rapporto che si crea tra il sistema economico del credito e le organizzazioni di carattere religioso, i corpi morali ecclesiastici²⁴, è necessario un breve cenno al contesto politico culturale degli anni di riferimento.

Le casse di risparmio così costituite non solo comportavano una anomalia nel contesto di attrito tra *élite* liberale ed enti ecclesiastici (all'interno del più ampio conflitto tra Stato e Chiesa), ma incidevano direttamente sulla conformazione dei consigli e degli uffici di amministrazione delle medesime²⁵.

Il contesto politico in cui operavano le casse di risparmio, rappresentato dalle relazioni tra il governo italiano e le organizzazioni religiose, era in genere tesissimo: l'unificazione italiana e in particolare la presa di Roma resero spesso impossibile non solo la collaborazione ma persino il dialogo, che peraltro già dagli anni cinquanta era fortemente compromesso²⁶. Appare

1946; A.C. JEMOLO, Chiesa e Stato negli ultimi cento anni, Torino, Einaudi, 1963.

²⁴ L'articolo 2 del codice civile italiano del 1865 prevedeva che: "I comuni, le province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in genere tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico". Cfr. G. GIORGI, La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali, Firenze, F. lli Cammelli, UTET, 1889 – 1902, in particolare vol. V, parte speciale, Le istituzioni e le associazioni pubbliche civili, le istituzioni pubbliche di beneficenza, personalità giuridica nelle opere pie proprie e nelle improprie, nelle istituzioni scolastiche, nelle istituzioni di credito, di risparmio e di previdenza e nei consorzi, 1901, pp. 472 - 479.

²⁵ Infatti gli enti fondatori potevano indicare dei componenti degli organi di amministrazione della cassa di risparmio, venendosi così a formare dei consigli misti di membri indicati dai municipi e da istituti pii contemporaneamente.

²⁶ Prima dell'unificazione la cosiddetta politica del 'connubio' "una prudente e accorta fusione fra i nobili di mentalità liberale e l'ala moderata della borghesia piemontese" da parte di Cavour, con l'avvio di una serie di riforme in senso liberale, aveva creato un'ostilità verso i vertici della Chiesa in Piemonte tale da culminare nell'arresto dell'arcivescovo di Torino. Cfr. A.L. CARDOZA, *Patrizi in un mondo plebeo. La nobiltà piemontese nell'Italia liberale*, Donzelli, Roma 1999, p. 53. Più in generale sul periodo di riferimento si vedano F. DE GREGORIO, *La legislazione sardo-piemontese e la reazione cattolica* (1848-1861). Con particolare riferimento al dibattito parlamentare, Rubettino So-

quantomeno singolare quindi che in talune città il capitale necessario per la fondazione di una cassa di risparmio nascesse da una collaborazione tra il comune e i locali istituti religiosi²⁷.

Ci si è chiesti se le casse di risparmio così costituite potessero rientrare nella più amplia categoria delle opere pie o dovessero essere considerate società commerciali. I principali riferimenti normativi per poter inquadrare il problema sono: la legge sulle opere pie del 3 agosto 1862, n. 763²⁸, la legge organica delle casse di risparmio del 15 luglio 1888, n. 5546 e la legge Crispi sugli istituti pubblici di assistenza e beneficenza del 1890, n. 6972²⁹. Il problema, lungi dall'essere solamente teorico, aveva almeno tre rilevanti conseguenze: nel garantire l'autonomia di tali istituti dal potere statale, nella gestione amministrativa di competenza ministeriale di controllo delle casse di risparmio, infine nella applicazione della tassazione³⁰.

Tali enti infatti, se considerati ecclesiastici dovevano essere sottoposti a controlli ed autorizzazioni da parte di organi dello Stato a questo preposti appositamente e previsti dalla legislazione eversiva (quali il Ministero dell'Interno, il Consiglio di Stato ed il Fondo per il culto), con grandi limitazioni sia per

veria Mannelli 1999 e R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, Laterza, Roma - Bari 1977.

²⁷ Si veda ad esempio le casse di risparmio a Vercelli e Novara.

²⁸ Cfr. G.D. TIEPOLO, *Leggi ecclesiastiche annotate*, Unione tipografico – editrice, Torino 1881.

²⁹ La legge Crispi mirava a portare "sotto controllo pubblico le opere pie e a operare d'autorità una loro razionalizzazione con il dichiarato scopo di concentrare ogni specifica funzione assistenziale in un unico ente per comune". Cfr. D. ROBOTTI e S. INAUDI, Carità, beneficenza, assistenza. L'azione sociale del San Paolo tra privato e pubblico (1853-1991), in La Compagnia di San Paolo 1563-2013, a cura di W. BARBERIS e A. CANTALUPPI, vol. II, Einaudi, Torino 2013, p. 378. Più in generale si veda S. D'AMELIO, La beneficenza nel diritto italiano: storia delle leggi, testi delle leggi vigenti coordinati ed unificati, glossa, tip. delle Mantellate, Roma 1928 e soprattutto A. MAGNANI, Le istituzioni pubbliche di beneficenza: commento alla legge 17 luglio 1890, n. 6972, Roux e Viarengo, Torino 1900.

³⁰ "La controversia sul carattere delle Casse di risparmio non è una controversia soltanto teorica, poiché la varia soluzione che ad essa si dia influisce" nel rapporto tra politica ed economia. Cfr. P. MARIOTTI, Voce Cassa di Risparmio, in Digesto italiano, vol. VII, p. 20.

l'incremento del patrimonio, in particolare immobiliare, sia per la stessa costituzione della personalità giuridica³¹. La legislazione, invero, aveva dato allo Stato il potere di concedere e di riconoscere la personalità giuridica dei corpi morali dei singoli enti religiosi oltre che il potere di destinazione dei beni che ad essi appartenevano. In particolare, con le due leggi emanate nel 1866 e nel 1867 era stata disposta la soppressione generalizzata degli enti ecclesiastici con il conseguente passaggio allo Stato dei beni, prevalentemente immobiliari, e la vendita di questi a prezzi vantaggiosi per poter da un lato incamerare velocemente liquidità nelle esangui casse dello Stato, dall'altro per garantire un'efficace mobilità e circolazione di tali beni³². Al contrario se le casse di risparmio fossero state considerate enti commerciali tutta la legislazione eversiva non sarebbe stata applicabile³³.

Inoltre, per quanto concerne le competenze di gestione tra il Ministero dell'Interno e dell'Agricoltura, dell'Industria e del Commercio regnava la più completa confusione. Come detto la legislazione preunitaria sarda considerava le casse di risparmio ricomprese nella categoria delle opere pie e pertanto prevedeva che la loro vigilanza spettasse al Ministero dell'Interno. Poco dopo l'unificazione il 26 gennaio 1862 tramite un regio decreto³⁴ si demandava la vigilanza di tali istituti al

³¹ Cfr. G. Francese, *Personalità giuridica della Chiesa cattolica*, Pierro, Napoli 1904; F. Ruffini, *Sulla teoria delle persone giuridiche*, Società Editrice Libraria, Milano 1899. Ma anche C. VIVANTE, *La personalità giuridica delle società commerciali*, in «Rivista di diritto commerciale industriale e marittimo», 1903; V. Sinagra, *La natura giuridica delle Casse di risparmio*, Athenaeum, Roma 1926. Il tema è ancora oggi oggetto di studio cfr. G.M. Saracco, *L'evoluzione della natura giuridica delle casse di risparmio e l'acquisizione del carattere di enti pubblici*, in «Il Foro amministrativo», 1986, fasc. 11, pp. 2617-2628; V. Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano Giuffrè 1970.

³² Cfr. Legge 7 luglio 1866, n. 3096 e Legge 15 agosto 1867, n. 3848.

³³ Cfr. S. MOZZARELLA, *Appunti a proposito dei controlli esercitati sulle casse di risparmio prima della legge 15 luglio 1888, n. 5546,* in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 1971, fasc. 5-6, pp. 211-221.

³⁴ R.D. del 26 gennaio 1862, n. 449, "Le Casse di risparmio e i Monti frumentari e di pietà che ... erano posti sotto la dipendenza del Ministero dell'Interno, dipenderanno quind'innanzi da quello di Agricoltura", in *Celerifera*, 1862, pp. 296 - 297.

Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio. Pochi mesi dopo, sempre con un decreto³⁵, si conferì nuovamente la vigilanza al Ministero dell'Interno in attesa di un riordino complessivo del settore. Quest'ultima disposizione aveva però inserito un'ulteriore complicazione, in quanto si distingueva la competenza tra Interno e Agricoltura a seconda dell'origine della cassa infatti se "mantenute da Opere Pie ... dipenderanno d'ora in poi dal Ministero dell'Interno" se invece 'd'indole diversa' continueranno a dipendere dal Ministero dell'Agricoltura. Una legge organica sulle casse di risparmio, nel complesso quinquennio postunitario, tardava ad essere approvata, tanto che nel 1864 veniva emesso un regio decreto che esplicitava definitivamente "da quali ministeri dipendano le Casse di risparmio, i Monti frumentari e quelli di Pietà o di Pignorazione" 36. L'articolo 1 prevedeva che i Monti di qualsiasi tipo dipendessero dal Ministero dell'Interno mentre dipendevano dal Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio "tutte indistintamente le Casse di risparmio". A ciò si aggiungeva una circolare del Ministero dell'Interno ai Prefetti che esplicitava la motivazione di tale scelta "le Casse di risparmio, benché erette con uno scopo benefico, non possono venir giudicate come Opere Pie ... debbono ritenersi quali vere istituzioni di credito, e perciò devolute alla competenza del Ministero"37.

La legge del 1862 definiva le opere pie come quegli "istituti di carità e di beneficenza ... aventi in tutto o in parte il fine di soccorrere alle classi meno agiate" e di prestare assistenza, educazione ed istruzione; come detto precedentemente le casse di risparmio sono "istituti di natura essenzialmente benefica aventi lo scopo di raccogliere, custodire e investire i risparmi minimi delle classi meno fortunate della popolazione costituendo loro gradatamente dei capitali". Il dibattito si esaurisce nel capire se la prima definizione contiene la seconda³⁸.

³⁵ R.D. del 21 aprile 1862, n. 592, in *Celerifera*, 1862, pp. 984 - 985.

³⁶ R.D. del 21 settembre 1864, n. 1911.

 $^{^{\}rm 37}$ Circolare, Div. VI, del Ministero dell'Interno ai Prefetti del 21 settembre 1864.

³⁸ Preliminarmente può essere utile distinguere la cassa di risparmio dall'ente fondatore: a tal proposito "occorre anzitutto tenere ben distinte le

La dottrina dell'epoca sul punto non era unanime: anche se ormai si era sostanzialmente concordi nel superare l'impostazione per cui le casse di risparmio fossero da considerarsi una sotto categoria degli enti ecclesiastici, il dibattito continuava sulla definizione giuridica di questi enti³⁹. Il Giorgi pur considerando "che in questo stato di cose la risoluzione della questione non dovrebbe essere assoluta, ma dipendente dall'esame degli Statuti"40 vagliando quindi caso per caso e constatando che la volontà del legislatore si era palesata sottoponendo le casse di risparmio alla vigilanza del Ministero d'Agricoltura e dimostrando così di considerare le casse di risparmio come enti commerciali piuttosto che civili, infine sosteneva che questi "enti misti di previdenza e di credito veramente assumono il carattere commerciale"41 se, come è noto, compiono atti di commercio. Della stessa idea anche il Pettini, il Vidari, il Bruschettini⁴²; dissentiva, però, Papa D'Amico che le considerava invece enti di diritto civile regolate dall'articolo 2 del Codice in quanto per la qualità di commerciante non era sufficiente "l'esercizio di atti di commercio ... occorre ... la professione abituale" che secondo i più autorevoli trattatisti si eser-

Casse dagli enti morali che diedero loro vita ... se un opera pia ... raccoglie depositi a risparmio non è per ciò soltanto che prende esistenza una vera Cassa di risparmio". Cfr. P. MARIOTTI, Voce Cassa di Risparmio, in Digesto italiano, vol. VII, p. 18.

³⁹ Negli stessi anni il Ferrero Gola già precisava: "Gli è tempo di proclamarlo recisamente: Le Casse di Risparmio debbono essere considerate nel loro scopo come opere eminentemente benefiche, come Opere Pie fra le più sublimi, se così piace chiamarle; ma nelle loro operazioni debbono pur essere tenute siccome istituzioni di credito fra le più potenti" A. FERRERO GOLA, *Le Casse di Risparmio* op. cit., p. 9.

⁴⁰ Cfr. G. GIORGI, La dottrina delle persone giuridiche op. cit., p. 479.

⁴¹ Ivi, p. 479. ⁴² Cfr. M. Pi

⁴² Cfr. M. PETTINI, *Nuove considerazioni sul carattere commerciale delle casse di risparmio secondo il diritto positivo italiano*, Unione Tipografica editrice, Torino 1905, già in parte edito in ID, *Perché le casse di risparmio debbono, secondo il diritto positivo italiano considerarsi enti commerciali*, estratto da «Giurisprudenza italiana», Torino 1094, in particolare pp. 55 – 71; Cfr. E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. II, Hoepli, Milano 1894; A. BRUSCHETTINI, *Le casse di risparmio e il codice di commercio*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», vol. LXI, 1898.

cita quando "si cerca una fonte stabile di guadagno"⁴³. Avendo le casse di risparmio il divieto di fruire degli utili e svolgendo un'attività "non nell'interesse proprio ma dei deponenti" si potrebbe escludere che trattasi di enti di commercio⁴⁴, opinione condivisa anche dal Di Nola, dal Supino e dallo Sraffa⁴⁵.

Quest'ultima interpretazione fu anche accolta dalla giurisprudenza: "dopo lunghe controversie e giudicati contradditori la Cassazione di Roma con sentenza del 30 luglio 1887 non riconosceva nelle Casse di risparmio né i caratteri delle opere pie, né quelli dell'Istituto di credito" sostenendo invece che esse potessero inquadrarsi in quegli "enti morali...di cui discorre l'art. 2 del cod. civ." 46.

Il parlamento tentò di superare il problema con l'introduzione della nota legge n. 5546 del 1888, denominata legge di riordino delle casse di risparmio. In primo luogo si definiva che "gli istituti che si propongono di raccogliere i depositi a titolo di risparmio ... qualunque sia la natura dell'ente fondatore, acquistino la personalità giuridica e il titolo di casse di risparmio"⁴⁷. La necessità di esplicitare l'indifferenza della natura dell'ente fondatore si era palesata nella legislazione e nella dottrina: "questa diversità nelle origini e nelle modalità del fine comune a cui attendono, spiega le incertezze continue sulla natura delle Casse di risparmio non solo nella dottrina e nella giurisprudenza ma perfino nelle leggi"⁴⁸ ed anche nella giurisprudenza "quantunque le casse di risparmio in Italia nella loro ori-

⁴³ Cfr. L. PAPA D'AMICO, *Le casse di risparmio sono enti commerciali?*, in «Il diritto commerciale rivista periodica e critica di giurisprudenza e legislazione», 1895, pp. 800 – 814; C. VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino 1893, vol. I.

⁴⁴ Cfr. L. PAPA D'AMICO, *Le casse* op. cit., pp. 801 - 802.

⁴⁵ Cfr. D. SUPINO, *Istituzioni di diritto commerciale*, Barbera, Firenze 1897; A. SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Fratelli Cammelli, Firenze 1897; A. DI NOLA, *Le Casse di risparmio non sono enti commerciali*, in «Rivista di diritto commerciale», 1906.

⁴⁶ Cfr. F. FLORA, Voce Casse di risparmio, in Enciclopedia Giuridica Italiana, p. 639.

⁴⁷ Cfr. articolo 1, Legge n. 5546, del 15 luglio 1888.

⁴⁸ Cfr. G. GIORGI, La dottrina delle persone giuridiche op. cit., pp. 472 - 473.

gine si considerassero come istituti di beneficenza sia perché fondate e dirette da Opere Pie già esistenti, per educare alla previdenza e alle economie le classi più povere ... è pero oggi, per lo sviluppo che hanno preso, per il genere di operazioni che fanno, per i capitali che amministrano, non possono più ritenersi come Opere Pie"49. L'articolo 4 definiva la precisa volontà di separare le opere pie dalle casse di risparmio: quest'ultime infatti se "fondate da istituzioni di beneficenza, o da altri corpi morali o col loro concorso, debbono costituirsi con patrimonio separato e amministrazione distinta da quelli dell'istituto fondatore"50. Un'ulteriore limitazione che deriva dalla legislazione sulle opere pie è contenuta nell'articolo 15, riguardante i beni immobili. Non volendo che le casse di risparmio costituissero nuovi e dannosi patrimoni di manomorta così faticosamente soppressi negli anni precedenti, si prescriveva che "le casse di risparmio ... non possano acquistare altri beni stabili oltre quelli necessari in tutto od in parte per risiedervi coi loro uffici" e che anche quando questi beni fossero comunque stati acquisiti (ad esempio come pagamento ipotecario di crediti non esigibili), le casse "debbono vendere nel termine non maggiore di dieci anni gli stabili"51. Infine l'articolo 23 esplicitamente stabiliva la competenza del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio come soggetto vigilante delle casse di risparmio. Dopo l'emanazione di questa legge parrebbe quindi potersi intendere che le casse di risparmio non potessero essere più equiparabile alle opere pie.

Tale legislazione creava anche in giurisprudenza un conflitto ed una disomogenea classificazione di tali istituti. Sul tema vi sono alcuni studi su singoli ed eclatanti casi quali quello

 $^{^{49}}$ Cfr. Consiglio di Stato, sez. int., parere del 29 luglio 1869, in La legge, 1870, p. 9.

⁵⁰ Cfr. articolo 4, Legge n. 5546, del 15 luglio 1888.

⁵¹ Cfr. articolo 15, Legge n. 5546, del 15 luglio 1888. Il tema è oggi di fortissima attualità, in un sistema bancario in forte crisi che si ritrova in possesso di migliaia di immobili e/o di partecipazioni azionari per crediti non più esigibili che possono creare delle deformazioni dei bilanci degli istituti di credito. Cfr. F. FLORA, Voce *Casse di risparmio*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, p. 641.

della Cassa di Risparmio di Bologna e quella di Ravenna⁵². Infatti prima della legge del 1888 regnava "nella giurisprudenza ed anche nella dottrina un'incertezza su la vera indole economica e giuridica delle casse di risparmio"53. Il Consiglio di Stato prima e la legge poi invece indicavano che "le casse di risparmio non sono enti commerciali ma enti morali sui generis aventi il carattere di risparmio e di previdenza"54. Nella stessa commissione parlamentare per il disegno di legge presentato dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio sulle casse di risparmio nella tornata del 7 marzo 1888 l'onorevole Zucconi precisava che "col presente disegno di legge abbiamo definito ottimamente le casse di risparmio come istituti in parte di beneficenza e in parte di previdenza, dopo che noi, con tutte le disposizioni di questa legge tendiamo a togliere il minimo dubbio, che essi non abbiano affatto nei loro intenti il lucro, ma solo il vantaggio dell'umanità e l'impulso del risparmio, dubito che i tribunali possano approvare, che siano applicabili alle casse di risparmio quei benefizii, che noi attribuiamo alle società di commercio autentiche"55. Ad esso si aggiungeva il ministro Grimaldi che evidenziava come l'intento del disegno di legge fosse quello di "fare delle casse di risparmio enti sui generis ... la definizione l'abbiamo messa nell'articolo primo, per denotare il carattere di questi enti ... se altri vorranno paragonarle a società commerciali, se altri vorranno paragonarle ad opere pie tradiranno certamente il concetto del legislatore"56. Il dilemma era lungi dall'essere risolto: infatti oltre alle note sentenze sulle casse di risparmio dell'Italia centrale, ancora nei primi anni del XX secolo le corti d'Appello e di Cassazione si ritrovavano a giudicare ricorsi in merito alla natura delle casse di risparmio. La

⁵² Cfr. P. MARIOTTI, Voce *Cassa di Risparmio*, in *Digesto italiano*, vol. VII, in particolare i paragrafi 16 - 22, pp. 20 - 26; A. VARNI, *Storia della Cassa di Risparmio in Bologna*, Laterza, Roma 1998; A. VARNI - C. GIOVANNINI, *Storia della Cassa di Risparmio di Ravenna*, Laterza, Roma 2000.

⁵³ Cfr. L. PAPA D'AMICO, *Le casse* op. cit., pp. 802 – 803.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ *Atti del Parlamento italiano*, discussioni, legislatura XVI, sessione II, tornata del 7 marzo 1888, p. 1211.

⁵⁶ Ivi, pp. 1212 - 1213.

giurisprudenza prima e dopo la legge del 1888 "si era nella grande maggioranza delle sentenze dichiarata avversa all'opinione che ravvisava nei nostri istituti la natura di enti commerciali; ma non aveva dal canto suo mostrato pari conformità di idee quanto alla loro definizione positiva"⁵⁷.

Il punto sostanziale che spingeva le casse di risparmio innanzi alle corti di giustizia era il tentativo di vedere applicata una legislazione fiscale più favorevole, in particolare con riferimento alla tassa di manomorta e all'imposta di bollo⁵⁸. Sulle conseguenze dell'applicazione giurisprudenziale in Piemonte si possono evidenziare tre esempi: la Cassa di Risparmio di Vercelli⁵⁹, la Cassa di Risparmio d'Ivrea⁶⁰ e la Cassa di Risparmio di Torino⁶¹. Per avere una più precisa idea di quali e quante furono e di come siano nate le varie casse di risparmio uno strumento utile sono le *Statistiche del Regno d'Italia*, che regione per re-

⁵⁷ Cfr. G. INGROSSO, Voce Cassa di risparmio, op. cit., p. 1022.

⁵⁸ Cfr. Testo unico delle leggi sulle tasse di registro; Testo unico delle leggi sulle tasse di bollo, e su quelle in surrogazione alle due tasse di bollo e registro; Testo unico delle leggi per le tasse sui redditi dei corpi morali e stabilimenti di manomorta, del 13 settembre 1874. Si veda anche il Testo unico di legge per l'imposta mobile, del 24 agosto 1877, in particolare gli artt. 3, 60 e 61.

⁵⁹ Cfr. Regolamento per la istituzione ed amministrazione di una Cassa di risparmio. Città di Vercelli, tipografia Guglielmoni, Vercelli 1851.

⁶⁰ Cfr. Cassa di risparmio Ivrea: Statuto, tip. Garda, Ivrea 1890.

⁶¹ Cfr. Cassa di risparmio di Torino: Statuto, Eredi Botta, Torino 1891; Notizie storiche e statistiche dalla fondazione al 1900. Cassa di risparmio di Torino, raccolte per incarico del Consiglio di amministrazione da Franco Franchi, Paravia, Torino 1900; Testo unico dello statuto della cassa di risparmio di Torino deliberato dal Consiglio d'Amministrazione in seduta 3 marzo 1904, Eredi Botta, Torino 19004; Relazione della cassa di risparmio di Torino sulla proposta delle casse di risparmio di Cesena, Genova, Ivrea, Narni, Ravenna e Velletri circa l'applicazione alle casse di risparmio della tassa di manomorta, Eredi Botta, Torino 1911; La Cassa di Risparmio di Torino nel suo primo centenario: 4 luglio 1827 - 4 luglio 1927, prefazione del presidente Alberto Geisser, STEN, Torino 1927; G. PRATO, Risparmio e credito in Piemonte nell'avvento dell'economia moderna, in La Cassa di Risparmio di Torino nel suo primo centenario op. Cit.; G. FENOGLIO, La Cassa di risparmio di Torino nei suoi primi cento anni di vita, in La Cassa di Risparmio di Torino nel suo primo centenario op. Cit.; P. JANNACONE, Cent'anni di vita della Cassa di Risparmio di Torino, fratelli Pozzo, Torino 1927; L. FIGLIOLIA, Centocinquant'anni della Cassa di risparmio di Torino, 1827-1977, Cassa di risparmio di Torino, Torino 1981.

gione indicano le origini delle casse, l'impiego dei capitali ed altri utili indicazioni su come le casse di risparmio fossero organizzate⁶².

Queste casse di risparmio si auto-dichiaravano enti di beneficenza per poter beneficiare di una tassazione agevolata in confronto a quella prevista per gli istituti di credito. In questo modo, si concretizzava una forma di elusione fiscale da parte di tali enti ormai sostanzialmente lontani dal mondo della beneficenza, ma formalmente o statutariamente ancora collegabili ad esso. Il fenomeno più classico del mascheramento degli enti ecclesiastici in altre categorie di persone giuridiche, tipico della seconda metà dell'Ottocento e finalizzato a sfuggire all'applicazione della legislazione eversiva dell'asse ecclesiastico che sopprimeva gli enti di culto, era totalmente ribaltato. Nel Novecento ormai il conflitto Stato – Chiesa si stava assopendo, mentre invece stava emergendo con forza l'importanza del mondo del credito, portando così a questa curiosa inversione delle parti.

Le tre sentenze esaminate sono particolarmente interessanti perché provenienti dalla medesima giurisdizione della corte d'Appello di Torino, per i loro opposti esiti (benché si affrontasse il medesimo quesito) ma soprattutto per il periodo in cui vengono emanate (1904 - 1911).

La sentenza della corte d'Appello di Torino del 30 giugno 1903, confermata dalla corte di Cassazione di Roma il 1 marzo 1904, riguardava il ricorso della Cassa di risparmio di Vercelli che sosteneva di poter essere qualificata come ente o istituto di

⁶² Ad esempio nel triennio 1870-72 nella provincia di Alessandria vi erano tre casse di risparmio nate da società anonime ed una, quella di Novi Ligure, fondata con la fondamentale partecipazione del Comune. I monti di pietà avevano fondato le casse di risparmio a Casale, Pinerolo e in tutta la provincia di Cuneo. A Torino la cassa di risparmio era stata istituita dal Comune mentre quelle di Novara e Vercelli in una collaborazione tra i monti di pietà, altri enti ecclesiastici e i comuni. Infine la cassa di risparmio di Biella venne fondata dal Vescovo. Cfr. Casse di Risparmio in Italia ed all'estero, in Statistiche del Regno d'Italia, Tipografica Cenniniana, Roma 1875, p. XVI; Storia delle casse di risparmio e della loro associazione 1822-1950, op. cit., pp. 9 - 10.

pubblica beneficenza, e in questo modo poter chiedere di far applicare la tassa di manomorta con la riduzione stabilita per gli istituti di carità e di beneficenza prevista dall'ultimo comma dell'articolo 3 della legge 13 settembre 187463. Se infatti non vi poteva essere alcun dubbio circa l'applicazione della tassa di manomorta come specificato dall'articolo 1 (i "corpi ed enti morali sono assoggettati ad un'annua tassa proporzionale alla rendita ... di tutti i beni mobili od immobili") rimanevano esclusi solamente "le società commerciali ed industriali, di credito o di assicurazione" in cui le casse di risparmio non potevano essere ricomprese. Sanciva infatti la Suprema corte, che "Sta indubitabilmente che la tassa di manomorta sostituisce quella di successione rispetto ai patrimoni di enti morali o stabilimenti pubblici aventi perpetuità di destinazione; ond'è incoccusso che le casse di risparmio, le quali sono state riconosciute e riorganizzate dalla vigente legislazione ... qualunque ne fosse la primitiva origine, devono essere sottoposte a questa tassa"⁶⁴.

Il conflitto giurisprudenziale si basava sull'interpretazione dell'articolo 3, che prevedeva due tassi si applicazione: il quattro per cento in via ordinaria per tutti gli enti morali e lo zero-cinque per cento in via straordinaria per gli istituti di carità e beneficenza⁶⁵. Perché la cassa di risparmio si potesse definire un istituto ricompreso dalla legge del 1890 era necessario dimostrare che effettivamente compisse delle attività di beneficenze o di carità. Sul punto la corte precisava che nonostante si "possono verificare, nell'esercizio di una cassa di risparmio, avanzi di rendite nette" previste dalla legge del 1888 e che la decima parte di esse "possa essere assegnato ad opere di beneficenza o di pubblica utilità, o ad incremento dell'istituto da cui fosse derivata la fondazione di una cassa di risparmio ... la effettuazione di opere di beneficenza costituisce una mera accidentalità, una funzione secondaria e contingente, lodevole sen-

⁶³ La pretesa della Cassa di risparmio di Vercelli era stata rigettata anche in primo grado. Cfr. *Cassa di Risparmio di Vercelli – Finanza*, in «Giurisprudenza italiana», parte I, sez. I, Cassazione civile, 1904, pp. 319 – 322.

⁶⁴ Cfr. Cassa di Risparmio di Vercelli op. cit., p. 320.

⁶⁵ Sulla legge Crispi si veda la nota 29.

za dubbio, ma tanto poco ricorrente da poter essere posposta a giudizio dei suoi amministratori"66. La corte aveva inoltre specificato l'irrilevanza dell'origine della fondazione se, come nel caso in questione, avessero contribuito anche enti ecclesiastici poiché oltre che espressamente specificato nel primo articolo della legge del 1888, la stessa indole di queste istituzioni si era mutata nel tempo: "l'origine degli istituti di risparmio fu realmente ispirata da scopo caritatevole, in vista di un soccorso preventivo alle classi lavoratrici, eccitando in esse le virtù della previdenza e della buona condotta, col raccoglierne e renderne fruttiferi i piccoli risparmi". Peraltro da allora si era realizzata una decisiva metamorfosi di tali enti, ed infatti si affermava che "questa trasformazione ... è un fatto certo ed indiscusso; esse sono oggidì importanti organizzazioni finanziarie ... tanto che poté nascere il dubbio se dovessero essere classificate fra gli istituti commerciali"67. La difesa della Cassa di risparmio di Vercelli aveva cercato di associare il proprio operato a quello degli enti di beneficenza, sottolineando come avesse previsto agevolazioni per i piccoli risparmiatori, ma anche questo argomento fu respinto dai giudici: "invano la ricorrente tenta fissare queste tracce nelle agevolazioni consentite dal proprio statuto ai piccoli risparmiatori corrispondendo ad essi un interesse di favore"68. Sulla definizione di ente di beneficenza la corte di Cassazione spiegava come fosse previsto dai primi due articoli delle legge Crispi del 1890 "il concetto che la beneficenza pubblica è costituita da opere di assistenza curativa del pauperismo ... ma ... è escluso, con altrettanta precisione, che facciano parte della beneficenza le opere di assistenza puramente preventiva, menzionandosi appunto fra gli istituti eccettuati ... quelli di risparmio"69.

⁶⁶ Cfr. Cassa di Risparmio di Vercelli op. cit., p. 321.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Cfr. *Cassa di Risparmio di Vercelli* op. cit., p. 322. In realtà la legge si limita a dire che nulla è innovato in merito agli istituti di risparmio, lasciano più di qualche dubbio sia sulla volontà del legislatore, sia sull'interpretazione letterale della norma.

La sentenza del 12 marzo 1907 pronunciata dalla corte di Cassazione di Roma confermava la sentenza d'Appello di Torino, tra la Cassa di Risparmio d'Ivrea ed il Ministero delle Finanze⁷⁰. Il conflitto si trascinava da molti anni (la prima sentenza in merito era del 1898) e si concretizzava nel medesimo problema, ossia sull'indice di applicazione della tassa di manomorta. Il conflitto in questione partiva da un ricorso dell'amministrazione demaniale, ed in particolare del ricevitore del registro d'Ivrea che pretendeva della cassa di risparmio l'applicazione del 4 per cento sugli utili. Gli amministratori avevano invece pagato la tassa nella percentuale ridotta per il triennio 1902-1904 in forza di una sentenza della corte d'Appello di Torino che aveva definito la cassa come ente di beneficenza è quindi sottoposta all'articolo 3 della legge del 187471. Non potendo l'amministrazione delle finanze riproporre il medesimo ricorso, si sosteneva che "nelle tasse, come nella manomorta, soggette a periodici accertamenti, la tassazione accertata per ciascun periodo, costituisce un'entità giuridica per sé stante" non essendovi così l'identità del petitum⁷². La corte, specificando che "nel 1898 si disputò precisamente sulla natura giuridica della Cassa di Risparmio d'Ivrea" e che l'Amministrazione non poteva far valere la variazione del triennio finanziario, rigettava il ricorso perché fondato su un giudicato. Si precisava infatti che quando per una tassa "la variazione dipenda da qualifica dell'ente gravato ...e che in ordine alla stessa sorge da una statuizione giudiziaria ed ha acquistato forza di cosa giudicata, e senza addurre fatti che possono successivamente aver contribuito a modificare quella qualifica" 73 non si potesse più ulteriormente giudicare.

Quello che non era riuscito all'amministrazione finanzia per la Cassa di risparmio d'Ivrea nel 1907 invece riuscì con la Cassa di risparmio di Torino nel 1911. Con un ricorso in Cassazione deciso il 20 luglio 1911 il Ministero delle Finanze si oppo-

⁷⁰ Cfr. *Finanza - Cassa di Risparmio d'Ivrea*, in «Giurisprudenza italiana», parte I, sez. I, Cassazione civile, 1907, pp. 532 – 535.

⁷¹ Corte d'Appello di Torino, 4 febbraio 1898.

⁷² Cfr. Finanza - Cassa di Risparmio d'Ivrea op. cit., p. 533.

⁷³ Ivi, pp. 534 - 535.

neva ad una sentenza della corte d'Appello di Torino che aveva concesso alla Cassa di Risparmio del capoluogo piemontese il beneficio di poter pagare la tassa di manomorta nella misura ridotta⁷⁴. La Suprema corte, pur consapevole di due precedenti giudicati, risalenti al 1907, riteneva però possibile valutare la questione sostenendo che "non possa né debba limitarsi l'investigazione alla sola ricerca della finalità che presiede all'istituto della cassa di risparmio torinese, posto che una finalità siffatta, quella cioè, di procurare un benefizio al prossimo per mero senso di umanità e di spirito di beneficenza: ma che debba, invece, l'indagine rivolgersi a riguardare, oltre lo scopo, il modo di essere e di operare dell'ente stesso, quali sono rivelati dalle tavole statutarie"75. Tra le sentenze passate in giudicato nel 1907, basate sullo statuto del 1891, e il periodo della causa in oggetto vi erano state due modifiche statutarie rispettivamente nel 1904 e nel 1906. Naturalmente la sola modifica statutaria in quanto tale non è sufficiente per modificare la natura giuridica di un ente, in quanto occorre altresì che le modifiche siano rilevanti e significative. Infatti "quando si modifica la costituzione organica (e nel modo praticato dai nuovi statuti) di un ente, perché il medesimo circondato di più opportune garanzie potesse intendere all'applicazione del più vasto programma a sé prefisso ed avere modo di sviluppare l'accresciuta importanza degli affari non sia possibile ritenere che nulla sia cambiato nella struttura caratteristica dell'istituto"76. In conclusione la Corte romana, cassando la sentenza d'Appello favorevole alla cassa di risparmio sanciva che "non possa invocarsi la cosa giudicata sulla natura di una cassa di risparmio, ai fini dell'applicazione della tassa di manomorta ... quando siano state introdotte nello statuto ... tali modificazioni da farne ritener mutata la struttura e l'oggetto"77 e conseguentemente imponeva l'applicazione della tassa nella misura piena del quattro per cento.

⁷⁴ Cfr. *Finanza - Cassa di Risparmio di Torino*, in «Giurisprudenza italiana», parte I, sez. I, Cassazione civile, 1911, pp. 1128 - 1131.

⁷⁵ Ivi, pp. 1128 - 1129.

⁷⁶ *Ibidem*, corsivo così nel testo.

⁷⁷ Ibidem.

La legge Crispi del 1890 per il riordinamento delle opere pie, che nella sua applicazione aveva sollevato tanti problemi quante promesse di rinnovamento in un settore che colpito dalla legislazione eversiva, necessitava di un riordino complessivo. Tale innovazione normativa, che aveva coinvolto solo incidentalmente il dibattito dottrinario, era invece rilevante per l'applicazione pratica del diritto, considerato che sia le parti processuali che la magistratura ne avevano visto gli stretti collegamenti con la legge del 1874 sulla tassa di manomorta, con una conseguente incertezza interpretativa che non si risolse fino agli anni del fascismo⁷⁸.

In conclusione, si può sostenere che non vi fosse una certezza della collocazione di tali enti che per cinquant'anni e più stettero sul crinale di una montagna guardando ora in una direzione ora in un'altra a seconda della maggior convenienza, aiutati da una legislazione ambigua applicata difformemente sul territorio nazionale⁷⁹.

Negli anni del regime fascista vi fu una sostanziale parificazione - quanto a strumenti economici, finanziari e di credito - delle casse di risparmio con gli altri istituti di credito⁸⁰. Con la nota legge n. 218 del 1990 (c.d. "Legge Amato) si è proceduto al-

⁷⁸ Si vedano su questo le discussioni parlamentari sulla legge del 1890 pubblicate sulla «Giurisprudenza italiana», negli anni immediatamente precedenti l'approvazione. Cfr. *Progetto di legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza presentato dal Presidente del Consiglio, Ministro dell'Interno Crispi nella tornata del 23 dicembre 1889*, in «Giurisprudenza italiana», parte IV, questioni teorico-pratiche, 1889, pp. 367 – 384 e sopratutto l'intervento del relatore G. COSTA il 10 aprile 1890, in Senato sul *Progetto di legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza*, in «Giurisprudenza italiana», parte V, Legislazione, 1890, pp. 58 - 158; ed in particolare sul dibatti circa gli articoli 1 e 2, pp. 61 – 63.

⁷⁹ La corte d'Appello di Parma, con sentenza del 21 aprile 1903, aveva classificato le casse di risparmio fra gli istituti di beneficenza. Cfr. *Cassa di Risparmio di Piacenza – Finanza*, in «Giurisprudenza italiana», parte I, sez. II, Appello civile, 1903, pp. 748 – 750.

⁸⁰ Cfr. R.D. 25 aprile 1929, n. 967 sull'approvazione del testo unico delle leggi sulle casse di risparmio e sui Monti di pietà. Si vedano anche per la legislazione fascista: R.D. 5 febbraio 1931, n. 225; R.D.L. 24 maggio 1932, n. 721; R.D.L. 15 ottobre 1936, n. 2008; R.D.L. 24 dicembre 1938, n. 204 e L. 14 dicembre 1939, n. 1922.

FRANCESCO CAMPOBELLO

lo scorporo delle fondazioni di origine bancaria che hanno conservato la funzione di assistenza, di redistribuzione territoriale della ricchezza e, diremmo oggi, di welfare, dagli istituti di credito aventi funzione di custodia e tutela del risparmio⁸¹. Questa operazione ha certamente portato maggiore certezza nelle diverse funzioni di tali enti, superando quell'ambiguità che ormai perdurava da oltre un secolo. Se ciò corrisponde a realtà sul piano delle definizioni giuridiche, tale chiarezza si fa meno netta sul piano politico e di governance. Infatti, troppo spesso ancora oggi assistiamo ad una commistione tra gli organi di governo (consigli di amministrazione) delle fondazioni e delle banche i cui membri periodicamente passano da un incarico all'altro, e al contempo vi è, grazie alla proprietà dei pacchetti azionari da parte delle prime, un legame con e le banche, che ci fa comprendere che tale separazione non si è ancora del tutto compiuta. Già più di centocinquant'anni fa, come oggi, ci si poneva il problema di separare il piccolo risparmio dalla speculazione e in questo le casse di risparmio avrebbero potuto avere un ruolo centrale se si fossero nettamente distinte dal sistema creditizio generale. "Le casse di risparmio completano questa lacuna ... perché temprerebbero il sempre grave pericolo del concentramento di ingenti somme ... esposte alle disastrose conseguenze delle oscillazioni delle borse e delle varie crisi. Le casse di risparmio ... sarebbero in grado di reagire al panico ed agli sconcerti delle piazze principali. Sarebbero anzi ... indipendenti dalla conseguenze dei disordini"82.

⁸¹ Cfr. L. PONTIROLI, Voce *Cassa di risparmio*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1987, in particolare pp. 523-529.

⁸² L. CARPI, *Del credito* op. cit., p. 232; si veda anche in questo volume, F.A. GORIA, *Alla radice dei "contratti differenziali": note sulla regolamentazione del "mercato a termine" a partire dal caso francese (secc. XVIII-XIX)* e S. BALZOLA, *Gli strumenti finanziari derivati e la crisi: un confronto tra le iniziative legislative dell'Unione Europea e degli Stati Uniti.*

Alle radici dei "contratti differenziali": l'evoluzione degli strumenti giuridici in ambito finanziario a partire dal caso francese (secc. XVIII-XIX)

The early commerce of stocks and securities saw the progressive growing of various types of buying and selling contracts. Many of them were created or adapted by the market itself, as forward contracts and naked short selling, that were used by speculators to make money without a real transfer of shares or securities and only by differences in price. This kind of contracts were in use in Amsterdam since the beginning of the XVIIth century and from there began to spread across the Europe, along with the creation of stock-exchanges. The text try to explain their growing in the security market of Paris in the XVIIIth century, the French legal reaction and how that one influenced the understanding of similar contracts by the italian legal scholars in the late XIXth century.

La categoria dei contratti differenziali (o dei "contratti a termine che [...] abbiano ad oggetto il solo pagamento delle differenze", secondo l'espressione delle leggi italiane del 1874 e del 1876 sulla tassazione dei contratti di Borsa)¹ è stata per lungo tempo al centro di dibattito nella dottrina del nostro Paese (soprattutto nei decenni a cavallo tra la fine del XIX secolo e gli inizi del XX)², che vi individuava una particolare

¹ Legge n. 1971 del 14 giugno 1874, art. 4² e legge n. 3326 del 13 settembre 1876, art. 4.

² Mi riservo di tornare in seguito su questo dibattito, di cui mi limito ad indicare solo alcuni dei contributi più noti: U. PIPIA, Contro i contratti differenziali, in «La Riforma Sociale», 5 (1896), pp. 345-368; L. EINAUDI, A favore dei contratti differenziali, ivi, pp. 407-417; A. LUZZATI, Sulla pretesa distinzione dei contratti di Borsa in contratti a termine e contratti differenziali, in «Il Diritto Commerciale», 28 (1910), pp. 37-44; C. VIVANTE, I contratti differenziali secondo la nuova legge sulle Borse, in «Rivista del Diritto Commerciale», 11-1 (1913), pp. 925-929; C. TOESCA DI CASTELLAZZO, La

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

sottospecie di compravendita, appunto, a termine, finalizzata essenzialmente a realizzarne le potenzialità speculative e spesso per questo riprovata, in quanto equiparata ad una scommessa sulle variazioni delle quotazioni. Si tratta di una classificazione longeva, che ancora viene fatta oggetto di attenzioni da parte della dottrina³, che oggi, tuttavia, la considera residuale.

Nonostante la pervasiva presenza nel dibattito novecentesco, la denominazione "contratto differenziale" (o la variante "affare differenziale") non è rinvenibile in Italia prima della metà dell'800, laddove invece appare molto diffusa la locuzione "gioco di Borsa"⁴. Le ragioni sono probabilmente

nuova legge sulle Borse e i contratti differenziali, Torino 1913; G. DIENA, I contratti differenziali nella nuova legge italiana sulle Borse, in «Rivista del Diritto Commerciale», 13-1 (1915), pp. 207-227; C. VIVANTE, Il commercio fittizio dei cambi, in «Rivista del Diritto Commerciale», 25-1 (1927), pp. 281-294; V. SALANDRA, Il cosiddetto commercio fittizio dei cambi, in «Rivista del Diritto Commerciale», 26-1 (1928), pp. 97-120.

³ Senza voler essere esaustivi cfr. E. FERRERO, Contratto differenziale, in «Contratto e impresa», (1992), pp. 475-489; E. PANZARINI, Il contratto di opzione, Milano 2007, I, pp. 374 ss.; E. GIRINO, I contratti derivati, Milano 2010. pp. 188 ss.; F.C. NASSETTI, I contratti derivati finanziari, Milano 2011, pp. 336 ss.; G. Belli, L'alea nei contratti differenziali, «Obbligazioni e contratti», 1 (2012), pp. 58-65; ID., Affari differenziali e operazioni su strumenti finanziari derivati: contratti o comuni scommesse?, in «Obbligazioni e contratti», 4 (2012), pp. 302-305; F. VITELLI, Contratti derivati e tutela dell'acquirente, Torino 2013, pp. 28 ss. Una delle forme contrattuali per le quali da ultimo si è sostenuta l'appartenenza alla categoria dei differenziali sono gli swaps; dottrina e giurisprudenza hanno dubitato se in questo caso fosse o meno applicabile l'eccezione di gioco ex art. 1933 c.c., finché il d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (Testo unico in materia di intermediazione finanziaria) non ha poi compreso i "contratti finanziari differenziali" nella generale categoria degli strumenti finanziari (art. 1, c. 2, lett. i): D. PREITE, Contratti differenziali e art. 1933. la qualificazione giuridica di cap, floor, swap e index futures, in «Rivista della Borsa», 2 (1990), pp. 35 ss.; ID., Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures, in «Diritto del commercio internazionale», 1 (1992), pp. 171-192; L. BALESTRA, Le obbligazioni naturali ("Trattato di diritto civile e commerciale", di A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger), Milano 2004, pp. 216-226; V.V. CHIONNA, Le forme dell'investimento finanziario. Dai titoli di massa ai prodotti finanziari, Milano 2008, pp. 243 ss. G. RACUGNO, Lo swap, in «Banca, borsa e titoli di credito», 1 (2010), pp. 39-46.

⁴ Cfr. ad esempio la sentenza Zecchini contro Casana della Corte

ricollegabili ad un mutamento nel paradigma di riferimento, che nella prima metà del secolo XIX era ancora nettamente quello francese, sull'onda lunga dell'occupazione napoleonica e della riflessione giuridica sorta intorno al nuovo modello codicistico, mentre negli anni '60 del secolo muta secondo gli indirizzi della nuova scienza tedesca, la quale non parlava più di *jeu de Bourse* o di *marché fictif*5, ma di *Differenzgeschäft*6.

L'elemento accomunante, tuttavia, era l'aver individuato in questo tipo di contratti a termine, nei quali le parti stipulavano accordi allo scoperto e senza, in genere, l'intenzione di eseguirli alla consegna, ma solo di regolare fra loro le differenze sull'andamento delle quotazioni, la forma tipica dell'attività speculativa.

Per riuscire a comprendere dunque le modalità con le quali questo avvenne, cercheremo di evidenziare il processo come si sviluppò essenzialmente nella realtà francese, quella che per prima ebbe una così vasta influenza sul pensiero giuridico della Penisola, senza però tralasciare alcuni accenni al mondo olandese ed anglosassone, che dovettero affrontare

d'appello di Torino, 11 aprile 1855, in «Giurisprudenza degli Stati Sardi», 1855, p. 346.

⁵ Anche qui solo a titolo d'esempio due dei più noti lavori di giuristi francesi che vennero tradotti in italiano e fecero scuola: R.T. TROPLONG, Commenti sul prestito, deposito, sequestro e contratti aleatori, Napoli 1845, pp. 387 e ss. (l'edizione francese è dello stesso anno: Du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires: commentaire des titres XI et XII du Livre III du Code civil, Paris 1845); G.M. PARDESSUS, Corso di diritto commerciale, I, Palermo 1857, p. 181 (si tratta della traduzione della sesta edizione del Cours de droit commercial, sull'importanza Paris 1856-1857); del nell'ampliamento del diritto commerciale oltre le prospettive ristrette del codice del 1807, cfr. L. MOSCATI, Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus, in Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce, Milano 2008, pp. 47-80; EAD., Pardessus e il Code de commerce, in Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive, a cura di S. Rossi - C. Storti Storchi, pp. 39-51.

⁶ Tra le opere più risalenti K.F. NEBENIUS, Die öffentliche Credit, Karlsruhe 1829, pp. 574 ss.; H. Thöl, Der verkehr mit Staatspapieren aus dem Gesichtspunkt der kaufmännischen Speculation mit Berücksichtigung seiner juristischen Natur, Göttingen 1835, pp. 65 ss.; con la promulgazione del BGB nel 1900, la nozione di Differenzgeschäft venne inserita nel codice (§ 764).

prima degli altri il sorgere su vasta scala del movimento speculativo e che, pertanto, rappresentano un idoneo metro di paragone rispetto a ciò che avveniva Oltralpe.

Per capire appieno lo sviluppo della disciplina francese sulle contrattazioni a termine occorre partire dagli avvenimenti che si realizzarono a cavallo fra il XVII e il XVIII secolo: com'è noto, il successo dimostrato dalle politiche mercantilistiche del Colbert, che era riuscito a modernizzare il sistema finanziario e ad incrementare lo sviluppo industriale e coloniale del Paese⁷, venne vanificato, verso la fine del regno di Luigi XIV, dalla revoca dell'editto di Nantes (1685), che aveva destabilizzato l'ordine interno, rinvigorendo il conflitto fra Cattolici e Protestanti, e da due guerre (quella dei Nove Anni, per la successione al Palatinato, 1688-1697, e quella di successione spagnola, 1703-1713) che assorbirono buona parte delle entrate del Tesoro regio, lasciando il paese in una profonda crisi economica⁸.

L'azione dei Controllori Generali delle Finanze che si succedettero in quegli anni finì in certi casi per peggiorare la situazione: celebre il caso di Michel Chamillart (1699-1708)⁹, frequentemente ricordato come esempio di una pessima gestione e che l'economista e storico ottocentesco Jacques Bresson descriveva come «estimable par ses vertus, mais non par ses talents, ayant la sagesse de reconnaître son insuffisance pour les places auxquelles il était elevé, mais l'imprudence de les accepter et l'indiscrétion non seulement de laisser paraître, mais d'avouer son incapacité»¹⁰. Fra i numerosi provvedimenti,

⁷ La figura di Jean-Baptiste Colbert è stata molto studiata ed il suo operato spesso messo in discussione; mi limito solo a suggerire qualche studio più recente: G.J. AMES, *Colbert, Mercantilism and the French Quest for Asian Trade*, DeKalb 1996; D. DESSERT, *Le royaume de monsieur Colbert: 1661-1683*, Paris 2007; P. MINARD, *Economie de marché et État en France: mythes et légendes du colbertisme*, in «L'Economie politique», 37-1 (2008), pp. 77-94; F. D'AUBERT, *Colbert. La vertu usurpée*, Paris 2010.

⁸ G. ROWLANDS, *The Financial Decline of a Great Power. War, Influence and Money in Louis XIV's France*, Oxford 2012.

⁹ Ivi, pp. 162 ss; F. BAYARD – J. FÉLIX – P. HAMON, *Dictionnaire des surintendants et des contrôleurs généraux des finances*, Paris 2000, pp. 102-106.

¹⁰ J. Bresson, Histoire financière de la France, I, Paris 1857, p. 297.

non sempre efficaci, che mise in atto per affrontare le ingenti spese belliche, si ricorda anche l'emissione di grandi quantità di moneta cartacea (*billets de monnaie*), che avrebbe dovuto ovviare alla crisi di liquidità in atto, ma che finì per eccedere di gran lunga le capacità del Tesoro di restituirne il capitale e pagarne gli interessi, con la conseguenza che l'indebitamento pubblico, invece di diminuire, si accrebbe¹¹.

La circolazione di documenti che in vario modo rappresentavano un credito verso lo Stato e che divenne un fenomeno tipico di questi primi anni del XVIII secolo, determinò poi anche l'emersione di un fenomeno nuovo per la Francia¹², un movimento speculativo che, senza alcun controllo,

¹¹ Ivi, p. 306; A. VÜRHER, Histoire de la dette publique en France, I, Paris 1886, p. 125; J.M. THIVEAUD, La Bourse de Paris et les compagnies financières entre marché primaire et marché à terme au XVIIIe siècle (1695-1794), in «Revue d'economie financière», 47 (1998), pp. 24-27; per una visione generale ed una ricca bibliografia sull'amministrazione finanziaria francese nel XVIII secolo P.T. HOFFMAN – G. POSTEL-VINAY – J.L. ROSENTHAL, Priceless Markets. The Political Economy of Credit in Paris 1660-1870, Chicago 2000; T. CLAEYS, Les institutions financières en France au XVIII^e siècle, 2 voll., Paris 2011-2012.

¹² Non del tutto nuovo altrove: nelle Fiandre (ad Anversa) e in Olanda ed in particolare ad Amsterdam, si trattava di un fatto ben noto almeno dal XVI secolo, quando la speculazione si incentrava ancora essenzialmente sulle merci; ma con la fondazione della Compagnia delle Indie Orientali (VOC, 1602) e la sua capitalizzazione in azioni, essa si impadronì ben presto anche del mercato azionario; proprio ad Amsterdam ebbero uno sviluppo notevole le diverse tipologie di contrattazioni a temine, sia a mercato fermo che a premio; cfr. E. STRINGHAM, The Extralegal Development of Securities Trading in Seventeenth-Century Amsterdam, in «The Quarterly Review of Economic and Finance», 43 (2003), pp. 321-344; O. GELDERBLOM - J. JONKER, Completing a Financial Revolution: The Finance of the Dutch East India Trade and the Rise of the Amsterdam Capital Market, 1595-1612, in «The Journal of Economic History», 64-3 (2004), pp. 641-672; G. POITRAS, From Antwerp to Chicago: the History of Exchange Traded Derivatives Security Contracts, in «Revue d'histoire des sciences humaines», 20 (2009), pp. 11-50, in particolare 16 ss. D'altronde proprio in Olanda si verificò quella che è considerata una delle prime bolle speculative del mondo, la cosiddetta "tulipomania", che vide il suo picco proprio negli anni '30 del XVII secolo; cfr. su tutti A. GOLDGAR, Tulipmania. Money, Honor and Knowledge in the Dutch Golden Age, Chicago 2007. Anche in Inghilterra la

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

si indirizzava alla compravendita di *billets*¹³, *assignations*¹⁴ e *rescriptions*¹⁵ di tesorieri, ricevitori¹⁶ e *fermiers* generali¹⁷.

L'instabilità determinata da questo fiorente mercato, che attirava numerosi soggetti desiderosi di rapidi guadagni, era assai dannosa per le finanze regie e doveva essere in qualche

speculazione si era fatta sentire già alla fine del XVII secolo, sia sulle azioni della *East India Company* e delle altre *joint-stock companies* esistenti, sia nella vicenda (ma siamo ormai nei primi decenni del '700) della *South Sea Bubble*; su quest'ultima si veda ad esempio R. DALE, *The First Crash: Lessons from the South Sea Bubble*, Princeton 2004; per le connessioni fra finanza olandese ed inglese cfr. A.M. CARLOS – L. NEAL, *Amsterdam and London as financial centers in the eighteenth century*, in «Financial History Review», 18-1 (2011), pp. 21-46.

- ¹³ Si trattava di ricevute o promesse di pagamento, in genere emesse dai soggetti incaricati di riscuotere le imposte, come ricevitori o tesorieri generali e normalmente per prestiti a breve termine; ma anche *billet de monnaie*, ricevute emesse dalla zecca reale.
- ¹⁴ Ordini di accantonamento emanati dal Tesoro reale su una specifica fonte di reddito.
- ¹⁵ Documento formale contenente la promessa, da parte di un incaricato della riscossione delle imposte, di pagare una certa somma alla presentazione dello stesso; erano più flessibili delle assegnazioni e in genere non legate ad una specifica fonte di reddito.
- ¹⁶ Entrambi incaricati di riscuotere le imposte dirette o indirette in una determinata circoscrizione denominata *généralité*.
- ¹⁷ Imprenditori privati che appaltavano la riscossione delle imposte indirette dello Stato; per tutti si veda G. ROWLANDS, op. cit., p. 6; G. VILLAIN, Naissance de la Chambre de Justice de 1716, in «Revue d'histoire moderne et contamporaine», 35-4 (1988), pp. 544-576, in particolare p. 545. Si trattava di un fenomeno nuovo quanto all'oggetto (gli effets publics, ossia tutti i documenti che rappresentavano un credito verso lo Stato; in seguito vi si aggiungeranno le azioni delle Compagnie privilegiate) e quanto all'entità; una certa attività speculativa, su scala più ridotta, era invece generalmente insita nel commercio e si rivelava soprattutto in materia di derrate (al punto che in certi casi fu necessario intervenire per disciplinarla, come nel caso del mercato del grano, ove vennero vietate le vendite del raccolto futuro fin dal IX secolo); cfr. il capitolare di Carlo Magno dell'809 (Monumenta Germaniae Historica, Capitularia, I, Hannoverae 1883, p. 152, n. 12), nonché i vari editti dei sovrani francesi contro la vendita del "blé vert" (per i quali cfr. F.A. ISAMBERT - DECRUSY - A.H. TAILLANDER, Recueil général des anciennes lois françaises, XXIX, Paris 1833, voce blés en vert, p. 39; su analoghi provvedimenti inglesi cfr. S. BANNER, Anglo-American Securities Regulation. Cultural and Political Roots, 1690-1860, Cambridge 1998, pp. 14 ss.

modo calmierata: a questo scopo, nel 1710, il Controllore generale Desmaretz¹⁸ tentò di convertire tutti gli effetti pubblici circolanti (compresa parte della cartamoneta) in rendite dello Stato¹⁹; alcuni anni dopo, poi, ai provvedimenti amministrativi si affiancarono anche quelli repressivi: nel 1716 (durante la reggenza di Filippo d'Orléans), venne infatti costituita una *Chambre de justice* per perseguire tutti coloro che, avendo indebitamente approfittato della situazione finanziaria, si erano arricchiti a spese dell'erario²⁰.

Si trattava di un tribunale straordinario, creato per l'occasione e dunque temporaneo: venne infatti costituito con editto registrato il 12 marzo 1716 e soppresso il 22 marzo 1717; i suoi poteri erano piuttosto ampi, essendo in grado di irrogare la pena della galera e in certi casi anche quella di morte²¹. Tuttavia l'aspetto più interessante è che si faceva cenno alla necessità di perseguire anche

«[...] une autre espèce de gens, auparavant inconnus, qui ont exercé des usures énormes en faisant un commerce continuel des assignations, billets et rescriptions des trésoriers, receveurs et fermiers generaux»²².

¹⁸ F. BAYARD – J. FÉLIX – P. HAMON, *op. cit.*, pp. 108-112; S. GUERRE, *Nicolas Desmaretz et la prise de décision au conseil du roi*, in «Revue historique», 659-3 (2011), pp. 589-610.

¹⁹ Queste erano con più difficoltà oggetto di rapide contrattazioni, in quanto parificate agli immobili e come tali trasferite mediante atto notarile; P.T. HOFFMAN – G. POSTEL-VINAY – J.L. ROSENTHAL, op. cit., pp. 27 ss. e 72 ss.; MOLLOT, Bourses de commerce, agens de change et courtiers, Paris 1831, p. 244; M. LEGAY, La banqueroute de l'état royal. La gestion des finances publiques de Colbert à la Révolution française, Paris 2011, pp. 93-96.

²⁰ P. GOUBERT, L'*Ancien Régime. La società, i poteri*, Milano 1999, p. 464 ss.; G. ROWLANDS, *op. cit.*, pp. 86 ss.; G. VILLAIN, *op. cit.*, descrive in generale il clima che portò alla costituzione della *Chambre*.

²¹ La creazione di organismi giudiziari *ad hoc* per perseguire gli appaltatori delle finanze regie che avevano distratto illecitamente somme al Tesoro risaliva al 1315, quando una commissione straordinaria condannò all'impiccagione Enguerrand de Marigny, cancelliere di Filippo il Bello; in forma di *Chambres de Justice* vennero convocati fin dal 1581: G. VILLAIN, *op. cit.*, p. 568.

²² F.A. ISAMBERT - DECRUSY - A.H. TAILLANDER, op. cit., XXI, p. 81.

Questi primi speculatori, che erano, dunque, ancora qualificati semplicemente come usurai²³, verranno meglio individuati nel successivo provvedimento del 14 marzo, che identificava i soggetti sottoposti alla competenza della *Chambre*: si trattava di coloro che

«[...] ont fait un commerce et un métier ordinaire de négocier à l'occasion et à détriment des nos finances les différentes papiers qui ont eu cours dans le public, ont fait, par des voies obliques et frauduleuses, souvent même en décriant leur propres billets, ou en abusant des deniers qui leur étoient confiés, des gains illecites et immenses, qu'il seroit impossible de découvrir exactement par l'examen des traités, par la reddition ou la révision des comptes, même par la dénonciation et procédures qui seront faites en conséquence dans ladite chambre, nous avons cru que ce nouveau genre de malversation et d'iniquité exigeoit de nous de nouvelles précautions; qu'il seroit contre toute justice et contre le bien de l'Etat que ceux qui ont fait des gains de cette nature, et dont la fortune consiste principalement en effets qui ne sont connus que d'eux et qu'il leur est facile de mettre à couvert, pussent éviter ou éluder les condemnations les plus légitimes [...]»²⁴.

Essi dovevano essere tenuti a presentare alla *Chambre* un documento sullo stato dei loro beni, redatto davanti a due notai (o un notaio e due testimoni) e di cui avrebbero garantito la veridicità, distinguendo la provenienza di ciascun cespite patrimoniale, indicando anche i patrimoni dei famigliari e le imprese o attività commerciali da loro esercitate, anche se intestate a prestanome; in questo modo si riteneva che la Corte potesse individuare le entrate "sospette" e sanzionarle.

²³ La bibliografia sui rapporti fra commercio, necessità di credito e divieto di usura dal Medioevo all'Età moderna è vastissima; mi limito a segnalare solo qualche saggio più recente: E. KERRIDGE, *Usury, interest and the Reformation*, Aldershot 2002; C. GAMBA, Licita usura. *Giuristi e moralisti tra Medioevo ed Età moderna*, Roma 2003; P. VISMARA, *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito a interesse*, Soveria Mannelli 2004; *Credito e usura fra teologia, diritto e amministrazione: linguaggi a confronto, secc. XII-XVI*, a cura di D. Quaglioni, G. Todeschini, G.M. Varanini, Roma 2005.

²⁴ F.A. ISAMBERT - DECRUSY - A.H. TAILLANDER, op. cit., XXI, p. 89.

Nonostante la durezza delle norme, l'operato della *Chambre* non fu molto efficace; a parte alcuni processi e condanne, lo scopo principale dell'organo era recuperare una porzione delle imposte non versate al Tesoro. Vi furono accordi con più di quattromila soggetti sottoposti a giudizio, ma dei duecentoventi milioni di lire che si sarebbero dovuti acquisire, lo Stato ne ottenne soltanto settanta, per di più dai corrotti di basso livello, mentre i grandi colpevoli riuscirono, nel maggior numero dei casi, a rimanere impuniti²⁵.

Questi provvedimenti infatti non si dimostrarono in grado di ostacolare seriamente la speculazione, che sarà anzi incrementata dagli eventi che si stavano preparando: proprio nello stesso anno 1716 infatti, il reggente, Filippo d'Orléans, aveva permesso la creazione di una banca privata, la Banca Generale, una sorta di esperimento per saggiare la bontà del progetto di riassetto del debito pubblico proposto da un personaggio piuttosto particolare, a metà strada fra il genio e l'avventuriere, lo scozzese John Law²⁶.

Com'è noto il Law aveva a lungo viaggiato in Europa per studiare i vari sistemi finanziari ed aveva elaborato un proprio metodo, che consisteva essenzialmente nella mobilizzazione di tutte le risorse dello Stato (imposte, commercio interno ed estero, capitale monetario), attraverso la loro trasformazione in

²⁵ H. SÉE, *La Chambre de Justice de 1716 en Bretagne*, in «Annales de Bretagne», 39-2 (1930), pp. 223-224. Vi sono tuttavia alcune ricerche che oggi tendono a rivalutare l'operato della *Chambre*: E. GOLDNER, *Corruption on Trial: Money, Power and Punishment in France's* Chambre de justice *of 1716*, in «Crime, Histoire & Sociétés / Crime History & Societies», 17-1 (2013), pp. 5-28.

²⁶ Sul *système de Law* e sulle vicende della sua applicazione, note in lingua inglese come *Mississipi Bubble*, esiste una letteratura sterminata in ambito storico-economico; mi limito qui a citare solo alcuni testi, ma rinvio soprattutto alla relativa bibliografia: E. FAURE, *La banquerote de Law*, Paris 1977; A.E. MURPHY, *John Law: Economic Theorist and Policy-Maker*, Oxford 1997; ID., *John Law: financial innovator*, in *Pioneers of financial economics*, I, *Contributions prior to Irving Fisher*, Portland 2006, pp. 100-115; F.R. VELDE, *John Law's system*, in «The American Economic Review», 97-2 (2007), pp. 276-279; P.T. HOFFMAN – G. POSTEL-VINAY – J.L. ROSENTHAL, *op. cit.* pp. 69 ss.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

biglietti (la cosiddetta "moneta fiduciaria") e in azioni²⁷. Tale mobilizzazione si sarebbe realizzata con la creazione di due organismi: una banca, che, oltre a svolgere le normali funzioni di deposito, avrebbe anche emesso la suddetta moneta cartacea, fornendo così credito ai prestiti a breve periodo, soprattutto verso lo Stato; e una compagnia commerciale (denominata *Compagnie d'Occident*), la quale avrebbe sfruttato, in regime di monopolio, il commercio con le colonie (nella fattispecie la Louisiana) e contribuito alla gestione del debito pubblico.

Nel 1718 i risultati furono a tal punto incoraggianti che il duca d'Orléans decise di trasformare la banca da privata in pubblica, rinominandola Banca Reale e affidandole la gestione del debito; l'anno successivo venne poi modificata anche la Compagnia, con l'istituzione della nuova *Compagnie des Indes*, cui venne attribuito il monopolio commerciale con le Indie orientali ed occidentali e nella quale venne fatta confluire la vecchia *Compagnie d'Occident*.

Per sollecitare nel pubblico la sottoscrizione del capitale, il Law adottò un meccanismo che avrebbe permesso un rapido incremento del valore delle azioni, permettendo la rateizzazione dell'acquisto ed incentivando così la speculazione²⁸. L'operazione riuscì così bene che nel giro di un mese il valore era raddoppiato e gli acquirenti che avevano giocato sul rialzo poterono ottenere, rivendendo, un guadagno del 700%²⁹!

²⁷ J. HILAIRE, Le système de Law, ou les affres du marché, in Bulletin de l'Académie des sciences et lettres de Montpellier, Montpellier 2003, pp. 63-70.

²⁸ Il capitale venne fissato in venticinque milioni di lire, divisi in azioni da cinquecento, pagabili in venti pagamenti mensili, più un premio di cinquanta lire per azione; il che significa che per acquistarne una non era necessario possedere l'intero capitale, ma era sufficiente avere a disposizione settantacinque lire: cinquanta di premio annuale e venticinque per pagare la prima rata A.E. MURPHY, *op. cit.*, pp. 188 ss.; ID., *John Law et la bulle de la Compagnie du Mississipi*, in «L'économie politique», 48-4 (2010), p. 12.

²⁹ Se al momento dell'acquisto si erano spese 75 lire, acquistando un'azione che ne valeva 500, significa che rimanevano ancora 475 lire di ulteriori rate da pagare; rivendendo l'azione a 1000 lire, il guadagno netto era di 525 lire (1000 meno le 475 rimanenti), che, rispetto alle 75 pagate per l'acquisto, rappresentava un incremento del 700%; A.E. MURPHY, *John Law*

ALLE RADICI DEI "CONTRATTI DIFFERENZIALI"

La febbre di rapidi e facili introiti conquistò rapidamente ogni genere di persone e le contrattazioni, che prima avvenivano presso banchieri o cambiavalute, si spostarono in strada, a causa dell'elevato afflusso di persone: si trattava della *rue Quincampoix*, fra *rue des Lombards* e le mura cittadine, sede della Banca Reale e al centro del quartiere mercantile della città³⁰. Molto spesso le contrattazioni avvenivano allo scoperto, sfruttando esclusivamente le differenze fra le quotazioni dei titoli in un arco temporale determinato.

Il sistema prevedeva di sorreggere la speculazione attraverso la fiducia nel suo fondatore (che nel 1720 venne anche nominato Controllore Generale delle Finanze) e la continua emissione di nuovi "prodotti"³¹, ma è evidente che la fase di rialzo non poteva continuare all'infinito: ed infatti, proprio in quell'anno, uno spaventoso ribasso costrinse il Law alla fuga ed il reggente ad adottare dei provvedimenti drastici contro gli speculatori, definiti, con un neologismo di origine italiana, agioteurs ed indicati come principali responsabili del tracollo finanziario in atto³². La prima di queste misure fu il divieto di assembrarsi per contrattare titoli, prima solo nella rue Quincampoix e poi anche in qualsiasi altro luogo, salvo che vi fosse l'intermediazione di agenti di cambio³³; la seconda,

Economic Theorist... cit., p. 188.

³⁰ Ivi, p. 205.

³¹ P.M. GARBER, *Famous First Bubbles*, in «The Journal of Economic Perspectives», 4-2 (1990), p. 46 ss.

³² Il concetto di aggiotaggio dell'epoca era in parte differente rispetto alla fattispecie di reato contenuta nei nostri codici penali; secondo la definizione data dal celebre *Dictionnaire* del Savary, è *agioteur* «une personne qui fait valoir son argent à gros intérêts, en prenant du public des billets, promesses, assignations et autres semblables papiers, sur un pied très bas, pour le remettre dans la même public sur un pied plus haut. Les agioteurs sont des pestes publiques et des usuriers de profession, qui en bonne police mériteroient punition exemplaire»; J. SAVARY DES BRUSLONS, voce *agioteur*, in *Dictionnaire universel du commerce*, I, Paris 1741, col. 606; N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière face au droit: 1799-1914*, Paris 2009, pp. 23 ss.

³³ *Arrêts* del 22 e del 28 marzo 1720; cfr. F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, *op. cit.*, XXI, pp. 178-179. Anche questi provvedimenti si

adottata qualche anno dopo, fu la creazione di una Borsa, allo scopo di regolamentare un mercato che si era dimostrato impossibile soffocare³⁴.

Prima di esaminare nel dettaglio questi provvedimenti e i limiti che essi imposero alle contrattazioni a termine, occorre fare qualche cenno ad un'opera dottrinale, scritta nel 1719 dal cancelliere Henri-François d'Aguesseau dal suo esilio a Fresnes, dove si era ritirato quando, proprio a causa dell'opposizione che aveva dimostrato nei confronti del Law e del suo sistema, era stato privato delle sue funzioni³⁵: si tratta della *Mémoire sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes*³⁶, trattatello dal tono moralistico, ma utile per cogliere, attraverso il filtro di un giurista, il sospetto con cui era guardata, all'epoca, la frenesia delle contrattazioni³⁷.

Scritta proprio nella temperie della speculazione sulle

dimostrarono, però, nei fatti inefficaci, perché gli speculatori si trasferirono in realtà all'*Hôtel de Soissons*, presso il principe Vittorio Amedeo I di Carignano, almeno fino al 25 ottobre; E. LEVASSEUR, *op. cit.*, pp. 222-223.

- ³⁴ In generale cfr. P.J. LEHMANN, *Histoire de la Bourse de Paris*, Paris 1997, pp. 5 ss.; P. LAGNEAU-YMONET A. RIVA, *Histoire de la Bourse*, Paris 2012, pp. 16 ss.
- ³⁵ J.J. HURT, Louis XIV and the Parlaments. The Assertion of Royal Authority, Manchester 2002, pp. 142-143; 185.
- ³⁶ H.F. D'AGUESSEAU, Mémoire sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes, in Oeuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau, X, Paris 1777, pp. 169-294.
- dell'emergere della morale giansenista nel trattato, il giudizio di Nelly Hissung-Convert, che accusa il D'Aguesseau «d'une morale austère où le chancelier flétrissait la conscience même de l'agioteur»: N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., p. 148. Se il tono può spesso apparire moralistico, è tuttavia pur vero che critiche analoghe venivano sollevate anche nel mondo inglese, colpito, negli stessi anni, da una crisi assai simile a quella del Law, la cosiddetta South Sea Bubble; cfr. S. BANNER, op. cit., pp. 58 ss.; R. DALE, The First Crash. Lessons from the South Sea Bubble, Princeton 2004. Inoltre lo stile del D'Aguesseau si caratterizzava proprio per una forte fusione del diritto con la morale, in cui il ruolo del diritto naturale era inevitabilmente centrale, trattandosi di uno dei capisaldi del pensiero di giuristi, quali su tutti Domat, che erano un riferimento costante del Cancelliere (che di Domat era anche stato allievo); cfr. J.L. THIREAU, Le chancelier d'Aguesseau jurisconsulte, in «Histoire de la justice», 19-1 (2009), pp. 91-105.

azioni della Compagnia, questa breve opera intendeva dimostrare l'illiceità di tale traffico, basandosi essenzialmente su due argomenti: l'individuazione della causa del contratto e la determinazione della liceità della stessa attraverso l'indagine sui motivi che avevano indotto le parti a stipularlo. Si trattava di argomenti non nuovi, anzi, in gran parte ripresi dalla dottrina medievale, come si era stata sviluppata grazie soprattutto all'apporto di Tommaso d'Aquino: in particolare molto del discorso tomista veniva ripreso a proposito della necessità, per qualsiasi commercio, di non abbandonare il criterio del giusto prezzo; oppure nella discussione sull'illiceità di cedere ad altri azioni che si sapeva sarebbero scese di valore, potendosi configurare come mancata comunicazione all'acquirente dei difetti della cosa venduta³⁸. Ciò che è interessante è come questi argomenti vennero utilizzati a proposito del commercio delle azioni stesse, tenuto anche conto del fatto che essi diverranno fondamento dei successivi tentativi di regolamentazione.

Il ragionamento era il seguente: ogni atto giuridico avviene in base ad una causa, la quale può essere *réelle, veritable* e *juste,* oppure *imaginaire, fausse* o *injuste*³⁹; tuttavia un contratto privo di causa o la cui causa sia illecita è radicalmente nullo. Nel caso della compravendita, qualsiasi allontanamento dal criterio del giusto prezzo (ossia qualsiasi guadagno eccessivo) comporta una sproporzione nella causa, che ne provoca dunque l'assenza; inoltre tale sproporzione non può essere giustificata dall'acquisto di un monopolio (che permetterebbe al venditore di essere colui che impone il prezzo), né dal tentativo di alterare l'opinione del pubblico per far oscillare il valore delle merci o dei titoli⁴⁰. Non deve però considerarsi illegittimo cumulare in

³⁸ H.F. D'AGUESSEAU, *op. cit.*, p. 243; T. AQUINATIS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 77 a. 1, 3, 4. La dottrina della causa, inizialmente sviluppatasi nella linea dei *vestimenta pactorum*, venne poi precisata dai giuristi dell'Età moderna come bilanciamento fra l'autonomia dei privati e le esigenze di tutela dell'ordinamento e spesso considerata sotto il profilo dell'utilità; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età moderna*, I, *Il Cinquecento*, pp. 300 ss.

³⁹ H.F. D'AGUESSEAU, op. cit., p. 171 ss.

⁴⁰ Ibidem.

un solo soggetto le figure del compratore e del venditore, purché quest'ultimo, comprando, rispetti l'interesse generale dei compratori, e vendendo, quello dei venditori; ma se vende a basso costo per far abbassare il prezzo del bene, in modo da guadagnarci dopo in qualità di compratore; o se acquista a caro prezzo per far alzare il valore, in modo da guadagnarci poi come venditore, in tal caso altera il mercato, non fa gli interessi comuni alla sua posizione e dà impulso all'aggiotaggio, che anzi spesso incrementa con l'acquisizione di una posizione monopolistica o indirizzando l'opinione pubblica, e quindi in una forma a maggior ragione illecita.

Quali le possibili soluzioni? Secondo il D'Aguesseau una legge non sarebbe servita, perché in nessun modo se ne sarebbe potuta assicurare l'esecuzione⁴¹; solo il rispetto del diritto naturale (quindi la condivisione da parte di tutti dei valori che esso esprimeva) avrebbe permesso di uscire dalla terribile situazione che anche il sovrano aveva contribuito a creare, autorizzando le azioni della Compagnia: «[...] c'est vraiment pour des telles occasions qu'est faite la maxime *fiat ius et pereat mundus*»⁴².

La convinzione dell'inefficacia di una regolamentazione normativa che non poteva che essere di difficile applicabilità fu, in parte, profetica; ma poiché «nemo propheta acceptus est in patria sua»⁴³, venne completamente disattesa dal Consiglio regio, che, con la fine del sistema e il crollo delle azioni, decise invece di adottare severi provvedimenti contro la speculazione e la sua forma giuridica, ossia i contratti di compravendita a

⁴¹ Ivi, p. 205. Questo era in effetti quanto si poteva desumere, come vedremo, dall'esperienza olandese, dove, sebbene le compravendite allo scoperto fossero state vietate dagli Stati Generali con un provvedimento del 1610, più volte successivamente reiterato, il mercato aveva continuato ad utilizzarle, anche per la difficoltà da parte dello Stato di imporre delle sanzioni, che in genere si limitavano all'impossibilità di far valere l'accordo in giudizio; cfr. E. STRINGHAM, op. cit., pp. 328 ss.; L. PETRAM, De koersval van 1672 en de grenzen van het vertrouwen op de Amsterdamse aandelenmarkt, in «Holland. Historisch Tjdschrift», 3 (2010), pp. 164-178, in particolare p. 168.

⁴² H.F. D'AGUESSEAU, op. cit., p. 266.

⁴³ Lc. 4, 24.

termine: nel 1724 venne infatti promulgato un *arrêt* che apportava alcune significative novità nel tentare di disciplinare il mercato degli *effets publics* (nulla era invece stabilito per le contrattazioni su merci)⁴⁴.

Obbiettivo principale del provvedimento era la formazione di un mercato regolamentato, sotto il controllo del potere pubblico, con possibilità di limitarne l'accesso (per entrarvi era necessario fare richiesta di una *marque* nominativa e gli stranieri potevano essere ammessi solo se vi fosse stata una garanzia da parte di un mercante locale): veniva così costituita la Borsa di Parigi, come unico luogo nel quale potessero essere negoziate lettere di cambio, biglietti all'ordine o al portatore, effetti pubblici, o altri documenti commerciabili, e merci (queste ultime per verità potevano essere oggetto di contrattazione anche presso i mercati e le fiere)⁴⁵.

Nel solo caso degli effetti pubblici o degli altri documenti era poi imposto il ricorso all'intermediazione degli agenti di cambio, a pena di nullità e della prigione per chi avesse violato la norma, «pour en détruire les ventes simulées qui en ont causé jusqu'à présent le discrédit»⁴⁶; si trattava evidentemente di compravendite allo scoperto, che le parti non avevano realmente intenzione di eseguire: nei Paesi Bassi convenzioni analoghe venivano stipulate già dal secolo precedente, non solo su azioni o rendite pubbliche, ma anche su una vasta gamma merci, quali pepe, caffè, cacao, salnitro, liquori, olio e ossa di balena⁴⁷.

⁴⁴ Si tratta dell'*arrêt* emanato a Fontainebleau il 24 settembre 1724; cfr. F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, *op. cit.*, pp. 278-285.

⁴⁵ Ivi, art. 13, p. 280.

⁴⁶ Ivi, art. 17, p. 281. Come sottolinea Nelly Hissung-Convert, gli agenti di cambio francesi furono considerati fin dal principio dei controllori del mercato per conto del Governo; cfr. N. HISSUNG-CONVERT, *op. cit.*, pp. 72-91.

⁴⁷ J. G. VAN DILLEN, Isaac Le Maire et le commerce des actions de la Compagnie des Indes Orientales, in «Revue d'histoire moderne», 10-4 (1935), pp. 5-21 e 121-137, in particolare p. 21; V. BARBOUR, Capitalism in Amsterdam in the Seventeenth Century, Ann Arbor 1950, p. 75; J. DE VRIES – A. VAN DER WOUDE, The First Modern Economy: Success, Failure and Perseverance of the Dutch Economy, 1500-1756, Cambridge 1997, p. 150: «Moreover purchaser of

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

Allo scopo di impedire simili accordi, che influenzavano le variazioni delle quotazioni e mettevano a rischio i patrimoni degli speculatori inesperti, venne introdotto una sorta di divieto assoluto delle contrattazioni a termine, limitato però ai soli *effets publics*:

«A l'égard des négotiations de papiers commerçables et autres effets, elles seront toujours faites par le ministère de deux agents de change; à l'effet de quoi les particuliers qui voudront acheter ou vendre des papiers commerçables et autres effets, remettront l'argent ou les effets aux agents de change avant l'heure de la Bourse, sur leur reconoissances portant promesse de leur en rendre compte dans le jour, et ne pourront néanmoins lesdits agents de change porter ni recevoir aucuns effets ni argent à la Bourse, ni faire leur négociacions autrement qu'en la forme ci-après marquée; le tout à peine contre les agents de change qui contreviendront au contenu du présent article, de destitution et de trois mille livres d'amende [...]»⁴⁸.

Consegna dei *papiers* da parte del venditore e del prezzo da parte del compratore al rispettivo agente di cambio prima dell'apertura della Borsa, con l'accordo che la transazione sarebbe stata completata nell'arco della giornata; in sostanza un vero e proprio mercato a contanti!

Questa disciplina verrà poi estesa, alcuni anni dopo, alle azioni della Compagnia delle Indie da un secondo *arrêt*, forse ancora più esplicito quanto alle ragioni e agli obbiettivi che si intendevano raggiungere⁴⁹: vi si affermava che, poiché le

this contracts increasingly had no intention of taking delivery, just as sellers did not possess and did not intend to acquire the promised good»; G. POITRAS, From Antwerp to Chicago: the History of Exchange Traded Derivative Security Contracts, in «Revue d'histoire des sciences humaines», 20-1 (2009), pp. 21 ss.

⁴⁸ F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, op. cit., art. 29, p. 283.

⁴⁹ 7 marzo 1730: Arrest du Conseil d'Estat du Roy portant deffenses de contracter à l'avenir aucuns engagemens pour fournir, ou recevoir à terme, des actions de la Compagnie des Indes, sous le nom de prime, marché ferme ou autrement, Paris 1730. Inizialmente il Consiglio aveva escluso il commercio delle azioni della Compagnia dall'applicazione dell'arrêt del 1724, equiparandone la disciplina a quella delle lettere di cambio e quindi

contrattazioni svoltesi fino ad allora, realizzatesi a premio o a mercato fermo, avevano dato luogo «à des engagemens usuraires et illicites», per il futuro non sarebbe stato ammesso, a pena di nullità, alcun accordo per fornire o ricevere a termine azioni della Compagnia e che nessuna vendita avrebbe potuto essere valida «qu'en les delivrant réellement et en recevant la valeur comptant»⁵⁰.

Simili provvedimenti erano un segno che in questa prima fase il legislatore aveva individuato nel contratto a termine *tout court*, e non solo nelle sue applicazioni "allo scoperto", lo strumento principale della speculazione, senza distinguere la posizione del venditore e quella dell'acquirente e quindi senza discriminare fra atteggiamento ribassista o rialzista, come invece avverrà in seguito; tale impostazione radicale era probabilmente frutto di una non ancora sufficientemente chiara comprensione di un fenomeno che era relativamente nuovo per il regno di Francia⁵¹.

Il carattere "emergenziale" di una soluzione che intendeva rimuovere il problema, più che regolamentarlo, risulta infatti assai evidente, se confrontato con la realtà di altri due Paesi, i quali, a loro volta, avevano dovuto adottare o adotteranno di lì a poco forme di regolamentazione del fenomeno speculativo, di cui però avevano un'esperienza più solida e duratura: Olanda e Inghilterra.

La vicenda olandese precedeva di circa un secolo gli avvenimenti francesi e si era sviluppata in risposta ad esigenze

escludendo anche l'intermediazione necessaria degli agenti di cambio (*arrêt* del 26 febbraio 1726, in *Manuel des agens de change et de courtiers de commerce*, Paris 1823, pp. 80-81), ma il progredire della speculazione aveva indotto i consiglieri a suggerire norme più drastiche, vietandone il mercato a termine (1730) e subordinandone il commercio all'intermediazione degli agenti (*arrêt* del 22 dicembre 1733); ivi, pp. 83-85.

⁵⁰ Arrest du Conseil d'Estat du Roy portant deffenses de contracter... cit.

⁵¹ Valutate le opportune differenze, mi pare vi siano alcune analogie fra le difficoltà che incontrò il diritto francese, nell'identificare e distinguere esattamente i contratti meramente speculativi, e quelle affrontate dal legislatore comunale nel Medioevo per individuare il presupposto del fallimento nell'insolvenza del mercante; cfr. in merito U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova 1964.

parzialmente diverse: qui il mercato non era concentrato in modo pressoché esclusivo su effetti pubblici, ma era invece essenzialmente azionario, sorto in parallelo alla fondazione, nel 1602, della Compagnia delle Indie Orientali (*Vereenigde Oostindische Compagnie*)⁵², anche se la creazione di un sistema organizzato di speculazione aveva richiesto qualche anno.

Con il consolidamento del mercato erano incominciati però anche i tentativi di manipolazione, condotti da gruppi organizzati di operatori: il primo esempio significativo si ebbe nella primavera del 1609, quando alcuni mercanti, sotto la guida di Isaac le Maire, riuscirono a determinare un forte ribasso nelle azioni della Compagnia, vendendo allo scoperto a lunga scadenza (fino a cinque anni), al fine di riacquistare prima della scadenza a prezzi molto inferiori⁵³. Per arginare il fenomeno i direttori della Compagnia avevano indirizzato una petizione agli Stati Generali, i quali, il 27 febbraio 1610, avevano adottato un provvedimento (placaat)54 che non proscriveva in generale le contrattazioni a termine, ma vietava la vendita di azioni che non fossero iscritte al cedente nei registri della VOC prima della transazione (impedendo quindi lo scoperto), a pena della nullità del contratto e di una sanzione pari a un quinto del valore dell'accordo; inoltre imponeva un termine massimo di un mese per la traditio all'acquirente (attraverso la registrazione del passaggio di proprietà sul libro della Compagnia) e il pagamento del prezzo⁵⁵; questo perché ciò che si voleva impedire era soltanto la speculazione al ribasso e dunque era

⁵² La bibliografia in merito è piuttosto vasta; si veda su tutti F. GAASTRA, *The Dutch East India Company: expansion and decline*, Zutphen 2003.

⁵³ Oltre a questo, venivano vendute in parte azioni che proprio non esistevano: si parlava in proposito di "vendita a vuoto" o "in bianco". G. VAN DILLEN, *Isaac le Maire et le commerce des actions de la Compagnie des Indes Orientales*, in «Revue d'histoire moderne», 10-16 (1935), pp. 5-21 e 10-17 (1935), pp. 121-137; in particolare pp. 122 ss.; L.O. PETRAM, *The world's first stock exchange*, New York 2014, pp. 61 ss.

⁵⁴ C. CAU, *Groot placaet boek*, I, Gravenhage 1658, pp. 554-555; cfr. L.O. PETRAM, *The world's...* cit., p. 65.

⁵⁵ J.G. VAN DILLEN, *op. cit.*, p. 126; L.O. PETRAM, *The world's...* cit., p. 66.

importante negare la possibilità di vendere ciò che non si possedeva, al solo scopo di far abbassare le quotazioni e comprare a minor costo.

La norma, peraltro, si dimostrò piuttosto inefficace, nonostante la giurisprudenza fosse allineata nel dichiarare la nullità dei contratti che la violavano⁵⁶; ad avviso di Lodewijk Petram, questo avvenne perché erano entrati in gioco alcuni strumenti privatistici di validazione dei contratti, quali la fama del mercante e la creazione di gruppi organizzati di investitori con regole molto precise, il mancato rispetto delle quali comportava l'espulsione del membro fedifrago⁵⁷. Inoltre erano state introdotte delle clausole con le quali il compratore rinunciava a far valere l'eccezione di nullità derivante dal placaat del 1610, giudicate valide dalle Corti almeno fino al 1623, quando gli Stati Generali provvidero a vietarle⁵⁸. L'abbondanza delle successive conferme del provvedimento dimostra come la regolamentazione legislativa avesse fallito nel contrastare la speculazione: l'unico effetto ottenuto dall'editto era stato quello di favorire gli acquirenti che avessero subito perdite molto superiori alle proprie forze, i quali potevano impugnare il contratto, facendone valere la nullità e danneggiando così esclusivamente il venditore⁵⁹. Proprio per questo il divieto venne infine abrogato nel 1689, quando si introdusse un sistema di tassazione che rendeva meno conveniente la stipulazione di simili accordi⁶⁰.

La realtà inglese, per parte sua, si avvicinava invece molto di più a quella francese che a quella olandese, soprattutto per ragioni temporali: anche qui il mercato azionario (pubblico

⁵⁶ L.O. PETRAM, *The world's...* cit., pp. 96 ss., ma con l'esclusione dell'obbligo di registrazione nel caso i contratti a termine fossero effettivi e non meramente allo scoperto (ivi, p. 98).

 $^{^{57}}$ È il caso, ad esempio, del *Collegie vande Actionisten*; L.O. PETRAM, *The world's ...* cit., pp. 165 ss.

⁵⁸ Nonostante il divieto, esse continuarono comunque ad essere utilizzate; ivi, p. 95.

⁵⁹ Conferme si ebbero nel 1623, 1624, 1630, 1636 e 1677; cfr. E. STRINGHAM, *op. cit.*, pp. 328-329.

⁶⁰ Ivi, p. 330.

e privato) si era sviluppato nell'ultimo decennio del '600, dando origine ad una fiorente attività speculativa (*stock-jobbing*), inizialmente avversata da chi riteneva che deviasse i capitali da impieghi produttivi e commerciali, concentrandoli invece nelle mani di pochi soggetti: uno dei più accaniti critici di questa nuova moda fu, ad esempio, il celebre padre di *Robinson Crusoe*, Daniel Defoe⁶¹.

Coloro che ritenevano necessaria una regolamentazione del mercato speculativo avevano chiesto a gran voce l'intervento del Parlamento, suggerendo che fosse incentrato su quattro capisaldi: una tassa sulle transazioni finanziarie; la previsione dell'impossibilità per l'acquirente di rivendere un'azione prima che fosse avvenuto il trasferimento di proprietà dal venditore; la proibizione di compravendite allo scoperto e l'introduzione di un tempo minimo che doveva intercorrere fra l'acquisto di un'azione e la sua nuova cessione⁶².

Nel 1697 venne promulgato un primo provvedimento (*An act to restraine the number and ill practice of brokers and stock-jobbers*)⁶³, con cui, dopo aver denunciato i pericoli di tali pratiche per l'economia del Regno⁶⁴, il Parlamento stabiliva alcuni limiti all'attività dei *brokers* (riduzione del numero, divieto di contrattare a proprio vantaggio...)⁶⁵ e la proibizione di

⁶¹ S. BANNER, *op. cit.*, pp. 32 ss.

⁶² Ivi, p. 38. L'idea di una tassazione delle transazioni finanziarie allo scopo di stabilizzare il mercato è dunque assai più risalente delle proposte attualmente dibattute, quali ad esempio la famosa Tobin tax.

⁶³ 8 & 9 Wm. III c. 32, rinvenibile anche online (http://www.britishhistory.ac.uk/report.aspx?compid=46880).

⁶⁴ «[...] whereas diverse Brokers and Stock-Jobbers or pretended Brokers have lately sett upp and carried on most unjust Practices and Designes in selling & discounting of Talleys, Bank Stock, Bank Bills, Shares and Interests in Joint Stocks and other Matters and Things and have and do unlawfully combined and confederated themselves together to raise or fall from time to time the Value of such Talleys, Bank Stock and Bank Bills as may be most convenient for their owne private Interest & Advantage which is a very greate abuse of the said antient Trade and Imployment and is extreamly prejudicial to the publick Creditt of this Kingdome and to the Trade and Co[m]merce thereof and if not timely prevented may ruine the Creditt of the Nation and endanger the Government it selfe [...]».

⁶⁵ Norme analoghe saranno poi inserite nella legislazione francese:

ALLE RADICI DEI "CONTRATTI DIFFERENZIALI"

stipulare compravendite con termine superiore ai tre giorni⁶⁶, il che finiva ovviamente per depotenziarne moltissimo i vantaggi. Si trattava però di una norma temporanea (decadrà nel 1708), che non venne più rinnovata e che le stesse corti giudiziarie non videro favorevolmente, avendone dato in genere un'interpretazione molto restrittiva⁶⁷.

La necessità di elaborare un sistema di limiti al mercato si ripresentò tuttavia negli anni '30 del XVIII secolo, a seguito di una vicenda non molto dissimile da quella del Law, che coinvolse le azioni della *South Sea Company*: la Compagnia era stata fondata e incorporata nel 1711⁶⁸, garantendole il monopolio commerciale con la costa orientale dell'America del sud e, dal 1713, la gestione dell'*asiento*, ossia la fornitura di schiavi africani alle colonie spagnole; contemporaneamente essa si era fatta carico del debito pubblico di breve periodo, convertendolo in azioni e ricevendone in cambio, dallo Stato, un interesse del 6%⁶⁹.

cfr. N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 76 ss.

⁶⁶ «And for the further preventing the Mischiefs and Inconveniences that doe daily arise to trade by the ill Practices of Brokers Stock Jobbers and others be it further enacted and declared by the Authority aforesaid That every Policy Contract Bargaine or Agreement made and entred into or to be made and entred into by any Person and Persons whatsoever and which by the Tenour thereof is to be performed after the said First Day of May One thousand six hundred ninety seven upon which any Premium already is or att any Time hereafter shall be given or paid for liberty to putt upon or to deliver receive accept or refuse any Share or Interest in any Joint Stock. Talleys Orders Exchequer Bills Exchequer Ticketts or Bank Bills whatsoever other than and except such Policies Contracts Bargaines or Agreements of the Nature aforesaid as are to performed within the space of Three Days (to be accounted from the Time of making the same) is and shall be utterly null and void to all intents and purposes as if the same had never been made and every such Premium and Premiums shall be paid back and restored to such Person or Persons who did give or pay the same his Executors Administrators or Assignes».

⁶⁷ S. BANNER, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁸ Sulle Compagnie commerciali inglesi e il concetto di incorporazione si veda in particolare S. GIALDRONI, *East India Company. Una storia giuridica (1600-1708)*, Bologna 2011, pp. 137 ss.

⁶⁹ R. DALE, op. cit., pp. 46 ss. Faccio rinvio a tale testo per gli specifici

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

A causa però degli scarsi frutti che derivavano dal dei timori del governo inglese commercio e contemporanee iniziative del Law, che avrebbero potuto condurre ad un rafforzamento non auspicabile del sistema finanziario francese, tra il 1719 e il 1720 vennero presi accordi con il Tesoro per convertire, su base volontaria, tutto il debito pubblico (redimibile o meno) in azioni della Compagnia⁷⁰. Il valore di queste ultime crebbe perciò rapidamente, grazie anche all'abilità di uno dei fondatori, John Blunt, nel manipolare la diffusione di informazioni nelle Coffee houses e nei giornali, in parallelo con una mirata gestione delle nuove emissioni: queste previdero, infatti, da un 20% di pagamento immediato con otto successive rate bimestrali, fino ad un 10% immediato e nove rate semestrali sempre del 10%71; era stata dunque seguita la pericolosa lezione del Law.

Anche in questo caso l'attività speculativa veniva di fatto incentivata dallo Stato, con le stesse devastanti conseguenze del caso francese: a fronte di una repentina ascesa del valore delle azioni, sopravvenne infatti ben presto un'altrettanto rapida discesa, il che determinò il crollo dell'intero mercato finanziario proprio nel 1720, in contemporanea con quanto accadeva a Parigi e con significative ripercussioni anche in Olanda, dove tuttavia le banche furono in grado di arginare lo *shock*⁷².

Ne seguì un'ondata di sdegno nei confronti della speculazione, considerata l'unica responsabile del dissesto finanziario: parallelismi evidenti corrono fra la definizione di agioteur del Savary e quella rinvenibile nella *Collection of All the Political Letters in the London Journal*, secondo cui gli *stock-jobbers* sarebbero stati «a sort of vermin that are bred and nourish'd in the corruption of the State»⁷³.

dettagli economici e anche per un confronto, assai proficuo, con le vicende francesi (in particolare pp. 56-72 e 125-131).

⁷⁰ Ivi, pp. 74 ss.

⁷¹ Ivi, pp. 100-101.

⁷² Ivi, p. 137.

 $^{^{73}}$ T. GORDON – J. TRENCHARD, A Collection of All Periodical Letters in the London Journal, to december 17, Inclusive, 1720, London 1721, p. 39; cfr. S. BANNER, op. cit., p. 62.

ALLE RADICI DEI "CONTRATTI DIFFERENZIALI"

A differenza di quanto avvenne, però, sull'altro lato della Manica, furono necessari ancora parecchi anni per giungere ad approvare un provvedimento che, agendo sul piano contrattuale, potesse calmierare il fenomeno speculativo; la discussione parlamentare nacque infatti solo nel 1733, a seguito del primo serio ribasso azionario successivo alla precedente bolla speculativa, e si incentrò anch'essa sulla necessità di bandire i contratti a termine, nonostante l'opposizione di coloro che sottolineavano come quello speculativo fosse solo uno degli usi possibili di tali accordi⁷⁴.

Alla fine il cosiddetto *Barnard's Act*⁷⁵ (*An act to prevent the infamous practice of stock-jobbing*⁷⁶), che venne approvato nell'aprile del 1734 e poi reso perpetuo nel 1737, non proscrisse del tutto il contratto a termine, ma adottò una serie di norme più mirate rispetto all'*arrêt* francese del 1724, colpendo non solo la speculazione sulle *public securities*, ma anche quella condotta sulle azioni delle Compagnie private: si tratta di un documento molto importante, perché per la prima volta, in un atto legislativo, trovavano espressione alcuni elementi che saranno centrali nella successiva evoluzione normativa.

In primo luogo venivano individuate quelle tipologie contrattuali nelle quali il ruolo speculativo era predominante, che erano sanzionate con la nullità:

«That all contracts and agreements whatsoever which shall from and after the first day of June one thousand seven hundred and thirty-four be made or entered into by or between any person or persons whatsoever upon which any premium or consideration in the nature of a premium shall be given or paid for liberty to put upon, or to deliver, receive, accept or refuse any publick or joint stock or other publick securities whatsoever or any part share or interest therein and also all

⁷⁴ Dettagli sulla discussione parlamentare in S. BANNER, *op. cit.*, pp. 100-104.

⁷⁵ Così denominato da uno dei suoi più ferventi sostenitori alla House of Commons, Sir John Barnard; ivi, p. 101.

⁷⁶ 7 Geo. II c. 8; W.D. EVANS – A. HAMMOND – T. COLLPITTS GRANGER, A Collection of Statutes Connected with the General Administration of the Law, II, London 1836, pp. 320-324.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

wagers and contracts in the nature of wagers and all contracts in the nature of putts and refusals relating to the then present or future price or value of any such stock or securities, as aforesaid, shall be null and void to any intents and purpose whatsoever [...]»⁷⁷.

Si trattava dunque di contratti a termine a premio, con i quali l'acquirente, dietro il pagamento di un corrispettivo (detto premio, appunto), poteva scegliere, alla scadenza, se eseguire il contratto, oppure considerarlo risoluto: concretamente si manifestavano come opzioni collegate alle variazioni dei prezzi⁷⁸; ma tali accordi potevano anche configurarsi come scommesse (*wagers*), qualora non fosse stata reale intenzione delle parti eseguire le rispettive prestazioni, ma solo liquidare le differenze nelle quotazioni⁷⁹. Per questo si prescrisse la nullità di tali convenzioni e la necessità che le parti eseguissero il contratto secondo quanto da esso letteralmente disposto, a pena di una sanzione di cento sterline:

«And for preventing the evil practice of compounding or making up differences for stocks or other securities bought, sold or at any time hereafter to be agreed so to be, be it further enacted by the Authority aforesaid, that no money or other consideration whatsoever [...] shall [...] be voluntary given, paid, had or received for the compounding, satisfying or making up any difference for the not delivering, transferring, having or receiving any publick or joint stock or other public

⁷⁷ Ivi, art. 1, p. 320.

⁷⁸ L'opzione *put* esiste ancora oggi ed è il diritto (ma non l'obbligo) di vendere un titolo o una merce ad un acquirente specifico e ad una data stabilita, ad un prezzo fissato al momento della stipulazione; la vendita potrà anche non avvenire, nel qual caso l'acquirente potenziale incasserà il premio versato dal venditore per usufruire dell'opzione; l'opzione *refusal* era analoga all'attuale *call option*, che è il diritto (ma non l'obbligo) di acquistare un titolo o una merce, alle stesse condizioni dell'opzione *put*; cfr. M. IRRERA, *Options and futures*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *sezione commerciale*, X, Torino 1994, pp. 365-369.

⁷⁹ P. HARRISON, *The Economic Effects of Innovation, Regulation and Reputation of Derivatives Trading: Some Historical Analysis of Early 18 Century Stock Market*, Federal Reserve Board 2003, www.econ.tcu.edu/quinn/finhist/readings/Paul_Harrison.pdf, p. 6.

securities, or for the not performing of any contract or agreement so stipulated and agreed to be performed; but that all and every such contract and agreement shall be specifically performed and executed on all sides, and the stock or security thereby agreed to be assigned, transferred or delivered shall be actually so done and the money or other consideration thereby agreed to be given and paid for the same shall also be actually and really given and paid.⁸⁰.

Infine si provvide a proscrivere, come già un secolo prima in Olanda, le vendite allo scoperto, sanzionando con pene severe i *brokers* che avessero fatto da intermediari in simili accordi⁸¹.

Dal nostro punto di vista è importante sottolineare come il *Barnard's Act* avesse individuato e sanzionato come speculative solo alcune forme di compravendita a termine, in particolare quelle per il semplice pagamento delle differenze («compounding or making up differences»), che venivano equiparate a scommesse che distoglievano i mercanti da attività più produttive per l'industria nazionale⁸².

Anche in questo caso, tuttavia, come già in quello olandese, la durezza della legge non comportò, nei fatti,

_

⁸⁰ W.D. EVANS – A. HAMMOND – T. COLLPITTS GRANGER, *op cit.*, art. 5, p. 322.

⁸¹ Ivi, art. 8, pp. 322-323.

⁸² Il mercato era infatti considerato «a Lottery, or rather a Gaming-House, publickly set up in the Middle of the City, by which the Heads of our Merchants and Tradesmen are turned from getting a Livelihood or an Estate, by the Honest Means of Industry and Frugality»; S. BANNER, op. cit., p. 102. Si trattava di una posizione convergente con quella che adotteranno i critici francesi, come ad esempio Mirabeau: «Si toute honnête industrie, toute modération dans les désirs, tout esprit d'ordre, toute répartition judicieuse d'un travail productif, toute economie sont impossible dans l'état d'exaltasion et d'ivresse où nous jette l'agiotage; s'il a tous les inconvéniens du jeu et du plus éffréné des jeux, l'avidité, l'impatience, la mauvaise fois, le dégoût de tout ce qui n'est pas lui, le mépris des loix, ont peut juger quelle doit être son influence sur les moeurs et l'ordre public...»; H.G. RIQUETI, COMTE DE MIRABEAU, Dénonciation de l'agiotage au Roi et à l'Assemblée des Notables, s.l. 1787, p. 33; sull'argomento si veda anche R. HARRIS, Industrializing English Law. Entrepreunership and Business Organisation, 1720-1844, Cambridge 2000, pp. 223 ss.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

l'abbandono delle forme contrattuali che erano state dichiarate invalide, anzi; secondo l'accurata analisi di Stuart Banner

«The transactions ostensibly prohibited by Barnard's Act, however, apparently remained common. A decade after the law's enactment, "Puts" and "Refusals" were still "Terms in Vogue" among traders. In 1761 Thomas Mortimer reported that "[b]rokers and others buy and sell for themselves, without having any interest in the funds they sell, or any cash to pay for what they buy, nay even without any design to transfer or accept the funds they buy and sell for time", despite the fact that "[t]he business thus transacted has been declared illegal". Similar descriptions of the market abounded»⁸³.

Pur al di fuori della legalità, il sistema si basava, come già in Olanda, sull'affidabilità dei singoli, che veniva rafforzata anche grazie alla pubblicazione, ad opera della Borsa stessa, dei nomi di coloro che non avevano rispettato gli accordi presi⁸⁴; in più le corti giudiziarie, che nella fase iniziale del secolo avevano fortemente sostenuto qualsiasi tipo di accordo, anche meramente speculativo, adottarono spesso un'interpretazione restrittiva della norma, volta soprattutto ad impedire che la parte "perdente" potesse sfruttare la legge per sottrarsi ai propri obblighi, penalizzando così la controparte⁸⁵. Problema, questo, emerso anch'esso già in Olanda e che solo nel secolo successivo si presenterà anche in Francia, ove però, come vedremo, non sarà avvertito tanto dalla giurisprudenza, quanto piuttosto da parte della dottrina.

Per la fase iniziale del Settecento francese, infatti, non risultano controversie giudiziarie seguite ai divieti del 1724, ma la successiva abbondante produzione normativa sembrerebbe

⁸³ S. BANNER, *op. cit.*, p. 106. Una situazione analoga si verificò negli USA fra il 1792 e il 1858, quando furono introdotte norme di contenuto affine al Barnard's Act; ivi, pp. 171 ss.

⁸⁴ Ivi, p. 106.

⁸⁵ Come sottolineava uno dei giudici del caso *Sanders vs. Kentish* (1799), «If the defendant's objection were to prevail the title of the Act ought to be altered: and it should run thus: "An Act to Encourage the Wickedness of Stock-Jobbers and to give them the Exclusive Privilege of Cheating the Rest of Mankind"»; ivi, pp. 115-116.

confermare, nuovamente in parallelo con il caso olandese, come la speculazione a mezzo dei contratti a termine (allo scoperto e per differenze) non si fosse affatto interrotta; anzi, nel corso del secolo vi furono alcuni episodi di maggiore recrudescenza del fenomeno: ad esempio il 22 dicembre 1733 il Consiglio dovette nuovamente intervenire per ribadire il contenuto dell'*arrêt* del 172486, a causa del fatto che «plusieurs particuliers sans qualité s'introduisent à la Bourse, s'annoncent même dans les maisons sous le titre d'agens de change et font souvent ent'eux des négociations simulées également préjudiciable à la fidelité du commerce et à la sûreté publique»87.

Che il fenomeno speculativo non si fosse per nulla intimorito lo dimostrano le vicende accadute negli anni '70 del secolo, quando si ripresentò più attivo che mai in occasione della fondazione della Cassa di Sconto (1776) e della dichiarazione di guerra all'Inghilterra del 1778⁸⁸, supportato da alcuni fattori quali lo sviluppo di "società per azioni" private⁸⁹,

⁸⁶ Che era stato temporaneamente modificato nel 1726 dalla previsione che mercanti, banchieri e commercianti potessero contrattare privatamente le azioni della Compagnia delle Indie e gli altri *effets*, senza intervento degli agenti di cambio; *arrêt* del Consiglio del 26 febbraio 1726, in A.S.G. COFFINIÈRES, De la Bourse et des spéculations sur les effets publics, Paris 1824, p. 25.

⁸⁷ Arrest du Conseil d'Estat du Roy portant révocation de celui du vingtsix février mil sept cent vingt six, concernant les négociations des effets à la Bourse et réduction de soixante agens de change à quarante, Paris 1744, p. 2.

⁸⁸ La Cassa di Sconto, scontando appunto le lettere di cambio di banchieri e speculatori, espandeva i fondi disponibili per il commercio e le sue azioni furono oggetto di contrattazioni sfrenate; la guerra con l'Inghilterra determinò invece l'emissione di nuove forme di prestito allo Stato, che offrivano inusuali profitti speculativi; P.T. HOFFMAN – G. POSTEL-VINAY – J.L. ROSENTHAL, op. cit., pp. 109 ss.; G.V. TAYLOR, The Paris Bourse on the Eve of the Revolution, 1781-1789, in «The American Historical Review», 67-4 (1962), p. 956; sulla Cassa e la gestione in generale della Tesoreria negli anni '80 del XVIII secolo cfr. anche M.L. LEGAY, Capitalisme, crises de Trésorerie et donneurs d'avis: une relecture des années 1783-1789, in «Revue historique», 655-3 (2010), pp. 577-608; EAD., La banqueroute de l'État royal... cit.

⁸⁹ J. HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, Paris 1986, pp. 202 ss.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

la ricomparsa dei titoli al portatore⁹⁰ e la politica di prestiti forsennata portata avanti dal Controllore Generale Calonne⁹¹, che comportò l'insolvenza dichiarata dello Stato nel 1788⁹². Anche in questa occasione si rese dunque necessario riprendere in mano il tema della contrattazione a termine e del ruolo della Borsa, rinnovando i divieti del 1724 in modo più mirato, allo scopo di incrementarne l'efficacia.

Il 7 agosto 1785 venne dunque promulgato un nuovo *arrêt* (i cui contenuti furono poi precisati nuovamente il 2 ottobre)⁹³, assai più affine, rispetto ai precedenti, alle previsioni inserite nel *Barnard's Act* inglese e attento anche a riproporre i punti fondamentali dell'insegnamento del D'Aguesseau. Obiettivo principale della normativa erano questa volta le sole compravendite allo scoperto (sempre limitatamente agli *effets publics*), nelle quali «l'un s'engage à fournir, à des termes éloignés, des effets qu'il n'a pas et l'autre se soumet à les payer

⁹⁰ Ivi, p. 204.

⁹¹ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 11-12; La speculazione avveniva spesso fuori Borsa, nei caffè, come già era accaduto a Londra, eludendo completamente il dettato dell'arrêt del 1724; il desiderio di acquistare azioni era così elevato che spesso venivano venduti anche titoli mai emessi: Marc René de Sahugue, abate d'Espagnac e noto speculatore (poi ghigliottinato nel 1794), in una manovra per accaparrarsi tutte le azioni della Compagnia delle Indie e poterne così controllare il valore, ne aveva acquistate ben 48.653, delle quali più del 21% era composto di azioni fittizie mai emesse dalla Compagnia stessa; cfr. G.V. TAYLOR, op. cit., pp. 951-977; T. CLAEYS, Un agent de Calonne: Gabriel Palteau de Veymerange, in État et société en France aux XVIIe et XVIIIe siècles : mélanges offerts a Yves Durand, a cura di J.P. Bardet - D. Dinet - J.P. Poussou - M.C. Vignal, Paris 2000, pp. 135-154, in particolare pp. 148 ss.; sulla politica del Calonne cfr. in generale O. ILOVAÏSKY, La disgrâce de Calonne, 8 avril 1787, Paris 2008; M.L. LEGAY, Capitalisme... cit., pp. 589 ss.; EAD., La banqueroute de l'État royal... cit., pp. 222 SS.

⁹² Si tratta, beninteso, di una delle concause della Rivoluzione del 1789; cfr. M.L. LEGAY – J. FÉLIX – E. WHITE, Retour sur les origines financières de la Révolution française, in «Annales historiques de la Révolution française», 356 (2009), pp. 183-201; M.L. LEGAY, La banqueroute de l'État royal... cit., pp. 241-248.

⁹³ Manuel des agents de change et des courtiers de commerce, Paris 1823, pp. 119-125.

sans en avoir les fonds, avec réserve de pouvoir exiger la livraison avant l'échéance, moyennant escompte»⁹⁴; la radicale nullità di tali accordi veniva desunta dal fatto che fossero «dépourvus de cause et de réalité», secondo quanto aveva appunto insegnato il D'Aguesseau nel 1719⁹⁵. L'assenza di causa dipendeva dal fatto che si vendeva ciò che non si possedeva, ma anche ciò che, in certi casi, non esisteva nemmeno (com'era successo nel celebre caso dell'abate d'Espagnac)⁹⁶; non si trattava dunque di contratti di compravendita effettivi, ma simulati (*fictifs*), che in realtà realizzavano semplici scommesse «sur le cours éventuel de la place», portando «le trouble et la confusion dans la négociation des effets royaux»⁹⁷.

La legittimità di simili azzardi, soprattutto in ambito commerciale, era uno dei temi più discussi: la funzione di scommessa fu in origine presente assieme ad uno scopo più prettamente assicurativo nelle forme più arcaiche di *sicurtà*, ove non era sempre presente un chiaro collegamento fra il rischio temuto e la parte assicurata, la quale spesso non avrebbe ricevuto alcun danno dall'avverarsi dell'evento (tipico il caso di assicurazione per l'arrivo di una nave, con la quale l'assicurato

⁹⁴ F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, *op. cit.*, XXVIII, p. 71; la clausola di sconto (ossia la previsione che l'acquirente potesse richiedere in qualsiasi momento la consegna, anche prima della scadenza, e che era individuata dalle parole «ou plutot à volonté», inserite vicino all'indicazione del termine contrattuale) permetteva all'acquirente di avere un controllo maggiore del proprio investimento, ma era anche uno strumento che avrebbe potuto trasformare l'accordo a termine in accordo a contanti e dunque poteva essere utilizzato per aggirare i divieti normativi; cfr. L.C. BIZET, *Précis des diverses manières de spéculer sur le fonds publics en usage à la Bourse de Paris*, Paris 1821, pp. 92 ss.; N. HISSUNG-CONVERT, *op. cit.*, pp. 193-194.

⁹⁵ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 179 ss.

⁹⁶ Cfr. *supra* n. 91; «[...] sur leur bases fictives s'accumule successivement une foule d'engagemens et de billets illusoires qui grossisent excessivement le volume apparent des papiers commerçables, altèrent leur circulation par une mélange suspect et tendent à détruire toute confiance»; *arrêt* 2 ottobre 1785, in *Manuel des agents de change... cit.*, p. 122.

⁹⁷ Ibidem.

non aveva di fatto alcun legame)98.

Il più antico trattato conosciuto in materia, quello di Pedro de Santarém, risalente al 1488⁹⁹, discuteva appunto casi di *sponsiones* simili, nei quali le parti si impegnavano «si Imperator hoc anno morietur dabis centum; sin autem dabo tibi»¹⁰⁰: egli sottolineava come la consuetudine commerciale, a differenza del diritto comune, le ammettesse liberamente, anche quando fossero paragonabili a semplici giochi, purché non avessero una causa disonesta¹⁰¹.

⁹⁸ E. SPAGNESI, Aspetti dell'assicurazione medievale, in L'assicurazione in Italia fino all'Unità. Saggi storici in onore di Eugenio Artom, Milano 1975, p. 137; la dottrina arrivò infine a distinguere fra assicurazioni proprie e improprie per discernere le mere scommesse dai contratti realmente assicurativi: G.S. PENE VIDARI, Il contratto di assicurazione nell'Età moderna, ivi, pp. 212 ss.; Id., Sulla classificazione del contratto di assicurazione, in «Rivista di storia del diritto italiano», 71 (1998), pp. 113-137, in particolare p. 119; A. LA TORRE, Cinquant'anni col diritto (saggi), II, Diritto delle assicurazioni, Milano 2008, pp. 262 ss.; E. de Simone, Breve storia delle assicurazioni, Milano 2011, pp. 13-14.

⁹⁹ D. Maffei, Il giureconsulto portoghese Pedro de Santarém, autore del primo trattato sulle assicurazioni (1488), in Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra 1983, pp. 703-728; sulla trattatistica in materia assicurativa nel XVI secolo cfr. anche V. Piergiovanni, I fondamenti scientifici del diritto di assicurazione, in Le matrici del diritto commerciale... cit., pp. 102-114; G.S. Pene Vidari, Aspetti iniziali ed editoriali della trattatistica mercantile e assicurativa, ivi, pp. 115-134.

¹⁰⁰ P. SANTERNA, *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum*, Coloniae Agrippinae 1599, *Secunda pars*, n. 1, p. 14.

¹⁰¹ Come ad esempio "se in quest'anno non ucciderai Tizio, mi darai dieci; al contrario se avverrà te li darò io"; ivi, p. 15. Sulla consuetudine commerciale Santarém affermava che «quia cum hodie mercatores sint in consuetudine quasi per totum mundum facendi istas sponsiones, cum inter eos fieri posse non sit dubitandum sub quavis conditione, non intelligo de turpi vel inhonesta; nec in istis sponsionibus est multum curandum de apicibus iuris [...], sed solum admittentur illae sponsiones quae non sapiunt inhonestatem, maxime quae magis solatii causa quam lucri concipiuntur»; ivi, pp. 18-19. Sulla stessa linea si poneva anche Benvenuto Stracca (B. STRACCA, *Tractatus sponsionum*, in *De mercatura seu mercatore*, Venetiis 1575, parte III, n. 7, fol. 133 r.), mentre Sigismondo Scaccia sembrava propendere per una più ampia possibilità di ammettere la validità di questi contratti aleatori, equiparandone la validità alla disciplina dei giochi leciti ed individuandone la causa nella speranza che i contraenti

ALLE RADICI DEI "CONTRATTI DIFFERENZIALI"

Gli *arrêt* non facevano dunque altro che sanzionare come illecita la causa speculativa delle scommesse, travestite da contratti di compravendita a termine, qualora avessero avuto ad oggetto *effets publics*, in quanto ingeneravano un turbamento dell'ordine pubblico (spostavano capitali da impegni più solidi e favorevoli all'industria nazionale, eccitavano la cupidigia degli uomini verso guadagni smodati e sospetti, avrebbero potuto compromettere il credito di cui godeva la piazza di Parigi in Europa!)¹⁰².

Per impedire ulteriormente il replicarsi di simili convenzioni, veniva, in primo luogo, ribadito l'obbligo di trattare tali negoziazioni solo all'interno della Borsa e per mezzo degli agenti di cambio, che diventavano responsabili «de la realité desdites négociations et de la verité des signatures» ¹⁰³; in più erano dichiarate nulle quelle contrattazioni a termine che non comportassero la consegna degli *effets* o il loro deposito presso l'agente, risultante da un atto di cui questi doveva verificare la correttezza al momento della stipulazione ¹⁰⁴. Con l'*arrêt* del 2 ottobre questo criterio sarà poi reso un po' più flessibile, permettendo, come alternativa, il deposito, presso un notaio, dei documenti attestanti la proprietà degli *effets* ¹⁰⁵. Infine tutte le controversie dipendenti dai due provvedimenti del 1785 venivano avocate all'esame del Consiglio regio ¹⁰⁶.

nutrivano nel realizzarsi dell'evento (S. SCACCIA, *De commerciis et cambio*, Coloniae 1738, § 1 quaest. 1, n. 95, p. 17); cfr. anche A. CAPPUCCIO, 'Rien de mauvais'. *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei Codici*, Torino pp. 43 ss.

106 lbidem, art. 7. Vi furono alcuni casi nei quali il Consiglio esercitò effettivamente la giurisdizione avocatagli: il 12 settembre 1786 sanzionò un certo signor Lubeau per violazione dell'art. 2 dell'arrêt del 7 agosto (quello che vietava qualsiasi negoziazione di effets publics fuori Borsa) con un'ammenda di seimila lire, l'interdizione dalla Borsa e il divieto di compiere ulteriori operazioni di intermediazione, riservate ai soli agenti di cambio abilitati; cfr. Jugement de commissaires du Conseil, qui interdit l'entrée à

¹⁰² *Arrêt* del 7 agosto 1785: F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, *op. cit.*, XXVIII, p. 71.

¹⁰³ Ivi, artt. 3 e 6, pp. 72-73.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ *Arrêt* 2 ottobre 1785, in *Manuel des agents de change... cit.*, art. 6, p. 125.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

Nell'arco di un anno, tuttavia, l'efficacia di questi interventi si dimostrò illusoria: l'ingegno di speculatori e agenti di cambio aveva infatti elaborato opportune contromisure, volte ad eludere il divieto di consegna o di deposito degli *effets*, quali «des reconnoissances concertées, des déclarations annullées par des contre-lettres et des dêpots fictifs»¹⁰⁷.

Un successivo *arrêt* del 22 settembre 1786 aggiunse dunque un ulteriore limite massimo di due mesi per le contrattazioni, come già avveniva nella maggior parte delle piazze europee; ma manifestò anche espressamente il senso di frustrazione del Consiglio, laddove ci si affidava al fatto che «S.M. doit compter encore plus sur l'impression salutaire que fera sans doute sur tous les esprits le témoignage public de mécontentement qu'elle auroit de la conduite de ceux qui continueront de s'y livrer»¹⁰⁸: nell'inefficacia di tutti i tentativi di regolamentazione, rimaneva solo la sanzione sociale della riprovazione! Ritornano così alla mente le parole del D'Aguesseau, che, un sessantennio prima, aveva richiamato, con molto maggiore convinzione, la condivisione di alcuni valori di fondo come unica cura al diffondersi del miraggio della facile ricchezza.

Simili considerazioni e richiami ad una futura sanzione morale (che sarebbe sicuramente intervenuta a sanare l'inadeguatezza di quella legislativa¹⁰⁹) verranno ancora ripresi

la Bourse au sieur Lubeau; et pour la contravention par lui commise, le condamne en six milles livres d'amende, portée par l'article II de l'arrêt du Conseil du 7 août 1785, Paris 1787; il 29 novembre dello stesso anno dichiarò nullo un mercato a termine fuori Borsa sulle azioni della nuova Compagnia delle Indie, fra i signori Muguet de Saint-Didier e Duplin de Saint-Albin, condannandoli ciascuno ad un'ammenda di 24.000 lire: cfr. Mémoires secrets pour servir à l'histoire de la République des lettres en France depuis MDCCLXII jusq'à nos jours, XXXIII, Londres 1788, p. 215.

 $^{^{107}}$ F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, op. cit., XXVIII, p. 246.

¹⁰⁸ Ivi, p. 247.

¹⁰⁹ Anche chi si dedicava alla speculazione, senza tuttavia violare le leggi, era comunque condannabile: «[...] semblables à ceux dont les actions sont contraires aux moeurs, sans être contraires aux lois, ils doivent être abandonnés aux remords, à la honte et aux malheurs que, malgré quelques

ALLE RADICI DEI "CONTRATTI DIFFERENZIALI"

nel provvedimento conclusivo di quest'affannosa temperie normativa, l'*arrêt* del 14 luglio 1787¹¹⁰, con il quale si ripristinava la competenza del giudice ordinario sulle questioni derivanti dalle negoziazioni a termine e si cercava di colpire la speculazione, che si era spostata «sur les papiers et les effets des compagnies et des associations particulières», (Compagnie des Eaux de Paris, Compagnie des Indes, Banque de Saint-Charles, Chambre d'assurance contre les incendies, Compagnie d'assurance contre l'incendie)¹¹¹, vietandone la negoziazione in Borsa da parte degli agenti di cambio e la pubblicazione delle quotazioni nei giornali pubblici¹¹².

Si era ormai alle soglie dell'89. Nella sua fase iniziale, la Rivoluzione fu molto impegnata a gestire la crisi del debito pubblico, esplosa nel 1788, che cercò di limitare con un'ingente emissione di carta moneta (assignats), volendo solo anticipare il valore delle future entrate fiscali dello Stato; al dicembre 1791, tuttavia, essa ammontava già a quasi due miliardi di lire¹¹³. A questo venne aggiunta la vendita dei beni della Corona e di quelli confiscati alla Chiesa che avrebbero dovuto ripianare il debito; ma la guerra con l'Austria determinò un fortissimo incremento dei costi e fu impossibile impedire l'inflazione, che crebbe esponenzialmente. Le cause della crescita dei prezzi vennero così attribuite, dai Giacobini, soltanto alla speculazione di Borsa e agli intermediari finanziari¹¹⁴: la Borsa venne dunque

exemples rares, entraînent tôt ou tard des spéculations auxquelles une extrême avidité ne permet pas de mettre des mesures»; ivi, p. 383.

¹¹⁰ Ivi, pp. 382-384.

¹¹¹ J.M. THIVEAUD, La Bourse de Paris et les compagnies financières entre marché primaire et marché à terme au XVIIIème siècle (1695-1794), in «Revue d'économie financière», 47 (1998), p. 31; 34-37.

¹¹² F.A. ISAMBERT – DECRUSY – A.H. TAILLANDER, op. cit., XXVIII, p. 384.

¹¹³ E.N. WHITE, *The French Revolution and the Politics of Government Finance*, 1770-1815, in «The Journal of Economic History», 55-2 (1995), pp. 234 ss.; *Le marché financier français au XIX*^e siècle, a cura di P.C. Hautcoeur, I, Paris 2007, pp. 159-160.

¹¹⁴ La gestione esclusiva delle contrattazioni in Borsa da parte degli agenti di cambio era stata soppressa nel 1791 con la legge Dallarde, che aveva proclamato la piena libertà professionale, anche se le funzioni di

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

chiusa (nel giugno 1793) e questi ultimi furono soggetti ad arresti e confische dei beni; per completare il panorama, un decreto dell'agosto del 1793 soppresse tutte le società i cui capitali fossero stati suddivisi in azioni¹¹⁵.

Nel frattempo la giurisprudenza, che si trovava a giudicare sulle contrattazioni vietate dai precedenti arrêts (ai quali veniva contestato il valore di legge generale, non essendo mai stati registrati dal Parlamento¹¹⁶), si trovava divisa: se i tribunali di commercio e i giudici d'appello tendevano in genere a garantire l'efficacia delle convenzioni, non così avveniva in Cassazione, dove la normativa d'Ancien Régime venne sempre rigorosamente applicata. Possiamo ricordare in particolare due casi: Borel contro de Rosuel e Dognia; Calmer e Campy contro Duchesne; il primo venne deciso dalla Corte di Cassazione il 26 agosto 1791, il secondo il 2 novembre 1793¹¹⁷. In entrambi si discuteva di accordi stipulati fuori Borsa, che si erano conclusi con il rifiuto di una delle parti di eseguire la propria prestazione alla scadenza (il che induce a credere che avessero stipulato allo scoperto); è interessante tuttavia notare che l'argomento sulla nullità del contratto, in forza degli arrêts del Consiglio, era stato proposto soltanto per il ricorso in Cassazione, quasi come "ultima spiaggia". Nel primo caso, infatti, Borel aveva basato la propria difesa dinanzi al Parlamento di Parigi eccependo un difetto di mandato; solo quand'esso venne respinto cambiò strategia. La Cassazione

intermediazione vennero comunque sottoposte a norme ben precise; P. LAGNEAU-YMONET – A. RIVA, *Histoire...* cit., p. 19.

¹¹⁵ E. VIDAL, The History and Methods of Paris Bourse, Washington 1910, pp. 148 ss.; A. Lefebvre-Teillard, Règles générales et droit d'exception: les sociétés par actions pendant la période révolutionnaire, in La Révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, II, Paris 1988, pp. 761-771; N. Hissung-Convert, op. cit., p. 37.

¹¹⁶ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 133 ss.

¹¹⁷ Notizia del primo in M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles 1827, XIX, voce *Marché à terme*, pp. 315-318; il secondo è rinvenibile in M. HUSQUIN DE RHÉVILLE, *Recueil d'arrêts rendus depuis 1791 jusqu'à ce jour en matière de commerce de terre et de mer*, Paris 1818, I, pp. 21-25.

tuttavia accolse allo stesso modo i rilievi sulla nullità, censurando le sentenze precedenti. Si stavano dunque presentando le medesime criticità che già erano state avvertite in Olanda ed in Inghilterra, e cioè l'uso della nullità ad interesse del soggetto che risultava in qualche modo danneggiato dal realizzarsi dell'alea contrattuale¹¹⁸.

Con la riapertura della Borsa, avvenuta il 10 maggio 1795, e il disastro finanziario lasciato dalla Convenzione (la moneta metallica era quasi scomparsa e gli *assignats* si erano fortemente deprezzati, il che aveva portato ad un'inflazione spaventosa)¹¹⁹, la lotta contro la speculazione, che si era estesa anche al commercio dei metalli preziosi, ridivenne una priorità e riapparve anche, forse con ancora maggior vigore, la sollecitazione di una sanzione sociale, perché «[...] des pareilles spéculations sont immorales, destructives de tout système

¹¹⁸ Tale rischio venne avvertito, alcuni decenni dopo, anche nel Regno delle Due Sicilie: in un decreto del 18 maggio 1824 Ferdinando I sottolineava come «il timor della pena cui i bancarottieri sono dalle leggi sottoposti, ha indotto taluni debitori di partite inscritte sul gran libro a ricorrere al mezzo illegale di attaccare i loro contratti come non produttivi di alcuna azione, perché riconducibili a' termini di una scommessa» (Decreto portante delle disposizioni relative alla compra e vendita delle partite inscritte sul gran libro, in Collezione delle leggi e de' decreti reali del Reno delle Due Sicilie, Napoli 1824, p. 262); per porvi rimedio il sovrano introdusse un termine massimo di un mese per la compravendita di "partite" sul gran libro del debito pubblico (art. 1) e sanzionò coloro che non avessero eseguito le prestazioni alla scadenza, parificandoli a bancarottieri semplici, per impedire la mera speculazione sulle differenze. Curiosamente, ma mi riservo di approfondire in seguito la questione, tale norma, indubbiamente lungimirante, sarà completamente ribaltata dal nipote, Ferdinando II, nel 1842; egli, adeguandosi al modello francese, stabilirà infatti che «le vendite a termine delle iscrizioni sul gran Libro di cui è parola ne' reali decreti de' 18 maggio e 14 dicembre 1824 ed ogni altra vendita di effetti pubblici senza la consegna o il deposito effettivo de' titoli saranno reputate scommesse a' termini dell'art. 1837 delle leggi civili»; Decreto portante delle disposizioni relative alla vendita a termine delle iscrizioni sul gran libro e ad ogni altra vendita di effetti pubblici; e che approva un regolamento per la Borsa di commercio, per gli agenti di cambio e pe' sensali regii, in Legislazione positiva del Regno delle Due Sicilie dal 1841 a tutto il 1845. Supplemento, Napoli 1845, p. 134.

¹¹⁹ J. BRESSON, Histoire financière de la France depuis l'origine de la monarchie jusqu'à l'année 1828, Paris 1857, II, p. 170.

economique, de tout crédit national et ne peuvent être conçues et opérées que par des égoïstes ou des ennemis de la chose publique»¹²⁰. A questo si aggiunsero alcune misure, che in realtà non fecero altro che riprendere e rafforzare quanto già stabilito dal Consiglio regio; non è pertanto il caso di soffermarsi particolarmente su di esse¹²¹.

Il perdurante clima di sospetto nei confronti delle attività speculative, tipico dei decenni precedenti, caratterizzerà nettamente anche l'età napoleonica, peraltro turbata nuovamente da crisi e scandali la cui origine era da attribuirsi a manovre finanziarie. L'esempio più significativo fu quello della Banca di Francia: com'è noto nel 1805 Desprez, uno dei reggenti, accettò di scontare decine di milioni di lire in lettere di cambio, consegnate dalla Compagnie des Négociants Réunis (di cui Desprez era direttore e che riuniva alcuni uomini d'affari che di fatto finanziavano il Tesoro), nonostante sapesse che erano prive di effettivo fondamento; si trattò in realtà di un'abile truffa che ebbe tuttavia conseguenze profondamente negative sulla credibilità della Banca stessa e del credito pubblico in generale¹²².

Questa situazione impedirà che, nella regolamentazione delle contrattazioni a termine, venissero introdotte altro che timide correzioni; novità interessanti vi saranno invece nella disciplina dei giochi, inserita nel nuovo codice civile del 1804. Nell'esposizione al Corpo legislativo dei motivi che avevano condotto la commissione ad adottare un insieme di norme specifiche per i contratti aleatori e a disciplinare, al loro interno,

¹²⁰ Decreto del 20 ottobre 1795 (28 vendemmiale anno 4) «sur la police de la Bourse»; cfr. J.B. DUVERGIER, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglements et avis du Conseil-d'État, VIII, Paris 1825, p. 406. Questa valutazione sarà pienamente condivisa anche dal successivo periodo consolare; cfr. N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 36 ss.

¹²¹ Si tratta, oltre a quello ricordato alla nota precedente, del decreto 30 agosto 1795 (13 fruttidoro anno 3; ivi, p. 310) e dell'*arrêt* del Direttorio del 21 febbraio 1796 (2 ventoso anno 4; J.B. DUVERGIER, *op. cit.*, IX, pp. 55-56).

¹²² L. BERGERON, Banquiers, négociants et manufacturiers parisiens du Directoire à l'Empire, Paris 1978, pp. 147-166.

anche il gioco e la scommessa¹²³, il Portalis sottolineava come fossero stati previsti alcuni articoli (1965 e 1967) tesi a negare qualsiasi azione in giudizio per il pagamento di simili contratti o per ripetere quanto si fosse già volontariamente versato. Si trattava di norme che, a suo avviso, avrebbero dovuto essere applicate anche alla speculazione, perché «le jeu dégènére-t-il en spéculation de commerce: nous retombons dans la première hypothèse que nous avons posée; car, dès lors, si les obligations et les promesses présentent une intérêt assez grave pour alimenter une action en justice, elles offrent une cause trop vicieuse pour motiver et légitimer cette action»¹²⁴. La giustificazione di questa mancata garanzia era peraltro quella stessa che già il D'Aguesseau aveva a suo tempo richiamato e che era stata sancita dall'arrêt del 2 agosto 1785, ossia l'assenza, in tali accordi, di una causa degna di tutela: «il faut quelque chose de plus solide et de plus réel que le désir bizarre de s'abandonner aux caprices de la fortune pour fonder des causes sérieuses d'obligation entre les hommes»125. L'introduzione di

¹²³ Exposé du motif du projet de loi, titre XIX, livre III du Code civil, relatif aux contrats aléatoires, presentée le 14 ventose an XII, in J.M.E. PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, a cura di F. Portalis, Paris 1844, pp. 278 ss.

¹²⁴ Ivi, p. 283.

¹²⁵ Ivi, p. 282. Sulle radici dell'eccezione di gioco applicata al commercio a termine di azioni ed effets publics cfr. N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 142, anche se la sua ricostruzione mi sembra peccare, in alcuni casi, di pregiudizio ideologico. Questo avviene, in particolare, quando sembra ascrivere esclusivamente ad un malcelato moralismo di origine cattolica la diffidenza verso un fenomeno, quello speculativo, che nel corso del XVIII secolo aveva contribuito a creare numerose crisi finanziarie e l'incremento di un dissesto pubblico che, sebbene dovuto a numerose, diverse concause, aveva quasi provocato la bancarotta nel 1788; peraltro simili diffidenze erano, come abbiamo visto, emerse allo stesso modo anche in Paesi protestanti, come l'Olanda e l'Inghilterra. Per ciò che concerne poi la regolamentazione dei contratti aleatori, l'assenza di azione, in quei giochi che implicavano una scommessa, caratterizzava già il diritto romano precristiano; cfr. ad esempio D. 11, 5, 2, 1; S. BREMBILLA, Provocat me in aleam et ego ludam. Scommessa e gioco nella prospettiva della dottrina e delle fonti, in «Studia et documenta historiae et iuris», 75 (2009), pp. 331-377 (in particolare pp. 347-350); A. CAPPUCCIO, op. cit., pp. 33-34.

una norma specifica permetteva, ora, di rendere più immediate le conseguenze di tale illegittimità, sanzionandole in via generale con la privazione di azione.

La volontà di sottrarre alla speculazione gli strumenti che ne garantivano la diffusione condusse poi all'introduzione di alcune norme in proposito anche nel codice penale del 1810, che infatti sanzionerà sia le alterazioni fraudolente del mercato (art. 419)126, sia, in generale, «les paris qui auront été faits sur la ou la baisse des effets publics» (art. hausse identificandone poi una specifica tipologia negli accordi «de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison» (art. 422)¹²⁷. Intervenendo davanti al Corpo legislativo ad illustrare i motivi del codice, i consiglieri di Stato Faure, Maret e Corvetto notavano che l'art. 422 intendeva colpire «une foule de spéculateur qui, sans avoir aucune espèce de solvabilité, se livrent à ces jeux et ne craignent point de tromper ceux avec lesquels ils traitent»; e che la prova della disponibilità degli effets era stata imposta al venditore perché era questi che si impegnava effettivamente alla consegna, ma sarebbe ricaduta su entrambi se la promessa fosse stata reciproca¹²⁸. Dunque si continuava a presumere, come già avevano fatto gli arrêts, che i contratti allo scoperto racchiudessero in ogni caso delle manovre speculative; e che solo un temperamento potesse essere introdotto rispetto alla vecchia normativa, la possibilità per il venditore di dimostrare di aver agito per acquisire gli effets subito prima della consegna, senza doverne tuttavia certificare la disponibilità già al momento dell'accordo.

¹²⁶ Si tratta del reato qualificato come aggiotaggio, oggi punito dall'art. 501 c.p. e dall'art. 2637 c.c.

¹²⁷ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 57 ss.

¹²⁸ Il commento su questo punto è un po' oscuro, ma è immaginabile che i consiglieri si riferissero a quei contratti che di fatto prevedevano una doppia compravendita a termine di senso opposto e che spesso erano (e sono ancora oggi) volti esclusivamente alla liquidazione delle differenze; cfr. Exposé des motifs du Code Pénal présenté au Corps législatif par MM. les orateurs du gouvernement, Paris 1810, p. 81.

Se dunque la legislazione rimaneva di fondo fedele ai principi già posti negli ultimi decenni del secolo precedente, la prassi commerciale si era invece impegnata per adattarsi rapidamente alla nuova situazione, cercando delle vie per aggirarne i vincoli: erano state in questo modo introdotte sia la clausola di sconto che la copertura. La prima venne adottata alla fine del XVIII secolo e, come abbiamo visto¹²⁹, permetteva all'acquirente di chiedere la consegna in qualsiasi momento, trasformando così il contratto a termine in contratto a contanti; la seconda divenne comune soprattutto nei primi decenni del XIX secolo e consisteva nel garantire il proprio impegno contrattuale attraverso il deposito, presso l'agente di cambio, di una somma di denaro o di titoli facilmente realizzabili¹³⁰.

In un primo momento la giurisprudenza si era mostrata favorevole a sanzionare la validità, almeno della clausola di sconto (per la copertura sarà invece necessario un percorso più lungo, che vedrà la conclusione in via definitiva solo nel 1890)¹³¹, come attestano due sentenze della Corte d'appello di Parigi del 1805 e del 1810¹³², ove tale clausola venne considerata ostativa alla possibilità di intendere gli accordi sottoposti a giudizio come veri e propri contratti a termine.

D'altra parte in questo primo ventennio del secolo i giudici si dimostrarono in genere dubbiosi sulla possibilità di utilizzare l'eccezione di gioco per i contratti a termine, senza parlare dell'opportunità di chiamare in causa gli *arrêts* o il *droit intermédiaire*, cui non veniva fatto peraltro alcun riferimento; nel caso Boursier contro Bardel (1808), ad esempio, la Corte d'appello parigina rifiutò di applicare l'art. 1965 c.c. perché il signor Bardel (banchiere in stato di fallimento) intendeva

¹²⁹ Vedi *supra*, n. 94.

¹³⁰ J. HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, Paris 1986, p. 117.

¹³¹ *Ibidem*; N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 186 ss.

¹³² Soubeiran contro Fissour, 31 agosto 1805: D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du Royaume*, I, Paris 1824, pp. 325-326; Delatte contro Porteau, Martin e altri, 29 maggio 1810: G.T. DENVERS – P.A. DUPRAT, *Journal des audience de la Cour de Cassation*, Paris 1811, pp. 103-107; N. HISSUNG-CONVERT, *op. cit.*, p. 63.

utilizzarlo come strumento per affrancarsi dai debiti¹³³, mentre nel già citato caso Delatte si spinse fino a sostenere che «[...] du reste il n'existe aucune loi en viguer qui proscrive le marché à terme»¹³⁴. Inoltre la maggior parte delle sentenze di questo periodo (e per verità anche degli anni successivi) erano riferibili espressamente ad un'unica fattispecie, evidentemente frequente nel rapporto fra cliente ed agente di cambio: il cliente acquistava a termine (e allo scoperto) un certo quantitativo di *effets*, che alla scadenza avevano perso valore; si dichiarava allora non in grado di effettuare la propria prestazione. L'agente rivendeva i titoli e citava il cliente a giudizio per il pagamento della differenza fra il costo originario e il valore finale¹³⁵.

Fino al 1823, la giurisprudenza difese costantemente la posizione dell'agente, ma in quell'anno le cose cambiarono, forse anche a causa dell'improvviso ribasso della Borsa (circa dieci punti in quattro giorni) dovuto al timore di possibili moti sulla scia di quelli che erano avvenuti in Spagna e che si

^{133 «[...]} n'est il pas indécent qu'un joueur vienne démander au magistrat de l'affranchir du paiement de ses dettes, parce qu'il a fait d'énormes pertes au jeu? N'est il pas au contraire dans l'esprit du législateur et dans l'ordre de la morale publique de refuser à ce joueur un secours etablie pour le malheur?»: la decisione verteva infatti sull'omologazione da parte del tribunale del concordato fallimentare stipulato dal Bardel con i suoi creditori; J.B. SIREY, Recueil général des lois et des arrêts, VIII, Paris 1808, pp. 261-262.

¹³⁴ G.T. DENVERS - P.A. DUPRAT, op. cit., p. 107.

Inghilterra, al punto che le Corti ne presero spunto per interpretare in senso restrittivo quanto disposto dal Barnard's Act; in due casi (*Faikney vs. Reynous*, 1767 e *Petrie vs. Hannay*, 1789) il King's Bench sostenne che la norma non proscrivesse l'accordo per rimborsare l'agente in caso di perdite commerciali, anche quando queste derivassero dalla stipulazione di convenzioni vietate. Parallelamente, in *Child vs. Morley* (1800), la stessa Corte ritenne che il Barnard's Act non impedisse all'agente di contrattare, a nome del cliente, una vendita di azioni che non possedeva, anche se non avesse mai reso noto all'acquirente il nome del cliente: l'opposizione della giurisprudenza ad una limitazione, giudicata eccessiva, del mercato di rendite e azioni caratterizzò, dunque, in modo simile Francia ed Inghilterra, almeno fino al 1823; S. BANNER, *op. cit.*, pp. 115-116.

stavano diffondendo in altri Paesi d'Europa¹³⁶. Il mutamento coinvolse sia le Corti d'appello che la Cassazione, non i Tribunali di Commercio, o almeno non subito, e venne identificato in particolare con un caso molto celebre, che ne divenne l'esemplificazione: Perdonnet contro Forbin-Janson¹³⁷.

Il fatto era piuttosto semplice: il 28 dicembre 1822, il signor di Tertulis, conte di Forbin-Janson, aveva incaricato Alexandre Perdonnet, agente di cambio presso la Borsa di Parigi, di acquistare centocinquantamila franchi di rendita dello Stato, che sarebbero stati consegnati e pagati alla fine del gennaio 1823; a copertura del prezzo gli aveva trasferito il possesso di trecento azioni del canale di Borgogna, di cui il conte era proprietario, che in quel momento però valevano soltanto centoventimila franchi. Nonostante le ripetute proteste dell'agente, la somma non era più stata integrata, ma il Perdonnet riponeva fiducia nella solvibilità del conte, noto speculatore di Borsa dal ricco patrimonio famigliare¹³⁸. Il prezzo medio delle rendite al momento della stipulazione del contratto era di ottantanove franchi, ma nel corso del mese era sceso rapidamente; l'agente, preoccupato per possibili perdite, aveva contattato il conte già il 18 gennaio (le rendite erano allora a ottantacinque franchi), ma questi, manifestando sicurezza, era tornato a garantire pienamente la propria totale solvibilità; il 30 gennaio (le rendite erano sotto i settantotto franchi) Perdonnet richiese al cliente la somma di 2.668.975, l'acquisto, altrimenti necessari per pagarne provveduto, secondo i regolamenti, alla vendita delle stesse e delle azioni del canale di Borgogna. Il conte autorizzò la vendita delle rendite e delle azioni, ma, non essendo il ricavato

¹³⁶ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., p. 130.

¹³⁷ A. PERDONNET, Plaidoyer de M. Perdonnet, agent de change contre M. le Comte de Forbin-Janson, Paris 1823; Recueil général des loix et des arrêts: en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, a cura di J. Sirey, XXIII-2, Paris 1823, pp. 262-266; M. DALLOZ, Jurisprudence générale du royaume, VI, Paris 1829, pp. 761-766; del caso parla approfonditamente anche M. MERLIN, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, voce Marché à terme, XIX, Paris 1827, pp. 320-324; N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 130 ss.

¹³⁸ A. PERDONNET, *op. cit.*, pp. 4-5.

sufficiente a ripianare le perdite, rimase debitore verso il Perdonnet di 281.325 franchi, che questi aveva anticipato, confidando nell'onorabilità e nell'ingente patrimonio del cliente.

Il 3 febbraio però, la situazione si rivelò assai peggiore del previsto; l'agente di cambio ricevette infatti l'improvvisa visita del procuratore (avoué) del conte presso il tribunale di prima istanza, che gli comunicò che Forbin-Janson aveva un debito verso sette altri agenti di cambio, che sommato con il suo, ammontava a un milione e duecentomila franchi, a fronte di un patrimonio complessivo di circa ottocentoottantamila franchi; non era quindi in grado di ripianare i propri debiti ed era necessario addivenire ad un accordo.

La questione venne discussa tra i rappresentati del conte e il Consiglio degli Agenti di Cambio, ma senza poter trovare una soluzione¹³⁹. Fu quindi necessario ricorrere al Tribunale di commercio di Parigi, che, secondo la sua giurisprudenza e consolidata¹⁴⁰, diede ragione al Perdonnet, condannando il conte a ripianare il proprio debito. Non dandosi per vinto, questi decise allora di appellare davanti alla la quale giudicò sulla base degli settecenteschi¹⁴¹, che prescrivevano appunto la nullità per tutti quei contratti a termine su effets publics nei quali non fosse stato effettuato il deposito degli stessi presso l'agente, regolarmente constatato al momento della stipulazione dell'accordo¹⁴². Poiché dunque non risultava dalla documentazione che il Perdonnet avesse depositato gli effetti acquistati (il che avrebbe potuto essere dimostrato anche con la sola indicazione del numero d'ordine e della serie degli stessi), se ne doveva dedurre che questi non avesse realmente concluso la compravendita, bensì che le due parti avessero agito allo scoperto, intendendo semplicemente liquidare fra loro le differenze fra i corsi delle rendite tra il momento della stipulazione e quello della

¹³⁹ Ivi, pp. 6-20.

¹⁴⁰ Anch'essa tuttavia muterà a seguito di questa pronuncia; cfr. A.S.G. COFFINIÈRES, *op. cit.*, p. 422, n. 1.

¹⁴¹ Per le discussioni sulla loro validità cfr. N. HISSUNG-CONVERT, *op. cit.*, pp. 135-137.

¹⁴² J.B. SIREY, *op. cit.*, p. 265.

scadenza del contratto, realizzando di fatto una sorta di scommessa.

Pur riconoscendo, pertanto, la malafede del conte di Forbin-Janson, che aveva taciuto la propria precaria situazione economica e non aveva rispettato gli accordi presi, il tribunale si pronunciò in senso favorevole all'applicazione letterale della legislazione d'*Ancien Régime*, dichiarando l'impossibilità, per il Perdonnet, di ottenere quanto dichiarava di aver anticipato, in quanto l'accordo era sorretto da una causa illecita.

La necessità di seguire fedelmente la lettera della norma venne giustificata sulla base di una convinzione di politica del diritto, cui certo non doveva essere estraneo, fra l'altro, il recente fallimento di cinque agenti di cambio dovuto proprio ad operazioni speculative¹⁴³; affermò infatti la Corte che

«[...] la stricte exécution des lois et réglements en cette matière, peut seule mettre un frein à cette ardeur immodérée de s'enrichir qui s'est emparée des pères de famille qui, au lieu de se livrer à des professions honnêtes et utiles, se précipitent dans des opérations désavouées par la morale et toujours suivies d'une ruine complète ou d'une fortune scandaleuse»¹⁴⁴.

Il Perdonnet cercò di ribaltare il giudizio in Cassazione, ma la sentenza venne confermata¹⁴⁵ e il nuovo indirizzo da essa segnato divenne consolidato¹⁴⁶: il risultato fu che, quanto agli *effets publics*, l'art. 1965 c.c. venne sostituito (sebbene non sempre coscientemente e con argomentazioni confuse) dal disposto degli *arrêts*, che, in assenza di deposito, comminavano la nullità degli accordi e non semplicemente la loro non azionabilità; anche l'apertura che sembrava aver previsto il

¹⁴³ Cfr. in generale P. LAGNEAU-YMONET – A. RIVA, Les opérations à terme à la Bourse de Paris au XIXème siècle, in Le capitalisme au futur antérieur. Crédit et spéculation en France, fin dix-huitième début vingtième siècle, a cura di N. Levratto – A. Stanziani, Bruxelles 2011, pp. 107-141.

¹⁴⁴ Recueil général des loix... cit., p. 265.

de Cassation rendus en matière civile, XVI-8, Paris 1824, pp. 296-304; M. DALLOZ, op. cit., pp. 761 ss.

¹⁴⁶ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 133 ss.

codice penale venne dunque ristretta esclusivamente al proprio ambito di competenza, senza attribuirle nei fatti alcun riflesso sul diritto civile¹⁴⁷.

Come abbiamo visto tuttavia accadere già più volte nel passato (ogni volta che vi è stato un tentativo di limitare il mercato), anche in questo caso la conseguenza pratica non fu di grande impatto. Anzi, a partire dagli anni '30 si aprirono nuovi orizzonti alla speculazione: da un lato la costituzione di società in accomandita per azioni, che divennero sempre più numerose, al punto che si parlò di *fièvre de commandite*¹⁴⁸; dall'altra la diffusione della ferrovia, che prevalse come attività principale in alcune compagnie private, anch'esse con capitale azionario suscettibile di quotazione¹⁴⁹; infine l'incremento del giro di affari della coulisse, mercato formatosi nel 1817, non regolamentato e sostanzialmente illegale (i cosiddetti coulissiers erano intermediari finanziari che trattavano anche effets publics, nonostante le norme imponessero l'esclusività di simili contrattazioni all'interno della Borsa da parte di agenti di cambio abilitati)¹⁵⁰, fortemente speculativo e, per certi versi, assai simile all'attuale mercato OTC (Over The Counter), anche per i presupposti che ne avevano determinato la formazione¹⁵¹.

 $^{^{147}}$ A.S.G. Coffinières, op. cit., pp. 199-201; M. Merlin, op. cit., p. 319.

¹⁴⁸ J. HILAIRE, op. cit., pp. 214-221; N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 198-216; EAD., Comment éviter les «bénéfices fictifs» et encadrer la distribution des dividendes ? Projet de loi de 1838, lois sur les sociétés de 1856 et 1867, in «Entreprises et histoire», 57-4 (2009), pp. 240-246; P.C. HAUTECOEUR, Les marchés financiers: péril ou opportunité pour l'industrie ? Quelques enseignements d'un épisode oublié de l'histoire de la Bourse de Paris, in «Revue d'economie financière», 104-4 (2011), pp. 51-70

¹⁴⁹ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 216-228; P.C. HAUTECOEUR – A. RIVA, *The Paris financial market in the nineteenth century: complementarities and competition in microstructures*, in «Economic History Review», 65-4 (2012), pp. 1326-1353.

¹⁵⁰ Ivi, pp. 229 ss.; E. LÉON, Étude sur la Coulisse et ses opérations, Paris 1896; Le marché financier... cit., pp. 57 ss.

¹⁵¹ Nota acutamente Giovanni Romano che, così come la formazione del mercato OTC negli USA trasse origine dal tentativo di aggirare la *rule against difference contracts*, sancita dalla Corte Suprema nel 1884, analoghi atteggiamenti si erano già manifestati in Olanda e in Inghilterra, in

Alle radici dei "contratti differenziali"

Non è dunque strano che molte opposizioni si levassero contro la nuova linea di rigore, adottata dalle Corti giudiziarie, ponendosi come obiettivo una regolamentazione più precisa dei contratti a termine, che puntasse a disincentivare soltanto le forme di speculazione pura, senza tuttavia danneggiare l'insieme delle convenzioni sugli *effets publics*. Già nel 1821 Émile Vincens, capo dell'ufficio del commercio al Ministero dell'Interno ed ex commerciante egli stesso, aveva sottolineato ad esempio molto bene come solo i contratti finalizzati esclusivamente al pagamento delle differenze dei corsi fossero realmente speculativi, mentre gli accordi allo scoperto potevano anche configurare concrete e reali esigenze commerciali, degne di tutela¹⁵².

Questa linea di pensiero era peraltro concordemente applicata dalla giurisprudenza nei contratti a termine su merci, ove l'eccezione di gioco era sostanzialmente l'unico strumento normativo esistente: l'11 febbraio 1825, ad esempio, il tribunale di commercio di Marsiglia si era trovato a giudicare una controversia circa una compravendita a termine di una partita d'olio, per la quale il convenuto aveva invocato l'art. 1965 c.c., volendo dimostrare che si era trattato semplicemente di una

opposizione ai tentativi di regolamentazione del XVII e XVIII secolo, come peraltro abbiamo già visto; G. ROMANO, *La riforma dei derivati "OTC" negli USA: dalle regole di* common law *al* Dodd-Frank Act, in «Rivista del diritto commerciale», 111-1 (2013), pp. 137-203, in particolare pp. 153-156.

152 «[...] celui qui est en possesion d'approvisionner régulièrement un pays d'un article qu'il est dans l'usage de tirer du dehors, peut très bien s'assurer à l'avance de ses acheteurs, pour mesurer à chaque époque ses commandes sur les besoin; celui qui, en prévoyance de la baisse du prix, avait vendu à livrer la marchandise dont il est chargé, s'il a lieu de craindre que son acheteur ne soit pas en état dela retirer, peut-être tenté de la vendre une seconde fois, et de courir la chance d'avoir à racheter, plutôt que de se soumettre à celle de n'avoir pas vendu; celui à qui, par suite d'une liquidation attendue, ou de telle autre circonstance, il doit parvenir tôt ou tard des effets dont il voit décliner le cours, agit prudemment s'il le vend avant de le posséder matériellement, ou même s'il vend à découvert des valeurs correspondantes, comme un remplacement anticipé de celles-là»; E. VINCENS, Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du code de commerce, II, Paris 1821, p. 62.

scommessa sulla variazione dei prezzi¹⁵³. La Corte, attenendosi alla propria giurisprudenza, da tempo consolidata, precisò la questione in questo modo: i contratti a termine (o ventes à livrer) erano ammessi in ambito commerciale, purché ne seguisse una concreta esecuzione; se invece questa non era l'obbiettivo finale delle parti, che intendevano solo scambiarsi le differenze sui prezzi, dovevano ritenersi privi di azione sulla base del richiamato articolo del codice, in quanto vendite simulanti una scommessa¹⁵⁴. La valutazione sulla serietà o meno della compravendita (e quindi della concreta intenzione delle parti) era rimessa al tribunale, che la verificava in base alle circostanze, esaminando attentamente anche gli altri eventuali accordi intervenuti. Nel caso di specie, avendo dimostrato che tutti i precedenti contratti stipulati fra le parti non avevano mai dato luogo ad esecuzione reale e che esse li avevano sempre regolati con il solo pagamento delle differenze, dichiarò nullo il contratto per simulazione¹⁵⁵.

I principi esposti in questa decisione furono alla base di numerose altre pronunce, condivise dalle Corti d'appello, al punto che possiamo trarne una giurisprudenza diffusa¹⁵⁶. Ne

¹⁵³ Guibert contro Delong, in «Journal de jurisprudence commerciale et maritime», 6-1 (1825), pp. 45-55.

¹⁵⁴ Ivi, p. 47. Lo stesso principio era allora utilizzato anche nelle giurisdizioni di *common law*; si veda il caso deciso in *nisi prius* del 19 maggio 1826, *Bryan vs. Lewis*, in E. RYAN – W. MOODY, *Reports of cases determined at* Nisi prius *in the courts of King's Bench and Common Pleas and on the Oxford and western circuits*, London 1827, pp. 386-388; tale giurisprudenza sarà tuttavia ben presto ribaltata, e definitivamente, dal caso *Hibblewhite vs. McMorine*, deciso dalla *Court of Exchequer* nel 1839: R. MEESON – W.R. WELSBY, *Reports of cases argued and determined in the Courts of Exchequer and Exchequer Chamber*, V, London 1840, pp. 462-468.

¹⁵⁵ Ivi, pp. 53-54.

¹⁵⁶ Solo per citare qualche esempio: Tribunale di commercio di Bordeaux, causa Hovy & C. contro J.B.A. L... & C., 30 novembre 1825, in «Mémorial de jurisprudence commerciale et maritime», 2 (1825), pp. 445-448; Corte reale di Bordeaux, causa Pazuengos contro Meyer, 28 agosto 1826, in «Mémorial de jurisprudence commerciale et maritime», 3 (1826), pp. 414-418; Tribunale di commercio di Bordeaux, causa Lafalaize e Gentien contro Puech & C. e Pazuengos, 16 luglio 1827, in «Mémorial de jurisprudence commerciale et maritime», 4 (1827), pp. 281-288; Corte reale

ALLE RADICI DEI "CONTRATTI DIFFERENZIALI"

derivava dunque una distinzione fra accordi "reali", finalizzati cioè effettivamente allo scambio e quindi correttamente qualificabili come compravendite, e accordi fittizi (*marchés fictifs* saranno poi definiti), volti esclusivamente al pagamento delle differenze: proprio questi ultimi daranno luogo, trasfondendosi nel contesto italiano, ai cosiddetti "contratti differenziali". Ma prima era necessario che tale distinzione venisse recepita anche nell'ambito del commercio di *effets publics*.

La maggior spinta per l'adozione delle stesse argomentazioni utilizzate per i contratti su merci venne, in effetti, dalla sinergia fra il mondo del commercio e la dottrina¹⁵⁷: nella sua opera sulla Borsa, pubblicata nel 1831, il Mollot, che non a caso era avvocato e consigliere legale della Compagnia degli Agenti di Cambio di Parigi, suggerì per primo il nuovo percorso da seguire:

«[...] les marchés à terme devraient être déclarés valables, toutes les fois qu'il serait prouvé que les parties ont été de bonne foi, en le concluant; qu'elles ont eu l'intention et les moyens de les exécuter, soit que le vendeur ait possedé ou non, lors du marché, les effets vendus. L'examen du fait et la décision de la question seraient abandonnés à la prudence des tribunaux, qui jugeraient alors d'après les principes ordinaires du droit»¹⁵⁸.

Sarebbero dunque stati i tribunali a dover valutare se si fosse trattato di contratti seri, oppure di semplici giochi di Borsa indegni di tutela¹⁵⁹.

Qualche anno dopo un altro avvocato, il Fremery si

di Montpellier, causa Caum... e Carb... contro Crozals, 29 dicembre 1827, in J.B. SIREY, *op. cit.*, XXVIII-2, pp. 134-135; Corte reale di Bordeaux, causa Lecoq contro Tricou, 28 agosto 1828, ivi, XXIX-2, p. 70.

¹⁵⁷ «On est forcé de confesser que, d'après le droit commun, les marchés à terme devraient être permis sur les effets de même que sur les marchandises ou autres objets, sans aucune espèce de restriction»; MOLLOT, op. cit., p. 246. Peraltro di tali contratti su merci tratta anche più avanti, pp. 465-469.

¹⁵⁸ Ivi, p. 243.

¹⁵⁹ Ivi, p. 249.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

spinse ancora oltre, sostenendo che non si potesse in realtà parlare di *jeu de Bourse*, perché l'intermediazione degli agenti di cambio impediva di realizzare accordi che non fossero seri e perché le compravendite, per quanto realizzate anche allo scoperto, non avvenivano fra le stesse due parti, ma fra più soggetti, venditori e compratori, ed erano quindi tutte reali¹⁶⁰; le scommesse erano appannaggio solamente della *coulisse*:

«Il n'y a des marchés *fictifs* que ceux qui interviennent entre les *coulissiers*, en dehors des règles que la coutume a établies. Alors, il est vrai, il n'y a point de marché; il n'y en a que l'apparence; le deux contractants sont bien d'accord sur ce point, qu'il ne s'agit pas entre eux de livrer réellement et de payer une inscription vendue, mais seulement de payer la différence entre le prix convenu dans leur marché et le prix que l'inscription vaudra au jour de léchéance. La convention n'est donc véritablement que la promesse respective de payer la différence entre un cours fixe et un cours incertain; on l'a qualifiée de *jeu*, de *pari*; il est au moins certain que n'est point une vente, ou marché»¹⁶¹.

Queste tesi vennero più volte ribadite anche nelle controversie giudiziarie, ma in genere non vennero accolte, se non tangenzialmente: un caso è rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione del 30 maggio 1838 (agenti di cambio di Parigi contro creditori Bureau)¹⁶², nella quale si affermava che i principi giuridici in materia di contratti a termine ne

¹⁶⁰ A. Fremery, Études de droit commercial, Paris 1833, p. 508. Questo è il tema che oggi porta la dottrina italiana a sostenere che i contratti differenziali, cosiddetti semplici, quelli stipulati fra due medesime parti, siano oggi più casi di scuola che avvenimenti realizzabili; come sottolineava Emilio Valsecchi, «[...] questa categoria di negozi è una invenzione scolastica che non trova riscontro nella realtà, e che comunque non va considerato contratto di Borsa»; E. Valsecchi, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, ("Trattato di diritto civile e commerciale", XXXVII, t. 2), Milano 1986, p. 48; ma cfr. anche L. BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di Borsa. Il Riporto*, ("Trattato di diritto civile e commerciale", XXXV, t. 2), Milano 1969, pp. 391 ss.

¹⁶¹ A. FREMERY, op. cit., p. 507.

¹⁶² L. ROLLIN, Journal du Palais. Récueil le plus complet de la jurisprudence française, CX, Paris 1838, pp. 80-82.

decretavano l'illiceità soltanto se questi ultimi avessero avuto come unico scopo il pagamento delle differenze.

Tuttavia le pressioni sociali, che sostenevano ormai apertamente l'utilità di tali contrattazioni e spingevano il legislatore ad intervenire¹⁶³, alla fine riuscirono ad abbattere anche le resistenze delle Corti, convincendole ad ammettere che la mancanza del deposito dei titoli rappresentava soltanto una presunzione, di cui le parti avrebbero potuto fornire prova contraria e che sarebbe comunque spettato al giudice valutare anche altrimenti la serietà dell'accordo; la svolta fu determinata da una nuova sentenza della Cassazione del 30 novembre 1842 (Beq contro De Coussy), di cui merita di riportare qui per esteso il dispositivo:

«Considérant en droit que, si le marché à terme en matière de vente et de négotiation d'effets publics à la Bourse, pris isolément, constitue un jeu et pari de Bourse prohibé par les arrêts du conseil, le Code pénal, les ordonnances royales, la jurisprudence, il peut néanmoins n'avoir pas ce caractère, d'après les circonstances et les pièces, et présenter une opération sérieuse et de bonne foi; considérant que l'arrêt n'a pas contesté le principe de droit, mais que, pour déclarer que l'opération dont il s'agissait était serieuse et de bonne foi, il s'est fondé, en les interprétant, sur des documents, pièces et titres produits, et sur l'intention manifeste de parties; qu'ainsi l'arrêt n'a pas violé les textes des lois invoquées; REJETTE»¹⁶⁴.

Siamo dunque arrivati al termine del nostro percorso, il cui scopo era appunto quello di individuare le radici della categoria dei "contratti differenziali", che tanto dibattito susciterà in Italia a cavallo fra XIX e XX secolo¹⁶⁵. Possiamo dire che, fino a questo momento, la storia dei tentativi francesi di regolamentare giuridicamente la speculazione sia stata

¹⁶³ N. HISSUNG-CONVERT, op. cit., pp. 275 ss.

¹⁶⁴ L. ROLLIN, Journal du Palais. Récueil le plus complet de la jurisprudence française, CXX, Paris 1843, p. 629.

¹⁶⁵ Per gli ulteriori sviluppi della vicenda francese, almeno fino al 1914, appare assai esaustivo il volume, più volte citato, della Hissung-Convert.

FEDERICO ALESSANDRO GORIA

caratterizzata da procedere per precisazioni un perfezionamenti: dalle prime reazioni, timorose conseguenze nefaste che sembrava condurre con sé questo nuovo fenomeno e quindi eccessive forse nel determinare l'oggetto di misure cautelative (il contratto a termine tout court), a successivi aggiustamenti progressivi, che si sono conclusi nell'individuazione chiara di ciò che si voleva impedire: che le parti, invece di scambiarsi quanto avevano contrattato, realizzassero in realtà delle semplici scommesse, con gravi ripercussioni sulle quotazioni dei titoli pubblici e delle merci.

Alla fine la proscrizione del "contratto differenziale", del marché fictif, si dimostrò nei fatti una conquista, perché permise di continuare a tutelare quei concreti interessi commerciali (di riduzione del rischio, facilitazione degli scambi e altro) che i contratti a termine, anche allo scoperto, consentivano di realizzare, senza per questo arrendersi di fronte alle più azzardate manovre speculative.

Gli strumenti finanziari derivati e la crisi: un confronto tra le iniziative legislative dell'Unione Europea e degli Stati Uniti

The massive use of financial derivatives was, without any doubt, one of the principal trigger of the financial crisis. In particular the systematic use of credit default swaps caused a situation of great uncertainty in the market due to the lack of transparency of these financial instruments and a liquidity crisis due to the high number of insolvencies. The US policies to increase homeownership during the '90s, the deregulation of the over the counter market in the early years of this millennium and the new international accounting standard based on the fair value principle were the main factors that induced the widespread use of credit derivatives. After the financial crisis the major economic countries decided to adopt a common line of intervention to regulate OTC derivatives. Following the commitments assumed at G20 held in Pittsburgh in 2009, U.S. government adopted in 2010 the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act while European Union adopted only in 2012 the European Market Infrastructure Regulation (EMIR), Regulation n. 648/2012. The United States and European regulation of OTC derivatives has a structure substantially similar but in the technical solutions there are instead some significant differences. Both regulation are based on four common pillars: clearing obligation, mandatory trading, marginalization obligation for uncleared derivatives and transparency requirements.

Nella narrazione della crisi finanziaria iniziata negli Stati Uniti a metà del 2007 il ruolo di Cassandra viene spesso attribuito a Warren Buffet, il quale nella comunicazione annuale del 2002 agli azionisti della Berkshire Hathaway Inc. scrisse "derivatives are financial weapons of mass destruction, carrying dangers that, while now latent, are potentially lethal". In pochi tuttavia ricordano che nonostante ciò Berkshire Hathaway ha continuato

¹ Reperibile sul sito http://www.berkshirehathaway.com/letters/2002pdf.

e continua tuttora ad avere un portafoglio di strumenti finanziari derivati per svariate decine di miliardi di dollari.

Non è questa la sede per esaminare le cause della crisi² ma senza dubbio si può affermare che l'utilizzo su larga scala di strumenti finanziari derivati negoziati *over the counter* (OTC), ossia fuori dai mercati regolamentati, sia stato uno dei fattori scatenanti principali. In particolare l'impiego sistematico dei c.d. *credit default swap* (CDS)³ – ossia di quei particolari contratti derivati con il quale una parte contrattuale 'trasferisce' verso corrispettivo all'altra parte il rischio di credito di un soggetto terzo⁴, utilizzati non solo per fini di copertura del rischio ma anche a fini speculativi – ha causato una situazione di grande incertezza sul mercato dovuta alla poca trasparenza di questi strumenti e una crisi di liquidità dovuta all'elevato numero di insolvenze (sia dei creditori oggetto dei CDS, sia delle controparti contrattuali).

I dati statistici descrivono in modo inequivocabile l'impressionante aumento dell'utilizzo di CDS negli anni ante-

² La letteratura sul punto è davvero sterminata. Tra i molti contributi si segnalano SIMKOVIC, Competition and Crisis in Mortgage Securitization, in 88 Indiana Law Journal (2013), p.213 s.; GORTON, Slapped in the Face by the Invisible Hand: Banking and the Panic of 2007, reperibile sul sito http://ssrn.com; MURPHY, An Analysis of the Financial Crisis of 2008: Causes and Solutions, reperibile sul sito http://ssrn.com; WHALEN, The Subprime Crisis: Cause, Effect and Consequences, reperibile sul sito http://ssrn.com; DEMYANYK - VAN HEMERT, Understanding the Subprime Mortgage Crisis reperibile sul sito http://ssrn.com e MIAN – SUFI, House of Debt, Chicago, 2014. Ulteriori riferimenti bibliografici in ROMANO, La riforma dei derivati "OTC" negli USA: dalle regole di common law al Dodd-Frank Act, in Riv. dir. comm., 2011, p. 137 s.

³ Sui quali per tutti cfr. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanzia-ri*, Milano, 2007, p. 423 s.

⁴ Il confine tra CDS e contratti di assicurazione del credito è davvero molto labile: questo aspetto è sicuramente rilevante in relazione al fatto che mentre i contratti di assicurazione del credito possono essere stipulati solo da imprese di assicurazione e dunque soggetti sottoposti a vigilanza prudenziale, i CDS possono invece essere stipulati da chiunque. Sul contratto di assicurazione del credito cfr. IRRERA, L'assicurazione: l'impresa e il contratto, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, X, Padova, 2011, p. 378 s.

cedenti alla crisi: se è vero che il mercato degli strumenti finanziari derivati è in costante crescita negli ultimi vent'anni, quello dei CDS è cresciuto da 'appena' 700 miliardi di dollari di importo nozionale nel 2001 ad oltre 50.000 miliardi di dollari di importo nozionale nel 2007, per poi decrescere costantemente fino ai 25.000 miliardi di dollari di importo nozionale nel 2013⁵.

Con un certo grado di approssimazione e semplificazione si può ritenere che il massiccio ricorso a strumenti finanziari derivati di credito sia stato indotto da tre fattori principali.

In primo luogo, a partire dalla metà degli anni '90 negli Stati Uniti sono state avviate politiche volte ad aumentare l'acquisto di immobili ad uso abitativo da parte dei privati⁶. Nel documento del 1995 intitolato "The National Homeownership Strategy: Partners in the American Dream" l'allora presidente degli stati uniti Bill Clinton individuava come impegno della sua amministrazione che le "working families can once again discover the joys of owning a home" e nel testo del documento lo U.S. Department of Housing and Urban Development illustrava le soluzioni con le quali si sarebbe giunti a questo risultato, tra le quali il ricorso a tecniche finanziare innovative. In particolare, seguendo il c.d. modello *originate-to-distribute*⁷, alcuni enti sponsorizzati dal governo - i c.d. government-sponsored enterprise (GSE) in particolare i noti Freddie Mac e Fannie Mac - acquistavano crediti rivenienti da mutui ipotecari dalle banche al fine di dotare il sistema bancario di nuova liquidità per concedere altri mutui. Accanto a questa attività di cartolarizzazione sponsorizzata dal governo si è sviluppata una significativa operatività anche da parte di società di cartolarizzazione private, spesse legate alle stesse banche che concedevano i mutui, le quali volevano partecipare al profittevole mercato delle cartolarizzazioni 8 .

⁵ I datati statitstici sugli strumenti finanziari derivati sono raccolti dalla *Bank for International Settlements* (BIS) e reperibili sul sito istituzionale www.bis.org.

⁶ Cfr. WHALEN, The Subprime Crisis, cit., p. 3-4.

⁷ Sul punto cfr. PURNANANDAM, *Originate-to-Distribute Model and the Subprime Mortgage Crisis*, reperible sul sito http://ssrn.com.

⁸ Cfr. HOFFMAN, *Dodd-Frank, Securitization, and the Subprime Mort-gage Crisis*, reperibile sul sito http://ssrn.com.

L'acquisto da parte dei GSE e di società di cartolarizzazione private di crediti rinvenienti da mutui c.d. *subprime*, ossia concessi a soggetti con un merito creditizio molto basso, induceva questi soggetti a stipulare *credit default swap* al fine di proteggersi dal rischio di credito.

Accanto a questo aumento della domanda di CDS, sempre negli anni '90 negli Stati Uniti fu avviata una profonda deregulation del mercato dei strumenti finanziari derivati: l'obbligo di negoziazione sui mercati regolamentati sancito dal Commodity-Exchange Act del 1936 venne dapprima reso derogabile su autorizzazione della Commodity Futures Trading Comission (Futures Trading Practices Act del 1992) e poi abrogato per le operazioni tra controparti qualificate (Commodity Futures Modernization Act del 2000)9. Parallelamente, ad inizio anni 2000 il mercato borsistico regolamentato è stato oggetto da un lato della c.d. "decimalizzazione" - ossia le negoziazioni non avvenivano più con l'indicazione della frazione di dollaro ma con il decimale del prezzo - e, dall'altro lato, della bolla speculativa della New Economy che indusse molti operatori di Wall Street a spostare i loro investimenti verso il profittevole mercato over the counter dei derivati¹⁰. In altre parole, all'aumento della domanda di CDS si accompagna anche un aumento dell'offerta di questi strumenti specialmente da parte dei fondi speculativi (i c.d. hedge funds) ma anche da grandi istituzioni finanziarie, bancarie e assicurative; a loro volta questi soggetti, per coprirsi dai rischi di credito dei CDS che stipulano con i GSE o con società di cartolarizzazione, concludono altri contratti derivati di credito sui derivati - c.d. second level derivatives - generando un effetto di crescita esponenziale della leva del debito.

Il terzo fattore determinante per la crescita esponenziale del ricorso ai CDS è individuabile nell'adozione su larga scala dei principi contabili internazionali, basati, come noto, sul principio del *fair value*¹¹. Come da più parti evidenziato¹², il sistema

⁹ Cfr. ROMANO, La riforma dei derivati "OTC", cit., p. 161 s.

¹⁰ Cfr. WHALEN, *The Subprime Crisis*, cit., p. 5-6.

¹¹ Cfr. WHALEN, The Subprime Crisis, cit., p. 7-8.

del *fair value* ha un effetto pro-ciclico che rischia di far risultare dai documenti contabili degli utili solo teorici e in particolare la valutazione del valore equo dei CDS negoziati fuori dal mercato può essere molto aleatoria, come poi dimostrato dai bilanci delle grandi istituzioni finanziarie successivamente al manifestarsi della crisi. In altre parole, l'applicazione del principio del *fair value* alla valorizzazione dei CDS in periodo di crescita economica, se condotta non in ottica estremamente prudenziale, determina una valorizzazione molto elevata degli stessi con un effetto più che positivo sulle risultanze contabili, rendendo dunque ancora più appetibili questi strumenti in particolare per le grandi istituzioni finanziarie.

Con un certo grado di approssimazione si può affermare che le sistematiche insolvenze sui mutui per acquisto di immobili - e in particolare di quelli c.d. subprime - verificatasi a partire dalla fine del 2006 ha comportato che i soggetti che avevano stipulato i CDS a fini di copertura (GSE e società di cartolarizzazione in primis) richiedessero alle loro controparti contrattuali (in primis hedge funds, ma anche grandi istituzioni finanziarie, bancarie e assicurative le quali avevano anche frequentemente investivo o sponsorizzato degli hedge funds) l'adempimento delle obbligazioni nascenti dai CDS. Tuttavia l'elevato numero di insolvenze, la complessità degli strumenti e i numerosi derivati su derivati hanno determinato l'impossibilità di far fronte a tutte le obbligazioni nascenti dai CDS in circolazione e ciò ha causato una situazione di grande incertezza sul mercato dovuta alla poca trasparenza di questi complessi prodotti finanziari e una crisi di liquidità sistemica.

Inevitabilmente, all'indomani della crisi, i CDS sono stati tra i primi a finire sul banco degli imputati, anche perché furono sostanzialmente la causa dei fallimenti dei tre colossi finanziari statunitensi AIG, Lehman Brothers e Bear Stearns (anche se, va ricordato, AIG è stata salvata dal governo americano con

¹² Per tutti cfr. FORTUNATO, Dal costo storico al "fair value": al di là della rivoluzione contabile, in Riv. Soc., 2007, p. 941.

il più grande *bailout* nella storia degli Stati Uniti in quanto società *too big to fail*¹³).

Sulle misure legislative e regolamentari da intraprendere per evitare che in futuro si verificassero nuovamente situazioni pericolose per la tenuta del sistema finanziario le proposte sono state molto differenti. Accanto alle posizioni più estreme che propugnavano la messa al bando dei CDS¹⁴, vi fu chi sostenne di vietare esclusivamente la negoziazione fuori dai mercati – con soluzione non certa nuova nella storia dei mercati finanziari¹⁵ – imponendo la contrattazione esclusivamente sui mercati regolamentati¹⁶.

Qualsiasi regolamentazione dei derivati negoziati *over the counter* sarebbe stata tuttavia del tutto inefficacie se adotta da un singolo paese, stante la globalizzazione dei mercati finanziari. Per questo motivo, con approccio sicuramente innovativo, gli Stati ad economia avanzata decisero di adottare una linea di intervento comune e al G20 di Pittsburgh, tenutosi nel settembre 2009, venne preso l'impegno¹⁷ di attuare nei singoli paesi regole

¹³ Cfr. SJOSTROM, The AIG Bailout, in 66 Washington and Lee Law Review (2009), p. 943 s.

¹⁴ Si veda la proposta legislativa presentata dalla deputata americana Maxine Waters intitolata *Credit Defaul Swap Proibition act of 2009*, H.R. 3145 reperibile sul sito www.opencongress.org.

¹⁵ Cfr. GORIA, Alle radici dei "contratti differenziali": l'evoluzione degli strumenti giuridici in ambito finanziario a partire dal caso francese (secc. XVIII-XIX), in questo Volume, p. 6.

¹⁶ Si veda l'editoria di MORGENSON, *It's time for swap to lose their swagger*, in New York, Times, 27 febbraio 2010 reperibile sul sito www.nytimes.com. Secondo un documento del gennaio 2010 della Federal Reserve Bank di New York l'obbligatorietà della negoziazione sui mercati regolamenti dei derivati con la conseguente eliminazione del mercato OTC avrebbe più effetti negativi che positivi (*Policy Perspectives on OTC Derivatives Market Infrastructure*, reperibile sul sito www.newyorkfed.org).

¹⁷ Il Leaders' Statement è reperibile sul sito www.g20.org. Il passaggio che maggiormente qui interessa è il seguente "Improving over-the-counter derivatives markets: All standardized OTC derivative contracts should be traded on exchanges or electronic trading platforms, where appropriate, and cleared through central counterparties by end-2012 at the latest. OTC derivative contracts should be reported to trade repositories. Non-centrally cleared contracts should be subject to higher capital requirements. We ask the FSB and its relevant members to assess

comuni volte ad assicurare la sicurezza sistemica e la trasparenza dei derivati negoziati OTC.

A seguito di ciò gli Stati Uniti hanno adottato nel luglio del 2010 il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection *Act* – provvedimento molto corposo e complesso che contiene una riforma complessiva del mercato finanziario statunitense, non solo limitato alla regolamentazione dei derivati OTC mentre in Europa solo nell'agosto del 2012 è stato adottato il c.d. European Market Infrastructure Regulation (EMIR), Regolamento n. 648/2012, il quale nonostante il titolo disciplina esclusivamente i derivati OTC. Analoghi provvedimenti di regolamentazione dei derivati OTC sono stati adottati anche da altri paesi ad economia avanzata appartenenti al G20 tra i quali Australia¹⁸, Giappone¹⁹ e Canada²⁰. Un quadro completo dello stato della legislazione in materia nei diversi paesi è contenuto nel rapporto del Financial Stability Board, OTC Derivatives Market Reforms - Seventh Progress Report on Implementation, dell' 8 aprile 201421.

La regolamentazione statunitense ed europea dei derivati OTC presenta una struttura sostanzialmente analoga, ma nelle singole soluzioni si riscontrano invece delle differenze a volte anche significative.

Con riferimento al campo di applicazione, sotto il profilo oggettivo, sia l'EMIR che il Dodd-Frank Act si applicano sostanzialmente a tutti i tipi di derivati comprese opzioni, futures, forward e swap con esclusione di diverse categorie di derivati physically settled, anche se il campo di esclusioni dell'EMIR è più

regularly implementation and whether it is sufficient to improve transparency in the derivatives markets, mitigate systemic risk, and protect against market abuse."

¹⁸ Si veda www.asic.gov.au/asic/ASIC.NSF/byHeadline/OTC%20 derivatives%20reform.

¹⁹ Cfr. Clifford Chance, New Japanese Regulations on Central Clearing, Trade Information Storage and Reporting in relation to OTC Derivatives Transactions, ottobre 2012, reperible sul sito www.cliffordchance.com.

²⁰ Si veda http://www.securities-administrators.ca/aboutcsa. aspx?id=1236.

²¹ Reperibile sul sito www.financialstabilityboard.org/publications/r_140408.pdf.

limitato rispetto al Dodd-Frank Act. Dal punto di vista terminologico va segnalato che mentre l'EMIR utilizza la locuzione 'derivato OTC' (OTC derivatives) o 'contratto derivato OTC' (OTC derivatives contract), il Dood-Frank Act utilizza – ricorrendo ad una sineddoche – il termine swap²².

Alcune differenze tra la legislazione europea e statunitense sussistono invece con riferimento al campo di applicazione soggettivo. L'EMIR distingue unicamente tra controparti finanziari (banche, imprese di investimento, imprese di assicurazione e fondi) e controparti non finanziarie. Il Dodd-Frank Act, invece, individua quattro categorie: Swap Dealer, Major Swap Participant, Financial User e End-User. Le ultime due categorie sono funzionali a distinguere chi utilizza il derivato a fini finanziari (financial user) dai soggetti non finanziari che utilizzano il derivato a fini di copertura di un commercial risk (end user): come si vedrà in seguito i derivati impiegati dagli end user sono esenti dall'obbligo di compensazione e di negoziazione. Molto più importanti sono invece le prime due categorie: gli swap dealer sono i soggetti che svolgono professionalmente in via principale attività di negoziazione in derivati, e i major swap participant sono i soggetti che pur non essendo swap dealer detengono una considerevole esposizione in derivati²³. L'individuazione funzionale di queste due categorie soggettive è strumentale ad imporre agli swap dealer e ai major swap partecipant di registrarsi presso la Security Exchange Commission (SEC) o la Commodity Futures Trading Comission (CFTC), seguire determinate regole di condotta (obblighi informativi nei confronti delle controparti, adozione di procedure di controllo del rischio, regole sul conflitto di interessi, ecc.) e rispettare determinati requisiti di patrimonializzazione. Il legislatore statunitense ha dunque ritenu-

²² Il Dodd-Frank Act distingue tra *swap* e *security-based swap* a seconda che il sottostante del derivato sia o meno una *security* secondo la legislazione federale. Questa bipartizione serve a determinare l'autorità di vigilanza competente nel senso che le negoziazioni aventi ad oggetto *swap* sono sottoposte alla vigilanza della CFTC, mentre quelle aventi ad oggetto *security-based swap* sono sottoposte alla vigilanza della SEC. Sul punto cfr. ROMANO, *La riforma dei derivati "OTC"*, cit., p. 183.

²³ Cfr. ROMANO, La riforma dei derivati "OTC", cit., p. 182-183.

to necessario imporre specifichi requisiti per gli operatori professionali e abituali del mercato dei derivati OTC, mentre il legislatore europeo ha ritenuto di non dover introdurre ulteriori obblighi, ritenendo sufficienti i requisiti imposti ai soggetti operanti sul mercato finanziario dalla normativa europea in tema di servizi di investimenti, ossia dalla Direttiva MiFID (2004/39/CE) recentemente sostituita dalla direttiva MiFID 2 (2014/65/EU) e dal regolamento MiFIR (600/2014) entrambi emanati il 12 giugno 2014²⁴.

Volendo schematizzare è possibile individuare quattro pilastri comuni alle due discipline: sia negli Stati Uniti che in Europa i derivati OTC sono sottoposti ad obblighi di compensazione, obblighi di negoziazione, obblighi di marginalizzazione e obblighi di trasparenza.

Con riferimento al c.d. obbligo di compensazione si è visto in precedenza che il principale anello debole della catena durante la crisi è stata l'incapacità delle controparti 'speculative' di far fronte alle obbligazioni nascenti dai numerosi CDS che avevano stipulato. Poiché i *credit defualt swap* e più in generale tutti i derivati hanno l'effetto di trasferire dei rischi da un soggetto ad un altro (nel caso dei CDS il rischio di credito), l'insolvenza della controparte 'speculativa' del derivato determina il 'ri-trasferimento' del rischio in capo alla controparte che proprio mediante la stipula del derivato voleva proteggersi da quel rischio.

Per evitare questa situazione – che se si verifica su vasta scala innesca una reazione a catena con rischi sistemici – sia in Europa che negli Stati Uniti i derivati OTC individuati dalle autorità di vigilanza competenti sono sottoposti obbligatoriamente a compensazione (c.d. *clearing*) mediante l'intervento di una controparte centrale (*central counterparty* o CCP). La controparte centrale è un soggetto privato sottoposto a vigilanza pubblica che si interpone fra le parti del derivato OTC quantificando le obbligazioni – e quindi essenzialmente i flussi di pagamenti –

133

²⁴ La Direttiva MiFID 2 che dovrà essere attuata entro il 3 luglio 2016 con decorrenza delle nuovoe disposizioni dal 3 gennaio 2017 (art. 93), data in cui entrerà in vigore anche il regolamento MiFIR (art. 54).

che da esso derivano, agendo come venditore nei confronti dell'acquirente e come acquirente nei confronti del venditore. Le autorità di vigilanza competenti - l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM o ESMA) per l'Europa e la SEC o la CFTC per gli Stati Uniti - individuano i derivati che devono essere obbligatoriamente sottoposti a compensazione²⁵ e le parti che hanno stipulato questi derivati devono rivolgersi ad una CCP trasformando il rapporto da bilaterale a trilaterale (c.d. novation²⁶). La controparte centrale finchè possibile compenserà le obbligazioni reciproche, anche derivanti da derivati OTC differenti, e poi curerà l'esecuzione dei pagamenti delle somme restanti post procedura di compensazione. Poiché, tuttavia, la controparte centrale non assume su di sé i rischi del derivato OTC, la stessa adotterà delle misure di mitigazione del rischio consistenti: (i) nell'accettazione della transazione, nel senso che la CCP sarà libera di decidere se accettare o meno l'incarico sulla base della tipologia del prodotto e delle qualità soggettive delle parti; (ii) nell'imposizioni alle parti di c.d. 'margini' - depositi di denaro in garanzia o altre forme di garanzie facilmente liquidabili - sia iniziali, sia durante il periodo di efficacia del derivato OTC anche su base infragiornaliera (c.d. margini di variazione); (iii) nella costituzione di un fondo di garanzia alimentato dai contributi che ogni soggetto con cui la CCP entra in relazione contrattuale deve versare.

L'obbligo di compensazione è già in vigore negli Stati Uniti a far data dal 2013, mentre in Europa è prevedibile che diverrà effettivo a metà del 2015 per taluni tipi di derivati è sarà pie-

²⁵ L'EMIR specifica che l'ESMA nell'individuare i derivati da sottoporre a compensazione deve tenere in considerazione il grado di standar-dizzazione, la liquidità e la disponibilità di informazioni affidabili sulla determinazione del prezzo della categoria di derivati OTC interessata (art. 5 comma 4°). Del resto i derivati sottoponibili all'obbligo di clearing sono soltanto quelli c.d. *plain vanilla*, ossia quelle forme più semplici e standardizzate per l quali esiste un mercato liquido e che ne consenta il *pricing*, c.f.r. ROMANO, *La riforma dei derivati "OTC"*, cit., p. 174.

²⁶ Sulla qualificazione giuridica del processo di *novation* e sulle differenze con la novazione di cui agli art. 1230 c.c. e seguenti cfr. ROMANO, *La riforma dei derivati "OTC"*, cit., p. 172 nt. 84.

namente operativo solo entro la fine del 2017²⁷. Ulteriore differenza riguarda il campo di applicazione soggettiva. Infatti mentre negli Stati Uniti l'obbligo di compensazione si applica a tutti i derivati OTC, ad eccezione di quelli stipulati con degli "end users that are using swaps to hedge or mitigate commercial risks" (Section 723 del Dodd-Frank Act), in Europa l'obbligo di compensazione si applica a tutti i derivati stipulati tra controparti finanziarie, mentre ai derivati stipulati tra controparti finanziarie e non-finanziarie ovvero tra controparti non finanziarie si applica solo se si superano le soglie stabilite dal Regolamento delegato della Commissione n. 149/2013 (art. 11) e se il derivato è stipulato non per finalità di copertura del rischio (art. 4 E-MIR).

Infine, va segnalato che sia il Dodd-Frank Act sia l'EMIR stabiliscono i requisiti patrimoniali e operativi a cui le CCP devono attenersi. In particolare le CCP devono essere preventivamente autorizzate dalle autorità competenti (la CFTC negli Stati Uniti e le singole autorità statali in Europa), avere determinate risorse patrimoniali (ad es. in Europa sette milioni e mezzo di Euro di capitale), porre in essere la segregazione patrimoniale tra le posizioni dei clienti e applicare specifiche regole di *corporate governance*, quali l'istituzione di un comitato rischi, l'adozione di procedure di gestione del conflitto di interessi e l'adempimento di obblighi di trasparenza verso le autorità di vigilanza e il mercato.

Il secondo pilastro della regolamentazione dei derivati OTC è costituito dall'obbligo di negoziazione. Pur non accogliendo l'idea di imporre le negoziazione su mercati regolamentati di tutti i derivati OTC, le normative statunitense ed europea stabiliscono l'obbligo di negoziazione per tutti i derivati OTC sottoposti a obbligo di compensazione.

Il Dodd-Frank Act stabilisce infatti che tutti i gli swap sottoposti a mandatory clearing debbano essere negoziati o in un "contract market" – mercato regolamentato già autorizzato che potrà estendere la sua operatività agli swap – ovvero in una

135

²⁷ Per aggiornamenti sul punto cfr. www.esma.europa.eu/page/OTC-derivatives-and-clearing-obligation.

"swap execution facilities" – sistemi regolamentati di scambi dedicati agli swap introdotti dallo stesso Dodd-Frank Act e che per operare necessiteranno di una autorizzazione da parte della SEC o della CFTC. In questo modo una parte rilevante di mercato dei derivati over the counter cesserà di essere tale²⁸.

Parzialmente differente è la disciplina europea dove il Regolamento EMIR non era intervenuto in tema di obblighi di negoziazione, lasciando ratione materiae alla nuova disciplina Mi-FID 2/MiFIR il compito di disciplinare questo tema. Gli art. 28 e 32 del regolamento MiFIR demandano all'ESMA il compito di individuare all'interno dei derivati OTC sottoposti a compensazione obbligatoria ai sensi del Regolamento EMIR quali categorie o sottocategorie di essi devono essere sottoposti alla negoziazione. Mentre negli Stati Uniti tutti i derivati per i quali le autorità di vigilanza competenti abbiano stabilito l'obbligo di compensazione devono essere negoziati in un mercato regolamentato in Europa sarà necessario un doppia intervento dell'autorità di vigilanza: dapprima per individuare i derivati da sottoporre a clearing e dopo per individuare tra di essi quali devono essere sottoposti anche a mandatory trading. I derivati OTC così individuati dovranno essere negoziati in un mercato regolamentato o in sistema multilaterale di scambi ovvero in un sistema organizzato di scambi.

Da ultimo va segnalato che in relazione all'efficacia del *mandatory trading*, mentre negli Stati Uniti è già una realtà a partire dai primi mesi del 2014, in Europa è ancora di là a venire in quanto si dovrà attendere l'entra in vigore del Regolamento MiFIR e dunque gli inizi del 2017.

La mitigazione del rischio che per i derivati standardizzati viene realizzata per il tramite dell'obbligo di compensazione e dell'obbligo di negoziazione, per tutti gli altri derivati – i soli che rimarranno effettivamente negoziati over the counter e che vengono normalmente individuati con la locuzione uncleared derivatives in contrapposizione ai cleared derivatives, ossia ai derivati sottoposti ad obbligo di clearing – avviene principalmente

²⁸ Cfr. SCALCIONE, La proposta di riforma della disciplina dei derivati OTC negli USA, in Dir. banca e merc. fin., 2010, I, p. 83.

sia in Europa che negli Stati Uniti mediante il c.d. obbligo di marginalizzazione e collateralizzazione.

Per evitare che l'operatività in strumenti finanziari derivati avvenga facendo ricorso ad una leva del debito eccessiva - che su larga scala può avere effetti sistemici negativi - le autorità competenti devono individuare i margini, inziali e di variazione, e le garanzie (collateral) che le controparti dei derivati OTC non sottoposti a compensazione si devono scambiare. Negli Stati Uniti spetterà agli swap dealer e ai major swap participant, ossia alle sole istituzioni ammesse ad operare nel settore dei derivati uncleared, richiedere alla controparte il versamento dei margini inziali e poi eventualmente di quelle di variazione. Ovviamente l'ammontare dei margini sarà differente a secondo della natura (finanziaria o non finanziaria) della controparte. In Europa il Regolamento EMIR prevede all'art. 11, 3° comma che sia le controparti finanziarie sia quelle non finanziarie - ma queste ultime solo se superano le soglie stabilite dal Regolamento delegato della Commissione n. 149/2013 (art. 11) - "adottano procedure di gestione dei rischi che prevedano uno scambio di garanzie effettuato in modo tempestivo, accurato e con adeguata segregazione".

L'ammontare dei margini e delle garanzie deve essere stabilito in via regolamentare dalle autorità competenti²⁹. In relazione a tale aspetto il 2 settembre 2013 il *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS) e l'*International Organization of Securities Commissions* ("IOSCO") hanno emanato un documento intitolato "Margin requirements for non-centrally cleared derivatives" ³⁰ il quale contiene le linee guida alle quali i regolatori dei vari Stati dovrebbero attenersi per stabilire le regole sui margini e sulle garanzie da applicare ai derivati uncleared. Negli Stati Uniti la Commodity Futures Trading Comission aveva proposto nel 2011 delle regole sui margini per gli operatori non sottoposti a vigi-

²⁹ Con riferimento al problema della pro-ciclicità dei margini cfr. GUCCIONE, *Il difficile equilibrio tra stabilità finanziaria e prociclicità delle garanzie collaterali:* l'art. 41(1), ultimo periodo, del Regolamento (UE) n. 648/2012, atti del convegno annuale Orizzonti del Diritto Commerciale, Roma 21-22 febbraio 2014 reperibile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it/.

³⁰ Reperibile sul sito www.bis.org/publ/bcbs261.pdf.

lanza prudenziale³¹ e ad oggi si è in attesa di capire se queste regole verranno adottate oppure riviste alla luce del citato documento BCBS/IOSCO. Ad inizio settembre 2014 i *Prudential Regulator* (*Federal Reserve, Federal Deposit Insurance Corp, Office of the Comptroller of the Currency, Farm Credit Administration,* e *Federal Housing Finance Agency*) hanno proposto delle regole sui margini per gli operatori sottoposti a vigilanza prudenziale alla luce del citato documento BCBS/IOSCO³². In Europa le autorità di vigilanza competenti – e dunque l'EBA, l'ESMA e l'EIOPA – hanno emanato il 14 aprile 2014 un documento di consultazione contenente le proposte di regole tecniche sui margini e sulle garanzie da applicare ai derivati *uncleared*³³.

L'obbligo di marginalizzazione non è l'unico presidio posto alla mitigazione del rischio dei derivati non soggetti a compensazione. Infatti, il legislatore europeo ha imposto anche la conferma tempestiva delle condizioni contrattuali, l'adozione di processi per la riconciliazione dei portafogli e la valutazione giornaliera del valore del derivato su base *mark-to-market* ovvero, ove non possibile, su base *mark-to-model* (art. 11, commi 1 e 2 reg. EMIR). Il legislatore statunitense, invece, per il tramite della regolamentazione secondaria della CFTC³⁴, ha imposto una serie di obblighi informativi a carico degli *swap dealer* e ai *major swap participant*.

Sia la legislazione statunitense che quella europea prevedendo poi la possibilità di introdurre limitazione alla detenzione di derivati. Mentre la *Section* 737 del Dodd-Frank Act permette alle autorità competenti di fissare limiti alle posizioni detenibili in determinati strumenti derivati, la normativa europea

³¹ Reperibili sul sito www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrfederalregister/ documents/ file/2011-9598a.pdf.

³² Reperibile sul isto www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/bcreg20140903c1.pdf.

³³ Reperibili sul sito https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/market-infrastructures/draft-regulatory-technical-standards-on risk-mitigation-techniques-for-otc-derivatives-not-cleared-by-a-central counterparty-ccp-.

³⁴ Cfr. www.cftc.gov/ucm/groups/public/@newsroom/documents / file/ bcs_qa_final.pdf

contenuta nel recente Regolamento MiFIR permette alle autorità competenti sia di intervenire sulla gestione delle posizioni (artt. 44 e ss.) sia di vietare temporaneamente o limitare la commercializzazione, la distribuzione o la vendita di determinati strumenti finanziari o un tipo di attività o pratica finanziaria (artt. 40 ss.)³⁵.

Infine, va segnalato che negli Stati Uniti a complemento della *Volker Rule*³⁶ – ossia della previsione in base alla quale è stato limitato lo svolgimento da parte delle banche commerciali di attività di *proprietary tranding* e di investimento in *hedge funds* e *private equity funds* che è divenuta operativa il 1° aprile 2014 – è stata introdotta la c.d. *push-out rule*, ossia la norma di principio in base alla quale *swap dealer* e *major swap participant* non potranno essere in futuro oggetto di intervento di salvataggio da parte del governo. La finalità di questa norma è dunque quella di creare un disincentivo all'eccesivo ricorso a derivati speculativi da parte delle istituzione finanziarie, anche se sarà difficile che questo possa contrastare il 'potere' del *too big to fail*.

L'ultimo pilastro della regolamentazione dei derivati OTC concerne gli obblighi di trasparenza. Per esemplificare la filosofia delle moderne regolamentazioni dei mercati finanziari viene spesso citata la frase del professor Louis Loss secondo il quale "non è importante se io vendo un uovo marcio, importante è che lo dica". In altri termini la trasparenza fungerebbe da perno centrale per il funzionamento dei mercati finanziari in quanto riducendo le asimmetrie informative permetterebbe una corretta formazione del prezzo e valutazione del rischio.

Il mercato *over the counter* è per definizione poco trasparente perché le informazioni sugli strumenti finanziari scambiati rimangono conosciute solo dalle parti della transazione. L'assenza di trasparenza di questo mercato è stata identificata come una delle cause che hanno determinato, prima del verifi-

³⁵ La possibilità di vietare i derivati "abusive" era contenuta anche nelle proposte iniziali del Dodd-Frank Act ma non è stata poi adottata, cfr. ROMANO, La riforma dei derivati "OTC", cit., p. 184.

³⁶ Sulla quale per tutti cfr. WHITEHEAD, *The Volcker Rule and Evolving Financial Markets*, in 1 *Harvard Business Law Review* (2011), p. 39 ss.

carsi della crisi finanziaria del 2007, l'incapacità – sia delle parti del contratto sia delle autorità di vigilanza – di valutazione del rischio associato a taluni derivati e in particolare ai CDS.

Per incrementare il livello di trasparenza dell'operatività in derivati la linea comune adottata in sede di G-20 e poi fatta propria dal legislatore statunitense ed europeo è stata quella di introdurre obblighi di informazione e trasparenza. Le regole contenute nel Dodd-Frank Act e nel regolamento EMIR sono molto simili; infatti, viene imposto un obbligo di comunicazione dei principali termini economici dei derivati - sia sottoposti ad obbligo di compensazione sia uncleared – a dei repertori sulle negoziazioni (secondo il regolamento EMIR) o dei c.d. swap data repositories (secondo il Dodd-Frank Act). Questi repertori sono dei soggetti di diritto privato sottoposti ad autorizzazione e vigilanza delle autorità competenti (CFTC o SEC negli Stati Uniti, ESMA in Europa), che hanno il compito di raccogliere le informazioni e renderle disponibili in forma completa alle autorità di vigilanza e su base aggregata al mercato³⁷. Le differenze tra la legislazione statunitense e quella europea riguardano principalmente i soggetti su cui grava l'obbligo di comunicazione, che negli Stati Uniti sono il mercato regolamentato o la swap execution facility per i derivati sottoposti ad obbligo di negoziazione e lo swap dealer o il major swap participant per i derivati uncleared, mentre in Europa l'obbligo grava per tutti i tipi di derivati sulle controparti e sulla, eventuale, controparte centrale. Ulteriore differenza risiede nel fatto che mentre negli Stati Uniti l'obbligo di comunicazione va assolto sostanzialmente in tempo reale con tempistiche che variano dai quindici minuti alle quattro ore a seconda della tipologia di derivati - in Europa va assolto entro il giorno lavorativo successivo alla conclusione (modifica o estinzione) del derivato. Infine va segnalato che mentre

³⁷ Visto che gli stessi repertori debbono assolvere ad obblighi di informazione standardizzata verso il mercato gli stessi sono liberi – al pari delle CCP – di accettare o meno l'incarico di svolgere l'attività di raccolta delle informazioni. Nell'ipotesi in cui nessun repertorio desse la propria disponibilità a raccogliere le informazioni le stesse – sia in Europa che negli Stati Uniti – andranno trasmesse direttamente all'autorità di vigilanza competenti.

l'obbligo di segnalazione è in vigore negli Stati Uniti sin dall'ottobre del 2012 (e pienamente operante dall'aprile 2013) in Europa è entrato in vigore solo dal 14 febbraio 2014, così come stabilito dal Regolamento delegato della Commissione n. 148/2013 del 19 dicembre 2012.

Da ultimo va segnalato che sia la legislazione statunitense, sia quella europea impongono degli obblighi di informazione post-negoziazione (ovviamente, con riferimento ai soli derivati sottoposti ad obbligo di negoziazione). Tuttavia, mentre il Dodd-Frank Act richiede che queste informazioni sia fornite dal mercato regolamentato o dalla swap execution facility, in Europa la materia è disciplinata dal regolamento MiFIR, il quale impone alle imprese di investimento di rendere pubblici il volume, il prezzo e il momento nel quale sono state concluse delle operazioni in strumenti derivati negoziati che pongo in essere, per proprio conto o per conto dei clienti (art. 21).

A conclusione del sintetico confronto tra la legislazione statunitense ed europea in tema di strumenti finanziari derivati pare possibile svolgere alcune considerazioni su questo imponente e complesso *corpus* di regole.

Sicuramente da accogliere con favore è l'aver affrontato le problematiche connesse ai derivati negoziati *over the counter* su base internazionale. L'armonizzazione internazionale delle regole dei mercati finanziari è ormai un'esigenza ineludibile onde evitare arbitraggi regolamentari. Anche se il processo di individuazione di regole comuni su base internazionale pone delicati problemi sia di legittimazione democratica degli organismi chiamati a stabilire le regole, sia di scelta di principi che possano avere una loro coerenza in ordinamenti molto diversi tra loro – sotto questo profilo è indubbio che la normativa oggetto di esame sia di chiara derivazione anglosassone –, non si può negare l'importanza di evitare, da un lato, la creazione di una *regulatory competition* caratterizzata da una *race to the bottom* e, dall'altro lato, il verificarsi di crisi finanziarie a livello locale che possano avere effetti sistemici su scala globale.

Positiva appare anche la filosofia delle nuove regole improntante ad un liberismo meno sfrenato con un maggiore intervento pubblico sulla regolazione e controllo dei mercati. Il pensiero economico neoclassico – che è stato sicuramente il pensiero dominante dal dopoguerra in poi nonché fondamento della dottrina giuridica più influente dell'ultimo ventennio, ossia della *law and economics* – è stato messo in forte discussione dalla crisi finanziaria con un ritorno ai principi della teoria economica keynesiana e ai suoi sviluppi ed evoluzioni della seconda metà del '900³⁸. Le nuove regole sui derivati OTC introducono delle forti limitazioni all'autonomia privata imponendo determinati comportamenti contrattuali (come l'obbligo di rivolgersi ad una controporta centrale) e assegnando al potere pubblico il potere di intervenire sull'assetto economico del contratto (come l'obbligo di prevedere dei margini e delle garanzie).

Le nuove discipline dei derivati OTC non possono tuttavia andare esenti da alcune critiche.

In primo luogo, la complessità e pervasività del dato normativo primario e secondario rischia di creare un fenomeno di *overshooting* normativo³⁹ soprattutto con riferimento alle operazioni in derivati 'virtuose', ossia quelle volte alla mitigazione dei rischi commerciali. Le nuove regole comporteranno indubbiamente un aumento dei costi di transazione e vi è il forte rischio che questo colpisca in particolar modo le operazioni più standardizzate, ossia i derivati *plain vanilla*, i quali indubbiamente non hanno costituito e non costituiscono le *financial weapons of mass destruction* evocate da Warren Buffet.

In secondo luogo, la nuova disciplina è caratterizzata sia negli Stati Uniti che in Europa da un'ampia delega alle autorità di vigilanza non solo ad emanare una copiosa normativa secondaria, ma anche ad individuare gli strumenti finanziari derivati da sottoporre a *clearing* e *mandatory trading* e determinare i margini e le garanzie per i derivati *uncleared*. Il rischio è quello di ingenerare un sistema che veda le autorità di vigilanza – i cui tempi di attivazione e reazione sono molto differenti tra Stati

³⁸ Cfr. KRUGMAN, *How Did Economists Get It So Wrong?*, in New York Times, 2 settembre 2009 reperibile all'indirizzo www.nytimes.com/2009/09/06/magazine/06 Economic-t.html?pagewanted=all&_r=0.

³⁹ Sul quale cfr. MONTALENTI, Società quotate, mercati finanziari e tecniche di regolazione, in Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari, Milano, 2001, p. 1 ss.

GLI STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI E LA CRISI

Uniti ed Europa – dover perennemente 'rincorrere' l'evoluzione del mercato e la sofisticazione degli strumenti finanziari impiegati⁴⁰, correndo il pericolo di arrivare a sempre a "chiudere i cancelli quando i buoi sono scappati".

⁴⁰ Cfr. ROMANO, La riforma dei derivati "OTC", cit., p. 197.

La trasformazione eterogenea di una S.p.A. in azienda speciale: nuovi orizzonti per la gestione del Servizio Idrico tra diritto commerciale e diritto amministrativo.

Starting from the presentation of the Italian legal framework of the local public services and of the water services, before and after the success of the Italian water referendum, which stopped in 2011 the privatization of the sector, the paper analyzes the transformation of a private company that managed the water local service in a public utility. This operation can appear simple, but in the Italian set of rules, it is not regulated and there are different juridical interpretations about its feasibility. Nonetheless, the municipality of Naples put through the operation: today it represents a significant legal innovation that deserves to be analyzed in its strengths and its weaknesses.

1. Introduzione

Non è certamente facile orientarsi nella materia dei servizi pubblici locali: i frequenti interventi del legislatore hanno dato vita, soprattutto nel corso degli ultimi vent'anni, a un quadro normativo frastagliato e piuttosto complesso. Ciononostante, è possibile cogliere un tratto unificante di tali scelte legislative: l'apertura del mercato dei servizi alla gestione privata e alla concorrenza, a cui si è accompagnato un progressivo declino della gestione pubblica e, con essa, di tutti gli istituti giuridici a cui gli enti locali facevano ricorso per amministrare in modo diretto, tra gli altri, la fornitura del servizio idrico, la raccolta dei rifiuti e la gestione del trasporto urbano.

Quel pensiero unico che ha pervaso l'economia, quasi

ispirato dal mantra del *privato* è *bello*, si è ripercosso¹, in altre parole, anche su un appiattimento delle forme gestionali: le società per azioni hanno sostituito *iure imperio* le aziende municipalizzate e si sono imposte come modello prevalente – se non unico – nelle gestioni.

le condizioni Del resto, normative perché tale trasformazione potesse verificarsi sono state ben definite dal legislatore, il quale ha indicato l'iter giuridico per passare da un soggetto di diritto pubblico ad uno di diritto privato, omettendo però di descrivere l'operazione contraria (dal soggetto privato a quello pubblico). Una vera e propria lacuna normativa, quindi, di cui per molto tempo non ci si è curati: soltanto dopo l'abrogazione dell'articolo 23 bis del cd. Decreto Ronchi, accompagnata da una (seppur isolata) manifestazione di volontà politica di ritorno alla gestione pubblica (e partecipata) del servizio idrico, il problema si è posto in tutti i suoi aspetti contraddittori: una società per azioni può essere trasformata in una azienda speciale?

Per rispondere a questo interrogativo, prima di esaminare la soluzione adottata dalla Città di Napoli per trasformare la società per azioni che gestiva il servizio idrico dal 1995 in un'azienda speciale, vale la pena di soffermarsi su alcune premesse, necessarie per comprendere la legittimità dell'operazione condotta.

Preliminarmente, pertanto, illustrerò la disciplina vigente in materia di servizio idrico prima e dopo il referendum abrogativo dell'art. 23 bis del Decreto Ronchi svoltosi nel 2011, al fine di chiarire la compatibilità della gestione mediante soggetti di diritto pubblico con l'attuale quadro normativo; successivamente, tratterò il caso napoletano, intrecciandone le vicende con la descrizione dell'azienda speciale per arrivare, infine, ad analizzare la tecnica giuridica impiegata per la sua creazione, ossia la trasformazione eterogena disciplinata all'art. 2500 septies del codice civile².

¹ A riguardo cfr. U. MATTEI, Contro riforme, Torino, 2013.

² Sarà difficile citare le fonti della gran parte del presente lavoro: si tratta perlopiù di un vero e proprio "studio sul campo". Infatti, a partire dal

2. La disciplina della gestione del servizio idrico integrato, prima e dopo il referendum del 2011.

Le regole sulla gestione dei servizi pubblici locali sono state oggetto di numerose modifiche, le quali hanno determinato un quadro normativo piuttosto complesso e frastagliato. A partire dagli anni novanta, infatti, le riforme intraprese dal legislatore in questo settore sono state orientate dalla volontà di introdurre e aumentare la concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali, la cui liberalizzazione poteva garantire nuove entrate agli enti locali destinatari di continui tagli dei trasferimenti statali³.

La disciplina del servizio idrico integrato riassume in modo molto chiaro questo trend: se negli anni novanta con l'approvazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (nota come Legge Galli) si introduce la possibilità che la gestione dell'acqua sia affidata ad un soggetto privato, soltanto negli anni 2000 questa

2011 ho collaborato con il *team* di giuristi che ha difeso i quesiti referendari dinanzi alla Corte costituzionale nel giudizio di ammissibilità e poi con il collegio di difesa della Regione Puglia nel giudizio che ha portato alla sentenza n. 199 /2012 della Corte Costituzionale. Allo stesso modo, ho vissuto da vicino il procedimento di trasformazione di ARIN s.p.a. in Acqua Bene Comune Napoli e i problemi ad esso collegati. A tal proposito, particolarmente interessante è stato lo studio dei pareri raccolti dal Comune di Napoli durante l'attività istruttoria per la trasformazione, al momento non ancora raccolti e pubblicati.

³ Per approfondire questa breve descrizione della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali e, in particolare, al servizio idrico integrato cfr. C. VOLPE, Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali, in «Giustizia Amministrativa», 11 (2013), pp. 10 ss. e, del medesimo autore, Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo, in «Giust. Amm.», 11 (2013), pp. 1 ss.; A. LUCARELLI, I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il Decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni in «Analisi Giuridica dell'Economia», 1 (2010), pp. 127 – 141; si permetta infine il rinvio a U. MATTEI - A. QUARTA, L'acqua e il suo diritto, Roma, 2014.

scelta sarà progressivamente imposta agli enti locali, prevedendo, in maniera diretta o indiretta, un divieto di gestione pubblica del servizio.

In questo contesto si colloca l'articolo 23 bis del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166 (noto come Decreto Ronchi). Nel testo, i principi ispiratori e le finalità dell'intervento normativo erano ben chiare: "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale", garantendo, al contempo, "il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione ed assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione".

La disposizione era diretta a disciplinare tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle discipline di settore eventualmente incompatibili, salvo le disposizioni relative ai quattro settori esclusi: distribuzione di gas naturale, distribuzione di energia elettrica, gestione delle farmacie comunali, trasporto ferroviario regionale (comma 1).

Il conferimento dei servizi pubblici locali avveniva secondo due ipotesi di affidamento ordinarie (comma 2):

- a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità economica europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;
- 3 a favore di società a partecipazione mista pubblica e

privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi suindicati. Le procedure in esame devono aver ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%;

4 l'affidamento *in house* era ammesso come deroga al regime ordinario, restando subordinato a due condizioni: alla verifica dei requisiti richiesti dall'ordinamento dell'Unione europea (controllo analogo e attività prevalente) e alla sussistenza di "situazioni eccezionali che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato" per particolari condizioni del territorio. Inoltre, la scelta dell'affidamento interno dell'erogazione del servizio era ammessa ma gravata da un procedimento complesso, che prevedeva, ad esempio, lo svolgimento di un'analisi del mercato e il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Veniva infine introdotto un regime transitorio per gli affidamenti già in essere all'entrata in vigore della nuova disciplina, che fissava una scadenza degli stessi e una data certa per la messa a gara (31 dicembre 2011), a seconda del tipo di affidamento e della natura dell'ente gestore (comma 8). Gli affidamenti a società a partecipazione pubblica quotate in mercati regolamentati entro il 1 ottobre 2003 mantenevano le gestioni fino alla scadenza del contratto di servizio, a patto che la partecipazione pubblica si riducesse ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015.

Come noto, questa norma ha incontrato diverse critiche, le quali hanno animato un fecondo dibattito tra movimenti (e in particolare, il Forum nazionale dei movimenti dell'acqua⁴) e

⁴ Questa organizzazione è stata costituita nel 2006 su iniziativa di alcune associazioni nazionali e a partire dall'esperienza di numerosi comitati

accademia (in particolare, diversi tra i giuristi che avevano fatto parte, pochi anni prima, della cd. Commissione Rodotà⁵), sfociato poi nell'elaborazione e nella promozione di tre quesiti referendari dedicati proprio al tema della gestione del servizio idrico, uno dei quali, appunto, diretto all'abrogazione dell'art. 23 *bis* del Decreto Ronchi⁶.

locali da tempo attivi sul territorio. Nel luglio 2007, il Forum ha presentato una proposta di legge di iniziativa popolare, contenente "Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico" sottoscritta da 406.626 cittadini, superando quindi di gran lunga le 50 mila firme richieste dalla legge per la presentazione al Parlamento; purtroppo la proposta non è mai stata discussa nelle aule parlamentari.

⁵ La Commissione Rodotà – che prende il nome dal suo presidente, il prof. Stefano Rodotà – ha elaborato uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (artt. 822 – 830 c.c.), partendo da una articolata riflessione sul tema del governo democratico dell'economia, del necessario riordino nella gestione della proprietà pubblica, all'insegna di una riconsiderazione della dicotomia pubblico-privato (cfr. *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. MATTEI – E. REVIGLIO – S. RODOTÀ, Bologna, 2007) In particolare, i giuristi redattori dei quesiti sono stati, oltre allo stesso Rodotà, Gaetano Azzariti, Gianni Ferrara, Alberto Lucarelli, Ugo Mattei e Luca Nivarra.

6 Per quanto riguarda gli altri due quesiti di cui si è fatto cenno, mi è possibile in questa sede soltanto un breve riferimento. Con il secondo quesito, nell'ottica di configurare pienamente un quadro giuridico vòlto al recupero della mano pubblica nella gestione del servizio idrico, il comitato referendario proponeva l'abrogazione dell'art. 150 del Codice dell'ambiente (D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), il quale rimanda a società partecipate esclusivamente o parzialmente de enti locali, purché in questa seconda ipotesi, il socio privato sia scelto con gara. Il terzo quesito referendario mirava a scardinare la possibilità di ricavare un profitto dalla gestione dell'acqua: è questo il senso della richiesta di abrogazione dell'art. 154, comma 1 del Codice dell'ambiente nella parte in cui prevede che la tariffa del servizio idrico sia determinata tenendo anche conto "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito". Questa previsione si completa con la norma contenuta nel decreto ministeriale del 1º agosto 1996, il quale fissava tale remunerazione ad una percentuale pari al 7% della tariffa idrica, un aumento che i cittadini subivano

dichiarato ammissibile dalla Corte Questo stato costituzionale⁷, la quale, con la sentenza n. 12 gennaio 2011, n. 248, ha riconosciuto uno degli argomenti principali dei soggetti promotori, vale a dire l'inesistenza di obblighi europei di privatizzazione delle imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, valendo al contrario un generale principio di neutralità rispetto al regime pubblico o privato della proprietà (articolo 345 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea -T.F.U.E.). Allo stesso modo, la Corte costituzionale ha stabilito che l'eventuale abrogazione dell'art. 23 bis del decreto Ronchi non avrebbe generato alcuna lacuna normativa, essendo direttamente applicabile nel nostro ordinamento la normativa dell'Unione europea, che peraltro si presentava decisamente meno rigida rispetto a quella italiana. Ciò si spiega non soltanto attraverso il già citato principio di neutralità in materia di assetti proprietari, ma anche per le seguenti previsioni, di carattere più specifico:

1. la gestione diretta del servizio di rilevanza economica (categoria a cui viene tradizionalmente ricondotto il servizio idrico integrato) è ammessa qualora lo Stato membro ritenga di ostacolo alla speciale missione dell'ente pubblico i meccanismi della concorrenza e lo strumento dell'affidamento a terzi mediante una gare ad evidenza pubblica (art. 106 T.F.U.E.);

senza però trovarlo riportato con chiarezza nella bolletta e indipendentemente da ogni successiva verifica del rendimento e della qualità del servizio erogato dalla società di gestione. La combinazione del primo e del terzo quesito avrebbe garantito il ritorno al sistema pubblico: quale impresa potrebbe infatti avere interesse a gestire il servizio idrico senza ricavarne profitti?

⁷ Anche il quesito relativo alla composizione della tariffa è stato dichiarato ammissibile dalla Corte Costituzionale, così come due quesiti aventi ad oggetto tutt'altre questioni (reintroduzione del nucleare e disciplina del legittimo impedimento proposti dal partito dell'Italia dei valori). E' stato dichiarato inammissibile, invece, il quesito con cui si chiedeva l'abrogazione dell'art. 150 del codice dell'ambiente (v. Nt. 6)

⁸ La sentenza è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 28 gennaio 2011 e può essere consultata *on line* sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it.

- 2. l'affidamento della gestione ad una società mista può essere diretto se il socio privato delle stessa è stato scelto mediante gara ad evidenza pubblica: la sua partecipazione non è subordinata ad alcun limite, né minimo né massimo;
- 3. la gestione c.d. *in house* è subordinata al verificarsi di tre condizioni: capitale totalmente pubblico del gestore; possibilità di esecuzione del controllo di c.d. «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte principale dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Il risultato della consultazione referendaria è noto a tutti: il 12 e il 13 giugno 2011 circa 27 milioni di italiani hanno votato contro la disciplina contenuta nell'art. 23 *bis* del Decreto Ronchi, abrogato con efficacia *ex nunc* (a decorrere cioè dal giorno successivo alla pubblicazione dell'atto sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana) dal D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

L'esito della consultazione referendaria avrebbe reso prioritaria una discussione profonda in materia di servizi pubblici locali, al fine di realizzare un intervento sistematico su un settore da sempre oggetto di continui ritocchi normativi.

Ciò tuttavia non è avvenuto: al contrario, il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, uno degli atti finali del Governo Berlusconi, è stato votato in una situazione di emergenza, per rispondere alla crisi economica e finanziaria. Il risultato, per quel che concerne i servizi pubblici locali, è stato la riproposizione (addirittura letterale) della norma abrogata solo due mesi prima nell'articolo 4 del decreto citato⁹.

⁹ Ancora una volta, il ricorso alla gara è stato lo strumento individuato dal legislatore per attribuire la gestione dei servizi. L'affidamento *in house* era sì ammesso, ma soltanto come ipotesi eccezionale e subordinata ad un valore del servizio pari o inferiore alla somma complessiva di 900 mila euro annui, poi ridotta addirittura 200 mila euro da un successivo intervento del Governo Monti attraverso il decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221. Anche in questo caso, era previsto un regime transitorio per gli affidamenti già in essere all'entrata in vigore della nuova

Esso ha infatti nuovamente previsto la gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, escludendo soltanto il servizio idrico e i settori già lasciati fuori dall'art. 23 *bis* del Decreto Ronchi, nonostante questo interessasse tutti i servizi pubblici locali, come del resto ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 24/2011¹⁰.

La disciplina introdotta con il decreto legge n. 138/2011 colpiva dunque il risultato referendario e ripristinava la normativa abrogata: sulla base di questo motivo, la Regione Puglia – poi seguita da Lazio, Marche, Emilia Romagna, Umbria, Sardegna che hanno sollevato ulteriori censure nei confronti della disposizione) ha impugnato tale disciplina in via diretta alla Corte costituzionale. Del resto, questa aveva già in passato censurato comportamenti del legislatore di questo tipo, senza però affermare in modo esplicito l'esistenza di un vincolo referendario, ma sottolineando la necessità di un bilanciamento tra la pienezza dei poteri e l'inesauribile funzione legislativa, che la Costituzione conferisce al Parlamento (art. 70), e la consultazione popolare garantita all'art. 75¹¹.

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione con

disciplina: veniva stabilita la scadenza a data certa degli affidamenti che non rispettassero la nuova normativa e la relativa messa a gara. Con il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 convertito nella legge 24 marzo 2012 n. 27, anche questo a opera del Governo Monti, veniva poi introdotto il commissariamento degli enti locali che entro il 31 dicembre 2012 non avessero provveduto alla messa a gara dei servizi pubblici locali indicati.

¹⁰ Scriveva la Corte: "Ciò premesso, appare evidente che l'obiettiva ratio del quesito n. 1 va ravvisata, come sopra rilevato, nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23 bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)".

¹¹ Tale bilanciamento è giustificato, in parte, dall'esigenza che tale ultima disposizione costituzionale non sia un precetto meramente posto a garanzia dello svolgimento del voto, ponendosi necessariamente anche a tutela del risultato dello stesso.

la sentenza 17 luglio 2012, n. 199 che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, in forza dell'esistenza di un vincolo referendario che il legislatore ha il dovere di rispettare¹².

Grazie a questa decisione, il risultato referendario è stato tutelato dall'ennesimo intervento normativo in materia di servizi pubblici locali e sono state altresì ripristinate le condizioni giuridiche per l'eventuale apertura di processi di ritorno alla gestione dei servizi pubblici locali – e in particolare del servizio idrico – attraverso soggetti di diritto pubblico¹³, gestione che quindi non incontra alcun divieto legale, essendo pertanto esclusivamente rimessa alla discrezionalità politica della amministrazioni locali.

¹² L'esistenza di tale vincolo, derivante dall'abrogazione referendaria, "si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto". La Corte costituzionale ha precisato poi che il vincolo non fa venir meno il potere del legislatore ordinario di intervenire sulla materia oggetto di abrogazione referendaria, ma che tale potere è sottoposto a dei limiti connessi al divieto di far rivivere, a condizioni immutate, la normativa abrogata. Nel caso dell'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011 era evidente l'abuso commesso, essendo trascorsi soltanto ventitré giorni tra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa.

¹³ Si trattava peraltro di un obiettivo esplicitato dai redattori dei quesiti referendari, i quali nella relazione di accompagnamento scrivevano: che "i quesiti referendari...sono tesi a creare i presupposti, in attesa di una legge nazionale, per reintrodurre nell'ordinamento giuridico italiano l'affidamento della gestione dell'acqua ad un soggetto di diritto pubblico". Cfr. G. AZZARITI – G. FERRARA – A. LUCARELLI – U. MATTEI – S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell'acqua. Relazione introduttiva ai quesiti referendari*, disponibile al seguente indirizzo www.archivio.eddyburg.it/article/articleview/14663/0/354 (ultimo accesso: luglio 2014).

Queste ultime, caduto l'obbligo di ricorrere ad affidamenti privati, possono oggi scegliere autonomamente di affidare la gestione dei servizi pubblici locali a soggetti di diritto privato, oppure a soggetti di diritto pubblico, realizzando la *ratio* politica della consultazione referendaria.

3. A Napoli, per riscoprire l'azienda speciale.

Dopo la vittoria di Luigi De Magistris alle elezioni amministrative del maggio del 2011 e l'introduzione di un Assessorato alla democrazia partecipativa e ai beni comuni affidato al prof. Alberto Lucarelli, uno dei giuristi estensori dei quesiti referendari, l'amministrazione napoletana ha deciso di intraprendere la seconda delle strade sopra indicate, diventando protagonista di un'esperienza unica nel panorama nazionale.

Nella Città di Napoli il servizio idrico era fornito dall'Azienda per le risorse idriche napoletane (ARIN), una società per azioni, il cui capitale era interamente detenuto dal Comune, nata nel 1995 dopo la trasformazione dell'azienda municipalizzata AMAN. L'obiettivo della nuova amministrazione era dunque quello di abbandonare la gestione regolata dal diritto privato e realizzata mediante una società per azioni, per arrivare ad un affidamento nei confronti di un soggetto pubblico, il quale però potesse altresì integrare elementi di partecipazione diretta della cittadinanza, superando tanto la visione meramente aziendalistica della gestione del servizio idrico quanto quella burocratica e clientelare che, da tempo, accompagnava le gestioni pubbliche.

Si è visto come l'affidamento a soggetti di diritto pubblico sia compatibile con il diritto dell'Unione europea attualmente applicato in via diretta nel nostro Paese; va detto, comunque, che in linea generale già con la sentenza 3 novembre 2010 n. 325, la Corte Costituzionale aveva precisato che l'autonomia privata e la concorrenza potessero conoscere delle limitazioni in forza della necessità di soddisfare "una pluralità di interessi

costituzionalmente rilevanti"; su questa stessa linea interpretativa, poco tempo dopo, il Consiglio di Stato aveva stabilito che la gestione diretta di un servizio da parte dell'ente locale è "sempre praticabile" ¹⁴.

A fronte di questo quadro normativo, l'amministrazione napoletana ha potuto considerare la possibilità di trasformare la ARIN s.p.a. in un soggetto di diritto pubblico e – in particolare – in un'azienda speciale.

Secondo l'art. 114 del Testo Unico degli Enti Locali (T.U.E.L.), "l'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale". La norma dunque evidenzia tre principali caratteristiche dell'istituto: i) la titolarità di personalità giuridica propria, rispetto a quella dell'ente o degli enti di emanazione; ii) la natura di ente pubblico economico e locale (da cui deriva l'iscrizione della stessa al registro delle imprese) senza scopo di lucro; iii) l'autonomia patrimoniale rispetto all'ente di appartenenza.

L'azienda speciale deve essere considerata a tutti gli effetti un'impresa commerciale: punto centrale di questa definizione non è la realizzazione dello scopo di lucro (assente nel caso dell'azienda speciale), bensì della economicità della gestione, ossia la sua autosufficienza, peraltro non incompatibile con la realizzazione di interessi pubblici o di scopi sociali¹⁵. In una società per azioni, invece, l'economicità deriva dalla redditività e dal profitto, i quali impongono che il servizio offerto sia remunerativo.

Non vanno dimenticate, in ultimo, l'autonomia amministrativa (distinta dall'amministrazione ordinaria del comune) e quella contabile (con bilanci e conti separati)

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552 in «Il Foro Italiano», 4 (2011), p. 185. Cfr. Anche C. VOLPE, *Appalti pubblici e servizi pubblici. ..., op. cit.*

¹⁵ A. PIEROBON, La trasformazione dalla S.p.A. pubblica all'azienda speciale del servizio idrico integrato, in «AziendaItalia», 4 (2014), pp. 29 ss.

dell'azienda speciale, la quale è ovviamente limitata al raggiungimento dei fini aziendali: tutte le entrate, infatti, devono essere esclusivamente destinate ai bisogni aziendali e gli utili inseriti nel bilancio comunale (art. 2, commi 1 e 4 del Regio Decreto 15 ottobre 1925, n. 2578).

Per quanto riguarda gli organi dell'azienda speciale, il consiglio di amministrazione e il presidente sono organi di "emanazione politica", rimessi all'amministrazione comunale, mentre il direttore è un organo tecnico cui compete la responsabilità gestionale. È poi previsto un organo di revisione - che non potrà coincidere con quello dell'ente locale di riferimento - con il compito di approvare gli atti fondamentali dell'azienda speciale: il piano - programma comprendente il contratto di servizio che disciplina i rapporti tra ente locale e azienda, i bilanci economici di previsione pluriennale e annuale, il conto consuntivo e il bilancio di esercizio. Anche lo statuto, al momento della costituzione dell'azienda speciale, è approvato dal consiglio comunale (se ovviamente l'ente locale di riferimento è il Comune).

Sempre all'ente locale competono il conferimento del capitale di dotazione, la determinazione di finalità, indirizzi e obiettivi, l'esercizio della vigilanza, la verifica dei risultati della gestione e il provvedere alla copertura degli eventuali costi sociali. Spetta, invece, all'azienda procedere autonomamente al perseguimento dei fini posti dell'ente locale, godendo – come si è detto - di ampia autonomia imprenditoriale.

La disciplina descritta è stata resa marginale da quei provvedimenti legislativi volti ad imporre la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni (in ultimo, cfr. art. 35 co. 8 della legge 28 dicembre 2001 n. 448¹6) i quali hanno ridotto

¹⁶ La norma prevedeva che "Gli enti locali, entro il 31 dicembre 2002, trasformano le aziende speciali e i consorzi di cui all'articolo 31, comma 8, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, che gestiscono i servizi di cui al comma 1 dell'articolo 113 del medesimo testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico".

l'istituto in esame ad un pezzo di antiquariato giuridico¹⁷.

Ciononostante, l'istituto non è mai scomparso dal nostro ordinamento, come testimonia l'art. 25, comma 2, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1. Esso ha aggiunto, all'art. 114 del T.U.E.L. (d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267), il comma 5 *bis* il quale, nella prima versione, assoggettava anche le aziende speciali e le istituzioni – a far data dal 2013 – ai vincoli del patto di stabilità interna. Successivamente, con la legge di stabilità per il 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147), il testo del comma 5 *bis* è stato modificato, prevedendo esclusivamente che "le aziende speciali e le istituzioni si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno" ed escludendo, quindi, l'assoggettamento ai vincoli del patto di stabilità.

Il recupero di questo istituto e quindi il ritorno ad una gestione del servizio idrico mediante un soggetto di diritto pubblico sono stati tradotti a Napoli nella delibera adottata dal Consiglio comunale n. 32 del 26 ottobre 2011 che, come si è detto, inseriva l'esercizio di una simile volontà politica nel quadro della realizzazione del risultato politico emerso con il referendum del 2011.

Dopo un articolato procedimento amministrativo e un'istruttoria particolarmente ricca, il Consiglio di amministrazione di ARIN s.p.a. ha deliberato la trasformazione della società per azioni in Acqua Bene Comune Napoli, una azienda speciale; il 31 luglio 2012 l'operazione si è perfezionata con il relativo atto notarile, rogato – data l'importanza della questione – dal Notaio Laurini, Presidente del Consiglio Nazionale del Notariato.

Il nuovo soggetto è stato poi iscritto nel registro delle

¹⁷ F. GAVIOLI, *Il comune può trasformare in azienda consortile una s.p.a.*, in «AziendaItalia – Finanza e Tributi», 6 (2014), pp. 462 ss.

imprese e, dopo il 20 febbraio 2013 (data in cui è spirato il termine per eventuali opposizioni dei terzi creditori), la trasformazione è diventata pienamente efficace.

4. L'istituto della trasformazione eterogena

Se il passaggio da azienda municipalizzata a società per azioni non comporta alcuna difficoltà perché specificamente previsto dal legislatore (cfr. art. 115 T.U.E.L.)¹⁸, già si è detto dell'assenza di una cornice normativa per l'operazione di segno contrario (dalla società per azioni all'azienda speciale). Per questo, la scelta della Città di Napoli di trasformare ARIN s.p.a. nell'azienda speciale Acqua Bene Comune ha reso necessario affrontare le divergenze interpretative esistenti tra gli operatori del diritto in materia di trasformazione eterogenea.

Preliminarmente, va detto che questo istituto ha conosciuto una trattazione specifica soltanto con la riforma del diritto societario (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e successive correzioni del D. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37) e oggi risulta regolata dal combinato disposto degli articoli 2498, 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c. Il nuovo istituto è stato affiancato dal legislatore alla cd. trasformazione omogenea, attraverso la quale il soggetto trasformato resta comunque una società¹⁹.

¹⁸ A riguardo vi è una ricca bibliografia; cfr. R. CAMPORESI, Aspetti giuridico fiscali delle operazioni di trasformazione e scissione delle aziende speciali ex art. 115 T.U.E.L., in «La Finanza Locale», 4 (2001), pp. 638 – 641; G. FORMICHELLA, La trasformazione delle aziende speciali in società per azioni a prevalente capitale pubblico. Procedure operative e spunti problematici, in «Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza», 4 (2001), pp. 437 – 445; R. ADORATI – A. PURCARO, La trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni, in «Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza», 2 (2001), pp. 179 – 190; A. MIMMO, La trasformazione delle aziende speciali municipalizzate in società per azioni, in «Le Società», 4 (2000), pp. 415 – 420.

¹⁹ L'istituto è disciplinato dagli articoli 2500 ter – 2500 sexies c.c., i quali prevedono la possibilità di trasformare società di persone in società di capitali

Ai sensi dell'articolo 2500 *septies*, invece, "[L]e società disciplinate nei capi V, VI, VII²⁰ del presente titolo possono trasformarsi in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni".

Per semplicità, è possibile individuare tre capisaldi della disciplina: i) i soggetti che possono ricorrere a tale normativa; ii) la continuità dei rapporti giuridici; iii) il sistema delle tutele per i soci e i terzi creditori del soggetto trasformato²¹.

Il legislatore, nel disciplinare, l'istituto della trasformazione eterogena e proprio al fine di superare il limite dell'omogeneità causale, ha introdotto nell'art. 2498 c.c.²² il termine *enti*, rinunciando quindi a precisarne la natura giuridica e strutturale; coerentemente con questa scelta lessicale, il termine *società* è scomparso dalla rubrica del Capo X, Titolo V, del Libro V²³.

Per venire al secondo principio, a seguito della trasformazione, i preesistenti rapporti giuridici proseguono nei confronti dell'ente trasformato; da ciò si ricava che, ai sensi dell'art. 2498 c.c., non si verifica l'estinzione di un soggetto e la creazione di uno nuovo, operazione questa che altrimenti sarebbe bifasica e richiederebbe la liquidazione del soggetto originario. Pertanto, all'esito della trasformazione eterogenea si ha soltanto la modifica della struttura e dell'organizzazione, anche considerato che lo scopo dell'azienda speciale non è istituzionalmente incompatibile con quello di una società per azioni. La trasformazione è quindi una vicenda evolutiva dell'ente, il quale conserva diritti ed obblighi e prosegue in tutti i rapporti

e viceversa.

²⁰ Vale dire: società per azioni, società in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata.

²¹ S. D'AGOSTINO, *La trasformazione eterogenea*, in «Rivista del Notariato», 2 (2008) p. 357.

²² Art. 2498. Continuità dei rapporti giuridici. Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

²³ La rubrica è "Della trasformazione, della fusione e della scissione".

sostanziali e processuali ad essa anteriori, senza soluzione di continuità (*ex* art. 2498 c.c.), anche a tutela dei terzi.

Infatti, i creditori dell'ente trasformato hanno la possibilità di opporsi all'operazione entro sessanta giorni dal compimento dell'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2500 c.c., mentre, per quanto riguarda la tutela dei soci dell'ente trasformato, il legislatore ha reso necessario per la deliberazione della trasformazione eterogenea il voto favorevole dei due terzi dei soci aventi diritto (art. 2500 septies, comma 3 c.c.) e comunque il consenso di tutti quei soci che, a seguito dell'operazione straordinaria, subiscano un aggravamento delle loro responsabilità (artt. 2500 sexies, comma 1 e 2500 septies, comma 3 c.c.). Infine, i soci che non abbiano concorso alla deliberazione concernente la trasformazione hanno il diritto di recedere (artt. 2437 - 2437 sexies c.c.).

Alla luce di questa regolazione, la trasformazione eterogenea finisce per essere non soltanto uno strumento del diritto societario, ma qualcosa di più, una vera e propria tecnica negoziale messa a disposizione di quanti intendano adottare un certo modello organizzativo per una determinata attività, distaccandosi dalla struttura originaria, ma nel segno della continuità dei rapporti giuridici²⁴.

Questa ampia definizione consente di sottolineare la natura promiscua e permeabile dell'istituto della trasformazione, il quale può quindi essere utilizzato anche per enti non considerati nell'art. 2500 *septies* c.c. e quindi per trasformare una società per azioni in azienda speciale, nel rispetto dei tre capisaldi della disciplina che sono stati sopra evidenziati.

Proprio questo punto, ossia la natura tassativa dell'elenco dei soggetti riportato dall'art. 2500 *septies* c.c. e la successiva ammissibilità di trasformazioni eterogenee non direttamente previste nella norma in esame, ha rappresentato un terreno di scontro per due diverse opzioni interpretative.

²⁴ S. D'AGOSTINO, op. cit., p. 367.

Secondo alcuni autori, infatti, l'elenco ha natura meramente esemplificativa, dal momento che non esiste alcun divieto legale specifico al compimento di trasformazioni eterogenee atipiche, come del resto confermerebbe il superamento del requisito dell'omogeneità causale. Altri, al contrario, sostengono l'inammissibilità della trasformazione di una società per azioni in una azienda speciale, perché reputano tassativo l'elenco contenuto nell'art. 2500 septies c.c.²⁵

La Città di Napoli, rilevata l'esistenza di questi due orientamenti, al fine di indagare al meglio la possibilità di dare attuazione ad una propria precisa volontà politica, ha avviato una fase istruttoria di altissimo livello, raccogliendo i pareri di esponenti della migliore dottrina italiana²⁶.

Al termine di questa fase, l'amministrazione ha dichiarato ammissibile l'operazione e dato mandato al Consiglio di Amministrazione di ARIN di predisporre gli atti necessari per la trasformazione. Questa, infatti, è stata deliberata dall'assemblea straordinaria della società, in forza degli articoli 2500 septies, comma 2, e 2500 sexies comma 1, c.c. senza che nel caso di specie si ponesse il problema di raggiungere la maggioranza qualificata imposta dall'art. 2500 septies, comma 3, giacché la Città di Napoli era il socio unico di ARIN s.p.a.

²⁵ Si vedano: A. PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, in «Riv. Dir. Comm.», 1-3 (2008), pp. 65 ss.; G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, «Rivista del Notariato», 1 (2003), p. 594; M. SARALE, *Commento sub art.* 2500-septies, in *Il Nuovo Diritto Societario*, Commentario diretto da G. COTTINO – G. BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 2277; A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee"ed "eterogenee"*, in *Il nuovo diritto delle società*. *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, a cura di P. ABBADESSA – G. PORTALE, p. 139; in questa stessa opera si veda anche G. PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, p. 120.

²⁶ Oltre al parere del prof. Tesauro (diritto tributario), è possibile ricordare i contributi dei Professori Pisani Massamormile e Barcellona (diritto commerciale), Maresca e Bifulco (diritto costituzionale), Mastroianni e Marcou (diritto dell'Unione europea), Fiorillo e Maresca (diritto del lavoro), Contieri (diritto amministrativo).

L'atto pubblico deve poi essere soggetto al relativo regime di pubblicità legale e, in particolare, la risultante azienda speciale deve essere iscritta al registro delle imprese. Queste attività sono state portate a termine dalla neo costituita ABC Napoli e, considerata l'assenza di contestazioni all'atto di iscrizione dell'azienda nel registro delle imprese, è possibile sostenere che la trasformazione eterogenea atipica sia stata portata validamente a termine e che, pertanto, sia una operazione ammessa dal nostro ordinamento.

È appena il caso di notare che la trasformazione di ARIN s.p.a. rappresenta, almeno ad oggi, un caso unico nel panorama nazionale e che numerose sono le questioni affrontate (ad es. il profilo fiscale, rispetto al quale si è concluso che la trasformazione eterogenea atipica rappresenta un evento fiscalmente neutro, essendo riconducibile all'art. 170 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi - T.U.I.R.) e tutte hanno richiesto studio ed approfondimento (ad es. il trasferimento dei dipendenti, il loro inquadramento e trattamento economico, e altre questioni di carattere giuslavoristico).

5. Conclusioni

A confermare la possibilità di operare una trasformazione eterogenea da società per azioni ad azienda speciale è intervenuto un recentissimo parere dalla Corte dei Conti, sezione Autonomie, pronunciato nell'adunanza del 15 gennaio 2014, in forza della rimessione del quesito sollevato dal Consiglio comunale della Città di Torino da parte della Sezione regionale di controllo per il Piemonte²⁷.

Quest'ultima aveva espresso delle perplessità circa l'ammissibilità dell'operazione, considerando efficace il disposto

²⁷ Per un primo commento cfr. F. GAVIOLI, op. cit.

dell'art. 35, comma 8, della 1. n. 448/2001²⁸, dal quale - secondo il giudice piemontese - sarebbe possibile ricavare la riduzione o addirittura la soppressione dell'istituto dell'azienda speciale nel nostro ordinamento.

Tale argomentazione è stata confutata dalla sezione delle autonomie, secondo la quale, invece, il disposto dell'art. 35, comma 8, della 1. n. 448/2001 deve essere considerato in una dimensione temporale, essendo una norma maturata in un particolare contesto politico ed economico e poi resa inattuale dalle numerose modifiche subite dall'art. 113 T.U.E.L., fino al suo definitivo superamento in forza dell'abrogazione dell'art 23 bis con il referendum del 2011. Vale la pena citare il passaggio del parere che, pur arrivando ad un risultato interpretativo certamente condivisibile, prende le mosse da un'analisi che, tuttavia, non consente un giudizio così netto, e soprattutto, non descrive un fenomeno ormai superato: secondo i giudici, infatti, l'art. 35 comma 8 della l. n. 448/2001 farebbe parte "di un contesto politico economico ormai risalente, caratterizzato dal convincimento allora diffuso della migliore realizzazione dell'interesse pubblico mediante il ricorso agli istituti di diritto comune e della fiducia nelle capacità del mercato di regolare al meglio anche attività tipicamente riservate alla pubblica amministrazione".

Venendo poi alla trasformazione eterogena atipica, la sezione delle autonomie ne ha sostenuto l'ammissibilità, considerata la natura non tassativa dell'elenco contenuto nell'art. 2500 septies c.c. e la ratio dell'istituto. Infatti, centrale all'operazione di trasformazione è il principio di continuità disciplinato dall'art. 2498 c.c. che consente di salvaguardare l'organismo produttivo, ossia l'azienda, intesa come complesso di beni funzionalmente orientato allo svolgimento di una attività di impresa, evitando – laddove si verifichi – la disgregazione del patrimonio. Se questo è l'obiettivo, allora le fattispecie trasformative contenute nell'art. 2500 septies c.c. non possono essere ritenute tassative, anche

²⁸ V. nt. 16.

considerato che l'azienda speciale risultante dalla trasformazione gode di un suo separato patrimonio a garanzia dei terzi e dei creditori e mantiene un collegamento con l'ente pubblico di riferimento.

L'esperienza napoletana e questo parere brevemente descritto confermano che da un punto di vista giuridico è possibile trasformare ai sensi dell'art. 2500 septies c.c. una società per azioni in azienda speciale. Tale conclusione è particolarmente significativa, non solo perché segna un punto di chiarezza nel dibattito dottrinale, altrimenti profondamente diviso, ma anche perché mette a nudo le posizioni di un'amministrazione comunale, alla quale è richiesta – in un caso simile – di chiarire la presenza o meno della volontà politica di affidare la gestione di un servizio pubblico locale a un soggetto di diritto pubblico.

Alberto Pietrobon, in un suo articolo dedicato a questo stesso argomento e che ho già citato diverse volte²⁹, elenca in una sintesi perfetta – alla quale c'è poco da aggiungere - le differenze esistenti tra una società per azioni e un'azienda speciale. Ora, una volta dimostrata la possibilità dell'operazione e la flessibilità dell'istituto disciplinato dall'art. 2500 *septies* del codice civile, resta da chiedersi quali possano essere gli elementi di innovazione da introdurre nella struttura dell'azienda speciale, per raccogliere ad esempio istanze di tutela della risorsa idrica e di *governance* partecipata e rappresentare un'alternativa reale al modello della società per azioni.

La scelta di gestire un servizio pubblico locale mediante un'azienda speciale non deve infatti comportare alcun tipo di trattamento deteriore e penalizzante rispetto a gestioni effettuate mediante soggetti di diritto privato. Per questo, sarebbe importante evitare discriminazioni o trattamenti meno favorevoli tra modelli gestionali diversi, intervenendo anche per migliorare l'architettura istituzionale dell'azienda speciale. Ad esempio, sarebbe importante limitare il controllo del Comune alle attività

²⁹ V. nt. 15.

fondamentali dell'azienda – il perseguimento degli interessi pubblici, la designazione degli organi sociali deputati alla gestione dell'impresa...- senza dunque recidere il legame con l'ente locale di riferimento, ma senza che questo diventi un modo attraverso cui ostacolare o comunque rallentare le attività gestionali.

In secondo luogo, come si accennava sopra, al fine di tutelare al meglio le risorse idriche, si potrebbe immaginare che gli standard di valutazione di una gestione subiscano delle variazioni; così, ad esempio, l'economicità potrebbe essere informata anche dallo scopo ecologico e sociale dell'azienda, mentre l'efficienza potrebbe tenere in conto la riduzione dei costi ecologici e sociali di lungo periodo nella gestione del bene acqua. Attraverso questo sistema di valutazione, la qualità di un'azienda non verrebbe misurata soltanto in termini di utili/perdite e quindi dal mercato, ma sarebbe altresì rimessa al controllo dei cd. stakeholder, di quanti cioè usufruiscono ogni giorno del servizio idrico, dei lavoratori dell'azienda e delle associazioni che abbiano tra i propri scopi la tutela dell'ambiente e delle risorse naturali. Ad esempio, considerato che l'intento dell'amministrazione napoletana era anche quello di introdurre degli elementi di innovazione nel soggetto di diritto pubblico gestore del servizio, l'azienda speciale ABC sta sperimentando una gestione partecipata, attraverso l'introduzione del Comitato di sorveglianza, un organo esterno al Consiglio di Amministrazione che è composto da rappresentanti dei lavoratori, degli utenti, delle associazioni ambientaliste e del consiglio comunale, oltre che dall'assessore con delega alle risorse idriche. Il comitato ha funzioni consultive, di controllo, di informazione, d'ascolto, di concertazione e di dibattito; esso ha anche un ruolo propositivo rispetto alla pianificazione e alla programmazione della gestione dell'azienda.

È certamente troppo presto per fare un bilancio dell'esperienza napoletana, nonostante in queste ultima parte del lavoro siano stati brevemente indicati alcuni punti deboli della gestione mediante soggetti di diritto pubblico; questi, tuttavia, non

sono sufficienti a mettere in soffitta il modello azienda speciale. In questo senso, già la dimostrazione che sia effettivamente possibile la trasformazione eterogenea di una società per azioni in un'azienda speciale rappresenta uno straordinario risultato.

Impresa ed etica: un ossimoro o un connubio indispensabile per uscire dalla crisi?*

In contrast with the trend of growing interest on "the social liability of corporation", this work aims to reassess the duty to comply with the law, showing that in order to reconcile the protection for stakeholders with the maximization of profit it is necessary not to forget the teaching from Calamandrei (considering the great uncertainty affecting the ground of rules of ethic, a substantial advance could start just with the basic ethic of respect of the rules). This insight is to be gained through a comparison between the Italian law, on one side, and both the English law (which implies the duty of the directors to pursue the success of the company) and the American law (which is trying to revive the duty of obedience) on the other.

Premessa

Non è facile ragionare di RSI (acronimo di "Responsabilità sociale d'impresa") o, per usare la terminologia anglosassone, di CSR ("Corporate Social Responsibility")¹.

^{*} Il presente contributo ripropone, in forma modificata, un precedente intervento dell'Autrice pubblicato su «Il Nuovo Diritto delle Società», 18 (2014), pp. 19-41.

¹ Una nota su questo tema è improponibile. Per una ricognizione bibliografica si rinvia ai seguenti volumi che lo affrontano con maggior ampiezza di prospettive: AA.VV., Guida critica alla responsabilità sociale e al governo dell'impresa, a cura di L. Sacconi, Roma, 2005; AA.VV., La responsabilità dell'impresa - Per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2006; La responsabilità sociale dell'impresa, a cura di G. Conte, Roma-Bari, 2008; E. BELLISARIO, La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata, Torino, 2012. Per la letteratura straniera v. G. SPINDLER, Corporate Social Responsibility in der AG-Mythos oder Realität?, in Festschrift für Peter Hommelhoff, Köln, 2012, pp. 1133 ss.; L. NURIT-PONTIER, L'inscription statutaire, vecteur juridique de RSE?, in Rev. sociétés (Francia), 2013, p. 323; P. LE CANNU-B. DONDERO, Droit des societés, Paris 2013, n. 1256, p. 798 ss.; M. RUIZ MUÑOS, Un apunte critico sobre la Responsabilidad Social Corporativa, in Rds (Spagna), 2012, p. 155 ss.; P. FORSTMOSER, Corporate Responsibility and

La prima difficoltà è rappresentata da una certa promiscuità di linguaggio².

La definizione che ha riscosso più consensi è quella proposta dalla Commissione europea nel Libro Verde³ secondo la quale: «per RSI s'intende l'integrazione su base volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei rapporti con le parti interessate⁴. Le imprese hanno un comportamento socialmente responsabile se decidono di andare oltre le prescrizioni minime e gli obblighi giuridici derivanti dai contratti collettivi per rispondere alle esigenze della società (...) Le pratiche che si ispirano al concetto di RSI non si sostituiscono all'azione dei pubblici poteri, ma possono contribuire a realizzare una serie di obiettivi che essi perseguono».

Si potrebbe sinteticamente dire che questa teoria cerca di conciliare tre P (*Profit, People, Planet*) e di promuovere uno sviluppo sostenibile, che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità, per le generazioni future, di fare altrettanto. Le parole chiave⁵ sono "volontarietà" e "altruismo": la prima allude al fatto che l'impresa socialmente responsabile de-

Reputation — zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in Unternehmen-Transaktion-Recht. Liber Amicorum für Rolf Watter, Zurich, 2008, p. 197 ss.

- ² Per molti Autori i termini "impresa", "etica" e "impresa socialmente responsabile" sono sinonimi; per altri "etica degli affari" non è sinonimo di "impresa etica" o "impresa socialmente responsabile". L'etica è accostata all'impresa e al diritto talora come sostantivo, talaltra come aggettivo. La dottrina ha anche giocato sull'ordine delle parole proponendo titoli d'effetto, originali e stimolanti: cfr. G. Bosi, *Impresa etica, etica d'impresa e diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 124. Rimane in ogni caso una netta differenza concettuale con l'impresa "sociale" disciplinata dal d.lgs. n. 155 del 2006.
- ³ Libro Verde, «Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese», Bruxelles, 18 luglio 2001, Com. (2001) 366, disponibile sul sito internet http://ec.europa.eu/employment_social/socdial/csr/greenpaper_it.pdf.
- ⁴ Nel testo inglese: «a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis».
- ⁵ Individuate da C. ANGELICI, Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina, in Giur. comm., 2011, I, p. 159.

cide *spontaneamente* di andare oltre le prescrizioni minime di legge e gli obblighi giuridici per contribuire al miglioramento della società civile e dell'ambiente; la seconda implica attenzione ai *«portatori di interessi»* (non di diritti).

Non è filantropia o volontariato⁶ ma una *governance* allargata a interessi extrasociali (dei dipendenti, fornitori, consumatori, finanziatori, della collettività in genere, dell'ambiente) che cerca di conciliare tra loro.

La RSI è potenzialmente in grado di innestare una concorrenza virtuosa tra imprese ma anche una concorrenza sleale: si è infatti osservato⁷ che i codici etici, almeno laddove "promettono l'impossibile" (ossia l'equo contemperamento tra opposti interessi) andrebbero addirittura vietati perché idonei a trarre in inganno il pubblico e si risolverebbero in operazioni di puro marketing ("comprami e farai del bene").

Essa trova un «aggancio normativo» nell'art. 41 Cost. che contiene almeno due di quei caratteri che oggi sembrano costituire i "pilastri" dell'impresa socialmente responsabile, quando, dopo aver proclamato la libertà di iniziativa economica, precisa che «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», in tal modo delineando un modello d'impresa portatore di benessere per la comunità e rispettoso dei più elementari diritti della persona umana⁹.

⁶ L'integrazione della CSR nel *business model* implica una coerenza complessiva di scelte aziendali, anche non immediatamente percepibili dai consumatori (come l'impiego di tecniche produttive di minore impatto ambientale o di maggiore conforto per i lavoratori, ecc.). Inoltre mentre la logica della filantropia è quella della "concessione" o "compassione", la RSI poggia sul principio della "pari dignità" di tutti i soggetti coinvolti.

⁷ S. ROSSI, Luci e ombre dei codici etici d'impresa, in Riv. dir. soc., 2008, p. 27.

⁸ L'espressione è mutuata da G. DE FERRA, La responsabilità sociale dell'impresa, in Riv. soc., 2008, p. 355.

⁹ Il co. successivo dell'art. 41 rinvia ai programmi e ai controlli per indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica, pubblica e privata. Si ricorda anche l'art. 4, 2° co., Cost.: «Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della Società».

Ma l'utilità sociale è l'obiettivo o un limite¹⁰?

Anche se, come dice Umberto Veronesi ispirandosi ad Aristotele, «l'etica, è meglio averla come guida che come freno», stando alla formulazione testuale dell'art. 41, la non contrarietà all'utilità sociale, alla dignità e alla sicurezza delle persone sembrerebbe un limite e non la ragion d'essere dell'attività imprenditoriale.

Quello tra impresa ed etica è dunque un *ossimoro* o un *connubio* per uscire dalla crisi?

Prima facie, l'accostamento tra impresa ed etica (intesa come sinonimo di "morale") potrebbe sembrare un ossimoro: si è soliti dire che "gli affari sono affari" e che nel mondo del commercio "tutto è lecito".

Il premio Nobel per l'economia Friedman affermava nel 1970 che «vi è una sola responsabilità sociale dell'impresa: aumentare i profitti»¹¹. Ancora oggi i detrattori della RSI¹² condividono la visione di detto studioso, il quale rigettò con forza la stakeholder view sostenendo che «i managers sono agenti per conto terzi e dipendenti dei proprietari-azionisti, e che devono agire nell'interesse esclusivo di questi ultimi». Utilizzare il denaro dei soci per risolvere problemi sociali significherebbe – secondo una sua ce-

¹⁰ Il dibattito è attuale, data la proposta (che deriva proprio da una lettura negativa, non da tutti condivisa) di modificare l'art. 41 Cost.: cfr. L. DELLI PRISCOLI, Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni, in Giur. comm., 2014, I, pp. 352 ss.; A. SITZIA e D. SEGA, Le "dimensioni" della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza, in Dir. relaz. ind., 2011, pp. 673 ss.

¹¹ M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *New York Times Magazine* (September 13, 1970), p. 126.

¹² V. in particolare G. ROSSI, L'etica degli affari, in Riv. soc., 1992, p. 542; ID., Crisi del capitalismo e nuove regole, in Riv. soc., 2009, p. 929; ID., Il conflitto epidemico, Milano, 2003; ID., Il gioco delle regole, Milano, 2006, p. 43. Sulla stessa linea di pensiero, ma con riferimento ai mercati finanziari, v. S. SCOTTI CAMUZZI, Finanza etica ed etica della finanza. La "Responsabilità sociale dell'impresa" nel settore della finanza, in Jus, 2005, pp. 103 ss. Sottolineano l'insufficienza dell'approccio volontaristico anche L. GALLINO, L'impresa irresponsabile, Torino, 2005 e, limitatamente ai profili di politica ambientale, M. LIBERTINI, La responsabilità dell'impresa per l'ambiente, in La responsabilità dell'impresa - Per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2006, pp. 199 ss.

lebre e icastica affermazione - fare della beneficenza con i soldi degli altri, senza averne il permesso e senza dare un corrispondente servizio, violando il principio del «no taxation without representation».

Se ben si riflette, però, ci si rende conto che i due termini accostati nel titolo non sono così antitetici e inconciliabili come potrebbe sembrare.

Innanzitutto, la fiducia è sempre stata la linfa vitale dei mercati¹³ (percezione già chiara a Firenze nel 1200 con la rottura del banco del commerciante che la tradiva con la sua insolvenza) e tra fiducia ed etica c'è un rapporto stretto¹⁴. Lo stesso Milton Friedman, pur individuando la funzione dell'imprenditore in quella «to make as much money as possible»¹⁵, precisava che ciò deve avvenire «while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom»¹⁶.

A rigore, bisognerebbe altresì distinguere (rievocando il filosofo Hegel) tre sfere: la moralità, il diritto e l'eticità.

La moralità ha come contenuto i valori personali, dettati dalla coscienza individuale; il diritto è costituito dalle norme che, se non rispettate, lo Stato sanziona con i propri tribunali; l'eticità è invece una fonte intermedia tra moralità e diritto: in essa i diritti/doveri non sono né liberamente scelti (come nella morale), né imposti (come nel diritto), ma condivisi in una relazione di intersoggettività. Spesso i valori etici diventano la forza propulsiva che spinge a creare le leggi¹⁷.

¹³ Si è soliti dire, per stigmatizzare la "caduta di valori", che la stretta di mano di una volta valeva più di un contratto di oggi.

¹⁴ Ben sottolineato da A. GAMBINO, Etica dell'impresa e codici di comportamento, in Riv. dir. comm., 2005, I, p. 890, il quale aggiunge che «la fiducia è fede che vieta di andare contra factum proprium, che corrisponde alle aspettative dell'altra parte e che si è tradotta, sul piano giuridico, nella clausola generale di buona fede».

¹⁵ Viene spontaneo ripensare a quanto Henry Ford dichiarava in un'intervista del 1919: «un'impresa che fa null'altro che soldi è un'impresa veramente modesta».

¹⁶ La citazione è tratta dall'intervento *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits,* in *The New York Times Magazine,* 13 settembre 1970.

¹⁷ V. infra il § 2.

Ma allora quello tra impresa ed etica è un *connubio* indispensabile per uscire dalla crisi?

Certamente una concausa importante della crisi finanziaria di questi anni è stata la mancanza di etica¹⁸ (che avrebbe caratterizzato il comportamento di molte imprese, banche, intermediari finanziari¹⁹) ed è proprio per effetto della crisi che si è riacceso il dibattito sull'etica (naturalmente, *ça va sans dire*, non basta parlarne per risolvere tutti i problemi).

L'interesse crescente per il tema della RSI si deve anche alla globalizzazione²⁰ e alla conseguente delocalizzazione dell'attività produttiva. Si è giustamente rilevato²¹ che quando l'impresa era ben radicata nel territorio, con il quale sviluppava relazioni di natura non solo economica, ma anche sociale e culturale, l'imprenditore che si fosse "comportato male" si trovava a dover rispondere alla sua gente, la quale rappresentava anche il "mercato di sbocco" dei suoi prodotti (la RSI era in re ipsa).

Oggi non è più così²²: può ed è capitato²³ che una multinazionale, pur rispettando la normativa di un paese in via di

¹⁸ L'avidità dell'uomo per il denaro ha sempre rappresentato una componente distorsiva, tanto che gli stessi "padri del capitalismo", A. Smith e Keynes, erano consapevoli della necessità di porre un "freno" a questa indole umana. Così, G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, cit., p. 13.

¹⁹ A ciò occorre aggiungere le colpevoli omissioni di chi doveva vigilare. Con riferimento ai noti scandali Enron, Cirio, Parmalat, si è soliti dire che ben sette livelli di controllo non hanno funzionato alludendo a quello degli amministratori, dei sindaci, dei revisori, dei certificatori, delle banche, della Consob e della Banca d'Italia.

²⁰ V. per tutti P. GROSSI, *Globalizzazione*, *diritto*, *scienza giuridica*, in ID., *Società*, *Diritto*, *Stato*. *Per un recupero del diritto*, Milano, 2006; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*.

²¹ S. ZAMAGNI, La responsabilità sociale d'impresa come fenomeno emergente, in L'impresa di fronte alla polis, L'emergenza della responsabilità sociale d'impresa, a cura di Zamagni, Roma, 2007, p. 1.

²² Per rendere meglio l'idea è sufficiente ricordare la bella metafora di Peter Drucker secondo cui mentre in passato le imprese erano assimilabili alle *piramidi d'Egitto* oggi sono come *leggere tende piantate nel deserto* che possono essere agevolmente spostate altrove.

²³ Paradigmatico il caso "*Nike*", costretta ad adeguare la sua politica di *outsourcing* a causa delle proteste delle associazioni dei consumatori per lo sfruttamento della manodopera minorile.

sviluppo dove ha delocalizzato la produzione, si ponga in contrasto con i valori etici del paese di origine (per es. in tema di lavoro minorile o inquinamento) e che, per mantenere il consenso dell'opinione pubblica, decida di adottare volontariamente comportamenti più restrittivi.

L'input che spinge gli imprenditori a fare più di quello che "impone la legge" è spesso di tipo economico.

Quello tra etica e impresa potrebbe allora essere metaforicamente descritto come un "matrimonio d'interesse" (e non solo fondato su ragioni di cuore)²⁴. Uno studio empirico²⁵ ha, infatti, dimostrato che le imprese più attente ai temi della sostenibilità sono: premiate dalla Borsa con un valore di quotazione più alto; accrescono la loro reputazione e ciò agevola l'accreditamento sociale, abbatte i c.d. costi di transazione, rende più semplice il reclutamento di personale e ne migliora la redditività²⁶. In sintesi, si è dimostrato (visione di Freeman²⁷) che nel lungo periodo sarebbe impossibile raggiungere i profitti senza tener conto dei vari portatori di interesse²⁸.

2. Temi più ampi

Prima di entrare *in medias res*, vorrei ancora precisare che non mi occuperò di temi che stanno "a monte" e che influenzano l'approccio alla RSI, la meditazione sui quali ci porterebbe

²⁴ Parte della dottrina parla (usando un vero e proprio ossimoro) di «codici etici di convenienza»: v. F. DI SABATO, Profili giuridici dell'etica negli affari, in Banca, borsa, tit. cred., 2005, I, p. 391.

²⁵ Curato dall'Università Bocconi e reso noto all'inizio del 2005. Gli esiti di tale studio sono riferiti anche da G. CONTE, Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale del mercato, in Contratto e impresa, 2006, pp. 138 ss.

²⁶ Una società dotata di asilo nido, ne trarrà un vantaggio nel reclutamento di personale femminile.

²⁷ Cfr. R. E. FREEMAN, Strategic Management. A stakeholder Approach, Boston, 1984.

²⁸ Si pensi, in Italia, alla Olivetti. Cfr. L. GALLINO, *L'impresa responsa-bile. Un'intervista su Adriano Olivetti*, Torino, 2001.

troppo lontano. Li enuncio soltanto²⁹: si pensi alla nota contrapposizione tra teoria contrattualista e teoria istituzionalistica dell'interesse sociale³⁰; alla visione della società come "nexus of contracts"³¹ (o, volendo prediligere una dizione più neutra, co-

31 La nexus of contracts theory, sviluppatasi nell'ambito dell'analisi economica del diritto, riconduce la società a una rete di accordi tra privati, il più importante dei quali sarebbe quello tra amministratori e soci contenuto nello statuto. Questa teoria è stata elaborata a partire dagli anni settanta da autorevoli studiosi (Alchian, Demsetz, Michael Jensen, William Meckling, Frank Easterbrook e Fisher), ma è contenuta *in nuce* già in uno scritto del 1937 di Ronald Coase, uno dei padri della law and economics. Si è obiettato che non tutti i rapporti facenti capo a una società sono riconducibili ad accordi (si pensi a quelli interni tra soci di maggioranza e di minoranza) e che la teoria neocontrattualista su cui si fonda il nexus of contracts non contribuisce a spiegare le cause dei frequenti fallimenti del mercato, il cui verificarsi dimostra che l'autonomia privata non è sufficiente a garantire l'efficienza, ma è necessario un parallelo intervento pubblico, fatto di norme imperative. Nella letteratura italiana v. MARCHETTI, La nexus of contracts theory. Teorie e visioni del diritto societario, Milano, 2000. In argomento v. anche G. ROSSI- A. STABILINI, Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario, in Riv. soc., 2003, pp. 1 ss.

²⁹ Rinviando ai numerosi contributi pubblicati che hanno ormai assunto dimensioni tali da rendere impossibile una ricognizione con qualche pretesa di completezza.

³⁰ Vexata quaestio che autorevole dottrina ha cercato di ridimensionare: cfr. G. COTTINO, Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo), in Riv. soc., 2005, pp. 707 ss. e in Scritti in onore di V. Buonocore, III, 1, Milano, 2005, pp. 2225 ss. Anche per P. MONTALENTI, Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi, in Giur. comm., 1995, I, p. 718, il dibattito «è stato storicamente viziato da un eccesso di ideologismo che ha offuscato a lungo la limpidezza dell'occhio del giurista preoccupato o di riaffermare l'istituzionalismo come supporto, a livello di teoria giuridica, di dottrine corporative, cristiano-sociali o neocapitalistiche, o di propugnare il contrattualismo, in dipendenza della propria adesione al pensiero o liberale o marxista». L'Autore è «convinto che la contrapposizione tra istituzionalismo e contrattualismo debba ritenersi superata e che debba oggi affermarsi una concezione dialettica – nel senso tecnico del termine – dell'interesse sociale come composizione tra interessi degli azionisti e interessi degli stakeholders» (P. MONTALENTI, Crisi finanziaria, struttura dell'impresa, corporate governance, ODC-Roma, 20 giugno 2009, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 4. Sulla discussa nozione di interesse sociale v. infra il § 3.2.

me "nexus for contracts" ³²) che ne mette in ombra la valenza istituzionale; al rapporto economia/etica ³³ e alla contaminazione etica/diritto ³⁴.

Su quest'ultimo aspetto, mi limito a richiamare l'attenzione sul conflitto che può nascere tra la *certezza* del diritto (che riguarda il comportamento *esterno*) e la *mutevolezza* dell'etica (che può essere laica, cattolica, protestante), tra la *coercibilità* del primo e l'*incoercibilità* della seconda. Si è soliti dire che il diritto è *hard* (*dura lex sed lex*) mentre l'etica è *soft*³⁵.

Tuttavia, anche in questo caso non bisogna enfatizzare le differenze: se, da un lato, non si può legiferare la morale³⁶, dall'altro, non è detto che le istanze etiche non recepite in norme imperative siano destinate a restare scritte nel «libro dei sogni»³⁷.

Lo stesso diritto (e qui torniamo al pensiero di Hegel) dovrebbe aiutarci a distinguere il "bene" dal "male", ciò che è giusto da ciò che è ingiusto ed esercitare una sorta di "pressione psicologica" anche se «difficile da valutare, perché non ne siamo consapevoli» come non lo siamo dell'aria che respiriamo³⁸. Si parla di un'innata moralità del diritto³⁹, che deve codificare i

³² Questo sintagma sottolinea che la società, pur essendo parte contrattuale comune ai vari contratti (con i consumatori, i fornitori, i dipendenti, ecc.), è distinta rispetto alle persone fisiche.

³³ A. SEN, *Etica ed economia* (trad. it. a cura di Maddaloni), Bari, 2002 (tit. orig. *On Ethics and Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1987).

³⁴ A. FALZEA, Etica e diritto, in Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Milano, 2010.

³⁵ V. ex multis F. BORGIA, La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali, in Dir. comm. internaz., 2010, pp. 309 ss.

³⁶ L'etica (non consentendo soluzioni univoche) non può rappresentare la morte del diritto: così G. ROSSI, *Nell'etica comode scappatoie*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 aprile 2005, p. 10.

³⁷ L'espressione è di A. GAMBINO, op. cit., p. 887.

³⁸ K. OLIVECRONA, *II diritto come fatto*, (1939), trad. it., Milano, 1967, p. 68: cfr. anche G. BENEDETTI, *Ancora in tema di diritto e morale*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 2012, p. 138.

³⁹ Il dovere di obbedire alla legge, come scriveva Agostino nel *De libero arbitrio*, deriva dal «*non esse lex quae iusta non fuerit*».

valori socialmente condivisi⁴⁰. Tanto è vero che qualora l'applicazione pedissequa di una norma di legge porti a risultati inaccettabili (*summum ius*, *summa inuria*), lo stesso legislatore cerca di "correre ai ripari" in sede di interpretazione autentica⁴¹.

Ovviamente, qualora la regola etica sia attratta e assorbita nel mondo del giuridico, cessa di essere tale. Vi è quindi un'*osmosi*⁴², che riflette l'interdipendenza pubblico/privato (art. 118, 4° co., Cost.)⁴³.

3. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine

Vorrei ora affrontare un discorso il più possibile tecnico-giuridico⁴⁴, verificando, attraverso un'attenta ricognizione dei dati normativi (*in primis*, del codice civile), se e in che misura vi siano degli *spazi per una gestione "eticamente orientata"*.

Queste le domande che occorre porsi: pur se auspicabile, è realistico immaginare che l'impresa si occupi di qualcosa di diverso dal suo *core business*?

⁴⁰ Sul rapporto tra imperativo morale e precetto normativo, e sul ruolo preminente dell'interpretazione nell'evitare incongruenze tra l'uno e l'altro, sono sempre attuali le pagine di T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, pp. 11 ss. Più di recente V. SCALISI, *Assiologia e teoria del diritto (Rileggendo Rodolfo De Stefano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 1 ss.

⁴¹ È accaduto recentemente sulla scia del Caso Merloni: sia consentito rinviare a M. SPIOTTA, *L'incidenza del* badwill *nella determinazione del valore dell'azienda*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2014.

⁴² Posta in rilievo da F. CAFAGGI, La complementarietà tra responsabilità sociale e responsabilità giuridica d'impresa, in AA.VV., Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'impresa. Problemi, teorie e applicazioni della CSR, a cura di Sacconi, Roma, 2005, pp. 226 ss.

⁴³ Per approfondimenti si rinvia a E. BELLISARIO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata*, Torino, 2012, *passim*. Una sintesi degli esiti di tale ricerca è pubblicata in *Danno e responsab.*, 2013, pp. 809 ss.

⁴⁴ Compito arduo, essendo «tutt'altro che agevole isolare gli aspetti tecnico-giuridici rispetto a quelli socio-economici, in senso lato etici»: C. ANGELICI, La società per azioni. I. Principi e problemi, in Tratt. Schlesinger, Milano, 2012, p. 434.

Agli amministratori si può chiedere di tener contro di interessi diversi da quelli dei soci che li hanno nominati (e che possono revocarli)?

I managers sono ancora fiduciari degli azionisti o sono diventati dei "mediatori"? Devono perseguire l'interesse egoistico dei primi alla massimizzazione del profitto⁴⁵ o il "bene comune"?

L'«utilità sociale» (di cui parla l'art. 41 Cost.) ha sostituito «l'interesse unitario dell'economia nazionale» e «l'interesse della produzione [nazionale]» cui facevano riferimento gli artt. 2085, 2089, 2091 e 2595 c.c. e al quale allude il vigente art. 2412, 6° co., c.c.?

Il criterio dello *shareholder value* deve essere abbandonato *in toto*? *Bonus* e *stock options* sono da abolire, da imitare, o da affidare all'*integrity* dei *managers*?

Come si vede, le domande sono tante, mentre – lo dico subito a mo' *disclaimer* – le certezze sono poche.

3.1. Paragone con i doveri degli amministratori nel diritto inglese

Può essere utile muovere da un raffronto con la Sec. 172 del *Companies Act* 2006⁴⁶.

La norma esordisce dicendo che l'amministratore «must act in a way that he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole», ma, nel farlo, deve avere riguardo: a) alle ipotizzabili conseguenze di ogni decisione nel lungo termine; b) agli inte-

 $^{^{\}rm 45}$ Spesso inteso come sinonimo di speculazione e quindi in un'accezione negativa.

⁴⁶ Part 10, Chapter 2, Section 172. Su tale istruttivo raffronto v. anche V. CALANDRA BUONAURA, Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori, in Giur. comm., 2011, I, pp. 526 ss. e in Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano 2011, pp. 257 ss.; G. DE FERRA, op. cit., p. 352; G. CONTE, Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa, in Contratto e impresa, 2009, pp. 718 ss.; M. L. VITALI, I doveri degli amministratori e le protezioni degli azionisti alla luce del nuovo diritto societario inglese, in Riv. soc., 2008, p. 210; S. BRUNO, Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma, in Riv. soc., 2004, pp. 898 ss.

ressi dei dipendenti; c) alla necessità di favorire le relazioni d'affari con fornitori, clienti e altri; d) all'impatto delle operazioni della società sulla comunità e sull'ambiente; e) alla "desiderabilità" della società di mantenere «a reputation for high standards of business conduct»; f) alla necessità di agire correttamente nei confronti dei soci.

La successiva Sec. 175, nel sancire il dovere degli amministratori di evitare conflitti di interessi con particolare riferimento «allo sfruttamento di ogni proprietà, informazione o opportunità», specifica che «è irrilevante se la società possa trarne vantaggio».

Il combinato disposto delle suddette norme attribuisce rilievo a interessi extrasociali, ma non conferisce agli stakeholders⁴⁷ eventualmente pregiudicati la legittimazione ad agire in giudizio, né in via diretta né facendo ricorso alla derivative action. Ne consegue che la violazione di tali doveri è destinata a rimanere priva di sanzione, salvo ipotizzare un'eventuale coincidenza fra qualità di socio e titolare dell'interesse pregiudicato⁴⁸ o un'improbabile⁴⁹ iniziativa giudiziaria per contestare la mancata valutazione delle conseguenze di una certa scelta gestionale nel lungo termine.

Alla luce di queste considerazioni, l'effettiva valenza giuridica della Sec. 172 consiste, non tanto nella previsione di un dovere, quanto piuttosto nel riconoscimento della legittimazione degli amministratori a farsi carico degli interessi degli stake-holders, seppure in una prospettiva ancorata alla promozione del successo della società a beneficio dei suoi membri.

Se la conclusione è corretta, la ricaduta non sarebbe un aggravamento della responsabilità ma, al contrario, un'attenuazione della stessa, in quanto gli amministratori, re-

⁴⁷ Poiché i doveri previsti dalla Sec. 172 sono «enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors», soltanto i soci sono legittimati a farne valere il mancato rispetto.

⁴⁸ Come nel caso in cui il socio sia anche componente della comunità che ha subito il danno provocato dalla decisione degli amministratori: es. la chiusura di uno stabilimento con le relative conseguenze occupazionali.

⁴⁹ La difficoltà di assolvere l'onere probatorio è rimarcata da V. CA-LANDRA BUONAURA, op. cit., pp. 542 ss.

sponsabili verso molte categorie di soggetti, finirebbero⁵⁰ per non dover rispondere ad alcuna di esse.

3.2. Ricognizione delle norme del diritto societario italiano

Nel nostro ordinamento giuridico manca una norma corrispondente nel senso che il codice civile sancisce doveri generici e specifici, ma non precisa quale interesse debbano perseguire gli amministratori di società.

La lacuna è colmata dalla dottrina ponendo come obiettivo l'interesse sociale.

Sennonché in questo modo il problema non è risolto ma spostato: cos'è, e cosa ricomprende, l'interesse sociale⁵¹?

⁵⁰ Così come aveva intuito T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, II, 1012, riguardo alla pretesa necessità di tutelare l'interesse dei soci futuri.

⁵¹ Il punto di intersezione della nozione di interesse sociale con la RSI è ben focalizzato da F. BORDIGA, Partecipazione degli investitori istituzionali alla s.p.a. e doveri fiduciari, in Riv. soc., 2013, p. 221, nota 44: «si tratta, (...), di ambiti autonomi anche se, in parte, intersecanti. Autonomi perché l'indagine sull'interesse sociale riguarda la ricostruzione degli obiettivi che devono essere perseguiti dagli organi della società affinché la loro attività possa ritenersi legittima; mentre quella sulla responsabilità sociale dell'impresa riguarda le regole e i principi di carattere etico-morale (...), il cui rispetto e la cui promozione, su base volontaria (...), è da considerarsi socialmente positiva. Mentre la prima nozione costituisce il criterio di giudizio del comportamento degli organi in sede di accertamento della loro responsabilità penale e civile (o in sede di accertamento della validità degli atti della società), il secondo rileva a livello reputazionale o ai fini dell'accesso a determinati benefici pubblici o a certificazioni di qualità (come, ad es., ISO 26000). I temi, tuttavia, si intersecano perché si discute se e fino a che punto le regole e i principi della CSR (in quanto volti alla tutela del c.d. sviluppo sostenibile) possano o (come sembra preferibile) debbano essere in qualche modo compresi nella nozione, vincolante, di interesse sociale».

La risposta è tutt'altro che agevole⁵² dato che i soci, oltre a dividersi in *attuali* e *futuri*, non rappresentano più una categoria omogenea bensì disgregata essendo possibile emettere categorie di azioni (anche correlate a un certo settore di attività) e, se si tratta di *start up*, categorie di quote, nonché strumenti finanziari (che possono anche documentare la partecipazione ad un patrimonio destinato).

Se dare una definizione univoca di "interesse sociale" è già difficile, conciliarlo con quelli extrasociali e questi ultimi tra loro diventa addirittura proibitivo, dato che spesso sono confliggenti (si pensi al caso ILVA di Taranto⁵³). È ovvio che gli amministratori devono tutelare gli interessi degli *stakeholders* ogni qualvolta ciò sia utile per il perseguimento degli scopi, lucrativi o mutualistici, dei soci. Simmetricamente, i gestori verrebbero meno al loro dovere di diligenza se, per il fatto di trascurare interessi "diversi" da quelli degli *shareholders*, compromettessero ad esempio la reputazione della società e, indirettamente, gli interessi dei soci. Ma, al di fuori delle ipotesi appena descritte (che, a ben vedere, esulano dalla RSI, giacché la tutela degli altri interessi deriva dalle norme del diritto societario), chi gestisce un'impresa, non potendo accontentare tutti, sembrerebbe costretto a scegliere il "male minore".

⁵² La letteratura è molto ampia e prende le mosse dalla nota contrapposizione tra A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 618, a cui avviso l'interesse sociale dovrebbe tener conto della variabilità degli azionisti nel tempo e P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, pp. 92 ss. secondo il quale non vi può essere salvaguardia di un interesse autonomo dei soci futuri quando gli attuali hanno il potere assoluto di decidere "se" ve ne saranno (argomento in parte superato, per es. dall'art. 2443 c.c.). Più di recente v. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato* (quarant'anni dopo), in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 795 ss.; AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli* stakeholders. *In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano 2010; C. ANGELICI, *L'interesse sociale tra contrattualismo e istituzionalismo*, ODC-Roma, 21-22 febbraio 2014, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*.

⁵³ L'impresa può essere *socialmente utile* per i livelli occupazionali e lo sviluppo economico dell'area in cui opera e *socialmente dannosa* per la salute o per l'ambiente.

Per capire quale sia, è sufficiente ricordare, in rapida sintesi, alcuni capisaldi del diritto societario italiano prendendo come riferimento le società di capitali.

In particolare, è noto che gli amministratori:

- a) almeno nella s.p.a., sono gli unici responsabili della gestione (lo si evince dal combinato disposto degli artt. 2380 *bis* e 2364, 1° co., n. 5 c.c.⁵⁴): tale precisazione, se, da un lato, potrebbe anche essere letta come «un'attenuazione dei diritti proprietari dei soci», dall'altro, «non è idonea a legittimare il perseguimento di interessi diversi da quelli degli azionisti»⁵⁵;
- b) godono di ampia autonomia ma hanno come limite l'oggetto sociale (tale riferimento non compare più nell'art. 2384, ma continua a figurare nell'art. 2380 bis 1° co., c.c. e pur essendo discussa la sua configurabilità come limite legale o statutario e il regime di opponibilità ai terzi⁵⁶, è pacifico che la sua eventuale inosservanza espone gli amministratori a revoca e ad azioni risarcitorie) nel senso che devono fare tutto ciò che, direttamente o indirettamente⁵⁷, ne consenta il conseguimento, strumentale alla realizzazione del profitto, scopo-fine del contratto di società. La situazione, volendo continuare il raffronto comparatistico iniziato nel § 3.1, è molto diversa nella legislazione societaria britannica, giacché la Sec. 31.1 del Companies Act 2006 consente la costituzione di società con oggetto sociale "unrestricted", cioè illimitato: "un esempio che", rispondendo (con esclusivo riferimento al tema in esame) all'interrogativo posto in dottrina⁵⁸, "non pare da imitare" dato che ha contribuito al

⁵⁴ Per Cass., 24 maggio 2012, n. 8221, in *Società*, 2012, p. 835, costituisce giusta causa di revoca dell'amministratore di una s.p.a., agli effetti dell'art. 2383, 3° co., c.c., la sua adesione ad un patto parasociale che rimetta le scelte gestorie alla volontà maggioritaria dei relativi contraenti (c.d. sindacato di gestione).

⁵⁵ V. CALANDRA BUONAURA, op. cit., p. 531.

⁵⁶ Per brevità sia consentito rinviare a M. SPIOTTA, Amministratori, in G. CAVALLI (a cura di), Assemblea e amministratori, in Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Collana fondata da W. Bigiavi, Torino, 2013, pp. 634 ss.

⁵⁷ V. infra il § 3.3.

⁵⁸ Da M. BIANCA, La società con oggetto sociale "unrestricted": un esempio da imitare?, in Giur. comm., 2009, I, pp. 293 ss. V. inoltre P. MONTA-

tramonto della c.d. *ultra vires doctrine* e, in ultima analisi, alla sottovalutazione del *duty of obedience*, inteso come l'obbligo degli amministratori di una *corporation for profit* di rispettare le norme di legge e statutarie (v. *infra* il § 4);

- c) sono nominati dai soci, che possono anche revocarli *ad nutum* (art. 2383 c.c.) e quindi agiscono a proprio rischio se decidono di trascurare le richieste dei loro "elettori";
- d) il loro compenso può essere incentivante, ossia parametrato agli utili della società (art. 2389 c.c.) e sono noti i pericoli di questa forma di retribuzione e delle *stock options*⁵⁹ che potrebbero aumentare il c.d. *moral hazard* e favorire una *short-term business*. Viceversa, l'ordinamento tedesco sancisce il principio della correlazione della politica di remunerazione del *Vorstand* a una durevole crescita di valore dell'impresa nel lungo termine⁶⁰;
- e) sono responsabili all'esterno solo se abbiano reso il patrimonio sociale insufficiente a pagare i creditori sociali (art. 2394 c.c.) o se con dolo o colpa abbiano direttamente danneggiato singoli soci/terzi (art. 2395 c.c.)⁶¹, mentre all'interno può essere loro contestata qualsiasi violazione degli obblighi legali e statutari;
- f) devono motivare la «convenienza per la società dell'operazione» eventualmente deliberata dal *plenum* con il voto determinante dell'amministratore portatore di un interesse (art. 2391 c.c.) e attestare che l'operazione (di assistenza finanziaria ai sensi dell'art. 2358, 5° co., c.c.) realizzi *al meglio* l'interesse della società.

LENTI, Oggetto sociale e giurisprudenza comunitaria, in Riv. dir. comm., 2008, pp. 1 ss.

⁵⁹ Nelle società con azioni quotate v. l'art. 114 bis t.u.f.

⁶⁰ V. il § 87 AktG (Aktiengesetz). Sull'argomento si rinvia a G. B. PORTALE, Un nuovo capitolo del governo societario tedesco: l'adeguatezza del compenso dei Vorstandsmitglieder, in Riv. società, 2010, pp. 1 ss. e in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum A. Piras, Torino, 2010, pp. 91 ss.

⁶¹ Non constano precedenti in cui tale azione sia stata esperita ad es. dai lavoratori direttamente danneggiati da dissennate politiche imprenditoriali.

g) Last but not least, occorre considerare l'art. 2497 c.c. che attribuisce rilevanza all'interesse del socio «alla redditività e al valore della partecipazione sociale». Peraltro, la norma prevede la responsabilità della holding (e, in solido, di chi abbia preso parte al fatto lesivo o ne abbia tratto beneficio) solo quando il pregiudizio di tale interesse sia il risultato della «violazione di principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», il che «potrebbe comportare la rilevanza di interessi ulteriori a quelli rilevabili all'interno della società e quindi, in definitiva, a valori ed interessi che si pongono al suo esterno»⁶².

Dalla rapida carrellata che precede, emerge un quadro normativo che «pone gli amministratori in una posizione in cui la piena soddisfazione degli interessi dei soci li mette al riparo sia dalla perdita dell'incarico, sia dalla responsabilità legale, mentre la soddisfazione dell'interesse di altri stakeholders, se entra in conflitto con la soddisfazione di quello dei soci, li espone, nella migliore delle ipotesi, a rischi e, nella peggiore, alla certezza di conseguenze negative». «In questa situazione» - si è cinicamente (rectius, realisticamente) osservato - «neppure a un Santo si può chiedere di tenere l'imparziale comportamento del puro mediatore» 63.

3.3. Quali spazi per una gestione "eticamente orientata"?

Dobbiamo allora rassegnarci a una "gestione machiavellica"?

A mio modesto avviso, la risposta non dovrebbe essere così tranchante. Infatti, senza etica (e, prima ancora, senza il rispetto della legge: v. infra il § 4) tutto si ridurrebbe a un'analisi costi-benefici. L'impresa non può comportarsi come un'irriducibile "sociopatica", sopra la legge e i valori socialmente condivisi perché, rievocando la risposta data dall'economista

⁶² C. ANGELICI, Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina, cit., p. 175.

⁶³ F. DENOZZA, L'interesse della società e la responsabilità sociale dell'impresa, in Bancaria, 2005, p. 23.

e imprenditore tedesco Walther Rathenau agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, «non esiste per "distribuire dividendi, ma per far andare i battelli sul Reno" ».

In una nota emblematicamente intitolata «Note minime divaganti e irriverenti su amministratori, "perizia", tangenti e responsabilità» autorevole dottrina⁶⁴ non ha potuto fare a meno di rimarcare come lo stesso tribunale di Milano, pur avendo emesso una sentenza di condanna, non sia rimasto insensibile alle argomentazioni della difesa, laddove, tra le righe della motivazione, addebita all'amministratore che aveva pagato tangenti il fatto di non aver offerto, a fronte del danno, la prova di eventuali "utilità riparatrici".

Siffatto modo di ragionare costituirebbe un'applicazione "distorta" della teoria dei vantaggi compensativi (art. 2497, 1° co., ultima parte, c.c.). "Distorta" perché (oltre a non tener conto dei valori reputazionali⁶⁵ e delle asimmetrie informative⁶⁶) svilisce il "principio di legalità".

Con maggior fermezza, nel risalente caso Roth v. Robertson del 1909 i dirigenti del parco di divertimenti di Coney Island furono considerati personalmente responsabili per aver comprato il silenzio onde evitare la condanna della società per

⁶⁴ G. COTTINO, Nota a Trib. Milano, 29 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2338. Sull'argomento v. anche M. DE GIORGI, *Se l'amministratore paga tangenti deve almeno spiegare a chi e perché. Altrimenti l'azione di* mala gestio è *inevitabile*, Nota a Trib. Milano, 21 aprile 2005, in www.dirittoegiustizia.it del 28 maggio 2005.

⁶⁵ Per utili spunti di riflessione v. G. ROMAGNOLI, Corporate governance, shareholders *e* stakeholders; *interessi e valori reputazionali*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 351 ss.

⁶⁶ Gli amministratori sanno prima dei soci se per es. uno stabilimento inquina l'ambiente o un macchinario è pericoloso per i dipendenti. Sarebbe quindi importante intervenire sul processo decisionale imponendo agli amministratori di rendere trasparenti le motivazioni assunte, sotto il profilo della considerazione prestata agli interessi degli stakeholders e della salvaguardia dell'interesse dei soci ad una crescita sostenibile del valore della società. Negli Stati Uniti parte della dottrina (HILL-MCDONNEL, Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty, 76 Fordham I Rev., 2007, pp. 1769), ha cercato di spiegare il dovere degli amministratori di osservare la legge sul presupposto che molti azionisti, se debitamente informati, sceglierebbero la legalità anche a scapito del profitto della società.

aver violato le *blue laws* che proibivano lo svolgimento di attività commerciale di domenica. Il tribunale evidenziò senza esitazioni che il pagamento era illegale, immorale e arbitrario, a nulla rilevando che la violazione potesse aver consentito alla società di raggiungere un maggior profitto.

Da allora, però, i tempi sono cambiati e anche negli Stati Uniti il *duty of obedience*, cioè il dovere di rispettare le norme di legge, è andato scemando tanto che la dottrina si sta adoperando perché non sia dimenticato (v. *infra* il § 4).

Non solo.

Mi pare che un'analisi più approfondita e "rimeditata" delle norme codicistiche consenta di ritagliare alcuni spazi per una gestione improntata all'etica, anche se bisognerà valutare i risvolti processuali di tale esegesi, ossia verificare in concreto se la c.d. business judgment rule (id est, l'insindacabilità nel merito ma non del metodo delle scelte gestorie) possa valere anche per la "business ethics". Il rischio da evitare è che il giudice imponga la sua morale ai soci, ossia dia libero ingresso a propri principi etici e morali⁶⁷.

Prescindo dal rispetto dei doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), che valgono per tutti i contratti⁶⁸ (compresi quelli associativi) e che, essendo specificazioni degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost. e assimilabili ai principi generali dell'ordinamento di cui all'art. 12 preleggi, si applicano anche quando la società ha genesi unilaterale⁶⁹. Qui, infatti,

⁶⁷ Per scongiurare questo pericolo bisognerebbe introdurre un sistema di *disclosure* sul processo decisionale in modo che il giudice possa verificare se gli amministratori abbiano attentamente soppesato tutti gli interessi in gioco.

⁶⁸ Cfr. gli artt. 1337, 1338, 1366 e 1375 c.c.

⁶⁹ F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in AB-BADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *G. F. Campobasso*, I, Torino, 2006, pp. 133 ss. aveva proposto di aggiungere un apposito comma all'art. 2247 o un art. 2247 *bis* c.c. volto a precisare che «nei rapporti relativi alla società devono essere osservate le regole della correttezza».

siamo nella sfera del diritto cogente e non dell'etica (o della soft law).

Neppure mi soffermo sul recentemente rivalutato principio di ragionevolezza⁷⁰, la cui osservanza dovrebbe includere il corretto apprezzamento e contemperamento dei vari interessi coinvolti.

Intendo invece riferirmi all'art. 2387 c.c.⁷¹ che consente allo statuto di «subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di *speciali requisiti di onorabilità*, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati», allo scopo - sottinteso - di affidare l'impresa a "persone eticamente corrette", che abbiano un elevato senso del dovere e che non si facciano influenzare dal loro "tornaconto". Se i soci decidono di muoversi in questa direzione, probabilmente, desiderano che l'impresa venga gestita in modo socialmente responsabile.

Ragionando sul combinato disposto degli artt. 2387 e 2392 c.c. (ove si precisa che la soglia di diligenza esigibile dagli amministratori è quella professionale ed è commisurata al *curriculum vitae*) ci si potrebbe chiedere se da un *manager* scelto per la sua spiccata *onorabilità* sia lecito attendersi un comportamento irreprensibile e quindi se una gestione *immorale* possa giustificarne la *revoca per giusta causa*.

Si potrebbe altresì sostenere che il rispetto dei principi di «corretta amministrazione»⁷² (cfr. artt. 2381, 3° co., 2391 bis e 2403, 1° co., c.c.) presupponga scelte che si rivelino oculate nel lungo termine. Uno spunto in tal senso potrebbe essere offerto dall'art. 2381, 5° co., c.c. laddove pone a carico degli amministratori delegati l'obbligo di riferire al plenum «sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione» e

⁷⁰ A. NIGRO, Principio di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in Giur. comm., 2013, I, pp. 465 ss.

⁷¹ E, mutatis mutandis, all'art. 2409 duodecies, 6° co., c.c. nel sistema dualistico e all'art. 2409 octiesdecies, 2° co., c.c., nel sistema monistico.

⁷² V. l'approfondito studio di M. IRRERA, Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, Milano, 2005.

dall'art. 149, lett. c-bis), t.u.f. che demanda al collegio sindacale il compito di vigilare anche «sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi»⁷³.

Ulteriori tracce della RSI potrebbero essere ravvisate nell'art. 2428, 2° co., c.c. ai sensi del quale gli amministratori di una s.p.a. – nella relazione che accompagna il progetto di bilancio – devono informare i soci sull'andamento e sul risultato della gestione, se necessario anche fornendo le «informazioni attinenti all'ambiente e al personale» e nell'art. 2497 ter c.c., norma indicativa della volontà del legislatore di introdurre, nei processi decisionali di società appartenenti ad un gruppo, specifici adempimenti procedurali volti ad assicurare l'emersione di una pluralità di interessi.

Vi sono poi numerosi articoli, dentro e fuori il codice civile, che rinviano ai principi della correttezza professionale o a regole contenute in codici etici (si pensi all'art. 2598, n. 3⁷⁴ e all'art. 6, 3° co., d.lgs. 231/2001⁷⁵). Ma anche a questo proposito non si possono fare di "tutte le erbe un fascio" occorrendo distinguere – anche al fine di poter avanzare una pretesa risarcitoria fondata sulla responsabilità da falso affidamento creata dai codici di *best practice* - in base al grado di dettaglio degli articoli⁷⁶ e alla previsione di sanzioni e strumenti (come il bilancio sociale⁷⁷) per verificare se "alle parole seguano i fatti". Bisogne-

⁷³ V. tra gli altri D. CATERINO, Autodisciplina societaria e doveri del collegio sindacale nella legge sul risparmio, in Banca borsa, 2008, I, pp. 473 ss.; R. ROSAPEPE, Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione, in Riv. soc., 2008, p. 181.

⁷⁴ Cfr. F. PHILIPP, I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali, in Giur. Comm., 2008, I, pp. 706 ss.

⁷⁵ Tra i molti contributi v. S. LUCHENA, *Codice etico e modelli organiz- zativo-sanzionatori nel d.lgs. 231/01: legittimità ed efficacia,* in *Giur. comm.,* 2011, I, pp. 245 ss.

⁷⁶ Un conto sono affermazioni "che fanno fine ma non impegnano"; ben altro rilievo hanno vincoli precisi come la promessa di non sfruttare il lavoro minorile neppure dove è consentito dalla legge.

⁷⁷ Integrazione del tradizionale bilancio di esercizio nel quale sono

rebbe altresì approfondire a chi (tra l'organo gestorio o l'assemblea) spetti la competenza circa l'adozione del codice etico e se la decisione debba essere assunta all'unanimità o a maggioranza e, in quest'ultimo caso, quale sia l'incidenza sulla causa del contratto (prevista dall'art. 2247 c.c.) e sulla configurabilità di una atipica causa di recesso.

Nuove interessanti prospettive potrebbero essere aperte, nella s.r.l., anche dall'art. 2468, 3° co., c.c. attribuendo come «particolare diritto riguardante l'amministrazione della società» quello di opporre un "veto" a scelte gestorie eticamente opinabili e potenzialmente pregiudizievoli per il perseguimento dell'oggetto sociale e, nella s.p.a., dai patrimoni/finanziamenti destinati «ad uno specifico affare», concetto che pare sufficientemente elastico da poter abbracciare anche un'iniziativa imprenditoriale «di particolare rilievo sociale»⁷⁸. La tutela dei soci dovrebbe essere garantita dalla previsione, in deroga all'art. 2447 ter, 2° co., della competenza dell'assemblea straordinaria e dal diritto di recesso dei soci dissenzienti (art. 2437, 1° co., lett. a, c.c.), mentre quella dei creditori sociali sembra sufficientemente assicurata dal diritto di opposizione (art. 2447 quater, 2° co., c.c.).

Per consentire a soggetti diversi dai soci di influire sull'assetto (e indirettamente sul *modus operandi* e sulle "priorità") dell'organo gestorio si potrebbe riservare ai portatori di *strumenti finanziari* partecipativi (tra i quali si possono annoverare anche i dipendenti della società ai sensi dell'art. 2349, 2° co., c.c.) la nomina di un *componente indipendente* dell'organo di gestione (art. 2351, 5° co., c.c.) o prevedere particolari clausole statutarie che introducano meccanismi di nomina extrassembleare (art. 2368, 1° co., seconda parte, c.c.).

Nella stessa ottica si potrebbe valorizzare l'art. 2449 c.c. che consente allo statuto di una s.p.a. chiusa di riservare allo Stato-socio la facoltà di nominare un numero di amministratori

appostate voci particolari relative agli obiettivi etici.

⁷⁸ Per uno spunto in tal senso v. G.C.M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 1161 ss.

proporzionale alla partecipazione posseduta⁷⁹ e il d.l. 21 del 2012, che gli riserva (anche quando non sia socio) poteri speciali nei settori di pubblica utilità⁸⁰.

Spazi per favorire le "esternalità positive" (ma qui ritorniamo nella sfera del diritto e dell'osservanza degli obblighi legali, derivanti, oltre che dalla legge in senso formale, dallo statuto) potrebbero essere ricavati sfruttando l'autonomia statutaria e/o la libertà di contrattazione.

Sotto il primo profilo, si potrebbero inserire nello statuto vincoli come la destinazione di una parte degli utili a scopi di pubblica utilità. La giurisprudenza, nei pochi precedenti editi⁸¹, sembrerebbe orientata ad ammettere tali clausole purché non siano incompatibili con lo scopo di lucro, desumibile dallo statuto nel suo complesso, e la prevista eterodestinazione degli utili sia funzionale a promuovere, anche indirettamente, l'immagine della società⁸². Siffatta esegesi, se, da un lato, potrebbe es-

⁷⁹ V. ex multis C. PECORARO, Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'Ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c., in Riv. soc., 2009, p. 947.

⁸⁰ Si rinvia a L. ARDIZZONE-M. VITALI, I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità: il paradosso del socio senza azioni, in Giur. comm., 2013, I, p. 919.

⁸¹ Sulla clausola di parziale eterodestinazione degli utili v. Trib. Perugia, 26 aprile 1993, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 109, con nota di richiami e commento di L. STANGHELLINI. La sentenza è stata poi confermata da Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Giur. it.*, 2001, p. 1188, con nota di R. WEIGMANN; in *Società*, 2001, p. 675, con commento di G. CABRAS; in *Foro it.*, 2001, I, p. 1932, con nota di L. NAZZICONE; in *Vita not.*, 2001, p. 841, ove si afferma che la clausola di parziale destinazione degli utili in beneficienza «non incide sulla comunione di interessi creata dal contratto sociale e non è in contrasto, in linea di principio, con lo scopo lucrativo della società». In dottrina v. per tutti D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, pp. 209 ss. Sul contiguo problema della compatibilità fra forma societaria e causa, totalmente o parzialmente, non lucrativa v. App. Milano, 21 settembre 1982, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 94, con nota di G. MARA-SÀ, *Causa lucrativa e clausole non lucrative*.

⁸² Nella motivazione della sentenza n. 15599 del 2000 si legge che l'art. 2328, 1° co., n. 7, c.c. comprende «la possibilità di prevedere che parte degli utili sia destinata a scopi diversi, purché tale destinazione – per la sua entità o per altre ragioni – non venga a pregiudicare lo scopo lucrativo perseguito»; d'altro canto, se l'assemblea, decidendo in ordine alla distribuzio-

sere avallata dalla riduzione delle cause di nullità della società iscritta nel registro delle imprese (v. art. 2332, 1° co., c.c.) e dall'ampliamento dello spettro di applicazione dell'istituto della trasformazione (che ha reso meno netti i confini tra le società lucrative e il mondo del "no profit"), dall'altro, pare non perfettamente allineata con il più restrittivo orientamento in tema di compatibilità con l'oggetto sociale degli atti a titolo gratuito⁸³ e solleva il delicato (e inesplorato) problema della tutela dei diritti della personalità all'interno dello schema azionario poiché «ci si potrebbe domandare se la maggioranza possa imporre le proprie preferenze, confessionali, politiche, culturali, sportive, ecc. ai consoci»84. E se la risposta dovesse essere negativa bisognerebbe almeno prevedere una causa di recesso statutaria che abbia come causale il "conflitto di coscienza" e - giova ricordarlo - recesso è non solo exit ma anche voice e quindi indirettamente uno strumento per influire sull'operato degli amministratori.

Ulteriori vincoli potrebbero essere pattuiti contrattualmente⁸⁵ e rafforzati dalla previsione di rimedi giudiziari collettivi (art. 140 *bis* cod. cons.: c.d. *class action*).

In ogni caso, come correttamente posto in rilievo da Angelici⁸⁶, «o si nega ogni reale portata normativa di» testi legisla-

ne degli utili *ex* art. 2433 c.c., dovesse «arrecare sostanziale pregiudizio alla finalità lucrativa potrebbe profilarsi un vizio invalidante (abuso della maggioranza), relativo però non già alla clausola statutaria bensì alla specifica delibera che avesse disposto quello stanziamento».

83 Cfr. Cass., 21 luglio 2000, n. 9571, in Dir. fall., 2000, II, p. 1090.

⁸⁴ Così R. WEIGMANN, Nota a Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, cit., p. 1189, Il tema è approfondito da G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977. Sulla trasposizione dei diritti della personalità in capo ad enti collettivi si rinvia a A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 874 ss.

85Tramite la contrattazione *collettiva* (facendo per es. in modo che all'imprenditore "convenga" destinare le arance in eccesso al terzo mondo, anziché smaltirle come rifiuti) o *individuale* (in caso di compravendita del pacchetto azionario di controllo si potrebbe vincolare l'acquirente a proseguire certi impegni socialmente rilevanti). Uno spunto in tal senso potrebbe essere offerto dall'art. 103, co. 3 *bis.*, t.u.f., che disciplina gli obblighi di informazione sui riflessi dell'occupazione in caso di offerta pubblica di acquisto.

tivi come la Sec. 172 *Companies Act* 2006, «intendendoli allora come mera espressione di un'ipocrisia del legislatore, oppure si riconosce che la funzione della legge può essere anche diversa da quella di fondare pretese giudizialmente azionabili». Qui si torna al rapporto tra etica e diritto cui si è fatto un cenno nel § 2.

4. *Conclusioni* de iure condito *e prospettive* de iure condendo

Senza sottovalutare l'importanza di questi temi e pur esprimendo il massimo apprezzamento per le imprese "socialmente responsabili", ritengo, parafrasando Calamandrei, che «nell'incertezza su quali siano le regole dell'etica muovere dall'etica del rispetto delle regole (giuridiche) segnerebbe sicuramente un forte progresso»⁸⁷.

Bisogna però distinguere tra comportamento scorretto e astuzia/abilità negoziale, che è, e probabilmente sarà sempre, l'anima del commercio⁸⁸.

«Se le parti non fissano alcun correttivo, è perché si fidano l'una dell'altra e il giudice non può alterare l'equilibrio negoziale se non quando la fiducia riposta è violata in mala fede. (...) Ma se invece di una frode, le circostanze di fatto meramen-

⁸⁶ C. ANGELICI, Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina, cit., p. 169.

⁸⁷ Nello stesso senso v. P. Montalenti, La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata, in Giur. comm., 2005, I, p. 436; Id., Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, p. 379. Propende per una conclusione da lui stesso definita «minimalista» anche V. Calandra Buonaura, op. cit., p. 548. V. anche V. Buonocore, Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni fa, in Studi in onore di P. Rescigno, Milano, 1998, IV, pp. 19 ss.; Id., La responsabilità dell'impresa tra libertà e vincoli, in AA.VV., La responsabilità dell'impresa, Milano, 2006; Id., Etica degli affari e impresa etica, in Giur. comm., 2004, I, pp. 181 ss.

⁸⁸ Si ricorda, a dimostrazione che il problema in esame è risalente, il caso prospettato da Cicerone (e riferito da P. GALLO, *Buona fede contrattuale e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 243) di un mercante di grano giunto a Rodi dopo lunga carestia e al corrente che molte altre navi cariche di grano stavano per arrivare: è legittimo tacere al fine di ottenere un corrispettivo maggiore?

te manifestano "abilità negoziale" di una parte, allora è da escludersi che il giudice possa prestare soccorso alla parte più sciatta nelle trattative»⁸⁹.

Lo stesso legislatore lascia spazio a operazioni difficilmente conciliabili con una "concezione etica degli affari" e a volte sembra "tendere dei tranelli" laddove ammette il meccanismo della pubblicità sanante, del silenzio-assenso, la sanatoria della nullità (vizio che, di regola, non è più imprescrittibile) l'estinzione della società per effetto della semplice cancellazione dal registro delle imprese, la clausola simul stabunt simul cadent spesso utilizzata per liberarsi di un consigliere scomodo. Inoltre, certe novità introdotte dalla riforma societaria paiono aver (inconsapevolmente) stimolato comportamenti alquanto discutibili come la trasformazione "difensiva" della s.p.a. in s.r.l. per

⁸⁹ N. DE LUCA, Validità delle clausole di trascinamento ("Drag-along"), in Banca, borsa, tit. cred., 2009, I, pp. 183-185.

⁹⁰ Si pensi alla traslazione del costo dell'acquisizione sul patrimonio della società acquisita (in argomento C. CINCOTTI, Merger leveraged buyout, sostenibilità dell'indebitamento e interessi tutelati dall'ordinamento, in Riv. soc., 2011, pp. 634 ss.) e soprattutto alla recente legittimazione delle società costituite con un solo euro di capitale, scelta legislativa «che si pone (...) in stridente contrasto con la massiva predicazione che della "responsabilità sociale dell'impresa" fanno le stesse imprese, ammantandosi di prestare alta considerazione agli interessi esterni, promuovendo, a ogni piè sospinto, la tutela degli sbandierati stakeholders, al punto da generare il sospetto che il rilevato contrasto sia solo apparente, tali "litanie" caratterizzandosi, evidentemente, per il medesimo tasso di sincerità che ha guidato il legislatore italiano nell'architettura di un modello di società che di capitalistico porterà soltanto il nome» (così C. AMATUCCI, Ancora un capitale per la s.r.l.? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e "rarefazione" dei conferimenti, in Riv. soc., 2004, p. 1481).

⁹¹ Come posto in rilievo da E. GLIOZZI, *Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 16 ss. un'eventuale deliberazione assembleare di esonero dei gestori da ogni responsabilità civile per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale sarebbe certamente nulla per illiceità dell'oggetto ma, verosimilmente, potrebbe essere sanata per decorso del termine triennale (arg. desunto dagli artt. 2379 e 2479 *ter* c.c.). Le uniche delibere che possono essere impugnate *sine die* sono quelle che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili.

paralizzare la denuncia ex art. 2409 c.c.⁹² o l'operazione inversa per vanificare l'ampio e apparentemente illimitato diritto di informazione e controllo riconosciuto dall'art. 2476, 2° co., c.c. al socio-non amministratore di s.r.l.⁹³.

Ma per evitare simili "manovre", ai limiti della frode alla legge, e garantire *in primis* il rispetto delle minoranze, sarebbe sufficiente osservare la legge "nella lettera e nello spirito", senza cercare modi e strumenti per eluderla impunemente⁹⁴.

È alquanto istruttivo, e deve farci riflettere, la circostanza che nell'ordinamento statunitense i giuristi stiano rivalutando, nel campo delle business corporation for profit, accanto agli obblighi, di origine morale e sociale, di diligenza (duty of care) e di fedeltà/lealtà (duty of loyalty), il duty of obedience (oggi implicitamente contenuto nel dovere di buona fede⁹⁵), ossia il dovere degli amministratori di osservare la legge, quasi a voler porre un argine all' "ossessione" per la massimizzazione del profitto. Si sottolinea che un siffatto dovere di obbedienza alla legge offrirebbe alla giurisprudenza del Delaware⁹⁶ un parametro oggettivo di giudizio. In un suo recente lavoro Palmiter⁹⁷ auspica il

⁹² Trib. Ascoli Piceno, 1° marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 1568, con nota di M. SPIOTTA, "Ravvedimento operoso" o trasformazione "con destrezza"?.

 $^{^{93}\,}$ Trib. Venezia, 15 settembre 2012 e Trib. Catanzaro, 26 febbraio 2014, entrambe in www.ilcaso.it.

⁹⁴ V. BUONOCORE, *Postfazione sull'etica degli affari e sull'impresa etica* a *L'impresa*, nel *Trattato Buonocore*, I, 2.1, Torino, 2002, pp. 597 ss., rileva come nel nostro ordinamento «gli abusi nel mondo societario sono privi il più delle volte di rilevanza (...) e sono compiuti attraverso comportamenti formalmente ossequiosi della norma giuridica ma sostanzialmente lesivi degli interessi di coloro che sono fuori dal governo dell'impresa». Del resto, nessuna legge può essere tanto perfetta da prevenire comportamenti elusivi che soltanto l'etica professionale sembra in grado di scongiurare in via definitiva.

⁹⁵ A. MORINI, «Good Faith», buona fede: verso "nuovi doveri" degli amministratori di s.p.a.?, in RDS, 2011, pp. 1048 ss., ove ulteriori riferimenti

⁹⁶ Che costituisce in materia societaria il *benchmark* di riferimento del complesso degli ordinamenti statali americani.

⁹⁷ PALMITER, Duty of obedience: the forgotten duty of U.S. Corporate Law, in RDS, 2013, pp. 436 ss. L'articolo è preceduto da A. MAZZONI, Introduzione a Alan R. Palmiter, Duty of obedience: the forgotten duty of U.S. Corporate Law, in RDS, 2013, pp. 434 ss.

superamento della regola secondo la quale non comporta responsabilità degli amministratori verso la società l'aver agito in violazione del principio di legalità, sempreché il comportamento sia stato tenuto in *good faith* e per realizzare l'interesse della società.

In Italia, dove il dovere di rispettare la legge è già codificato (v. in ambito societario gli artt. 2260, 2° co., 2392 e 2476 c.c.) bisognerebbe forse non darlo troppo per scontato⁹⁸. I precetti "legali" sono tendenzialmente attenti a tutti gli interessi delle diverse categorie di stakeholders, ragion per cui il loro rispetto dovrebbe già consentire di accrescere il "welfare aggregato" di coloro a vario titolo coinvolti nell'attività d'impresa (soci, lavoratori, fornitori, clienti, ecc.) e, in ultima analisi, di accreditare la società commerciale come "istituzione sociale". Il rispetto della legge non può essere sacrificato sull'altare del perseguimento della massimizzazione del profitto. Finché non ci sarà questo "cambiamento di mentalità" degli operatori del settore (al quale può senza dubbio contribuire la giurisprudenza attraverso un accorto99 uso di formule come "frode alla legge", "eccesso di potere", "abuso del diritto", "difetto di causa in concreto") parlare di un "andare oltre le prescrizioni minime e gli obblighi giuridici" potrebbe sembrare "prematuro" e frutto di un approccio "moralistico", che sconta il prezzo del relativismo (anche definitorio) e dell'incertezza dei risultati.

De iure condendo, gli incentivi spontanei del mercato¹⁰⁰ (che presuppongono l'impegno di tutti noi "consumatoricittadini") dovrebbero essere rafforzati da incentivi legali (es. premi fiscali alle imprese che presentino i migliori bilanci sociali¹⁰¹) e magari anche dall'introduzione di un divieto generaliz-

⁹⁸ G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2014.

⁹⁹ Sottolineo "accorto" perché altrimenti il giudice finirebbe per sostituirsi alle parti: v. *ex multis* le riflessioni di A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di princìpi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss.

¹⁰⁰ Basti pensare che il c.d. *boicottaggio dei consumatori* presuppone la disponibilità di costoro ad attribuire maggiore importanza a *come* quel bene sia stato prodotto che non al suo *costo*.

¹⁰¹ M. LIBERTINI, Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della re-

zato di approfittare, in danno degli *stakeholders*, di situazioni riconducibili a fenomeni classificati come fallimenti del mercato¹⁰². Si otterrebbe così la "quadratura del cerchio", giacché, senza incidere sul carattere volontario della RSI, si recupererebbe la funzione dello Stato¹⁰³ e l'interrelazione etica-diritto¹⁰⁴.

Nel frattempo, non resta che raccogliere l'invito di Friedrich Dürrenmatt¹⁰⁵ a cui avviso in un contesto in cui non occorre che un giudice sia giusto, così come non occorre che un papa sia credente, compito del giurista pare essere diventato quello di ristabilire quanto meno un'idea plausibile di Giustizia, affinché non diventi una farsa totale.

Anche lo studioso del diritto commerciale¹⁰⁶ può diventare un interlocutore nel dibattito sulla RSI e dare (come si è cercato di fare in questo lavoro) il suo piccolo contributo, anche se è inevitabilmente portato a ragionare "in termini giuspositivistici.

sponsabilità sociale dell'impresa, in Riv. soc., 2009, pp. 1 ss.; ID., La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale, in Giur. comm., 2012, I, pp. 331 ss.; ID., Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa, in La responsabilità sociale dell'impresa – In ricordo di Giuseppe Auletta, a cura di Di Cataldo e Sanfilippo, Torino, 2013, pp. 26 ss.

¹⁰² Questa la proposta di F. DENOZZA, Responsabilità dell'impresa e "contratto sociale": una critica, in Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti, a cura di Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2010, p. 287.

103 Tutti concordano sulle imperfezioni del mercato e sul fatto che da un'azione unicamente ispirata alla massimizzazione del profitto possano derivare inefficienze e ingiustizie, ma alcuni ritengono che l'intervento correttivo sia prerogativa dello Stato e che sarebbe arbitrario affidare tale compito ai *managers* dell'impresa. Ma questa è una questione di "politica legislativa", che meriterebbe una trattazione a parte.

¹⁰⁴ Se è vero che le leggi non possono cambiare immediatamente i sentimenti, è altrettanto vero che i cambiamenti di condotta (imposti dalle leggi) sono i più efficaci induttori di cambiamenti nei sentimenti e nei pensieri. Cfr. H. BALL, G. SIMPSON, K. IKEDA, *Law and Social Change: Sumner Reconsidered*, in *American Journal of Socilology*, 67 (1962), p. 532.

¹⁰⁵ Formulato nel romanzo *Giustizia,* trad. it. di G. Agabio, Milano, 2005.

¹⁰⁶ E di altre discipline: v. ad es. M. FERRARESI, *La responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro,* in *Dir. relaz. industriali,* 2004, pp. 391 ss.

Il Centro Studi d'Impresa – RES persegue l'obiettivo di promuovere lo studio dei rapporti fra diritto e mercato, sollecitando anche lo sviluppo di un'etica commerciale non esclusivamente di profitto, ma sensibile agli interessi della società nel suo complesso. Da questo punto di vista non è sembrato opportuno limitarsi ad indagini e proposte esclusivamente rivolte al sistema vigente, ma si è ritenuto indispensabile inserirle in un più ampio panorama storico e geografico. Questa nuova collana editoriale intende dunque fornire adeguata collocazione ai contributi scientifici multidisciplinari, di volta in volta sviluppati dagli studiosi che il Centro invita a riflettere su una particolare tematica.