

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 162  
abril/junho – 2004

## ESTUDOS EM HOMENAGEM A ANNA MARIA VILLELA

**Organização**  
Jorge Fontoura

# Debito indebito?

## Regole per il mercato globale

Sandro Schipani

*1. Se si fossero rispettati i vigenti principi generali del diritto e i diritti umani, il debito internazionale dei Paesi in via di sviluppo risulterebbe fondato, o si stanno considerando dovute somme non realmente dovute?*

Sulla spinta delle vicende degli ultimi venti anni del debito internazionale dell'America Latina, è maturata in Europa e in America Latina una comune riflessione sulla pluralità di fattori che sono intervenuti in esse. In particolare, è maturata la consapevolezza del fatto che, a fianco a tanti fattori ampiamente discussi, relativi a corruzione, cattivo uso delle risorse, ecc., di cui si devono considerare responsabili gruppi dirigenti di questo o quel Paese in Via di Sviluppo, anche in concorso con operatori economici e/o personalità politiche esterni all'area stessa, è stato determinante il trattamento giuridico del debito internazionale stesso. Specificamente, è maturata la consapevolezza che è stato determinante il modo in cui sono stati applicati a tale debito alcuni principi di diritto (es. *pacta sunt servanda*), mentre altri non sono stati applicati (es. determinatezza della prestazione; buona fede sia nella fase precontrattuale, sia quale criterio oggettivo che concorre alla determinazione del contenuto della prestazione, sia nella esecuzione; *rebus sic stantibus* e/o altri criteri per considerare l'accollo delle conseguenze di eventi imprevedibili; divieto di interessi

usurari; autoresponsabilità; ecc.); inoltre che sono state prodotte delle violazioni di riconosciuti diritti umani in nome dell'affermazione dei diritti di credito, senza ponderata considerazione della gerarchia secondo cui nella situazione concreta avrebbe dovuto essere coordinato l'esercizio di questo (ad es. non è stato applicato il *beneficium competentiae* che non consente di ridurre alla povertà il debitore; il divieto di abuso di diritto).

Le istituzioni finanziarie internazionali poi non hanno operato per il rispetto di questi esistenti principi e per l'affermazione di questo sistema di diritti, ma anch'esse sembrano coinvolte in una prassi che non riesce a riconoscere la corretta interrelazione fra principi della giustizia e interessi economici, e la necessità di regole per il corretto funzionamento di qualsiasi sistema di libertà, e quindi anche per la massimizzazione dello sviluppo e della soddisfazione degli stessi interessi economici.

Il punto merita di essere sinteticamente ricordato.

Nel 1985, il Comitato economico e sociale della Comunità europea osservava: "Il Comitato economico e sociale si rende conto che, malgrado il leggero miglioramento degli ultimi mesi, la situazione di indebitamento continua ad essere un ostacolo strutturale e a pesare in modo insostenibile sulle prospettive di sviluppo dei Paesi dell'America Latina. Tale fenomeno, favorito da finanziamenti internazionali non sempre cauti, aggravato da enormi fughe di capitali, e che emargina una manodopera peraltro a buon mercato, è reso più complesso da circostanze imprevedibili quali la crisi economica internazionale, la sopravvalutazione del dollaro che ha raddoppiato nel corso degli ultimi cinque anni il suo valore rispetto alle monete europee stabili, nonché agli esorbitanti tassi di interesse" (*doc. CES 931/85 CAL/dm, par. 7*).

Alla fine dello stesso decennio e all'inizio del successivo, alcuni giuristi europei e latinoamericani, nel quadro di una ricerca

scientifica coordinata presso il Centro di studi latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata", venivano ponendo a fuoco profili della gestione giuridica della vicenda del debito dell'America Latina che costituivano probabile violazione di principi generali del diritto e di diritti umani che invece avrebbero dovuto essere rispettate, e, se lo fossero state, il debito non sarebbe aumentato nel modo in cui è aumentato.<sup>1</sup> Contemporaneamente, era maturata altresì in Argentina e in Brasile, la convinzione della utilità di chiedere un parere alla Corte internazionale di Giustizia dell'Aja in merito alla violazione del divieto di tassi usurari che si sarebbe verificata nei prestiti internazionali<sup>2</sup>. L'incontro fra le due impostazioni ha fatto maturare una linea di riflessione scientifica dibattuta in numerosi congressi a Brasília, Vienna, Roma, Caracas, Stoccolma, Madrid, Salamanca, Sao Paulo ed ha prodotto pubblicazioni<sup>3</sup>; esso ha alimentato e si è alimentato altresì di un dialogo con teologi e moralisti, da cui è scaturita la Carta di Sant'Agata dei Goti<sup>4</sup> che ha proposto alcuni principi di morale e di diritto in materia<sup>5</sup>.

La discussione e l'accertamento scientifico dei principi vigenti e vincolanti per la materia delle convenzioni (accordi, contratti internazionali concernenti i prestiti) e delle obbligazioni che ne scaturiscono, ha attinto al comune diritto che scaturisce dalle basi e dagli sviluppi del sistema giuridico, dai suoi fondamenti etici, dalla comunicazione fra i diritti dei diversi paesi come con quello internazionale. Essa ha offerto i suoi risultati all'uso da parte di tutti gli uomini come iniziale risposta alla necessità generale di schemi giuridici, di regole che sorreggano una effettivamente libera dinamica economica al servizio degli uomini, tutelando, in un ambiente quale quello internazionale privo di governo dell'economia, anche le presenze più deboli.

Questa impostazione ha altresì attratto studiosi del mondo islamico, che, grazie al coordinamento dell'Istituto di Studi e

Programmi per il Mediterraneo-ISPRM, hanno partecipato a congressi svoltisi a Roma, e poi hanno da ultimo altresì promosso un Seminario scientifico ad Annabha (Algeria), 4-6/12/1999<sup>6</sup>.

### *Debito indebito?*

Questo dibattito scientifico costituisce il retroterra fatto proprio sia dal Parlamento Latinoamericano, sia poi dalla Conferenza interparlamentare Comunità Europea-America Latina, San Paolo, 2-7 maggio 1993, nel cui Atto finale veniva approvata all'unanimità la richiesta agli Stati membri di una loro iniziativa alla Assemblea Generale delle NU di richiesta alla Corte Internazionale di Giustizia un parere su "el marco ético y jurídico, que debe regular los términos de los préstamos internacionales". Un simile voto è stato poi reiterato dalla successiva Conferenza interparlamentare Unione Europea-America Latina, di Bruxelles, 19-22 giugno 1995.

Mentre i propositi di alcuni governanti latinoamericani di portare avanti la richiesta di parere predetta sono risultati paralizzanti sul nascere in modi non chiari, che fanno temere interventi volti ad impedire una iniziativa che tutti invece avrebbero dovuto sostenere per il suo spirito di ricerca e di rispetto del diritto, ha fatto propria tale linea l'Unione interparlamentare a livello mondiale, nella sua 99a Conferenza, Ginevra, 10 aprile 1998. Essa sottolinea da un lato la permanente gravità della crisi economica che colpisce i paesi debitori i cui effetti sono aggravati dalle linee imposte dalle istituzioni finanziarie internazionali che hanno "conséquences particulièrement néfastes sur les enfants, les femmes, les populations autochtones et les minorités"; sottolinea che "dans un monde touché par la mondialización, plus d'un milliard de personnes vivent dans la pauvreté absolue et sont marginalisées dans la société", e che il servizio del debito "absorbe un pourcentage excessif de leurs recettes annuelles

en devise, privant ainsi les initiatives économiques et le développement humain des fonds dont ils auraient besoin"; e impegna "l'Assemblée générale des NU ... envisager de solliciter de la Cour internationale de justice de La Haye un avis consultatif sur la manière dont une partie de la dette a été contractée".

La preoccupazione che un improprio esercizio del diritto da parte dei creditori possa produrre indirettamente violazioni dei diritti umani è poi alla base della Risoluzione 1998/24 del 17/4/1998, della Commissione dei diritti umani delle NU, in cui, si sottolinea "la relazione fra il pesante carico del debito internazionale e il considerevole aumento della povertà che si osserva a livello mondiale e acquista speciale gravità in Africa"; si indicano come fattori di un "ordine economico internazionale giusto ed equo, che garantisca in Paesi in via di sviluppo, fra le altre cose la stabilizzazione dei tipi di cambio e di interessi"; si afferma "che i diritti fondamentali della popolazione dei paesi debitori all'alimentazione, alla abitazione, ai vestiti, al lavoro, all'educazione, ai servizi sanitari e ad un ambiente sano non può essere subordinata alla applicazione di politiche di ristrutturazione economica originate dal debito"; si istituisce un Relatore speciale per tre anni che raccolga i dati relativi "alle conseguenze negative che il debito internazionale ha sul godimento effettivo dei diritti economici, sociali e culturali nei Paesi in via di sviluppo anche per le politiche adottate per far fronte al debito stesso".

Il Parlamento italiano, per primo in Europa, nella seduta della Camera dei Deputati del 27/5/1988 ha approvato a larga maggioranza, con numerose astensioni, ma solo due voti contrari e con parere favorevole del Governo, una mozione (Cherchi ed altri 1-00023) con cui "si impegna il Governo a compiere le necessarie azioni affinché, in occasione della prossima Assemblea Generale delle NU, venga

inserita all'ordine del giorno della stessa assemblea la deliberazione della richiesta del parere consultivo della Corte internazionale di giustizia in ordine ai profili giuridici della regolazione del debito internazionale e ad adoperarsi affinché la deliberazione dell'Assemblea sia in senso positivo". Anche il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro è impegnato sulla stessa linea. E Il Parlamento stesso infine, quest'anno ha tradotto nella legge 209 del 2000 la posizione della mozione predetta: desidero ricordare l'art. 7: "Il Governo, nell'ambito delle istituzioni internazionali competenti, propone l'avvio delle procedure necessarie per la richiesta di parere alla Corte Internazionale di Giustizia sulla coerenza tra le regole internazionali che disciplinano il debito estero dei Paesi in via di sviluppo e il quadro dei principi generali del diritto e dei diritti dell'uomo e dei popoli".

## *2. Un contributo della comune base romanistica alla costruzione di un ordine giuridico più giusto nel settore degli scambi economici*

La concezione del diritto che trova espressione nei dati riferiti riconduce sull'orizzonte dell'attualità l'esistenza di un diritto comune, che regola le situazioni anche nuove che si presentano, e che va applicato.

Il debito internazionale dei Paesi in via di sviluppo è formato da rapporti che hanno notevoli differenze fra loro sia in relazione ai soggetti coinvolti, sia ai tipi di atti compiuti, e di conseguenze alle normative specifiche da applicare. Nonostante questa grande varietà, vi sono alcuni principi generali che non possono essere violati, e di cui quindi il rispetto deve essere garantito comunque, siano essi o no stati espressamente previsti nelle singole convenzioni fra le parti che regolano i singoli rapporti, nell'esercizio dell'autonomia ad esse spettanti. Nonostante l'espansione avuta

dallo statual-legalismo, permane una base di diritto comune posto a disposizione di tutti i popoli, secondo la notissima nozione che troviamo testimoniata dal giurista romano Gaio, e fatta propria da Giustiniano: "tutti i popoli in parte usano di un diritto comune, costituito fra tutti gli uomini dalla naturale ragione, e chiamato diritto delle genti, come se tutte le genti si avvalessero di tale diritto" (D. 1,1,9). Le codificazioni moderne si sono inserite in tale impostazione, collegandosi a tale permanente diritto comune principalmente tramite il rinvio ai principi generali del diritto, concetto tecnico attraverso il quale si filtrano gli elementi fondanti e permanenti del sistema. Come le codificazioni, così pure il moderno diritto internazionale, tanto che lo Statuto della Corte internazionale di Giustizia dell'Aja considera i "principi generali del diritto" fra le fonti del diritto che deve applicare (art. 38 c.). Ed alla ricognizione di essi da parte della Corte si aspira per un autorevole contributo alla chiarificazione delle regole fondanti le relazioni creditizie. Il giurista del sistema giuridico romanistico sa che tale ricognizione da parte di un giudice deve essere sostenuta dal lavoro della scienza giuridica; deve essere accompagnata da una permanente formazione di giuristi consapevole del loro ruolo di far stare insieme e saldo il diritto migliorandolo sempre (secondo le notissime parole di Pomponio ricordate da Giustiniano in D. 1,2,2,13: *constare non potest ius nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius produci*).

Vorrei richiamare l'attenzione su tre fonti romane che contengono l'origine di principi che è necessario tenere presenti.

### *2.1. Il tema degli interessi costituisce uno dei principali della ricerca ricordata<sup>7</sup>*

Forse sarebbe utile rinnovare una rassegna della legislazione repubblicana in materia appunto di *usurae* (interessi)<sup>8</sup>. Il punto centrale di essa non è tanto la determinazione del concreto livello oltre il

quale le usure erano illecite, quanto che era chiara la consapevolezza della necessità che un limite imposto dall'esterno rispetto alle parti contrattanti garantisse dagli abusi della parte più forte. Le forme di produzione, i tipi di fungibili dati a mutuo, ecc. vanno tutti esaminati con adeguata ricostruzione del contesto; dal complesso dei provvedimenti emerge il principio secondo cui al livello degli interessi va imposto un limite.

Ciò premesso, vorrei richiamare l'attenzione su uno di tali interventi normativi, il plebiscito proposto dal tribuno della plebe M. Sempronio nel 193 a.C. *de pecunia credita*, e ricordatoci da Livio 35,7,2-5<sup>9</sup>.

Le circostanze sono note. Livio ci riferisce che: "*civitas faenore laborabat*. La città era oppressa dai debiti. Sebbene l'avidità fosse stata frenata con molte leggi sugli interessi, era stata imboccata la via della frode, in modo da registrare<sup>10</sup> i crediti al nome di alleati, che non erano tenuti da tali leggi; così i debitori erano oppressi dagli interessi liberi<sup>11</sup>".

In questa situazione, cercandosi un modo per tutelare i debitori da questa *fraus*, al Senato<sup>12</sup> parve bene fissare un termine assai prossimo perché quegli alleati che fossero titolari di crediti da mutuo li dichiarassero, e raccomandare ai magistrati che da tale giorno esercitassero la giurisdizione (*ius diceretur*) in merito alle pretese dei creditori che agissero per il denaro da essi dato a credito, applicando però le leggi sugli interessi che il debitore invocasse, e presumibilmente solo per quei debiti che fossero stati denunciati<sup>13</sup>.

Attraverso le autodenunce degli interessati, fu però accertata la grandezza dei debiti contratti con questo raggiro (*magnitudo aeris alienis per hanc fraudem contracti*). Dovette cioè apparire evidente l'esorbitante predominio della parte creditrice, e quindi la necessità di un diverso intervento. Il tribuno della plebe M. Sempronio allora propose, e la plebe decise che, in materia di prestiti di denaro, valesse anche con gli alleati e con i Latini lo stesso diritto che

valeva per i cittadini romani (*pecuniae creditae ius idem quod cum civibus Romanis*), andando ben oltre le esigenze della situazione concreta. È da sottolineare che Livio riferisce che il tribuno, per questo plebiscito, avrebbe agito *ex auctoritate patrum*<sup>14</sup>.

Non mi occupo dei problemi connessi alla prima delibera del Senato. (Dato il carattere di tale primo voto, esso può non contrastare direttamente con il criterio secondo cui l'*imperium*, e la *ius dictio* del magistrato nei confronti dello straniero, per ragioni "pubblicistico-processuali", erano vincolati dalla *fides* piuttosto che con la *lex*<sup>15</sup>. Il voto del Senato rientrerebbe infatti piuttosto nel diverso ambito dei rapporti consultivi e direttivi che esso aveva con i magistrati<sup>16</sup>. In questo quadro, potremmo ritenere che la frode alla legge, che Livio evidenzia al centro della vicenda<sup>17</sup>, giustificasse, in quanto violazione della *fides*, una istruzione tendente a orientare l'esercizio della tutela giurisdizionale della pretesa che i Latini o gli altri soci italici facevano valere, adeguandola alle norme che avrebbero dovuto regolare i rapporti effettivi sottostanti, ai quali, peraltro, non viene data alcuna diretta rilevanza, permanendo fondamento dell'azione quello che, alla stregua del racconto, dovremmo considerare il rapporto simulato.)

La successiva legge, e l'*auctoritas* che l'ha preceduta, richiedono una attenta analisi.

Il plebiscito in esame ha infatti una grande portata, come espressione del modo di concepire il diritto: a ben vedere, il suo obbiettivo non è colpire una *fraus*, che non ci si propone di accertare, n, è quello di proibire in alcun modo tali tipi di atti<sup>18</sup>. L'elusione delle leggi sugli interessi rimane l'elemento primario della emozione che percorre gli animi, ma è poi solo un aspetto della complessa vicenda che conduce al provvedimento. La ragione del plebiscito è infatti l'oggettivo peso degli interessi usurari imposti da una complessa rete di persone e interessi, di relazioni, fiducia e possibilità di reciproco controllo, più estesa della

dimensione della *civitas*; una rete che tende a diventare dominante e ad emarginare le forze che ad essa non si adeguano. Il plebiscito affronta questa nuova realtà imponendo in merito agli interessi, problema che emergeva come determinante, l'identità di diritto per i rapporti che avessero luogo in quella più estesa collettività entro cui quella rete operava. Il plebiscito, cioè, adegua l'ambito di applicabilità della norme a quello della collettività effettiva, nella quale la possibilità di frode dipendeva da, e si affiancava ad una differenza di trattamento fra cittadino e straniero socio o Latino che stava perdendo il suo significato, con una velocità che la maggior mobilità della ricchezza costituita dai nomina fa emergere prima di quanto accade in altri ambiti. Prestare ad uno straniero che può pagare un interesse superiore grazie al fatto che egli può a sua volta prestare a un cittadino ad un interesse superiore in quanto non vincolato dalle leggi che imponevano livelli massimi agli interessi, era una forma di oggettiva elusione della legge, che poteva o no essere accompagnata da un disegno fraudolento, ma che si configurava altresì come determinata dalla logica di un mercato che ha ampliato le sue dimensioni e che porta, in assenza di una ragione giuridica o economica per prestare ad un cittadino a condizioni meno vantaggiose, ad una fuga di capitali, ad un drenaggio delle disponibilità finanziarie presenti nella collettività dei cittadini, che poi rientrano a condizioni più onerose per gli stessi; e che può comportare anche un generale apprezzamento del valore del denaro, la percezione delle conseguenze del quale non mi è qui possibile esaminare.

Il plebiscito superava allora le ragioni per cui le leggi non erano applicabili ai non cittadini, ragioni che sono espressione di un radicato principio ordinatore della società secondo cui la legge, come espressione di una comunità, vincola solamente i membri della stessa (*peregrinus* è appunto secondo quanto ci ricorda Varr., de Lingua Lat., 5,3:

qui suis legibus uteretur, pur nel quadro del par ius cum populo Romano testimoniato da Festo, 314 *status dies*<sup>19</sup>). Emerge in questo plebiscito un dinamismo espansivo fondato sull'obbiettivo che *ius idem esset* in relazione all'applicazione dei limiti agli interessi. Emerge cioè la consapevolezza che, in materia di *usurae*, pur attraverso leggi, si fissano norme che devono avere necessariamente valore cogente generale per tutta la collettività degli operatori economici, cittadini e no, che integri un unico mercato finanziario, altrimenti esse si ritorcono dannosamente contro la comunità che le ha poste<sup>20</sup>. E come per la tutela nei confronti del furto o del *damnum iniuria*, per ragioni proprie a tali figure di delitto, si operava tramite  *fictio civitatis*  l'estensione ai non cittadini dell'applicazione di norme statuite per legge (Gai. 4, 37)<sup>21</sup>, così, in quell'inizio del II sec. a.C., si afferma l'estensione dell'applicazione dei limiti statuiti per legge alle *usurae*, forse direttamente<sup>22</sup>, come se tali norme si incorporassero o fossero espressione di un nucleo di *ius* che dalle origini era comune<sup>23</sup>, considerandole al pari di quello che, secondo una nostra terminologia, sono cogenti "principi giuridici"<sup>24</sup>.

## 2.2. Il tema del mutamento del valore della moneta di riferimento costituisce un'altra profilo su cui si deve riflettere

In D. 13,4,3 Giustiniano utilizza un frammento dell'opera di Gaio di commento all'editto provinciale.

D. 13,4,3 Gaius 1.9 *ad ed. prov.*: *Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris*<sup>25</sup>.

Il giurista Gaio sta qui esaminando il problema del riequilibrio degli interessi delle parti attraverso l'*actio de eo quod certo loco debetur*. Cioè, sommariamente<sup>26</sup>, se taluno fosse obbligato a dare una certa quantità di

denaro o di altre cose fungibili, in base ad una causa per cui competa una *condictio certae creditae pecuniae/certae rei*, l'*intentio* sarebbe formulata: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere* (cfr. Gai.4,41), e la *condemnatio*, per la somma di denaro, nei termini: *Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna si non paret absolve* (cfr. Gai.4,50), e, in caso di altre cose, l'indicazione dell'importo sarebbe sostituita da *quanti ea res est*. Questa azione sarebbe esperibile nel luogo dove risiede il debitore, che è in linea generale luogo di adempimento per questo tipo di obbligazioni. Ma se fosse determinato un luogo specifico diverso, e il creditore esperisce l'azione citata nel luogo di residenza del debitore rischia una *pluris petitio loco* (Gai.4,53c). Per evitare ciò, l'attore deve utilizzare l'azione *de eo quod certo loco* sopra citata, in cui l'*intentio* potrebbe essere formulata ad es.: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem Ephesi dare oportere* (cfr. Ulp. D.13,4,2,1 ss.)<sup>27</sup>, e la *condemnatio* in termini tali da attribuire al giudice, in età classica, in forza di una *condemnatio incerta*, "il potere-dovere di determinare il diverso valore che la prestazione veniva così ad avere"<sup>28</sup> (qualora competesse un'a. con *intentio incerta*, il problema della diversità di luogo poteva essere valutato dal giudice anche senza il ricorso a questa azione).

Esaminando i possibili profili di ciò che doveva essere valutato, il testo in esame dimostra una sensibilità alle oscillazioni di costo e valore di alcuni beni, e del denaro.

Premesso che altri profili dell'interesse delle parti ad adempiere, od a veder adempiuta la prestazione nel luogo convenuto vengono analizzati in altri passi di Ulpiano, con menzione di Labeone e Giuliano, e di Africano (D.13,4,2 pr.; D.13,4,2,8; D.13,4,8), nonché delle *Institutiones* di Giustiniano (J.4,6,33 c), e che non è mia intenzione esaminarli in questa sede, Gaio qui mi sembra concentrarsi sulle oscillazioni del prezzo al quale ci si può procurare dei beni

fungibili sulle diverse 'piazze'. Egli sembra presupporre, forse anche solo a fini di esemplificazione chiarificatrice, con implicite semplificazioni, situazioni in cui non si tratta di dare in un luogo o in un altro cose fungibili di cui si dispone, e che vengano fatte pervenire nel luogo di adempimento, con una attività che implicherebbe problemi di costo del trasporto e di responsabilità; ma di dare cose che ci si procura in luogo. Neppure mette in conto viaggi del debitore, o problemi organizzativi o di credito che egli possa avere nei diversi luoghi, e considera quindi il debitore come in grado di consegnare cose tramite disposizioni anche date da lontano; il che da un lato ci può far pensare ad organizzazioni commerciali e finanziarie complesse<sup>29</sup>, d'altro lato ad un isolamento di alcuni profili del problema rispetto agli altri, al fine di individuarli come tali da essere considerati.

Gaio quindi dapprima mette in luce l'oscillazione del prezzo delle merci, come vino, olio, frumento. L'accostamento ad esse del denaro sarebbe compiuto con "qualche imbarazzo"<sup>30</sup>, perché il denaro sarebbe per sua definizione destinato ad avere *ubique una et eadem potestas*, e con tali caratteristiche verrebbe assunto dai giuristi.

Questa osservazione di Gaio ci fa però immediatamente pensare alla riflessione di Paolo sul denaro, quale oggetto della prestazione del compratore, strutturante la compravendita: D. 18,1,1 testo, notissimo, pone in una prospettiva di evoluzione il rapporto fra permuta e compravendita, e lo lega al sorgere del denaro: *materia forma publica percussa*. Il contrasto fra sabiniani e proculeiani sulla differenza fra permuta e compravendita sembrerebbe essere chiuso con la scelta di questo testo di Paolo all'inizio del titolo sulla compravendita (D. 18,1,1,1).

Gaio, sabiniano, ci ricorda anche nelle sue Istituzioni i termini del dibattito: Gai. 3,141. Egli riconduce la differenza fra permuta e compravendita a parametri sistematici non evolutivisti, e a questo



scopo sottolinea che anche la compravendita è una *vetustissima species*. Cerca poi di precisare la differenza fra le due figure, e quindi di conservare la diversità di considerazione giuridica fra merce e prezzo attraverso un altro criterio di analisi della formazione della compravendita, legato al *rem venalem habere/rem venalem accipere*. Questa impostazione attenua il ruolo della moneta, in quanto tutte le cose possono consentire di raggiungere l'obbiettivo di quel bilanciamento degli interessi che soddisfa le parti, che è alla base della funzione della moneta, e che questa raggiunge grazie alla *publica et perpetua aestimatio* che conferisce alla sua *quantitas* uno stabile rapporto (*aequalitas*) con le cose più diverse a sua volta evidenziata da Paolo.

Nel nostro testo, rilevata la variet... dei prezzi delle cose, a tener conto della quale è destinato l'*arbitrium iudicis*, Gaio non mette in discussione il ruolo che la *potestas* del denaro svolge, ma certo coglie una ragione di dubbio (*licet videatur*) sulla 'unicità ed identità' di essa, e la mette in correlazione con l'osservazione che il denaro stesso ha diversi costi, in quanto l'acquistarne costa appunto ora di più ora di meno, e ciò, ci spiega, a causa delle diverse *usurae* che vengono praticate sulle diverse piazze, assumendo quindi per il suo ragionamento un termine di riferimento finanziario, e non commerciale, che manifesta, nella complessità della sua applicazione, il grado di maturità anche di questo settore.

In un ambiente che, pur unificato nella vasta rete di fluidi movimenti commerciali e finanziari, conserva evidentemente anche delle 'vischiosità', e quindi le menzionate differenze, Gaio cioè, forte del dato obbiettivo costituito dalla rilevazione di queste, affronta il problema dello 'sforzo' che deve compiere il debitore per procurarsi il denaro, e la possibile maggiore o minore onerosità della prestazione a cui il debitore stesso è tenuto. Egli inoltre non affronta, ma adombra il dubbio che ne deriva per l'affermazione di carattere generale della invariabilità del

valore/potere di acquisto del denaro, quasi ipotizzando un apprezzamento/deprezzamento dello stesso. Egli certo però non pone tale possibile vantaggio/svantaggio per l'attore come condizione per la considerazione da parte del giudice della maggiore/minore onerosità per il convenuto.

Il nesso denaro-costi di esso (individuato con riferimento agli interessi)-valore viene così colto nella sua elasticità, senza mettere qui in discussione il ruolo stesso del denaro rispetto alle altre cose, e la sua individualità, ma subordinando le conseguenze giuridiche alla effettiva presenza delle caratteristiche di esso sotto entrambi i profili. In caso di variazioni, il giudice dovrà tenerne conto.

*2.3. Se ad obbligazioni di stretto diritto come quella nata da stipulatio si riferisce il frammento ora citato, ad obbligazioni perseguibili con un iudicium bonae fidei si riferisce invece D. 19,2,15,2 in cui Ulpiano ci ricorda un parere del giurista Servio Sulpicio Rufo*

È stato con l'emergere dei giudizi di buona fede che è venuta maturando quella riflessione che aveva portato già Quinto Mucio a fissare come regola di ciò a cui sono tenute le parti il *culpam praestare* che poi si integra con la regola *casus a nullo praestantur*, e si precisa nei suoi contenuti ascrivendo ad es. nella colpa l'*imperitia*, e precisando essere inclusi nel *casus* non solo la forza maggiore, ma anche tutti gli altri accadimenti non dovuti a colpa. Si era formato così il principio la cui elaborazione di Ulpiano è stata collocata da Giustiniano fra le *regulae iuris antiqui* (D. 50,17,23<sup>31</sup>). Da esso, salvo le ipotesi di responsabilità per solo dolo, e salvo diverso accordo fra le parti purché non esonerante il *dolum praestare*, l'obbligazione è quindi determinata entro i confini della condotta diligente, perita ecc., cosicché certo non vi è inadempimento quando il soggetto abbia operato secondo tali modelli adeguati alle circostanze concrete, cioè abbia realizzato lo sforzo diligente che il contratto esigeva da lui<sup>32</sup>. E

ciò si riflette su qualsiasi tipo di prestazione, anche se con le necessarie distinzioni<sup>33</sup>.

Ritengo però necessario qui richiamare il parere di Servio, che, nell'ambito degli stessi *iudicia*, e quindi nel quadro del lavoro interpretativo volto a determinare quale sia il contenuto dell'*ex fide bona oportere*, apre una via distinta da quella ora ricordata, una via che viene anch'essa accolta da Ulpiano e poi da Giustiniano, preferendola, per la situazione esaminata, all'altra.

D. 19,2,15,2 Ulp. l. 32 ad Ed.: *Si vis tempestatis calamitosa contigerit, an locator conductori hoc nomine aliquid praestare debeat videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursu hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse, idemque dicendum si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit<sup>34</sup>.*

Non intendo qui sviluppare neanche l'esegesi di questo testo, recentemente rinnovata con puntualizzazioni che seguono<sup>35</sup>. Il parere di Servio è ritenuto sostanzialmente genuino; ad esso sono state aggiunte delle precisazioni, che cominciano dall'esempio della frana.

Si deve notare subito che Ulpiano si pone il problema di quale sia l'estensione della prestazione del locatore, e cioè se egli debba garantire qualche cosa al conduttore nel caso in cui sia intervenuta la *vis* di una rovinosa tempesta<sup>36</sup>. Per affrontare questo problema, Ulpiano, che pure, come sopra visto, ha sintetizzato in modo maturo l'impostazione scaturita dai pareri di Quinto

Mucio, non se ne avvale, ma vi deroga, e richiama il parere, diversamente impostato, di Servio, di poco più giovane di Mucio, che forse utilizza attraverso la citazione di un altro giurista<sup>37</sup>.

Servio aveva distinto ciò a cui è tenuto il proprietario-locatore e ciò a cui è tenuto il colono-conduttore, ponendo a carico del primo anche il garantire la disponibilità della cosa locata anche rispetto alla violenza-fattore esterno a cui non si può resistere, che viene esemplificata in quella dei fiumi, delle cornacchie, degli storni e dell'incursione nemica, e ponendo a carico del secondo i vizi-alterazioni delle cose che scaturiscono dalla cosa stessa, nel processo produttivo di essa, che vengono esemplificati come il vino che inacetisce, il raccolto che si guasta a causa di certi vermi o delle erbe infestanti. Servio sembra volersi allontanare da ogni valutazione non solo soggettiva, ma anche implicante l'indagine dello stesso rapporto di causalità con la condotta dei contraenti; egli si concentra sul tipo contrattuale, sul ruolo di ciascun contraente, e ciò che la buona fede implica che ciascuno debba garantire nel quadro di una corretta individuazione delle rispettive prestazioni, definendo che colui che dà un fondo in locazione perché venga coltivato deve garantirlo anche a fronte della *vis cui resisti non potest*, mentre chi coltiva deve accollarsi i *vitia* che *ex ipsa re oriantur*, cosicché egli rimette al giudice solo il compito di sussumere gli eventi concreti per i quali offre esempi nell'una o nell'altra categoria. Talune difficoltà connesse a tale sussunzione sono poi alla base delle integrazioni che seguono il parere di Servio, a volte correggendolo un po', come includendo nella *vis* la frana del terreno che abbia distrutto il raccolto, o la malattia che abbia rovinato le olive o il calore del sole, se superiore al consueto, o il terremoto, mentre non si riscontra *vis* se il calore del sole non è fuori dell'usuale, o truppe (non nemiche) di passaggio compiono furti.

Ulpiano quindi, di fronte ad un caso, o nell'esaminare un esempio di un colono che

abbia subito la distruzione del raccolto a causa della violenza di una rovinosa tempesta, utilizza una autorevole citazione che aveva segnato una linea interpretativa che si era consolidata, e introduce la generale distinzione menzionata, da cui trae la conclusione essere il locatore tenuto a garantire la disponibilità della cosa, includendo in tale disponibilità la garanzia di poter *frui* il fondo, cioè, il fondo da coltivare e le condizioni esterne della coltivazione, la capacità produttiva del fondo di esso<sup>38</sup>.

2.4. In base alla legge ricordata da Livio, i limiti al livello dei tassi di interessi non possono essere circoscritti ad un solo paese, ma, in un mercato finanziario che si estende oltre i confini di esso, tali limiti devono seguire l'estensione del mercato stesso, per una esigenza di parità di trattamento e di non elusione della norma, che quindi o è un principio di generale applicazione, come infatti è, o si riduce ad essere solo un vincolo efficace per i più piccoli operatori, che non operano oltre tali frontiere. Gli interessi poi non operano solo di per sé, ma incidono sul costo del denaro, e in base al testo di Gaio, fatto proprio da Giustiniano, si deve riconoscere un principio di riadeguamento del rapporto di credito in relazione alle mutate e più gravose circostanze nelle quali l'adempimento di un debito pecuniario, non meno di quello di altre cose certe e fungibili, deve effettuarsi, quando questa maggiore onerosità dipenda da un fatto del creditore. In base alla prospettiva di Servio-Ulpiano, anch'essa fatta propria da Giustiniano, si deve dire che, nell'ambito del *iudicium bonae fidei* relativo a cose fruttifere che una parte, dietro compenso, pone a disposizione di altra che, con l'attività produttiva, ne trae frutto, questa parte deve accollarsi le conseguenze dannose derivanti da cause endogene alla propria attività, il creditore tutte le altre<sup>39</sup>. E non si può non sottolineare che, già dall'inizio del processo di codificazione moderna, ormai tutti i giudizi sono di buona fede<sup>40</sup>, anche se si deve altresì

rimarcare quanto più ampia rispetto alle diverse formulazioni di articoli di codici sia la prospettiva posta a principio del nostro sistema nell'espressione delle antiche formule: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

### 3. Conclusione

In concreto, i testi esaminati danno interessanti indicazioni in merito a queste possibili conclusioni: è un principio generale che i tassi di interesse siano limitati, e tale principio deve necessariamente valere a livello internazionale per garantire il corretto funzionamento del mercato; le variazioni dei tassi di interesse poi, come pure le variazioni connesse del valore della moneta non possono essere accolte indiscriminatamente al debitore, bensì i PVS devono accollarsi le conseguenze di quanto ha origine nella loro attività, o nel sistema a cui appartengono; il creditore invece, Paese industrializzato o Ente del sistema finanziario internazionale, tutte le altre, e, in primo luogo, per la questione in esame, le conseguenze del sopravvenuto sostanziale incremento del valore reale degli interessi pattuiti sui prestiti effettuati, così come quello del capitale da restituire, che, sia che siano state volute dal creditore, sia che dipendano dal caso fortuito, non può far pagare al debitore<sup>41</sup> (ciò mi sembra del tutto coerente con il ruolo (e quindi anche la responsabilità) di guida dell'economia mondiale che si vuole da taluni gruppi di Paesi realizzare, anche attraverso le istituzioni finanziarie internazionali).

### Note

<sup>1</sup> Cfr. S. Schipani, *Principios, institutos y normas a tutela del deudor, in Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 42, 1988, Caracas, 328 ss.; A. F. Montoro, *Sotto la scure del debito estero*, in *Coscienza*, 1988 (Roma), 4, 8 ss.; I. C. Moreira Alves, *A defesa patrimonial do devedor do direito romano ao direito latino-americano*, in A.A.V.V., *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema jurídico*

latinoamericano, Lima, 1990, 195 ss.; S. Schipani, *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori (Primo rapporto provvisorio su una ricerca in corso sui principi, istituti e norme a tutela del contraente più debole e sulla necessità di applicazione di essi al debito internazionale dei Paesi dell'America Latina)*, in *Apollinaris*, 65, Roma, 1992, 627 ss.

<sup>2</sup> M. A. Espeche Gil, *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, XV Congreso IHLADI, Madrid, 1989; J.R. Vanossi, *Proyecto de declaración. Fundamentos, in Tramite Parlamentario* [Argentina], 10/3/1989, 210, p. 4599 ss.; F. De La Rúa, *Proyecto de Declaración. Fundamentos, in Senado de la Nación* [Argentina], 7/11/1989; M.A. Losada, *Proyecto de comunicación, in Senado de la Nación* [Argentina], *Diario de Asuntos entrados*, VI, 162, 19/3/1991, p. 1855; F.H. Cardoso, *Senado Federal-República Federativa del Brasil*, 16/8/1991.

<sup>3</sup> *Debito internazionale. Principi generali del diritto. Corte Internazionale di Giustizia*, a cura di D.J. Andrés-S. Schipani, Libreria Editrice Vaticana - Libreria Editrice Lateranense, Roma, 1993, 398; *Cuadernos do Parlatino*, 2, *A Dívida externa. Solicitação de um Ditame Consultivo ... Corte Internacional de Justiça de Haia*, Ed. do Parlamento latinoamericano - Sede Permanente, Sao Paulo, 1994, 115; *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, a cura di S. Schipani, Cedam, Padova, 1995, 388; *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 73-74, Caracas, 1996, 231-390; *L'usura ieri ed oggi. Atti Convegno Foggia 1995*, a cura di S. Tafaro, Ed. Cacucci, Bari, 1997, 295; *Il debito internazionale*, a cura di D.A. Gutierrez-S. Schipani, Pontificia Università Lateranense-Mursia, Roma, 1998; *La deuda externa. Dimensión jurídica y política*, A. Colomer Viadel coord. Madrid, 1999.

<sup>4</sup> *Diritto alla vita e debito estero*, a cura di P. Catalano, E.S.I., Napoli, 1997.

<sup>5</sup> *Carta di Sant'Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale*, Fondazione Sant'Alfonso, Sant'Agata dei Goti, 1996.

<sup>6</sup> *La dette contre le droit. Une perspective méditerranéenne*, sous la direction de P. Catalano-Abdelkader Sid Ahmed, Isprom-Publisur, Paris, 2001.

<sup>7</sup> Cfr. S. Schipani, *Primo rapporto cit.*,

<sup>8</sup> Cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912; A. Berger, s.v. *Leges Semproniae*, in *PWRE*, suppl. 7, 1940, 412 s.

<sup>9</sup> Cfr. precedenti contributi di F. De Martino, *Riforme del IV secolo a.C.*, in *BIDR*, 78, 1975 (= Id., *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 203 ss.); E. Giuffré, s.v. *Mutuo (Storia)*, in *ED*, 27, 1977, 420 e n. 25.

<sup>10</sup> Il termine latino è *tanscribere*, e ciò suscita problemi interpretativi se lo si riferisce al *nomen transcripticum*, a proposito del quale Gai. 3,133 ci informa che *an obligentur peregrini, merito quaeritur*,

*quia quodam modo iuris civilis est*, e, secondo la scuola proculeiana, era utilizzabile solo da cittadini, mentre solo Sabino e Cassio avrebbero ritenuto che, per l'ipotesi a *persona ad personam* sarebbe stato accessibile anche agli stranieri; ma, a parte più generali dubbi sulla portata della affermazione di Gaio, su cui cfr. P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 128 n.4, sul punto, assai controverso, cfr. persuasivo M. Kaser, *Zum Begriff des "commercium"*, in *St. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1953, 290 ss.: "der Ausdruck ist hier nicht technisch gebraucht", perché se si trattasse di un mutuo originariamente registrato come concesso da un cittadino ad altro cittadino e poi novato, il mutuante non avrebbe evitato la sanzione prevista dalla legge sugli interessi; si deve essere quindi trattato di mutuo costituito *re/numerazione* direttamente da uno straniero a favore di un cittadino, magari con denaro a sua volta raccolto presso cittadini, e di registrazione di *nomina arcaria* (Gai. 3,131-132).

<sup>11</sup> Il problema si riferiva probabilmente al livello, usurario, degli interessi, e non alla previsione stessa di essi, nonostante il plebiscito Genucio del 342 (Liv. 7,42,1) che sembra li vietasse del tutto, e l'antica legge a cui fa riferimento Appiano (*Bell. civ.* 1,54,233-234) nel racconto relativo all'uccisione del pretore A. Sempronio Asellio; cfr. per tutti F. De Martino, *Riforme cit.*, 219 ss.; Id., *Storia economica di Roma antica*, 1, Firenze, 1980, 147 s.

<sup>12</sup> Che si tratti di una delibera del Senato, risulta da Liv. 35,6.

<sup>13</sup> Cfr. P. Frezza, *Corso di Storia del diritto romano*, 3 ed., Roma, 1974, 412; L. Di Lella, *Il plebiscito Sempronio del 193 a.C. e la repressione delle "usurae"*, in *Atti Acc. Sc. Mor. e Pol.*, 95, Napoli, 1984, 4 dell'estr.

Che la denuncia pubblica dei debiti si riferisca a quelli esistenti al momento del provvedimento del Senato, e che l'obbiettivo che questo così si proponeva fosse di pervenire all'accertamento del debito, per porre sotto controllo e quasi per fissare la situazione esistente, mi pare confermato nella frase immediatamente successiva da cui risulta che appunto tali *professiones* hanno consentito l'accertamento dei debiti *per hanc fraudem contracti* (non mi sembra che potrebbero essere designati così i debiti che fossero stati contratti dopo il termine fissato dal Senato e immediatamente dichiarati, come pur potrebbe intendersi la frase *ut qui post-proferentur*).

<sup>14</sup> Cfr. V. Mannino, *L'"auctoritas patrum"*, Milano, 1979, 59 ss.

<sup>15</sup> L'espressione è di G. Pugliese, *Il processo civile romano*, 2, *Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, 296 ss. e accolta da P. Catalano, *Linee del sistema cit.*, 132 n.14, secondo cui "l'esclusione dei peregrini dalla *legis actiones* era dovuta al fatto che per essi non si voleva vincolare con la *lex imperium* del

magistrato, bensì si voleva che qui ne fosse piena la discrezionalità, pur regolata dalla *fides*". Cfr. sul criterio della *fides* richiamato, in generale G. Grosso, *Storia del diritto romano*, ed.5, Torino, 1965, 264 ss.

<sup>16</sup> Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, 2, Napoli, 1964, 171 parla di "istruzioni [...] indirettamente vincolanti, perché venivano osservate dal magistrato stesso nell'esercizio del suo potere giurisdizionale"; cfr. anche O' Brien Moore, s.v. *Senatus*, in *PWRE*, suppl. 6, Stuttgart, 1935, 747; M. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1979, 222; G. Crifò, *Attività normativa del Senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71, 1968, 55 ss.

<sup>17</sup> Per la risalenza all'epoca in cui i fatti avvenivano dell'interpretazione di essi come *fraus patriciorum*, cfr. L. Fascione, *Fraus Legi*. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana, Milano, 1983, 42.

<sup>18</sup> Richiama opportunamente la problematica del rapporto *ius-lex* rappresentato dalle *leges imperfectae*, L. Di Lella, *Il plebiscito Sempronio* cit., 8 ss. dell'estr.

<sup>19</sup> Cfr. P. Catalano, *Linee del sistema* cit., 76 n. 22 e 71 s. V. anche P. Frezza, *Corso di Storia* cit., 394 ss.

<sup>20</sup> P. Frezza, *Corso di Storia* cit., 412 puntualmente sottolinea il rapporto fra "questo diritto comune del credito" e il "mercato comune della moneta".

<sup>21</sup> Cfr., per il quadro del significato di tale uso della *factio*, per tutti P. Catalano, *Linee del sistema* cit., 76 s.

<sup>22</sup> Immaginare, per analogia con quanto ora menzionato in materia di *damnum iniuria* e di *furtum* (Gai. 4,37), il ricorso ad una *factio civitatis*, si scontra con il fatto che non ve ne è alcuna traccia, e che inoltre, a differenza di quelle, la *factio* avrebbe la singolarità di essere predisposta da una legge. Ma soprattutto si deve tenere conto che la situazione concretamente da risolvere era quella relativa a dei convenuti in un processo. Appare fondato allora ritenere che l'applicazione della legge dovesse avvenire tramite una *exceptio*: cfr. L. Di Lella, *Il plebiscito Sempronio* cit., 7 ss. e 21 s., che sottolinea altresì come però la tutela nei confronti dei cittadini rimanesse ugualmente differente, dato il diverso tipo di processo, *per legis actiones*, che ad essi si applicava, e potesse probabilmente consistere in "una *manus iniectio*, per la condanna in *quadruplum* ovvero diretta al semplice recupero degli interessi medesimi" dopo il loro pagamento, in base alla *lex Marcia* di cui Gai. 4,33 (p.16 ss.) che configurava ancora un tipo reazione da *lex imperfecta*. La maggiore adeguatezza del metodo della *exceptio* avrebbe fatto sì che esso sia stato poi utilizzato nelle liti fra cittadini (p. 21 s.).

<sup>23</sup> Sugli *hostes* come soggetti dello *ius*, salvo sfere da cui fossero esclusi, cfr. P. Catalano, *Linee del*

*sistema* cit., 65 ss., che però rinvia al vol. 2 l'esame del problema "della validità o meno della *leges publicae populi Romani* anche per i peregrini" (p.77 n.24).

<sup>24</sup> L'espressione viene usata a questo proposito e con riferimento esplicito a questa legge, da G. Bonfante, *Storia del diritto romano*, 1, 4 ed., 1934, rist. Milano, 1958, 238.

Che il meccanismo posto in atto sia sottoposto al principio dispositivo, caratteristico del processo romano dell'epoca, e che quindi la tutela nei confronti della abusiva stipulazione di interessi usurari fosse frammentata nei singoli processi e rimessa al giudizio di convenienza del debitore ed al gioco dei rapporti di potere/stato di necessità, non ci deve indurre a ritenere che essa non avesse la sua forza, se fra cittadini tali divieti erano tanto efficaci da provocare il fenomeno della fuga dei capitali/*fraus* ricordata da Livio (certo, in relazione ai cittadini, abbiamo anche il ricordo di multe edilizie, su cui cfr. per tutti F. De Martino, *Riforme* cit., 219 e n. 139).

<sup>25</sup> (Questa azione [*de eo quod certo loco dari oportet*] su ciò che si deve dare in un certo luogo) è rimessa alla valutazione del giudice, perché sappiamo che i prezzi delle cose, e principalmente del vino dell'olio e del frumento, possono variare a seconda delle città e delle regioni. Sebbene, poi, il potere d'acquisto delle monete sia considerato unico ed invariato ovunque, ciononostante in alcuni luoghi il danaro si trova più facilmente e a tassi d'interesse più lievi, mentre in altri luoghi con maggiore difficoltà ed a tassi d'interesse più gravosi).

<sup>26</sup> Cfr. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1974, 232 ss.; F. Amarelli, *Locus solutionis. Contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*, Milano, 1984, 105 ss.

<sup>27</sup> Cfr. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. (rist. Aalen, 1974, 240 ss.); G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano*, 1, *La procedura formulare*, Torino, 1958, 117 ss.

<sup>28</sup> Cfr. G. Pugliese, con la collaborazione di F. Sitzia-L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, 3 ed., Torino, 1991, 306. O. Lenel, *Das edictum* cit., 246 propone: "Numerium Negidium Aulo Agerio decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve condemna si non paret absolve". Cfr. per tutti M. Kaser, *RPR*, 2 ed., 1, München, 1971, 639; 2, 1975, 337; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, 3 ed., Torino, 1987, 597; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 638 s.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, 9 ed., Napoli, 1992, 807 n. 75.4; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, 2 ed., 1994, 543 s.

<sup>29</sup> Sull'articolazione del mondo imprenditoriale e finanziario, cfr. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (II sec. a.C. - II

sec. d.C.), Milano, 1984; Id., *Filius, servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*. Erice, 22-25 novembre 1988, Palermo, 1992, 231 ss.; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991.

<sup>30</sup> G. Melillo, *Economia e giurisprudenza a Roma*, 1978, 65.

<sup>31</sup> Ulpianus *l. vigesimo nono ad Sabinum: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. ...animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur* (Certi contratti ammettono solamente il dolo, certi il dolo e la colpa... Da parte di nessuno si garantisce per i casi degli animali, le morti che accadono senza colpa, la fuga dei servi che non erano solitamente da sorvegliare, le rapine, i tumulti, gli incendi, le inondazioni, le aggressioni dei predoni). Con riferimento a quanto detto, si noti il richiamo, come ipotesi di casus che escludono il garantire/rispondere, oltre che al terremoto, alla *vis venti*, al naufragio, che sono esempi tipici di *vis maior*, anche agli altri indicati accadimenti che non sono ipotesi di *vis maior*, e che finiscono per definirsi per l'assenza di colpa.

<sup>32</sup> Cfr. S. Tafaro, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari, 1984; R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 415 ss.

<sup>33</sup> Cfr. la vicenda moderna della categoria della 'impossibilità della prestazione', le sue difficoltà e il suo riassorbimento ad opera della regola in esame: R. Cardilli, *Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l'esempio della responsabilità contrattuale*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 79 ss.

<sup>34</sup> (Se sia intervenuta la violenza di una tempesta rovinosa, vediamo se il locatore debba garantire qualcosa al colono. Servio afferma che il proprietario deve star garante nei confronti del colono per ogni violenza a cui non si può resistere, come quella dei fiumi, delle cornacchie, degli stormi, e se sia accaduto qualche cosa di simile, o se i nemici compiono una incursione: se invece i vizi scaturiscono dalla cosa stessa, questi sono a carico del colono, come se il vino sia inacidito, o se il raccolto sia rovinato dai vermi o da erba infestante. Ma se una frana abbia asportato tutto il raccolto, il danno non è del colono, affinché, oltre al danno per le sementi perdute, non sia tenuto anche al pagamento del canone. Ma se la malattia abbia rovinato le olive o sia vi sia stato un inconsueto calore del sole, il danno sarà del proprietario; se invece non sia intervenuto alcunché diverso dal consueto, il danno sarà del colono, e lo stesso si dovrà dire se delle truppe di passaggio

abbiano portato via qualche cosa per prepotenza. Ma se il fondo sia stato così rovinato dal terremoto da non esserci più come tale, il danno è del proprietario: egli infatti è tenuto a garantire il fondo al conduttore, perché possa essere fruito).

<sup>35</sup> R. Cardilli, *L'obbligazione* cit., 233 ss.

<sup>36</sup> Si noti che non si pone qui il problema della remissione della mercede di cui si tratta poi in altri testi: D. 19,2,15,3-5; C. 4,65,8; 4,65,19.

<sup>37</sup> Cfr. F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 256.

<sup>38</sup> Questa frase, corrispondente a quanto affermato in generale in D. 19,2,15pr.-1, è presente alla conclusione dell'intera riflessione.

<sup>39</sup> A livello di storia delle idee, dobbiamo al Turgot (1727-1781), sulla stessa linea del giusnaturalismo laico (Grozio, Pufendorf, Christian Wolff), la penetrazione nel diritto civile della nuova concezione che porta a considerare il prestito ad interessi «un commercio ... nel quale chi presta vende l'uso del suo danaro e chi prende a prestito lo acquista; esattamente come il proprietario di un terreno e il suo fittavolo vendono e acquistano rispettivamente l'uso del fondo affittato». Da questa concezione dipende la formulazione dell'art. 584 *Code civil* francese, che considera frutti civili anche i redditi finanziari (su questi problemi e sul rapporto tra nozione giuridica di 'frutto' e reddito del capitale cfr. R. Cardilli, *Dalla regola romana dell'usura pecuniae in fructu non est agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 5, 1998, 3 ss., in particolare pp.45 ss.; Id., *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000; sul dibattito sulla natura del denaro in tale momento storico, cfr. anche U. Petronio, *Il denaro è una merce. Il prestito a interesse tra fisiocrazia e codificazione*, in *Riv. del Dir. comm. e del dir. gen. delle obl.*, 1-4, 2001, 55 ss.).

<sup>40</sup> Cfr. ad es. J.G. Heineccius, *Elementa cit.*, IV, 6, par.1196: *Usu fori hodierno discrimen inter actiones bonae fidei et stricti juris plerisque locis cessat*; e poi *Codice Civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane Ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia*, 2, Milano, 1811, art. 1134-1135 p. 826 s., ove leggiamo «il principio per cui era già da lungo tempo presso di noi tolta una tale distinzione [fra contratti di buona fede e contratti di stretto diritto], e tutti i contratti s'interpretavano *ex bono et aequo*, ed obbligavano anche a ciò che in essi non era stato espresso, quando così esigevano l'equità, la consuetudine o il costume» (v. anche p. 804). Nel CcCh./1856 (vigente; codice di Andrés Bello che, con piccole variazioni è stato recepito ed è in vigore anche in Ecuador/1861 e Colombia/1858-1887), troviamo un notevole contributo in rapporto alla determinazione degli effetti del contratto, perché all'art. 1546 precisa: «Los contratos deben executarse de buena fe, y por consiguiente obligan

no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella»; L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. 11, Santiago, 1936, 495 ss. commenta: «No cabe duda de que la extención que deba darse a los contratos es una obligada consecuencia de la buena fe con que deben ejecutarse [...] La expresión 'de buena fe' está tomada de la antigua distinción romana entre los contratos *bonae fidei* y los contratos *stricti juris*». In conseguenza di questo superamento, già Ch.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen, 1790-, trad. it. *Commentario alle Pandette, Libro XIII*, Milano, 1906, con note, al titolo 4, di G. Pacchioni, par. 848, a proposito dell'«uso odierno»

della *condictio de eo quod certo loco*, pone in luce come, venuta meno la distinzione fra i giudizi di buona fede e *stricti iuris*, non sia più rilevante l'uso di tale *condictio*, ma continuino ad esserlo i «principii che il diritto romano prescrive al giudice nel fissare l'interesse per il luogo di pagamento».

Da ultimo, sul principio di buona fede, A. Martins-Costa, *A Boa-Fé no direito Privado*, Sao Paulo, 1999 (su cui rec. di Cardilli, in *Roma e America*, 8, 1999, 287 ss.); R. Zimmermann-S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

<sup>41</sup> È interessante rilevare che i *Principi di Unidroit*, nel definire l'*hardship*, a cui riconoscono una rilevanza per taluni profili diversa, indicano fra i requisiti all'art. 6.2.2. c) « the events are beyond the control of disadvantaged party ».