

ISSN 2724-3273



Milan Law Review

n. 1/2023

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
CENTRO DI RICERCA
COORDINATO
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

EDITORE: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdiger, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trincherà, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un’iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

La Rivista è classificata dall’ANVUR come **“Rivista Scientifica” per l’Area 12**.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell’opera. Non è consentito l’utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l’autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all’area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell’ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall’attribuzione dell’incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, anno, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273 | Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: luglio 2023.

PUBLISHER: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdiger, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingraio, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mamelì, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, year, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

Date of Publication of this Issue: July 2023.



N. 1/2023

INDICE DEI CONTRIBUTI

ROBERTO SACCHI, <i>Sul sindacato giudiziale delle operazioni con parti correlate</i>	1
JOHN D. MC CAMUS, FRANCESCO DELFINI, <i>Ineffective contracts, restitution and the change of position defence (about a recent decision rendered by the High Court of Justice of London)</i>	18
RICCARDO FERCIA, <i>Agere de dolo e agere praescriptis verbis: riflessioni su un'annotazione di Pomponio a Labeone</i>	33
THOMAS RÜFNER, <i>Trust and fiduciary transactions. A still ongoing complex process: concise comparison between Italian and German systems</i>	56
OLIMPIA GIULIANA LODDO, <i>L'abuso del diritto nel drafting contrattuale intersemiotico digitale</i>	70





N. 1/2023

TABLE OF CONTENTS

ROBERTO SACCHI, <i>On judicial review in related party transactions</i>	1
JOHN D. MC CAMUS, FRANCESCO DELFINI, <i>Ineffective contracts, restitution and the change of position defence (about a recent decision rendered by the High Court of Justice of London)</i>	18
RICCARDO FERCIA, <i>Agere de dolo and agere praescriptis verbis: a focus on a Pomponius' remark to Labeo</i>	33
THOMAS RÜFNER, <i>Trust and fiduciary transactions. A still ongoing complex process: concise comparison between Italian and German systems</i>	56
OLIMPIA GIULIANA LODDO, <i>The abuse of right in the intersemiotic digital contractual drafting</i>	70





Sul sindacato giudiziale delle operazioni con parti correlate

On judicial review in related party transactions

ROBERTO SACCHI

Professore ordinario di Diritto commerciale

Università degli Studi di Milano

roberto.sacchi@unimi.it

ABSTRACT

Nello scritto si affronta la questione legata ai limiti del sindacato giudiziale sulle operazioni con parti correlate. In particolare, è discusso se si applichi la c.d. *business judgement rule*, che implica un arretramento dello scrutinio giudiziale. Dopo aver evidenziato gli equivoci in cui sovente si incorre nell'impostazione del problema, viene esaminato il rapporto fra qualità delle procedure in tema di operazioni con parti correlate e intensità del controllo dei giudici e si evidenzia il costo, in termini di indeterminatezza, della tesi che pone in rapporto di proporzionalità inversa qualità del processo e intensità del vaglio giudiziale. In alternativa si propone di subordinare l'applicazione della *business judgement rule* alla circostanza che le operazioni di maggiore rilevanza con soci correlati siano sottoposte all'assemblea con applicazione del meccanismo del c.d. *whitewash*, anche in presenza di parere favorevole degli amministratori indipendenti.

Parole chiave: operazioni con parti correlate; *b.j.r.*; applicazione; limiti



DOI: 10.54103/milanlawreview/19510

MILAN LAW REVIEW, Vol. 4, No. 1, 2023
ISSN 2724 - 3273

The paper deals with the limits of judicial review in related party transactions. It is discussed whether the so-called business judgment rule, which implies a backward shift in judicial scrutiny, applies. After pointing out the misunderstandings that are often incurred in the approach to the problem, the relationship between the quality of related party transaction procedures and the intensity of judicial scrutiny is examined. Building on this, the cost, in terms of vagueness, of the thesis that places the quality of the process and the intensity of judicial scrutiny in an inverse proportionality relationship is highlighted. Alternatively, it is suggested to apply the business judgment rule only in the case that transactions of greater significance with related shareholders are submitted to the shareholders' meeting, with application of the so-called whitewash mechanism, even in the presence of a favorable opinion of the independent directors.

Keywords: related party transactions; business judgement rule; application; limits

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Sul sindacato giudiziale delle operazioni con parti correlate*

SOMMARIO: 1. Gli equivoci nell'impostazione del problema dell'applicabilità della *business judgment rule* alle operazioni con parti correlate. – 2. Il rapporto fra qualità delle procedure in tema di o.p.c. e intensità dello scrutinio giudiziale. – 3. (*Segue*) La tesi che configura questo rapporto in termini di proporzionalità inversa. – 4. Una soluzione alternativa.

1. Gli equivoci nell'impostazione del problema dell'applicabilità della *business judgment rule* alle operazioni con parti correlate

L'individuazione dei limiti del sindacato giudiziale sulle decisioni assunte dagli amministratori di s.p.a. presenta profili di grande delicatezza. Da un lato, l'esercizio del potere di impresa – a maggior ragione nelle grandi imprese, tendenzialmente destinate a operare adottando il tipo s.p.a. – può, data la presenza del rischio di impresa e la facilità di errori nell'effettuazione di scelte connotate da un elevato grado di incertezza e di complessità, arrecare gravi pregiudizi ai soci, a coloro che contrattano con l'impresa e agli altri *stakeholders*. Questo impone di non lasciare sguarnite di presidi giuridici le ipotesi in cui nella gestione dell'impresa si verificano patologie. Fra questi presidi un ruolo di particolare rilievo è svolto dalla responsabilità risarcitoria degli amministratori.

Dall'altro lato, però, vi è l'esigenza di evitare che lo scrutinio giudiziale – rimettendo in discussione *ex post*¹ l'operato degli amministratori – leda la libertà di impresa, che in Italia, come negli altri Paesi capitalistici, costituisce un valore di rilevanza centrale per l'ordinamento, protetto, sia pure in modo non assoluto, a livello costituzionale (art. 41 Cost., si veda pure l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

Per questa ragione è di generale accettazione l'idea che le corti non possono spingersi a valutare l'opportunità imprenditoriale, entrando nel merito delle decisioni gestionali assunte. A questo obiettivo è funzionale la *business judgment*

* Questo lavoro costituisce lo sviluppo e l'aggiornamento della relazione presentata alla giornata di studi in tema di amministrazione delle società, tenuta a Bologna il 16 novembre 2018 in onore di Vincenzo Calandra Buonauro, uscirà anche nel volume che raccoglie gli atti dell'incontro e pure in questa sede è dedicato al ricordo di Vincenzo.

¹ Ovviamente è consolidata la tesi – pienamente condivisibile – che il giudice deve condurre la sua valutazione ponendosi nello scenario *ex ante*, ossia sulla base delle informazioni a disposizione degli amministratori (o che sarebbero state a loro disposizione se essi avessero adempito al loro dovere di diligenza e di agire in modo informato).

rule, che è stata elaborata negli U.S.A. e che ormai ha trovato ampio accoglimento (anche) in Italia.

La precisa identificazione dei confini dell'area di insindacabilità da parte dei giudici non è pacifica² e, tra l'altro, si è rilevato che la categoria concettuale in discorso assume un significato diverso negli U.S.A. e in Italia³. Tuttavia sulla funzione (tutela della libertà di impresa ed eliminazione di incentivi a una eccessiva cautela degli amministratori, essendo il rischio connaturato alle imprese⁴, salva l'esigenza di una sua gestione controllata) e sull'interesse da proteggere (si tratta dell'interesse alla insindacabilità sul piano dell'opportunità delle decisioni degli amministratori) con questa *rule* vi è ampia condivisione.

Se il tema della determinazione dell'ambito del controllo dei giudici sull'operato degli amministratori presenta in termini generali aspetti di delicatezza, questi si accentuano quando la questione viene posta con specifico riferimento alle operazioni con parti correlate, dato il maggiore rischio di comportamenti opportunistici legato alla correlazione con la controparte della società.

In particolare, si discute se – in presenza di operazioni con parti correlate (di seguito "o.p.c.") nelle quali siano state seguite le procedure adottate dalla società e queste ultime siano conformi al Regolamento Consob adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, come successivamente modificato, da ultimo con la delibera n. 21624 del 10 dicembre 2020 (di seguito anche il "Regolamento Consob") – la *business judgment rule* si applichi allo scrutinio giudiziale sulle o.p.c.⁵ o se, invece, questo criterio non trovi spazio rispetto a tali operazioni⁶.

In senso favorevole alla prima tesi può essere addotto l'argomento che l'adozione e l'applicazione delle procedure per le o.p.c. presenta rilevanti costi imprenditoriali (diretti e indiretti) per la società. Questo – unitamente alla considerazione che le procedure sono appunto funzionali a evitare l'incremento

² Sui problemi che in proposito si pongono cfr. per tutti V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, nel *Trattato di Diritto Commerciale*, fondato da Buonocore e diretto da Costi, sezione IV, tomo 4.VI, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 286 ss.

³ In questo senso si veda P. Montalenti, *Le operazioni con parti correlate: questioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 72.

⁴ Nel senso che «la propensione al rischio costituisce un connotato ineliminabile» dell'attività imprenditoriale cfr. V. Calandra Buonauro, (nt. 2), 288.

⁵ Cfr., ad es., M. Miola, *Le operazioni con parti correlate*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 650; P. Montalenti, (nt. 3), pp. 72 ss. (sia pure solo con riferimento alla *business judgment rule* "all'italiana"); M. Houben, *Operazioni con parti correlate e governo societario*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, II ed., 2020, pp. 125 ss.; sul punto V. Calandra Buonauro, (nt. 2), 235 si esprime in termini dubitativi (ma si veda 230).

⁶ Cfr. A. Mazzoni, *Operazioni con parti correlate e abusi*, in *Il Testo Unico della Finanza – Un bilancio dopo 15 anni*, diretto da Annunziata, Egea, Milano, 2015, pp. 206 ss.

del rischio di comportamenti opportunistici, legati alla presenza della parte correlata – dovrebbe giustificare l'applicazione della *business judgment rule*.

Per motivare la disapplicazione della *business judgment rule* si è però rilevato che «nella disciplina delle operazioni con parti correlate, l'osservanza delle regole di trasparenza e di procedimentalizzazione è un mezzo che facilita l'ottenimento del fine, non un mezzo il cui corretto impiego è di per sé sufficiente a realizzare il fine»⁷.

Da questo Alberto Mazzoni ha desunto che «ciò che in realtà può dirsi comprato con l'ottemperanza formale [n.d.r., alla disciplina delle o.p.c.] è la presunzione relativa di legittimità, che è associata al rispetto dell'iter procedimentale prescritto dalla legge»⁸, senza che tale ottemperanza produca effetti sul livello di approfondimento del controllo dei giudici. Nel suo pensiero un ruolo importante per supportare la tesi contraria all'applicazione della *business judgment rule* è svolto dall'attribuzione al parere degli amministratori indipendenti di una estensione che giunge alla valutazione di merito⁹.

Al contrario, chi, come Paolo Montalenti, ritiene applicabile la *business judgment rule* (sia pure "all'italiana") alle o.p.c. collega questa posizione all'accoglimento dell'opinione che il parere del comitato di amministratori indipendenti non può sconfinare nella valutazione del merito (riservata al *plenum* del c.d.a.)¹⁰, interpretando restrittivamente (i) il riferimento nel Regolamento Consob (artt. 7.1.a. e 8.1.c.¹¹ e allegato 2, artt. 1.1.a., 2.1.c. e 3.1.d.¹²) all'interesse della società al compimento dell'operazione e alla convenienza (oltre che alla correttezza sostanziale) delle sue condizioni e (ii) la possibilità del comitato o.p.c. di valutare le soluzioni alternative¹³.

Come si vede, sul piano dell'impostazione, Alberto Mazzoni (contrario all'applicazione della *business judgment rule* alle o.p.c.) e Paolo Montalenti (favorevole invece all'applicazione di questo parametro) adottano un approccio

⁷ Così A. Mazzoni, (nt. 6), p. 203.

⁸ Così A. Mazzoni, (nt. 6), p. 204.

⁹ Così A. Mazzoni, (nt. 6), p. 208.

¹⁰ Cfr. P. Montalenti, (nt. 3), p. 72 s.

¹¹ In relazione, rispettivamente, alle operazioni di minore rilevanza e a quelle di maggiore rilevanza nelle società che adottano i sistemi di amministrazione e controllo tradizionale o monistico.

¹² In relazione, rispettivamente, alle operazioni di minore rilevanza, a quelle di maggiore rilevanza e a quelle strategiche in presenza di previsione statutaria *ex art. 2409-terdecies*, comma 1, lett. *f-bis* c.c. nelle società che adottano il sistema di amministrazione e controllo dualistico.

¹³ Cfr. P. Montalenti, (nt. 3), pp. 70 s. Per un'interpretazione restrittiva del contenuto del parere degli amministratori indipendenti, v. pure: V. Calandra Buonauro, (nt. 2), pp. 230; M. Miola, (nt. 5), pp. 655 ss.; A. Pomelli, *La disciplina Consob delle operazioni con parti correlate*, in *NLCC*, 2010, pp. 1358 ss.; S. Gilotta, *Interesse di gruppo e nuove regole sulle operazioni con parti correlate: una convivenza difficile*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 262 s., nota 21.

analogo e speculare, collegando la soluzione negativa o positiva del problema alla possibilità che il comitato o.p.c. entri o non entri nel merito dell'operazione.

Chiarirò tra breve che condivido la convinzione che le caratteristiche delle procedure in materia di o.p.c. assumono una rilevanza centrale nella soluzione della questione in discorso. Credo, però, che la posizione dei due autorevoli studiosi sia viziata da un equivoco: la *business judgment rule* è un criterio per individuare il perimetro del sindacato giudiziale sugli atti degli amministratori ed è estranea al tema dell'ampiezza della valutazione da compiere ad opera del comitato o.p.c..

A questo proposito si è condivisibilmente rilevato che la *business judgment rule* è «uno *standard* di valutazione rivolto agli stessi giudici, al fine di preservare l'ambito di discrezionalità e opinabilità delle scelte nella gestione societaria unitariamente intesa, non invece per delimitare i rispettivi ambiti di valutazione tra le diverse figure che concorrono all'interno della società all'esercizio del potere gestionale. Ma, ancor più in radice, occorre soprattutto tenere presente che la *business judgment rule* ha come proprio campo di applicazione l'ambito del riesame giudiziale perché essa risponde, in ultima analisi, all'esigenza di governare le insidie di un giudizio espresso su scelte gestionali già compiute e di cui sono già visibili gli esiti. Quando invece occorre coordinare diversi ambiti di valutazione preventiva, all'interno della società, il problema attiene non più alla necessità di contenere gli effetti distorsivi del sindacato *a posteriori*, bensì soltanto alla delimitazione delle rispettive competenze»¹⁴.

In altre parole, la *business judgment rule* e la individuazione del perimetro della valutazione che va compiuta dal comitato o.p.c. attengono a piani differenti: la prima costituisce un parametro per lo scrutinio che le corti possono essere chiamate a compiere sugli atti degli amministratori; la seconda riguarda la distribuzione delle competenze in ambito endo-consiliare, ossia il problema se la valutazione di merito pieno spetti solo al *plenum* del c.d.a. o anche (oltre che all'organo amministrativo nel suo complesso) al comitato o.p.c.

2. Il rapporto fra qualità delle procedure in tema di o.p.c. e intensità dello scrutinio giudiziale

Quanto ora detto non esclude che, come anticipato, le caratteristiche delle procedure previste per le o.p.c. svolgano (ma sotto un profilo diverso da quello considerato dagli Autori il cui pensiero è stato richiamato *supra*) un ruolo centrale.

A questo proposito occorre tener presente che uno degli argomenti che giustificano la limitazione del sindacato giudiziale sulle decisioni degli amministratori è costituito dal normale allineamento di interessi tra soci e

¹⁴ Così D. Semeghini, *Valutazioni preventive e retrospettive sulle operazioni con parti correlate: spunti dalla comparazione con la giurisprudenza del Delaware*, in ODCC, 2016, pp. 187 s.

amministratori, allorché viene in considerazione la verifica dell'osservanza del *duty of care*.

Con l'adempimento di questo dovere, infatti, gli amministratori condividono con i soci l'interesse alla massimizzazione della creazione di valore per questi ultimi. Ciò avvantaggia non solo gli azionisti, ma pure gli amministratori, sia con riferimento all'ipotesi (normale, per gli amministratori esecutivi) che una componente del loro compenso sia variabile in funzione delle *performances* dell'impresa, sia perché, comunque, se la società ottiene buoni risultati questo migliora il capitale reputazionale dei suoi amministratori e la loro posizione nel mercato dei *managers*.

L'allineamento di interessi ora richiamato costituisce una delle ragioni per limitare, data l'assenza di motivi di sospetto, la valutazione da parte delle corti sugli atti degli amministratori. Il discorso, però, cambia quando oggetto di contestazione è (non la violazione del *duty of care*, ma) la violazione del *duty of loyalty*. In questo caso vi sono situazioni di conflitto di interessi e aumenta il rischio di abusi, per cui un controllo giudiziale più penetrante appare in sé ragionevole.

Le o.p.c., in se stesse, rientrano in questa categoria, dato che la controparte della società è correlata e questo potrebbe mettere a rischio il rispetto ad opera degli amministratori del *duty of loyalty*. Appunto per questo, l'art. 2391-bis c.c. e il Regolamento Consob prevedono l'adozione da parte degli emittenti di procedure da seguire nel compimento di o.p.c., che sono funzionali a contrastare il rischio di condotte opportunistiche.

A questo proposito, però, divengono determinanti le caratteristiche delle procedure in discorso. Solo se esse sono tali da azzerare (non ogni rischio di comportamenti abusivi, ma) l'incremento del rischio di comportamenti abusivi legato alla presenza della parte correlata risulta giustificata l'applicazione della *business judgment rule*.

In quest'ottica, l'approccio da adottare appare opposto a quello seguito, in modo speculare, ma analogo, da Alberto Mazzoni e Paolo Montalenti: l'accoglimento dell'opinione che estende al merito il parere rilasciato dal comitato o.p.c. non costituisce argomento per negare l'applicazione della *business judgment rule*, ma, al contrario, ne favorisce l'applicazione, dato che, in questo caso, le garanzie di contrasto di atteggiamenti opportunistici aumenterebbero grazie all'incremento del ruolo del comitato (il discorso, naturalmente, vale soprattutto per le operazioni di maggiore rilevanza, in relazione alle quali il parere favorevole degli amministratori indipendenti non correlati costituisce un requisito necessario ex art. 8.1.c. del Regolamento Consob, salvo il c.d. *whitewash*).

Tuttavia, la tesi che la valutazione del comitato o.p.c. potrebbe spingersi a considerare il merito "pieno" trova ostacoli significativi nel testo del Regolamento Consob. Questo, non tanto per la previsione della riserva in capo al consiglio di amministrazione della competenza a deliberare sulle operazioni di maggiore rilevanza (art. 8.1.a). La prescrizione regolamentare potrebbe infatti essere letta come diretta a escludere la possibilità che la decisione venga assunta da organi

delegati in cui siano presenti amministratori esecutivi sensibili agli interessi della parte correlata, per contrastare meglio il rischio di condotte abusive. Se si intende la prescrizione in questo senso, la sua *ratio* non è compromessa dalla competenza concorrente in ordine alla valutazione nel merito dell'operazione da parte del *plenum* dell'organo amministrativo e del comitato o.p.c.

Una competenza concorrente quale quella ora ipotizzata appare però difficilmente sostenibile alla luce delle previsioni sui c.d. "presidi equivalenti" (artt. 7.1.d. e 8.1.d. del Regolamento Consob¹⁵). A questi presidi, infatti, non può essere attribuito un giudizio di pieno merito, quanto meno per la prescrizione dell'art. 2380-*bis*, comma 1 c.c.; dato che essi sono chiamati a svolgere il ruolo attribuito normalmente agli amministratori indipendenti non correlati, nel caso in cui questi ultimi non siano in numero sufficiente (due o tre, secondo che l'operazione sia di minore o di maggiore rilevanza), sembra che neppure gli amministratori indipendenti non correlati possano svolgere la loro valutazione in termini di apprezzamento del merito pieno dell'operazione.

In caso contrario, infatti, si creerebbe una asimmetria non giustificabile, sotto il profilo della diversità delle conseguenze per gli interessi da proteggere, fra l'ipotesi normale e quella dei presidi equivalenti. L'argomento pare prevalere su quello (di valore solo indiziario) che si potrebbe cercare di desumere dall'ipotesi in cui il motivato parere favorevole del comitato venga sostituito da modalità di approvazione dell'operazione che assicurino un ruolo determinante alla maggioranza degli amministratori indipendenti non correlati (art. 8.1.c. del Regolamento Consob).

Il limite posto all'estensione della valutazione del comitato non appare, tuttavia, di per se stesso, assumere un forte rilievo in senso contrario all'applicazione della *business judgment rule* alle o.p.c. Ciò non perché, comunque, gli amministratori indipendenti non correlati partecipano anche alla deliberazione assunta dal *plenum* del consiglio di amministrazione e, in quella sede, come ogni componente dell'organo collegiale in questione, esprimono una piena valutazione del merito¹⁶. In questo caso, infatti, la loro rilevanza numerica e il peso del loro voto sono meno significativi che in sede di rilascio del parere del comitato *ex art.* 8.1.c. del Regolamento Consob, composto interamente da amministratori indipendenti non correlati.

Piuttosto, a favore dell'adozione della *business judgment rule* nel sindacato giudiziario sulle o.p.c. potrebbe astrattamente deporre la considerazione che, anche senza giungere alla valutazione in termini assoluti della opportunità o non dell'operazione, la verifica da parte degli amministratori indipendenti e correlati che essa sia funzionale a un interesse che rientra fra quelli qualificabili come

¹⁵ Cfr. P. Valensise, *Conflitti d'interessi e parti correlate*, in *Il Testo Unico finanziario*, diretto da Cera e Presti, vol. 2, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 2002.

¹⁶ L'argomento è invece utilizzato da A. Mazzoni, (nt. 6), pp. 207 s.

sociali¹⁷ e che essa viene realizzata a condizioni convenienti potrebbe costituire (in se stessa) un presidio sufficiente. Questo soprattutto se la verifica delle condizioni dell'operazione viene compiuta:

(i) anche quando esse sono di mercato¹⁸, dato che questo non esclude che l'operazione potrebbe non risultare utile alla società (ad es., acquisto di macchinari in presenza nel patrimonio sociale di cespiti analoghi in quantità sufficiente per i piani di sviluppo imprenditoriale definiti dagli organi delegati) o potrebbe essere compiuta a condizioni più vantaggiose di quelle di mercato, ad esempio per l'estrema importanza rivestita dall'operazione per il soggetto correlato che costituisce la controparte;

(ii) anche con una comparazione delle alternative, ogni qual volta esse presentino condizioni più convenienti, pure se la maggiore convenienza delle alternative non sia manifestamente rilevante¹⁹, atteso che qui la *business judgment rule* è inconferente per le ragioni indicate *supra*.

Costituisce, però, una ragione di (forte) perplessità sulla operatività della *business judgment rule* in presenza di o.p.c., la diversa incisività (evidenziata in dottrina²⁰), in termini di contrasto ai comportamenti abusivi, della normativa italiana rispetto alle posizioni a cui è giunta la giurisprudenza del Delaware in relazione a operazioni quali le *going private transactions* (fusione della controllata con la controllante o con altra controllata, con liquidazione delle partecipazioni dei soci di minoranza), nello scrutinio delle quali non viene utilizzato il parametro della *fairness*, bensì la *business judgment rule*.

Questo è stato segnalato anzitutto rispetto al diverso spazio riservato dalla normativa Consob agli amministratori indipendenti non correlati nelle trattative. È vero che il Regolamento Consob prevede un loro coinvolgimento nella fase istruttoria e in quella delle trattative. In particolare, l'art. 8.1.b. stabilisce, per le operazioni di maggiore rilevanza nelle società che adottano il sistema tradizionale o quello monistico²¹, che il comitato o uno o più dei suoi componenti dallo stesso

¹⁷ Secondo D. Semeghini, (nt. 14), p. 189 la verifica dell'interesse sociale da parte del comitato si traduce nella valutazione «se l'operazione sia coerente con gli obiettivi intermedi e strumentali che sono stati stabiliti dall'organo amministrativo – o, nei rispettivi ambiti di competenza, dal comitato esecutivo o dagli amministratori delegati – al fine di concretizzare il più generale perseguimento dello scopo sociale».

¹⁸ Cfr., ad es.: M. Ventrone, in *Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti e altri, Egea-Giuffrè, Milano, 2005, sub art. 2391-bis, p. 533. Cfr. pure M. Miola, (nt. 5), p. 653, ma ipotizzando (654) che il rispetto delle condizioni di mercato possa giustificare un allentamento delle prescrizioni.

¹⁹ In questo senso, invece, cfr. P. Montalenti, (nt. 3), p. 71.

²⁰ Cfr. D. Semeghini, (nt. 14), pp. 167 ss.

²¹ Analoghe previsioni sono dettate, nelle società che adottano il sistema dualistico, dagli artt. 2.1.b. e 3.1.b. dell'allegato 2 al Regolamento Consob rispettivamente per le operazioni di maggiore rilevanza e per quelle strategiche, in caso di applicazione dell'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis.

delegati siano coinvolti tempestivamente nella fase delle trattative e in quella istruttoria, (i) attraverso la ricezione di un flusso informativo completo e (non più semplicemente tempestivo, ma²²) aggiornato, con facoltà di (ii) richiedere informazioni e di (iii) formulare osservazioni agli organi delegati e ai soggetti incaricati della conduzione delle trattative o dell'istruttoria.

Si tratta tuttavia di un coinvolgimento di carattere solo informativo²³, senza possibilità di assunzione di un ruolo attivo nelle trattative e nell'istruttoria. Ciò, se riduce i rischi che un forte coinvolgimento in queste fasi possa far perdere agli amministratori non correlati il distacco dalla gestione che presidia la loro indipendenza, riduce, però, la loro possibilità di contrastare comportamenti abusivi di amministratori esecutivi condizionati dal soggetto correlato, con il quale l'operazione viene compiuta dalla società.

Soprattutto, si è segnalato che nelle *going private transactions*, quando la controparte correlata sia un socio di controllo, occorre – per l'applicazione della *business judgment rule* e non dell'*entire fairness standard* – l'approvazione della maggioranza dei soci non correlati, mentre l'assenza del voto contrario della maggioranza dei soci non correlati votanti²⁴ è richiesta dal Regolamento Consob solo nel caso di avviso contrario degli amministratori indipendenti e, quindi, al requisito è attribuita la funzione (ben diversa²⁵) di consentire il compimento dell'operazione di maggiore rilevanza nonostante l'avviso contrario degli amministratori indipendenti²⁶.

In questa situazione l'idoneità delle procedure a contrastare efficacemente il maggior rischio di condotte abusive legato alle o.p.c. è quindi fondato essenzialmente sul ruolo degli amministratori indipendenti²⁷. Questo istituto è di derivazione statunitense. Non è necessario in questa sede affrontare la questione

²² A seguito delle modifiche introdotte nel Regolamento Consob con la delibera della Commissione n. 21624 del 10 dicembre 2020.

²³ Cfr. V. Calandra Buonauro, (nt. 2), p. 229. Per una lettura restrittiva del ruolo del comitato/ dei suoi delegati nel corso delle trattative e dell'istruttoria cfr. per tutti P. Valensise, (nt. 15), pp. 1992 ss.

²⁴ La rilevanza del voto contrario della maggioranza dei soci non correlati votanti può essere subordinata dalle procedure alla presenza in assemblea di soci non correlati che rappresentino almeno una determinata quota del capitale sociale con diritto di voto, comunque non superiore al 10 %. Cfr. l'art. 11.3 del Regolamento Consob per le operazioni di maggiore rilevanza di competenza assembleare, richiamato dall'art. 8.2 per le altre operazioni di maggiore rilevanza.

²⁵ Cfr. D. Semeghini, (nt. 14), p. 167.

²⁶ Sui problemi che si pongono in relazione al funzionamento del c.d. *whitewash* v. M. Notari, *La "sterilizzazione" del voto nelle società per azioni: appunti in tema di "whitewash" e dintorni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, pp. 743 ss.

²⁷ Sui problemi che si pongono in relazione al ruolo svolto nel nostro ordinamento degli amministratori indipendenti cfr., per tutti, D. Regoli, ad es. *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2006, vol. 2, pp. 385 ss.

se la diversità di contesto (anche culturale) fra Stati Uniti e Italia determini - e, in caso di risposta affermativa, in che misura - un minor tasso di effettività delle sanzioni giuridiche e, prima ancora, di quelle di mercato in caso di patologie nell'operato degli amministratori indipendenti.

È sufficiente, infatti, richiamare la nota diversità esistente (tutt'ora, benché la concentrazione degli assetti proprietari sia in diminuzione nel nostro Paese) nella struttura dell'azionariato delle società quotate nei due sistemi per comprendere che la normale presenza di un socio di controllo forte fa sì che, nel nostro ordinamento, il principale conflitto di interessi endosocietario tutt'ora sia quello fra soci di controllo e soci di minoranza (e non fra soci e *managers*, come negli U.S.A.) e questo rischia di condizionare l'operato degli amministratori indipendenti, che in prevalenza sono espressi da soci di controllo²⁸.

Soprattutto le considerazioni qui esposte autorizzano (quanto meno) forti dubbi sull'idoneità della normativa italiana in materia di o.p.c., incentrata sull'istituto appena richiamato, a determinare quell'effetto di azzeramento (ripeto, non del rischio di comportamenti opportunistici - il che sarebbe irrealistico - ma) dell'incremento del rischio di comportamenti opportunistici legato alle o.p.c. Questo effetto di azzeramento, come si è detto, appare necessario per giustificare (quanto meno nei casi di correlazione concernente i soci, che implicano maggiori pericoli di condotte abusive) l'applicazione della *business judgment rule* alle o.p.c.

3. (Segue) La tesi che configura questo rapporto in termini di proporzionalità inversa

Nella piena consapevolezza dei pericoli collegati alla utilizzazione di questo più blando parametro di scrutinio giudiziale per le o.p.c. e, al tempo stesso, nel tentativo di salvaguardare uno spazio per tale criterio (in sé fisiologico nel sistema capitalistico), in dottrina²⁹ si è proposto di spostare l'attenzione sulla qualità del processo che ha condotto all'approvazione dell'operazione «in una prospettiva, sostanzialmente, di "compensazione" tra il rigore del controllo sulla qualità di questo *iter* e rigore del controllo sulla convenienza dell'operazione», per cui «potrebbe ben darsi che il parere favorevole del comitato degli amministratori non correlati sia sufficiente per sottoporre l'operazione a un trattamento equivalente a quello applicabile con la *business judgment rule*, evitando cioè ogni valutazione sul merito dell'operazione in sé, salvo il limite teorico

²⁸ Cfr. in questo senso M. Ventoruzzo, *La nuova disciplina delle operazioni con parti correlate: tutela degli investitori e governance delle società quotate*, in *Banche italiane e governo dei rischi - Imprese, famiglie, regole*, a cura di Bracchi e Masciandaro, Edibank, Roma, 2008, p. 418, con considerazioni che appaiono mantenere un carattere di attualità nonostante l'evoluzione (allo stato, solo parziale) del quadro degli assetti proprietari in Italia.

²⁹ Cfr. D. Semeghini, (nt. 14), pp. 178 ss., dal quale (rispettivamente, p. 179 e pp. 180 s.) sono tratte anche le citazioni letterali che seguono nel testo.

dell'irrazionalità. Ma questo esito potrebbe essere raggiunto solo a seguito di un vaglio particolarmente esigente sull'operato del comitato: da un lato, non sarebbe sufficiente per i convenuti limitarsi alla dimostrazione dello svolgimento del procedimento, senza alcun riscontro sulla sua qualità (in termini di indipendenza e diligenza); dall'altro, la dimostrazione da parte dell'attore di vizi nel procedimento dovrebbe essere sufficiente a far tornare in considerazione la convenienza dell'operazione, in misura proporzionale alla gravità di tali carenze».

La tesi ora richiamata presenta l'indubbio merito di cogliere l'importanza del rapporto fra rigore delle procedure concernenti le o.p.c. e arretramento del sindacato giudiziale sulle stesse e di impostare questo rapporto, correttamente, in termini di proporzionalità inversa tra intensità del controllo effettuato nell'ambito delle procedure e approfondimento dello scrutinio da parte dei giudici rispetto alla decisione adottata: quanto più intenso è il primo, tanto più limitato può essere il secondo.

In questo modo l'Autore che l'ha formulata evita (e anzi segnala) l'equivoco precedentemente evidenziato (§1), che vizia l'impostazione accolta da autorevole dottrina nell'itinerario argomentativo seguito per affermare o negare l'utilizzazione della *business judgment rule* nel sindacato delle corti sulle o.p.c.

La posizione ora in esame, tuttavia, al di là della finezza delle argomentazioni che la sorreggono, presenta l'inconveniente pratico di lasciare un elevato grado di indeterminatezza. Infatti non è agevolmente percepibile *ex ante* qual è il criterio che consente di distinguere, in modo chiaro, i casi in cui la qualità del processo seguito nell'adozione della decisione giustifica l'applicazione della *business judgment rule* da quelli in cui il deficit qualitativo rende necessaria l'adozione di un vaglio giudiziale di *fairness*.

Ciò introduce un elemento di incertezza sulla stabilità della decisione e sui rischi (in termini di eventuali azioni di responsabilità) ai quali gli amministratori si espongono assumendola, dato che gli amministratori al momento in cui prendono la decisione non sono posti nella condizione di prevedere con ragionevole certezza se l'eventuale sindacato giudiziale successivo verrà condotto sulla base della *business judgment rule* o della *fairness* e già questo può compromettere uno degli obiettivi perseguiti con la *business judgment rule*, ossia quello di evitare che gli amministratori possano essere incentivati a tenere un linea di condotta eccessivamente prudente.

A questo si aggiunga che l'incertezza determinata dall'eventuale accoglimento della tesi ora in esame può riguardare anche la stabilità degli effetti della deliberazione con la quale la decisione è stata assunta e dell'operazione che ne costituisce l'esecuzione. Risulta, infatti, condivisibile l'opinione che collega l'invalidità (quanto meno come annullabilità) della delibera alla violazione della normativa in tema di o.p.c.³⁰.

³⁰ Cfr.: V. Calandra Buonauro, (nt. 2), p. 234; M. Ventoruzzo, (nt. 18), pp. 536 s.; M. Miola, (nt. 5), p. 636.

Occorre precisare che questo vale per la deliberazione consiliare e per quella assembleare (quando l'operazione rientra nella competenza assembleare e quando, pur non rientrandovi, l'assemblea viene comunque coinvolta per superare il parere sfavorevole del comitato o per le ragioni che si indicano *infra*), sia per la violazione dell'art. 2391-*bis* c.c., sia per la violazione della normativa regolamentare dettata dalla Consob, atteso che nell'art. 2377, comma 2, c.c. il riferimento alla legge va inteso in senso sostanziale e non formale.

A sua volta, la violazione della disciplina regolamentare si può verificare non solo se le procedure adottate dalla società per le loro caratteristiche non sono conformi a questa disciplina, ma anche se le procedure in se stesse rispettano le prescrizioni della Consob e in concreto sono violate con riferimento a una o più operazioni³¹. È vero che le regole contenute nelle procedure in materia di o.p.c. dettate dalla società ovviamente non costituiscono leggi, neppure in senso sostanziale; tuttavia la loro violazione, quando esse sono coerenti con la normativa legislativa e regolamentare, può tradursi in inosservanza anche di queste ultime, il che esime dal rilevare che quando una deliberazione – consiliare o anche assembleare (in quest'ultimo caso, di carattere autorizzatorio) – attiene (anche) a decisioni gestorie, l'inosservanza della normativa concernente l'attività gestoria si traduce in vizio della deliberazione, produttivo della sua invalidità.

Si deve anche tenere presente che, in coerenza con l'autorevole insegnamento dell'Amico che qui viene ricordato³², l'opponibilità ai terzi (nelle o.p.c., anzitutto, al soggetto correlato che è controparte contrattuale della società) della violazione (nelle varie ipotesi appena elencate) della normativa sulle o.p.c. è regolata non dall'art. 2384, comma 2, c.c., ma dal regime (a seconda che si tratti di deliberazione consiliare o assembleare) disposto dagli artt. 2388, comma 5, e 2377, comma 7, c.c., il che determina una minore protezione dell'affidamento, data la differenza fra il parametro della buona fede, considerato dalle disposizioni menzionate da ultimo³³ e il requisito dell'intenzionalità accolto nell'art. 2384, comma 2, c.c.³⁴.

³¹ Nel senso che la violazione delle regole adottate dalla società può determinare l'invalidità della deliberazione cfr. M. Ventoruzzo, (nt. 18), p. 536.

³² Cfr. V. Calandra Buonauro, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, (nt. 27), pp. 673 ss., sulle ragioni per le quali la violazione dei limiti legali dei poteri degli amministratori implica l'applicazione degli artt. 2377, comma 7, e 2388, comma 5, c.c., mentre solo in presenza di violazione dei limiti statutari opera l'art. 2384, comma 2, c.c.

³³ Tra l'altro, la circostanza che la controparte contrattuale della società sia correlata può in fatto aumentare la probabilità che essa venga ritenuta dai giudici in mala fede. Cfr. V. Calandra Buonauro, (nt. 2), p. 234.

³⁴ Per vero F. Bonelli, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 942, ha cercato di svalutare la differenza fra le due ipotesi, ma il suo tentativo non convince per le ragioni illustrate, con la sua consueta lucidità, da Vincenzo; cfr. V. Calandra Buonauro, (nt. 32), p. 671.

Alla luce di quanto detto, l'indeterminatezza del criterio selettivo accolto dalla tesi che collega, con un rapporto di proporzionalità inversa, qualità del processo seguito per assumere la decisione sull'operazione e intensità del vaglio giudiziale non solo può determinare effetti non desiderabili (in termini di eccessiva cautela³⁵) sull'operato degli amministratori, ma può anche risultare pregiudizievole per la sicurezza dei traffici.

4. Una soluzione alternativa

In alternativa, si potrebbe prendere in considerazione l'ipotesi di subordinare l'applicazione della *business judgment rule* nello scrutinio dei giudici sulle o.p.c. alla circostanza che le operazioni di maggiore rilevanza (quanto meno, quando la correlazione riguarda soci) siano sottoposte all'assemblea con applicazione del meccanismo del c.d. *whitewash*³⁶.

In questo modo:

- da un lato, il requisito a cui è collegato l'arretramento del sindacato giudiziale appare connotato da un sufficiente grado di determinatezza, il che consente di evitare gli inconvenienti pratici a cui potrebbe dare adito la pur interessante costruzione dottrinale esaminata in precedenza;

- dall'altro, l'assenza del voto contrario della maggioranza dei soci non correlati votanti pare idonea a determinare l'effettivo azzeramento dell'incremento del rischio di condotte abusive legato alle o.p.c. e a giustificare l'equiparazione sul piano sostanziale fra il caso delle o.p.c. (nonostante esso in sé ponga un potenziale problema di *duty of loyalty*) e quello in cui venga in considerazione la violazione del *duty of care*, con conseguente utilizzazione del parametro di revisione giudiziale accolto in quest'ultima ipotesi, ossia, appunto la *business judgment rule*.

Si potrebbe obiettare che, al di fuori delle o.p.c. di competenza assembleare, la posizione appena esposta rischia di avere scarso impatto pratico, perché rilevarebbe solo nel caso, improbabile³⁷, nel quale gli amministratori sottopongano la questione all'assemblea in presenza del parere contrario (del comitato) degli

³⁵ Non va dimenticato che il rischio è connaturato all'impresa (cfr. V. Calandra Buonauro, (nt. 2), p. 288) e che una gestione virtuosa non evita i rischi, ma li governa in maniera adeguata.

³⁶ Per questa prospettiva cfr. E. Ghio, *Business judgment rule e operazioni con parti correlate: un confronto fra Italia e Stati Uniti*, tesi di laurea discussa nell'a.a. 2018 /2019 nell'Università degli Studi di Milano.

³⁷ Per la considerazione che «non è chi non veda quanto questo percorso [n.d.r.: quello del c.d. *whitewash*] sia irto di ostacoli, di incognite e di potenziali rischi», per cui «è facile prevedere che il ricorso all'istituto sarà scarso se non nullo» cfr. P. Montalenti, *Le operazioni con parte correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 332.

amministratori indipendenti³⁸, ove ciò sia previsto dalle procedure accolte dalla società *ex art. 8.2 del Regolamento Consob*.

Il rilievo viene, però, superato se si ritiene che gli amministratori possano sottoporre il compimento dell'operazione all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria (con previsione del c.d. *whitewash*) anche se vi sia il parere favorevole (del comitato) degli amministratori indipendenti. Per ammettere questa possibilità non è necessario ricorrere alla teoria delle competenze implicite dell'assemblea (tra l'altro non è affatto detto che le o.p.c. presentino una rilevanza di livello tale da giustificare, secondo la teoria in discorso, l'intervento assembleare), nè è necessario prendere posizione sulla questione (alla quale, per vero, sarei propenso a rispondere affermativamente, anche se non posso qui darne conto sul piano della motivazione) se sia compatibile con le previsioni degli artt. 2364, comma 1, n. 5 e 2380-*bis*, comma 1, c.c. la facoltà degli amministratori di sottoporre all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria questioni gestionali pure in assenza di previsioni statutarie.

È infatti sufficiente che le procedure in tema di o.p.c. e lo statuto sociale³⁹ prevedano che gli amministratori possano chiedere l'autorizzazione assembleare *ex art. 2364, comma 1, n. 5 c.c.* per le o.p.c., anche in presenza di parere favorevole degli amministratori indipendenti non correlati. Non ignoro che la possibilità di recepire nello statuto le regole sulle procedure in materia di operazioni con parti correlate è stata talora negata in dottrina, con la motivazione che, altrimenti, la loro modificazione verrebbe sottratta all'organo amministrativo, mentre la competenza sulla configurazione di queste regole è attribuita a quest'organo (*rectius*, al *plenum* di questo organo) dall'*art. 2391-bis, comma 1, c.c.*⁴⁰

Anche qualora si condivida l'esigenza che ispira la tesi in questione, essa non pare messa a rischio da una clausola statutaria che lasci gli amministratori pienamente arbitri in ordine alla scelta se richiedere l'autorizzazione assembleare, sebbene il parere del comitato sia stato favorevole al compimento dell'operazione. Tra l'altro, se la procedura in tema di o.p.c. (e lo statuto, per evitare il problema teorico prima richiamato) lascia gli amministratori liberi di decidere se sottoporre l'operazione con parte correlata all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria

³⁸ La compatibilità con il meccanismo del c.d. *whitewash* della *business judgment rule*, anche nella prospettiva di chi accoglie l'opinione contraria, in termini generali, alla utilizzazione per le o.p.c. del criterio in discorso, è sostenuta, pur se in forma dubitativa, da D. Semeghini, (nt. 14), p. 168, nota 57 (in relazione alle operazioni di competenza assembleare) e 180 s., nota 85 (in relazione alle altre operazioni, quando vi è il parere contrario degli amministratori indipendenti).

³⁹ Evitando così l'obiezione che le procedure concernenti le o.p.c. non possono introdurre il sistema di c.d. *whitewash*, mossa da chi - come P. Montalenti, (nt. 37), p. 333 - ritiene che le autorizzazioni assembleari devono necessariamente essere previste nello statuto.

⁴⁰ Cfr. M. Miola, (nt. 5), p. 636, nota 34. In senso contrario si vedano invece, ad es.: M. Ventrizzo, (nt. 18), p. 523; M. Stella Richter *jr*, *Le procedure per le operazioni con parti correlate*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 75.

(allora, con ricorso al meccanismo del c.d. *whitewash*) anche quando vi è il parere favorevole del comitato, l'eventuale iniziativa di portare la questione in assemblea in presenza di parere favorevole non sembra comportare il rischio delle potenziali reazioni negative del mercato legato, nella fattispecie prevista dagli artt. 8.2. e 11.3. del Regolamento Consob, all'esistenza di un parere negativo del comitato.

Questo non significa che il coinvolgimento dell'assemblea non possa comportare inconvenienti. A parte i costi diretti inerenti allo svolgimento dell'assemblea di una società quotata, occorre tener conto del fatto che l'operazione potrebbe presentare profili di riservatezza aziendale e informare di essa l'assemblea e il mercato potrebbe determinare conseguenze indesiderabili sia sul piano imprenditoriale, sia per il rischio di determinare turbative di mercato (legate all'operazione in sé, non al parere del comitato, come nei casi degli artt. 8.2. e 11.3. del Regolamento Consob).

Tuttavia, se la procedura in tema di o.p.c. adottata dalla società riserva agli amministratori la decisione se richiedere l'autorizzazione assembleare quando vi è il parere favorevole degli amministratori indipendenti non correlati, è rimessa ai primi, in piena coerenza con le scelte di sistema dell'ordinamento, la valutazione se sia maggiore questo potenziale inconveniente o il vantaggio in termini imprenditoriali rappresentato dalla possibilità di evitare l'eventuale effetto di incentivo a "ingessare" la gestione collegato alla prospettiva dell'applicazione (in assenza del ricorso all'assemblea e al c.d. *whitewash*) nel possibile vaglio giudiziale successivo del criterio della *fairness*, anziché della *business judgment rule*.

Bibliografia

F. Bonelli, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 924 ss.

V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, nel *Trattato di Diritto Commerciale*, fondato da Buonocore e diretto da Costi, sezione IV, tomo 4.VI, Giappichelli, Torino, 2019

V. Calandra Buonauro, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2006, vol. 2, pp. 657 ss.

E. Ghio, *Business judgment rule e operazioni con parti correlate: un confronto fra Italia e Stati Uniti*, tesi di laurea discussa nell'a.a. 2018 /2019 nell'Università degli Studi di Milano

S. Gilotta, *Interesse di gruppo e nuove regole sulle operazioni con parti correlate: una convivenza difficile*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 254 ss.

- M. Houben, *Operazioni con parti correlate e governo societario*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, II ed., 2020
- A. Mazzoni, *Operazioni con parti correlate e abusi*, in *Il Testo Unico della Finanza – Un bilancio dopo 15 anni*, diretto da Annunziata, Egea, Milano, 2015, pp. 201 ss.
- M. Miola, *Le operazioni con parti correlate*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicurum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 625 ss.
- P. Montalenti, *Le operazioni con parti correlate: questioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, pp. 63 ss.
- P. Montalenti, *Le operazioni con parte correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 319 ss.
- M. Notari, *La “sterilizzazione” del voto nelle società per azioni: appunti in tema di “whitewash” e dintorni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, pp. 743 ss.
- A. Pomelli, *La disciplina Consob delle operazioni con parti correlate*, in *NLCC*, 2010, pp. 1333 ss.
- D. Regoli, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2006, vol. 2, pp. 385 ss.
- D. Semeghini, *Valutazioni preventive e retrospettive sulle operazioni con parti correlate: spunti dalla comparazione con la giurisprudenza del Delaware*, in *ODCC*, 2016, pp. 139 ss.
- M. Stella Richter jr, *Le procedure per le operazioni con parti correlate*, in *Riv. soc.*, 2011, pp. 64 ss.
- P. Valensise, *Conflitti d'interessi e parti correlate*, in *Il Testo Unico finanziario*, diretto da Cera e Presti, vol. 2, Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 1949 ss.
- M. Ventoruzzo, *La nuova disciplina delle operazioni con parti correlate: tutela degli investitori e governance delle società quotate*, in *Banche italiane e governo dei rischi – Imprese, famiglie, regole*, a cura di Bracchi e Masciandaro, Edibank, Roma, 2008, pp. 411 ss.
- M. Ventoruzzo, in *Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti e altri, Milano, Egea-Giuffrè, 2005, *sub art. 2391-bis*, pp. 501 ss.



Ineffective contracts, restitution and the change of position defence

About a recent decision rendered by
the High Court of Justice of London

JOHN D. MC CAMUS

Professor Emeritus

Osgoode Hall Law School

jmccamus@osgoode.yorku.ca

FRANCESCO DELFINI

Full Professor

Università degli Studi di Milano

francesco.delfini@unimi.it

ABSTRACT



DOI: 10.54103/milanlawreview/20645

MILAN LAW REVIEW, Vol. 4, No. 1, 2023

ISSN 2724 - 3273

The paper, moving from a cross-border case and with a comparative law perspective, addresses which is the operative rule of Restitutionary claim resulting from an ineffective contract, assessing whether it would be achievable, under Italian Law, the same results of the “Change of Position Defence” under common law. The topic relates to the broader issue of allocating costs incurred by the party who performed a void contract in reliance on its validity, for which, under Italian Law, guidance could be given by Section 1328, paragraph 1, second part, of Italian Civil Code.

Keywords: Ineffective Contracts; Law of Restitution; Change of Position Defence; Costs borne by defendant in Restitutionary claim.

Il contributo affronta, muovendo da un caso *cross border* e con sguardo comparatistico, la questione del regime applicabile alle restituzioni che conseguono alla declaratoria di nullità contrattuale, focalizzandosi sulla configurabilità, nell’ordinamento domestico, una tutela, per il convenuto in ripetizione, funzionalmente accostabile a quella che il *common law* indica come “*Change of Position Defence*”. Il tema si incentra su quello, più ampio, dell’allocazione dei costi sopportati dalla parte che ha eseguito un contratto nullo confidando nella sua validità, per il quale può guardarsi al principio sotteso all’art. 1328, comma 1°, seconda parte, c.c.

Parole chiave: nullità contrattuale; restituzioni; indennizzo del convenuto in ripetizione; *change of position defence*.

This paper has been subjected to double-blind peer review

Ineffective Contracts, Restitution and the Change of Position Defence

SOMMARIO: 1. Banca Intesa Sanpaolo spa- Dexia Crediop SA v. Comune di Venezia – 2. The IRS's are void and unenforceable under English Law, according to the High Court, for Venice's officers want of Authority and Venice's lack of capacity to contract under Italian Law – 3. The Applicable Law of the Unjust Enrichment Claim – 4. Law of Restitution *Change of Position Defence* in North American and English Common Law – 5. Restitution under Italian Law and *Change of Position Defence*: some points of potential convergence among the two jurisdictions – 6. The peculiarities of the COPD shaped by the High Court.

1. Banca Intesa Sanpaolo spa-Dexia Crediop SA v. Comune di Venezia

A recent decision rendered by the High Court of Justice - Banca Intesa Sanpaolo Spa - Dexia Crediop SA v Comune di Venezia¹ - gives occasion to address the differences and similarity in the Law of Restitution both in common law jurisdictions and, on the civil law side, in Italian law.

Indeed, the peculiarities of the case decided involved simultaneously English and Italian Law.

Intesa and Dexia, the Claimants, are Italian companies carrying on business as banks; the Defendant is the Italian municipal Authority of the world-renowned city of Venice.

The factual background is summarized as follows in the decision (§§ 1 and 2): “1. *In this case: i) The Claimants (the Banks which expression, as the context requires, also extends to the Claimants' predecessors in title) seek declarations that certain interest rate swap (IRS) transactions (the Transactions) which they say they entered into with the Defendant (Venice) on the terms of the 1992 ISDA Master Agreement are valid and binding, and alternative relief in contract and tort if it is found they are not. ii) Venice seeks declarations that the Transactions are not valid and binding (and consequential relief in unjust enrichment), and alternatively relief in contract and tort if it is found that they are. 2. Behind that simple symmetry lurks a complex set of questions raising disputes of pure fact, and of Italian and English law, some of them with potentially profound implications for the sanctity of English law contracts. By way of a very short introduction to those issues: i) Venice contends that, for various reasons, it lacked the substantive power*

¹ Banca Intesa Sanpaolo Spa – Dexia Crediop SA (Claimants) v. Comune di Venezia (Defendant), before the High Court of Justice Business and Property Courts (England and Wales) King's Bench Division Commercial Court [2022] EWHC 2586 (Comm) Case No: FL-2019-000012 - 14 October 2022.

to enter into the Transactions as a matter of Italian law, and that, applying English conflict of law principles, that means that it did not have capacity to enter into the Transactions and that they are not valid. ii) The Banks deny that the entry into the Transactions contravened any provisions of Italian law, on the basis of arguments as to the effect of Italian law and its application to the facts of this case, and further deny that any such contravention would deprive Venice of capacity to contract as a matter of English conflict of laws principles in any event. iii) Venice also contends that the Transactions breached various rules of Italian law which have the status of "mandatory rules of law" for the purposes of Article 3(3) of the European Union Convention 80/934/EEC (the Rome Convention) and that as a result the Transactions are void and/or unenforceable. iv) On this basis, Venice claims restitution of the net amounts paid under the Transactions to date. The Banks contend that they have a defence of change of position to these claims, and that Venice's claims are time-barred. v) If the Transactions are valid and binding, Venice alleges that the Banks owed Venice a non-contractual advisory duty to assess the suitability of the Transactions, which was breached, and that Venice has suffered loss as a result. vi) If the Transactions are not valid and binding, the Banks allege that Venice was in breach of various contractual duties or is liable to it in respect of various misrepresentations and/or misstatements, for which they claim damages".

The operative part of the decision reads: (§463): *"For the reasons I have set out above: i) Venice lacked capacity to enter into the Transactions on the basis of the Speculation and Indebtedness Arguments, with the result that they are void and unenforceable as a matter of English law. ii) Venice's challenges to the Transactions based on the Article 42(2)(i) TUEL Argument and breach of mandatory Italian law fail. iii) The Banks' arguments based on estoppel, breach of contract, misrepresentation or misstatement, Article 1338 of the ICC and the indemnity obligation in the Mandate Agreement fail. iv) Venice is entitled to restitution of the amounts paid to the Banks under the Transactions, but the Banks are in principle entitled to rely on a defence of change of position in respect of payments made under the "back-to-back" Hedging Swaps, subject to the reservations at [424] above. v) Venice's alternative claim for damages for breach of non-contractual obligations fails".*

Among the conclusions, it appears significant that Mr Justice Foxton found the Banks entitled, in principle, to rely on a Change of Position Defence (COPD) in respect of payments made under the "back-to-back" Hedging Swaps: a conclusion which makes it interesting to underline differences and similarity (if any) among the two laws the Court has applied, English and Italian and the two legal tradition, common and civil law, to which they pertain.

2. The IRS's are void and unenforceable under English Law, according to the High Court, for Venice's officers want of Authority and Venice's lack of capacity to contract under Italian Law

The derivative contracts (IRS or the Transactions) were entered into under the Venice Master Agreement which embedded a choice of (English) law

agreement and, therefore, according to the Rome Convention, which applied at the date of the Transactions, both *i*) Issues as to the existence of a contract and the *ii*) Issues as to the consequences of a contract being void are governed by the English law chosen by the Parties.

Notwithstanding, this choice of law, according to the Court, the issues as to Venice's capacity of contracting and actual authority on Venice's officers are to be determined by the Italian Law.

Indeed, it is worth noting that the requirement of legal capacity of contracting is considered both in common law and civil law tradition: it was mentioned not only in the Napoleonic Code (art. 1108 del Code Napoleon²) and in art. 1104 of the previous Italian Civil Code (the one enacted in 1865 and in force until 1942), but also in para. 984 of the Civil Code of Lower Canada³.

In the wording of the decision: “107. *The Transactions are governed by English law. That does not mean that every legal issue which arises for determination is exclusively a matter of English law. In particular, it is common ground that issues as to the capacity of Venice (as a legal person) to enter into the Transactions are to be determined by reference to Italian law: Credit Suisse International v Stichting Vestia Groep [2014] EWHC 3103 (Comm), [185]. This reflects the fact that, as a legal person, Venice only exists by virtue of, and within the confines imposed by, the municipal legal system which brought it into being. It is also common ground that the actual authority of those who purported to commit Venice to the Transactions is a matter of Italian law*”.

Venice alleged its lack of capacity to enter into the Transactions for failure to comply to art. 42 Testo Unico Enti Locali (TUEL) and art. 119 Italian Constitution.

The High Court took into account that: “128. *Venice contends that three of the arguments which it raises have the effect that it lacked capacity to enter into the Transactions: i) The argument that the Transactions were speculative, and as a local authority Venice lacked capacity to enter into speculative derivatives as a matter of Italian law (the Speculation Argument). ii) The argument that the Transactions constituted indebtedness other than for investment expenditure, and as a local authority Venice was not permitted to have recourse to indebtedness otherwise than for the purpose of investment (the Indebtedness Argument). iii) The argument that the Transactions did not receive the requisite approval from the City Council, and Venice consequently lacked capacity to enter into the Transactions (the Article 42 TUEL Argument)*”.

The assessment of the Italian Law concerning such issues was made by Mr Justice Foxton considering a significant decision of the Italian Supreme Court

² Art. 1108 Code Napoleon reads as follows: «Four requisites are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself; His capacity to contract; A definite object which forms the subject-matter of the undertaking; A lawful cause in the obligation».

³ Which reads: «There are four requisites to the validity of a contract: Parties legally capable of contracting; their consent legally given; something which forms the object of the contract; a lawful cause or consideration».

(Cassazione), rendered by Joint Divisions on 12 May 2020 n. 8770 (referred to as “the Cattolica decision”)⁴ in a dispute, involving derivative contracts entered into by a Bank (Banca Nazionale del Lavoro) and the Municipality of Cattolica (a small city along the Adriatic shore): “289. I have set out my reasons at [260] to [261] above for concluding, on the basis of the Cattolica decision, that the Transactions fell within one of the categories of derivative which the Supreme Court held constituted indebtedness or expenditure for the purposes of both Article 119(6) of the Constitution and Article 42(2)(i) of TUEL (the Supreme Court having addressed these issues compendiously)”.

Making reference to such Italian case law, Mr. Justice Foxton found the IRS contracts forbidden to the Municipality of Venice by the Italian Law and therefore being void under English Law: “i) It follows from my conclusion that the Transactions, as a whole, were speculative that they were not undertaken for the purpose of financing investment expenditure” (§268); “269. The conclusions at [267] and [268] necessarily entail that the Transactions contravened Article 119(6) of the Constitution”; accordingly, the reasoning, at §274, reads: “274. Applying English law, and on the basis of Haugesund, the inevitable consequence of my conclusion that, on the basis of the Speculation and/or Indebtedness Arguments, Venice lacked the substantive power or legal ability to enter into the Transactions, is that they are void”; “358. ...Venice lacked the substantive power to enter into the Transactions as a matter of Italian law, with the result that the Transactions are void as a matter of English law”.

As reported above, the Banks had asked, as an alternative remedy in case the Court found the IRS’s to be not valid and binding, for an award of damages in contract and tort. The subordinate claim was raised under art. 1338 Italian Civil Code (ICC), titled “Knowledge of reasons for invalidity” which states: “A party who knows or should know the existence of a reason for invalidity of the contract and does not give notice to the other party is bound to compensate for the damage suffered by the latter in relying, without fault, on the validity of the contract”⁵.

Characterizing the Cattolica decision as a “Fundamental Restatement” of the Italian Law, the High Court has dismissed “The Banks’ Claim Under Article 1338 of the ICC”) reasoning as follows: “381. The short answer to this claim is neither Venice (nor, for that matter, the Banks) “should have known of the invalidity of the Transactions” before the decision of the Supreme Court in Cattolica or were at fault in not doing so. Once again, that wholly ignores the extent to which Cattolica effected a fundamental restatement of Italian law in the relevant respects”.

Indeed, the same characterization of the Cattolica decision is repeated at §426 ss. of the reasoning, whereas the High Court decided that Venice’s Claim for Restitution is not Time-Barred because (§430) “iv) ... the decision of the Supreme

⁴ The Cattolica decision, at para. 10.8, requires the authorization to the Municipality to enter in IRS- particularly if an upfront is provided, must be given by the Municipal Council: otherwise, the contracts are null and void.

⁵ The translation of ICC paragraphs quoted in this paper is the one provided by J.H. MERRYMAN, *The Italian Civil Code*, Oceana, New York, 1969.

Court in Cattolica represented a fundamental change in the interpretation of the relevant legislative and regulatory provisions...; v)... exercising reasonable diligence, Venice could not have discovered that it had a "worthwhile claim" prior to the Cattolica decision in the Supreme Court".

3. The Applicable Law of the Unjust Enrichment Claim

Being the Transactions void under English law (as *ultra vires* transactions), it follows the parties can reclaim, as Unjust Enrichment, the performance rendered under the contracts: as recalled in the decision (§394), is "*common ground that money paid by one party under a void contract, such as a payment made under a void swap, is in principle recoverable in unjust enrichment*".

Wondering which law applies to the restitutionary claim, the High Court decided it is the English one on two grounds.

Firstly, "*Under the Rome Convention, which applied at the date of the Transactions: i) Issues as to the existence of a contract are governed by the law which would apply if the contract had been concluded (Article 8(1)), which in this case would be English law by virtue of the choice of law agreement in the Venice Master Agreement. ii) Issues as to the consequences of a contract being void are governed by the same law (Article 10(1)(e))*". (§386.)

Secondly, the same conclusion is attained applying the common law test of the closest and most real connection, for the Court having found that in this case "*the unjust enrichment claim has its closest and most real connection with English law by reason of the choice of law clause in the Venice Master Agreement*" (§390).

4. Law of Restitution Change of Position Defence in North American and English Common Law

The change of position defence became a recognized feature of the American law concerning restitution of mistaken payments in the early years of the twentieth century, if not earlier⁶. It has been most recently restated in the following form in the *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* (2011) in §65: "*If receipt of a benefit has led a recipient without notice to change position in such manner that an obligation to make restitution of the original benefit would be inequitable to the recipient, the recipient's liability in restitution is to that extent reduced*". In the latter part of the twentieth century, it was adopted by Commonwealth courts as an improvement on the traditional defence of estoppel to mistaken payment claims⁷. Estoppel was available as a defence only if the payer represented to the

⁶ F.C. WOODWARD, *The Law of Quasi Contracts*, Little Brown & Co., Boston, 1913, p. 38-42.

⁷ See P.D. MADDAUGH – J.D. MCCAMUS, *The Law of Restitution*, Looseleaf Ed., Toronto, 2021, p. 466. In the reasoning: (§402) "*On this basis, I am satisfied (certainly in the particular circumstances of this case) that a defence of change of position is, in principle, available*

payee that the moneys mistakenly paid were due. No such requirement restricts the availability of COPD. Further, any degree of reliance engaged the estoppel doctrine and constituted a complete defence to the claim. With COPD, however, it was recognized that the defence would only be partial in cases where only a portion of the mistakenly paid money had been depleted.

To engage COPD, however, it is necessary to establish that the payee reasonably believed that the mistakenly paid moneys are now owned by the payee and, further, that the payee made a decision to spend the moneys in an irremediable or irrevocable fashion. An oft-cited illustration is that the mistaken payee might decide to spend the money on an expensive vacation that was only undertaken because of the receipt. By way of contrast, mere expenditure of the money on a pre-existing debt would not give rise to the COPD. If the moneys were spent by the payee on the acquisition of an asset that would not otherwise have been acquired by the payee, the residual value of the asset would be deducted from the defence. The detrimental reliance must be irrevocable.

Another aspect of COPD that is relevant in the present context is its availability in the context of “anticipatory” changes of position. Initially, English courts hesitated over whether the decision to make the expenditure of the mistakenly paid funds could be made before the moneys were received. After some initial hesitation, English law now accepts that where the payee is induced to believe that the moneys will be forthcoming from the payer and then decides, in advance of the actual receipt, to detrimentally commit to spending the moneys in reliance on their anticipated receipt, the COPD is available.⁸ This became material in the *Intesa* decision as the commitment to expend moneys received from Venice on the “back-to-back” IRS’s was made before the moneys were actually received from Venice.

The natural home for the COPD defence is in the context of mistaken payments where there is no contractual relationship between the parties that requires the payment. As the *Lipkin, Gorman (a firm) v. Karpnale Ltd.*⁹ decision illustrates, however, COPD may also be available in cases where a rogue third party misappropriates funds from the claimant and then transfers them gratuitously to the defendant who, in turn, detrimentally relies on that innocent receipt to detrimentally change position. In *Lipkin, Gorman*, a lawyer misappropriated funds from his law firm and gambled them away at the defendant’s casino. The winnings paid by the defendant to the rogue constituted a COPD which reduced the firm’s claim. In this additional context, then, an innocent recipient of funds who reasonably believes that it is entitled to deal with them as it wishes is entitled to rely on COPD.

notwithstanding the fact that Venice’s right to restitution arises from the fact that a condition of those payments (a legally enforceable right to the counter-payments) was not satisfied”.

⁸ *Dextra Bank and Trust Co. Ltd. v. Bank of Jamaica*, [2002] 1 All E.R. (Comm.) 193 (P.C.).

⁹ [1991] 2 A.C. 548 (U.K.H.L.)

One would not expect, however, that COPD would be available in the context of benefits transferred under ineffective transactions. A critical difference is that the recipient of benefits transferred under an ineffective transaction expects to provide benefits in return. Thus, if moneys are paid as a down payment or partial payment under a void building contract, the builder cannot resist the purchaser's restitution claim on the basis that the builder has spent the moneys on an otherwise unplanned vacation. Unlike a mistaken payments case, the builder has no reasonable belief that the moneys paid require no provision of value in return.

Nonetheless, there is a recent English decision, relied upon in *Intesa*, in which COPD was applied to benefits conferred under a void transaction. In *School Facility Management Ltd. v. Christ the King College*¹⁰, the doctrine was applied in the context of arrangements for the building of a school facility for the College which proved to be *ultra vires* the College. The College wished to expand its operation and add a new facility. The College did not have the resources to pay for the building of such a facility. Having approached the builder it preferred for this assignment (BOS), arrangements were entered into for the financing of the construction and a lease of the facility to the College. At the risk of oversimplifying somewhat complex factual circumstances, the ultimate arrangements consisted of two agreements, one between School Facility Management (SFM) and BOS and the other between SFM and the College. Under the first, SFM, which raised the financing for the project, hired BOS to build the facility of which SFM became the eventual owner. Under the second, SFM leased the building on a long-term basis to the College which paid rental fees to SFM which were designed to cover, over the length of the lease, the costs associated with the building of the facility which had been paid to BOS by SFM. In due course, the College discovered that its agreement with SFM was *ultra vires*. Among the numerous claims arising from this scenario, the College sought restitution of the moneys it paid to SFM. The trial judge, Foxton J., in a holding¹¹ not challenged on appeal, held that a COPD defence was available to SFM on the basis of its (anticipatory) payment of the moneys received to BOS.

When a somewhat similar issue with respect to anticipatory commitment of funds to be received in the back-to-back IRS's entered into by the Banks arose in *Intesa*, Foxton J. relied, in part, on the reasoning in *SFM* to reach the conclusion that the COPD was also available in the *Intesa* context. Having ascertained that the IRS's were void under English law, the decision adds that: "*the Banks are in principle entitled to rely on a defence of change of position in respect of payments made under the*

¹⁰ [2021] EWCA Civ. 1053, [2021] 2 W.L.R. 6129 (C.A.).

¹¹ *School Facility Management Ltd. v. Christ the King*, [2020] EWHC 1118 (Comm.); [2020] EWHC 1477 (Comm.).

"back-to-back" Hedging Swaps" (463)¹², because "both the payer and the recipient were acting on the basis of an apparent state of affairs that the condition for Venice's payments (the existence of legally enforceable rights to counter-payments) had been satisfied" (§400); "the nature of the change of position contended for by the Banks was not engaging in expenditure wholly unrelated to the obligations arising under the Transactions (sc. the builder who spends the advance payment on a holiday) but entering into and performing contracts entered into for the purpose of hedging their liabilities under the Transactions" (§401); "it is routine and objectively foreseeable that banks entering into transactions of this type will hedge them" (401).

The Court notes (§406) "It is now clear from the decisions of the Privy Council in *Dextra Bank and Trust Co Ltd v Bank of Jamaica* [2002] 1 All ER 193 and the Court of Appeal in *Jones v Commerzbank AG* [2003] EWCA Civ 1663, ([38] and [47]) that the defence of change of position can be established by action taken before, but in anticipation of, the receipt of the amounts of which repayment is sought." And adds: "412. In A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment (2012), Lord Burrows distilled the law on change of position into the following summary: "(1) The defendant has a defence to the extent that – (a) the defendant's position has changed as a consequence of, or in anticipatory reliance on, obtaining the benefit, and (b) the change is such that the defendant would be worse off by making restitution than if the defendant had not obtained, or relied in anticipation on obtaining, the benefit".

Therefore, in the words of Mr. Justice Foxton, "413. I can find nothing in that summary which would deny the Banks a change of position case where they had entered into back-to-back transactions by which they assumed (conditional) payment obligations in anticipatory reliance of receiving essentially the same payments from Venice. Indeed, the routine and objectively foreseeable nature of that anticipatory reliance, and its "back-to-back" nature (with the Banks' anticipatory reliance essentially mirroring the anticipated receipts) would seem to make this a paradigm case for the availability of the defence of change of position" (...). "424. (...) there is a principled case for recognizing a defence of change of position to the extent of any swap payments made by the Banks under the Hedging Swaps (...)".

Even if one accepts the validity of applying the COPD in the SFM case, however, we may note an important distinction between SFM and *Intesa*. In SFM, the structure of the two agreements was designed, to the knowledge of all parties and to carry out the wishes of the College, to require SFM to pay in advance the moneys to the builder which all parties expected would be reimbursed to SFM by the College by its rental payments. Pursuant to the arrangements, the moneys had already been committed through SFM's payment of the up-front cost of building the facility to BOS. Perhaps, rather than COPD, one might better explain the result

¹² In the reasoning: (§402) "On this basis, I am satisfied (certainly in the particular circumstances of this case) that a defence of change of position is, in principle, available notwithstanding the fact that Venice's right to restitution arises from the fact that a condition of those payments (a legally enforceable right to the counter-payments) was not satisfied".

on this point in *SFM* on the basis that none of the parties involved expected that *SFM* would be “enriched” by the receipt of these reimbursement moneys from the College. Similarly, one who intentionally enters into an agreement with an agent who, as intended, passes the money provided to the principal would have no restitution claim against the agent if it proved to be the case that the agent acted without the principal’s authority. The agent has not been enriched.

In *Intesa*, on the other hand, there was no similar understanding or requirement that the Banks would necessarily commit the funds received from Venice to servicing the back-to-back IRS’s the Banks entered into for their own purposes.

Mr. Justice Foxton noted (§413) that it was “foreseeable” that the banks would entered into such arrangements. Further, such arrangements were not “wholly unrelated to the obligations arising under the Transactions”. If the intention in *Intesa*, is to create a new version of COPD that applies whenever a payer under a void contract can reasonably foresee that the payee will spend the money in an irretrievable fashion in a manner not wholly unrelated to performance, this new version of COPD would be potentially available in a broad range of ineffective transactions cases. It must often be foreseeable that moneys paid under a transaction will be used in such fashion by the payee. If such a new defence is to be recognized, it may be that it should be limited to expenditures undertaken by the payee that were *necessary* to the payee’s performance of its obligations under the agreement in question or, perhaps, were *intended by the parties* to be used in this fashion. Arguably, that was not the case in *Intesa*.

The effect of the ruling in *Intesa* is to shift the risk of loss incurred by reason of detrimental reliance on the validity of the agreement from the recipients of the benefits, the Banks, to Venice. This might be considered to be appropriate where Venice, (though behaving innocently), is in some sense responsible for the ineffectiveness of the transaction by virtue of its *ultra vires* conduct. No suggestion is made by Foxton J. that this was considered to be a relevant factor in *Intesa*. It may be, however, that if the *Intesa* ruling is to be applied in other ineffective transactions contexts and to the benefit of the party responsible for the ineffectiveness of the transactions, such considerations may become relevant. Consider, for example, a contract rendered ineffective by the commission of a crime where the criminal wishes to rely on COPD.

5. Restitution under Italian Law and *Change of Position Defence*: some points of potential convergence among the two jurisdictions

Mr Justice Foxton noted, at §393, that “It is common ground that no change of position defence arises as a matter of Italian law”.

It can be doubted that such a conclusion should be so definitive under Italian law.

In particular, it may be interesting to enquire whether Italian Law would give, in some manner, relief and protection to the reliance considered in the change of position defence.

To answer such a question, we cannot rely on art. 1338 ICC, because it requires one of the parties to the contract to be aware of its invalidity or ineffectiveness. The rule is considered an application of the broader principle stated in the previous art. 1337 ICC, which reads “Negotiations and pre - contractual liability” “The parties, in the conduct of negotiations and the formation of the contract, shall conduct themselves according to good faith”

Indeed, the High Court rejected the Banks' Claim under article 1338 of the ICC because: “... neither Venice (nor, for that matter, the Banks) "should have known of the invalidity of the Transactions" before the decision of the Supreme Court in Cattolica or were at fault in not doing so” (§381).

In our case, therefore, there was no room for liability and damages.

On the contrary, the COPD refers to a legitimate reliance of the payee and provides a relief which is not characterizable as damages as it does not involve a liability of the payer. According to the decision, the Venice Municipality was aware, in entering into the Swaps, that the Banks would have hedged their financial position by back-to-back transactions with other banks.

As it was put by Mr Justice Foxton: “413. I can find nothing in that summary which would deny the Banks a change of position case where they had entered into back-to-back transactions by which they assumed (conditional) payment obligations in anticipatory reliance of receiving essentially the same payments from Venice. Indeed, the routine and objectively foreseeable nature of that anticipatory reliance, and its "back-to-back" nature (with the Banks' anticipatory reliance essentially mirroring the anticipated receipts) would seem to make this a paradigm case for the availability of the defence of change of position”.

In other word, it constituted an “anticipatory reliance” of the Banks, pushing them to buy a coverage by means of back-to-back derivatives (again, IRS) entered into with Banca IMI S.p.A and Barclays Capital (§64).

Indeed, looking carefully at the Italian Contract law is it possible to find a rule in which anticipatory reliance is considered and protected in the same way the COPD supports the payee in our case.

Art. 1328 ICC – pertaining to the conclusion of the agreement by offer and acceptance – deals with the legitimate withdrawal of the offer by the offeror, in such a way impeding the conclusion of a binding agreement.

According to the mail box rule, the standard rule also in North American Common Law¹³, under the Italian Civil Code, “the contract is concluded at the

¹³ The mailbox rule (also called the posting rule), which is the default rule, in common law, under the contract law (regarding bilateral contracts) for determining the time at which an offer is accepted, states that an offer is considered accepted at the time that the acceptance is communicated (whether by mail e-mail, etc). The main exception to the

moment that the offeror becomes aware that the offeree has accepted the offer (Art. 1326 civil code). It is, however, presumed that the offeror had such notice at the moment that the communication reached his address (Art 1335 civil code)".¹⁴

Such a rule, on one side, gives room to an (early) performance of the contract by the offeree once he has posted or issued the acceptance and prior to the arrival of it with the offeror, which would be the very moment of conclusion of the contract; on the other side, it allows the offeror to withdraw its offer prior to it becoming binding, and the agreement had arisen: indeed, according to art. 1328, first subparagraph, titled "Revocation of offer and acceptance": "An offer can be revoked until the contract is concluded".

In that case, the acceptor could have already incurred expenses and obligations (with third parties) in order to perform a contract, whose conclusion is impeded by the (although) legitimate revocation of the offer.

The rule for this occurrence is provided by the last sentence of the first subparagraph of art. 1328, which reads: "However, if the acceptor has begun performance in good faith before having notice of the revocation, the offeror is bound to indemnify him for the expenses and losses sustained in beginning performance of the contract".

The wording of the rule is significant: it does not read "recover damages" – which in Italian Contract Law is linked to a liability for breach a contract or for tort – but "indemnify", which is relief granted whereas there is no liability of the party bound for it, but the counterparty can characterize his position as a legitimate reliance.

The similarity of the two cases seems evident: by art. 1328 ICC a remedy is granted to the party which has trusted in the very likely conclusion of the contract – that failed to happen due to the legitimate revocation of the offer; in the case decided by the High Court, the Banks have trusted on the validity of the contract, which was supposed by both the parties (Venice Municipality and the Banks) until the Cattolica decision occurred as a "Fundamental Restatement" of the Italian Contract Law. Therefore, art. 1328 ICC appears applicable even reasoning a fortiori, because in the High Court case a contract did exist at the time of the incurred expenses and was not only forecasted and predicted (as assumed by art. 1328 ICC).

rule is recognized for option contracts, as considered in the *Restatement (Second) of Contracts* §63 (1981) which reads: "Unless the offer provides otherwise, (a) an acceptance made in a manner and by a medium invited by an offer is operative and completes the manifestation of mutual assent as soon as put out of the offeree's possession, without regard to whether it ever reaches the offeror; but (b) an acceptance under an option contract is not operative until received by the offeror".

¹⁴ G. ALPA – V. ZENO-ZENCOVICH, *Italian Private Law*, University of Texas and Austin Studies in Foreign and Transnational Law, New York, 2007, p. 215.

Therefore, the obiter dictum that (§393) “It is common ground that no change of position defence arises as a matter of Italian law” is worthy of a deeper consideration and cannot be accepted as a definitive statement.

6. The peculiarities of the COPD shaped by the High Court

Having thus set forth the points of convergence between COPD and the relief potentially granted under Italian Contract Law in similar cases, it may be of interest to highlight some peculiarities of the COPD as shaped in the decision of the High Court, as it appears as an evolution (if not an improvement) of the original common law position on the defence.

Under common law COPD, the defence is typically available to one who receives an asset, the simple example being money, in the expectation that they are not obliged to give anything in return and then makes a decision to make an unusual expenditure in an irretrievable fashion. In such circumstances, requiring the recipient to make restitution will cause injury to the recipient. The point of the COPD is to impose the loss caused on the mistaken payer whose mistake placed the recipient in this difficulty. There is no requirement that the recipient’s change of position should be foreseeable in some sense by the mistaken payer. The new version of COPD developed in *Intesa*, however, permits the defence to be raised with respect to assets transferred under a void transaction where there is no expectation by the recipient that the benefit has been transferred gratuitously in the sense that nothing must be provided in return. As we have seen, the most obvious application of this new doctrine, as in *FSM*, is with respect to expenses incurred that are necessary to the performance of the contractual obligations of the party who has received the benefit. The test articulated in *Intesa*, however, appears to be crafted more broadly to capture any case where the irretrievable use of the benefit by the recipient is “reasonably foreseeable” and not “wholly unrelated” to performance.

This new version of the COPD appears to be capable of broad application in the context of benefits transferred under void transactions. It is difficult to predict whether such a broad version of the defence will be upheld and applied in the future. If it survives appellate scrutiny, however, its ramifications would be significant.

Bibliography

G. Alpa – V. Zeno-Zencovich, *Italian Private Law*, University of Texas and Austin Studies in Foreign and Transnational Law, New York, 2007

J.D. MC CAMUS, F. DELFINI, *Ineffective Contracts, Restitution and the Change of Position Defence*

P.D. Maddaugh – J.D. Mc Camus, *The Law of Restitution*, Looseleaf Ed., Toronto, 2021

J.H. Merryman, *The Italian Civil Code*, Oceana, New York, 1969

F.C. Woodward, *The Law of Quasi Contracts*, Little Brown & Co., Boston, 1913



Agere de dolo e agere praescriptis verbis:
riflessioni su un'annotazione
di Pomponio a Labeone

Agere de dolo and agere praescriptis verbis:
a focus on a Pomponius' remark to Labeo

RICCARDO FERCIA

Professore Ordinario

Università degli Studi di Cagliari

ricfer@unica.it

ABSTRACT

La ricerca esamina Ulp. D. 4.3.9.3 suggerendo come duplice chiave di lettura del passo da un lato un possibile ricorso all'*agere per sponsionem* funzionale ad accertare il diritto controverso, dall'altro l'estensione dello schema processuale dell'*agere praescriptis verbis*, inteso in adesione al percorso esegetico di Carlo Augusto Cannata, anche a figure contrattuali non sinallagmatiche nella più matura esperienza classica.

Parole chiave: D. 4.3.9.3; *agere per sponsionem*; *dolus malus*; *actio de dolo*; *contractus*; *agere praescriptis verbis*; *actio praescriptis verbis*.



DOI: 10.54103/milanlawreview/20655

MILAN LAW REVIEW, Vol. 4, No. 1, 2023
ISSN 2724 - 3273

The research focuses on Ulp. D. 4.3.9.3 suggesting as a double key to reading the passage, on the one hand, a possible recourse to the *agere per sponsionem* functional to ascertain the contested right, on the other, the extension of the procedural framework of the *agere praescriptis verbis*, intended in adherence to the exegetical path of Carlo Augusto Cannata, also to non-synallagmatic contractual figures in the more mature classical experience.

Keywords: D. 4.3.9.3; *agere per sponsionem*; *dolus malus*; *actio de dolo*; *contractus*; *agere praescriptis verbis*; *actio praescriptis verbis*.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Agere de dolo e agere praescriptis verbis: **riflessioni su un'annotazione di Pomponio a Labeone***

SOMMARIO: 1. I problemi posti da Ulp. D. 4.3.9.3. – 2. L'esclusione delle tutele contrattuali nella soluzione labeoniana. – 3. *Agere praescriptis verbis* e convenzioni innominate non sinallagmatiche: l'annotazione di Pomponio e la condivisione di Ulpiano.

1. I problemi posti da Ulp. D. 4.3.9.3.

Due recentissime indagini, l'una di Riccardo Cardilli¹, l'altra di Emanuele Stolfi², hanno riproposto all'attenzione della dottrina, dopo i fondamentali contributi di Mario Talamanca³ ed Alberto Burdese⁴ consegnati alle nostre scienze nei primi anni Novanta del decorso secolo, una questione assai dibattuta, che incrocia i problemi posti dalle applicazioni topiche del criterio ermeneutico della sussidiarietà dell'*actio de dolo* con i complessi percorsi che connotano i presupposti progressivamente individuati dalla giurisprudenza romana per tutelare i vincoli sorgenti da convenzioni esulanti dal perimetro delle figure contrattuali nominate.

Si tratta di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.3, che trascrivo con una proposta di traduzione da intendersi come il primo approccio alla sua esegesi:

* Il testo riproduce – con l'integrazione di un minimale apparato di note, utile a consentirmi di discutere la letteratura essenziale – gli snodi di fondo del seminario svolto, su invito della prof.ssa Francesca Pulitanò, presso l'Università Statale di Milano nella giornata del 12 maggio 2023 nell'ambito delle attività didattiche inerenti al corso di «Fondamenti del diritto europeo».

¹ R. Cardilli, *Un 'responsum' di Labeone tramandato in 'Ulpianus libro undecimo ad edictum' (D. 4.3.9.3) tra 'dolus' e 'conventio' atipica*, in *Ius hominum causa constitutum*. Studi in onore di A. Palma, I, a cura di F. Fasolino, Torino, Giappichelli, 2022, p. 341-364.

² E. Stolfi, *Ancora su 'actio de dolo', 'agere praescriptis verbis' e un synállagma che non c'è*, in *AUPA*, 2021, vol. 64, p. 205-306; si tratta della più recente esegesi di questo studioso, che si è occupato del passo anche in *Id.*, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in *AUPA*, 2016, vol. 59, p. 125 ss.; *Id.*, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, I, Trasmissione e fonti*, Jovene, Napoli, 2002, p. 369 ss.; *Id.*, *op. cit.*, II, *Contesti e pensiero*, LED, Milano, 2001, p. 215 ss.

³ M. Talamanca, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti per E. Fazzalari*, I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 195-238.

⁴ A. Burdese, *In margine a D. 4.3.9.3*, in *SCDR*, 1995, vol. 7, p. 27-40.

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.3: *Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicaretur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur.*

Il frammento può intendersi, secondo me, in questi termini: «Labeone, nel libro XXXVII dei *Posteriores*, scrive che, se Tizio accampa diritti sul tuo olio come se fosse suo, e tu hai depositato quest'olio nell'azienda di Seio perché questi lo vendesse e ne conservasse il prezzo sino a che fosse una buona volta giudizialmente accertato tra di voi di chi sia l'olio, e Tizio non vuole collaborare perché possa celebrarsi il processo, giacché non puoi citare Seio né con l'*actio mandati* né con la *sequestrataria*, non essendosi ancora verificata la condizione apposta al deposito, si deve agire *de dolo* contro Tizio. Nondimeno Pomponio, nel libro XXVII, scrive che si può agire con l'*actio praescriptis verbis* con il sequestratario, oppure, se quest'ultimo è insolubile, con Tizio *de dolo*. Distinzione, questa, che appare adeguata al caso».

In disparte ogni questione palinogenetica sui *Posteriores*⁵, la dottrina si è interrogata, innanzitutto, sul ruolo processuale dei soggetti in lite sulla proprietà individuati nella fattispecie, vale a dire Tu e Titius⁶: se, cioè, sia Titius ad esperire un'*actio in rem* contro Tu possessore⁷; se, invece, sia Tu ad agire *in rem* contro Titius possessore, che in un primo momento mostrerebbe l'intendimento di *rem defendere*, per poi sottrarsi, dopo la *depositio*, alla *litis contestatio*, così venendo *contra factum proprium* ed esponendosi all'*actio de dolo* suggerita da Labeone⁸; oppure se sia

⁵ Sul punto cfr. per tutti Lab. 229-240 Lenel, nella '*Palinogenesia iuris civilis*', I, B. Tauchnitz, Lipsiae, 1889 (D. 4.3.9.3 = Lab. 233 Lenel), e quindi diffusamente la recentissima indagine di R. Cardilli, *Un 'responsum'*, cit., p. 341 ss. Solo osserverei come la diversa espressione che connota l'*agere de dolo* (*adversus Titium* nel discorso riferito a Labeone, *cum Titio* nel discorso riferito a Pomponio) induca a ritenere che Ulpiano (cui è attribuibile solo la chiusa) citasse testualmente le due fonti a sua disposizione. Non saprei dire se il differente approccio linguistico possa magari sottendere una tendenziale accentuazione della funzione penale dell'azione nella prospettiva labeoniana.

⁶ Cfr. M.F. Cursi, *L'eredità dell'actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 54 ss.

⁷ G. Aricò Anselmo, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in *AUPA*, 1988, vol. 40, p. 251 ss. (in particolare, p. 252 e nt. 101).

⁸ R. Cardilli, *Un 'responsum'*, cit., p. 357 ss. Più precisamente, «Tu, convinto di essere il legittimo proprietario di una partita d'olio che si trova presso Tizio, ne fa la *vocatio in ius* con la *vindicatio* con formula petitoria. Tizio assume *in iure* la *defensio* dell'olio (quindi non è *absens*, né latitante, né *indefensus*), portando altresì *in iure* l'olio conteso. Ciò non rende

necessario distinguere il contesto antecedente da quello successivo alla *depositio* stessa⁹, così che in un primo momento l'attore sarebbe Titius contro Tu possessore, ed in un secondo momento, al contrario, Tu contro Titius possessore, giacché in questa seconda scansione cronologica dei fatti sarebbe appunto quest'ultimo a non voler *accipere iudicium*.

Nessuna di queste ricostruzioni mi pare convincente.

Innanzitutto, secondo me è più probabile che l'espressione *oleum defendere*, anche alla luce della percezione di essa da parte di un'autorevole corrente di pensiero¹⁰, non connoti ancora una ben precisa realtà processuale: riterrei, infatti, che Titius si limiti a contestare in termini incisivi, ma pur sempre al di fuori di un processo, la proprietà dell'olio in capo a Tu, così da rendere indispensabile, onde rimuovere lo stato d'incertezza indotto da questa decisa contestazione, un processo finalizzato all'accertamento di chi sia, tra questi soggetti, il *dominus* dell'olio.

Desumerei questa possibilità ermeneutica dalla particolare prospettazione dell'iniziativa di Titius: se, infatti, Labeone scriveva '*si oleum tuum quasi suum defendat Titius*', ci troviamo di fronte ad una lettura del fatto difficilmente

necessario né agire *ad exhibendum*, né fare emettere al pretore un *iussum de olio exhibendo*. Tizio, però, non cede la cosa *in iure* ed è pronto ad affrontare il *iudicium* opponendosi alla pretesa di Tu. Proprio nella fase *in iure*, successiva alla *in ius vocatio*, ma precedente alla *litis contestatio*, Tu fa presente a Tizio di poter vendere l'olio controverso ad un prezzo che non risentirebbe dei tempi della controversia, e ciò al fine di non perdere le *chances* stagionali di maggior guadagno. Tizio consegna l'olio a Tu e lascia che si occupi della vendita, pur ribadendo che, ritenendosi il proprietario dell'olio, è a lui che dovrà riversare la somma ricavata dalla vendita. A questo punto, unilateralmente, Tu, senza nessuna intesa con Tizio, decide di consegnare l'olio controverso a Seio, dandogli mandato di venderlo e di trattenere le somme ricavate fino all'esito della controversia con Tizio. Nessun accordo intercorre tra Tu e Tizio sulla scelta di Seio come mediatore nella vendita dell'olio, e tanto meno di Seio come sequestratario delle somme ricavate. [...] È proprio il venire *contra factum proprium* nell'ambito dei comportamenti processuali del convenuto che, agli occhi di Labeone (ma in fondo lo sarebbe anche dei nostri), si dimostra degno di essere sanzionato in termini di dolo. La mancata *litis contestatio* è, poi, impeditiva di una sua possibile valutazione in termini tecnici di dolo processuale. Si tratta di un comportamento scorretto, sanzionabile, quindi, esclusivamente in chiave di *actio de dolo*» (così testualmente a p. 356 s.). A me pare, tuttavia, che una tale prospettazione del fatto si presenti come eccessivamente 'creativa' da parte di un interprete contemporaneo, ed esuli ampiamente, di conseguenza, dal perimetro di esso descritto ed elaborato dal giurista.

⁹ M. Talamanca, *Note*, cit., p. 199 s., di recente seguito da E. Stolfi, *I segni*, cit., p. 128, e da M.F. Cursi, R. Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR*, 2011, vol. 105, p. 161 e nt. 64.

¹⁰ B. Albanese, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in *AUPA*, 1962, vol. 28, p. 254; F. Gallo, '*Synallagma*' e '*conventio*' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*. *Corso di diritto romano*, I, Giappichelli, Torino, 1992, p. 209 e nt. 128; Id., *op. cit.*, II, Giappichelli, Torino, 1995, p. 231 s.

correlabile ad una rivendica da lui esperita contro Tu, giacché con essa egli dovrebbe *defendere* l'olio altrui 'come se ne fosse' il proprietario.

Soffermiamoci dunque un poco su questa frase.

È singolare, secondo me, constatare il ricorso ad un'espressione connotata dall'uso degli aggettivi possessivi in funzione di tratteggiare la declinazione dell'appartenenza da un lato mediante il ricorso ad un avverbio comparativo-ipotetico (*quasi*) con cui si introduce un «paragone irreal»¹¹, dall'altro, ed in netta antitesi linguistica, nella prospettiva della realtà: in sostanza, Titius accampa diritti su una partita d'olio altrui come se fosse sua, quando in realtà non gli appartiene.

Per il giurista augusteo, in altri termini, il presupposto della soluzione è che Tu sia senz'altro il *dominus* dell'olio, laddove Titius assume l'iniziativa di contestare infondatamente il diritto della controparte, per poi sottrarsi, in un secondo momento, all'*accipere iudicium*: di qui, appunto, come a breve vedremo, il *dolus malus*.

In questo quadro l'*oleum defendere* di Titius si connota come un'iniziativa artificiosa, che costringe Tu ad andare alla ricerca di una soluzione che gli consenta da un lato di vendere al miglior prezzo il suo olio, dall'altro, ed allo stesso tempo, di rimuovere e superare lo stato di incertezza, intrinsecamente pregiudizievole per la sua attività, conseguente alla contestazione propalata dalla controparte in occasione di un qualche mercato stagionale di prodotti agricoli.

In buona sostanza, Tu, che dal complessivo andamento del passo ci appare come proprietario e possessore, abbisogna di quella tutela che, nel nostro ordinamento, corrisponderebbe all'azione di accertamento mero, da correlarsi, sul piano dell'ammissibilità, alla necessità di superare l'incertezza sulla titolarità del diritto reale in correlazione con l'incisività dell'altrui contestazione.

Questa tutela è data dall'*agere per sponsionem* pregiudiziale, i cui tratti essenziali sono limpidamente delineati nell'esposizione gaiana che ne dimostra l'attualità quanto meno fino all'epoca antoniniana¹², salvo muovere rilievi censori a Gaio¹³, con approccio metodologico nel quale non mi riconosco:

Gai 4.91: *Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur IUDICATUM SOLVI, si vero per sponsionem,*

¹¹ Per tutti A. Traina, T. Bertotti, *Sintassi normativa della lingua latina. Teoria*, Cappelli, Bologna, 1985, p. 195.

¹² Per tutti A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*⁴, UTET, Torino, 1993, p. 335 s.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1991, p. 273; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Cedam, Padova, 1999, p. 37, anche per i riscontri nelle fonti documentarie di epoca giulio-claudia.

¹³ Scrive M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 444, che l'istituto è rimasto in uso accanto alla *formula petitoria* «almeno fino al II secolo d.C., quando Gaio, non di rado in ritardo sui tempi, lo considera ancora in pieno uso».

illa, quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM. (92) Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse. (93) Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.

L'*actio in rem* è 'duplex', nella lezione di Gaio, nel senso che si può agire *in rem* alternativamente con la *formula petitoria*, e dunque quando vi sia l'interesse del *dominus* alla restituzione del bene che gli appartiene da parte del possessore, presidiato dalla clausola arbitraria che ne connota la *conceptio verborum*; oppure *per sponsionem* ove questo interesse non sussista, come appunto nel caso considerato in D. 4.3.9.3, in cui Tu è senza dubbio nel possesso dell'olio (del 'suo' olio).

La rilevata 'duplicità' non già di rimedi funzionalmente distinti, ma appunto della stessa '*in rem actio*', che può configurarsi come condannatoria oppure meramente accertativa, è alla base, secondo me, dell'intelligenza del passo.

Riterrei, in altri termini, che Tu si sia visto costretto a rimuovere lo stato di incertezza conseguente al fatto che Titius ha accampato artificiosamente diritti sull'olio, così da rendere incerto il lucro conseguente al disinvestimento del prodotto agricolo, e che dunque abbia optato, essendo senza dubbio possessore, per *provocare* quest'ultimo con la *sponsio* e quindi *edere* la *formula* dell'*actio certi*.

Lo desumerei, innanzitutto, dall'espressione *donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset*, che secondo me svela l'interesse del *dominus* possessore ad agire non già per l'interesse al *rem restituere* e quindi al valore del possesso perduto inteso come esercizio del *dominium*, ma appunto (solo) per l'accertamento mero della proprietà: l'attore, a questo punto, è Tu, ma con la procedura *per sponsionem*, né occorre postulare un diverso ruolo delle parti prima o dopo la *depositio*, da ritenersi in netto contrasto con il complessivo andamento del passo, che prospetta con evidenza una sola controversia ed una sola posizione processuale assunta dalle parti.

Ma perché tra di esse occorre '*deiudicare*' – una voce verbale che è *hapax* nelle fonti a nostra disposizione attingendo alla *Bibliotheca Iuris Antiqui*¹⁴ – e non più semplicemente '*iudicare*' a chi appartenga l'olio?

Al riguardo, non può non evidenziarsi come la forma '*deiudicetur*' esprima un aspetto verbale connotato in senso fortemente egressivo¹⁵, funzionale a sottolineare la necessità del radicale superamento di una serrata controversia

¹⁴ *Bibliotheca Iuris Antiqui* (BIA2000). Sistema informativo integrato sui diritti dell'antichità. Direzione scientifica di N. Palazzolo, Torre, Catania, 2002.

¹⁵ A. Traina, G. Bernardi Perini, *Propedeutica al latino universitario*⁶, a cura di C. Marangoni, Pàtron, Bologna, 1998, p. 214 ss.

iniziata verosimilmente da mesi: in altre parole, il preverbio perfettivizzante¹⁶ *de-* è a mio avviso un buon indice linguistico per ritenere che tra Tu e Titius sia emersa una stretta quanto prolungata dialettica – evidentemente stragiudiziale, perché sarebbe singolare immaginare che un *iudex privatus* già investito della cognizione su un'*actio in rem* debba 'giudicare una buona volta' sulla proprietà – che impone all'attore di ricorrere alla tutela giurisdizionale onde porre la parola fine ad una lunga e faticosa diatriba rivelatasi tanto incisiva da rendere impossibile procedere alla vendita della partita d'olio senza rischiare contestazioni potenzialmente idonee a coinvolgere finanche gli acquirenti di essa, e di conseguenza la stessa credibilità economica dell'imprenditore nel mercato dei prodotti agricoli.

Va da sé che, essendo l'olio merce deperibile, i tempi tecnici per lo svolgimento del processo sarebbero d'ostacolo alla sua vendita alle migliori condizioni di mercato, per cui Tu, in quanto appunto possessore, deposita il proprio olio presso Seius, che quasi certamente è un altro imprenditore agricolo, incaricandolo di venderlo e di trattenerne il prezzo così da versarlo a chi, in base alla sentenza del giudice, *sponsione vicerit*.

Il che apre ulteriori problemi.

Non sappiamo, infatti, se questa convenzione si configuri come un deposito regolare oppure irregolare, giacché il frammento non chiarisce se Tu abbia versato l'olio nei *dolia* di Seius, con conseguente *confusio* con l'olio di quest'ultimo, oppure lo abbia dislocato presso il suo magazzino in *dolia* distinti, così da evitare la confusione: solo direi che è molto più probabile, se non certa, l'integrazione di un deposito regolare dell'olio in *dolia* distinti e segnati onde escludere per l'appunto la *confusio* che, implicando l'acquisto *naturali ratione* della proprietà in capo a Seius e la conseguente genesi di un *creditum* in derrate, di cui nel passo non si ha traccia, avrebbe implicato *a priori* l'impraticabilità dell'*actio in rem* accertativa¹⁷.

¹⁶ Cfr. ancora A. Traina, G. Bernardi Perini, *Propedeutica*, cit., p. 215 e nt. 6. Una lettura delle fonti a nostra disposizione attenta alla peculiarità di questo specifico dato linguistico consente di cogliere profili altrimenti tendenzialmente in ombra in dottrina: basti pensare a quanto evidenziano questi Autori a proposito del preverbio *con-*, che «viene dall'originaria accezione di "riunione", in quanto essa implica il passaggio dal molteplice all'uno», e quindi, di conseguenza, al dato semantico implicato nel verbo *coemere* e nel *nomen rei actae* che ne deriva, *coemptio*, in cui l'*emere* tramite un *gestum per aes et libram* – una *mancipatio* costruita con uno specifico formulario, come risulta da Gai 1.123 – esprime appunto, secondo me, non già un '*emere* reciproco' come ipotizzava una risalente dottrina (cfr. M. David, H.L.W. Nelson, *Gai Institutionum Commentarii IV*. *Text und Kommentar*, Leiden, 1954, p. 134 ss., su cui si veda esattamente il rilievo censorio di V. Arangio-Ruiz, *Recensione* a M. DAVID - H.L.W. NELSON, *op. cit.*, in *TR*, XXIII, 1955, p. 357 s.), ma l'unione matrimoniale che è causa esterna del rito librare.

¹⁷ È il problema che si poneva S. Schlossmann, '*Litis contestatio*'. *Studien zum römischen Zivilprozess*, A. Deichert, Leipzig, 1905, p. 147 s., il quale ipotizzava una figura di *agere per sponsionem* in qualche modo 'adattata' al fatto che la *res litigiosa* non esisterebbe più dopo la vendita da parte di Seius.

In questo quadro, dunque, deve ritenersi che l'*agere per sponsionem* fosse finalizzato all'accertamento della proprietà al momento della *litis contestatio* sulla formula dell'*actio certi*, da ritenersi peraltro programmata prima della *venditio* dell'olio da parte di Seius, ove si consideri che l'esecuzione dell'incarico a vendere coacervi di cose fungibili implica di necessità l'acquisto della proprietà di essi in capo agli *emptores* – in disparte qualsiasi problema inerente all'autorizzazione ad alienare¹⁸: penso unicamente ai fenomeni, in linea di principio concorrenti, della *consumptio* e della *confusio* di *res quae (pondere numero) mensura constant*– al momento dell'*admensio*.

L'espressione *iudicium accipere* va intesa, a questo punto, come allusiva al rifiuto del convenuto di collaborare al complessivo (ed unitario) procedimento descritto da Gai 4.93: in sostanza, Titius si sottrae finanche all'addivenire al negozio verbale processuale che è presupposto logico e tecnico del susseguente *edere* la formula dell'*actio certi*, cioè la struttura verbale *qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere*.

Non escluderei, tuttavia, ed anzi mi pare probabile, che subito dopo le parole '*iudicium accipere*' il frammento abbia subito una compressione in sede compilatoria funzionale a rimuovere dal complessivo ragionamento del giurista una qualche concisa espressione, percepita come ormai superflua, ma originariamente utile a tratteggiare un meccanismo senza alcun dubbio totalmente desueto nella *cognitio* giustiniana, vale a dire appunto l'*agere in rem per sponsionem* a carattere pregiudiziale: e doveva trattarsi, verosimilmente, di una precisazione inerente alla mancata accettazione del processo *in rem* accertativo inteso come un congegno unitario connotato dalla sequenza tra il *provocare sponsione* e l'*edere formulam*.

Specie a tener conto di questo possibile *vacuum*, allora, la natura tecnica del sintagma¹⁹ *iudicium accipere* non può essere riferita – come dire – 'atomisticamente' ad una sola fase di questa sequenza²⁰, ma piuttosto ad uno dei 'due volti' dell'*actio*

¹⁸ Su cui, da ultimo, cfr. le limpide pagine di A. Burdese, *Agire per altri e autorizzazione ad alienare in diritto romano*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Convegno - Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, a cura di A. Padoa Schioppa, Jovene, Napoli, 2010, p. 3 ss., con letteratura.

¹⁹ V'insiste, in questi termini, M. Talamanca, *Note*, cit., p. 201.

²⁰ B. Albanese, *Sulla sussidiarietà*, cit., p. 255 e nt. 11, pensa al rifiuto di procedere alla *sponsio praeiudicialis*, incorrendo nella critica di M. Talamanca, *Note*, cit., 200 ss., ed in particolare p. 202 e nt. 20, secondo il quale l'espressione di cui discutiamo non può che riferirsi all'accettazione per *litis contestatio* di una formula. Secondo E. Stolfi, *La tecnica*, cit., p. 128 e nt. 57, la posizione di Albanese non sarebbe convincente in quanto la procedura *per sponsionem* non sarebbe attuale già nella prospettiva di Labeone: «Dovremmo infatti supporre (e a me sembra un'ipotesi quasi disperata)» – scrive Stolfi – «che almeno la prima prospettazione del caso poi inserito nei *Posteriores* fosse anteriore al 17 a.C., allorché la piena "legittimazione" augustea del processo formulare, rese sì praticabili le modalità di quest'ultimo anche per l'*agere ex sponsione*, ma di fatto – sostituendo, anche nella

in rem come descritta da Gai 4.91, sicché il *iudicium* – vale a dire un processo in concreto governato da una specifica *formula* – che Titius non intende accettare è quello dell'*actio certi* perché a monte egli si rifiuta di promettere la *summa sponsionis* che ne è il *prius* logico e pratico.

A questo punto, il *dolus malus* di Titius per l'appunto consiste, come si è esattamente da tempo rilevato²¹, in questo conclamato rifiuto di collaborare all'instaurazione del processo *in rem* dopo aver ingenerato artificiosamente in capo a Tu il bisogno di tutela meramente accertativa²²: rifiuto che, da un lato, non lo

produttività di effetti *iure civili*, la *legis actio sacramento in rem* con la *rei vindicatio* – elise gran parte delle ragioni per cui ricorrere a questa forma di tutela anziché direttamente all'azione posta a difesa della proprietà (nella veste, appunto, della rivendica formulare)» (nella stessa linea Id., *Il processo civile*, in E. Cantarella, V. Marotta, B. Santalucia, A. Schiavone, E. Stolfi, U. Vincenti, *Diritto privato romano. Un profilo storico*², a cura di A. Schiavone, Einaudi, Torino, 2010, p. 100). A me pare, peraltro, che sia proprio la lezione gaiana a dimostrare l'attualità dell'*agere per sponsionem* persino ai tempi di Pomponio, fermo restando che la peculiarità processuale del caso va certamente ascritta ad un fatto verificatosi quanto meno in epoca augustea.

²¹ G. MacCormack, 'Dolus' in the law of the early classical period (Labeo-Celsus), in *SDHI*, 1986, vol. 52, p. 237 s.; Id., 'Dolus' in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus), in *BIDR*, 1993-1994, vol. 96-97, p. 88 s.; A. Wacke, Zum 'dolus'-Begriff der 'actio de dolo', in *RIDA*, 1980, vol. 27, p. 375 s.; M.F. Cursi, *L'eredità*, cit., p. 55 e nt. 47.

²² Un atteggiamento significativamente differente a fronte di un caso che presenta punti di contatto con il passo in esame emerge, secondo me, in Ulp. 4 *opin.* D. 4.3.33: *Rei, quam venalem possessor habebat, litem proprietatis adversarius movere coepit et posteaquam oportunitatem emptoris, cui venundari potuit, peremit, destitit: <? > placuit possessori hoc nomine actionem in factum cum sua indemnitatem competere*. In questo frammento – su cui né Cardilli né Stolfi si soffermano: si veda, per tutti, M.F. Cursi, *L'eredità*, cit., p. 102 ss., con lettura plausibile nei suoi assunti di fondo –, a differenza di quanto abbiamo rilevato per Ulp. D. 4.3.9.3, sussistono tutti i presupposti per ritenere che l'*adversarius* abbia proceduto all'*in ius vocatio* del *possessor* con la *formula petitoria*, così da scoraggiare i potenziali acquirenti del bene controverso: ottenuto questo risultato, tuttavia, l'attore decide di non procedere ad *edere formulam*. Giacché il frammento è stato inserito nel titolo *de dolo malo* del Digesto, mi sembra singolare che nel discorso originario il giurista non facesse alcun riferimento alla possibilità di concedere all'intimato l'*actio de dolo*: più che pensare che la chiusa sottenda un riferimento classico al *iudicium calumniae*, come suggerisce la palingenesi leneliana (O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, B. Tauchnitz, Leipzig, 1927, p. 108; Id. 'Palingenesia iuris civilis', II, B. Tauchnitz, Lipsiae, 1889, Ulp. 2332), mi pare verosimile che Ulpiano prendesse posizione, nella parte che ipotizzo compressa, sull'*actio de dolo* e che il *placuit* sveli una decisione della cancelleria imperiale per *rescriptum* o per *epistula* diretta al pretore, con la quale il *consilium principis*, di fatto sostituendosi al magistrato giudicante in sede di *causae cognitio*, deve aver valutato l'insussistenza del *quantum* di *calliditas* ritenuto necessario per la concessione del rimedio a fronte dell'iniziativa giudiziaria *in rem* nei confronti di un mero *possessor*: in altri termini, mentre in D. 4.3.9.3 i giuristi partono dal presupposto che Tu sia il *dominus* e Titius il soggetto che artificiosamente si spaccia per tale contestandone il diritto, in D. 4.3.33 il convenuto non è

espone alle sanzioni per l'*indefensio* in quanto l'attore mobilita pur sempre un'*actio in rem per sponsionem*, e dunque un rimedio a fronte del quale opera il principio per cui *nemo cogitur rem defendere invitus*; dall'altro si connota pur sempre per una specifica lesività in quanto, come ora immediatamente vedremo, il provvedimento del giudice, che incidentalmente accerti la titolarità del *dominium*, è considerato da Labeone come la *condicio* perché Tu possa pretendere l'accreditamento del prezzo dell'olio ormai venduto con l'*actio sequestrataria*, con la conseguente eclissi – per il meccanismi già rilevati della *confusio* e della *consumptio* – di una nuova e successiva iniziativa *in rem*.

2. L'esclusione delle tutele contrattuali nella soluzione labeoniana.

Nel contesto che abbiamo sinora potuto ricostruire, Labeone esclude che Tu disponga delle azioni contrattuali contro Seius, per modo che, in via sussidiaria, gli accorda l'*actio de dolo* contro Titius: se ne desume, innanzitutto, che, per il giurista, non può considerarsi di per sé scorretta la condotta di Seius, il quale evidentemente ricusa l'accredito del prezzo a Tu in assenza dell'accertamento giudiziario sulla proprietà dell'olio, tanto più ove si consideri che la contestazione di Titius doveva pur sempre aver avuto una certa eco nel mondo ristretto dell'economia rurale locale.

Si tratta di un aspetto importante, su cui avremo modo di ritornare.

Il giurista esclude, innanzitutto, l'integrazione di un *mandatum* non tanto in base ad un'indagine funzionale sul contratto, da ritenersi senza alcun serio dubbio improntato a gratuità nel senso che Seius, in base all'assetto d'interessi, non ottiene alcun incremento o decremento patrimoniale dall'attuazione dell'incarico assunto, quanto semmai, a mio avviso, per via dell'esistenza di una *traditio* valutata come

affatto considerato *dominus*, ma appunto semplice possessore, sicché l'azione congegnata per il caso concreto (secondo me, come dicevo, dalla cancelleria imperiale, la sola che potesse intervenire in modo 'creativo' sull'editto perpetuo in epoca severiana) è funzionale ad indennizzare gli esiti patrimoniali di una turbativa incidente su una situazione possessoria di buona fede insuscettibile, tuttavia, di correlarsi, nella sfera dell'intimato *in ius*, alla possibilità di dimostrare il *dominium*.

costitutiva della figura integratasi²³, così da determinarsi una netta disarmonia con la struttura meramente consensuale di questo contratto²⁴.

Labeone, invece, non sembra escludere il sequestro convenzionale, giacché egli ritiene astrattamente esperibile l'*actio sequestrataria*, di per sé idonea *iure honorario*, in quanto veicolata da *formula in factum concepta*²⁵, a vincolare Seius a versare il prezzo ricavato nelle mani del vincitore della lite: al riguardo, non mi pare secondario evidenziare come questa *condicio* – cioè l'esito del processo accertativo – sia riferita dal giurista, che parla appunto di *condicio 'depositionis'*, alla sola *depositio*, non anche al mandato²⁶, sicché a precludere la tutela è, nel primo

²³ Il che mi pare in armonia con la testimonianza di Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8pr: *Si procuratorem dederit nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.* In questo caso, infatti, Labeone valuta il 'momento iniziale', squisitamente consensualistico, e l'assetto d'interessi divisato nella convenzione, che implica la necessità di consegnare al rappresentante processuale gli *instrumenta* (cioè gli elementi di prova) per coltivare il processo, sicché la relativa restituzione, chiaramente esulante da un'indagine sulla disciplina ed efficacia procedimentale della figura, rientra *de plano* nell'obbligazione di un mandatario (e non del vincolo onorario di *reddere* gravante su un depositario). Sul passo per tutti cfr. T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004, p. 215 ss., con letteratura (e per il nesso ivi, p. 221, nt 58). In sostanza, in D. 17.1.8pr. la consegna degli *instrumenta*, che non ha alcuna funzione di conservazione della *res*, neppure transitoria, 'accede all'incarico' sul piano non già dell'atto, ma del rapporto; in D. 4.3.9.3 è l'incarico che 'accede alla consegna' dell'olio (*depositio*) posta in essere per soddisfare, al contrario, un'esigenza di conservazione della merce, colorando sul piano funzionale, in ragione della rilevata natura deperibile della *res*, l'ulteriore attività che l'*accipiens* può (e deve) svolgere su di essa una volta pervenuta nelle sue mani.

²⁴ Mi pare un atteggiamento analogo a quello di Giuliano in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1, dove l'integrazione della *societas* tipica è esclusa essenzialmente da una *datio ob rem* percepita come costitutiva della figura contrattuale, sicché appunto il giurista, interpretando in termini assai rigorosi la lezione aristoniana, suggeriva una tutela *in factum*: mi sia consentito un rinvio a R. Fercia, *Rileggendo il corso di lezioni del Talamanca: 'notae' sulla fattispecie consensuale della 'societas'*, in *SDHI*, 2017, vol. 83, p. 654 ss., e soprattutto a R. Fercia, [Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell'ob rem datum](#), in *Atti del Convegno di Studi 'Nomen contractus'. Tutele edittali nella Roma classica* (Verona, 14 maggio 2013), in [Diritto @ Storia](#), XII, 2014, § 13 (p. 43 ss. del pdf consultabile in *open access*), con la letteratura ivi discussa.

²⁵ Cfr. O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., p. 290.

²⁶ Il che, peraltro, non impone, a mio avviso, di ritenere che Labeone, ove si opti per questa esegesi, ritenesse integrate contestualmente le due fattispecie contrattuali come suggeriscono M.F. Cursi, R. Fiori, *Le azioni*, cit., p. 162 s.: da un lato, perché se l'istituto ha tutela *in factum*, per il giurista non ha nulla a che vedere con i *contractus*; dall'altra perché, se egli esclude l'*actio mandati*, l'approccio in chiave rimediale tipico dei *prudentes* induce a ritenere che sia esclusa, sul piano sostanziale, l'integrazione della figura contrattuale tipica,

caso, la rilevata distanza della fattispecie dalla figura consensuale, nel secondo la peculiarità dell'assetto d'interessi diviso.

Due sono gli elementi che possono, peraltro, creare difficoltà.

Da un lato, l'unilateralità dell'iniziativa negoziale nella *depositio*, giacché essa pur sempre proviene da una sola delle parti in lite, laddove il sequestro convenzionale postula che il *sequester* riceva il bene da entrambi i contendenti, i quali, come noto, assumono contestualmente il ruolo di depositanti; dall'altro, il fatto che Seius dovrebbe pur sempre *reddere* al vincitore non già *l'idem*, ma il relativo *pretium* ottenuto dalla *venditio* posta in essere su richiesta di un solo depositante.

Per il giurista, tuttavia, queste difficoltà sembrano passare in secondo piano rispetto alla rilevanza dirimente della *condicio depositionis*.

E tuttavia, il problema è forse tale più per noi che per Labeone.

In altri termini, probabilmente, un problema di 'tipicità' del sequestro convenzionale, per epoca augustea, difficilmente si sarebbe posto allo stesso modo in cui emergeva per le fattispecie di *contractus* produttive di *oportere*, giacché in quel momento storico tutte le figure di deposito erano elaborate, alla luce dell'editto, come convenzioni non ancora rapportabili a tutele *in ius conceptae*²⁷, così da precludere la possibilità di *transire*, come invece avverrà tra II e III secolo, in un *proprium nomen contractus* produttivo di un'obbligazione restitutoria protetta con *intentio* al *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*.

Per il giurista augusteo, in buona sostanza, a prescindere da qualsiasi indagine sui confini di questa figura di sequestro convenzionale (atipico, se vogliamo, più per noi che per Labeone) rispetto alla previsione edittale, è dirimente indagare sulla verifica o meno della *condicio* che sottende la *traditio* dell'olio a Seius per valutare se, in capo a quest'ultimo, sia configurabile il vincolo onorario presidiato dall'*actio sequestrataria*.

In quest'ordine di idee, non saprei dire se questa *condicio* sia percepita da Labeone, che per quanto si è detto ragionava su una *conventio* pur sempre rilevante come *factum* sul piano processuale, come una condizione sospensiva in senso tecnico, idonea, cioè, a subordinare la genesi del vincolo di *reddere* al verificarsi di un evento futuro ed incerto, che in ipotesi sarebbe la sentenza di un *iudex privatus* idonea a determinare la cessazione definitiva dello stato di incertezza sulla proprietà dell'olio.

a fronte della considerazione per cui la *sequestrataria* (cioè il rimedio pretorio) non parrebbe esclusa in sé, ma solo perché non si integra la *condicio depositionis*, sicché appunto sembrerebbe che per Labeone sussista un sequestro convenzionale, a prescindere dalle difficoltà rilevate in testo, non anche il contratto di mandato. Non mi pare plausibile, di conseguenza, neppure la seconda via esegetica tracciata dagli Autori (ivi, p. 163 s.), e cioè che Labeone pensasse ad un solo contratto, alternativamente il mandato od il deposito, e che la *condicio* sia ostativa ad entrambe le azioni.

²⁷ Cfr. D. Mantovani, *Le formule*, cit., p. 51 e nt. 113.

Direi piuttosto che, anche a voler proiettare la nostra dogmatica della condizione quanto meno per comodità espositiva in queste brevi riflessioni, quella *condicio* parrebbe in netta disarmonia con la struttura formulare 'incondizionata' di una qualsiasi *conceptio verborum in factum* quale quella dell'*actio sequestrataria*, la cui struttura non presenta quella duttilità – ravvisabile in un *iudicium bonae fidei* – che consentirebbe di apprezzare l'equiparazione delle conseguenze di un rifiuto di *iudicium accipere* in materia di diritti reali ad una sentenza favorevole all'attore.

Ecco perché la *condicio* è riferita alla *depositio* e non al mandato.

Ed allora, se – come si accennava – il rifiuto di *iudicium accipere* interviene, come è del tutto verosimile, dopo la vendita dell'olio da parte di Seius, allora Tu in ogni caso non ne sarebbe più proprietario, sicché la tutela *in rem*, in ipotesi preservata dal deposito dell'olio in *dolia* distinti e segnati, svanirebbe comunque definitivamente così consolidando, da questo punto di vista, il pregiudizio per l'attore, nel senso che la *condicio* non solo non si sarebbe ancora verificata, ma non potrebbe comunque in alcun modo verificarsi in futuro.

In sostanza, il contratto non ha funzione sinallagmatica, nel senso che non realizza uno scambio tra Tu e Seius; esso non è rapportabile ad un mandato, giacché questa figura, quantunque non sinallagmatica, ha una struttura consensuale incompatibile con un'attribuzione (secondo me di *naturalis possessio*) di rilievo costitutivo; ed infine il *reddere* in esecuzione della *depositio*, a prescindere da qualsiasi altra considerazione, presuppone quella sentenza che nessun giudice privato ha mai pronunciato né potrà più pronunciare dopo la vendita dell'olio.

Siamo così in grado di tirare le fila in ordine alla logica di Labeone.

Escluso il mandato e la relativa azione *in ius* in quanto incompatibile con una *traditio* costitutiva e la *sequestrataria* in quanto la *condicio depositionis* non può verificarsi, l'unico rimedio a disposizione di Tu è l'*actio de dolo* contro Titius, con la quale egli potrà ottenere da quest'ultimo, in esecuzione di una *pronuntiatio de iure* a sé favorevole, l'equivalente del prezzo dell'olio venduto da Seius: solo rileverei come il frammento non si ponga il problema della *versio in rem* che con tutta evidenza si configurerebbe, in tal caso, nel patrimonio di quest'ultimo, forse implicitamente alla base, unitamente ad un più ampio percorso ricostruttivo fondato sulle risorse tecniche ed ermeneutiche offerte dall'editto giuliano, della *distinctio* di Pomponio.

3. Agere praescriptis verbis e convenzioni innominate non sinallagmatiche: l'annotazione di Pomponio e la condivisione di Ulpiano

Procediamo ora ad esaminare la seconda parte del frammento, che pone problemi particolari studiati soprattutto da quanti ne abbiano proposto l'esegesi con riferimento alla materia dei contratti innominati.

La recente lettura da cui abbiamo preso le mosse ritiene che Pomponio abbia suggerito non già l'*actio praescriptis verbis* in cui si risolve la tutela *in ius concepta* per le fattispecie contrattuali *sine nomine*, ma un adattamento dell'*actio*

sequestrataria, intesa come veicolata dalla *formula in factum concepta* offerta nell'editto giuliano, mediante una *praescriptio* funzionale all'inserimento nella *conceptio verborum* di un riferimento al *dolus malus* del *sequester*²⁸.

Questa esegesi non mi persuade affatto.

Ripercorrendo in termini assai sintetici un dibattito scientifico assai complesso, è Labeone, come noto, ad essersi espresso a favore di un '*agere praescriptis verbis*, a volte descritto – ove non si sospettino eccessivamente alcuni testi-chiave²⁹ – come possibilità di esperire un'*actio civilis in factum*, ogni qual volta una *conventio* non esattamente rapportabile alle figure del *contrahere* tipico da lui riconosciute nel sistema presenti elementi di prossimità a queste ultime.

Difettando la prossimità, in sostanza, la convenzione non produce *oportere* e dunque può ricevere tutela solo *in factum*.

Per epoca traianea, è il contributo di Aristone, come noto, a dettare una svolta epocale: il giurista, infatti, discostandosi dall'approccio tipico al giudizio di prossimità – che postulava la rilevanza costitutiva del semplice consenso – di una *conventio* atipica a quelle tipiche sinallagmatiche, si orientava in modo da valorizzare piuttosto il riscontro, ricamando caso per caso attorno ad un percorso euristico che va dal rapporto all'atto in senso normativo³⁰, di un assetto d'interessi di scambio, quale che sia, così da delineare, come si è esattamente rilevato, la genesi di un'idea-chiave nella scienza giuridica europea, cioè quella di causa del contratto³¹, inteso ovviamente come atto idoneo a produrre *obligationes*.

L'approccio aristoniano abbandona il modello consensualistico che sottende l'*agere praescriptis verbis* labeoniano per ravvisare nelle figure sinallagmatiche atipiche un *contractus* produttivo di *oportere* ogni qual volta, nella logica – irriducibile, va sottolineato, al *re contrahere* – del negozio reale, risulti eseguita, con effetti procedurali costitutivi della fattispecie, una delle due prestazioni divise dalle parti nel segno della corrispettività: sul punto, la dottrina appare ormai tendenzialmente concorde, salvo la distanza, tuttora non sopita, tra chi ritenga che la *civilis incerti actio* riferita ad Aristone da Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2³²

²⁸ R. Cardilli, *Un 'responsum'*, cit., p. 363.

²⁹ Cfr. in particolare Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 e Papin. 8 *quaest.* D. 19.5.5.1.

³⁰ Cfr. M. Talamana, *Istituzioni*, cit., p. 558.

³¹ T. dalla Massara, *Alle origini*, cit., p. 243 ss.

³² Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.* Sul passo cfr. per tutti la più recente puntualizzazione di T. dalla Massara, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2011, p. 175 ss., con letteratura.

sia in fin dei conti un'azione con *intentio* indeterminata, ma – a differenza dell'*agere praescriptis verbis* labeoniano, da cui anzi andrebbe nettamente distinta – di stretto diritto³³, e chi invece sia persuaso che essa si connotasse – senza soluzione di continuità con *l'agere praescriptis verbis* labeoniano nella chiave della tecnica formulare, per modo che queste risorse formulari in ultima analisi coinciderebbero – per la stessa *intentio* al *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* che caratterizza le azioni offerte nell'editto giuliano a protezione delle obbligazioni sorte da figure contrattuali tipiche e di buona fede (quelle, per intenderci, che *transeunt in proprium nomen contractus* e che sono esemplificate nell'elenco di Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.7.1)³⁴.

Il 'modello di tecnica formulare' così creato, per chi acceda a questa seconda corrente di pensiero³⁵, è dunque invariabilmente il medesimo – senza soluzione di continuità, si ribadisce, tra *l'agere praescriptis verbis* labeoniano e la *civilis incerti actio* aristoniana, che è poi *l'actio praescriptis verbis* di Pomponio³⁶ e dei Severiani che ne sviluppano idee e svolgimenti di pensiero – e viene

³³ Cfr. essenzialmente A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, 1985, vol. 36, p. 23 e 27; Id., *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, I, Seminario de Derecho romano «Ursicino Alvarez», Madrid, 1988, p. 127 ss. e 137 ss.; Id., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1994, p. 73 s. e 77; M. Talamanca, *Note*, cit., p. 207 e nt. 34 e 235, nonché Id., *Istituzioni*, cit., p. 557 s.; T. dalla Massara, *La causa*, cit., p. 184 ss.; da ultimo, G. Zarro, *I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli, 2018, p. 147 ss., su cui si veda la recensione di T. dalla Massara, in *SCDR*, 2020, vol. 33, p. 303 ss.

³⁴ Cfr. essenzialmente, in quest'ordine di idee, qui condiviso, C.A. Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano*, già in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Il Congresso internazionale ARISTEC (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995), a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1997, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Cedam, Padova, 2006, p. 200 ss. e nt. 14 di p. 202; più ampiamente, ora, Id., *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, 2008-2009, vol. 57, p. 9 ss., in particolare 15 ss., 31 ss., 41 ss. e 46 s. per le conclusioni; Id., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, 2010, vol. 58, p. 53; B. Schmidlin, *Il consensualismo contrattuale tra 'nomina contractus' e 'bonae fidei iudicia'*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Cedam, Padova, 2008, p. 114 ss., in particolare 127 s. e nt. 57; Id., *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichem Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in *ZSS*, 2007, vol. 124, p. 79 ss. e 83 ss.; Id., *La fonction de la 'demonstratio' dans les actions de bonne foi*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Giuffrè, Milano, 1984, p. 723 s.

³⁵ Nella quale in linea di principio mi riconosco: cfr. R. Fercia, *Il 'fieri'*, cit., § 10 (p. 28 ss. del pdf consultabile in *open access*), con letteratura.

³⁶ È a Pomponio, infatti, che le fonti a nostra disposizione riportano per la prima volta l'espressione '*actio*' (e non '*agere*') *praescriptis verbis*: per tutti A. Burdese, *I contratti innominati*, cit., p. 82; il '*posse ... praescriptis verbis actione agi*', e quindi la giustapposizione dell'*actio* all'*agere*, che si legge nella citazione di Pomponio in Ulp. D. 4.3.9.3, potrebbe essere una contaminazione del linguaggio del giurista antoniniano con quello di Labeone.

progressivamente esteso dai *prudentes*, tra II e III secolo, anche a convenzioni non sinallagmatiche, come ad esempio quelle che si correlano alle consegne (non traslative, e dunque non a caso irriducibili a *dationes ob rem* in senso tecnico) ad *inspiciendum*, che i giuristi esaminano per stabilirne i confini rispetto alle figure nominate del deposito e del comodato³⁷, ormai protette anch'esse con azioni al *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* concorrenti con le originarie *formulae in factum conceptae*.

Ed è proprio in questa logica – ed in adesione alla corrente di pensiero che considera l'*actio praescriptis verbis* come un *iudicium bonae fidei* consolidatosi dopo l'editto giuliano in una linea di stretta continuità da un lato con l'*agere praescriptis verbis* labeoniano, dall'altro con la *civilis incerti actio* aristoniana – che deve essere riletta l'annotazione di Pomponio a Labeone in D. 4.3.9.3.

Ma vediamo più precisamente i termini della questione.

Il giurista augusteo, innanzitutto, non avrebbe potuto ipotizzare un *agere praescriptis verbis* di Tu contro Seius non già perché il mancato avveramento dell'evento dedotto nella *condicio* non dipenda dalla condotta di quest'ultimo³⁸, ma perché la *conventio* non ha, con tutta evidenza, quella funzione di scambio – sicché appunto il giurista si poneva, semmai, il problema di scorgere se in essa fosse ravvisabile un mandato³⁹, pur escludendolo per ragioni strutturali – che costituisce presupposto costante per l'applicazione di questa tecnica formulare nel percorso scientifico labeoniano⁴⁰, senza con ciò dover ipotizzare che egli si orientasse per

³⁷ Sul punto cfr. A. Burdese, *I contratti innominati*, cit., p. 82 ss., ed in particolare p. 83 e 86; me ne occupo *amplius* in R. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Cedam, Padova, 2008, §§ 1-5 del cap. II della parte terza, e specialmente p. 249 ss. (su Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20.2, ed in particolare sull'*agere praescriptis verbis* che connota la tutela della *communis causa* sottostante alla *conventio* non sinallagmatica; ma nella stessa logica si possono leggere anche i §§ 20 pr.-1), 258 s. (su Ulp. 29 *ad Sab.* D. 13.6.10 pr.-1, Paul. 5 *ad Sab.* D. 13.6.11, Ulp. 29 *ad Sab.* D. 13.6.12 pr.) e 259 s. (su Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.2).

³⁸ M.F. Cursi, R. Fiori, *Le azioni*, cit., p. 164 s.

³⁹ E dunque una figura esulante dall'idea di *synallagma*: cfr. quanto osservo in *Gli effetti dell'atto obbligante tra mera bilateralità ed interdipendenza dei rapporti nel diritto romano classico*, in *St. econ. giur.*, 2009-2020, vol. 62 (Annali Cagliari 2020, I), p. 393 ss.

⁴⁰ Per tutti cfr. A. Burdese, *I contratti innominati*, cit., p. 72 ss. Secondo questa ricostruzione – sul punto in linea di principio condivisa, giacché il dissenso cade semmai essenzialmente sulla posizione di Aristone rispetto a Labeone, ed in particolare sulla struttura della *civilis incerti actio* di Ulp. D. 2.14.7.2, considerata di stretto diritto da A. Burdese, *op. cit.*, p. 77 – il modello contrattuale, a struttura consensuale, che costituisce il parametro del giudizio labeoniano di prossimità della figura atipica a quelle tipiche va ricercato nella triplice evocazione di *emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas* che leggiamo nella *definitio* conservata da Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19 (A. Burdese, *op. cit.*, p. 72), da cui esulava il mandato in quanto non rapportabile a *synallagma* (A. Burdese, *op. cit.*, p. 69: ma, sul punto, mi sia consentito rinviare ancora a R. Fercia, *Gli effetti*, cit., p. 402 ss., con altra letteratura), sicché l'*agere praescriptis verbis* si sarebbe configurato *sub specie* dell'*intentio* al *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* (A. Burdese, *op. cit.*, p. 74) che connotava le tutele dei contratti

consensuali nominati. In questo quadro, l'inconfigurabilità del *synallagma* in Ulp. D. 4.3.9.3 supera, secondo me, i dubbi di recente riproposti da G. Zarro, *I 'nova negotia'*, cit., p. 43 s.; per converso, non mi paiono dirimenti neppure le perplessità prospettate da E. Stolfi, *Ancora su 'actio de dolo'*, cit., p. 299 ss. muovendo da un passo in cui Labeone riterrebbe senz'altro possibile *agere praescriptis verbis* pur in difetto di sinallagmaticità della convenzione, vale a dire Ulp. 31 ad ed. D. 19.5.19pr.: *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. È con eccessiva sicurezza, infatti, che una parte della dottrina (delineata nei suoi svolgimenti essenziali da E. Stolfi, *op. cit.*, p. 299, nt. 44) prospetta la natura non sinallagmatica di questa convenzione, dove invece, con ogni probabilità, emerge una reciprocità di interessi (e quindi di vincoli) contrattuali: immaginiamo, cioè, che Ego abbia in casa un oggetto di grande valore economico, che però non adopera né presenta per lui un particolare significato affettivo, e che dunque vorrebbe vendere, pur senza sapere a chi rivolgersi in quanto inesperto del mercato, per ricavarne una discreta somma di denaro, magari da reinvestire in un altro acquisto, ma di cui non ha, al momento, alcun bisogno; bussa un giorno alla sua porta l'amico Tu, che gli domanda un prestito, non erogabile al momento per difetto di significativa liquidità. È qui che si annida la sinallagmaticità: Ego incarica Tu di vendere quell'oggetto sgradito ed inutile, ma prezioso, in modo da realizzare la somma di denaro più alta possibile, certo che l'amico procederà nel comune interesse a piazzarlo sul mercato in modo da ottenere indirettamente il finanziamento gratuito (*pretio uti*) più idoneo alle sue esigenze, che chiaramente gli dovrà essere rimborsato alla data in ipotesi pattuita. Qui abbiamo, secondo me, un vero e proprio *synallagma*: né dobbiamo confondere la gratuità del finanziamento indiretto con la natura commutativa dell'assetto d'interessi divisato dalla convenzione. Non a caso, *l'agere praescriptis verbis* presidia l'interesse positivo di Ego, che ha trasferito la (proprietà della) *res*, all'esecuzione della prestazione di Tu ove questi (non già 'non restituisca' la *res*, ma) 'non la venda' ovvero, dopo averla venduta, non consideri il prezzo ricavato alla stregua di *mutua pecunia*, così da ricusarne la riattribuzione in luogo del bene venduto: poiché non avrebbe alcun senso tutelare Ego per il mero interesse a finanziare indirettamente Tu, si deve ritenere che egli agisca in giudizio per il proprio interesse positivo (tanto più che nel passo non si evoca mai una *condictio*) a vendere per convertire in denaro un proprio bene (*si non vendidisti...*), da ritenersi corrispettivo a quello della controparte ad avvantaggiarsi del finanziamento indiretto, e quindi, più precisamente, per l'interesse positivo di Ego a ricavare il maggior utile possibile dalla vendita del cespite, sia pure a titolo di restituzione di un capitale in luogo della cosa trasferita (*...aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam*). Dal punto di vista del giudizio di prossimità labeoniano, forse il giurista augusteo ravvisava nella convenzione una sorta di 'mandato sinallagmatico', riterrei a struttura consensuale (nel senso che la fattispecie si sarebbe perfezionata, per Labeone, attorno al dialogo negoziale avviato con la *rogatio* di Tu, e non con il trasferimento della *res*), come tale funzionalmente irriducibile al mandato nominato ancorché ad esso affine (cfr. A. Burdese, *op. cit.*, p. 70 e 72): una volta sedimentatasi nella giurisprudenza romana l'idea aristoniana del *Realgeschäft*, per arrivare a leggere nella fattispecie un *do ut facias* – Ego finanzia indirettamente Tu mediante l'attribuzione di un proprio bene perché questi glielo converta in denaro – il passo è chiaramente assai breve.

l'azione di dolo sulla base di una possibile incertezza sulla spettanza di altra azione⁴¹.

Pomponio, invece, valendosi di un più maturo percorso editale, prospettava una *distinctio*, cui Ulpiano aderisce considerandola *vera*, cioè esattamente adeguata al caso, incentrata (non già sull'*agere*, ma) sull'*actio praescriptis verbis*, intesa come giudizio di buona fede⁴², non già perché Seius versasse in dolo, ché altrimenti il problema sarebbe stato senza dubbio avvertito già da Labeone, ma perché solo la clausola di buona fede, implicando l'apertura ad una valutazione ad ampio spettro di un vincolo senza dubbio rapportato ad *oportere*, avrebbe consentito di superare la *condicio depositionis*, che per il giurista antoniniano parrebbe percepita come apposta ad una figura di *contractus* irriducibile alle due ipotesi prospettate da Labeone: il rifiuto di *accipere iudicium* a fronte di un'iniziativa processuale *in rem* dell'attore equivale senza alcun serio dubbio, nell'ambito dell'*oportere ex fide bona*, ad una sentenza di accertamento della proprietà.

In altri termini, in base a questa *distinctio* la *conventio* tra Tu e Seius non è rapportabile né ad un mandato, né comunque – diversamente, come abbiamo ipotizzato, da quanto forse riteneva Labeone – ad un sequestro convenzionale protetto con la *formula in factum concepta* offerta nell'editto giuliano, ma appunto ad un contratto innominato gratuito – nel senso che, come lo sarebbe un mandato, è patrimonialmente neutro per Seius – che partecipa delle caratteristiche tanto del deposito (*sub specie* della realtà 'del *ius gentium*' che riconosciamo normalmente in comodato, deposito e pegno) quanto del mandato (*sub specie* della rilevata neutralità patrimoniale dell'incarico a vendere il coacervo consegnato): e poiché il

⁴¹ È questa, in ultima analisi, l'idea di E. Stolfi, *Ancora su 'actio de dolo'*, cit., 291 ss., muovendo da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.3.

⁴² A. Burdese, *In margine*, cit., p. 37 ss., giunge alla conclusione che in D. 4.3.9.3 Pomponio prospettasse una risorgiva dell'*agere praescriptis verbis* con *formula in ius concepta* e di buona fede risalente appunto allo stesso Labeone, da distinguersi peraltro nettamente dall'*actio civilis incerti* aristoniana – che, in questa ricostruzione, era di stretto diritto sul modello della *condictio incerti* evocata in D. 13.1.12.2 – suggerita per le convenzioni sinallagmatiche atipiche in Ulp. D. 2.14.7.2: l'insigne Maestro contestava, specificatamente, l'esegesi di M. Talamanca, *Note*, cit., p. 235 ss., secondo il quale l'azione data da Pomponio nel nostro passo sarebbe appunto l'*actio civilis incerti* di Aristone, da intendersi come veicolata da *formula* con *intentio* indeterminata e di stretto diritto. Dal mio punto di vista, una volta pienamente persuaso della tesi professata da Bruno Schmidlin e, soprattutto, da Carlo Augusto Cannata, l'*actio civilis incerti* di Ulp. D. 2.14.7.2 e l'*actio praescriptis verbis*, con il suo antecedente labeoniano normalmente prospettato come '*agere*', sono semplicemente espressioni differenti di descrivere (esattamente come l'espressione *actio civilis in factum* che ricorre in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 ed in Papin. 8 *quaest.* D. 19.5.5.1) una medesima struttura processuale, costruita con *demonstratio* adattata per via topica *in factum* (cioè a descrivere volta per volta la convenzione atipica azionata) ed *intentio* al *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* (sicché appunto è per questo che Ulpiano la evoca in D. 2.14.7.2 nella trattazione delle *iuris gentium conventiones*).

ragionamento di Pomponio incardina la soluzione nella più matura elaborazione del modello aristoniano, questo contratto innominato risulta perfezionato – intendo sul piano costitutivo della fattispecie – dall'intervenuta consegna – ovvero una *traditio* non traslativa, come nel caso delle consegne *ad inspiciendum* – dei *dolia* a Seius, che poi procede alla vendita dell'olio ed incamera il relativo prezzo da accreditare al vincitore della causa.

In buona sostanza, quanto precludeva a Labeone di ravvisare nella *conventio* un mandato, vale a dire la *traditio* dell'olio intesa come elemento di 'realità' contrattuale, è ora valorizzato da Pomponio, erede dell'ormai matura prospettiva aristoniana, nella chiave di un elemento costitutivo del *Realgeschäft* innominato.

Ci avviamo a concludere.

Se pensassimo all'*agere* – anzi, dopo Pomponio, come si diceva, all'*actio praescriptis verbis* come una *formula ad intentio* indeterminata di stretto diritto, sul modello della *condictio incerti*, lo spazio per interpretare la *condicio* apposta alla convenzione *sine nomine* come verificatasi non già in ragione dell'intervenuta pronuncia di una sentenza ormai impossibile, ma appunto con il rifiuto di *iudicium accipere*, sarebbe sostanzialmente inconfigurabile.

La clausola di buona fede risolve il problema cui abbiamo fatto poc'anzi cenno di una possibile *versio in rem* nel patrimonio di Seius, e correlativamente consente di rimeditare altresì il criterio della sussidiarietà dell'*actio de dolo*, offerta in via residuale non tanto contro l'unico soggetto che realmente versi in *dolus malus*, quanto piuttosto nella sola ipotesi in cui l'*actio praescriptis verbis* si riveli sostanzialmente inidonea, per insolvibilità del 'mandatario-sequestratario', ad assicurare tutela piena ed effettiva a Tu.

Il *dolus*, in ogni caso, per Labeone come Pomponio e quindi Ulpiano consiste nell'aver Titius temerariamente contestato la proprietà dell'olio creando un cortocircuito costituito dalla necessità, per chi è incontrovertibilmente *dominus*, di un giudizio accertativo al quale, però, inopinatamente, egli si sottrarre dopo averlo costretto alla *traditio* ed all'incarico che ha implicato la vendita di una partita di merce deperibile per la quale operano le regole dell'acquisto per *consumptio* e *confusio*, così da rendere di per sé non più proponibile l'azione reale nella sua 'duplice' prospettazione editale limpidamente esposta nelle pagine del quarto commentario gaiano.

Bibliografia

V. Arangio-Ruiz, *Recensione* a M. David, H.L.W. Nelson, 'Gai Institutionum Commentarii IV'. *Text und Kommentar*, Leiden, 1954, in *TR*, XXIII, 1955, p. 352-358

B. Albanese, *La sussidiarietà dell' 'a. de dolo'*, in *AUPA*, 1962, vol. 28, p. 173-319

G. Aricò Anselmo, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in *AUPA*, 1988, vol. 40, p. 215-341

Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA2000). Sistema informativo integrato sui diritti dell'antichità. Direzione scientifica di Nicola Palazzolo, Torre, Catania, 2002, p. 102 + CD-Rom

A. Burdese, *Agire per altri e autorizzazione ad alienare in diritto romano*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Convegno - Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, a cura di A. Padoa Schioppa, Jovene, Napoli, 2010, p. 3-23

A. Burdese, *In margine a D. 4.3.9.3*, in *SCDR*, 1995, vol. 7, p. 27-40

A. Burdese, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1994, p. 63-91

A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*⁴, UTET, Torino, 1993

A. Burdese, *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias, I*, Seminario de Derecho romano «Ursicino Alvarez», Madrid, 1988, 127-155

A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, 1985, vol. 36, p. 14-69

C.A. Cannata, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, 2010, vol. 58, p. 33-100

C.A. Cannata, *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, 2008-2009, vol. 57, p. 9-48

C.A. Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano*, già in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II Congresso internazionale ARISTEC (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1997, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Cedam, Padova, 2006, p. 187-220

R. Cardilli, *Un 'responsum' di Labeone tramandato in 'Ulpianus libro undecimo ad edictum' (D. 4.3.9.3) tra 'dolus' e 'conventio' atipica*, in *Ius hominum causa constitutum*. Studi in onore di A. Palma, I, a cura di F. Fasolino, Torino, Giappichelli, 2022, p. 341-364

M.F. Cursi, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Jovene, Napoli, 2008

M.F. Cursi, R. Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR*, 2011, vol. 105, p. 145-184

T. dalla Massara, *Recensione a G. Zarro, I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli, 2018, in *SCDR*, 2020, vol. 33, p. 303-307

- T. dalla Massara, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2011, p. 175-220
- T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004
- M. David, H.L.W. Nelson, 'Gai Institutionum Commentarii IV'. *Text und Kommentar*, Leiden, 1954
- R. Fercia, *Gli effetti dell'atto obbligante tra mera bilateralità ed interdipendenza dei rapporti nel diritto romano classico*, in *St. econ. giur.*, 2009-2020, vol. 62 (Annali Cagliari 2020, I), 393-423
- R. Fercia, *Rileggendo il corso di lezioni del Talamanca: 'notae' sulla fattispecie consensuale della 'societas'*, in *SDHI*, 2017, vol. 83, p. 2017, 653-668
- R. Fercia, [Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell'ob rem datum'](#), in Atti del Convegno di Studi 'Nomen contractus'. *Tutele edittali nella Roma classica* (Verona, 14 maggio 2013), in [Diritto @ Storia](#), XII, 2014, on line in open access
- R. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Cedam, Padova, 2008
- F. Gallo, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano, I*, Giappichelli, Torino, 1992
- F. Gallo, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano, II*, Giappichelli, Torino, 1995
- O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, B. Tauchnitz, Leipzig, 1927
- O. Lenel, *'Palingenesia iuris civilis'*, I-II, B. Tauchnitz, Lipsiae, 1889
- G. MacCormack, 'Dolus' in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus), in *BIDR*, 1993-1994, vol. 96-97, p. 83-146
- G. MacCormack, 'Dolus' in the law of the early classical period (Labeo-Celsus), in *SDHI*, 1986, vol. 52, p. 236-285
- D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Cedam, Padova, 1999
- G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1991
- S. Schlossmann, 'Litis contestatio'. *Studien zum römischen Zivilprozess*, A. Deichert, Leipzig, 1905

- B. Schmidlin, *Il consensualismo contrattuale tra 'nomina contractus' e 'bonae fidei iudicia'*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Cedam, Padova, 2008, p. 99-130
- B. Schmidlin, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichem Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in *ZSS*, 2007, vol. 124, p. 53-93
- B. Schmidlin, *La fonction de la 'demonstratio' dans les actions de bonne foi*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Giuffrè, Milano, 1984, 705-725
- E. Stolfi, *Ancora su 'actio de dolo', 'agere praescriptis verbis' e un synállagma che non c'è*, in *AUPA*, 2021, vol. 64, p. 205-306
- E. Stolfi, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in *AUPA*, 2016, vol. 59, p. 111-149
- E. Stolfi, *Il processo civile*, in E. Cantarella, V. Marotta, B. Santalucia, A. Schiavone, E. Stolfi, U. Vincenti, *Diritto privato romano. Un profilo storico²*, a cura di A. Schiavone, Einaudi, Torino, 2010, p. 77-155
- E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, I, Trasmissione e fonti*, Jovene, Napoli, 2002
- E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, II, Contesti e pensiero*, LED, Milano, 2001
- M. Talamanca, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti per E. Fazzalari, I*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 195-238
- M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990
- A. Traina, G. Bernardi Perini, *Propedeutica al latino universitario⁶*, a cura di C. Marangoni, Pàtron, Bologna, 1998
- A. Traina, T. Bertotti, *Sintassi normativa della lingua latina. Teoria*, Cappelli, Bologna, 1985
- A. Wacke, *Zum 'dolus'-Begriff der 'actio de dolo'*, in *RIDA*, 1980, vol. 27, p. 349-386
- G. Zarro, *I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli, 2018



“Ulpianus scripsit”? Using Artificial Intelligence for authorship attribution of ancient Roman law texts

THOMAS RÜFNER

Professor of Roman Law and Private Law

University of Trier

Judge in the Higher Regional Court

Koblenz

ruefner@uni-trier.de

ABSTRACT

The present article seeks to demonstrate the usefulness of artificial intelligence for the exploration of the sources of Roman law. In a small experiment, a so-called support vector machine was employed to determine to which Roman jurist a given source text can be attributed. While the results were not perfect, they are sufficient to show the potential of new technologies for future research in the area.



DOI: 10.54103/milanlawreview/20656

MILAN LAW REVIEW, Vol. 1, No. 4, 2023

ISSN 2724 - 3273

Keywords: artificial intelligence; machine learning techniques; sources of Roman law; Ulpian; authorship attribution.

This paper has been subjected to double-blind peer review

“Ulpianus scripsit”? Using Artificial Intelligence for authorship attribution of ancient Roman law texts*

SUMMARY: 1. Authorship attribution as a research topic in Roman law – 2. Authorship attribution and verification through machine learning techniques – 3. Preparation of the corpus – 4. Vectorization – 5. Training – 6. Results – 7. Conclusion.

1. Authorship attribution as a research topic in Roman law

Philologists and historians have long sought to determine the author of a text (or to exclude the authorship of a certain person) based on the text’s linguistic and stylistic characteristics. Interestingly, an early example concerns a text purporting to be a Roman legal document, which had found its way into the *Corpus Iuris Canonici*¹: In 1440 Lorenzo Valla demonstrated that the so-called *donatio Constantini* could not possibly be genuine due, in large part, to the document’s language².

Valla’s research shattered the authority of a document which constituted the basis of legal claims of the church at the time. The proof that the *donatio* was a fabrication potentially had concrete and far-reaching legal consequences. In later times, attempts to determine the authors of Roman legal texts were made for purely scholarly purposes. During the period of the ‘hunt for interpolations’, legal historians relied heavily on the assumption that the language and style of the classical jurists could be distinguished from that of the compilers of Justinian’s Digest in the 6th century. This conviction was the basis for the attempt to detect post-classical changes and additions to the sources³.

More recently, computers have been employed to analyse the linguistic structure and the style of texts in order to identify the author. As early as 1968, when digital technology was still in its early stages, Lothar Müller proposed to

* The contribution is intended for publication in the proceedings of the conference “*Dialogo transdisciplinare e identità del giurista*”, organized by the Research Center “*Studi sulla Giustizia*” on 19th and 20th September 2022 at the University of Milan.

¹ Incorporated in the Decretum Gratiani as D. 96 c. 14.

² Cf. H. Craig, *Stylistic analysis and authorship studies*, in S. Schreibmann, R. Siemens, J. Unsworth (eds.), *A Companion to Digital Humanities*, Wiley, Hoboken, 2008, p. 282; H. Love, *Attributing Authorship*, CUP, Cambridge, 2002, p. 18 f.

³ R. Reponow, *Überlegungen zur quantitativen Stilanalyse römischer Rechtstexte*, in *SDHI*, 2017, vol. 83, p. 101 f.

analyse Roman law texts of disputed authorship like *Ulpiani regulae* with the help of computers⁴. Sadly, his doctoral thesis on the subject was not accepted and remains unpublished⁵. From the 1970s onward, Tony Honoré sought to identify idiosyncratic features of individual Roman jurists’ writings. Honoré even proposed a new mathematical method to measure the vocabulary richness of a given text⁶. On the basis of stylistic criteria, he tried to distinguish and identify the jurists who drafted rescripts of the imperial chancery as secretaries *a libellis* in the third century⁷.

Despite the traditional importance of stylistic analysis and questions of authorship attribution in the field of Roman law⁸, it seems that so far no attempt has been made to employ the techniques of artificial intelligence in order to determine the authors of Roman legal sources. This is somewhat surprising not only because of the general popularity of these techniques in recent years, but also because there is a considerable amount of literature demonstrating the potential of such methods for the resolution of questions regarding the authorship of historic sources, including Latin texts⁹. It seems worthwhile to conduct a few experiments and explore the potential of these new approaches.

If a method which enables us to have computers correctly attribute ancient Roman legal texts to their authors can be developed, various research questions can be answered. Ideally, Romanistic scholarship would be able definitely to answer the question whether the work known as *Ulpiani regulae* or *Tituli ex corpore Ulpiani* was actually authored by Ulpian, and to resolve similar issues regarding other works like Ulpian’s *opiniones* or the *sententiae* attributed to Paul.

Even if no final answer can be given to questions of this order, it will be interesting to see to what extent computers can distinguish the styles of different jurists and if some jurists are more easy to identify than others. The experiments presented in this paper can thus be regarded as (further) tests of Savigny’s famous assertion that the Roman jurists of the classical epoch were “fungible persons”

⁴ L. Müller, *L’ordinateur et les textes de droit Romain*, in *Revue – Organisation internationale pour l’étude des langues anciennes par ordinateur*, 1968, p. 65–82, on *Ulpiani regulae*, in particular, cf. p. 66–69.

⁵ M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Wallstein, Göttingen, 2005, p. 56–58.

⁶ T. Honoré, *Some simple measures of richness of vocabulary*, in *ALLC Bulletin*, 1979, vol. 7, p. 172–179.

⁷ T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2nd ed., OUP, Oxford, 1993.

⁸ On the history of this area of research see the detailed explanation and bibliographic notes in R. Repnow, *Überlegungen zur quantitativen Stilanalyse römischer Rechtstexte*, cit., p. 101–104.

⁹ See J. Kabala, *Computational authorship attribution in medieval Latin corpora: the case of the Monk of Lido (ca. 1101–08) and Gallus Anonymous (ca. 1113–17)*, in *Language resources & Evaluation*, 2020, vol. 54, p. 25–56 with further references on p. 28–30.

with few individual traits¹⁰. If their individual styles can be distinguished (even or at least) by a machine, then Savigny was obviously wrong.

2. Authorship attribution and verification through machine learning techniques

It is neither possible nor necessary for our purposes to give a definition of ‘artificial intelligence’ or to list all methods and techniques that are generally considered to fall into this category¹¹. The techniques relevant for problems of authorship attribution and authorship verification¹² all belong to the field of machine learning and, more specifically, supervised learning. The machine (computer) is first trained with a set of input data for which the correct output is known. If the task is to recognize the author of a given text, the training data must consist in texts the author of which is known. The input data (which must be brought into a computer readable form, that is into the form of a series of numbers) are subjected to certain mathematical manipulations in order to produce an output. The mathematical operations applied to the data are then systematically changed until the output for the training data corresponds to the (known) solutions. If the machine is trained to attribute texts to authors, then the output should be the correct author for each text.

All attempts to determine the author of a text with the help of computers are based on the assumption that texts written by a given author contain certain characteristics that can be measured and quantified. Earlier methods of stylometry like those developed by Lothar Müller and Tony Honoré were based on certain measurable properties of the texts like the average length of sentences or the richness of the vocabulary of different jurists. By contrast, machine learning models are often described as ‘black boxes’. It is impossible to tell precisely what characteristics of the text cause the computer to attribute it to one author or the other. This is an important difference between the modern techniques and earlier methods.

The existing approaches to the problem of determining the authors of Latin texts all appear to have been designed for large continuous texts¹³. It would be difficult to use the same approaches for research on the Roman legal sources,

¹⁰ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, p. 157.

¹¹ On the problem of definition see, for example, M. Barberis, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, 2022, vol. 3, p. 3 f.; Th. Rübner, *Juristische Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz aus der Perspektive des Privatrechts*, in H.-G. Dederer, Y.-Ch. Shin (eds.), *Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 17–20.

¹² On the distinction between authorship attribution and authorship verification see J. Kabala, *Computational authorship attribution in medieval Latin corpora*, cit., p. 29.

¹³ See, as an example, J. Kabala, *Computational authorship attribution in medieval Latin corpora* cit., p. 33, who works with a corpus of texts with a minimum of 5000 words each.

because most of the writings of the Roman jurists only survive in Justinian’s Digest. While the Digest preserves a large number of texts with a precise and mostly reliable attribution to an author in the *inscriptio* (and sometimes additional information on authors quoted within the text preserved in the Digest such as the *Ulpianus scripsit* in Macer 1 de apell. D. 2.8.15.1), the single fragments are relatively short.

For this reason, the method employed for the experiments presented here was borrowed from a blog post by Gareth Dwyer, which details how the authors of reviews of restaurants and other businesses on the Yelp platform can be determined through machine learning¹⁴. While the corpus of reviews used by Dwyer is quite different from the Roman sources as far as the language (English) and the subject matter (food and service quality of certain establishments) of the texts is concerned, the texts used are similar in length to the texts of the Digest.

Before the experiments conducted are explained in more detail, it should be noted that this paper is only a preliminary report on a research project that is far from complete. Neither the methodology employed nor the results reached have any claim to definiteness. They constitute no more than a first attempt to explore what is possible.

3. Preparation of the corpus

The texts for all experiments were taken from the Latin Library website which contains texts of the Digest and the Institutes of Gaius originating ultimately from Joseph Menner’s Romtext database¹⁵. The text of Ulpian’s *regulae* was downloaded from the website ancientrom.ru. The texts were divided up so that each paragraph was stored in a separate text file. All text files containing texts from the same work according to the inscription were stored in one folder. Thus, there was, e.g. one folder containing 5349 texts (paragraphs or fragments with no further subdivisions) from Ulpian’s commentary on the edict and another folder containing 721 texts (paragraphs) from the institutes of Gaius.

The successful use of all machine learning methods depends on the availability of sufficient training data. The computer can only be expected to ‘learn’ the features which distinguish the style of a given author, if there are enough texts available on which the computer can be ‘trained’. Therefore, as in Dwyer’s experiment, all authors of whom less than 500 were contained in the collection of source texts were dropped. Additionally, for the training of the model all texts of doubtful attribution had to be left out. Thus, the texts from *Ulpiani regulae* (both

¹⁴ G. Dwyer, *Yelp reviews: Authorship attribution with Python and scikit-learn*, in Michael Kennedy on Technology, <https://blog.michaelckennedy.net/2017/06/21/yelp-reviews-authorship-attribution-with-python-and-scikit-learn/> (last visited on 9 January 2023).

¹⁵ On the history of the Romtext project see G. Klingenberg, *Die Romtext-Datenbank*, in *Informatica e diritto*, 1995, vol. 4, p. 223–232.

those preserved outside the Digest and those ascribed to a *liber singularis regularum* or *regularum libri septem* in the Digest¹⁶) as well as the texts ascribed to Ulpian’s *opiniones*, *pandectae* and *responsa* in the Digest were left out¹⁷. Likewise, the texts ascribed to *Pauli sententiae* in the Digest were not used. Finally, the texts ascribed to the *institutiones* of Gaius in the Digest were left out in order to avoid duplication since the *institutiones* as preserved outside the Digest were already included in the corpus.

These operations left a corpus with the texts by Ulpian (8762 texts), Paul (3653 texts), Gaius (1581 texts), Papinian (1156 texts), Pomponius (954 texts), Julian (816 texts), Scaevola (658 texts), Modestinus (622), Marcianus (618 texts). These texts were loaded into the computer’s memory in a randomized order.

4. Vectorization

In the next step, the texts in the corpus had to be transformed into a computer readable sequence of numbers. This was done using the TfidfVectorizer of the scikit-learn library for the Python programming language¹⁸ with the parameter `ngram_range=(1,2)`. This means that every text was transformed into a table which shows how frequently each word (unigram) and each combination of two words (bigram) present in the entire corpus occurs in the text. The ‘table’ contained more than 300,000 columns. Of course, of all the different word forms and combinations that are present in the entire collection of texts, only a few occur in a single given text. The table for each text was therefore a so-called sparse matrix. The columns for most words or bigrams contained the number zero¹⁹.

As a result of this process, the list of Latin texts was now present as a series of sparse matrices in the computer’s memory. The names of the authors of the texts were stored in a separate list.

5. Training

After all these preparations, the training itself was started. In a first experiment, only 500 texts of the nine jurists with a least as many texts in the corpus

¹⁶ On these different textual traditions see D. Liebs, *Ulpiani Regulae – Zwei Pseudoepigrapha*, in *Romanitas – Christianitas. Untersuchungen zur Geschichte und Literatur der römischen Kaiserzeit. Johannes Straub zum 70. Geburtstag*, Walter De Gruyter, Berlin – New York, 1982, p. 283 and 287.

¹⁷ On the spuriousness of these works see T. Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2002, p. 212–215 and 217–226.

¹⁸ On this library see F. Pedregosa et alii, *Scikit-learn: machine learning in Python*, in *Journal of Machine Learning Research*, 2011, vol. 12, p. 2825–2830.

¹⁹ Th. Joachims, *Text categorization with support vector machines: learning with many relevant features*, in C. Nédellec, C. Rouveirol (eds.), *Machine Learning: ECML-98*, Springer, Heidelberg, 1998, p. 140.

were used. Of these 4500 texts, 3600 were used for training (the training corpus) and 900 (=20%) were used for testing the results (the test corpus). The training was done using a so-called Linear Support Vector Classification. This method of classification is a variant of the support vector machine method, which is perhaps less widely known as a technique of machine learning than the use of neural networks, but particularly well suited for tasks of text classification²⁰. It can be explained (with some degree of oversimplification) as a process designed to find a function which separates to classes of objects from each other:

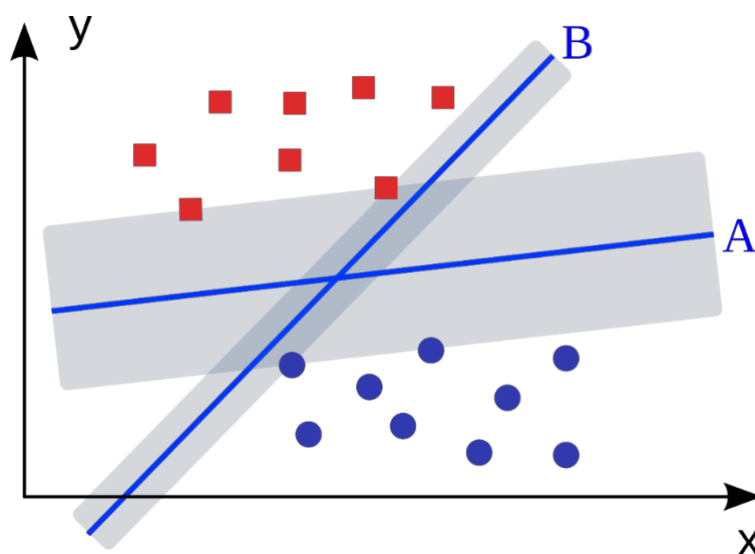


Image 1: Two classes given as vectors with two possible separation lines and their corresponding margin areas between the class areas. Line A has a larger empty margin area than line B.

Image by Fabian Bürger
<https://commons.wikimedia.org/wiki/User:Ennepetaler86>; original at
https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Svm_intro.svg. License: CC BY 3.0
<https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/deed.en>.

The image illustrates a simple example: The task is to find a function which separates the red squares from the blue discs. The lines A and B (which can be regarded as graphs of mathematical functions) both separate the two categories. However, line B comes very close to some red and blue items while line A leaves more room on both sides. It separates the two categories more clearly²¹.

²⁰ Th. Joachims, *Text categorization with support vector machines: learning with many relevant features*, cit., p. 137–142.

²¹ For a more detailed explanation see K.P. Bennet, C. Campbell, *Support vector machines: Hype or hallelujah?*, in *ACM Special Interest Group on Knowledge Discovery in Data Newsletter*, 2000, vol. 2, p. 1–13.

The same technique which is here demonstrated for the separation of squares and discs in a two-dimensional space can be used for multi-dimensional objects like the sparse matrices representing the source texts.

6. Results

After the training, the model was applied to the 900 remaining texts. It succeeded in correctly attributing around 53% of the texts. This may not sound too impressive, but it should be noted that the computer did much better than guessing blindly: Since there were nine possible authors, the probability of correctly attributing a text with a random guess was only 11,11%! On the other hand, it should also be kept in mind that the task was made considerably easier by the fact that the test data, like the training data, were taken from a sample which contained an equal number of texts from each jurist.

In a second experiment, 500 texts from each author were used as training data and all remaining texts from the nine authors were used for testing. This means that all authors were equally represented in the training data whereas there were many more texts by Ulpian (8262) than by Marcianus (118) left for testing. Not unsurprisingly, this made the computer’s task more arduous. The model was only able to classify correctly less than 45% of the texts in the test corpus. This was still better than guessing blindly, but not satisfactory.

In a third attempt, only texts by the six jurists with the largest number of texts were used: Ulpian, Paul, Gaius, Papinian, Pomponius, and Julian. In this setting, the computer was again able to attribute correctly the majority of the texts (around 52%), while the probability of a blind guess being correct was still only 16,66 %.

Admittedly, the attribution of the texts to certain jurists was far from reliable in all three experiments. There were, however, interesting differences. 51% of the texts that were not attributed correctly by the model were authored by Ulpian. This is hardly surprising because Ulpian is overrepresented in the test corpus. In fact, 59% of all texts were by Ulpian. On the other hand, only 22.7% of all texts in the test corpus were authored by Paul, but 35.2% of the texts that were attributed incorrectly were by Paul. This would seem to indicate the style of Paul is less recognizable than the style of Ulpian. Texts by Papinian make up 4.7% of the corpus but only 2.1% of the misattributed texts. Papinian’s style seems to be even more recognizable for the computer than Ulpian’s.

Finally, the attempt was made to guess the author of two disputed works ascribed to Ulpian. For these experiment, 618 texts from each of the nine jurists with the largest number of texts were used (since there are only 618 texts by Marcianus this is the largest number of texts which can be used if the training corpus must contain an equal number of texts from each jurist).

First, the model was used to attribute the 307 texts contained in the *Ulpiani regulae* or *Tituli ex corpore Ulpiani* to one of the nine jurists. The model ascribed

roughly one half of the texts to Gaius (49.05%) and only 3.6% to Ulpian. A significant portion of the texts was attributed to Modestinus.

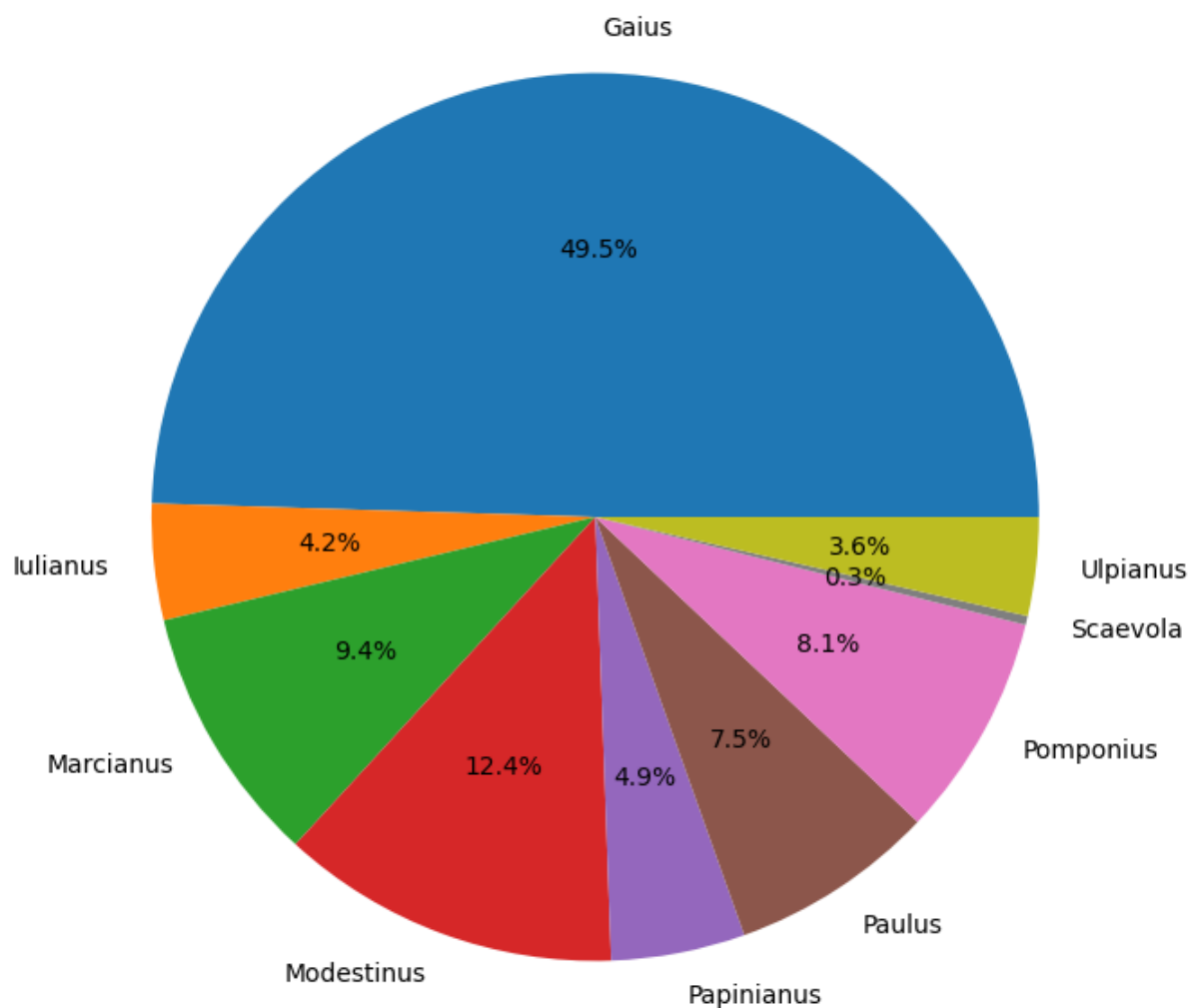


Image 2: Attribution of the texts of Ulpiani regulae to the nine jurists most frequently represented in the Digest.

While this result confirms the conclusion that the work was not authored by Ulpian²², it should not be assumed that the *regulae* must have been written by Gaius. To conclude from the results that Gaius was the author would overlook the

²² In this sense T. Honoré, *Ulpian*, cit., p. 211 f.; D. Liebs, *Ulpiani Regulae*, cit., p. 284; M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., p. 531; for Ulpian as the author L. Müller, *L'ordonateur et les textes de droit Romain*, cit., p. 69; F. Mercogliano, “*Tituli ex corpore Ulpiani*”: storia di un testo, Jovene, Napoli, 1997, p. 105.

fact that the author may well be a jurist who is not among the nine authors featured in the training corpus²³.

The fact that Gaius is assumed frequently by the model, while the late classical luminaries Ulpian, Paul and Papinian are all underrepresented would seem to lend support to the conclusion of Avenarius that the work was written in the high classical period²⁴. However, the relative frequency of the attribution of texts to Modestinus contradicts that conclusion. It should be remembered that similarities in style and (especially) vocabulary may also be due to the genre to which texts belong rather than to the individual style of the author²⁵. The frequent attribution of texts to Gaius is perhaps better explained by the fact that the *regulae* and the institutes of Gaius belong to similar, though not identical genres of legal literature.

Finally, the texts ascribed to Ulpian’s *opiniones* were explored in the same way. Again, the results make it unlikely that the work was in fact written by Ulpian:

²³ The task is thus one of authorship verification rather than authorship attribution, see above, n. 12.

²⁴ M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., p. 531.

²⁵ R. Repnow, *Überlegungen zur quantitativen Stilanalyse römischer Rechtstexte*, cit., p. 111.

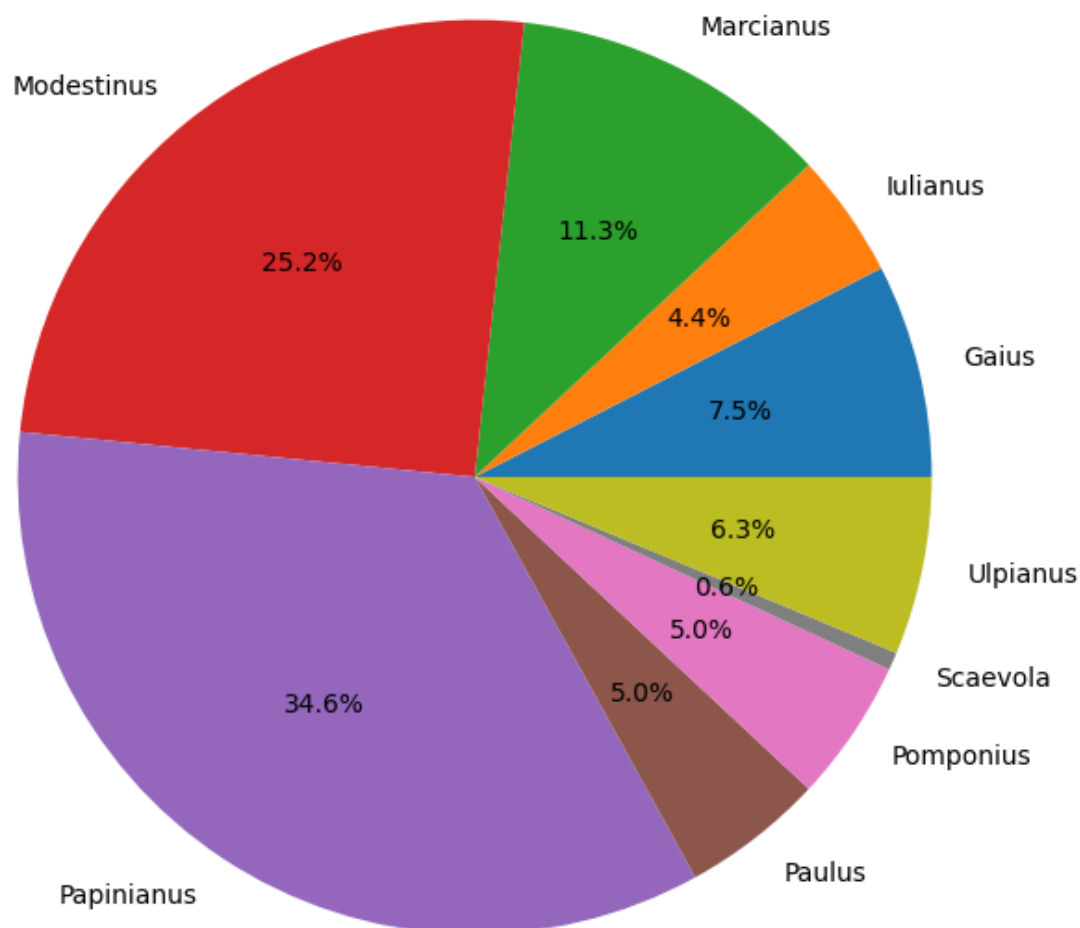


Image 3: Attribution of the texts of Ulpian's opinions to the nine jurists most frequently represented in the Digest.

Many texts are attributed to Modestinus. Papinian is even more prominent.

7. Conclusion

The results reached up to now are far from conclusive. The methodology needs to be refined. In particular, the stylistic characteristics of different genres of legal literature deserve more scholarly attention. Even so, it seems clear that the exploration of the Roman legal texts with the methods of machine learning has the potential of shedding new light on many long-standing issues of Romanistic scholarship.

Bibliography

- M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Wallstein, Göttingen, 2005.
- M. Barberis, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, 2022, vol. 3, p. 2–18.
- K.P. Bennet, C. Campbell, *Support vector machines: Hype or hallelujah?*, in *ACM Special Interest Group on Knowledge Discovery in Data Newsletter*, 2000, vol. 2, p. 1–13.
- H. Craig, *Stylistic analysis and authorship studies*, in S. Schreibmann, R. Siemens, J. Unsworth (eds.), *A Companion to Digital Humanities*, Wiley, Hoboken, 2008, p. 273–288.
- G. Dwyer, *Yelp reviews: Authorship attribution with Python and scikit-learn*, in Michael Kennedy on Technology, <https://blog.michaelkennedy.net/2017/06/21/yelp-reviews-authorship-attribution-with-python-and-scikit-learn/> (last visited on 9 January 2023).
- T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2nd ed., OUP, Oxford, 1993.
- T. Honoré, *Some simple measures of richness of vocabulary*, in *ALLC Bulletin*, 1979, vol. 7, p. 172–179.
- T. Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2002.
- Th. Joachims, *Text categorization with support vector machines: learning with many relevant features*, in C. Nédellec, C. Rouveirol (eds.), *Machine Learning: ECML-98*, Springer, Heidelberg, 1998, p. 137–142.
- J. Kabala, *Computational authorship attribution in medieval Latin corpora: the case of the Monk of Lido (ca. 1101–08) and Gallus Anonymus (ca. 1113–17)*, in *Language resources & Evaluation*, 2020, vol. 54, p. 25–56.
- G. Klingenberg, *Die Romtext-Datenbank*, in *Informatica e diritto*, 1995, vol. 4, p. 223–232.
- D. Liebs, *Ulpiani Regulae – Zwei Pseudoepigrafa*, in *Romanitas – Christianitas. Untersuchungen zur Geschichte und Literatur der römischen Kaiserzeit. Johannes Straub zum 70. Geburtstag*, Walter De Gruyter, Berlin – New York, 1982, p. 282–292, revised version at <https://freidok.uni-freiburg.de/dnb/download/8684> (last visited on 9 January 2023).
- H. Love, *Attributing Authorship*, CUP, Cambridge, 2002.
- L. Müller, *L’ordinateur et les textes de droit Romain*, in *Revue – Organisation internationale pour l’étude des langues anciennes par ordinateur, 1100/1800*, 1968, p. 65–82.
- F. Pedregosa et alii, *Scikit-learn: machine learning in Python*, in *Journal of Machine Learning Research*, 2011, vol. 12, p. 2825–2830.

R. Repnow, *Überlegungen zur quantitativen Stilanalyse römischer Rechtstexte*, in *SDHI*, 2017, vol. 83, p. 101–129.

Th. RUFNER, *Juristische Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz aus der Perspektive des Privatrechts*, in H.-G. Dederer, Y-Ch. Shin (eds.), *Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 15–42.

F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814.



L'abuso del diritto nel *drafting* contrattuale intersemiotico digitale

The abuse of right in the intersemiotic digital
contractual drafting

OLIMPIA GIULIANA LODDO

Borsista di ricerca PON Just Smart

Università degli Studi di Cagliari

olimpia.loddo@gmail.com

ABSTRACT

Il presente articolo rappresenta una riflessione su alcune forme di abuso della libertà contrattuale in ambito digitale e sui loro profili giuridici, con un breve focus sui contratti stipulati con accesso al sito web del proponente e al web-design.

In base al principio della libertà della forma, generalmente, i contraenti possono redigere i loro documenti contrattuali e compiere i loro atti negoziali attraverso strumenti semiotici diversi, che risultano particolarmente eterogenei in ambito digitale. L'uso oculato di tali strumenti semiotici (immagini, grafici, animazioni) che traducono frammenti del testo contrattuale, può consentirne la chiarificazione. Pratica, questa, auspicata dal movimento del legal design. Occorre tuttavia prendere in considerazione anche il lato oscuro del legal design. Le interfacce digitali possono utilizzare strumenti semiotici eterogenei per sfruttare peculiarità



DOI: 10.54103/milanlawreview/20657

MILAN LAW REVIEW, Vol. 4, No. 1, 2023
ISSN 2724 - 3273

neuro-cognitive degli utenti manipolandone la volontà negoziale. Queste pratiche hanno suscitato interesse da parte degli esperti di information design e dei giuristi, portando a cambiamenti legislativi. In primo luogo, introdurrò il tema della scelta della forma di manifestazione del contratto come esercizio della libertà contrattuale. Successivamente, affronterò brevemente il problema della leggibilità e dell'intellegibilità del testo contrattuale. Infine, mi soffermerò su alcune pratiche proprie della traduzione giuridica intersemiotica in ambito digitale.

Parole chiave: Legal design; drafting contrattuale; traduzione giuridica intersemiotica; abuso del diritto.

This article is a reflection on some forms of abuse of contractual freedom in the digital realm and their legal aspects, with a brief focus on contracts entered into with access to the proposer's website and web design. Based on the principle of freedom of form, generally, the contractors can draft their contractual documents and carry out their negotiations using different semiotic tools, which are particularly diverse in the digital domain. The careful use of these semiotic tools (images, graphics, animations) that translate fragments of the contractual text can enhance clarity. This is a practice advocated by the legal design movement. However, we must also consider the dark side of legal design. Digital interfaces can employ diverse semiotic tools to exploit the neurocognitive peculiarities of users, manipulating their contractual intent. These practices have piqued the interest of information design experts and jurists, leading to legislative innovations. Firstly, I will introduce the topic of choosing the form of contract manifestation as an exercise of contractual freedom. Subsequently, I will briefly address the issue of readability and comprehensibility of contractual text. Finally, I will focus on some practices related to intersemiotic legal translation in the digital realm.

Keywords: Legal design; contract drafting; intersemiotic legal translation; abuse of right.

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

L'abuso del diritto nel *drafting* contrattuale intersemiotico digitale¹

SOMMARIO: 1. L'abuso che deriva dall'incertezza e l'incertezza che deriva dall'abuso – 2. Libertà contrattuale come libertà della forma – 3. Leggibilità e intellegibilità del contratto – 3.1. La rilevanza giuridica della leggibilità del contratto. – 3.2. Condizioni di intellegibilità del documento contrattuale – 4. L'abuso del diritto nella traduzione intersemiotica del documento contrattuale in ambienti digitali – 5. Conclusioni

1. L'abuso che deriva dall'incertezza e l'incertezza che deriva dall'abuso

Il giurista francese Marcel Planiol, noto critico del concetto di “abuso del diritto” affermava lapidariamente “*Le droit cesse où l'abus commence*”². Il concetto di abuso del diritto può sembrare una *contradictio in adiecto*. Una condotta che è compiuta nell'esercizio di un diritto e quindi lecita, non può essere al contempo un comportamento abusivo, e quindi illecito perché lesivo di un interesse tutelato. In altri termini, sempre secondo Planiol, “[s]i j'ai le droit de faire un acte déterminé, je ne suis pas en faute pour l'avoir accompli”³.

Il carattere paradossale del concetto di abuso del diritto, evidenziato anche in tempi più recenti da alcuni giuristi⁴, è negato da altri studiosi che sottolineano

¹ Il presente contributo s'inserisce nel Progetto “Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici” - *Just Smart*, della Università degli Studi di Cagliari, e in particolare della ricerca dal titolo “Strumenti e modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici: stesura di un *Vademecum* per la risoluzione delle dispute multiculturali”, e costituisce una rielaborazione della relazione presentata al XXXII Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto dal titolo “Il lato oscuro del diritto”, Palermo, 22-24 settembre 2022, nell'ambito del workshop “Abuso del diritto” coordinato da Silvia Zorzetto. Sono grata a Raffaele Caterina, Giuseppe Lorini, Gianmarco Gometz e ai due *referee* anonimi per le loro osservazioni e critiche costruttive. Ogni miglioramento nel saggio è da attribuire alla loro competenza e ai loro preziosi suggerimenti, mentre eventuali limitazioni o errori restano di mia responsabilità.

² L'affermazione, del giurista francese Marcel Planiol (*Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1922, pp. 312-313), è riportata da numerosi autori tra i quali ricordo P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 11, p. 214, n. 17.

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, p. 312.

⁴ M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*. In *margin* a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in S. Pagliantini (ed.), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010.

come sia necessario distinguere la titolarità del diritto dal suo esercizio⁵. Secondo gli studiosi che ne negano il carattere paradossale, l'abuso del diritto non dà origine ad un'antinomia dove una norma permette e un'altra proibisce lo stesso comportamento. Invero, la norma sul comportamento abusivo e la norma sul diritto soggettivo hanno oggetti diversi. Così, nitidamente, Rodolfo Sacco⁶ afferma, “[l]a norma sul diritto soggettivo regolerebbe i contenuti del diritto, la norma sull'abuso regolerebbe le modalità d'esercizio di esso.”⁷

Il presente saggio non si soffermerà sui problemi logici del concetto di abuso del diritto, ma sui problemi assiologici e politici legati al divieto di abuso del diritto, ossia il fatto che tale concetto possa entrare in contrasto con i principi alla base dell'ordinamento giuridico e, in particolare quello della certezza del diritto.

Un comportamento che formalmente rappresenta l'esercizio di un diritto viene considerato un abuso dello stesso e, pertanto, qualificato come illecito e sanzionato. In altri termini, il divieto di abuso potrebbe rappresentare una via per la limitazione ingiustificata (se non arbitraria) di una particolare condotta tramite l'ammissione di un sindacato giudiziale all'esercizio di un diritto soggettivo.⁸

Da un lato, l'incertezza può essere intesa come prodotto dell'introduzione del concetto di abuso nella prassi giurisprudenziale, dall'altro lato, proprio il verificarsi di un abuso può derivare dall'incertezza. In questo senso, l'art. 833 sugli atti di emulazione contribuisce a definire i confini del diritto di proprietà.

Tuttavia, Orlandi osserva che nel caso del dolo incidente (quando cioè una parte adempie all'obbligazione contrattuale in modo corretto, ma agisce in maniera fraudolenta o ingannevole durante la fase negoziale o nella formazione del contratto stesso), l'art. 1440 del codice civile italiano fornisce un esempio di doppia qualifica. Il raggirio incidente non determina l'invalidità della fonte, ma il contraente in mala fede può esercitare il diritto ottenuto tramite il raggirio, causando un danno ingiusto alla controparte. Pertanto, l'autore conclude che è possibile essere titolari di un diritto a compiere atti illeciti, affermando che la categoria dell'abuso sembra essere schiacciata tra due spazi logici contigui: da un lato lo spazio dell'irrilevanza, in cui cade ogni condotta che non corrisponde alla fonte, e dall'altro lo spazio dell'illecito, che tutto attira nella sua atipicità senza limiti. In definitiva, si afferma che l'abuso è considerato tale perché è illecito e non è illecito perché è abusivo.

⁵ Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006

⁶ P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, p. 367.

⁷ Le due norme non sono irrelate, invero, l'interpretazione della norma che contempla il divieto di abuso condiziona l'interpretazione della norma che conferisce il diritto. V. Velluzzi, Introduzione, in V. Velluzzi (ed.), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, 2012, pp. 11–18.

⁸ Alcuni autori hanno enfatizzato che la negazione del concetto di abuso del diritto esprime un'ideologia liberale che rivendica la libertà dell'esercizio dei diritti intesi come poteri e pretese dell'individuo nei confronti dello Stato. Si veda Rescigno, *L'abuso del diritto*, 214–15.

Joseph Raz descrive questo medesimo meccanismo con parole che pur facendo riferimento all'“*abuse of law*” possono rappresentare una chiave di lettura di alcune forme di *abuse of right*. “*Uncertainty* – scrive Raz⁹ – *frustrates expectations prevents planning, encourages abuses of the law by encouraging attempts to exploit its vague margins*”¹⁰.

In alcuni casi, tuttavia, è proprio dall'abuso che può derivare incertezza, se si prende in considerazione l'esercizio di un diritto come quello della libertà contrattuale, declinata nella libertà di scelta delle modalità di redazione di un accordo negoziale. Invero, ai fini della ricerca della certezza, i filosofi giuspositivisti non di rado richiamano il legislatore alla chiarezza nella redazione dei testi giuridici. Ad esempio, Kelsen sottolinea nelle righe finali de *La dottrina pura del diritto* “l'esigenza della tecnica giuridica di formulare norme giuridiche con la massima chiarezza possibile o, almeno, in modo tale da ridurre al minimo l'inevitabile pluralità di significati, assicurando così il massimo grado di certezza del diritto [*Rechtssicherheit*]”¹¹.

Potremmo estendere l'invito kelseniano alla chiarezza, o meglio, a ridurre al minimo l'inevitabile pluralità di significati dei testi normativi, anche alle clausole contrattuali che (in base all'art. 1372 del Codice civile italiano) hanno forza di legge tra le parti.

In altri termini, è proprio l'abuso della libertà contrattuale, declinato come libertà di forma a poter far sorgere un problema di incertezza (contrattuale). Infatti, se un documento contrattuale è redatto in modo criptico o fuorviante, le parti non avranno modo di prevedere le conseguenze giuridiche derivanti dalla conclusione di tale accordo.

Il presente saggio si articolerà in tre parti. In primo luogo, introdurrò il tema della scelta della forma di manifestazione del contratto come esercizio della libertà contrattuale. Successivamente, affronterò brevemente il problema della leggibilità e dell'intelligibilità del testo contrattuale. Infine, mi soffermerò su alcune pratiche proprie della traduzione giuridica intersemiotica in ambito digitale, per prendere in esame alcune considerazioni sul tema proposte dall'infografica e dalla semiotica. Formulerò, quindi, senza pretesa di esaustività, una riflessione su alcune forme di abuso della libertà contrattuale, con particolare attenzione alla

⁹ J. Raz, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 31.

¹⁰ Sulla certezza del diritto come prevedibilità si veda G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, 2005

¹¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Deuticke, Wien, 1960, tr.it. p. 390. Resta ovviamente fermo il fatto che il testo giuridico per Kelsen presenta sempre una pluralità di significati, che il teorico del diritto è tenuto ad individuare ed esplicitare senza indulgere alla finzione dell'interpretazione “esatta”.

forma dei contratti stipulati con accesso al sito web del proponente e al *web-design*.¹²

È importante evidenziare che il dibattito accademico riguardante questo argomento è estremamente ampio e coinvolge, tra gli altri, illustri esponenti della dottrina civilistica¹³ e studiosi del diritto comparato.¹⁴ Nel corso degli anni, è emersa una vasta produzione scientifica che ha approfondito la tematica in esame, contribuendo ad arricchire il dibattito e ad ampliare la conoscenza in questo ambito¹⁵.

Non mi addentrerò sui dettagli tecnici di questo dibattito (ad esempio, sulle conseguenze pratiche dell'applicazione del concetto di "abuso del diritto" o di "abuso di libertà della forma") né aspiro a dare conto in modo esaustivo della letteratura sul tema. Rispetto alla prospettiva di studiosi orientati alla creazione di raffinati strumenti concettuali finalizzati all'applicazione pratica il mio approccio potrebbe apparire troppo generico. Tuttavia, si tratta di un approccio di ampio respiro in linea con l'obiettivo che perseguo, che è di natura filosofica.

2. Libertà contrattuale come libertà della forma

La libertà contrattuale si articola su almeno due dimensioni. Il piano della qualificazione giuridica e il piano della sua manifestazione¹⁶. Per questa ragione, i sensi dell'espressione 'libertà contrattuale' sono almeno due.

¹² Farò prevalentemente riferimento ai contratti Business-to-Consumer.

¹³ Ricordo, ad esempio, che alcuni autori si sono espressi negativamente, con diverse argomentazioni, circa l'opportunità di utilizzare la figura dell'abuso del diritto. Tra questi Sacco, Torrente, Santoro Passarelli. Altri si sono mostrati più favorevoli all'uso di questo istituto. Ad esempio, Francesco Galgano (*Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale, contratti in generale*, 1993), che ha sostenuto la necessità di una clausola generale di divieto dell'abuso del diritto, fondata sul principio costituzionale della solidarietà sociale e sui principi generali della buona fede e della correttezza. Secondo Pietro Perlingieri (*Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006) l'abuso rappresenta una distorsione del diritto che va oltre la mera osservanza delle norme formali, danneggiando l'intento e gli interessi che il diritto stesso mira a tutelare nel contesto di una situazione giuridica particolare.

¹⁴ Il tema dell'abuso del diritto è certamente di forte interesse per il diritto comparato. Discipline eterogenee di questo istituto caratterizzano infatti i diversi ordinamenti. In Spagna e in Germania, il divieto dell'abuso del diritto è previsto esplicitamente dal legislatore. Allo stesso modo, nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, è presente il principio del divieto dell'abuso del diritto. In Italia, l'abuso del diritto è una costruzione dottrinale e giurisprudenziale.

¹⁵ Si vedano, ad esempio, Carmelo Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, 2007 e, più recentemente, Antonina Astone, *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, 2017

¹⁶ Certamente le due dimensioni sono strettamente interconnesse "forma e contenuto si fondono in un'unità nell'atto, e non c'è atto senza forma perché non può esserci atto che

Le parti esercitano la libertà contrattuale nel primo senso quando scelgono la “qualificazione” del loro accordo, quando cioè determinano la natura del contratto e ne definiscono la disciplina nei limiti imposti dalla legge¹⁷.

Nella seconda accezione, tale libertà concerne la manifestazione del contratto, intesa come esercizio della libertà della forma.¹⁸

La libertà della forma può essere esercitata attraverso strumenti semiotici diversi. Tradizionalmente le parti potevano scegliere tra forma scritta, forma orale o forma tacita. Tuttavia, lo sviluppo tecnologico ha ampliato la sfera di esercizio di questa libertà, introducendo strumenti semiotici non verbali particolarmente diffusi nella comunicazione digitale (pittogrammi, diagrammi, animazioni, schemi, *link* che affiancano il linguaggio verbale).

Come evidenziato da alcuni studiosi dell'utilizzo delle tecniche di *legal design*: “Le parti non solo sono libere di scegliere e concordare il contenuto del contratto, ma sono anche libere di sceglierne la forma (salvo quando la legge richiede una forma specifica, come nel caso di vendita di un immobile)”¹⁹.

Condizioni e limiti all'esercizio di tale libertà emergono anche dalle norme sull'interpretazione del codice civile (artt. 1362 e segg. cod. civ.) che stabiliscono dei criteri ermeneutici dei quali non solo l'interprete ma anche il *contract designer* dovrà tenere conto.²⁰

Il problema dell'applicabilità del concetto di abuso della libertà contrattuale, intesa non come libera scelta delle parti degli strumenti contrattuali idonei a regolare i loro interessi, ma come selezione della manifestazione linguistica, o meglio semiotica, solleva un problema legato ad un possibile abuso di tale libertà nel caso la si utilizzi per indurre in errore il contraente.

Il presente articolo prenderà in esame l'ipotesi di applicare il concetto di “abuso del diritto” all'esercizio della libertà contrattuale in una sua specifica declinazione, ossia quella di libertà della forma.

non si renda riconoscibile attraverso segni” (C. Cicero, *Il problema dell'inosservanza del patto sulla forma*, in A. D'Angelo, V. Roppo (eds.), *Annuario del contratto*, Giappichelli, 2019, p. 4) eppure, una distinzione delle due dimensioni certamente è rilevante sotto il profilo teorico poiché ad esse ineriscono problematiche differenti.

¹⁷ Come è noto, nell'ordinamento italiano, in base all'art. 1322 del Codice civile, “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge”.

¹⁸ P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987.

¹⁹ M. Corrales Compagnucci, H. Haapio, M. Fenwick, *The Many Layers and Dimensions of Contract Design*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Cheltenham, UK: Elgar, 2022, p. 4 La traduzione è mia.

²⁰ Si veda G. Alpa, *L'interpretazione del contratto*, 1983. Particolarmente rilevante, in questo senso anche l'art. 1370 per il quale “le clausole inserite nelle condizioni generali del contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.”

3. Leggibilità e intellegibilità del contratto

3.1. La rilevanza giuridica della leggibilità del contratto

La Corte di cassazione²¹ italiana si è mostrata severa nei confronti del contraente che, ad esempio, per aver sottoscritto una clausola vessatoria illeggibile, si trova vincolato ad essa. La ratio che guida la decisione del giudice è semplice. Un contraente ha l'onere di informarsi sul contenuto dei vincoli ai quali si assoggetta tramite la sottoscrizione di una clausola. Nel caso il documento sia difficilmente leggibile, il contraente ha l'onere di chiedere ed il diritto di prendere visione di un documento più leggibile. Questo approccio, apparentemente punitivo nei confronti del contraente, può essere inteso come un invito alla cautela e ad esigere chiarezza da parte di chi redige il contratto. Questo vale, in particolare, per i contratti paritari che richiedono alle parti l'ordinaria diligenza nel gestire i propri rapporti negoziali.

Per quel che concerne i contratti col consumatore i livelli di tutela garantiti al contraente debole sono certamente più robusti²². La Corte di cassazione sembra aver maturato, negli ultimi anni, una sensibilità relativa alla forma di manifestazione dell'accordo contrattuale e alla conoscibilità del contenuto del documento contrattuale da parte dei contraenti²³. Pare determinante in questo

²¹ Cassazione civile, sez. VI, 12 febbraio 2018, n. 3307 che (richiamando la sentenza Cass. 11 ottobre 1973, n. 2562) afferma che "la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose previste dall'art. 1341 cod. civ. rende inammissibile la presunzione di una loro mancata conoscenza per l'asserito insufficiente rilievo tipografico o per la loro scarsa leggibilità. Tale precedente va ripreso e ribadito, con le necessarie ulteriori specificazioni"

²² La distinzione tra contratti Business-to-Business, Business-to-Consumer e Consumer-to-Consumer è rilevante ai fini della disciplina giuridica della leggibilità del contratto e della sua comprensibilità. Nei contratti Business-to-Business, in cui le parti sono imprese o professionisti, si presume una maggiore competenza e conoscenza delle norme contrattuali, e quindi i requisiti di leggibilità possono essere meno stringenti. Nei contratti Business-to-Consumer, che coinvolgono i consumatori, è necessario garantire una maggiore chiarezza e comprensibilità del contratto, poiché i consumatori potrebbero presentare delle competenze inadeguate alla piena comprensione del testo contrattuale. Nei contratti Consumer-to-Consumer, in cui i contraenti sono consumatori che stipulano accordi tra di loro, è altrettanto importante garantire la leggibilità e la chiarezza del contratto per evitare confusioni o disuguaglianze tra le parti.

²³ La direttiva 2011/83/UE richiede che i contratti con i consumatori siano redatti in modo chiaro e comprensibile. La direttiva stabilisce inoltre che le clausole contrattuali abusive o incomprensibili sono considerate nulle e non vincolanti per i consumatori. La direttiva 2019/2161/UE estende l'ambito di applicazione della direttiva 2011/83/UE ai contratti in cui i professionisti forniscono servizi digitali o contenuti digitali ai consumatori, e i consumatori forniscono dati personali. Inoltre, introduce nuovi obblighi di informazione per i fornitori di mercati online riguardanti i contratti stipulati dai consumatori sulla piattaforma online.

senso il ruolo giocato dall'art. 166 d.lgs. n. 209 del 2005 che pone, in materia assicurativa, l'obbligo generale di leggibilità delle clausole contrattuali²⁴.

La scarsa trasparenza nell'offerta di vendita è, peraltro, stigmatizzata dal garante della concorrenza e del mercato²⁵ qualora questa ricada nella fattispecie della pubblicità ingannevole ossia, stando alla definizione fornita dal d.lgs. n. 145 del 2007 "pubblicità che in qualunque modo, *compresa la sua presentazione* è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche" (il corsivo è il mio).

3.2. Condizioni di intellegibilità del documento contrattuale

Resta da stabilire a quali condizioni un documento, che, di fatto, è manifestazione di un'offerta, può difettare in termini di intellegibilità e trasparenza. Ad oggi, tale valutazione viene rimandata alla discrezionalità del giudice, che deve stabilire quando un testo possa indurre in errore il destinatario e quando, invece, l'errore sia imputabile alla negligenza dell'acquirente.

Per rendere il testo contrattuale più accessibile, si potrebbe essere tentati di ridurre il linguaggio giuridico al linguaggio comune. Tuttavia, Uberto Scarpelli poneva giustamente in guardia dall'apologia del linguaggio comune. La riduzione del linguaggio giuridico a linguaggio comune non è certamente una strada idonea per rendere i testi giuridici più comprensibili. Il linguaggio giuridico richiede, invero, diverse e complesse terminologie specialistiche, che variano a seconda degli ambiti disciplinati.²⁶

Occorre però distinguere la complessità inevitabile dei documenti giuridici da un'altra complessità, che è invece possibile eliminare, specialmente in ambito contrattuale. Un recente studio empirico²⁷ ha analizzato un corpus di contratti redatti in inglese e ha riscontrato che la difficoltà di interpretazione tipica dei testi contrattuali non deriva prevalentemente dall'uso di un lessico giuridico specialistico, ma da scelte stilistiche sostanzialmente evitabili senza alterare il significato del testo contrattuale (ad esempio, l'eccessivo uso del passivo, o uso di

²⁴ Cassazione civile sez. III, 11/06/2019, n.15598

²⁵ Garante concorrenza e mercato, 19/07/2007, n.17126

²⁶ Scrive Scarpelli (*Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (ed.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 6), "Abbiamo ascoltato per vero, nella filosofia del linguaggio del nostro secolo, soprattutto in quella inglese, un'apologia del linguaggio comune, considerato il luogo della salute linguistica e mentale. Tale illusione è stata presto smentita dall'universale riconoscimento che il linguaggio comune è esso stesso campo di molteplici "giochi linguistici", giocate generalmente senza piena consapevolezza delle regole del gioco. Se poi funziona bene in contesti molto semplici...allorché viene adoperato in ambiti culturalmente complessi cagiona un'abbondanza di incertezze, confusioni e oscurità".

²⁷ E. Martínez, F. Mollica, and E. Gibson, *Poor writing, not specialized concepts, drives processing difficulty in legal language*, in *Cognition*, 2022, vol. 224, p. 1-7.

periodi sintatticamente contorti (ad esempio, di *center-embedding*)²⁸. Diversi studi empirici hanno tentato di stabilire dei parametri per quantificare la leggibilità di un testo. Un recente studio empirico si è focalizzato specificamente sui testi contrattuali. Ad esempio, uno studio condotto da Rameezdeen and Rajapakse²⁹ evidenzia una relazione tra leggibilità e interpretazione contrattuale. Quando la leggibilità del documento contrattuale è elevata, si è riscontrato un elevato grado di comunanza nell'interpretazione del documento da parte di lettori diversi. Pare interessante che la leggibilità del contratto sia analizzata in base a parametri misurabili, ad esempio, numero di parole per frase, e numero di sillabe per parola. Si tratta di un riscontro significativo, considerando che esistono anche altri fattori che possono incrementare la complessità del testo³⁰. Ad esempio, rimandi ad altre fonti o a documenti non allegati, assenza di un layout che evidenzia le diverse sezioni del testo.

Chiaramente questo sistema di misurazione della leggibilità non certifica l'effettiva comprensibilità del testo. Fattori qualitativi come la difficoltà del lessico, la composizione, la struttura della frase, la concretezza e l'astrattezza, l'oscurità e l'incoerenza non possono essere misurati matematicamente. Inoltre, la simmetria dell'interpretazione riguarda prevalentemente ciò che è esplicitato nel testo contrattuale, non vengono prese in considerazione, ad esempio, clausole implicite.

Il movimento del *legal design* nasce proprio dall'esigenza di rendere comprensibile i testi giuridici in generale e, in particolare, i testi contrattuali. L'esigenza è radicata in una specifica concezione del diritto in generale e del contratto in particolare. La concezione del diritto alla base delle teorie del *legal design* è una concezione proattiva, il diritto non è inteso come un insieme di norme sanzionanti e coattive, ma delinea condizioni di possibilità per la cooperazione tra i soggetti che coesistono in una particolare società. Il contratto, per conseguenza, non è da intendersi come un documento dal quale attingere solo nel caso in cui sorga una controversia, ma è uno strumento che è a fondamento della collaborazione tra le parti. Per questa ragione esso deve essere comprensibile, deve essere reso accessibile anche ai contraenti che non padroneggiano il linguaggio

²⁸ Per incorporamento centrale si intende l'inclusione di una frase all'interno di un'altra frase che spesso si risolve, in ultima analisi, in una sintassi contorta e di difficile interpretazione.

²⁹ R. Rameezdeen e C. Rajapakse, *Contract Interpretation: the Impact of Readability*, in *Construction Management Economy*, 2007, vol. 25, p. 729-737.

³⁰ Secondo Rameezdeen e Rajapakse, *Contract Interpretation: the Impact of Readability*, p. 731. "Readability is different from legibility, which indicates merely that the text can be read, that the letters and words can be recognized. It is also different from comprehension, which refers to how well readers understand the text". H. Ávila (*Certainty in Law*, Springer, 2016) nel suo studio sulla certezza considera la conoscibilità una condizione fondamentale della certezza del diritto. La conoscibilità si articola per Ávila su vari livelli: l'accessibilità del testo normativo al pubblico, la chiarezza stilistica del testo, l'esistenza tra gli interpreti di criteri esegetici condivisi e di comuni strategie di argomentazione.

tecnico. Il contraente deve essere in grado di comprendere quali conseguenze comporta la sottoscrizione del contratto, quali diritti e quali doveri ne scaturiscano³¹. Chiaramente questa opera di semplificazione non dovrebbe risolversi in una banalizzazione del lessico giuridico. Si tratta, piuttosto, di distinguere diversi livelli di discorso e di consentire al contraente di individuare le informazioni per lui più rilevanti, di chiarire attraverso esempi le possibili applicazioni delle clausole contrattuali³². Il *legal design* non implica necessariamente la minimizzazione del ruolo dei giuristi di professione, che resta fondamentale per garantire il soddisfacimento delle condizioni di validità del documento giuridico.

Per conseguire questo obiettivo epistemico, i promotori del *legal design* propongono di sfruttare tutti gli strumenti semiotici che i contraenti hanno a disposizione in quanto membri di una comunità epistemica che utilizza diversi tipi di segni. Quindi, non solo parole, ma anche immagini, schemi, diagrammi, etc. In questo senso, elemento fondamentale del *contract design* è proprio la *traduzione intersemiotica*, che illustra il testo verbale interpretandone il significato con segni appartenenti a sistemi semiotici non verbali.

Il *contract design* può, tuttavia, presentare un lato oscuro. La traduzione intersemiotica, infatti, è un mero strumento che può essere utilizzato in modi diversi, non necessariamente finalizzati ad arginare l'asimmetria di informazione che può esistere tra i contraenti.

³¹ Haapio, H. e M. Hagan, *Design Patterns for Contracts Networks*, in *Proceedings of the 19th International Legal Informatics Symposium IRIS 2016*, Österreichische Computer Gesellschaft OCG, 2016; Haapio, H. and S. Passera, *Contracts as Interfaces: Exploring Visual Representation Patterns in Contract Design* in D. M. Katz, R. Dolin, M. Bommarito (eds.), *Legal Informatics*, Cambridge University Press, 2021, pp. 213–38; Corrales Compagnucci, M., H. Haapio e M. Fenwick, *The Many Layers and Dimensions of Contract Design*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Elgar, 2022.

³² Il caso *Altera Voyageur Production Ltd v Premier Oil E&P UK Ltd* [2020] EWHC 1891 (Comm) evidenzia l'importanza dei "worked examples" come strumento per comprendere l'intento delle parti in contratti complessi business-to-business. In questo caso il giudice britannico ha riconosciuto che l'uso di una rappresentazione grafica, tradotta intersemioticamente in uno schema, prevale sulla clausola verbale nella misura in cui risulta più chiara e comprensibile. Questo principio si applica anche quando vi è un contrasto tra la rappresentazione grafica e la clausola verbale. In particolare, in questo caso la rappresentazione visiva della clausola consisteva in una esemplificazione delle possibili applicazioni di una clausola verbale astratta. In sintesi, il caso sottolinea l'importanza della visualizzazione grafica dei contratti per una migliore comprensione delle intenzioni delle parti. È di fondamentale importanza riconoscere che non vi è un automatico privilegio della clausola espressa tramite segni verbali, ma piuttosto si dovrebbe dare preminenza a quella formulata in modo più chiaro e facilmente interpretabile. Questo aspetto è stato evidenziato da Raffaele Caterina nel paper: *La comunicazione non verbale nelle trattative e nel contratto*. Presentazione al convegno *Legal Design and Contractual Forms - Hybrid conference*, 22-23 giugno 2022.

Le immagini, le animazioni, o altri accorgimenti grafici possono attirare l'attenzione su un aspetto del contratto particolarmente rilevante per il contraente, ma possono anche distoglierla, possono comunicare messaggi fuorvianti o quantomeno ambigui. Una foto può consentire di avere una rappresentazione fedele di un bene, ma una luce particolare, l'aggiunta di un filtro, la decontestualizzazione dell'oggetto può portare il contraente ad una rappresentazione erronea del bene che intende acquistare. In questo senso è lecito domandarsi a quali condizioni si possa parlare di abuso di libertà della forma per qualificare l'uso deliberato di strumenti semiotici tesi a condizionare in modo ingannevole la volontà negoziale. Tali forme di redazione del documento contrattuale possono influenzare il comportamento dei potenziali contraenti in modo indiretto, si tratta di una forma molto particolare di regolazione senza regole, poiché porta l'utente ad assoggettarsi a degli obblighi in modo inconsapevole³³.

4. L'abuso del diritto nella traduzione intersemiotica del documento contrattuale in ambienti digitali

Una traduzione intersemiotica³⁴ è qualsiasi forma di traduzione che coinvolga almeno due diversi codici semiotici; ad esempio, la traduzione dalle parole alle immagini, al codice numerico o ai suoni non verbali.

Uno degli esempi più diffusi di traduzione intersemiotica è la trasposizione del linguaggio naturale in linguaggio macchina negli ambienti digitali. In questo caso, se il testo di partenza è un testo giuridico, incontriamo un particolare tipo di traduzione intersemiotica, ovvero una traduzione giuridica intersemiotica in ambiente digitale. La trasposizione di un testo giuridico in un ambiente digitale prevede solitamente l'utilizzo di accorgimenti grafici che contribuiscono a determinare la volontà negoziale dell'utente.

L'attenzione degli interpreti si è spesso concentrata sulla dimensione linguistica della comunicazione negoziale, tralasciando la dimensione

³³ Lorini, G. and S. Moroni, *Ruling without Rules. Regulation beyond Normativity*, in *The Global Jurist*, 2020, vol. 20, 1–11; Lorini, G. and S. Moroni, *Rule-free regulation: Exploring regulation "without rules" and apart from "deontic categories"*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2022, vol. 52, p. 22–36.

³⁴ Il termine 'traduzione intersemiotica' è stato introdotto da Jakobson, *On Linguistic Aspects of Translation*, in R. A. Brower (ed.), *On Translation*, MIT Press, London, 1959, pp. 232–39. Il concetto di traduzione intersemiotica è oggetto di un vivace dibattito. Si veda ad esempio U. Eco, *Experiences in Translation*, University of Toronto Press, 2001; I. Torresi, *Advertising: A Case for Intersemiotic Translation*, *Meta*, 2008, vol. 53, p. 62–75; N. Dusi, *Intersemiotic translation: Theories, problems, analysis*, in *Semiotica*, 2015, vol. 206, p. 181–205; M. Campbell, e R. Vidal (eds.), *Translating across Sensory and Linguistic Borders: Intersemiotic Journeys between Media*, Springer, 2019. La ricostruzione di tale dibattito esula dagli obiettivi del presente lavoro.

intersemiotica e, in particolare, quella grafica. In questo senso, pare interessante la considerazione di Elisabeth Porter, che afferma: “By education and practice, lawyers and courts take language seriously. There are no corresponding traditions in law to guide the interpretation of images, no training that forces viewers to treat images as “entit [ies] with a complicated relationship to the real”³⁵

Eppure, il giurista contemporaneo, operante in un'epoca caratterizzata da una progressiva digitalizzazione delle transazioni giuridiche potrebbe trarre molti benefici dallo studio delle teorie dell'information design e dal web design. Questi campi offrono un insieme di conoscenze e pratiche che possono migliorare notevolmente la presentazione e l'accessibilità delle informazioni giuridiche online.

L'*information design* si occupa di sviluppare tecniche finalizzate ad organizzare e presentare le informazioni in modo chiaro, intuitivo ed efficace. Queste tecniche, con i dovuti accorgimenti legati alle peculiarità del linguaggio giuridico, possono essere adattate anche alle comunicazioni giuridiche istituzionali, contratti telematici, e altri documenti giuridici digitali. Inoltre, il web design offre una serie di principi e linee guida per creare siti web user-friendly e accessibili. Un giurista che intende digitalizzare le transazioni giuridiche può applicare questi principi per garantire che i suoi strumenti online siano accessibili agli utenti. Ciò significa progettare interfacce intuitive, utilizzare linguaggio semplice e chiaro, fornire istruzioni dettagliate e assicurarsi che il materiale sia accessibile anche alle persone con disabilità.

D'altra parte, sia l'*information design* che il *web design* possono aiutare il giurista a identificare (e stigmatizzare) modelli di organizzazione delle informazioni giuridiche che perseguono obiettivi completamente opposti rispetto alla trasparenza e all'accessibilità, pratiche che potrebbero arrivare a confliggere col principio di buona fede contrattuale. Queste competenze possono consentire al giurista di individuare più facilmente i “lati oscuri del *legal design*”, consentendogli di riconoscere con maggior consapevolezza l'eventuale rilevanza giuridica e la violazione di interessi meritevoli di tutela che possono scaturire da tali modelli. L'analisi di tali pratiche, eticamente discutibili è, ad esempio, oggetto del libro “*A Unified Theory of Information Design*”, nel quale Nicole Amare e Alan Manning³⁶ considerano forme di comunicazione visive antietiche (*unethical visual*) quelle che “perseguono scopi del suo artefice che non sono condivisi congiuntamente dai destinatari, o scopi che, anche se condivisi congiuntamente, non sono raggiungibili o sostenibili”. In tale valutazione, si rifanno al pragmatismo di Peirce.

³⁵ E. G., Porter, *Taking Images Seriously Columbia Law Review*, 2014, vol. 114, p. 1766.

³⁶ N. Amare, A. Manning, *A Unified Theory of Information Design: Visuals, Text and Ethics*, Routledge, 2013, p. 2.

Scrivono infatti Amare e Manning ³⁷, “Peirce ha proposto una stretta integrazione tra visivo e testuale”. Che si basi su segni visivi o testuali, possiamo comprendere l’efficacia dell’informazione solo in termini di obiettivi di comunicazione: cosa l’autore intende realizzare con questo o quel segno e quale effetto produce sul pubblico un testo supportato da immagini. Peirce definisce il dispiegamento retorico dei segni, visivi o meno, in termini di efficacia, e l’efficacia deve essere definita in termini di bisogni, obiettivi o “fini”. Di conseguenza, nel sistema di Peirce emerge una connessione logicamente necessaria tra l’etica e l’effettivo raggiungimento dei fini (obiettivi). L’etica è, in questo caso, intesa come lo studio dei fini dell’azione che siamo disposti ad adottare deliberatamente.

Ad esempio, attraverso l’analisi di Peirce, possiamo collegare esplicitamente la pubblicità *bait-and-switch*³⁸ dei beni di consumo al problema etico creato dalle immagini eccessivamente photoshoppate. Gli obiettivi del visual designer e dei destinatari dell’offerta non si allineano correttamente: il visual designer, artefice di una comunicazione visiva anti-etica, intende vendere dei beni rappresentandoli e orientando quindi le scelte dell’acquirente tramite immagini migliorate artificialmente, immagini che il pubblico di destinazione vorrà probabilmente emulare acquisendo il bene offerto. Tuttavia, i visual designer non condividono quell’obiettivo che loro stessi hanno deliberatamente creato nei destinatari del loro messaggio perché sanno che le immagini, che hanno creato artificialmente, non corrispondono alla realtà. L’obiettivo che orienterà l’azione del contraente è, quindi, irraggiungibile.

Abbiamo considerato il profilo etico di alcune pratiche di *information design*, soffermiamoci ora sul profilo giuridico. Con lo sviluppo e la diffusione del commercio elettronico, è sempre più complesso stabilire quale sia il confine tra un’offerta negoziale e un testo pubblicitario. Le interfacce dei siti di e-commerce spesso adottano le tecniche grafiche utilizzate in ambito pubblicitario; eppure, si tratta spesso della principale fonte di informazioni circa le caratteristiche della

³⁷ N. Amare, A. Manning, *A Unified Theory of Information Design: Visuals, Text and Ethics*, p. 12. Peirce (si veda, ad esempio, CP 5.419) mette in luce l’importanza del processo continuo di autodisciplina e di ragionevolezza concreta nell’etica. Peirce evidenzia una corrispondenza tra una ragionevolezza logica e una ragionevolezza etica (CP 5.35). Sotto questo profilo i modelli di organizzazione delle informazioni giuridiche sono anti-etici se influenzano negativamente il controllo logico dei processi decisionali e la capacità di compiere scelte informate e razionali. Sotto il profilo giuridico, tali pratiche tendono a confliggere con il principio di buona fede contrattuale e possono portare alla violazione di interessi meritevoli di tutela. Per una ricostruzione dell’etica di Peirce, si veda R Herdy, *The Origin and Growth of Peirce’s Ethics*, in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*.

³⁸ L’espressione “bait and switch” indica una pratica nella quale il venditore promuove un determinato bene o servizio che non ha l’intenzione effettiva di fornire. Al contrario, il venditore presenta un’alternativa di qualità inferiore, difettosa o diversa rispetto a ciò che l’acquirente desidera.

merce che il venditore propone al potenziale acquirente. L'idea che le interfacce web, che sono, appunto, prodotto di una traduzione intersemiotica, possano rappresentare un nuovo volto del documento contrattuale è oramai radicata nella dottrina civilistica³⁹. Tali interfacce consentono di stipulare validamente anche i contratti per i quali è richiesta la forma scritta, a condizione che vengano rispettati i criteri previsti dalla legge per l'identificazione delle parti⁴⁰.

Abbiamo visto che la progettazione di una pagina web finalizzata all'e-commerce può essere intesa come esercizio della libertà contrattuale. Ma quando l'esercizio della libertà contrattuale può essere considerato un abuso? Secondo Rodolfo Sacco, per poter parlare di abuso del diritto, l'esercizio del diritto deve essere accompagnato da "fatti dequalificanti", ossia fatti che "dequalificano" il comportamento che originariamente rappresenta l'esercizio di un diritto, "rendendolo abusivo"⁴¹. Nell'abuso esiste una lesione dell'interesse della vittima.

A questo proposito, sottolinea Sacco: "chi specula sull'errore o in genere sulla disinformazione altrui abusa. E l'interprete, lasciato solo dal legislatore, viene a capo dei problemi connessi a questo abuso inquadrandoli nel tema del dolo raggirato omissivo o dell'obbligo generale di informazione"⁴². Tuttavia, nel caso dell'abuso della libertà della forma, l'informazione, solitamente, non è omessa, ma è manifestata con strumenti semiotici inadeguati, che cioè non sono in linea con competenze cognitive che ragionevolmente ci si deve attendere dal contraente. Entra in gioco, in questo caso, secondo Sacco, il concetto di incapacità dell'agente che viene esteso fino a comprendere "qualunque perturbazione psicologica", e prosegue "non sarebbe improprio dire che chi ricorre ad una pubblicità maliziosa o specula sulla sorpresa compie [...] un abuso"⁴³.

L'esercizio della libertà contrattuale può, in alcuni casi, danneggiare una delle parti inducendo false credenze tramite specifiche strategie di web design. Si parla, a questo proposito, di "dark patterns" per indicare interfacce nelle quali i webdesigner confondono consapevolmente gli utenti, rendono difficile l'espressione di preferenze effettive o, attraverso tecniche di manipolazione, li

³⁹ C. Glatt, *Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, vol. 6, p. 34–68; A. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, vol. 27, p. 747–73; Blount, S., *Electronic Contracts*, 2nd ed., LexisNexis Butterworths, 2015; A. Stazi, *Contract and Technology from Automatic to Telematic Contracts*, in A. Stazi (ed.), *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, Springer, Cham, 2021, pp. 3–28.

⁴⁰ Art. 20 comma 1 bis del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale). Analogamente nel sistema giuridico statunitense si assimila il contratto elettronico al contratto in forma scritta e si reputa ad esso applicabile la *parol evidence rule* Burton, S. J., *Elements of contract interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 72.

⁴¹ Sacco, *L'abuso del diritto*, p. 322.

⁴² R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, p. 227.

⁴³ R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, p. 228

spingono a compiere determinate azioni che hanno conseguenze giuridicamente rilevanti, a concedere l'accesso ai propri dati o assumere determinati obblighi. In genere i *dark patterns* sfruttano i pregiudizi o bias cognitivi e spingono i consumatori online ad acquistare beni e servizi che non desiderano o a rivelare informazioni personali che preferirebbero non divulgare.

Il gestore di una piattaforma web interattiva può compiere un abuso della libertà della forma sfruttando l'asimmetria di informazione, i bias cognitivi degli utenti e i loro comportamenti automatici per indurre l'altro contraente a compiere determinate scelte ⁴⁴.

Le caratteristiche specifiche dei "*dark patterns*" includono l'affidarsi alle interfacce per influenzare e manipolare gli utenti, sovvertire intenzioni o preferenze. Si abusa (deonticamente) della libertà della forma e al contempo si abusa (epistemicamente) della comprensione del comportamento umano per prevedere le decisioni degli utenti e influenzarli. I modelli oscuri possono essere basati su profilazione dell'utente o essere implementati su una base più generale, attingendo a euristiche e distorsioni comportamentali ⁴⁵.

Il designer Harry Brignull ha coniato il neologismo '*dark pattern*' e, nel 2010, ha creato il sito darkpatterns.org, una "libreria di modelli con l'obiettivo specifico di segnalare le interfacce utente ingannevoli"⁴⁶. Esistono diversi esempi di *dark patterns* citati nel sito di Brignull. Uno di questi è la *misdirection*. [direzione errata]. In questo caso, il design dell'interfaccia è strutturato in modo da focalizzare intenzionalmente l'attenzione dell'utente su un'area dell'interfaccia per distoglierla da un'altra area contenente informazioni per lui rilevanti. Un buon esempio è stato individuato da Brignull nel sito della compagnia aerea low cost australiana Jetstar. Il modo in cui la pagina presentava le opzioni di scelta del posto in cabina all'utente era ingannevole. Quando la pagina dedicata alla scelta del posto veniva caricata, l'utente trovava già un posto preselezionato, con un costo aggiuntivo di \$9 (\$4,50 per tratta). Questo risultava ingannevole per due ragioni. In primo luogo, l'utente non aveva né scelto né richiesto quel posto: la piattaforma lo aveva inserito automaticamente nel carrello. In secondo luogo, veniva addebitato un costo extra per un posto che non era stato scelto, e considerando che si pagava un supplemento per poter effettivamente scegliere il posto, l'utente stava pagando senza ricevere alcuna controprestazione. Una semplice distrazione poteva portare l'utente a pagare un sovrapprezzo involontariamente.

Anche se l'espressione '*dark pattern*' non ha una chiara definizione legislativa, le problematiche sollevate da queste tecniche di realizzazione delle

⁴⁴ J. Luguri e L. J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, in *Journal of Legal Analysis*, 2021, vol. 13, 43–109.

⁴⁵ Mathur, A., G. Acar, M. J. Friedman, E. Lucherini, J. Mayer, M. Chetty, and A. Narayanan, *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2019, vol. 3, pp. 1–32.

⁴⁶ <https://www.deceptive.design/>

interfacce digitali stanno attirando l'attenzione dei giuristi in diversi ordinamenti liberali che, di fatto, in essi riconoscono forme di abuso⁴⁷ della libertà contrattuale.

In particolare, possiamo rilevare che sia nell'ambito dell'ordinamento statunitense⁴⁸ sia in quello europeo⁴⁹ si sta prendendo coscienza delle problematiche connesse a tali pratiche.

Anche a causa della mancanza di una terminologia condivisa tra gli operatori del diritto, solo recentemente i giuristi statunitensi sono stati in grado di inquadrare in una fattispecie comune numerose azioni dell'FTC (Federal Trade Commission) che di fatto contrastano i *dark patterns* senza nominarli⁵⁰.

Sempre nell'ambito dell'ordinamento statunitense Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)⁵¹, ha adottato una definizione molto ampia di condotta abusiva, tale da ricomprendere i *dark patterns*. Una pratica abusiva, secondo 12 U.S.C. § 5531 è una pratica che: (1) interferisce materialmente con la capacità di un consumatore di comprendere un termine o una condizione di un prodotto o servizio finanziario; o (2) trae un vantaggio irragionevole da: (i) una mancanza di comprensione da parte del consumatore dei rischi materiali, dei costi o delle condizioni del prodotto o servizio; (ii) l'incapacità del consumatore di tutelare i propri interessi nella scelta o nell'utilizzo di un prodotto o servizio finanziario; o (iii) il ragionevole affidamento da parte del consumatore su una persona che

⁴⁷Invero, le pratiche che vengono fatte ricadere sotto la categoria dei *dark patterns* sembrano rispecchiare tutti gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, quali risultano da una analisi degli usi giurisprudenziali e dottrinali. In particolare faccio riferimento a quelli individuati da Giorgio Pino (*L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in G. Maniaci (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, 2006, p. 115–75) “a) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto (non importa se persona fisica o giuridica); b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate (in altre parole, è difficile immaginare la possibilità di un abuso di diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto sono rigidamente predeterminate dall'ordinamento); c) la circostanza che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili (“aberranti”, “deprecabili”, “abnormi”, ecc.) rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico. Ovviamente, la determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio del diritto è l'elemento che contrassegna le diverse teorie dell'abuso del diritto che si contendono il campo; d) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili (aberranti, deprecabili, abnormi, ecc.), si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche “controparte””.

⁴⁸ J. Luguri e L.J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 2021.

⁴⁹ M. L. Chiarella, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, vol. 9, p. 33–58.

⁵⁰ Luguri e L.J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 2021, p. 84.

⁵¹ Il Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) è un'agenzia del governo degli Stati Uniti responsabile della protezione dei consumatori nel settore finanziario

dovrebbe operare nel suo (del consumatore) interesse. Questa disposizione apparentemente individua una fattispecie che può ricomprendere lo sfruttamento dei pregiudizi cognitivi dei consumatori al fine di manipolarli affinché prendano una decisione che potrebbe non essere nel loro migliore interesse⁵².

Il *Bureau européen des unions de consommateurs* (BEUC) ha recentemente pubblicato una raccomandazione indirizzata al legislatore europeo sui *dark patterns*⁵³ dove evidenzia la rilevanza dell'*Unfair Commercial Practices Directive* (UCPD)⁵⁴ per la regolazione dei *dark patterns*. La direttiva, in particolare, fa riferimento (all'art. 5) ai concetti di "*honest market practice*", "*good faith*" and "*good market practice*", e secondo il BEUC questo significa che "*traders must prevent consumers from being misled or influenced by a user interface guiding them to take a certain decision without having the possibility to understand the consequences of such a decision*"⁵⁵. L'art. 9 della stessa direttiva vieta ai professionisti di imporre qualsiasi ostacolo non contrattuale, qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista.

Accanto all'*Unfair Commercial Practices Directive* (UCPD) il BEUC reputa rilevante per la disciplina dell'uso di interfacce interattive in pratiche commerciali la *Unfair Contract Terms Directive* (UCTD)⁵⁶; in particolare l'articolo 5 richiede che i termini non negoziati individualmente siano forniti "in un linguaggio semplice e comprensibile". La Commissione ha indicato, nel documento di orientamento sulla direttiva, che nel valutare la conformità a tale requisito occorre considerare il "modo in cui sono presentate le condizioni contrattuali", compresi aspetti quali "la chiarezza della presentazione visiva, la dimensione dei caratteri, la presenza di una struttura logica e la messa in evidenza delle clausole importanti, che devono avere il necessario risalto e non devono essere nascoste tra le altre disposizioni". Questa interpretazione rende l'UCTD uno strumento rilevante per esaminare se attraverso i *dark pattern* i contraenti non stiano abusando della libertà contrattuale ed in particolare della libertà della forma impedendo all'utente di compiere una scelta negoziale consapevole e informata.

Il legislatore europeo sembra avere acquisito sempre maggiore consapevolezza in relazione alle pratiche riconducibili ai *dark patterns* e alle loro possibili ripercussioni sul mercato e sulla concorrenza. Si pensi, ad esempio, alla recente approvazione del *Digital Market Act* e del *Digital Services act*⁵⁷. Entrambi i

⁵² Luguri e L.J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, 2021, p. 91.

⁵³ BEUC, "*Dark patterns*" and the EU Consumer Law Acquis', 2020.

⁵⁴ Direttiva 2005/29/CE.

⁵⁵ BEUC, "*Dark patterns*" and the EU Consumer Law Acquis', 2020, p. 6.

⁵⁶ Direttiva 1993/13/CEE

⁵⁷ Chiarella in un saggio sulla recente approvazione del Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) connette esplicitamente l'uso dei *dark pattern* concetto di "abuso", nello specifico, fa riferimento alla figura dell'"abuso del potere contrattuale". M.

provvedimenti avranno un importante impatto sulla regolamentazione giuridica dello spazio digitale. Entrambi prendono in considerazione i *dark patterns*. Il *Digital Market Act* (DMA)⁵⁸ è un provvedimento indirizzato ai c.d. *gatekeepers*, ossia compagnie dotate di una posizione economica dominante attive in una pluralità di paesi europei, dotate di un forte potere di intermediazione e di una posizione stabile sul mercato. Dal nostro punto di vista è particolarmente interessante il fatto che in questo documento si stigmatizzi l'uso di "*interfaces*" create per manipolare le scelte dei contraenti. Tuttavia, il legislatore non entra nel dettaglio nell'individuare le diverse strategie di manipolazione lasciando ampio spazio all'interprete. Il *Digital Services Act* (DSA)⁵⁹, invece, disciplina gli obblighi dei fornitori di servizi digitali. Il DSA dedica l'art. 25 alla disciplina delle interfacce online e alla loro organizzazione, stabilendo che "*Providers of online platforms shall not design, organise or operate their online interfaces in a way that deceives or manipulates the recipients of their service or in a way that otherwise materially distorts or impairs the ability of the recipients of their service to make free and informed decisions*" per poi delegare alla Commissione il compito di stabilire delle linee guida per l'identificazione di tali pratiche.

In base agli sviluppi recenti della disciplina europea, è evidente che, oltre alle competenze tecniche giuridiche necessarie per regolamentare le transazioni commerciali, emergeranno nuove competenze che permetteranno di distinguere tra l'esercizio legittimo della libertà contrattuale e l'utilizzo abusivo di strategie semiotiche volte a influenzare in modo ingannevole la volontà delle parti coinvolte nel contratto. Tali competenze dovranno entrare a far parte del patrimonio culturale dei giuristi al fine di consentire loro di collaborare o interagire con altre figure professionali (ad esempio, *information designer* e *web designer*) con un adeguato grado di consapevolezza.

5. Conclusioni

Se da un lato l'intento connesso all'utilizzo di tecniche di traduzione intersemiotica in ambito contrattuale, supportato dai teorici del *legal design*, è dichiaratamente finalizzato ad agevolare la comprensione del testo contrattuale, dall'altro lato alcune nuove tecniche di *drafting* contrattuale possono essere fonte di fraintendimenti da parte del contraente firmatario che non ha redatto il contratto e che possono condurlo a conseguenze svantaggiose impreviste.

L. Chiarella, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, vol. 9, p. 33–58.

⁵⁸ Regolamento (UE) 2022/1925. Ad esempio, in base al considerando 37 "Gatekeepers should not design, organise or operate their online interfaces in a way that deceives, manipulates or otherwise materially distorts or impairs the ability of end users to freely give consent."

⁵⁹ Regolamento (UE) 2022.

L'uso di strumenti semiotici inadeguati nella redazione dei contratti può essere inteso come una forma di abuso della libertà contrattuale. Infatti, mentre normalmente, ovvero salvo non sia diversamente previsto dalla legge, la libera scelta degli strumenti semiotici rientra nei diritti del contraente che redige il contratto, in alcuni casi può rendere estremamente difficile (se non impossibile) per l'altro contraente essere adeguatamente informato sul contenuto dell'accordo. Più precisamente, l'esercizio della libertà contrattuale e della libertà della forma può essere inteso come abusivo quando confligge col diritto del contraente a ricevere una adeguata informazione sul contenuto dell'accordo, ossia un'informazione chiara, completa, veridica, fedele, univoca, non ingannevole.

In assenza di una norma che regoli il divieto di abuso si pone l'esigenza di attribuire ad esso un fondamento normativo, in questo senso il divieto di abuso del diritto è stato ritenuto una specificazione del principio di buona fede⁶⁰. Alcuni autori evidenziano che l'abuso del diritto è un concetto incompleto, che nel linguaggio giuridico viene riempito di significato con l'ausilio di concetti ancora più vaghi e indeterminati⁶¹, come il concetto di buona fede⁶². L'impressione è che il concetto di "abuso del diritto" possa essere una macrocategoria entro la quale sono riconducibili una serie eterogenea di comportamenti lesivi considerati, a vario titolo, una forma distorta di esercizio di un diritto soggettivo.

Quando ad un legislatore viene chiesto di interpretare in chiave giuridica un fenomeno sociale emergente e non ancora disciplinato in modo specifico, al fine di garantire una migliore tutela di interessi già riconosciuti nell'ordinamento,

⁶⁰ Scrive Sacco (*L'abuso della libertà contrattuale*, 1997, p. 230): "è mala fede l'aver causato la menomazione, o quantomeno l'aver messo a rischio l'integrità del volere della vittima. È malafede l' approfittamento del vizio del volere, ossia la scienza del fatto che dà luogo al vizio sommata, alternativamente alla sproporzione delle previsioni o alla percezione del nesso causale fra vizio e volontà della vittima". Inoltre, secondo Sacco "l'idea dell'abuso bene si attaglia" alle fattispecie nelle quali è insito un agire (sleale) o un approfittare.

⁶¹ Pare interessante in questo senso il § 307 abs. 1 del BGB. (La traduzione e il corsivo sono miei)

(1) Le clausole in termini e condizioni generali sono inefficaci se recano irragionevole svantaggio al partner contrattuale in contrasto con i requisiti di buona fede. Un *irragionevole svantaggio può derivare anche dal fatto che la disposizione non sia chiara e comprensibile*. [*Inhaltskontrolle (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist*].

⁶² L'abuso del diritto così configurato si presenta come una sovrastruttura superflua, priva di utilità pratica nell'argomentazione giuridica. Si veda Sacco, *L'abuso del diritto*, op. cit. Sul tema si vedano anche J. I. Gonzalez Carvajal e S. Zorzetto, *Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica*, in *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, p. 3555.

l'utilizzo del concetto di abuso può rappresentare una guida al fine di specificare meglio i confini tra il lecito esercizio di un diritto e la ingiustificata lesione di un interesse meritevole di tutela.

Tuttavia, tale macrocategoria può assumere, forse più proficuamente, carattere teorico metagiuridico, cioè, rappresentare una chiave di lettura di diversi istituti che sono esplicitamente previsti nel nostro ordinamento. In altri termini, il concetto di abuso del diritto può essere una chiave di lettura per norme (enunciati normativi) esplicitamente codificati dal legislatore, che possono (ma non devono necessariamente) contenere l'espressione 'abuso del diritto'.

Il concetto di "abuso del diritto" è stato in questa sede preso in considerazione come strumento teoretico, in altri termini, è stato utilizzato come chiave di lettura di alcune pratiche proprie del *drafting* contrattuale. Non intendo invece soffermarmi sulla sua effettiva utilità pratica, per molti alquanto dubbia, ad esempio, nell'ambito dell'argomentazione giudiziale. A tale proposito scrive Sacco "La norma sull'abuso è [...] superflua, perché la repressione dei comportamenti in questione può avvenire senza che la norma esista, o là dove essa esiste, senza che venga invocata"⁶³.

Bibliografia

Amare, N. e A. Manning, *A Unified Theory of Information Design: Visuals, Text and Ethics*, Routledge, 2013

Astone, A., *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, Giuffrè, 2017

Alpa, G., *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, 1983

Alpa, G., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 1999

Ávila, H., *Certainty in Law*, Springer, 2016

BEUC, *"Dark Patterns" and the EU Consumer Law Acquis*, 2020, accessed 6 September 2022

Blount, S., *Electronic Contracts*, 2nd ed., LexisNexis Butterworths, 2015

Breccia, U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1998, vol. 3, p. 5–88

Burton, S. J., *Elements of Contract Interpretation*, Oxford University Press, 2009

⁶³ R. Sacco, *L'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Montaneri, R. Sacco (ed.) *La parte generale del diritto civile 2. Il diritto soggettivo*, UTET, Torino, 2001, p. 318.

- Campbell, M. e R. Vidal (eds.), *Translating across Sensory and Linguistic Borders: Intersemiotic Journeys between Media*, Springer, 2019
- Caterina R., *La comunicazione non verbale nelle trattative e nel contratto*. Presentazione al convegno *Legal Design and Contractual Forms - Hybrid conference*, 22-23 giugno 2022
- Chiarella, M. L., *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2022, vol. 9, p. 33–58
- Cicero, C., *Il problema dell'inosservanza del patto sulla forma*, in A. D'Angelo, V. Roppo (eds.), *Annuario del contratto*, Giappichelli, 2019, pp. 3–22
- Corrales Compagnucci, M., H. Haapio, e M. Fenwick, *The Many Layers and Dimensions of Contract Design*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Elgar, 2022
- Davidson A., *The Law of Electronic Commerce*, Cambridge University Press; 2009.
- Dusi, N., *Intersemiotic translation: Theories, problems, analysis*, in *Semiotica*, 2015, vol. 206, p. 181–205
- Eco, U., *Experiences in Translation*, University of Toronto Press, 2001
- Galgano, F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale, contratti in generale (Vol. 2)*, CEDAM, 1993.
- Gentili, A., *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, vol. 27, p. 747–73
- Glatt, C., *Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts*, *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, vol. 6, p. 34–68
- Gometz, G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005
- Gonzalez Carvajal, J. I. e S. Zorzetto, *Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica*, in *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundacion 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015
- Haapio, H. e M. Hagan, *Design Patterns for Contracts Networks*, in *Proceedings of the 19th International Legal Informatics Symposium IRIS 2016*, Österreichische Computer Gesellschaft OCG, Wein, 2016
- Haapio, H. e S. Passera, *Contracts as Interfaces: Exploring Visual Representation Patterns in Contract Design* in D. M. Katz, R. Dolin, M. Bommarito (eds.), *Legal Informatics*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2021, pp. 213–38
- Herdy R. *The Origin and Growth of Peirce's Ethics*, in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, 2014, vol. 4, pp. 1–21
- Jakobson, R., 'On Linguistic Aspects of Translation' in R. A. Brower (ed.), *On Translation*, MIT Press, London, 1959, pp. 232–39

- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Deuticke, Wien, 1960. Trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966
- Lorini, G. e S. Moroni, *Ruling without Rules. Regulation beyond Normativity*, in *The Global Jurist*, 2020, vol. 20, pp. 1–11
- Lorini, G. e S. Moroni, *Rule-free regulation: Exploring regulation “without rules” and apart from “deontic categories”*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2022, vol. 52, p. 22–36
- Luguri, J. e L. J. Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, in *Journal of Legal Analysis*, 2021, vol. 13, 43–109
- Martínez, E., F. Mollica, E. Gibson, *Poor Writing, not Specialized Concepts, Drives Processing Difficulty in Legal Language*, in *Cognition*, 2022, vol. 224, pp. 1–7.
- Mathur, A., G. Acar, M. J. Friedman, E. Lucherini, J. Mayer, M. Chetty, A. Narayanan, *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2019, vol. 3, p. 1–32
- Orlandi, M., *Contro l'abuso del diritto. In margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*, in S. Pagliantini (ed.), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, 2010, pp. 99–114
- Peirce CS., *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Harvard University Press, 1931.
- Perlingieri, C., *Profili civilistici dei social networks*, ESI, 2014
- Perlingieri, P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, 1987
- Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006.
- Pino, G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in G. Maniaci (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, 2006, pp. 115–75
- Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1922
- Porter, E. G., *Taking Images Seriously*, in *Columbia Law Review*, 2014, vol. 114, p. 1687–1782
- Rameezdeen, R. and C. Rajapakse, *Contract interpretation: the impact of readability*, in *Construction Management Economy*, 2007, vol. 25, p. 729–737
- Raz, J., *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 1979
- Restivo, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Giuffrè, 2007
- Rescigno, P., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, vol. 11, p. 205–90
- Sacco, R., Giorgio De Nova, *Il contratto*, UTET, 2016

- Sacco, R., *L'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Montaneri, R. Sacco (ed.) *La parte generale del diritto civile 2. Il diritto soggettivo*, UTET, 2001, p. 309-376
- Sacco, R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, 1998, vol. 3, p. 217-234
- Santoro Passarelli, F. *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2012
- Scarpelli, U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (ed.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, 1995, pp. 6-29
- Stazi, A., *Contract and Technology from Automatic to Telematic Contracts*, in A. Stazi (ed.), *Smart Contracts and Comparative Law: A Western Perspective*, Springer, 2021, pp. 3-28
- Torrente A. *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 3a ediz, UTET, 1987.
- Torresi, I., *Advertising: A Case for Intersemiotic Translation*, in *Meta*, 2008, vol. 53, pp. 62-75
- Velluzzi, V., 'Introduzione' in V. Velluzzi (ed.), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012, pp. 11-18
- Waller, R., *Contract Design for Humans*, in M. Compagnucci Corrales, H. Haapio (eds.), *Research Handbook on Contract Design*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022