

PRECISAZIONI ROMANISTICHE SU 合同<sup>1</sup> E 诚实信用<sup>2</sup>

1. Contratto e legge nel diritto cinese.

L'incontro tra Cina e categorie romanistiche di diritto privato è relativamente recente. Se prendiamo come momento iniziale il progetto di codificazione alla fine della dinastia Qing (1911)<sup>3</sup>, non più di un secolo.

Questo incontro è stato caratterizzato, soprattutto nell'era postmaoista, dal ricorso cinese alla legge come principale fonte di produzione del diritto 法<sup>4</sup>, alimentando una dialettica che, presente nella storia del diritto in Cina, privilegiava invece per i rapporti privati il modello consuetudinario del 'rito' 禮<sup>5</sup>.

Come detto, l'apertura della economia pianificata alla economia di mercato è stata accompagnata da una produzione del diritto attraverso leggi che sembra indicare una via della Cina verso la codificazione a tappe<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – Hetong.

<sup>2</sup> – Chengshi xinyong.

<sup>3</sup> – Vd. ora la messa a punto di FEI ANLING, "Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato", *Roma e America. Diritto romano comune*, 23 (2007), p. 111 ss. Desidero ringraziare per l'aiuto datomi nella realizzazione del presente contributo il Dott. Giuseppe Terracina.

<sup>4</sup> – Fa.

<sup>5</sup> – Li. Sulla difficoltà di cogliere con i concetti occidentali di tradizione romanistica i significati di fa e li, e sul loro complesso rapporto nella storia della Cina, per un primo riferimento vd. J. ESCARRA, *Le droit chinois (conception générale, aperçu historique)*, Paris, Sirey, 1936, p. 15 ss.; O. WEGGEL, *Chinesische Rechtsgeschichte*, Leiden-Köln, Brill, 1980, p. 170 ss.; E. DELL'AQUILA, *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Padova, Cedam, 1981, p. 9 ss.; R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, Franco Angeli, Milano, 1999, p. 29 ss. (fa), p. 34 ss. (li); M. TIMOTEO, in: G. AJANI - A. SERAFINO - M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, in: R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, UTET, 2007, p. 67 ss.

<sup>6</sup> – Così JIANG PING, "Lo sviluppo della elaborazione del codice civile cinese e le principali controversie di dottrina in merito. Breve nota informativa", *Roma e America. Diritto romano comune*, 8 (1999), p. 113 ss. [=in L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 113 ss.]. S. SCHIPANI, "Breve nota", in: L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. IX ss., sottolinea come «anche se le leggi sono la prima fonte di diritto, il vero pilastro identificativo del sistema non sono le singole leggi, ma i codici, che sono sintesi del lavoro della scienza giuridica, intreccio di principi e metodo, su cui si innesta la manifestazione della potestà del popolo legislatore» (p. XVI).

Quella che è stata chiamata la via cinese alla *Rule of Law*<sup>7</sup> non è, peraltro, esente da importanti scelte di contenuto del bagaglio dogmatico della tradizione civilistica fondata sul diritto romano<sup>8</sup>.

Va evidenziata, in ogni caso, la scelta politica di ricorrere alla produzione legislativa del diritto anche nei rapporti civili e la contestuale adesione ad una serie di contenuti dogmatici che nella tradizione civilistica del sistema romanistico veicolano precise scelte di valore.

Proprio in materia di contratti, come vedremo, la legge del 1999 fa proprio uno schema di contratto estraneo al diritto tradizionale cinese<sup>9</sup> e proprio della tradizione civilistica fondata sul diritto romano<sup>10</sup>. In pochi anni la legislazione cinese ha dimostrato di ricorrere con sempre maggior favore a tale strumento, rendendolo indipendente dal piano economico nel quale era all'inizio necessariamente inserito. L'esperienza del 'contratto economico', infatti, iniziata con la Legge del 1981<sup>11</sup>, ed oggi conclusasi con la Legge del 1999, evidenzia agli occhi del giurista della tradizione civilistica europea la vitalità dello schema del contratto anche al di fuori del principio di libertà contrattuale, quale strumento adeguato non tanto della autonomia privata, quanto del piano economico statale, dove il fondamento consensuale ed il tipo di effetto giuridico ad esso connesso (cioè *in primis* la nascita di obbligazioni)<sup>12</sup> conservano una loro particolare utilità anche all'interno di una economia pianificata ed anche al di fuori di un libero incontro di volontà delle parti coinvolte nel contratto<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> – G. AJANI, "La Rule of Law in Cina", *Mondo cinese*, 126 (2006), p. 18 ss.

<sup>8</sup> – JIANG PING, "Il diritto romano nella Repubblica popolare cinese", *Index*, 16 (1998), p. 367 ss. [=L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 3 ss.].

<sup>9</sup> – L'uso che faccio dell'espressione presuppone quanto precisato da P. ROSSI, in: G. AJANI - A. SERAFINO - M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 15 n. 41.

<sup>10</sup> – La questione è stata ora ben affrontata da M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, Cedam, 2004, attenta in particolare a riconsiderare criticamente la concezione tralatizia di una «non litigiosità e [...] non giuridicità delle due tradizioni est asiatiche [scil. cinese e giapponese]», contrapponendovi una lettura che riconosca «anche nei due sistemi qui considerati l'uso di questo strumento [...] risalente e riccamente documentato», la cui «essenza profonda» andrebbe ricercata nello «scambio» e nel «mercato» (p. 122). La questione, nella prospettiva indicata, diviene quindi quella di verificare come lo schema del 'contratto' proprio del diritto tradizionale cinese abbia interagito con gli schemi del contratto propri della tradizione civilistica fondata sul diritto romano.

<sup>11</sup> – M. TIMOTEO, in: G. AJANI - A. SERAFINO - M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 321-323.

<sup>12</sup> – Sull'importanza, oggi da ribadire, del legame tra contratto e obbligazione, mi si permetta di rinviare a quanto ho detto in "Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione", in: AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, Jovene, 2006, p. 1 ss.

<sup>13</sup> – Vd. G. AJANI, "Contratto economico nei Paesi socialisti", *Digesto delle discipline private. Sezione civile*, Torino, UTET, 1989, IV, p. 258-261, dove si accentuano le differenze sul piano del rapporto con la concezione di contratto propria della tradizione civilistica legata al diritto romano ed in particolare rispetto al contratto quale fonte di obbligazioni.

Con le leggi successive, quella sui “*Contratti economici internazionali*” (1985), quella sui “*Principi generali del diritto civile*” (1986) e quella “*Sui contratti*” del 1999<sup>14</sup>, vuoi nei rapporti internazionali, vuoi in quelli interni, il contratto si presenta, sempre di più, con la fisionomia da esso acquisita nel processo di codificazione del diritto privato nella tradizione civilistica di diritto romano. In tal modo, l’ordinamento giuridico cinese viene ad inserirsi in un dibattito aperto nella stessa, nel quale da un lato prevale un modello di contratto come accordo, proprio della concezione giusnaturalista del contratto, e d’altro lato sono comunque presenti modelli diversi di contratto che portano la discussione sugli elementi della causa e del sinallagma<sup>15</sup>.

In questo contesto, il diritto cinese dei contratti e la riflessione dei giuristi cinesi su di esso potrebbero rappresentare un nuovo ‘filone’ di detto sistema, con sue peculiarità e momenti di differenziazione, che devono essere approfonditi e compresi in quanto, vengono a rappresentare letture del contratto che

<sup>14</sup> – Vd. sulle leggi in materia prima della legge del 1999, H. LECLERCQ, *Introduction en droit chinois des contrats*, Paris, GLN Jly Editions, 1994, p. 29 ss. (sul contratto economico interno), p. 69 ss. (sui contratti internazionali), p. 108 ss. (sulla legge sui principi generali in rapporto ai contratti); per un primo riferimento, dopo la legge del 1999, vd. P. RESCIGNO, “Appunti sulla legge della Repubblica popolare cinese sui contratti”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 8 (1999), p. 219 ss. [= L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 131 ss.]; S. SCHIPANI, “La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistica”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 8 (1999), p. 225 ss. [= L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistica*, cit., p. 137 ss.]; M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone*, cit., p. 271 ss.; EADEM, in: G. AJANI - A. SERAFINO - M. TIMOTEO, *Diritto dell’Asia orientale*, cit., p. 320 ss.; LIHONG ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, Giuffrè, 2007, in particolare p. 225 ss. In cinese si segnalano MA XINYUAN, *Hetongfa* (Diritto contrattuale) Changchun, 1999; WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu* (Studi sul diritto contrattuale) I, Beijing, 2002; YI JUN - NING HONGLI, *Hetongfa fenze yanjiu*, (Studi sulla parte speciale della legge sui contratti) Beijing, 2003; HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun*, (Trattato generale sulla legge sui contratti) Beijing, 2004.

<sup>15</sup> – Al riguardo si vd. P. G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 137 ss. Va, a mio avviso, sottolineato che le letture critiche più ricche di implicazioni dogmatiche della nozione codificata di contratto si debbano a studi giuridici di impianto storico; ad es. K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. Bis 18. Jahrhundert* (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte) B. IX, München, Schweitzer, 1985; U. PETRONIO, “Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all’origine del sistema contrattuale moderno”, in: *Towards a general Law of Contract*, a cura di J. BARTON, Berlin, Duncker Humblot, 1990, p. 215 ss.; F. GALLO, ‘Synallagma’ e ‘conventio’ nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I - II, Giappichelli, Torino 1992-1995; IDEM, “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 7 (1999), p. 17 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell’età moderna I. Il cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1995.

arricchiscono il dibattito scientifico sul punto<sup>16</sup>.

## 2. Il 'contratto' in Cina tra 'hetong' e 'quiyue'.

L'art. 2 della Legge cinese *Sui contratti* del 15 marzo 1999 stabilisce:

Ai fini di questa legge, per contratto 合同 (*hetong*) si intende un accordo 协议 (*xieyi*) per costituire modificare o estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, in qualità di soggetti paritari<sup>17</sup>.

Posta in questi termini, delle definizioni del contratto presenti nei codici civili di tradizione romanistica, la definizione cinese di contratto evoca – a livello strutturale – la definizione francese del contratto (art. 1101 Cc. fr. «*Le contrat est une convention...*»), ripresa tra gli altri dai codici civili italiani del 1865 (art. 1098) e del 1942 (art. 1321). La scelta del legislatore cinese del 1999 si inserisce in questo filone, definendo nell'art. 2 della legge *hetong* come *xieyi*.

Si tratta di uno dei modelli di contratto con radici profonde nel sistema. Esso, peraltro, subendo una generalizzazione nel pensiero giusnaturalista, in contrapposizione con la concezione sinallagmatica del contratto nel pensiero degli umanisti<sup>18</sup>, ha avuto ampia fortuna nel processo di codificazione. La concezione giusnaturalistica è penetrata nei diritti codificati di tutto il mondo<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> – Sottolinea questa possibilità S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 1999<sup>2</sup>, p. XII; IDEM, "La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico", *Roma e America. Diritto romano comune*, 8 (1999), p. 225 ss.; [= L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 137 ss.].

<sup>17</sup> – S. SCHIPANI - G. TERRACINA, *Leggi tradotte della Repubblica popolare cinese. Legge sui contratti*, trad. di L. FORMICHELLA - E. TOTI, Torino, Giappichelli, 2002, art. 2 (p. 2-3).

<sup>18</sup> – Vd. la critica di Grozio (1583-1645) alla diversa nozione di Connan che privilegiava nel contratto il synallagma, GROTIUS, *De iure belli ac pacis* Lib. II, Caput XI De promissis, p. 326 ss.: Perduxit nos ordo ad obligationem quae ex promisso oritur: ubi statim, se nobis obiicit vir eruditionis minime vulgaris Franciscus Connanus. Is enim hanc defendit sententiam, iure naturae ac gentium ea pacta quae non habent synallagma nullam inducere obligationem:...[2] Adfert autem pro sententia sua non tantum Iurisconsultorum dicta, sed et rationes has: ...[3] Verum haec sententia, ita generaliter ut ab ipso effertur accepta, consistere non potest. Primum enim sequitur inde inter reges et populos diversos, pactorum, quamdiu nihil ex iis praestitum est, vim esse nullam, praesertim iis in locis ubi nulla certa forma federum aut sponsionum reperta est. Tum vero ratio nulla reperiri potest, cur leges, quae quasi pactum commune sunt populi..., obligationem pactis possint addere; voluntas autem cuiusque, hoc omni modo agentis ut se obliget, idem non possit, praecipue ubi lex civilis impedimentum non affert...[4] Accedit his sapientum consensus: nam quomodo dicitur a Iurisconsultis, nihil esse tam naturale quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi, eodem modo dicitur nihil esse tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare. Sul punto, importante U. PETRONIO, "Sinallagma e analisi strutturale dei contratti", cit., p. 228 ss. e p. 240 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale II. Il basso medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 473-475.

<sup>19</sup> – Per un'autorevole verifica del modello in America Latina, precisandone specificità ed

D'altronde, se si guarda da una prospettiva storica al problema della nozione di contratto nella tradizione civilistica con base romanistica, non si tarda a cogliere una polarità di costruzioni che tendono ad evidenziare nella struttura del contratto la *conventio* o il *synallagma*. Il *principium* di tale dialettica si rinviene nella dottrina di Pedio ricordata in Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3 (*adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*)<sup>20</sup> ed in quella di Labeone in Ulp. 11 ad ed. D. 50, 16, 19 (*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem locationem conductionem societatem...*)<sup>21</sup>. Questa polarità di posizioni si rincorre storicamente nel sistema, a volte consciamente, come nella discussione sopraricordata tra Grozio e Connan, altre volte inconsapevolmente, come nel processo di codificazione della nozione giusnaturalista di contratto e l'emersione conseguente di un problema della «causa»<sup>22</sup>. La questione non è priva di conseguenze pratiche, soprattutto sul piano della gestione dei contratti atipici.

La Legge cinese del 1999 modifica, poi, la più generica descrizione degli effetti del contratto presente nei *Principi generali del diritto civile* del 1986, che all'art. 85 parlava solo di «relazioni civili» (民事关系)<sup>23</sup>, preferendo la più specifica costruzione «rapporti di diritto e di obbligo» (民事权利义务)<sup>24</sup>, che evoca nel giurista europeo la soluzione tedesca (*Rechtsverhältnis*)<sup>25</sup>, seguita nel Cc. italiano del 1942 in termini di «rapporto giuridico patrimoniale»

---

influenze, vd. S. SCHIPANI, "Le definizioni del contratto nel sistema giuridico latinoamericano", in: *Scritti in onore G. Galloni*, II, Roma, Tellus, s.d., p. 1097 ss.

<sup>20</sup> – «A tal punto poi è «di significato» generale la parola «convenzione» che, come elegantemente afferma Pedio, è nullo il contratto, nullo l'atto «bilaterale» obbligatorio che non abbia in sé una convenzione, un accordo, sia che si effettui attraverso la consegna di una cosa, sia che si effettui attraverso la pronuncia di determinate parole...»; S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I 1-4, Milano, Giuffrè, 2005, p. 185.

<sup>21</sup> – «... contratto invece è l'atto produttivo di obbligazioni reciproche, quello che i Greci chiamano synallagma, come la compravendita, la locazione-conduzione, la società ...»; così F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, 83 n. 24.

<sup>22</sup> – Cfr. sul punto, da prospettive diverse, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 71 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 184 ss.; F. GALLO, "Contratto e atto secondo Labeone", cit., p. 38 ss.; A. GAMBARO, "Causa y contrato", in: F. HINESTROSA (a cura di), *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, I, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1998, p. 159 ss.

<sup>23</sup> – *Minshi guanxi*.

<sup>24</sup> – *Minshi quanli*.

<sup>25</sup> – Sulla nozione emersa in SAVIGNY (*System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840, III, p. 309) del «contratto quale concorde dichiarazione di volontà, volta a determinare i rapporti giuridici tra le parti», vd., anche in relazione a Windscheid ed al BGB, F. GALLO, "Contratto e atto secondo Labeone", cit., p. 47 ss. Sul rapporto in Savigny tra *Rechtsverhältnis*, *Schuldverhältnis* e *obligatio* mi permetto di rimandare al mio "Considerazioni storico-dogmatiche" sul legame tra contratto e obbligazione", cit., p. 10-13.

(art. 1321)<sup>26</sup> – generalizzazione che assume un suo preciso significato negli ordinamenti nei quali si accoglie il principio consensualistico<sup>27</sup> – non valorizzando il dato, radicato in modo più profondo nella nostra tradizione civilistica, e suo elemento distintivo rispetto al sistema di *common law*, del contratto quale fonte di obbligazione, resa in cinese nella forma del «debito» 债务<sup>28</sup>.

Va peraltro segnalato un dato che reputo storicamente significativo, cioè la prima traduzione in cinese nel 1997 del codice civile italiano del 1942, che in tal modo ha potuto essere preso in considerazione, insieme soprattutto ai codici civili francese, giapponese, russo, svizzero e tedesco, nel dibattito della commissione redigente la Legge cinese del 1999<sup>29</sup>.

La definizione del contratto quale ‘accordo’ (协议<sup>30</sup>) è suggestiva agli occhi del giurista europeo, sebbene nella legge cinese siano presenti altri elementi di struttura del contratto che oltre alla *conventio* ne caratterizzano la fisionomia dogmatica. Ad es., la legge del 1999 dedica diversi articoli alla forma (artt. 10-11, 32-37)<sup>31</sup>.

Per converso, la legge non dedica attenzione al problema della causa del contratto, sebbene l’art. 52, in materia di nullità del contratto, al punto 3, parla di rilevanza della causa illecita in termini di «scopo *contra legem*» (非法目的)<sup>32</sup>.

D’altronde, la stessa scelta di rendere la nozione di contratto in termini di *hetong* è momento – sembrerebbe conclusivo – di un processo di affinamento terminologico-concettuale, iniziato all’inizio del ’900 in rapporto alla nozione di contratto dei codici civili europei, riflessione sulla quale hanno inciso anche profili ideologici.

Nel Codice civile cinese del 1929, infatti, i giuristi cinesi della commissione fecero una scelta diversa, optando per il composto 契约 (*qiyue*), che, presente nella tradizione più antica forse con un radicamento maggiore, era stata preferita per esprimere la nozione occidentale di contratto (all’epoca come modelli si tennero conto soprattutto di quelli nippo-tedesco e francese) (art. 153 e ss. del Cc. cinese 1929)<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> – Mentre il Codice civile italiano del 1865 parlava di «vincolo giuridico».

<sup>27</sup> – Puntuale R. SACCO, in: R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, *Trattato di diritto civile*, Torino, UTET, 2004<sup>3</sup>, p. 7 ss.

<sup>28</sup> – *Zhaiwu*. Vd. supra n. 12.

<sup>29</sup> – *Codice civile italiano*, 意大利民法典 trad. in cin. FEI ANLING - DING MEI, Beijing 1997. Per una prima indicazione di tale rapporto vd. la tavola di corrispondenze realizzata da L. FORMICHELLA - E. TOTI, “Tavola di corrispondenze tra la Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese ed il Codice Civile Italiano”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 8 (1998), p. 296 ss. [= *Diritto cinese e sistema giuridico romanistica*, cit., p. 161 ss.].

<sup>30</sup> – *Xieyi*.

<sup>31</sup> – Sul punto, in rapporto alle precedenti leggi, vd. ora E. TOTI, “La forma del contratto nel diritto della Repubblica popolare cinese”, *Giustizia civile*, LVIII (2008), parte seconda, p. 49 ss.

<sup>32</sup> – *Feifa mudi*. Sul punto vd. già la *Legge sui principi generali* del 1987, art. 58-7.

<sup>33</sup> – Per M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina*, cit., p. 239 ss., il Codice civile cinese del 1929 è «in primo luogo, la consacrazione del vocabolario giuridico moderno»; il punto non è di poco conto, perché si fissa un primo importante registro di corrispondenze tra concetti della

È dal 1950 che *hetong* inizia ad essere usato per esprimere l'idea di contratto all'interno di provvedimenti del potere esecutivo in materia di rapporti tra amministrazioni, imprese pubbliche e cooperative. È stato sostenuto che, al riguardo, potrebbe sottostare al ricorso sempre più frequente a *hetong*, rispetto a *qiyue*, una ragione di tipo ideologico, in quanto il primo segno «esprime l'idea di comunione ed uguaglianza (*he* sta per 'accordare', 'unire', mentre *tong* significa 'uguale', 'comune') ed è dunque ritenuto maggiormente in sintonia con i principi dell'ideologia economica socialista»<sup>34</sup>.

Anche nella legislazione sul contratto economico degli anni ottanta, prevale la costruzione 经济合同 (*jingji hetong*), sotto l'influenza del modello sovietico<sup>35</sup>.

La terminologia sembra essersi in materia oramai sedimentata a favore di *hetong*, sebbene si scorga talvolta, soprattutto nel lavoro di traduzione di codici stranieri e di fonti romane, una certa oscillazione<sup>36</sup>.

Una ulteriore osservazione deve essere fatta: in questo lungo processo cinese di fissazione con leggi del diritto dei contratti, la categoria generale di contratto non ha mai soppiantato, eliminandola, la regolamentazione dei singoli tipi contrattuali<sup>37</sup>. In questo modo è venuto ad inserirsi sulla realtà dei rapporti contrattuali in Cina, attraverso il diritto posto con legge, un sistema di regole e di contenuti tipici della tradizione civilistica dei contratti che ne è un elemento caratterizzante<sup>38</sup>.

Il tutto risulta essere particolarmente interessante in Cina, perché spesso nelle parti generali che hanno accompagnato le varie leggi in materia di contratti, l'osservatore europeo coglie segnali di differenza degni di curiosità. Ad esempio, l'elenco degli elementi che devono normalmente (la legge dice «generalmente» nel senso di consueto, solito 一般 - *yiban*) essere previsti nel-

---

tradizione civilistica fondata sul diritto romano e 'ideogrammi' cinesi. Dal punto di vista, invece, del rapporto del codice del 1929 con la tradizione precedente, esso viene valutato dalla studiosa bolognese con l'immagine della «coltre che si sovrappone[va] al substrato tradizionale senza penetrare in tutti i suoi interstizi» (p. 252).

<sup>34</sup> – Così, M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina*, cit., p. 255.

<sup>35</sup> – M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina*, cit., p. 271 ss.

<sup>36</sup> – Segnalo la diversa opzione presente nella traduzione in cinese nel 1997 del Codice civile italiano del 1942 di Fei Anling e Ding Mei, dove si opta per *qiyue* rispetto invece alla traduzione in cinese del Codice civile argentino del 1871 di Xu Diyu nel 2007, dove si preferisce *hetong*. *Qiyue* viene preferito anche nella traduzione in cinese delle fonti romane del Digesto giustiniano in appendice a ZHANG LIHONG, *Contratti innominati nel diritto romano*, cit., p. 239 ss.

<sup>37</sup> – Cfr. i cap. dal IX al XXIII della Legge sui contratti del 1999, in S. SCHIPANI - G. TERRACINA (dir.), *Leggi tradotte della Repubblica popolare cinese. Legge sui contratti*, trad. di L. FORMICHELLA - E. TOTI, cit., p. 56 ss. In cinese, vd. la trattazione di YI JUN - NING HONGLI, *Hetongfa fenze yanjiu*, cit.

<sup>38</sup> – Per il problema in connessione al diritto romano mi si permetta di rimandare a quanto ho avuto modo di osservare in "Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'", in: AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli, Jovene, 2008, p. 1 ss.

l'accordo dalle parti attraverso specifiche 'clausole'<sup>39</sup> non coincide con il *minimum* che solitamente si richiede nel diritto privato della nostra tradizione.

Per tutti, segnano l'esempio delle conseguenze dell'inadempimento e della responsabilità contrattuale (*L. contr. econ.* 1981 art. 12-5; *L. contr. econ. e-mend.* 1993 art. 12-5; *L. contr. intern.* 1985 art.12-8; *L. contratti* 1999 art. 12-7), che devono «generalmente» essere regolati nell'accordo contrattuale, e ciò probabilmente in conseguenza di una specifica sensibilità sul punto nella tradizione cinese, che tende ad inglobare il problema della patologia del rapporto all'interno di una regola di mediazione volontaria piuttosto che ricorrere ad una *regula iuris* tipizzata, come invece nella tradizione civilistica fondata sulla regola romana codificata in D. 50, 17, 23 e recepita nei vari codici civili e soltanto entro certi limiti modificabile dalle parti<sup>40</sup>.

A ciò si aggiungano le problematiche derivanti dall'accostamento tra regole e principi propri del diritto cinese tradizionale, come quelli della 'ragione equitativa' (公平合理)<sup>41</sup> e della 'misura umana' (合情)<sup>42</sup>, e regole e principi che fanno la loro comparsa nel diritto cinese attraverso l'incontro con la tradizione civilistica del sistema romano, come il principio della buona fede (诚实信用)<sup>43</sup>, previsto espressamente nell'art. 4 della *L. sui Principi generali di diritto civile* del 1986 e negli artt. 6, 42-3, 60, 125 della nuova *L. sui contratti* del 1999 nelle fasi della formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto.

D'altronde misurare la presenza e la vitalità di un principio in base al semplice riscontro di esso nel diritto scritto di un ordine giuridico sarebbe conclusione insoddisfacente, così come, di converso, sarebbe superficiale non cogliere la presenza di regole e principi anche in assenza di un diritto scritto esplicito in tal senso.

Ciò si fa evidente in rapporto alle regole di struttura dei contratti tipici, regole maturate nel sistema romano anche grazie alla forza generatrice del principio di buona fede, come quella del sinallagma. Una regola analoga è presente anche nel diritto tradizionale cinese in materia di *qiye* 契约, come espressione però di un principio diverso, radicato nel confucianesimo e nel sistema tradizionale, nel quale il «ciclo vitale della reciprocità» era espres-

<sup>39</sup> – L'art. 12 della *L. sui contratti* del 1999 prevede quali 'clausole' (*tiaokuan* 条款) da includere «generalmente» nel «contenuto del contratto... concordato dalle parti...: 1) denominazione o nome e cognome e domicilio delle parti; 2) oggetto; 3) quantità; 4) qualità; 5) prezzo e remunerazione; 6) termine, luogo e modalità di esecuzione del contratto; 7) responsabilità in caso di inadempimento; 8) metodi di risoluzione delle controversie.», S. SCHIPANI - G. TERRACINA (dir.), *Leggi tradotte della Repubblica popolare cinese. Legge sui contratti*, trad. di L. FORMICHELLA - E. TOTI, cit., p. 6-7.

<sup>40</sup> – Ne ho tentata una ricostruzione in "Un 'diritto comune' in materia di 'responsabilità contrattuale' nel sistema giuridico romanistico", *Riv. di dir. civ.*, XLIV (1998), p. 315 ss.

<sup>41</sup> – *Gongping heli*.

<sup>42</sup> – *Heqing*. Su queste problematiche vd. ora M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone*, cit., p. 41 ss.

<sup>43</sup> – *Chengshi xinyong*.

sione concreta di una visione armonica del mondo<sup>44</sup>. L'equilibrio di cui l'accordo vincolante si fa carico tra obblighi e benefici discende quindi nel diritto cinese tradizionale da principi differenti da quello della buona fede che veicolerà analoghe istanze nel contratto della tradizione romanistica.

Così anche l'importanza nel diritto cinese tradizionale del giusto prezzo e l'adeguamento del contratto a circostanze sopravvenute, regole che trovano nella complessità relazionale del contesto sociale cinese nel quale lo scambio si trova inserito all'interno di strumenti extragiudiziali efficaci di realizzazione, come l'ampia partecipazione di mediatori, garanti ed arbitri<sup>45</sup>.

Il frequente ricorso nel diritto tradizionale a modelli equitativi di gestione del rapporto nato dal contratto, infatti, colloca l'attuale dibattito sulla buona fede nel diritto cinese in una prospettiva parzialmente diversa da quella europea, quasi inversa. In Europa, essa serve ad aprire le maglie interpretativo-integrative delle norme generali ed astratte, per veicolare nel contratto, attraverso il momento giudiziale, istanze giuridico-sociali nuove. Al contrario, sottolinea come in Cina sia stata autorevolmente riaffermata l'importanza della distinzione romana tra *iudicia stricti iuris* e *iudicia bonae fidei* come chiave interpretativa per limitare al minimo la «discrezionalità dei giudici nel decidere le liti nascenti dai contratti, disapplicando spesso le relative clausole sulla base di criteri di equità e di ragionevolezza»<sup>46</sup>.

### 3. Buona fede oggettiva e codici civili.

Negli ordinamenti giuridici maturati entro la forma di organizzazione politica dello stato, il diritto privato, soggetto ad una razionalizzazione e sistemazione nel processo di codificazione, ha espresso l'intento, coerente alla ideologia che lo sosteneva, di strutturarsi a «sistema chiuso», quale ordine giuridico 'autoalimentato'<sup>47</sup>. Ciò facendo, si è voluta rimarcare una rottura con la vocazione universale che il sistema romano aveva invece realizzato entro il diverso modello politico dell'impero<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> – M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone*, cit., 68, in particolare per la tradizione Qing 41 ss.

<sup>45</sup> – Accentuava questi aspetti Y. DOLAIS, nella prefazione a H. LECLERCQ, *Introduction en droit chinois des contrats*, cit., p. VI.

<sup>46</sup> – JIANG PING, "Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina", in: AA.VV., *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., 54-55.

<sup>47</sup> – Vd. M. TALAMANCA, "Il «corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente", in: *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, p. 771 ss., in particolare p. 796 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*<sup>2</sup>, cit., p. 31 ss.; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 67 ss.. Di recente, l'inveramento della «tradizione romanistica... nei codici nazionali dell'ottocento» è stato qualificato come un «paradosso dell'esperienza giuridica occidentale» da S. CAPRIOLI, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 6.

<sup>48</sup> – Sulla vocazione universale del sistema romano, fondamentale P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, Giappichelli, 1965 [= *Diritto e persone I*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 5 ss.]; ed ora una chiara messa a punto IDEM, "Sistema y ordena-

L'ideologia che ha sostenuto questa presunta contraddizione tra diritto privato del singolo stato e tradizione civilistica sul quale il primo veniva formandosi, nella realtà delle cose si è dimostrata abbastanza debole nell'incidere sui contenuti e sulle regole proprie degli istituti coinvolti nel processo di codificazione, mentre ha inciso con maggiore forza sugli istituti esclusi dal codice attraverso la selezione del codificatore. Ad una verifica puntuale dei singoli istituti codificati si riscontra, infatti, una strutturale resistenza della trama di contenuti e connessioni degli stessi, delle regole e dei concetti giuridici alla grande razionalizzazione operata dai codici civili dell'ottocento (ma già prima di essi realizzata dal pensiero giusnaturalista e giusrazionalista), fenomeno che autorevolmente – e già a metà '900 – era stato qualificato in termini di «estrastatualità del diritto civile»<sup>49</sup>.

D'altronde, la buona fede oggettiva in materia di contratti non ha assunto il ruolo «di un criterio per la validità formale delle norme fissate nei codici, né di un parametro di legittimità sostanziale delle norme che originano nella legislazione positiva»<sup>50</sup>. Negli ordinamenti dove la buona fede è stata codificata col ricorso alla tecnica della clausola generale, ha, però, spesso prodotto – nella realtà delle cose – «la disapplicazione di norme fondate in linea di massima su fonti normative scritte» o l'individuazione di «un'ulteriore disciplina della fattispecie, al di là di quella legislativamente fissata»<sup>51</sup>.

Tali fenomeni, peraltro ben evidenziati anche da letture attente del dato normativo del singolo ordinamento nel suo concreto funzionamento<sup>52</sup>, confermano che la buona fede nei diritti codificati non è semplice regola di condotta, ma veste il ruolo di principio. Se da un lato essa, quale principio che

---

mientos: el ejemplo de América Latina”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 18 (2004), p. 19 ss.; per una puntuale verifica della volontà di chiusura nel diritto privato in Italia con la locuzione codificata “principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato” (art. 12 *Disp. sulla legge in generale*, preliminari al c.c. italiano del 1942), vd. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*<sup>2</sup>, cit., p. 155 ss. Di «illusione dell'autosufficienza» parla M. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris»*, cit., p. 799.

<sup>49</sup> – F. VASSALLI, “Estrastatualità del diritto civile”, ora in *Studi giuridici*, III.2, Milano, Giuffrè, 1960, p. 753 ss., in particolare p. 757.

<sup>50</sup> – M. TALAMANCA, “La bona fides nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell'ordinamento”, in: L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale in onore di A. Burdese*, Padova, Cedam, 2003, IV, p. 153 ss., le parole riportate sono da p. 10.

<sup>51</sup> – M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 17 e p. 23.

<sup>52</sup> – K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil*<sup>14</sup>, München, Beck, 1987, 128-129: «Der Grundsatz des § 242 ist, da er nichts anderes als das Grundgebot der Redlichkeit darstellt, *unabdingbar*. Es fragt sich aber, ob § 242 nur eine Norm ist, die, wie andere *zwingende* Rechtssätze auch, *neben* allen übrigen (zwingenden oder dispositiven) Normen und mit gleichem Geltungsanspruch wie diese gilt, oder ob § 242 *einen obersten Grundsatz* des Rechts der Schuldverhältnisse der Art enthält, daß dieser die Kraft hat, andere Normen einzuschränken, wenn ihre Anwendung zu einem mit ihm nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde. Die Rechtsprechung hat sich seit langem für die zweite Auffassung entschieden».

genera diritto nel contratto, non sembra assurgere di per sé ad autonoma fonte di produzione del diritto – e ad una tendenza in questo senso la dottrina più attenta vuole giustamente porre argini<sup>53</sup> – d’altro lato essa evidenzia, una volta nata l’obbligazione, la possibilità di arricchire il contenuto del vincolo giuridico, vuoi attraverso l’integrazione dei doveri tipici, secondo una regola obiettiva di correttezza e lealtà, vuoi paralizzando doveri voluti espressamente dalle parti, ma che, nel contesto dell’adempimento, potrebbero confliggere inesorabilmente con detta regola.

D’altronde, la difficoltà di tradurre in norme generali ed astratte le condotte conformi a buona fede pone in crisi le normali tecniche di determinazione del diritto applicabile dal giudice, come coerente alla ideologia dell’equilibrio dei poteri.

Questa caratteristica della buona fede come strumento che veicola valori nel contratto attraverso il momento applicativo del diritto, è un dato del quale nel sistema romano si è consapevoli dall’inizio del I secolo a.C. con Quinto Mucio Scevola (Cic. *De off.* III, 17, 70), entro un sistema di diritto privato di tipo «aperto», nel quale, nell’individuazione del diritto applicabile, l’attività rispondente dei giuristi aveva un ruolo guida sull’attività giudiziale<sup>54</sup>.

Attraverso la buona fede, i valori cristallizzatisi nello spazio e nel tempo in un determinato contesto sociale trovano uno strumento tecnico-giuridico che può portarli nel contratto. Questa mediazione, che è costruita su una idea di correttezza e lealtà dell’agire umano rilevante per il diritto, aveva per i giuristi romani il suo momento ineliminabile nella statuizione giudiziale, come momento concreto di fissazione del *ius*, attività delicatissima, soggetta al vigilante controllo della *iurisprudencia*.

Al contrario, invece, nel processo di codificazione del diritto privato dei secoli XVIII-XIX, di tale mediazione il codificatore ha ritenuto di potersi fare carico, non rendendosi conto che la stessa tecnica di traduzione del sistema di diritto privato in norme generali ed astratte sarebbe stata di per sé inidonea ad indicare – oltre alla forza enunciativa del principio nelle norme scritte – i modelli comportamentali evocati dalla formula. Ciò a mio avviso ha avuto due conseguenze: la prima, l’incapacità iniziale di tradurre adeguatamente nel diritto di tutti i giorni la forza precettiva del principio<sup>55</sup>; la seconda, che anche

<sup>53</sup> – P.M. VECCHI, “Buona fede e relazioni successive all’esecuzione del rapporto obbligatorio”, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., IV, p. 353 ss.

<sup>54</sup> – ... *Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur ‘ex fide bona’. fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.* Sul passo, per una più dettagliata ricostruzione della discussione della dottrina rimando a “*Bona fides*” tra storia e sistema, Torino, Giappichelli, 2004, p. 29 ss.

<sup>55</sup> – Cfr. F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, ora in *Kleine juristische Schriften*, Schwartz, Göttingen 1988, p. 43 ss, in particolare p. 46-47.

quando questa traduzione nel concreto fluire del diritto privato è iniziata da parte dei tribunali, essa ha solitamente cercato la copertura della legge, che come detto realizza una contraddizione in termini<sup>56</sup>.

#### 4. Giudici e giuristi nel modello romano di attuazione della buona fede

Nel diritto romano il modello di concretizzazione della buona fede nel contratto è dato da una dialettica costruttiva, in termini di tipizzazione dei contenuti contrattuali, tra giudici e giuristi. Questa dialettica impone un giudizio di valore della giurisprudenza nel valutare le potenzialità tipizzanti delle statuizioni giudiziali<sup>57</sup>.

Per Savigny l'insegnamento di Q. Mucio (Cic. *de off.* III, 17, 70) significa che la caratteristica distintiva dei *iudicia bonae fidei*, rispetto a quelli *stricti iuris*, sarebbe quella di «eine freiere Macht» concessa al giudice, vuoi nella

<sup>56</sup> – Più coerente mi è sembrata, al riguardo, la *ratio decidendi* evidenziata dal *Reich-Oberhandelsgericht*, il quale, in una sentenza del 24 settembre del 1873, tendeva a fondare la forza creatrice della buona fede (non formalmente codificata nel ADHGB del 1861-1869) sulla «volontà vera, in contrapposizione con il tenore letterale», mentre lucidamente segnava il seguente limite inderogabile all'*officium iudicis*: «non che sia da integrare attraverso il giudice una volontà incompiuta (in contrapposizione con una volontà compiuta, ma soltanto non compiutamente dichiarata)»; per il mio punto di vista vd. *“Bona fides” tra storia e sistema*, cit., p. 93 ss.

<sup>57</sup> – In Cic. *De off.* III, 16, 65-67 abbiamo un riscontro di come un *iudex unus* del processo formulare abbia scolpito e dato forma al contenuto del rapporto sorto dal contratto ricorrendo alla forza creatrice della *fides bona*. Cicerone imposta il discorso su una contrapposizione tra il *ius civile* e le XII Tavole, che davano tutela alla dichiarazione formale (*nuncupatio*) pronunciata nel rito librato (*mancipatio*) e il *ius gentium* e la *poena reticentiae a iurisconsultis constituta* in materia di *emptio venditio* consensuale. Nel *ius civile* antico, il «venditore» (*mancipio dans*) avrebbe dovuto rispondere delle qualità del bene venduto soltanto se dichiarate esplicitamente con *nuncupatio* nel formulario del rito della vendita a contanti (*mancipatio*). Invece, nella compravendita consensuale, con la *poena reticentiae a iurisconsultis constituta* si viene ad imporre al venditore di rispondere di ogni vizio della cosa venduta di cui sia a conoscenza e che non comunichi alla controparte. L'esempio che materializza la nuova impostazione è una sentenza di Catone padre dell'Uticense (inizio I sec. a.C.), che in una controversia relativa ad un immobile colpito da un ordine di demolizione parziale, venduto celando tale ordine al compratore, condanna il venditore al risarcimento del danno subito dal compratore a seguito della demolizione. La conclusione a cui il *iudex* perviene è chiaramente costruita attraverso la traduzione del contenuto dell'obbligazione di buona fede del venditore come scolpita nella *intentio* della *formula* («*QUID QUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA*») in un *damnum praestari oportere*. Si tocca con mano un esempio del significato che Q. Mucio dava al ruolo della statuizione giudiziale nella concretizzazione della *fides bona*. Cicerone, d'altronde, ne è pienamente consapevole, dato che rilegge la *sententia Catonis* come espressione diretta di una statuizione giudiziale che crea attraverso la buona fede un nuovo dovere di informazione che, se inadempito, sarà fonte di responsabilità contrattuale (*Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*; Cic. *De off.* III, 67), riletta, come dicevo, perfettamente congrua all'affermazione di Q. Mucio *in iis magni esse iudicis statuere... quid quemque cuique praestare oporteret*. Per la discussione sulla *sententia Catonis* rinvio a *“Bona fides” tra storia e sistema*, cit., p. 49 ss.

determinazione del contenuto del contratto (andando oltre il voluto delle parti), vuoi valutando con maggiore libertà le posizioni e gli equilibri delle parti contraenti (compensazione, *exceptiones*)<sup>58</sup>. Ma come si lasciano le posizioni critiche e contrarie alla codificazione del padre della scuola storica, ci si rende subito conto di come l'incontro tra il principio di buona fede e i codici abbia nuociuto nelle cose al ruolo della prima nel diritto dei contratti. Ciò è abbastanza evidente nel Codice civile francese e nelle interpretazioni su di esso<sup>59</sup>.

La nascita di doveri integrativi rispetto a quelli tipizzati per un certo contratto in un determinato momento storico può, in una fase successiva, costruire la trama di una inclusione di essi nei doveri tipici, acquisendo un valore stabile nel tipo (D. 19, 1, 11, 1)<sup>60</sup>, ma ciò non deve appunto far dimenticare che un tale momento più strettamente creativo vi è stato nella storia dell'istituto.

Un esempio significativo è la garanzia per evizione nel contratto di compravendita. Esso, da «onere» del compratore di addivenire alla stipulazione di garanzia, ad «obbligazione» per il venditore a prestare la garanzia nelle debite forme o a indennizzare il compratore «del pregiudizio patito per non essere stata quella prestata»<sup>61</sup>.

Al riguardo, momento alto di questo movimento di tipizzazione che attraverso la *bona fides* costruisce come tipica nel contratto la garanzia per evizione è un parere di Giuliano nel quale si fissano i limiti di inderogabilità di questo nuovo contenuto del contratto Ulp. l. 32 ad ed. D. 19, 1, 11, 18<sup>62</sup>. La testimonianza esprime una consapevole individuazione della contrarietà alla *bona fides* di una pattizia esclusione parziale (rispetto all'evizione di terzi) e anche totale di detta garanzia, quanto meno nei limiti della restituzione del *pretium*. È stato giustamente sottolineato in dottrina come la regola, che sembra espressamente connessa alla *fides bona*, faccia risaltare, anche contro la

<sup>58</sup> – F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, rist. inalt. ed. 1841, Scientia, Aalen 1981, V, p. 463 ss.

<sup>59</sup> – D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 54 ss.; G. ALPA, «La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali», in: *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., I, p. 155 ss., in particolare p. 160 ss.; qualcosa anche nel mio «*Bona fides*» tra storia e sistema, cit., p. 71-72.

<sup>60</sup> – *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*. Sul passo vd. la discussione della dottrina in *Il problema della resistenza del tipo contrattuale*, cit., p. 37 ss.

<sup>61</sup> – Vd. la ricostruzione esemplare di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, Jovene, 1980 (rist. inalt. I ed.), p. 208-209.

<sup>62</sup> – *...etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret...*

diversa volontà delle parti, l'«oggettiva struttura della fattispecie», struttura che esprime il nesso sinallagmatico tra dazione della cosa e pagamento del prezzo come elemento inderogabile (diversamente, invece, dalla derogabilità della responsabilità per evizione del venditore all'*id quod interest*)<sup>63</sup>.

Credo che il dato non vada ridimensionato e, soprattutto se posto in relazione a Lab. 4 *post. a Iav. epit.* D. 19, 1, 50<sup>64</sup>, evidenzia una certa simmetria di ragionamento nella diversità della situazione esaminata. Nel caso di Labeone, la *regula* fondata sulla *bona fides* (qui concretizzata – a quanto mi è sembrato riconoscere – in un criterio di tollerabilità rispetto agli accadimenti sopravvenuti che incidano sull'equilibrio raggiunto con l'accordo sulla *ultra citro-que obligatio*) scioglieva il rapporto tra rispetto della struttura sinallagmatica della *emptio venditio* e un *alicuius legis beneficium* che ne avesse di fatto compromesso la realizzazione, in favore della prima (almeno fino a quando essa era in atto), fondandola proprio sulla *fides bona*.

Nel caso di Giuliano, la soluzione del giurista scioglie il rapporto tra rispetto della struttura sinallagmatica della *emptio venditio* e limiti di derogabilità pattizia per le parti di detta struttura, a favore della prima, fondandola sulla natura di buona fede del contratto. In questo secondo caso, più del primo, il valore – veicolato dalla *fides bona* – del «rispetto della parola data»<sup>65</sup> – viene ridimensionato dal principio di sinallagmaticità espresso nella struttura della *emptio venditio*, a sua volta fondato sulla *fides bona*.

D'altronde che il potere del giudice di integrare il contenuto del contratto nei *iudicia bonae fidei* non sia inteso dai giuristi romani come arbitrio<sup>66</sup>, ma al contrario come ufficio rispettoso dei precisi ambiti di struttura e di funzione del

<sup>63</sup> – Le parole riportate nel testo sono di M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 241. Importante anche G. IMPALLOMENI, "Il 'pactum de non praestanda evictione' nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne", in: *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 7-9 aprile 1987*, I, La Goliardica, Milano s.d., p. 233 ss., in particolare l'affermazione a p. 237-238: «Si direbbe invocato un momento normativo della buona fede di natura cogente, escludente la possibilità che il compratore possa perdere cosa e prezzo, con conseguente indebito arricchimento del venditore».

<sup>64</sup> – *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compell[e]tur et re sua careret.*

<sup>65</sup> – Sull'importanza del rispetto della parola data tra i significati della *fides bona*, grazie alla mediazione della *fides*, vd., con posizioni non coincidenti, L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 105 ss., e p. 133 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 1 ss.; R. FIORI, "Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche", in: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli, Jovene, 2008, p. 237 ss., in particolare p. 245 ss. e p. 255 ss.

<sup>66</sup> – Così invece A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Aalen, Scientia, 1963, C, [= rist. ed. 1895, II, 1<sup>2</sup>], p. 170 ss., in particolare, nelle conclusioni afferma: «... sich schwerlich eine scharfe Grenze zwischen *aequitas* und *bona fides* und zwischen dem, was der Richter *ex fide bona* und auf Grund seines Arbitriums (*ex arbitrato suo*) zu urteilen befugt ist, wird ziehen lassen».

contratto tipico emerge con chiarezza in Pap. l. 9 *quaestionum* D. 16, 3, 24<sup>67</sup>.

La questione sollevata è relativa agli interessi pecuniari che Sempronio pretende *ante moram* da Lucio Tizio nella restituzione della somma depositata<sup>68</sup>. Per quanto riguarda l'aspetto concreto sul quale l'attenzione di Papiniano era focalizzata, cioè la fondatezza del riconoscimento in sede giudiziale di un *usuras praestare* a carico del depositario *ante moram*, prestazione non prevista dalle parti in sede di conclusione del contratto e pretesa comunque dal deponente, il parere negativo fa leva sulla contrarietà di una tale prestazione alla buona fede e alla natura del deposito. «Schemi differenziati», è stato autorevolmente detto<sup>69</sup>, che concorrono al raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Schemi che peraltro dovevano interagire a mio avviso proprio perché si vuole includere entro una prospettiva di sistema la regola consolidata che *in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*. Tale potere giudiziale di integrazione del contenuto dell'*oportere ex fide bona* che lega depositario a deponente, avvicinato per quanto riguarda la prestazione di *usuras praestare* al potere fondativo del contratto (la *stipulatio*), viene collocato entro un sistema di limiti caratterizzati dalla corretta interpretazione della buona fede. Essa, sul piano dell'*officium iudicis* nel *iudicium bonae fidei* fonderebbe certamente un tale potere, ma tale potere non può non misurarsi con la struttura tipica del contratto. Quest'ultima riflette, infatti, precise distribuzioni di utilità e oneri, che segnano anche per il giudice un confine invalicabile per quanto riguarda il riconoscimento di una prestazione degli interessi *ante moram* in capo al depositario.

Quello che, per Papiniano, il potere del giudice non può fare, è invece ammesso per le parti contraenti, le quali, in sede di conclusione del deposito possono pattuire per il depositario una obbligazione di *usuras praestare* anche *ante moram*, forgiando così la *lex contractus*. La diversa reazione del tipo al potere insito nell'*officium iudicis* nei *iudicia bonae fidei* e al potere creativo della autonomia privata nell'arricchire la normale configurazione del conte-

<sup>67</sup> – «*Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichus actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*». *quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio, sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*»

<sup>68</sup> – Sulla complessità del passo e per una discussione della bibliografia su di esso mi si permetta di rimandare a *Il problema della resistenza del tipo contrattuale*, cit., p. 55 ss.

<sup>69</sup> – Così M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 197-198. Di «*seltsames Nebeneinander*» parla TH. MAYER-MALY, «*Natura contractus*», in: *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum*, I, Amsterdam, 1995, p. 291 ss., in particolare p. 296.

nuto delle obbligazioni nate dal contratto segna una differenza di regime significativa che va sottolineata e non cancellata. Su di essa, per altro, la *interpretatio* medievale di D. 16, 3, 24 (la famosa *lex 'Lucius Titius'*) costruirà la distinzione tra *natura* e *essentia/substantia* del contratto<sup>70</sup>.

Per concludere questo breve *excursus*, il modello di concretizzazione della buona fede nel contratto che i giuristi romani hanno elaborato tiene conto della soppesata tipizzazione delle prestazioni che vengono ad arricchire il contenuto del contratto attraverso la statuizione giudiziale e della resistenza del tipo così costruito che esprime un valore di riferimento nel tempo.

##### 5. 合同, 诚实信用 e ruolo dei giuristi in Cina.

Concludo con due esempi tratti dalla prassi giudiziale in Cina.

Il primo è relativo ad una sentenza del Tribunale di appello della città di Guining, nella provincia del Sichuan dell'11 ottobre del 2001. La parte attrice, la contadina Liu, aveva preso a prestito da un 'consorzio' dei membri della comunità di villaggio una somma di denaro. Liu era sposata con un membro della comunità di villaggio, ma al momento del prestito non era ancora iscritta al registro provinciale e quindi, formalmente, non facendone ancora parte, non avrebbe avuto diritto al prestito. Nel 1999 il 'consorzio' si scioglie ed il governo locale si sostituisce nei rapporti intercorrenti tra lo stesso ed i suoi membri, conservando i vecchi rapporti di prestito, ma senza costituire di nuovi.

Liu, peraltro, già prima del 1999, era risultata inadempiente nella restituzione del prestito, secondo la rateizzazione prevista. Il prestito era stato in ogni caso garantito da Deng, cognata di Liu, con garanzia personale. Mentre la mancata 'registrazione' di essa sul fondo di Deng nel registro immobiliare, impediva la costituzione della garanzia reale<sup>71</sup>.

In primo grado, il governo locale aveva agito contro Liu e contro Deng per la restituzione delle somme prestate, più gli interessi. Il giudice di primo grado, considerato valido il contratto di prestito, impone a Liu la restituzione della somma. Mentre la pretesa nei confronti di Deng si considera non fondata, in quanto mancando l'iscrizione la garanzia reale non si è costituita, conservando peraltro la cognata il vincolo in base alla garanzia personale.

Nel giudizio di appello, Deng sostiene l'invalidità del contratto di Liu, in quanto non essendo membro del consorzio non avrebbe avuto diritto al prestito. Il giudice di secondo grado opta però per una diversa ricostruzione della fattispecie, evidenziando il matrimonio di Liu nel 1997 con un membro del consorzio, acquisendo quindi il diritto di farne parte con il decorso di due mesi. Di qui, secondo il giudice di secondo grado, la piena validità del contratto.

<sup>70</sup> – U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, Torino, Giappichelli, s.d. (ma 1984), p. 110 ss.

<sup>71</sup> – Sulla legge cinese sulla garanzia delle obbligazioni del 1995 vd. A. PETRUCCI, "La legge sulla garanzia delle obbligazioni della repubblica popolare cinese: una prima analisi", in: L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI, *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., p. 175 ss.

D'altronde, il giudice d'appello non si sottrae ad un approfondimento concreto degli interessi coinvolti, precisando che il prestito di Liu era a vantaggio di tutta la famiglia, composta tutta da membri del consorzio. Sebbene, quindi, sia Liu ad apporre firma e/o sigillo al prestito, è tutta la famiglia nella sostanza parte dello stesso.

Per quanto riguarda poi Deng, il marito, in quanto fratello di Liu, è ritenuto dal giudice d'accordo o almeno non contrario alla concessione del prestito.

La buona fede viene, in ogni caso, invocata dal giudice cinese quale criterio che permette di superare le *subtilitates legum* ed andare alla sostanza delle cose. Dato che gli interessi concreti che il prestito mira a soddisfare sono quelli della intera famiglia, Deng risponderà per la metà del debito di Liu, sebbene manchi qualsiasi garanzia reale.

Al di là dei dubbi e della lontananza di un tale modo di procedere logico nell'individuazione della soluzione del caso rispetto ai modelli ai quali siamo più avvezzi in Europa, va evidenziato come per il giudice d'appello la buona fede sia servita per superare argomentazioni formalistiche e approfondire nella sostanza gli interessi coinvolti nella lite in esame.

Il secondo caso: tra la ditta di costruzioni A e la ditta di materiali edili B si conclude un contratto di fornitura di materiali. Nel contratto si prevede l'acquisto da parte di A di 30 carri di materiale sabbioso a 300 *yuen* a tonnellata, da consegnare entro un mese. Subito dopo la conclusione del contratto, il prezzo di mercato del materiale oggetto della fornitura inizia a salire passando da 300 a 350 *yuen*. La ditta B chiede alla ditta A di modificare in diminuzione la quantità di materiale sabbioso da fornire dato l'aumento del prezzo di mercato. La ditta A chiede invece il rispetto del contratto. La ditta B, allora, inizia la consegna del materiale ricorrendo a due carri di tipo 130 (uno proveniente dalla sua struttura, l'altro richiesto ad altra ditta).

La ditta A eccepisce che il sistema di consegna adottato dalla ditta B non è conforme a 'ragione' (*heli* 和理), dato che, sebbene il contratto avesse indicato i trenta carri senza specificarne il tipo, il modello presupposto era quello 'Vento dell'Est'.

Dopo un tentativo fallito di rinegoziazione, la ditta A agisce contro la ditta B per inadempimento doloso degli obblighi contrattuali ed il conseguente risarcimento dei danni. Il convenuto resiste eccependo un errore grave sul criterio convenuto nel contratto di calcolo della consegna del materiale oggetto della fornitura, chiedendo in riconvenzionale l'annullamento del contratto.

Nel commento a questo caso fatto da un autorevole giurista cinese, Wang Liming, si segue un diverso ragionamento:

1) il convenuto (ditta B) non sarebbe inadempiente perché la clausola contrattuale è imprecisa e non chiara e quindi anche l'attore ne sarebbe corresponsabile;

2) il convenuto (ditta B) è inadempiente, perché sebbene non fosse chiara la clausola del contratto relativa al tipo di carro con cui consegnare il materiale, in base agli usi commerciali locali per consegnare il materiale edilizio si intendono impiegati i carri del tipo 'Vento dell'Est'. Il fatto che il conve-

nuto abbia, invece, adempiuto alla fornitura con un carro difforme da quello usuale indica una intenzionale volontà a consegnare una quantità minore di materiale al prezzo pattuito per carro;

3) il comportamento del convenuto (ditta B) risulta quindi in contrasto con la buona fede.

Dal punto di vista dello studioso, quindi, la questione è di interpretazione della clausola dei trenta carri. Egli nega si possa parlare di «*errore grave*» (in realtà letteralmente 重大误解), ragione di invalidità del contratto (così nella *L. sui contratti* del 1999, art. 54-1)<sup>72</sup>. Né si può parlare – secondo Wang Li-ming – di errore grave del solo convenuto, in quanto sebbene questi abbia in buona fede confidato di poter adempiere col carro più piccolo, avrebbe in ogni caso dovuto sapere che in base agli usi locali il normale carro di consegna di materiali edili fosse il carro ‘Vento dell’Est’ e non il carro ‘130’. Se avesse voluto un tipo di carro diverso da quello usuale lo avrebbe dovuto stabilire espressamente nel contratto. In più, nel caso di specie, vi sarebbe un indizio del fatto che il convenuto si sia allontanato volontariamente dagli usi commerciali del luogo, non ricorrendo ai carri della sua struttura imprenditoriale (quelli consueti ‘Vento dell’Est’), ma quelli del tipo ‘130’, facendosene prestare uno addirittura da terzi.

Secondo lo studioso cinese, quindi, solo in apparenza il convenuto non avrebbe violato quanto convenuto consegnando trenta carri di sabbia col tipo ‘130’. Ciò facendo, infatti, egli avrebbe rispettato la lettera del contratto, ma non la sua sostanza. Più precisamente egli ha violato il principio di buona fede. Il soggetto che opera nel mercato deve essere ‘sincero e onesto’, senza frodare la controparte. Nell’adempimento, al di là del silenzio o della non chiarezza della lettera del contratto, la parte si deve attenere ad un modello di comportamento leale, onesto, collaborativo e riservato.

Si tratta, quindi, di un modello oggettivo al quale i comportamenti delle parti si devono attenere, ma è anche un mezzo guida dell’interpretazione della legge e delle clausole contrattuali.

Questo caso mi sembra indicativo e per così dire assume ai miei occhi un

<sup>72</sup> – *Zhongda wujie* (incomprensione; *misunderstanding* in ingl.). In cinese, in realtà, vi è segno più specifico per rendere il significato del concetto romanistico di errore (*Irrtum* in tedesco, *mistake* in inglese), cioè 错误 (*cuowu*); vd. al riguardo puntualmente le traduzioni in cinese del Codice civile italiano nel 1997 e del Codice civile argentino nel 2007; *Codice civile italiano*, 意大利民法典 trad. in cin. FEI ANLING - DING MEI, cit., artt. 1427 ss., p. 378 ss.; 阿根廷民法典, trad. in cin di XU DIYU, Beijing, 2007, artt. 923 ss., p. 228 ss. Il problema esiste in quanto 误解 utilizzato nella *L. sui contratti* del 1999 sembrerebbe abbracciare un ambito di significati più ampio di 错误, non soltanto quindi le ipotesi di errore proprie della tradizione civilistica fondata sul diritto romano, ma anche ambiti che evocano l’idea di *misunderstanding* strettamente collegata nella tradizione di diritto inglese al problema della *misrepresentation*, del *mutual mistake*, distinto dal *common mistake*. Sulla prospettiva di *common law* in materia in rapporto alla categoria romanistica dell’*error* vd. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 121 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kluwer, Deventer - Boston 1990, p. 600 ss.

valore esemplare per comprendere la dialettica fruttuosa che può aversi anche in Cina da un lato tra diritto tradizionale e diritto introdotto dalla nuova legge sui contratti, d'altro lato tra l'enunciazione della buona fede nella legge e sua attuazione da parte dei giudici, delicata operazione che deve essere filtrata e guidata dai giuristi.

Dal primo punto di vista, altamente significativo è il tentativo dell'attore di riportare ad un argomento tradizionale, la nozione di *heli* nel senso di conforme a ragione, l'interpretazione della clausola contrattuale. Di fronte ad esso, la linea scelta dal convenuto è quella di seguire la regola fissata nella legge per riconoscere vincolatività al contratto, chiedendo l'annullamento del contratto per 'errore' grave.

Il giurista indica, però, al giudice una terza via, quella della interpretazione della clausola secondo buona fede. Si dà cioè prevalenza al principio, rispetto alla legge e ad una regola tradizionale. Direi che questo è il terreno sul quale la prassi contrattuale in Cina si misurerà nei prossimi decenni.