

# Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 4

Maria Floriana Corsi   Paul J. du Plessis  
Roberto Fiori   Patrizia Giunti  
Paola Lambrini   Maria Miceli  
Antonio Saccoccio   Martin J. Schermaier

a cura di  
Roberto Fiori

*Estratto*

Jovene Editore  
2011

Il volume è stato interamente finanziato con i fondi PRIN 2007, nell'ambito del progetto *Modelli di responsabilità nella storia del diritto*, dall'Unità di ricerca costituita presso il Dipartimento di Storia e teoria del diritto dell'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2011

ISBN 978-88-243-2070-2

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia



ROBERTO FIORI

## BONA FIDES

FORMAZIONE, ESECUZIONE E INTERPRETAZIONE  
DEL CONTRATTO NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA  
(Parte seconda)

*in ricordo di Feliciano Serrao*

### III.

IL MODELLO ROMANO: DALLE ORIGINI AL I SECOLO D.C.

#### 1. *Premessa.*

Nella prima parte di questa ricerca<sup>1</sup> abbiamo rilevato che è piuttosto recente, nel diritto civile italiano, la valorizzazione della buona fede come parametro di individuazione di doveri contrattuali diversi da quelli espressamente previsti dalle parti e dalla legge. La reazione della dottrina a una affermazione particolarmente forte della Cassazione, che aveva ridotto la buona fede a una formula sostanzialmente retorica, ha determinato negli anni sessanta del Novecento, soprattutto sull'esempio del diritto tedesco, la rivalutazione del ruolo della nozione che è oggi in larga misura condivisa da dottrina e giurisprudenza.

La posizione della Cassazione non nasceva, naturalmente, dal nulla, ma riproduceva l'atteggiamento abbastanza ostile che aveva caratterizzato la scienza giuridica e le corti europee nell'Ottocento. Sono problemi sui quali avremo modo di soffermarci nel prosieguo

---

<sup>1</sup> Pubblicata in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 127 ss. Il riferimento in testo è alle pp. 172 ss.

della ricerca<sup>2</sup>, ma possiamo sin d'ora ricordare che la pandettistica tedesca si era alquanto disinteressata della buona fede cd. oggettiva, considerata una nozione etica sostanzialmente estranea alla dimensione giuridica, concentrandosi invece sulla buona fede possessoria<sup>3</sup>; e che anche in Francia e Italia si era giunti a sostenere che interpretare ed eseguire un contratto secondo buona fede significa interpretarlo ed eseguirlo in stretta aderenza all'accordo espresso dalle parti<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Vi ho accennato in R. FIORI, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo (Atti Padova 2005)*, Napoli, 2007, 36 ss. (che qui sostanzialmente riporto).

<sup>3</sup> Al punto che le concrete esigenze della vita economica parrebbero essere state risolte dalla giurisprudenza passando per l'impiego dello strumento parzialmente coincidente dell'*exceptio doli*: cfr. F. RANIERI, *Dolo petit qui contra pactum petat. Bona Fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts*, in «Ius Commune», IV, 1972, 177 ss.; ID., *Alienatio conualescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*, Milano, 1974, 39 ss.; ID., *Eccezione di dolo generale*, in «Digesto<sup>4</sup>» (disc. priv. sez. civ.), VII, Torino, 1991, 315 ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, 86 ss. Sul silenzio della pandettistica è sufficiente rinviare a quanto scritto da D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano 1970, 111 ss., 132 ss., 177 ss.: al di là della nota controversia tra Bruns e Wächter, che porterà ad una precisa distinzione tra buona fede cd. soggettiva e oggettiva, l'attenzione dei pandettisti è indirizzata essenzialmente alla buona fede possessoria. Questo stato di cose non muta nei primi anni successivi all'entrata in vigore del BGB, dove pure il legislatore inserisce i paragrafi sulla 'Treu und Glauben' (sulla cui formazione cfr. per tutti J. SCHMIDT, § 242, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*<sup>12</sup>, Berlin 1983, 26 ss. [Rn. 15 ss.]), non immediatamente valorizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza fino al momento in cui la crisi economica successiva alla prima guerra mondiale spingerà l'una e l'altra ad utilizzare il principio come clausola generale (anche) equitativa (cfr. per tutti la sintesi di R. ZIMMERMANN - S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, in R. ZIMMERMANN - S. WHITTAKER [eds.], *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, 20 ss.). In Francia la situazione è teoricamente migliore, perché le regole di buona fede sono principi codificati, cosicché gli interpreti possono considerarle quale diritto positivo (non mi sembra fondata l'ipotesi di CORRADINI, *op. cit.*, 54 ss., di una netta opposizione della Scuola dell'esegesi: cfr. FIORI, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, cit., 38 nt. 37), ma a partire dalla fine del secolo le conseguenze dell'impostazione positivista appaiono maggiormente marcate, e le norme sulla buona fede e l'equità vengono sostanzialmente neutralizzate.

<sup>4</sup> Cfr. per tutti CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., *passim* (ad es. 70 e 296).

Questa prospettiva è stata pienamente condivisa dalla romanistica del Novecento. Innanzitutto, se si guarda ai manuali – che costituiscono un genere letterario spesso (troppo) in ritardo rispetto agli sviluppi della ricerca – ci si avvede che al di là di un riferimento, per lo più insoddisfacente, ai *iudicia bonae fidei*, non si fa alcun accenno alla buona fede oggettiva come nozione, mentre ci si sofferma su quella soggettiva, proseguendo quel silenzio che aveva caratterizzato i manuali di Pandette. Ma anche negli studi più specifici resta forte il legame con le impostazioni dell'Ottocento e in particolare con il dogma della volontà, pur entrato in crisi – salvo recenti riviviscenze – in sede di ricostruzione storica della concezione romana del contratto<sup>5</sup>. È emblematico al riguardo il fatto che ancora pochi anni or sono è stata riaffermata – da una voce autorevolissima, e dunque particolarmente influente – l'impostazione corrente nella prima metà del secolo scorso di un originario valore della buona fede come 'rispetto della parola data', dal quale si sarebbe solo in seguito sviluppato quel significato di 'correttezza' che avrebbe permesso alla nozione di intervenire sullo stesso accordo introducendo obblighi accessori e addirittura correggendo soluzioni non adeguate<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Su questi problemi rinvio a quanto scritto in R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 176 ss.; ID., *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *Fides humanitas ius. Studii L. Labruna*, III, Napoli, 2007, 1955 ss.; ID., *Contrahere in Labeone*, in corso di pubblicazione negli scritti in onore di Michel Humbert. Non riesco a comprendere come S. TAFARO, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi A. Burdese*, IV, Padova, 2003, 571 ss. possa definire 'pandettistica' la posizione di quegli studiosi come Pernice, Perozzi, Bonfante che, reagendo al dogma della volontà – questo sì pandettistico – rilevarono che il contratto romano si impernia più sul vincolo che sul consenso.

<sup>6</sup> Cfr. in particolare Fr. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 151 ss., il quale sosteneva che la *fides* – che non si differenzierebbe dalla *bona fides*, trattandosi di costruzione tautologica (*ibid.*, 154; l'idea è ripetuta in A. DÍAZ BAUTISTA, *La buona fede nel senatoconsulto Giuvenziano*, in GAROFALO [a cura di], *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., I, 489) – indicherebbe «die Bindung an das Wort, das Sichgebundenfühlen an seine Erklärung» (*ibid.*, 151), rilevando che il principio era nei contratti tanto forte che in diritto romano non sarebbe possibile la risoluzione – i testi che ne parlano sarebbero interpolati: *ibid.*, 153 s. Da questo valore primario si sarebbe sviluppato un significato secondario di 'Redlichkeit' come: «Treu und Glau-

La dottrina non riesce però a spiegare come, da un nucleo originario coincidente con il rispetto della parola data, si siano potute sviluppare funzioni che sembrerebbero a questo opposte, ossia la possibilità di integrare il contenuto del contratto al di là dei *verba* delle parti e addirittura di correggere l'accordo. Il che fa sorgere sin d'ora il dubbio che alla base di una simile interpretazione delle fonti romane possa esservi una sotterranea influenza di concezioni moderne.

Un primo obiettivo di questa ricerca sarà dunque di verificare sui testi se lo sviluppo immaginato dalla dottrina dominante sia effettivamente ipotizzabile.

Un secondo obiettivo è al primo strettamente connesso, e consiste nel determinare le funzioni della *bona fides* nell'esperienza ro-

---

ben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte» (*ibid.*, 154 s.) – la formula, a ben vedere, del § 242 BGB. Settant'anni dopo ritroviamo le medesime posizioni nel contributo, impressionante per dottrina e profondità, di M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., IV, 1 ss., per il quale la *bona fides* avrebbe avuto come «compito originariamente più importante quello di imporre il rispetto della parola data» e a questo avrebbe solo gradualmente affiancato l'ulteriore funzione «di correggere soluzioni non adeguate, di introdurre obblighi complementari», nella quale «era decisivo il generale principio di correttezza nello svolgimento del rapporto» (la citazione è *ibid.*, 186 s., ma è una ricostruzione che permea l'intero contributo). Cfr. anche H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS», XI, 1890, 184 ss.; S. CONDANARI-MICHLER, *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti C. Ferrini*, III, Milano, 1948, 90 ss.; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 423 ss.; A. BECK, *Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht*, in *Aequitas und Bona fides. Festgabe A. Simonius*, Basel, 1955, 9 ss., spec. 14; P. FREZZA, *Fides bona*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 10 = *Scritti*, III, Roma, 2000, 204; F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, 138 e 151 ss.; M. V. SANSÓN RODRIGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., III, 300 s.; G. SANTUCCI, *Fides bona e societas: una riflessione*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., III, 366 ss.; TAFARO, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, cit., 570. In molti casi il valore della *bona fides* come rispetto della parola data viene inteso nel senso di una contrapposizione con il dolo, cui si sarebbe successivamente affiancato un più ampio dovere di correttezza: cfr. ad es. A. ALEMÁN MONTERREAL, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio: a proposito de la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., I, 143 e 145.

mana, per comprendere se davvero essa possa essere considerata al pari di una ‘Leerformel’, ossia di un criterio variabile – non solo nel tempo, ma anche nella medesima società – in relazione sia alle «differenti valutazioni soggettive presenti nella società sulla buona fede e sulla correttezza, sia – oggettivamente – in funzione del mutare della concreta situazione, quando un identico comportamento si ponga in uno scenario complessivo diverso»<sup>7</sup>.

Ad altri problemi molto discussi in dottrina – come quello del rapporto con la *fides* arcaica; della natura etica o giuridica della nozione; dell’origine pretoria o civile dei *iudicia bonae fidei* – potremo dedicare meno spazio, essendo già stati affrontati in altri lavori che saranno di volta in volta richiamati<sup>8</sup>.

## 2. *Fides e bona fides*<sup>9</sup>.

2.1. *La fides arcaica*. – Nel tentare di comprendere la natura e il ruolo della *bona fides* nell’esperienza giuridica romana è necessario tener presente il contesto culturale entro cui essa è stata elaborata, verisimilmente tra il IV e il III sec. a.C.

L’ipotesi al riguardo più probabile è infatti che il concetto di buona fede sia debitore, da un lato, dell’arcaica nozione giuridico-religiosa di *fides*; dall’altro, del criterio del *bonum*.

<sup>7</sup> TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 19.

<sup>8</sup> Per ragioni di spazio, si pubblica qui solo una prima parte della ricerca sulla *bona fides* nel diritto romano, dalle origini al I sec. a.C. È opportuno ulteriormente precisare che, in linea con una prassi sostanzialmente unanime, l’analisi è limitata agli usi della buona fede connessi con i *iudicia bonae fidei*, ossia a quella che nel diritto attuale viene denominata buona fede oggettiva. Infatti, per quanto non possa scartarsi l’ipotesi di una genesi comune delle due nozioni (cfr. *infra*, § 2.2), e benché le fonti romane non abbiano mai operato una distinzione teorica tra le due accezioni, restituendo anzi talora la sensazione che anche negli usi ‘oggettivi’ tendano a inserirsi sfumature ‘soggettive’, credo che nelle testimonianze della giurisprudenza romana le funzioni delle due accezioni di buona fede siano sufficientemente distinte da poter essere affrontate separatamente.

<sup>9</sup> Nel presente paragrafo è in larga parte riassunto quanto scritto in R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 237 ss., con alcune aggiunte. Mi limito perciò ai riferimenti essenziali.

La nozione di *fides* è centrale nella rappresentazione arcaica dell'ordine giuridico. Legata particolarmente a *Iuppiter* – che dell'ordine è *rex* – non solo nella veste divinizzata di *Fides*, ma anche in quell'epiclesi antichissima di Giove rappresentata da *Dius Fidius*, essa ha la funzione di costituire, tra i membri del gruppo e nei rapporti internazionali, rapporti diversi da quelli – quali ad esempio la *gens* o la *familia* – che potremmo definire 'naturali'.

Questa funzione viene adempiuta essenzialmente in due forme.

In un primo senso, costituendo il parametro per relazioni codificate dai *mores* anche nel contenuto. Ne sono un esempio la *clientela*, ossia il rapporto verticale tra un gentile detto *patronus* e non-gentili denominati *clientes*, i cui obblighi risultano fissati già in età antichissima, secondo le fonti all'epoca della fondazione della città. O ancora le associazioni aristocratiche tra *gentiles* denominate *sodalitates*, costruite su un sistema di comportamenti di 'fedeltà' che in parte risale addirittura al passato indoeuropeo. Valenze 'tipiche' – che nelle epoche successive si perpetuano nei rapporti internazionali come *amicitia*, *hospitium*, ecc. – dove i doveri delle parti non discendono solo dalle specifiche promesse, ma sono soprattutto codificati nella prassi e 'naturalmente' richiamati dal 'tipo' di rapporto.

In un secondo senso, determinando vincoli non codificati nel contenuto dai *mores*, attraverso l'adozione di uno strumento 'aperto' come il giuramento, che permette di dar vita a un rapporto le cui regole sono dettate unicamente dai *verba* del giurante.

Questa duplicità di valenze ha determinato, in dottrina, altrettante posizioni interpretative.

Gli autori più attenti alle risultanze delle fonti hanno riconosciuto la complessità del principio, tentando di ricondurre a unità le due valenze. Si è così ipotizzato che la prima fosse originaria, coincidendo la *fides* con il 'potere' di una parte sull'altra, che a tale potere si abbandonerebbe. Solo successivamente il rapporto si sarebbe trasformato, giungendo a ricomprendere anche la 'sottomissione virtuale' di chi presta la *fides*, attraverso il valore impegnativo della parola<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, spec. 133 ss., seguito da D. NÖRR, *Aspekte der römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*,

Altri hanno concentrato la propria interpretazione solo sul rapporto tra *fides* e giuramento – forse anche condizionati dal fatto che le fonti (al più) tardo-repubblicane a noi pervenute, scomparsi gli istituti del diritto arcaico, mettevano in risalto soprattutto questa funzione – e hanno rappresentato la *fides* essenzialmente come principio di vincolatività della parola data<sup>11</sup>.

Nessuna di queste spiegazioni appare però soddisfacente. Non la seconda, che evidentemente si basa su un'analisi incompleta dei testi. Ma neanche la prima, perché a ben vedere non è dato ravvisare alcun 'potere' in capo al *patronus* o al *princeps* della *sodalitas* o al *tutor*: un potere può talora accompagnarsi alla prestazione di *fides*, ma quest'ultima non è in sé una nozione potestativa. Non si spiegherebbe, altrimenti, perché nei *mores* predecemvirali non solo il cliente, ma anche il patrono incorresse nella sanzione della *sacratio* quando avesse infranto la *fides*: non certo perché il cliente avesse un 'potere' nei confronti del patrono, ma in quanto la violazione della *fides* determinava in sé un illecito sanzionato dal *ius*<sup>12</sup>.

In realtà, per comprendere il valore della nozione di *fides* occorre ricordare che essa svolge, linguisticamente, il ruolo di sostantivo del verbo *credo*<sup>13</sup>, che in senso proprio significa 'compiere un atto di rico-

---

München, 1989, 146 ss. Cfr. anche G. VON BESELER, *Fides*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Roma, 1934, 135 ss. ed É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 1976 (tit. or. *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes*, Paris, 1969), 88.

<sup>11</sup> SCHULZ, *Prinzipien*, cit., 151 ss.; HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides*, cit., 423 ss.; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 40 nt. 129. Cfr. anche G. FREYBURGER, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986, spec. 319 ss.

<sup>12</sup> In realtà, la pena del *sacer esto* – che permette a chiunque, anche a soggetti sprovvisti di qualsiasi 'potere', di uccidere il reo – è verisimilmente stata utilizzata, in questo come in altri contesti, proprio per l'assenza di un potere coercitivo in capo alle parti del rapporto. Sulla *sacratio* come rimedio a 'vuoti di potere' cfr. R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, spec. 518 ss.

<sup>13</sup> Cfr. per tutti A. WALDE - J. B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, I<sup>3</sup>, Heidelberg, 1954, 286 s.; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*<sup>4</sup>, Paris, 1959 (rist. 2001), 148 s.; J. POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*, I<sup>3</sup>, Tübingen-Basel, 1994, 117 e 580. Isolato A. PARIENTE, *Sobre la etimologia de 'credere'*, in «SDHI», XIX, 1953, 340 s. (*crēdere* < \**crēddere*

noscimento delle capacità o del ruolo dell'altro (eventualmente nell'attesa di una remunerazione). La *fides* è la capacità di un soggetto di essere oggetto di un tale riconoscimento, il suo 'credito', la sua affidabilità.

Naturalmente, ciò determina un valore sociale della nozione: in una società classista come quella romana, l'affidabilità di un soggetto si lega alle sue condizioni economiche e sociali. Ciò spiega sia il rapporto spesso riscontrabile nei testi latini tra il termine *fides* e concetti come quelli di *honor*, *decus*, *fama*, *dignitas*, ecc.<sup>14</sup>, sia il fatto che la *fides* si caratterizza sin da età risalente per essere un attributo soprattutto della classe dirigente, dei *boni* (*optimi*, *optimates*), dei *sani* (*sannates*), dei *fortes*, dei *probi*. Nella cultura aristocratica delle origini, i ricchi e i potenti – non diversamente dagli *ἀγαθοί* greci – sono considerati maggiormente 'affidabili' sia per la loro possibilità di garantire protezione e tutela in misura maggiore dei deboli, sia per l'essere meno condizionabili, così da avere maggiore *auctoritas*, sia perché il *bonus vir*, per restare 'affidabile' agli occhi del gruppo, deve comportarsi in modo *honestum*, ossia in conformità a tutti i doveri di condotta che attengono al suo *honor*. Se non sarà 'affidabile', se non dimostrerà di essere *constans* e *gravis*, diverrà *inconstans ac levis*: la violazione della *fides* trasformerà il *bonus* e *probus* in *malus et improbus*, ossia in un paria che non ha alcun credito. E data la necessaria corrispondenza tra comportamento e *status*, la mancanza di *fides* determinerà anche una diminuzione socio-giuridica che potrà condurre addirittura alla perdita di ogni diritto, alla 'separazione' (*sacratio*) dal gruppo: in una realtà come quella della Roma arcaica, in cui la certezza dei rapporti giuridici dipende dalla loro 'testificabilità' e le attività negoziali e processuali poggiano in larga misura sull'eterogaranzia, il possesso della *fides* è infatti essenziale alla sopravvivenza del soggetto nel gruppo, mentre l'*improbitas* determina come effetto l'im-

---

< \**crēt[ō]-dare*: 'dar en prestamo, dar prestado'). Non appaiono chiare le ragioni linguistiche che hanno indotto L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla bona fides*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 53, a qualificare come erronea l'ipotesi di un legame tra *fides* e *credo*.

<sup>14</sup> Cfr. per tutti J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*<sup>2</sup>, Paris, 1972, 362 ss.; FREYBURGER, *Fides*, cit., 41 ss.

possibilità di fornire prove a favore di terzi o di invocare l'intervento di terzi a prova del proprio interesse, coincidendo sostanzialmente con la morte civile<sup>15</sup>. D'altronde la stessa *fraus*<sup>16</sup>, tra i cui valori primari sembra essere individuabile sin da età arcaica l'infrazione della *fides*<sup>17</sup>, non sembra avere alle origini alcuna connotazione soggettiva<sup>18</sup>, indicando in senso oggettivo l'effetto dannoso di un comportamento antigiusuridico<sup>19</sup>. Questo valore si conserva ancora nelle fonti del I secolo a.C.<sup>20</sup>, e addirittura negli usi della giurisprudenza del princi-

<sup>15</sup> FIORI, *Fides e bona fides*, cit., 242 ss.; ID. *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, 112 ss.

<sup>16</sup> Sulla nozione cfr. H. KRÜGER-M. KASER, *Fraus*, in «ZSS», LXIII, 1943, 117 ss.; L. FASCIONE, *Fraus legi*, Milano 1983, 12 ss. (*fraus* nelle XII tavole); F. SERRAO, *Fraus*, in «Enciclopedia Virgiliana» II, Roma 1985, 588 ss.

<sup>17</sup> Cfr. ad es. Dion. Hal. 2, 10, 1 (προδοσία; cfr. anche Plut. *Rom.* 13, 7-8), e Serv. *Aen.* 6, 609 = tab. 8, 21 sulla *fraus* nel rapporto di *clientela* (sulla relazione tra la norma predecemvirale e quella delle XII tavole è da seguire F. SERRAO, *Patrono e cliente da Romolo alle XII tavole*, in *Studi A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 293 ss.; ID., *Fraus*, cit., 588 ss.); Gell. 20, 1, 49 = tab. 3, 6, sull'assenza di *fraus* in una distribuzione non proporzionale dei brani del corpo dell'*addictus* diviso tra i creditori (cfr. anche Cass. Dio fr. 4, 17, 8 [BOISSEVAIN, I<sup>2</sup>, 45] per il *ius* predecemvirale; sul rapporto tra le due norme cfr. FIORI, *Homo sacer*, cit., 255 ss.). Ancora più antica è la formula feziale contenuta in Liv. 1, 24, 5, che si inserisce all'interno del procedimento di un *foedus* (su cui cfr. per tutti A. CALORE, *Per Iovem Lapidem. Alle origini del giuramento*, Milano, 2000, 40 ss.). Altri testi sono raccolti da KRÜGER - KASER, *Fraus*, cit., 169 ss. Non parrebbero essere riferibili alla *fides* Cic. *leg.* 2, 60 = tab. 10, 8 (relativo a norme suntuarie) e Cic. *leg.* 2, 60 e Plin. *nat. hist.* 21, 3, 7 = tab. 10, 7 (in cui non è certa la presenza del termine).

<sup>18</sup> Un primo dato di 'soggettività' è riscontrabile nella *lex de vere sacro vovendo* riportata da Liv. 22, 10, 5 al 217 a.C. (ma la formula potrebbe essere più antica), in cui però l'affermazione *si quis rumpet occidetve insciens, ne fraus esto* conserva l'uso di *fraus* nel senso di danno, non sembrando implicare un rapporto necessario tra la *scientia* (da intendere come dolo: cfr. M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiusuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 279 nt. 21) e la *fraus* (nel senso che la *fraus* sia non il generico danno ma quello causato con dolo).

<sup>19</sup> Non sarei d'accordo con KRÜGER - KASER, *Fraus*, cit., 135, nel parlare di generico «Rechtsbruch», e non ancora di «Strafe oder Schaden»: la violazione è per lo più descritta nelle fonti come *fraus* nei confronti di qualcuno, il che va al di là della generica antigiusuridicità, implicando un riferimento al soggetto che la subisce e ne è danneggiato (i due autori ritengono il dato irrilevante – cfr. *ibid.*, 136 – ma cfr. ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire*<sup>4</sup>, cit., 252).

<sup>20</sup> Le fonti sono state raccolte da KRÜGER - KASER, *Fraus*, cit., 123 ss.

pato<sup>21</sup>. L'evoluzione verso una parziale sinonimia con il dolo è lenta, e passa per una fase in cui il danno indicato con *fraus* si lega sempre più a termini come *consilium*, *scientia*, *dolus malus*<sup>22</sup>.

Dato il valore 'sociale' della *fides*, il suo impiego nella costruzione di rapporti socio-giuridici riconosciuti dal gruppo al di là dei legami gentilizi e familiari (*clientela* e *sodalitas*) appare ovvio. Ma si chiarisce anche il legame tra *fides* e giuramento.

Il *ius iurandum* è infatti vincolante non perché la parola data (intesa come manifestazione di volontà del giurante) abbia valore in sé, ma perché essa deve essere informata – per usare le parole di Cicerone – alla *constantia* (nei giuramenti promissori) e alla *veritas* (nei giuramenti assertori)<sup>23</sup>, ossia a qualità del *vir bonus* come persona 'affidabile'. Per comprendere il rapporto tra *fides* e giuramento occorre infatti ricordare che alle origini la *veritas* cui il *ius iurandum* deve essere informato è una verità 'cosmica': nel pensiero arcaico la verità è il principio di corrispondenza tra il detto (o il fatto) e il mondo ordinato secondo giustizia, al punto che le radici dei termini latini *verum* e *fides* ricorrono in altre lingue ad indicare il giuramento o il comportamento conforme all'ordine cosmico. Le parole e i comportamenti del *bonus vir* devono essere conformi al *verum*, perché la falsità è un atto caotico che mette in crisi l'ordine cosmico, su cui poggia anche lo *status* del giurante<sup>24</sup>.

2.2. *L'origine della bona fides*. – La capacità della *fides* arcaica di indicare il concreto 'credito' di ogni singolo soggetto all'interno del gruppo, in stretta connessione con il suo *status*, discende dal fatto che essa opera in una comunità circoscritta nella quale lo *status* e dunque la *fides* di ciascuno sono noti, chiari e definiti.

Quando però Roma si apre al confuso e mutevole mondo dei mercati e dei traffici internazionali, i rapporti si realizzano tra persone che – non appartenendo alla medesima comunità – non hanno contezza l'uno del 'credito' dell'altro. È possibile allora che la prassi

<sup>21</sup> Fonti in KRÜGER - KASER, *Fraus*, cit., 140.

<sup>22</sup> KRÜGER - KASER, *Fraus*, cit., 149 ss., 154 ss.

<sup>23</sup> Cic. *off.* 1, 23.

<sup>24</sup> FIORI, *Fides e bona fides*, cit., 246 s.; ID., *Bonus vir*, cit., 84 ss., 97 ss. e 130 ss.

commerciale abbia sviluppato, e che il pretore romano abbia adottato – ma è verisimile anche il contrario, così come è probabile che la novità sia stata introdotta, per il tramite del pretore, su impulso dei giuristi – un parametro oggettivo, astratto, desunto dall’esperienza romana ma imposto anche agli stranieri che avessero chiesto una tutela entro la *iurisdictio* del pretore romano.

Questo parametro astratto è una *fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto, delle quali non si verifica – non può verificarsi – lo *status*, l’affidabilità. Si richiama piuttosto un paradigma comportamentale espresso dalla figura del *bonus vir*<sup>25</sup>. Nasce così una peculiare forma di *fides*, la *bona fides*<sup>26</sup>, che – è bene ricordarlo – non si sostituisce del tutto alla *fides*, ma interviene quasi unicamente nel contesto del diritto privato<sup>27</sup>, e anzi nel solo ambito processuale dei *iudicia bonae fidei*<sup>28</sup> – dei giudizi cioè in cui, come vedremo, il giudice doveva tener conto del principio della buona fede cd. ‘oggettiva’ – dai quali verisimilmente discende anche la buona fede cd. ‘soggettiva’<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. in questo senso già KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., 177; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*<sup>2</sup>, II.1, Halle, 1895, 170 s.; W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, Weimar, 1939, II, 6 s.; LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 181; M. J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, in ZIMMERMANN - WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, cit., 82.

<sup>26</sup> Non mi sembra giustificata l’ipotesi di KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., 170 ss., che si sia passati da una originaria *fides bona* (in cui l’aggettivo sarebbe stato sostanzialmente superfluo, posto che la *fides*, pur essendo tendenzialmente *vox media*, senza aggettivi avrebbe avuto valore positivo) alla *bona fides*, nella quale si indicherebbe una vera e propria specificazione del concetto di *fides*. Non è dato infatti notare nelle fonti una evoluzione cronologica nella posizione dell’aggettivo.

<sup>27</sup> È un po’ forzato sostenere che la *bona fides* «non ricorre altrove nell’intera letteratura latina», se non nelle testimonianze relative alle formule, come sostiene LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 179 (il giudizio è parzialmente mitigato *ibid.*, nt. 34), benché nelle altre fonti siano usi effettivamente solo avverbiali: cfr. E. FRAENKEL, *Fides*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VI.1, Leipzig 1913, 680 s.

<sup>28</sup> Le poche evenienze esterne a questo ambito sono raccolte e discusse da TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 283 ss.

<sup>29</sup> Che resta fuori dalla nostra indagine: chi scrive ritiene verisimile lo sviluppo prospettato da LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 209 ss.

Da quanto detto sinora risulta peraltro verisimile che – contrariamente a quanto in genere si ritiene – la genesi della *bona fides* debba essere rintracciata interamente nel *ius civile*, e più specificamente in quella parte del *ius civile* che sin da epoca risalente era aperta agli stranieri, il *ius gentium*: l'origine pretoria del *ius gentium* e dei *iudicia bonae fidei* non risulta infatti da alcuna fonte ed è il risultato della proiezione, sulla realtà romana, delle concezioni positivistiche degli interpreti<sup>30</sup>.

Ma quali sono le ragioni della nascita di questa nuova nozione e di un tipo di processo formulare imperniato su di essa al punto da determinare la nascita di una opposizione tra *iudicia* in cui il giudice può tener conto della buona fede (*iudicia bonae fidei*) e *iudicia* – individuati residualmente – in cui gli è interdetto (*iudicia stricti iuris*)?

Come abbiamo detto, è stato autorevolmente sostenuto che il nucleo primigenio e fondamentale della buona fede risiederebbe nel 'rispetto della parola data', ponendosi così in un rapporto privilegiato con l'affermazione del consenso in ambito contrattuale, essendosi sviluppato solo successivamente un suo valore come strumento di integrazione e correzione del contenuto contrattuale<sup>31</sup>. Tuttavia – al di là di quanto emergerà dall'analisi dei frammenti dei *prudentes* – possiamo osservare sin d'ora che una simile ipotesi è estremamente problematica.

In primo luogo abbiamo avuto modo di rilevare<sup>32</sup> che già la *fides* arcaica costituiva un parametro di riferimento per doveri oggettivamente presenti nel rapporto, a prescindere dalla loro esplicitazione, cosicché è piuttosto improbabile che la *bona fides* abbia prima perso e poi recuperato una simile funzione.

In secondo luogo i *iudicia bonae fidei* non sono circoscritti alle *obligationes consensu contractae*, comprendendo anche rapporti come

<sup>30</sup> R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*, in «BIDR», CI-CII, 1998-1999, 165 ss.; ID., *Ea res agatur*, cit., 221 s.; ID., *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, cit., 26 ss.; ID., *Fides e bona fides*, cit., 252 ss.

<sup>31</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>32</sup> Cfr. *supra*, § 2.1

la *tutela* e la *negotiorum gestio* e alcune *obligationes re contractae*<sup>33</sup>, e potendo riferirsi anche a rapporti atipici tutelati con un *agere praescriptis verbis* la cui *intentio* si riferisse a un *oportere ex fide bona*. In quest'ultimo caso, in particolare, ci si dovrebbe chiedere perché, nel lavoro compiuto dalla giurisprudenza per riconoscere una protezione ai contratti atipici, la *bona fides* non sia mai richiamata dai giuristi come criterio fondante<sup>34</sup>, e per quale ragione il rapporto (che si suppone) privilegiato tra buona fede e consenso non abbia condotto al riconoscimento di una immediata tutela ai contratti atipici, basata sul semplice consenso<sup>35</sup>.

In realtà, tra la *bona fides* e il consenso non può esservi, in diritto romano, alcun rapporto privilegiato. La concezione romana del contratto è infatti basata non sul consenso, ma sul vincolo obbligatorio: è *contractus* – ricevendo tutela in via di azione – non ogni *pactum*, ma solo l'accordo che cada in un *oportere* tipico, cosicché ai fini dell'identificazione della categoria 'contratto' non rileva tanto la prestazione del consenso quanto l'obbligazione, la quale nasce non solo *consensu*, ma anche *re, verbis o litteris*<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Al riguardo, non mi sembra sufficiente sostenere che queste avrebbero avuto inizialmente una tutela estranea alla *bona fides*, mediante *formulae in factum* (TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 61 ss.), perché occorrerebbe comunque spiegare la ragione per cui, a un dato momento, si sia ritenuto di tutelare anche queste con formule ispirate al principio della buona fede – ossia, secondo l'ipotesi qui criticata, al principio della vincolatività dell'accordo – senza trasformare il rapporto in consensuale. Rispetto ad altri rapporti, e in generale sulla questione dell'elenco dei *iudicia bonae fidei* cfr. per tutti ID., *Processo civile (diritto romano)*, in «ED», XXXVI, Milano, 1987, 64 nt. 457.

<sup>34</sup> Lo riconosce lo stesso TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 53 ss.

<sup>35</sup> Per superare questo ostacolo non basta affermare che il pretore e i giuristi avrebbero trovato nella tipicità contrattuale un limite alla portata del principio della buona fede, non riconoscendo carattere vincolante a qualsiasi assetto d'interessi su cui fosse caduto l'accordo delle parti (TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 66 s.), perché il punto è proprio questo: per quale motivo, disponendo di una categoria come la buona fede, capace di dar vita a un *oportere* che si sostiene nascerebbe dal solo consenso, la tipicità contrattuale avrebbe resisitito alla nascita di una categoria generale di contratto-accordo? Sul mio dissenso dall'ipotesi di una concezione labeoniana del contratto (anche atipico) basata sul mero consenso cfr. FIORI, *Contrahere in Labeone*, cit.

<sup>36</sup> Cfr. anche *infra*, § 5.1.

La genesi della buona fede deve dunque essere stata determinata da altri fattori, e a mio avviso è possibile formulare ipotesi solo tenendo conto dei rapporti in cui essa rilevava e della loro costruzione nel diritto arcaico.

Nella prima formazione economico-sociale del diritto privato romano<sup>37</sup>, i rapporti che in seguito saranno tutelati dai *iudicia bonae fidei* rilevavano nel *ius Quiritium* – l'unico diritto tutelato processualmente – solo quando versati in negozi formali quali la *mancipatio* e la *sponsio*. La *mancipatio* creava però situazioni di potere su persone e cose, ma non vincoli di natura obbligatoria: l'*emere*, il *vendere*, il *locare* (forse il *conducere*)<sup>38</sup> costituivano la 'causa' della *mancipatio* – che verisimilmente emergeva grazie alle *nuncupationes* – ma il negozio formale aveva solo lo scopo di dar vita al *mancipium* attraverso il quale l'acquirente o il conduttore potevano esercitare il loro potere, definitivo o temporaneo, sulla persona o sul bene. Un vincolo obbligatorio nasceva solo dalla *sponsio*, ossia dalla promessa formale di un *dare* o *facere*: attraverso due promesse correlate – e la prassi si manterrà ancora in età classica – era possibile anche dare forma giuridica a rapporti di scambio, ma le prestazioni delle parti restavano giuridicamente divise, in quanto ciascuna faceva capo a una distinta *obligatio* e a un proprio negozio. Non era pertanto possibile tener conto di fenomeni che interferivano con il bilanciamento tra le prestazioni: la riduzione o il venir meno dell'una non avevano effetti sull'altra.

Se ci volgiamo ai rapporti certamente tutelati da *iudicia bonae fidei* sin da epoca repubblicana, è agevole rilevare che essi attengono tutti a rapporti obbligatori – contrattuali e non – di scambio, associativi, o che comunque prevedono una almeno possibile duplicità di obbligazioni: *emptio venditio* e *locatio conductio* sono contratti di scambio; la *societas* è un contratto associativo; mandato, deposito, comodato, *negotiorum gestio* e tutela sono rapporti imperfettamente bilaterali. In questi rapporti, a differenza di quanto avveniva nella (du-

<sup>37</sup> Impiego le categorie di F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I<sup>3</sup>, Napoli, 2006, 7 ss.

<sup>38</sup> Sull'esistenza di questa terminologia già in età arcaica cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 11 ss.

plice) *sponsio*, l'*obligatio* è una: come si è detto, in diritto romano non trova spazio la concezione moderna del contratto come accordo che produce, quali effetti, le obbligazioni, ma il *contrahere* è semplicemente il modo in cui l'*obligatio* nasce. Una compravendita – per fare un esempio – non è perciò un ‘contratto’ produttivo di due obbligazioni reciproche, ma una *obligatio contracta* entro cui coesistono due prestazioni: non a caso Labeone, nel descriverla, parla di *ultra citroque obligatio* al singolare<sup>39</sup>.

L'unicità dell'*obligatio* fa sì che il giudice possa tener conto non solo delle singole prestazioni, ma anche del loro coordinamento: egli è infatti chiamato a valutare l'*oportere ex fide bona*, e dunque a giudicare quanto sia dovuto in relazione all'*obligatio*, tenendo conto del complesso delle posizioni delle parti. Di qui l'opponibilità della compensazione, la possibilità di riequilibrio del sinallagma, ecc.

La causa più probabile della genesi della *bona fides* è dunque a mio avviso da rintracciare nella necessità, emersa in primo luogo nei commerci internazionali, di tener conto della logica complessiva del negozio in fase di giudizio<sup>40</sup>. Il che, ancora una volta, si pone in linea con quanto abbiamo già rilevato circa la verisimile originarietà della funzione della buona fede di valorizzazione di regole ‘naturalmente’ presenti nel negozio. La parola data, al contrario, non dovette avere rilievo nella genesi della categoria dei *iudicia bonae fidei*: il giudice non può integrare il rapporto con i doveri tipici del negozio quando il contenuto del contratto è interamente assorbito dai *verba*; questi dovranno essere rispettati in considerazione della *fides* che anima il rapporto, ma la valutazione dell'*oportere* non sarà *ex fide bona*. Non a caso, il contratto maggiormente vicino allo schema della promessa o del giuramento, e cioè la *sponsio-stipulatio*, era tutelata in *iudicia stricti iuris*<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. FIORI, *Contrahere in Labeone*, cit.

<sup>40</sup> Mi sembra che una proposta analoga sia avanzata da SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., 83.

<sup>41</sup> L'isolata testimonianza in senso contrario della *lex Rubria*, ll. 25 ss. e 36 ss. sembra avere carattere eccezionale: cfr. per tutti F. WIEACKER, *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS», LXXX, 1963, 15 ss.

3. *La buona fede formativa tra il II e il I sec. a.C. a) Q. Mucio Scevola e la bona fides come strumento di (sostanziale) annullamento del contratto.*

Tra le più antiche testimonianze in materia di buona fede riconducibili a un giurista può essere annoverata la clausola inserita da Q. Mucio Scevola – come elaborazione personale o come recezione da altri editti – nel proprio editto provinciale del 94 a.C. La clausola, posta a favore del convenuto, è riferita da Cicerone<sup>42</sup>:

Cic. Att. 6, 1, 15: EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA

Le caratteristiche certe della clausola, desumibili dal suo tenore letterale, sono le seguenti:

a) determinati comportamenti di una parte facevano venir meno l'*oportere*;

b) i comportamenti dovevano essere contrari a buona fede: è sulla base della *fides bona* che si valuta se non è necessario (*oporteat*) essere vincolati (*eo stari*) al negozio;

c) i comportamenti potevano riguardare ogni fase del negozio, dalla formazione all'esecuzione, posto che l'espressione *negotium gestum* non può essere circoscritta all'una o all'altra fase: ne è dimostrazione il fatto che altri strumenti costruiti sul *gestum* – o sul *factum*, in un senso sostanzialmente sinonimico<sup>43</sup> – come l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa*<sup>44</sup> potevano essere usati in entrambe le ipotesi<sup>45</sup>, e che

<sup>42</sup> Per un esame maggiormente accurato della clausola rinvio a FIORI, *Ea res agatur*, cit., 28 ss. e soprattutto a ID., *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, 49 ss.

<sup>43</sup> Non mi sembra possano riscontrarsi differenze nell'uso delle due espressioni, almeno limitatamente al loro impiego rispetto ai due editti citati. Nell'*actio metus*, la clausola editale impiega *gestum* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 1), ma cfr. *factum* in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 7 pr.; allo stesso modo, nell'*actio de dolo* e nell'*exceptio doli* il testo editale usa *factum* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 1 pr. e Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 2, 1), ma cfr. *gestum* in Lab. *ad ed.* fr. 185 LENEL = Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 13.

<sup>44</sup> Cfr. gli editti in O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, 110 ss. e 114 ss.

<sup>45</sup> Per un caso di *actio de dolo* relativa alla fase formativa del rapporto, cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7 pr. (su cui cfr. per tutti M. F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il*

anche i *iudicia bonae fidei* classici non distinguevano tra i comportamenti sulla base del momento in cui erano stati posti in essere.

Molto più dubbia è la natura e l'operatività della clausola.

A mio avviso l'ipotesi generalmente seguita, che questa clausola fosse inserita in un *iudicium stricti iuris*, non può essere condivisa. Poiché in essa si chiedeva al giudice di valutare l'*oportere* in relazione alla *fides bona*, il suo inserimento avrebbe inevitabilmente trasformato l'*oportere* semplice contenuto nell'*intentio* del *iudicium stricti iuris* in un *oportere ex fide bona*, e dunque il *iudicium* stesso in un *iudicium bonae fidei*. Ma noi sappiamo che Q. Mucio aveva elaborato – in parte recependola dagli editti dei pretori, in parte verisimilmente integrandola<sup>46</sup> – una lista dei *iudicia bonae fidei*<sup>47</sup> che sarebbe stata del tutto inutile se ogni *iudicium*, con la semplice inserzione di una *exceptio*, avesse potuto divenire *bonae fidei*: in realtà la distinzione con i *iudicia stricti iuris* doveva essere netta già in quest'epoca, e – come avverrà anche in seguito – impostata unicamente sulla costruzione dell'*intentio*. Non è dunque pensabile che fosse permesso al convenuto di chiedere al giudice di valutare qualunque pretesa dell'attore – anche quando formulata in un *iudicium stricti iuris* – sulla base del parametro della buona fede.

Tuttavia è impossibile non notare che la clausola appare incompatibile anche con la struttura dei *iudicia bonae fidei* di età classica: essa infatti, consistendo nella richiesta al giudice di verificare l'insussistenza di un *oportere ex fide bona*, costituisce un doppione della ri-

---

*problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, 71 ss.); per la fase esecutiva, cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 3 (su cui cfr. ancora CURSI, *op. cit.*, 61 ss.). Per una ipotesi di *actio quod metus causa* relativa alla formazione del rapporto cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 9, 7 (*stipulatio estorta per vim*); all'esecuzione del rapporto cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 9, 3 (*stipulatio* cui non segue il pagamento).

<sup>46</sup> Lo dedurrei dall'uso del verbo *existimare* nel passo citato alla nt. seg.

<sup>47</sup> Q. Muc. [*inc. sed.*] *iur. civ. fr.* 5 (BREMER, I, 102) = Cic. *off.* 3, 70: Q. *quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitris, 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 iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*. Il passo deve essere letto nel contesto del discorso di Cicerone: cfr. FIORI, *Bonus vir*, cit., 333 ss.

chiesta di assoluzione del convenuto contenuta nel *si non paret absolvito*. L'unico modo di darle un senso è di collocarla in quella che, a mio avviso, è la probabile struttura delle formule poste a tutela di *iudicia bonae fidei* in età repubblicana. In quest'epoca, infatti vi erano verisimilmente due distinti modelli di processo formulare<sup>48</sup>.

Il primo modello – che risulterà vincente, nel senso che ad esso si uniformerà il processo del principato – era rappresentato dalle formule con *intentio* al *si paret*, ed era caratterizzato dalla promessa del convenuto, effettuata nella *litis contestatio*, di pagare una somma corrispondente al valore della questione in caso di soccombenza e dalla conseguente possibilità per il giudice di confermare o vanificare tale promessa (*condemnare* o *absolvere*). Il convenuto poteva controbilanciare la propria promessa non solo chiedendo al giudice di verificare l'infondatezza delle asserzioni dell'attore nella clausola finale *si non paret absolvito*, ma anche opponendo elementi aggiuntivi in una clausola, l'*exceptio*, inserita immediatamente prima della richiesta di condanna / assoluzione, come condizione negativa della condanna<sup>49</sup>.

Il secondo modello – proprio delle formule con *demonstratio*, in un'epoca in cui non era ad esse ancora aggiunta la clausola finale *si non paret absolvito* – era invece contraddistinto dal fatto che, nella *formula*, il convenuto fingeva di confessare l'esistenza della pretesa attrice. Contemporaneamente, però, in una clausola scritta prima della *formula* (*praescriptio pro reo*), era inserita una condizione negativa dell'intero procedimento<sup>50</sup>: qualora il giudice avesse ritenuto fondata la *praescriptio*, avrebbe dovuto far finta di non essere stato investito del giudizio e dunque non avrebbe potuto condannare il convenuto; qualora invece l'avesse ritenuta infondata, avrebbe dovuto conside-

<sup>48</sup> È questa l'ipotesi che formulo in FIORI, *Ea res agatur*, cit.

<sup>49</sup> Il modello era dunque: 'se sembra X [*intentio*] tranne che Y [*exceptio*] ... si condanni, se non sembra si assolva [*condemnatio*]'.

<sup>50</sup> La mia ipotesi si fonda sul regime della *praescriptio pro reo* così come ricostruito da M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in «ZSS», XXXIII, 1912, 81 ss. e quasi universalmente accettato. Questa ricostruzione è stata di recente criticata da M. VARVARO, *Ricerche in tema di praescriptio*, Torino, 2008, 24 ss., con argomenti che non mi appaiono convincenti, ma che in questa sede è impossibile discutere adeguatamente. Rinvio, per la critica, a un lavoro in corso di elaborazione.

rare le dichiarazioni delle parti come una *confessio in iure* del convenuto e dunque condannarlo<sup>51</sup>.

La *praescriptio pro reo*, dunque, non svolgeva una funzione analoga solo all'*exceptio*, ma anche al *si non paret absolvito*: essa poteva contenere non solo fatti aggiuntivi alla mera negazione della pretesa dell'attore (come l'*exceptio*) ma anche contestare in radice la sua pretesa (come faceva il *si non paret absolvito*). Tuttavia, poiché in caso di fondatezza della *praescriptio* non si perveniva all'assoluzione, ma solo a una non-condanna del convenuto non ritenendosi effettuata la *litis contestatio*, non operava alcuna preclusione processuale: l'accertamento del giudice della circostanza che il *negotium* non poteva ritenersi vincolante, non si traduceva in una dichiarazione paragonabile all'annullamento o alla risoluzione del contratto, ma consisteva unicamente nell'eliminazione del suo rilievo processuale (nel giudizio in corso).

È a mio avviso proprio con la *praescriptio pro reo* – più che con l'*exceptio* delle formule al *si paret* – che deve essere identificata la clausola muciana: essa non subordinava la pretesa dell'attore a una condizione differente da una mera negazione della stessa, ma contrapponeva frontalmente, alla pretesa di *oportere ex fide bona*, la richiesta rivolta al giudice di verificare se il negozio fosse *ex fide bona* vincolante<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Il modello era dunque: 'si consideri esperita l'azione tranne che Y [*praescriptio*]. Poiché X [*demonstratio*] a tutto ciò che è dovuto dare o fare [*intentio*] si condanni [*condemnatio*]? La *praescriptio* svolgeva sia la funzione dell'*exceptio* che del *si non paret absolvito*. Questo secondo modello – che mancava della clausola assolutoria – era stato probabilmente concepito al fine di dare una protezione civilistica a fattispecie che non si poteva o non si voleva tutelare mediante le *legis actiones*, e innanzitutto ai *iudicia bonae fidei*: il giudice delle *formulae*, la cui sentenza non avrebbe potuto, in quest'epoca, avere effetti civilistici, formalmente non giudicava, ma si limitava a prendere atto della confessione del convenuto e a quantificare il dovuto; gli effetti civilistici della sentenza in tal modo non derivavano da un vero e proprio *iudicium* ma – secondo le regole delle *legis actiones* – dalla *confessio in iure*.

<sup>52</sup> Essenzialmente per ragioni di sostanza, dunque, ritengo che la clausola muciana debba essere interpretata come *praescriptio*, benché Cicerone la chiami *exceptio*. Il dato terminologico non deve infatti a mio avviso essere sopravvalutato, attribuendo a ciascuna espressione un valore tecnico circoscritto, come invece fanno alcuni autori (cfr. da ultimo VARVARO, *Ricerche in tema di praescriptio*, cit., 42 ss., con

La peculiare operatività della *praescriptio* impedisce di attribuire alla buona fede contenuta nella clausola di Q. Mucio una funzione di annullamento o risoluzione del contratto: poiché il convenuto non viene assolto, ma solo non-condannato, e l'attore può ripresentare l'azione, la verifica della non vincolatività dell'*oportere ex fide bona* conduce unicamente alla irrilevanza processuale del contratto. Ma essa contribuisce egualmente a chiarire il valore dell'*absolutio* contenuta nella formula classica dei *iudicia bonae fidei*. Infatti, allorché a seguito della votazione della *lex Aebutia*, tra la fine del II sec. e l'inizio del I sec. a.C., iniziò un graduale processo di assorbimento del secondo modello processuale nel primo, si inserì nella *condemnatio* delle formule con *demonstratio* la conclusione *si non paret absolvito*, e così la clausola di Q. Mucio divenne inutile<sup>53</sup>. Il *si non paret absolvito* – come avveniva per la *praescriptio* muciana – si legava però strettamente all'*intentio*, nel senso che si chiedeva al giudice di valutare se vi fosse o meno un *oportere ex fide bona*: il giudice poteva decidere se il negozio fosse o meno vincolante tenendo conto della buona fede. Quest'ultima dunque non solo costituiva il parametro per valutare in positivo la pretesa dell'attore contenuta nell'*intentio*, ma svolgeva anche la funzione di 'limite' all'autonomia privata che la dottrina ha attribuito

---

indicazioni bibliografiche), a fronte dell'impossibilità tecnica di concepire una *exceptio* di buona fede, che sarebbe stata inutile in un *iudicium bonae fidei* e inammissibile in un *iudicium stricti iuris* (che altrimenti sarebbe divenuto *bonae fidei*): ho sviluppato l'argomento – anticipato in FIORI, *Ea res agatur*, cit., 35 ss. – in FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio*, cit., 49 ss. e spec. 85 ss. (che Varvaro non conosce). La clausola muciana ben poteva essere – in quanto espressione della difesa del convenuto, ossia di un *excipere* – una *exceptio* in senso sostanziale e una *praescriptio* in senso formale, ossia una clausola a favore del convenuto scritta prima della formula. Per gli stessi motivi non ritengo che la clausola potesse costituire un antecedente storico dell'*exceptio doli*: cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 35 ss. e ID., *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio*, cit.

<sup>53</sup> Su questo passaggio, e sul ruolo della *lex Aebutia*, cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 242 ss. La *praescriptio* non sparì, ma si trasformò in *exceptio* tutte le volte in cui non corrispondeva – come invece la clausola muciana – ad una semplice negazione delle pretese dell'attore. In questo caso, però, potevano essere utili solo eccezioni che andassero al di là delle regole di buona fede, posto che queste erano 'naturalmente' prese in considerazione a favore del convenuto in virtù del raccordo tra *intentio* e clausola assolutoria.

alla buona fede nell'odierno diritto civile<sup>54</sup>: un comportamento contrario a buona fede poteva anche far venir meno l'*oportere*.

Al termine di questo processo storico, è chiaro che la violazione della buona fede poteva determinare due effetti:

a) a favore dell'attore, come ogni altra azione romana, poteva condurre a una condanna pecuniaria<sup>55</sup>, e dunque all'adempimento e/o al risarcimento, tranne il caso in cui il convenuto avesse spontaneamente adempiuto prima della condanna, poiché i *iudicia bonae fidei* contengono 'naturalmente' una simile possibilità, anche in assenza di una espressa clausola arbitraria<sup>56</sup>. Come vedremo, però, poiché si poteva agire anche per ottenere una remissione totale o parziale del debito, è verisimile che l'adempimento spontaneo del convenuto-creditore potesse consistere nella remissione, oppure che il convenuto-creditore fosse condannato a pagare una somma pari a quella indebitamente corrisposta dall'attore-debitore. In realtà, tutte le domande dell'attore rientravano infatti nell'*oportere* richiesto nell'*intentio*, essendo indistinguibile la domanda di adempimento da quella di risarcimento, che era visto al pari dell'adempimento come una compensazione, dovuta *ex fide bona*, della posizione contrattuale dell'attore<sup>57</sup>;

b) a favore del convenuto, poteva portare alla dichiarazione dell'insussistenza *ex fide bona* dell'*oportere*: ossia – come abbiamo visto – all'annullamento del contratto, in quanto l'assoluzione del convenuto determinava preclusione processuale.

In conclusione. La *bona fides* aveva già agli inizi del I sec. a.C.:

1) quel valore di limite all'autonomia privata che la dottrina civilistica italiana – sulla scia dell'esempio tedesco – le ha riconosciuto di recente, quale forma di integrazione del contenuto contrattuale;

2) non solo effetti risarcitori ma anche di annullamento del negozio, ossia anche gli esiti che sono stati introdotti nel diritto civile

<sup>54</sup> Cfr. R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2003, 174 ss.

<sup>55</sup> In quanto si lega alla genesi del primo modello di processo formulare in *formulae in factum*, relative a rapporti estranei al *ius civile*: cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 184 s.

<sup>56</sup> Cfr. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 65 ss.

<sup>57</sup> Cfr. *infra*, § 5.12.

italiano sulla spinta della normativa comunitaria – ancora una volta grazie all'esempio tedesco<sup>58</sup>.

4. *La buona fede formativa tra il II e il I sec. a.C. b) Il dovere di informazione nella compravendita.*

4.1. *Premessa.* – Al medesimo turno di tempo in cui può essere collocata la clausola muciana vanno riferite anche le prime attestazioni casistiche circa l'operatività della buona fede contrattuale. Esse ci provengono dal *de officiis* di Cicerone<sup>59</sup>, e sono state ampiamente discusse in dottrina, ma per una loro corretta comprensione occorre inserirle nella struttura complessiva dell'opera, e in particolare nell'architettura del terzo libro.

Bisogna infatti considerare che il *de officiis* è stato scritto per fornire una grammatica di comportamento e di valori, innanzitutto politici, ai nuovi ceti che alla fine della repubblica si affacciavano alla vita pubblica. L'opera è interamente costruita sull'opposizione tra *verum* e *simulatio* sui tre piani della politica, della filosofia e del diritto. Cicerone, il cui fine è politico, presenta come *simulata* l'ideologia del partito cesariano, ponendo questa falsificazione sullo stesso piano della gnoseologia e dell'etica epicurea, che forniscono una rappresentazione falsa della realtà e degli *officia*, oltre che sul piano del diritto privato, dove la *simulatio* viene identificata con il *dolus*. Il *verum*, ossia la conoscenza della *natura* che determina comportamenti ad essa conformi, viene invece identificato con l'ideologia degli ottimati, con la dottrina stoica e, sul piano del diritto privato, con un comportamento ispirato a giustizia: ma si aggiunge che per perseguire davvero il *verum* occorre tener conto delle concrete circostanze (*περιστάσεις*), che nella vita pubblica rendono legittima anche l'uccisione del tiranno, giustificano i comportamenti apparentemente paradossali del *sapiens*, e nel diritto privato, sulla base del criterio della *bona fides*, permettono di declinare le regole giuridiche in modo da renderle effettivamente aderenti alla *iustitia*. La *bona fides* viene pertanto presentata non come un criterio extra-giuridico, ma come un istituto del diritto

<sup>58</sup> Una sintesi in FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 165 s.

<sup>59</sup> Un'analisi più approfondita in FIORI, *Bonus vir*, cit.

che da un lato contribuisce a un ampliamento delle regole tradizionali sulla base dell'*interpretatio*, dall'altro permette, con la sua elasticità, di tener conto delle peculiarità dei casi concreti (κατὰ περίστασιν).

La dialettica tra principi e concreti *praecepta* che tengano conto della circostanze si realizza sia al livello della *lex naturae* – espressione che rende il concetto stoico di κοινὸς νόμος – ossia di quell'ordine cosmico naturale cui devono ispirarsi anche i comportamenti umani che mirino a perseguire il *bonum* e l'*honestum*, sia sul piano delle *leges* dei singoli *populi*, che prendono forma mediante la positivizzazione delle regole naturali.

Trattando dei *praecepta* della *lex naturae*, Cicerone rileva innanzitutto che vi sono doveri sia omissivi (Cic. *off.* 3, 50-57) che commissivi (3, 58-61), che non vengono sanzionati dalle *leges populorum*<sup>60</sup>. In diritto romano, in particolare, sino all'introduzione delle *formulae de dolo* da parte di Aquilio Gallo, il dolo era perseguito solo quando previsto da una norma legislativa o in quanto assorbito dalla buona fede nei *iudicia bonae fidei*<sup>61</sup>. Al contrario, la trattazione della *bona fides* ricade, nell'opera ciceroniana, interamente nella parte relativa al diritto romano (positivo). Essa però si distingue ulteriormente in due parti: nella prima si mostra come la *bona fides* abbia ampliato la regola decemvirale secondo la quale il venditore rispondeva per le false dichiarazioni compiute in una *mancipatio* (tab. 6, 2), individuando una responsabilità anche in caso di *reticentia* (Cic. *off.* 3, 66-67); nella seconda si mostra come grazie alla *bona fides* la nuova regola possa essere ancor più resa efficace tenendo conto delle circostanze (Cic. *off.* 3, 67).

4.2. *Dalla regola decemvirale alla poena reticentiae: il processo tra Lanario e Centumalo* (Cic. *off.* 3, 66-67). – La regola decemvirale prevedeva, come si è detto, che il venditore rispondesse per le false dichiarazioni in una *mancipatio*; poi l'*interpretatio* giurisprudenziale ha stabilito dovesse punirsi anche la *reticentia*, ossia che il venditore ri-

<sup>60</sup> Per l'esame di questi testi rinvio a FIORI, *Bonus vir*, cit., 270 ss. e 310 ss.

<sup>61</sup> Cic. *off.* 3, 61: *atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege [P]laetoria et sine lege iudicis, in quibus additur ex fide bona.*

spondesse di tutti i *vitia praedii* di cui abbia conoscenza, se non li abbia resi noti in modo specifico<sup>62</sup>.

La prima applicazione a noi nota<sup>63</sup> della regola più recente riguarda un processo svoltosi non più tardi del 91 a.C.<sup>64</sup>:

Cic. *off.* 3, 66: *ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T.<sup>65</sup> Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, 'cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'. 67. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. (...)*

T. Claudio Centumalo aveva ricevuto dagli auguri l'ordine di demolire quelle parti della propria casa la cui altezza impediva ai sacer-

<sup>62</sup> Cic. *off.* 3, 65: *ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

<sup>63</sup> La *sententia* è ripetuta anche da Val. Max. 8, 2, 1, e dunque dovette avere una certa eco: propendono per una novità R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 162 nt. 147 e TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 144 ss.; ipotizzano l'esistenza di un precedente indirizzato A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 654; F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola*, in AA.VV., *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana (Atti Firenze 1983)*, Milano, 1985, 217 ss. = *Lectio sua*, II, Padova, 2003, 833 ss.; SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., 68; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 62 nt. 91.

<sup>64</sup> Considerando che M. Catone padre dell'Uticense muore non oltre questa data: cfr. F. MILTNER, *Porcius* (12), in «RE», XXII.1, Stuttgart, 1953, 166.

doti di trarre gli auspici, e aveva perciò deciso di metterla in vendita, trovando come acquirente P. Calpurnio Lanario. Quest'ultimo però, acquistata la casa, aveva a sua volta ricevuto l'ordine degli auguri e, essendo venuto a sapere che Claudio aveva messo in vendita la casa dopo l'intimazione, aveva instaurato un procedimento per la condanna di Claudio al pagamento di *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. La sentenza fu pronunciata da M. Porcio Catone Saloniano, padre dell'Uticense, il quale decise che si dovesse tenere indenne l'acquirente per il danno subito<sup>65</sup>, «in quanto nel vendere la cosa il venditore era a conoscenza del suo stato e non ne aveva dato conto»: decise cioè, commenta Cicerone, che è conforme alla *bona fides* che sia noto anche all'acquirente il *vitium* di cui il venditore è a conoscenza.

Il fondamento di questa soluzione è tutto nell'essere, l'*actio empti*<sup>67</sup>, un *iudicium bonae fidei*: la *bona fides* così come interpretata dai *prudentes* permette di superare la regola posta dalla *lex decemvirale*<sup>68</sup>. È questo, si badi, un superamento che avviene all'interno del *ius civile*: l'*interpretatio prudentium* costituisce una delle fonti del *ius*, e il testo ciceroniano mostra che l'innovazione giurisprudenziale si sviluppa non avvalendosi di strumenti pretori, ma interpretando le regole decemvirali.

<sup>65</sup> Così nei codici, seguiti da M. WINTERBOTTOM, *M. Tulli Ciceronis de officiis*, Oxford, 1994, 135: a partire dall'edizione di C. LANGIUS (Antuerpiae, 1563), tuttavia, la maggioranza degli editori ha preferito emendare in Ti. sulla base della frequenza del prenome *Tiberius* tra i membri della *gens Claudia*.

<sup>66</sup> Rendo così l'espressione *damnum praestari oportere* sulla scorta delle valutazioni di CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 159 ss.

<sup>67</sup> I dubbi circa l'identificazione dell'azione sono per lo più superati: cfr. per tutti CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 158 nt. 139.

<sup>68</sup> Nota la stretta connessione tra *ratio decidendi* e *bona fides* anche P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and in Scots Law*, Edinburgh-London, 1958, 8 s. Il riferimento alla *bona fides* impedisce di concordare con A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura per legis actiones*, in GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., 27, nell'ipotizzare una responsabilità derivante dalla norma decemvirale sulle *nuncupationes*. Sullo stesso piano va posta l'ipotesi di SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore*, cit., 92, che la *poena reticentiae* coincide con la condanna *in duplum* e sia diversa dal *damnum praestari oportere* della *sententia Catonis*: lo stesso Cicerone spiega tale *poena* come *praestari oportere di quidquid ... esset in praedio vitii*, ossia esplicitamente attribuendole una funzione risarcitoria, e non penale.

Un altro dato interessante è nel riferimento alla *scientia* del venditore. Il caso è stato infatti costantemente qualificato come un'ipotesi di *dolus in contrahendo*<sup>69</sup>, ma a ben vedere nel testo – e particolarmente nella *sententia Catonis* – non si parla mai di *dolus*: il venditore è responsabile non perché abbia voluto ingannare il compratore, ma perché sapeva e non ha detto, ossia per un comportamento che potrebbe anche essere semplicemente negligente. In realtà non si entra nel merito del problema delle intenzioni del venditore – come richiederebbe l'*actio de dolo*, con un onere della prova assai gravoso per l'acquirente – ma ci si ferma al dato della conoscenza del *vitium* da parte del venditore. La responsabilità *ex fide bona* si è costruita dunque sin dall'inizio su un parametro oggettivo, senza entrare nel merito dell'essere la *reticentia* colposa o dolosa.

4.3. *La declinazione della regola secondo le circostanze: l'episodio di Orata e Gratidiano (Cic. off. 3, 67).* – Che nella valutazione del giudice entri la *scientia* delle parti, e non il *dolus*, è ulteriormente dimostrato dall'episodio narrato di seguito da Cicerone, riferibile anch'esso a una data precedente il 91 a.C.<sup>70</sup>:

Cic. off. 3, 67: *M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. eae [Sergio] serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. ius Crassus urgebat, 'quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari', aequitatem Anto-*

<sup>69</sup> Cfr. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 226; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 137, il quale ammette trattarsi di «un caso un po' particolare di *dolus in contrahendo*» e – forse sulla base della sua ipotesi che Aquilio Gallo abbia per primo precisato la nozione di dolo (*ibid.*, 152 nt. 422) – giustifica questa particolarità prima ipotizzando che il *dolus* fosse «alle origini, sicuramente meno evidente e meno facilmente perseguibile» (ma qui siamo in un *iudicium bonae fidei*, dove il *dolus* era da tempo perseguito: Cic. off. 3, 61 e *ibid.*, 143 nt. 400), e poi legando la reticenza al dolo (il venditore sarebbe stato «dolosamente reticente»). Cfr. anche BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, cit., I, 654 ss.

<sup>70</sup> A. RODGER, *Concealing a Servitude*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, 136; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 146: l'episodio è ricordato anche in Cic. *de orat.* 1, 178, ambientato da Cicerone in quella data.

*nus, 'quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret'. quorsus haec? ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

M. Mario Gratidiano aveva rivenduto a G. Sergio Orata la casa che quest'ultimo gli aveva alienato pochi anni prima. La casa era gravata di una servitù, ma nella *mancipatio* Mario non aveva dichiarato il vincolo, e Orata lo aveva citato in giudizio. I difensori delle parti erano i più grandi oratori del loro tempo: di Gratidiano era *patronus* M. Antonio (143-87 a.C.), mentre Orata era difeso da L. Licinio Crasso (140-91 a.C.). Crasso, scrive Cicerone, invocava il *ius*, ossia la regola elaborata dai *prudentes* secondo cui si risponde per la *reticentia*. Antonio, invece, invocava l'*aequitas*, sostenendo che, poiché il vincolo non era ignoto a Sergio in quanto precedente proprietario della casa, non era necessaria una espressa dichiarazione del vincolo, non potendosi considerare *deceptus* chi conosce la condizione giuridica del bene acquistato.

L'interpretazione del passo è stata fortemente condizionata dal preconconcetto positivistico di una opposizione tra buona fede e diritto. Si è infatti autorevolmente ritenuto che il testo miri a illustrare una contrapposizione tra *ius civile* e *bona fides*, e – poiché in un *iudicium bonae fidei* la posizione di Crasso non sarebbe giustificabile – si è sostenuto che l'azione esperita da Orata dovesse essere non un'*actio empti*, come pure ritiene la maggioranza della dottrina<sup>71</sup>, ma l'*actio auctoritatis*, originata dalla *mancipatio* nella quale Gratidiano non aveva dichiarato le servitù, e il processo non un procedimento formulare, bensì *per legis actiones*<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, 4 s.; G. VON BESELER, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando. Cicero de officiis III 12. 49-17. 72*, in «BIDR», XXXIX, 1931, 333; STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 9 s.; A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, in «BIDR», LXII, 1959, 190; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 163 e nt. 148; SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore*, cit., 63 ss.

<sup>72</sup> TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 146 (e 145 nt. 407). Cfr. anche F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, 46 ss.

Un simile scenario è però estremamente problematico. Innanzitutto non si comprende come il *ius civile* arcaico potesse veicolare criteri equitativi, oltretutto in un processo *per legis actiones*<sup>73</sup>. Inoltre, abbiamo elementi per ritenere che l'operazione interpretativa dei *prudentes* che ha condotto alla sanzione della *reticentia* non sia stata condotta sul piano del *ius Quiritium*, ossia della *mancipatio*, ma solo nell'ambito della tutela *ex empto*<sup>74</sup>: ancora all'epoca di Q. Mucio – ma la sua posizione è ripresa da giuristi successivi – la responsabilità rispetto alla *mancipatio* nasceva infatti solo in caso di false dichiarazioni<sup>75</sup>. Per immaginare un'*actio auctoritatis* dovremmo dunque ritenere che Gratidiano abbia dichiarato che le *aedes* erano prive di vincoli<sup>76</sup>: tuttavia non solo ciò non risulta dal testo, ma sia il *non dixerat*, sia il rapporto con l'episodio precedente inducono a pensare che la fattispecie fosse di *reticentia*.

La controversia poteva insomma essere stata incardinata solo sulla scorta di un'*actio empti*. E ottenuta questa consapevolezza ci accorgiamo di un dato importante: l'opposizione tra *ius* ed *aequitas* non corrisponde in alcun modo a un'antitesi tra *ius civile* e *bona fides*, perché la stessa regola di *ius* – quella sulla sanzione della *reticentia* – è stata elaborata sulla base della *bona fides*, come risulta chiaramente dall'episodio precedente della *sententia* di Catone<sup>77</sup>. In realtà, nel testo, il termine *ius* è impiegato per indicare la 'regola' di *ius civile* emersa attraverso l'*interpretatio* dei doveri emergenti dall'*oportere ex fide bona* (ossia la punizione delle *reticentiae* del venditore *sciens*). Una regola che a sua volta diviene suscettibile di interpretazione ri-

<sup>73</sup> Ma in realtà anche in un *iudicium stricti iuris* formulare, prima della creazione dell'*exceptio doli*: cfr. per maggiori indicazioni FIORI, *Bonus vir*, cit., cap. V § 5.3.

<sup>74</sup> *Contra* TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 146 s. nt. 410; cfr. anche CORBINO, *Eccitazione di dolo generale*, cit., 26 ss.

<sup>75</sup> Cfr. Q. Muc. fr. 35 LENEL = Cels. 8 *dig.* D. 18, 1, 59 e Ven. 16 *stip.* D. 21, 2, 75.

<sup>76</sup> Come propone TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 146, che però immagina anche che l'*interpretatio* sulla *reticentia* si sia svolta nell'ambito dell'*actio auctoritatis* (*ibid.*, 147 nt. 410): se così fosse, non sarebbe stata necessaria la dichiarazione di *optimae maximae*, perché qualunque *reticentia* del venditore *sciens* sarebbe stata sanzionata.

<sup>77</sup> Così, esattamente, SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., 69.

spetto alla sua formulazione: troviamo, nel passo, un uso del termine *ius* come ‘formula’ che sopravvive in talune espressioni, come ad esempio in *ius iurandum*<sup>78</sup>. Con *aequitas*, invece, Cicerone non intende certo affermare che Antonio chiedesse al giudice una sentenza contro il *ius civile*, ma piuttosto che egli proponeva di interpretare il *ius* – ossia la regola ‘formulata’ nel precedente – in accordo con le concrete circostanze: Cicerone allude, in altri termini, a un’accezione di *aequitas* analoga a quella aristotelica di ἐπιείκεια, non contrapposta al *ius*, ma interna ad esso allo scopo di intenderne lo spirito contro la lettera, operando sempre come «categoria tecnica dell’*interpretatio*»<sup>79</sup>. Antonio, in altre parole, non contesta la regola, ma la sua interpretazione rigida, letterale, ‘formulare’: Crasso afferma che vi è responsabilità *ex fide bona* perché il *venditor*, pur *sciens, non dixisset*; il suo antagonista rileva che nella specifica fattispecie, *quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset*, non può parlarsi di *deceptio* dell’*emptor*, e dunque di responsabilità *ex fide bona* del venditore. E la chiusura del brano (*quorsus haec? ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos*) rende verisimile l’ipotesi che sia stata proprio quest’ultima posizione a prevalere<sup>80</sup>: d’al-

<sup>78</sup> Per questo valore cfr. per tutti BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, cit., 367 ss.

<sup>79</sup> L. VACCA, *L’aequitas nell’interpretatio prudentium dai giuristi ‘qui fundaverunt ius civile’ a Labeone*, in G. SANTUCCI (a cura di), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli (Atti Trento 2002)*, Padova, 2006, 25, in un contributo assai importante. Cfr. anche D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, 113. Non so da quali fonti M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, 71 (cfr. anche EAD., *Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del de officiis: ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale*, in *Studi A. Biscardi*, III, Milano, 1982, 78), tragga la convinzione che la «Stoa (...) tramite il circolo degli Scipioni, Scevola ed Aquilio (...) aveva elaborato il concetto dell’*aequitas*».

<sup>80</sup> Non mi sembra convincente l’ipotesi di M. VOIGT, *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, I, Leipzig, 1856, 50 ss. (spec. 51 nt. 20), e RODGER, *Concealing a Servitude*, cit., 134 ss., spec. 140 ss. (cfr. ID., *Concealing a Servitude*, II, in «Index», XXII, 1994, 239, più attenuato), secondo cui il convenuto Gratiiliano sarebbe stato in realtà condannato per aver violato la *bona fides* non menzionando l’esistenza della servitù, nonostante Orata ne fosse a conoscenza: in teoria, a questa affermazione si sarebbe potuto rispondere che Orata aveva a sua volta violato la *bona fides* per aver promosso un giudizio in cui si lamentava un inganno che in realtà non aveva avuto luogo (in una funzione che più tardi, nei *iudicia stricti iuris*, sarebbe stata affidata alla *exceptio doli cd. generalis*).

tronde, i testi della giurisprudenza classica ci informano del fatto che in ipotesi simili il venditore non era considerato responsabile<sup>81</sup>.

4.4. *La bona fides nel de officiis*. – L'analisi dei passi ciceroniani ci fornisce una serie di risultati significativi.

Innanzitutto, dallo stesso Cicerone – da un autore, cioè, interessato a scrivere un'opera di filosofia e non di diritto – la *bona fides* non è presentata come un principio etico antitetico al *ius*, ma invece come un parametro attraverso il quale l'*interpretatio* giurisprudenziale sviluppa regole pienamente giuridiche, tali da essere presentate come *ius* contrapposto a un'*aequitas* che, a sua volta, non è un principio extra-giuridico, ma un'istanza interpretativa produttrice di ulteriori regole giuridiche. Diviene difficile, pertanto, accogliere la proposta di leggere la *bona fides* come una 'formula vuota' riempita di volta in volta con i contenuti etici del singolo momento storico<sup>82</sup>. Non vi è infatti nulla di soggettivamente 'etico' nello stabilire che la reticenza su un aspetto del negozio determina la responsabilità del venditore, tranne il caso in cui l'acquirente ne fosse comunque a conoscenza: è solo un problema di bilanciamento informativo, e non a caso – a dimostrazione del fatto che la regola attiene alla razionalità economica del rapporto e non alle convinzioni morali del singolo interprete – è questo un principio che si applica alla vendita da più di due millenni.

In secondo luogo, abbiamo verificato che erano oggetto di sanzione comportamenti scorretti nella fase formativa del contratto che oggi ricadrebbero alternativamente nella tutela della buona fede formativa o contro il dolo come vizio del consenso. Tuttavia, già all'inizio del I sec. a.C.<sup>83</sup>, nei *iudicia bonae fidei* il *dolus* è interamente assor-

<sup>81</sup> Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 13: *sed si servo meo vel ei cui mandaverō vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est*; Ulp. 28 *ad ed.* D. 19, 1, 1, 1: ... *haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit*.

<sup>82</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>83</sup> Per la giurisprudenza classica cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18, 6, 9; Paul. 33 *ad ed.* D. 19, 1, 21, 1; Ulp. 28 *ad ed.* D. 19, 1, 1, 1; 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 5 e D. 19, 1, 13 pr.-1; 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 1, 9 e D. 21, 1, 4, 4; 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 38, 7. Il fatto che Pap. 3 *resp.* D. 19, 1, 41 parli di *deceptio* non depone necessariamente a favore del dolo, perché l'*emptor* è detto *deceptus* anche quando alla sua ignoranza

bito nel più ampio parametro della *bona fides*: l'attore non deve dimostrare alcuna intenzionalità nel comportamento reticente del convenuto, ma solo e unicamente la sua *scientia*<sup>84</sup>. Riceveva perciò tutela anche l'ipotesi del cd. 'raggiro colposo' o della 'reticenza non dolosa'<sup>85</sup> individuate dalla dottrina civilistica italiana: ma si noti che la scienza moderna è ancorata a una valutazione psicologica che induce a riferire tutti i comportamenti a dolo o a colpa, mentre per i giuristi romani ciò che rileva è il fatto oggettivo della *scientia*, senza che si debba discutere sulla volontarietà del comportamento.

Le conseguenze della condanna saranno però solo e unicamente risarcitorie (... *emptori damnum praestari oportere*), anche quando la fattispecie rientra in quel che oggi chiameremmo dolo determinante. Ciò però, si badi, non per ragioni di diritto sostanziale che impediscano alla buona fede (o al dolo) di determinare effetti caducatori, ma per la semplice circostanza che il processo formulare prevede solo la possibilità della *condemnatio pecuniaria*, salvo che il convenuto esegua spontaneamente quanto chiesto dall'attore.

Infine, a differenza di quanto avveniva nella logica sanzionatoria arcaica, che puniva il comportamento a prescindere dagli effetti, la *bona fides* ha come fine il mantenimento dell'equilibrio nella posizione delle parti: mentre la falsa dichiarazione nella *mancipatio* è punita in sé, la *reticentia* rileva solo se determina un pregiudizio per l'*emptor*, altrimenti – come nel caso in cui l'acquirente è a conoscenza del vizio – non c'è condanna.

È questo dell'equilibrio, come vedremo, un valore di particolare importanza per la comprensione della buona fede. Ma bisogna sin d'ora rilevare che esso va inteso nel senso più ampio.

4.5. *Dolus e bona fides formativa in Q. Mucio*. – Il rapporto tra buona fede ed equilibrio contrattuale parrebbe confermato da un

---

corrisponde la semplice *scientia* del venditore (cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13 pr.-1). Diversamente da quanto sostenuto da STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 12, Iul. 15 *dig.* fr. 252 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 6 non costituisce un esempio di reticenza, ma di falsa dichiarazione.

<sup>84</sup> Cfr. già A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*. III.2. *System des Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1908, 191 ss.

<sup>85</sup> Riferimenti in FIORI, *Bona fides (Parete prima)*, cit., 143 e ntt. 41-42.

passo di Pomponio in cui si ritiene sia riportato il pensiero di Q. Mucio. Nel testo non si menziona espressamente la *bona fides* ma, riferendosi all'impiego dell'*actio empti*, è chiaro che esso si lega ai passi appena analizzati:

Pomp. 31 *ad Q. Muc. D. 18, 1, 66, 1: Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum.*

Nell'ipotesi in cui il venditore, pur *sciens*, abbia ommesso di ricordare l'esistenza di una servitù costituita a favore del fondo venduto, e l'acquirente a causa di questa reticenza abbia perso il diritto per non uso, alcuni (*quidam*) ritengono – secondo Pomponio, correttamente<sup>86</sup> – che il venditore sia responsabile *ex empto*, a causa del dolo.

Il riferimento all'opinione dei *quidam* ha indotto a ritenere che vi fosse una contrapposizione tra il pensiero di questi, condiviso da Pomponio, e quello di Q. Mucio, che Pomponio commenta<sup>87</sup>. Tale contrapposizione, che sembra effettivamente probabile, non è però sufficientemente chiarita nel passo: non possiamo perciò far altro che procedere per supposizioni.

In primo luogo è difficile non notare, tra la prima e la seconda parte del passo, una incongruenza. Se inizialmente si parla di *scientia*, nella conclusione si giustifica l'attribuzione dell'*actio empti* con il riferimento al dolo. Senonché tra le due nozioni deve distinguersi, come hanno mostrato chiaramente gli episodi riportati nel *de officiis* di Cicerone: da un lato, la *reticentia* è sanzionata a prescindere dall'onerosa prova del dolo, essendo sufficiente dimostrare che il venditore sapeva e non ha informato il compratore, eventualmente anche per semplice negligenza (§ 4.2); dall'altro, poiché la *scientia* non implica necessariamente il *dolus*, essa può non essere sanzionata quando non

<sup>86</sup> Non mi sembra necessario riferire il *recte* ai compilatori, come propone S. RICCOBONO, *La definizione dello ius*, in «BIDR», LIII-LIV, 1948, 23.

<sup>87</sup> RICCOBONO, *La definizione dello ius*, cit., 23 s.; STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 11; G. MACCORMACK, *Juristic use of the term 'dolus': contract*, in «ZSS», C, 1983, 525; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 166.

determini uno squilibrio informativo tra le posizioni delle parti (§ 4.3). Se si riflette su questi dati ci si accorge, in primo luogo, che il riferimento al *dolus* contenuto nella parte finale del passo è almeno apparentemente superfluo e inutilmente restrittivo; in secondo luogo che la semplice *scientia* non avrebbe necessariamente dovuto determinare un risarcimento, posto che la reticenza del venditore non aveva prodotto uno squilibrio tra le prestazioni: l'*emptor* aveva ritenuto congruo il prezzo del terreno anche senza sapere dell'esistenza della servitù esistente a suo favore, e la servitù era un di più che avrebbe potuto al limite far aumentare il prezzo.

Probabilmente, il contrasto tra Q. Mucio e i *quidam* va spiegato storicamente.

Come abbiamo ricordato, all'epoca di Q. Mucio non esistevano ancora le *formulae de dolo*, che saranno create da Aquilio Gallo, cosicché in un rapporto contrattuale il dolo poteva essere perseguito solo in quanto assorbito dalla buona fede nei *iudicia bonae fide*<sup>88</sup>. In quest'ultimo caso, però, a livello formulare emergeva solo la *bona fides*: nel testo della formula non vi era alcun riferimento al dolo ma si chiedeva al giudice di verificare se fosse dovuto qualcosa *ex fide bona*. Perciò all'attore era sufficiente provare la violazione della buona fede (ad es., in caso di *reticentia* dei vizi, la semplice *scientia*) per ottenere la condanna, senza dover farsi carico della più complessa prova del dolo<sup>89</sup>.

Questa situazione di favore per l'attore trovava però un limite nel fatto che il danno doveva trarre origine dal contratto: la pretesa al *quidquid dare facere oportet ex fide bona* contenuta nell'*intentio* formulare si lega indissolubilmente in un rapporto di causalità (*ob eam rem*) con la fattispecie descritta nella *demonstratio*, ossia con il negozio. È perciò possibile che Q. Mucio abbia negato l'*actio empti* in con-

<sup>88</sup> Non disponiamo di alcun dato testuale per affermare con FREZZA, *Fides bona*, cit., 22 (= 216) che Q. Mucio avrebbe sanzionato la reticenza «con una azione non contrattuale (precorritrice delle *formulae de dolo* di Aq. Gallo, così come la sua eccezione precorreva la *exceptio doli*)» (su questa clausola e sul suo rapporto con l'*exceptio doli* cfr. *supra*, § 3).

<sup>89</sup> Senza però che con ciò il comportamento del venditore dovesse essere qualificato come *culpa* (così invece CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 166): la *scientia*, come abbiamo visto, prescinde da un'analisi dei criteri soggettivi di responsabilità e determina oggettivamente la responsabilità.

siderazione del fatto che la perdita della servitù discendeva da una *reticentia* che – come si è detto – non aveva alterato l'equilibrio contrattuale. Ciò che il venditore aveva taciuto non era infatti un difetto che rendeva squilibrato il rapporto a proprio vantaggio, ma un pregio che lo avrebbe al limite legittimato a chiedere un prezzo più elevato. La perdita della servitù, perciò, non costituiva un danno verificatosi all'interno della compravendita, 'a causa' della compravendita (*ob eam rem*), ma un pregiudizio nato 'in occasione' della compravendita: il venditore aveva causato un danno – per così dire – al di fuori del contratto, come un qualsiasi terzo.

Una simile fattispecie – un danno causato dolosamente al di fuori di un contratto e di una figura delittuale tipica – sarebbe stata di lì a poco tutelata mediante l'*actio de dolo*, che permetterà di agire sia per il dolo relativo a rapporti non tutelati da *iudicia bonae fidei*, sia per il dolo che prescinde dall'esistenza di rapporti negoziali<sup>90</sup>. È verisimilmente a questo punto che si è avvertita l'iniquità di una mancata tutela per l'acquirente che abbia subito un danno – per così dire 'extracontrattuale' – dalla *reticentia* dolosa del venditore<sup>91</sup>, in confronto al caso della tutela offerta dall'*actio de dolo* quando fosse mancato un rapporto contrattuale tra le parti. Ed è possibile pertanto che i *quidam* abbiano ritenuto che una tutela *ob dolum* – ma, si noti, solo *ob dolum* – spettasse anche all'*emptor* contro il *venditor*, ma che tale tutela dovesse essere realizzata non con l'*actio de dolo*, utilizzabile solo in assenza di altre azioni, bensì con l'*actio empti* – ossia in un *iudicium bonae fidei* – poiché l'evento si era determinato al momento della conclusione del contratto.

In realtà, la soluzione muciana, benché più iniqua, è indubbiamente più coerente, e il suo abbandono deve essere inteso più come una estensione dell'*actio empti* sul piano processuale, che come l'affermazione di un diverso regime contrattuale<sup>92</sup>. Il valore del principio

<sup>90</sup> Un panorama di questi impieghi in CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 127 s.

<sup>91</sup> Si è ipotizzato che il dolo del venditore fosse finalizzato ad avvantaggiare il proprietario del fondo servente, che poteva essere egli stesso: STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 11; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 166.

<sup>92</sup> Non mi sembra possa seguirsi la ricostruzione che del brano propone CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 166 ss. (seguito da SOLIDORO MARUOTTI, *Gli*

resta pertanto intatto: la *reticentia* del venditore rileva nel contratto solo quando abbia determinato uno squilibrio tra le posizioni tra le parti.

Il dato è importante perché induce a sospettare che la risposta di Q. Mucio sia espressione di una riflessione della giurisprudenza sul problema dell'equilibrio contrattuale che vedremo approfondito nella generazione successiva, ma che appare già strutturata all'inizio del I sec. a.C.

4.6. *Buona fede formativa, dolo, violenza e responsabilità oggettiva (edilizia) nel I sec. a.C.* – Per comprendere pienamente il ruolo della buona fede formativa nel momento storico preso in esame è però necessario inserire il principio nel contesto dei rimedi emersi in contemporanea anche nei *iudicia stricti iuris* e nel peculiare ambito della giurisdizione edilizia nei mercati.

Innanzitutto è possibile che accanto alla *praescriptio* muciana sopra analizzata – attraverso la quale il convenuto poteva chiedere al giudice di valutare a proprio favore la *bona fides* anche nella particolare struttura delle formule con *demonstratio* repubblicane – si siano formate negli stessi *iudicia bonae fidei* delle clausole in cui il convenuto poteva denunciare in modo più circoscritto il *dolus* o il *metus* della controparte. Ed è possibile che dall'ambito dei *iudicia bonae fi-*

---

*obblighi di informazione*, cit., 99). Ad avviso dell'a., Q. Mucio avrebbe sostanzialmente anticipato le definizioni di dolo formulate da Aquilio Gallo e Servio, ammettendo il ricorrere del dolo solo quando concorressero una macchinazione (*aliud simulatum, aliud actum*: cfr. Cic. *off.* 3, 60 e Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 1, 2) e un interesse a ingannare (che l'a. desume dall'espressione *decipiendi causa* di D. 4, 3, 1, 2, in cui *causa* ha valore avverbiale, ma che egli interpreta come *causa decipiendi*). I *quidam*, al contrario, avrebbero inteso il *dolus* in senso lato, presumendo la collusione del venditore con il proprietario del fondo. A me pare che sia da un lato difficile immaginare una simile anticipazione muciana delle definizioni di dolo, non altrimenti attestata; e dall'altro che – se davvero i *quidam* avessero inteso ampliare la nozione – non si spiegherebbe la precisazione *ob dolum*, che inserirebbe un elemento tutto sommato superfluo rispetto a una tutela basata interamente sulla *scientia*. Senza contare che, se la posizione dei *quidam* potrebbe giustificarsi in una fase formativa del concetto di *dolus* (come immagina l'a.), diviene difficile comprendere come essa possa essere ancora seguita da Pomponio nel II sec. d.C., dopo l'affermazione della nozione di *dolus* come *simulatio* a partire da Aquilio Gallo e Servio.

*dei* questi rimedi si siano trasferiti a quello dei *iudicia stricti iuris*, nei quali invece non poteva menzionarsi senz'altro la *bona fides*, perché altrimenti il giudizio sarebbe divenuto *bonae fidei*<sup>93</sup>.

In contemporanea con queste trasformazioni<sup>94</sup>, il *dolus* e il *metus* riceveranno una tutela autonoma – ossia non assorbita entro altre azioni tipiche – in via di azione.

Tra il 79 e il 78 a.C.<sup>95</sup>, viene proposta la cd. *formula Octaviana*, ossia il primo nucleo dell'*actio quod metus causa*, che tutela i negozi realizzati con violenza che non siano protetti da *iudicia bonae fidei*. A ben vedere, le situazioni in cui l'azione è concessa e i suoi effetti coin-

<sup>93</sup> È questa l'ipotesi che presento in FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio*, cit., 89.

<sup>94</sup> L'espressione *formulae de dolo* di Cic. *off.* 3, 60, al plurale, deve essere intesa a mio avviso come un rinvio all'*actio* e all'*exceptio* (così PERNICE, *Labeo*<sup>2</sup>, cit., II.1, 198, seguito da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 128 nt. 1, con ulteriore bibliografia e discussione; *contra*, cfr. da ultimo TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 136, 158 e nt. 437, 171, per il quale nell'espressione non dovrebbe essere ricompresa l'*exceptio doli*, posto che nelle fonti romane il termine '*formula*' si contrappone all'*exceptio* come il tutto a una sua parte). In realtà può anche sostenersi che per *formula de dolo* si intenda una *formula* in cui comunque – a titolo di *actio* o *exceptio* – opera il dolo; altrimenti l'unico modo per spiegare il plurale sarebbe quello di immaginare una pluralità di soluzioni formulari per l'*actio de dolo*, secondo quanto proposto da LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 115 nt. 1, ma ciò non esclude che vi fossero, nel medesimo periodo, soluzioni editali diversificate, come ad es. l'*exceptio* inserita da M. Calpurnio Bibulo, proconsole della Siria del 51 a.C., nel suo editto (cfr. Cic. *Att.* 6, 1, 15), che doveva svolgere una funzione analoga ma anche avere caratteri di originalità rispetto all'*exceptio doli*, con la quale altrimenti Cicerone l'avrebbe di sicuro posta in relazione (cfr. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio*, cit., 63 e nt. 38). Accogliendo l'espressione *formulae de dolo* nel senso proposto, la genesi dell'*exceptio doli* sarebbe connessa ad Aquilio Gallo che fu pretore nel 66 a.C. (per l'introduzione delle *formulae* in coincidenza con la pretura del giurista cfr. F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, 108 s., seguito da BRUTTI, *op. cit.*, 135 nt. 11; per F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in «Labeo», XLI, 1995, 247 ss., si dovrebbe invece pensare a una data precedente l'80 a.C.). La genesi dell'*exceptio metus* è più incerta: l'ipotesi più probabile è che essa esistesse già al tempo di Cicerone, essendo nata forse addirittura in contemporanea con il primo nucleo dell'*actio quod metus causa*, la cd. la *formula Octaviana* (79-78 a.C.): cfr. sul punto, con letteratura, FIORI, *op. ult. cit.*, 66 ss. e ntt. 51-54.

<sup>95</sup> Sulla datazione cfr. per tutti B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, 1974, 158 nt. 170.

cidono ampiamente con quelli connessi ai giudizi di buona fede. Innanzitutto, l'*actio* è concessa quando il *metus* è *iustus*, così come, nei *iudicia bonae fidei* in cui sia fatta valere la violenza, la *causa timoris* deve essere *iusta*<sup>96</sup>, ossia oggettivamente rilevante per una persona che nella trattazione dell'*actio metus* viene descritta come *homo constantissimus*<sup>97</sup>, e che nei giudizi di buona fede è naturalmente il *bonus vir*. In secondo luogo, l'*actio quod metus causa* può portare – come i *iudicia bonae fidei* – all'annullamento sostanziale del negozio, perché l'unico modo che il convenuto ha di evitare l'onerosa condanna al *quadruplum* è quello di liberare il debitore obbedendo al *iussum de restituendo* del giudice che precede la condanna pecuniaria: una caratteristica questa – dovuta alla cd. clausola arbitraria, che costituiva una condizione negativa della condanna<sup>98</sup> – che amplia i poteri del giudice<sup>99</sup> in forme parzialmente analoghe a quanto avveniva nei *iudicia bonae fidei*<sup>100</sup>.

Forse qualche anno dopo<sup>101</sup>, Aquilio Gallo propone anche un'*actio* a protezione dal dolo (e forse ammette un'*exceptio doli* nei *iudicia stricti iuris*), che viene concessa in via residuale tutte le volte che il comportamento doloso non sia già tutelato da altre azioni, e che è anch'essa un *iudicium arbitrium*<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Alf. 2 dig. D. 19, 2, 27, 1, su cui cfr. (in espressa connessione con la nozione di *metus*) S. TAFARO, *Causa timoris e migratio inquilinorum in un responso serviano*, in «Index», V, 1974-1975, 49 ss. e, più di recente, FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 101 ss.

<sup>97</sup> Gai. 4 ad ed. prov. D. 4, 2, 6: *metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus*. Sul rapporto tra *fides* e *constantia* cfr. *supra*, § 9.1; questo rapporto induce a escludere l'interpolazione, spesso sostenuta (cfr. per tutti A. S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 27 ss.), dell'espressione gaiana.

<sup>98</sup> Cfr. per tutti LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 112; TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 67 nt. 473; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, 336 nt. 9.

<sup>99</sup> Per il procedimento cfr. KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 335 ss.

<sup>100</sup> Cfr. *supra*, nt. 56.

<sup>101</sup> Cfr. *supra*, nt. 94.

<sup>102</sup> LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 115; TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 67 nt. 473; KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 336 nt. 9.

Accanto a queste trasformazioni, che coinvolgono sia il *ius civile* sia il *ius honorarium*, ma che sono sempre interne alla *iurisdictio* del pretore, si colloca la tutela edilizia delle compravendite di schiavi e animali realizzate nei mercati. È questa una protezione onoraria di fattispecie pienamente civilistiche, alternativa alla tutela di *ius civile*.

La tutela edilizia riguardava, come è noto, solo le compravendite di determinati beni – *mancipia* e *iumenta* – inizialmente solo quando realizzate nei mercati<sup>103</sup>, e in due casi<sup>104</sup>: (a) quando schiavi o animali avessero *vitia corporis* o alcuni *vitia animi* (schiavo fuggitivo, vagabondo, ecc.<sup>105</sup>) non espressamente denunciati dal venditore – è questa verisimilmente la fattispecie più antica, certamente precedente il I sec. a.C.<sup>106</sup>; (b) quando il venditore avesse espressamente affermato (*dictum et promissum*) caratteristiche in realtà assenti<sup>107</sup> – ipotesi più recente, comunque introdotta in età repubblicana<sup>108</sup>. In questi casi<sup>109</sup> all'acquirente spettavano – in tendenziale alternativa tra loro<sup>110</sup> – un'a-

<sup>103</sup> G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 133 ss.

<sup>104</sup> Per il testo dell'editto cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 1, 1 e Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 38 pr., nonché LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 555 e 565.

<sup>105</sup> Un'analisi delle diverse ipotesi in IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 7 ss.

<sup>106</sup> *Status quaestionis* in N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, 40 ss.

<sup>107</sup> IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 26 ss.

<sup>108</sup> Cfr. ancora DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 71 ss.

<sup>109</sup> Per la stratificazione storica dell'editto cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 90 ss. (ma cfr. *infra*, nt. 112 sull'*actio de dolo*).

<sup>110</sup> Iul. 51 *dig.* D. 44, 2, 25, 1; Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 38 pr., su cui E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 28 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 231 ss. Poiché la *ratio* di questa alternativa è che l'*actio quanti minoris* può giungere sino alla completa restituzione del prezzo (Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 43, 6 e IMPALLOMENI, *op. cit.*, 204 ss.), così da determinare una sostanziale sovrapposizione dei due rimedi (cfr. in particolare il passo di Giuliano sopra richiamato: *nam posterior actio [sc. quanti minoris] etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit*), può giustificarsi, senza pensare a una interpolazione (così invece LEVY, *op. cit.*, 134; IMPALLOMENI, *op. cit.*, 233), la regola di Pomp. 23 *ad Sab.* D. 21, 1, 48, 2, secondo la quale l'attore che si sia visto opporre l'*exceptio sex mensum* allorché ha agito con l'*actio redhibitoria*, possa successivamente esperire l'*actio quanti minoris* (verisimilmente per un ammontare diverso dall'intero prezzo, altrimenti si sarebbe potuta opporre l'*exceptio rei iudicatae*).

zione di restituzione (*actio redhibitoria*) o di riduzione (*actio quanti minoris*) del prezzo, da esperire rispettivamente entro sei mesi o un anno<sup>111</sup>. A queste azioni l'*edictum de mancipiis vendundis* aggiungeva un'*actio de dolo redhibitoria* esperibile anche in casi diversi dalle fattispecie indicate nell'editto, quando comunque fosse ravvisabile un *dolus malus* del venditore<sup>112</sup>.

Al riguardo, è improprio parlare di una responsabilità oggettiva per i vizi in capo al venditore<sup>113</sup>, perché egli sarebbe stato assolto non solo quando nel contratto fosse presente una clausola espressa di

<sup>111</sup> Sui termini delle azioni, cfr. fonti e discussione in IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 227 ss., e DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 144 ss.

<sup>112</sup> Ad esempio, quando una *pronuntiatio vitii* fosse stata fatta, ma in modo oscuro; oppure allorché l'esaltazione della *res* da parte del venditore, pur non integrando un *dictum et promissum*, avesse comunque lo scopo di ingannare l'acquirente (testo editale in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 1, 1: *hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus*; una sua applicazione in Ulp. 44 *ad Sab.* D. 4, 3, 37). Che si tratti di una differente modalità di impiego dell'*actio redhibitoria* è stato sostenuto in modo convincente da IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 30 ss. (cfr. *ibid.*, 188), e sembra preferibile all'ipotesi di chi pensa a una vera e propria *actio de dolo* edilizia (cfr. ad es. M. KASER, *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, in *Festschrift H. Demelius*, Wien-Mainz, 1973, 127 ss. = *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 313 ss.; altra dottrina più risalente in IMPALLOMENI, *op. cit.*, 30 ss. e DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 268 ss.). Non mi sembrano in proposito convincenti le obiezioni di DONADIO, *op. cit.*, 194 ss. (spec. 199) e 268 ss., secondo la quale, qualora davvero fosse esistita una simile *actio*, non si spiegherebbero i passi in cui, data l'inapplicabilità delle azioni *redhibitoria* e *quanti minoris*, si concede l'*actio empti* dell'editto del pretore, cosicché occorrerebbe pensare piuttosto a una *replacatio doli*. In realtà, i frammenti in cui si concede l'*actio empti* riguardano fattispecie in assoluto escluse dall'editto, perché la *res* non è *vitiosa* (Ofil. *ad ed. praet. et aed.* fr. 18 LENEL = Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 38, 7; Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 3; Vivian. fr. 9 LENEL = Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 1, 9-11; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 4, 4; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 1) o casi in cui non è ravvisabile un *dolus* del venditore (Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 3). Sulla datazione di questa *actio redhibitoria de dolo* si può concordare con IMPALLOMENI, *op. cit.*, 97, circa il fatto che essa deve essere successiva alle *formulae de dolo* di Aquilio Gallo, ma non è necessario pensare che debba essere l'ultima, in senso temporale, tra quelle stabilite nell'*edictum de mancipiis vendundis*: data la sua natura residuale (*hoc amplius* ...), è chiaro che – sistematicamente – doveva stare alla fine, e che eventuali aggiunte all'elenco delle fattispecie tutelate dovevano comunque essere inserite prima di essa.

<sup>113</sup> Così BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, cit., III.2, 111; PERNICE, *Labeo*<sup>2</sup>, cit., II.1, 118 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 19.

esclusione generale<sup>114</sup> o specifica<sup>115</sup> della garanzia per vizi (è infatti sempre possibile *pacisci contra edictum aedilium curulium*<sup>116</sup>), ma anche allorché fosse riuscito a dimostrare che il *vitium* era noto all'*emptor* o comunque palese<sup>117</sup>. Sarebbe però errato anche ipotizzare una presunzione di dolo<sup>118</sup>, perché quand'anche il venditore avesse provato la propria *ignorantia* sarebbe stato egualmente condannato.

In realtà, la responsabilità del *venditor* è sì oggettiva, ma non rispetto all'esistenza dei *vitia*, bensì rispetto alla *deceptio*: se v'è stata una volontaria o involontaria induzione in errore dell'*emptor*, che non dipenda a sua volta dal fatto di quest'ultimo, ne risponderà il venditore. Emerge chiaramente, in questa prospettiva, lo scopo della tutela edilizia: non tanto sanzionare l'inganno compiuto dal venditore, quanto proteggere la minore esperienza e capacità di valutazione dell'acquirente rispetto a un *venaliciarius* professionista<sup>119</sup>.

La medesima 'oggettività' si ravvisa rispetto alle garanzie assunte dal venditore a seguito di dichiarazioni o promesse (*dicta et promissa*)<sup>120</sup>. Qui, infatti, poiché l'alienante si è gravato di un obbligo rilevante per il diritto civile – in quanto le dichiarazioni e le promesse si inseriscono o nella stessa *emptio venditio* o in una autonoma *stipulatio* –, l'*emptor* potrà agire indifferentemente con l'azione civile o

<sup>114</sup> Pomp. 23 *ad Sab.* D. 21, 1, 48, 8; *Lib. Syro-Romanus*, 39 e 113a (FIRA, II, 771 e 793).

<sup>115</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 14, 9.

<sup>116</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 2, 14, 31.

<sup>117</sup> Pomp. 23 *ad Sab.* 21, 1, 48, 4; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 1, 6; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 14, 10 (su questi passi cfr. per tutti IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 22 ss. e, da ultima, DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 263 ss.)

<sup>118</sup> MONIER, *La garantie contre les vices cachés*, cit., 40 ss.

<sup>119</sup> Non si pone in contrasto con questa prospettiva l'ipotesi che la giurisdizione edilizia sia nata come sviluppo del potere coercitivo degli edili curuli connesso – rispetto all'editto *de mancipiis vendundis* e al più tardo *de iumentis vendundis* – alla *cura annonae* (IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 122 ss.): può ipotizzarsi che il venditore fosse originariamente punito per non aver ottemperato all'ordine dell'edile di denunciare i vizi, ma poiché quest'ordine era finalizzato a evitare l'induzione in errore del compratore, dovette presto – se non subito – ritenersi che l'esigenza fosse comunque soddisfatta nei casi di vizio palese o noto.

<sup>120</sup> Sulla distinzione mi sembra corretta l'analisi che di Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 19 pr. compie IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 27.

con quella edilizia<sup>121</sup>: ma mentre nel primo caso il venditore sarà verisimilmente assolto se prova la propria *ignorantia* (almeno nel *iudicium empti*: forse all'*actio ex stipulatu* poteva opporsi una *exceptio doli*), nel secondo la semplice pronuncia dei *dicta et promissa* renderà responsabile il venditore.

Come si vede, non c'è una diversità di fattispecie sostanziali cui corrisponda una differente protezione processuale: alla diversa tutela, pretoria o edilizia, non corrispondono cioè due tipi diversi di *emptio venditio*, ma la medesima compravendita può essere tutelata innanzi all'edile o innanzi al pretore, con differenti azioni che hanno esiti e presupposti peculiari. Da un lato, infatti, l'*actio empti* subordina la condanna del venditore al sussistere di una violazione della *bona fides*, identificata nella *scientia*, mentre le azioni edilizie mirano a tutelare l'*emptor* a prescindere dalla posizione soggettiva del venditore<sup>122</sup>, fosse o meno *sciens*. Dall'altro l'*actio empti* ha una portata talmente ampia che nel *quidquid dare facere oportet ex fide bona* possono rientrare sia l'adempimento che la rescissione o la risoluzione del rapporto, così come il semplice risarcimento dei danni; l'*actio redhibitoria* ha invece effetti solo rescissori, cosicché il *periculum* è sopportato dal venditore e non dall'acquirente<sup>123</sup>, ma l'*emptor*, per riottenere il *pretium*<sup>124</sup>, deve restituire oltre alla *res* tutti i frutti che ne abbia tratto<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> In questo senso deve essere letto, ad es., Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 4, nel quale nulla fa pensare ad un riferimento alle azioni edilizie: la fattispecie è tutta interna all'editto del pretore. Cfr., in generale, LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 269 nt. 1; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 26 e 29; STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 31.

<sup>122</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 1, 2: ... *neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate*. A ben vedere, l'unico momento di interferenza tra le due logiche si ha con l'*actio de dolo* edilizia, che però – al di là della poca chiarezza che regna intorno alla sua esistenza e alla sua funzione – costituisce comunque una forma estrema e residuale di tutela, nella quale effettivamente si determina una 'concorrenza' delle due *iurisdictiones*, almeno rispetto ai presupposti (il dolo) benché, in età repubblicana, non ancora sul piano degli effetti (la restituzione del prezzo come richiesta diretta dell'*emptor*).

<sup>123</sup> Naturalmente, tranne il caso di colpa dell'acquirente o di un membro della sua *familia* o del suo *procurator*: cfr. per tutti IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 142 s. e 153 ss.

<sup>124</sup> Oltre agli interessi ed eventualmente alle spese necessarie sostenute dall'acquirente: cfr. ancora IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 152 s.

<sup>125</sup> Cfr. per tutti IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 147 s. Il giudizio re-

D'altronde, la piena sovrapposibilità tra strumenti edilizi e pretori è ulteriormente dimostrata dall'esistenza dell'*actio de dolo redhibitoria*, ossia di uno strumento residuale rispetto alle normali azioni edilizie che copre tutti i casi di *dolus malus* imputabile al *venaliciarius*<sup>126</sup>, ossia casi in cui il venditore non soggiace a una responsabilità oggettiva ma risponde per il *dolus in contrahendo*: quest'azione, residuale rispetto al 'microsistema' dell'editto edilizio, è perfettamente coincidente con l'*actio empti* esperita per la violazione (del dolo assorbito nel più ampio raggio) della buona fede<sup>127</sup>.

La prospettiva è dunque completamente rimediale: la medesima compravendita può portare a effetti differenti a seconda dell'interesse dell'attore, che potrà di volta in volta preferire la tutela più limitata

---

stitutorio prevede anche un onere di collaborazione del venditore alla rescissione del negozio prima della sentenza, che se non assolto determina una condanna al *duplum*: cfr. Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 45. Rispetto a questo passo, mi sembra preferibile l'interpretazione della dottrina pre-interpolazionistica, riproposta per l'epoca giustiniana da IMPALLOMENI, *op. cit.*, 128 ss. e 175 ss. (che, al di là della datazione, mi sembra resista alle critiche di Ph. MEYLAN, *Recensione di IMPALLOMENI, L'editto degli edili curuli*, cit., in «Labeo», II, 1956, 117 s.; M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne, 1963, 183 e ntt. 54 e 56; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 22 ss.; DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 315 ss.). I passi da cui si dovrebbe dedurre una condanna al *simplex* non hanno infatti nulla a che vedere con il rifiuto del venditore di restituire il prezzo: Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 23, 8 e 31 pr. riguardano il rifiuto del venditore di risarcire i danni causati dallo schiavo, nel qual caso egli è condannato al *simplex* ma in più non riottiene lo schiavo; da Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 25, 10, si deduce solo la necessità, per l'*emptor*, di compiere tutte le restituzioni che gli competono per poter riottenere il prezzo, mentre Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 29, 2 concerne il problema dell'estensione della *condemnatio ad accessiones e usurae*. È possibile che la condanna al *duplum* costituisca lo sviluppo storico di un ordine di restituzione totale o parziale che faceva le veci della multa che l'edile avrebbe potuto irrogare al venditore in virtù dei poteri di polizia che gli derivavano dalla *cura annonae* (ciò, seguendo l'ipotesi presentata in modo convincente da IMPALLOMENI, *op. cit.*, 122 ss.).

<sup>126</sup> In questo senso, è importante notare che «il diritto edilizio è di natura speciale, da sistema a sé» (IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 134): una normale *actio de dolo* non sarebbe esperibile – in quanto residuale – laddove fosse comunque concessa un'*actio empti*: ma è invece ammessa nel 'microsistema' edilizio quando le altre azioni edilizie sono escluse.

<sup>127</sup> Su questo rimedio cfr. M. F. CURSI, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili e tutela pretoria*, in *Studi A. Metro*, II, Milano, 2010, 1 ss.

ma maggiormente garantista delle azioni edilizie, oppure quella più ampia ma meno semplice da ottenere dei *iudicia bonae fidei*.

4.7. *Gli sviluppi posteriori*. – Il quadro sin qui delineato è sostanzialmente confermato nei frammenti della giurisprudenza del principato, le cui riflessioni si presentano come sviluppi coerenti del sistema repubblicano.

Ulpiano<sup>128</sup>, ad esempio, non solo ribadisce<sup>129</sup> il principio secondo il quale il venditore cui fosse nota una servitù gravante sul bene è responsabile quando la sua esistenza non fosse conosciuta dall'acquirente<sup>130</sup>, trattandosi di comportamento *contra bonam fidem*. Ma aggiunge che ai medesimi effetti si perviene se il venditore abbia (non solo falsamente affermato, non solo taciuto, ma anche) negato l'esistenza della servitù<sup>131</sup>; se abbia inserito clausole contrattuali per limi-

<sup>128</sup> Ulp. 28 *ad Sab.* D. 19, 1, 1, 1: *venditor si, cum sciret deberi, servitutem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. sed et si proponas eum ita dixisse: 'nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non teneor', puto eum ex empto teneri, quia servitus debebatur et scisset. sed si id egit, ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi, opinor eum ex empto teneri. et generaliter dixerim, si improbatore more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit.* Per le ipotesi di interpolazione, basti rinviare alle efficaci valutazioni di STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 11.

<sup>129</sup> Forse traendolo da Sabino: P. JÖRS, *Domitius* (88), in «RE», V.1, Stuttgart, 1903, 1443, seguito da Fr. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, 64; RODGER, *Concealing a Servitude. II*, cit., 238; R. ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*<sup>2</sup>, Padova, 2001, 234 (che però *ibid.*, 118, ferma la citazione sabiniana a *ignoravit*).

<sup>130</sup> Lungi dall'essere affermazione ovvia – e dunque indice di interpolazione, anche secondo STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 11 – questo rilievo è il risultato di una conquista interpretativa quale quella descritta da Cic. *off.* 3, 67 (cfr. *supra*, § 4.1), e viene giustamente riportato da Sabino e Ulpiano (così anche TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 192 nt. 548; non mi sembra invece necessario ipotizzare con RODGER, *Concealing a Servitude*, cit., 134 ss.; ID., *Concealing a Servitude. II*, cit., 238 s., che vi fossero dubbi al riguardo: cfr. *infra*, nt. 135).

<sup>131</sup> Potrebbe apparire strano che quest'ultima ipotesi sia fatta seguire alla reticenza, posto che negare l'esistenza della servitù potrebbe apparire nulla più che una

tare la propria responsabilità alle servitù conosciute, quando queste fossero effettivamente esistenti e a lui note<sup>132</sup>; e inoltre<sup>133</sup> se abbia operato (*egit*) – al di là, cioè, di dichiarazioni verbali o reticenze<sup>134</sup> – in modo tale da impedire all'*emptor* di venire a conoscenza della loro esistenza. E conclude rilevando che, in generale, il venditore è responsabile se abbia celato una servitù in modo scorretto (*improbato more*), ma non se abbia agito solo per tutelarsi; e che comunque tutte queste regole valgono solo se l'*emptor* non conosceva l'esistenza della servitù, perché altrimenti non può dirsi esserci stato inganno<sup>135</sup>, e il venditore non sarà responsabile.

---

variazione della falsa affermazione della sua inesistenza, mentre l'ordine con cui viene presentata la materia sembrerebbe presupporre una gerarchia di gravità (così ad es. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 193 s., che parla di «incertezza nella scala dei valori»). Ma occorre tener conto del concreto svolgersi dell'*interpretatio*, che aggiunge nuove ipotesi alle precedenti, cosicché l'ordine fra le diverse ipotesi non è – verisimilmente – logico o gerarchico, ma semplicemente cronologico, ossia legato al concreto emergere delle soluzioni nel tempo (così anche RODGER, *Concealing a Servitude. II*, cit., 240 s.). In questo ulteriore senso appare persuasiva l'ipotesi di Jörs (cfr. *supra*, nt. 129) di attribuire la prima parte del frammento (*venditor ... in empti actionem*) al testo di Sabino che Ulpiano commenta.

<sup>132</sup> Th. MOMMSEN [- P. KRUEGER] (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, 544, propone di emendare *quia in si qua*: forse non è necessario, ma non mi sembra «unacceptable», come ritiene RODGER, *Concealing a Servitude. II*, cit., 242, perché il senso della frase è senz'altro che la responsabilità c'è solo se esiste una servitù nota al venditore. Solo questo, d'altronde, può essere il senso del *puto* usato dal giurista: egli presenta la soluzione come una propria opinione, perché poteva anche formalisticamente sostenersi che il venditore avesse escluso la propria responsabilità rispetto a servitù che fossero inaspettate per il solo *emptor*, a prescindere dal fatto che fossero o meno note al venditore.

<sup>133</sup> Il testo recita *sed si*, ma già l'Haloander aveva proposto di emendare in *sed et si* (MOMMSEN [- KRUEGER] [ed.], *Digesta Iustiniani Augusti*, cit., I, 544).

<sup>134</sup> TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 194. Cfr. anche RODGER, *Concealing a Servitude. II*, cit., 243, il quale però ingiustificatamente identifica il comportamento con l'inserimento della clausola di esonero dalla responsabilità riportata poco sopra (*ibid.*, 244 s.).

<sup>135</sup> Secondo RODGER, *Concealing a Servitude. II*, cit., 239 s., nel testo *celare* sarebbe usato in due sensi differenti: per 'occultare (la servitù)' in *celare servitutum*, e per 'ingannare (l'acquirente)' in *non videtur esse celatus qui scit*. Questa differenza sarebbe indice di un ampliamento interpretativo, per cui la regola originaria sarebbe quella della responsabilità per il semplice fatto di occultare la servitù, cui successivamente si sarebbe aggiunta quella dell'inganno. Ma in latino *celare* regge all'accusativo anche la persona che è ingannata (cfr. W. ELSPERGER, *Celo*, in *Thesaurus linguae*

Simili princìpi, che costituiscono l'ultima propaggine dell'*interpretatio* compiuta sulla materia civilistica a parte dalla normazione decemvirale, sono ripetuti in diversi passi<sup>136</sup>. Ma nel principato si realizzano novità più rilevanti, almeno in materia di compravendita, allorché i giuristi recepiscono<sup>137</sup> nella tutela dell'*actio empti* le regole delle azioni edilizie<sup>138</sup>.

*Latinae*, III, Lipsiae 1906-1912, 767; J. B. HOFMANN - A. SZANTIR, *Lateinische Grammatik. II. Lateinische Syntax und Stilistik*, München, 1965, 43), e dunque non c'è motivo di ritenere che la frase al passivo sia un'aggiunta posteriore.

<sup>136</sup> Cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18, 1, 35, 8; Pap. 3 *resp.* D. 19, 1, 41; Paul. 33 *ad ed.* D. 19, 1, 21, 1, sul principio della responsabilità contrattuale del venditore *sciens* per gli oneri gravanti sul bene; Iul. 15 *dig. fr.* 252 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 6, sulla regola della nullità della clausola con cui il venditore abbia limitato la propria responsabilità o abbia dolosamente creato una responsabilità in capo all'acquirente; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18,6, 9, sulle modificazioni subite dal bene nel tempo intercorrente tra l'*inspectio* compiuta dall'*emptor* e l'acquisto, ove queste modificazioni fossero note al venditore e non all'acquirente.

<sup>137</sup> Mi riferisco qui a una recezione di regole, non a una recezione di azioni o del diritto onorario in quello civile, come proponeva Wlassak: cfr. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium*, cit., 165 ss.

<sup>138</sup> Sembrano oggi doversi abbandonare le posizioni degli inizi del Novecento, secondo le quali i passi in cui ciò risulta ammesso siano da ricondurre a interpolazioni giustinianee (cfr. per tutti R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, 131 ss.; F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, in «ZSS», LXIX, 1952, 330 s.; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 244 ss., 271 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1956, 397 ss.; STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 19; A. M. HONORÉ, *The History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law*, in *Studies F. De Zulueta*, Oxford, 1959, 157). I due principali argomenti addotti in tal senso sono una presunta impossibilità, per il giudice dell'*actio empti*, di ordinare all'attore la restituzione della cosa viziosa (MONIER, *op. cit.*, 131) e l'idea che una simile estensione sarebbe stata possibile solo con «la fusione totale del diritto edilizio onorario con il civile» (IMPALLOMENI, *op. cit.*, 271), allorché le diverse azioni avrebbero condiviso la medesima *causa petendi* e il medesimo *petitum*, e conseguentemente avrebbero potuto condividere anche gli stessi termini brevi. In realtà, da un lato il *iudex* del *iudicium bonae fidei* era senz'altro in condizione di valutare in compensazione il valore della cosa viziosa non restituita dall'attore, così da spingerlo alla restituzione; dall'altro, sempre in virtù dell'ampio *officium iudicis* previsto nei *iudicia bonae fidei* – non sembra necessario attendere il superamento della distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* per immaginare una estensione di regole dal secondo al primo. Cfr. per tutti, a difesa della classicità dei testi, D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, 140 ss.; DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 221 ss., e già M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena, 1879, 170 ss.

Ciò non avviene tanto rispetto alla possibilità di ottenere gli effetti restitutori anche nell'azione civile di compravendita, perché l'esito della restituzione era già pienamente compatibile con la normale operatività dei *iudicia bonae fidei*. Nel *iudicium empti*, come abbiamo già osservato, la restituzione è implicita nella logica stessa del *iudicium bonae fidei*, nel quale il convenuto può evitare la condanna restituendo la cosa esattamente come avviene nelle cd. *actiones arbitrarie*: non a caso i giuristi si limitano a constatare come l'effetto redibitorio sia ricompreso nel *iudicium empti*<sup>139</sup>, il che naturalmente permetteva di chiedere la rescissione o il riequilibrio del sinallagma non solo nelle vendite di *mancipia* e *iumenta*, ma in ogni ipotesi di compravendita.

Quel che differenziava davvero i due rimedi era la responsabilità del *venditor*, che nell'*actio empti* era sempre subordinata alla sua *scientia*. Nel II sec. d.C. anche questo baluardo viene superato, come mostra un brano di Marciano<sup>140</sup> che riporta un responso del giurista repubblicano Trebazio Testa e le precisazioni formulate su questo da Giuliano. Per Trebazio l'*emptor* che *ignorans* avesse acquistato dei vestiti rammendati come se fossero nuovi, aveva diritto al pagamento dell'*id quod interest*: nel brano non viene detto se il venditore fosse o meno *sciens* ma – essendo improbabile che Trebazio assoggettasse il *venditor* a una responsabilità oggettiva, estesa a ogni perdita patrimoniale subita dall'acquirente – è verosimile che la fattispecie cui si riferiva il responso riguardasse un'ipotesi di *scientia* del venditore. Per Giuliano, invece, bisogna distinguere due ipotesi: se il venditore è *ignorans*, dovrà pagare solo il valore della cosa; se è *sciens*, sarà tenuto per ogni danno che l'acquirente abbia subito.

<sup>139</sup> Cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 3: *redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo (fr. 289 LENEL) et Sabinus (fr. 93 LENEL) putant et nos probamus.*

<sup>140</sup> Marcian. 4 *reg.* D. 18, 1, 45: *Labeo libro posteriorum (fr. 238 LENEL) scribit, si vestimenta interpola quis pro novia emerit, Trebatio (fr. 22 LENEL) placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius (fr. 850 LENEL) probat, in qua et Iulianus (15 dig. fr. 251 LENEL) est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.*

La novità è considerevole, perché in tal modo l'azione di buona fede offre una tutela anche contro il venditore *ignorans*: e poiché l'*oportere* rispetto al quale si chiede la condanna con l'*actio empti* resta un *oportere ex fide bona*, questo passaggio implica un ampliamento della portata della buona fede.

Che possa trattarsi di una svolta del II sec. d.C., attribuibile a Giuliano, parrebbe confermato dal fatto che anche Ulpiano, allo stesso proposito, cita il medesimo parere giuliano<sup>141</sup>. Tuttavia, a ben vedere, la distinzione di Giuliano muove dalle medesime premesse che – come vedremo – hanno portato Servio Sulpicio Rufo e la sua scuola ad affermare che in una *locatio conductio*, se si determina uno squilibrio non imputabile ad alcun contraente in termini di dolo o colpa, si risolverà il contratto o si ridurranno proporzionalmente le prestazioni, mentre se vi sia *culpa* o *dolus* si risponderà per tutti i danni cagionati all'altra parte. Ed è questa, in fondo, anche la logica delle azioni edilizie che, da un lato, facilitano l'*emptor* non richiedendo la prova della *scientia* del *venditor* ma, dall'altro, si indirizzano solo alla rescissione del negozio, senza guardare ai danni ulteriori sopportati dall'*emptor*.

In altre parole, la *bona fides* va oltre la *scientia* e diviene parametro puramente oggettivo di equilibrio contrattuale: il venditore deve non solo risarcire l'*id quod interest* in caso di false dichiarazioni o di *scientia*, ma anche restituire all'acquirente la somma da questi pagata allorché la cosa avesse difetti, per quanto ignoti al venditore. Si nota

<sup>141</sup> Ulp. 32 ad ed. D. 19, 1, 13 pr.: *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum* (il passo è collocato da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, I, 360, nel fr. 251 di Giuliano insieme a D. 18, 1, 45). Le ipotesi di interpolazione del passo (cfr. per tutti STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 23 ss., con riferimenti) si basano sull'erronea convinzione che le regole edilizie sarebbero state estese a tutte le compravendite solo dai compilatori, mentre è chiaro che, una volta recepite nell'*emptio venditio*, esse dovevano applicarsi a ogni compravendita.

in ciò un'influenza della tutela edilizia su quella accordata dal pretore nei *iudicia bonae fidei*; ma la logica sottesa alla innovazione è sempre legata alla centralità dell'*obligatio* ossia – nei contratti a prestazioni corrispettive – dell'equilibrio del sinallagma.

4.8. *Conclusioni.* – La prospettiva romana è rimediale. A seconda del tipo di processo che si intendeva incardinare, i romani individuavano strumenti processuali specifici. Ciò comportava inevitabilmente degli apparenti 'doppi', che nella visione moderna si fatica a comprendere.

Nei *iudicia stricti iuris* era necessario eccepire il *dolus* o il *metus* e, quando non fossero tipicamente considerati da altre azioni, dolo e violenza potevano trovare espressione in azioni specifiche, come l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa*.

Questi strumenti non erano invece necessari quando il rapporto fosse riconducibile a un *iudicium bonae fidei*: qui la latitudine del giudizio era talmente ampia da ricomprendere ogni comportamento scorretto della controparte, e anzi l'attore era estremamente facilitato nel proprio compito dal fatto che per ottenere la condanna del convenuto era sufficiente provare la violazione della *bona fides*, e non addirittura il dolo o la violenza.

Ancora più semplice era la posizione dell'attore per le compravendite realizzate nei mercati, dove il venditore rispondeva per i vizi della cosa anche quando non avesse avuto alcuna contezza degli stessi, senza che però gli fosse interdetta la possibilità di agire con la normale azione civile innanzi al pretore.

È importante sottolineare l'impostazione rimediale romana perché tutti questi strumenti sono stati ereditati dalla tradizione civilistica e sono stati accolti nei codici essendo però presentati come tra loro alternativi: il che ha imposto non solo di interrogarsi sul rapporto tra la buona fede formativa dell'art. 1337 cod. civ. e il dolo cd. negoziale degli artt. 1439 e 1440 cod. civ. nonché la violenza dell'art. 1435 cod. civ.<sup>142</sup>.

Ma è anche importante notare che non vi è, nel diritto romano, alcun legame necessario tra buona fede e tutela risarcitoria: la con-

<sup>142</sup> *Status quaestionis* in FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 143 ss.

danna pecuniaria è una caratteristica di tutto il processo formulare, e poteva essere evitata in tutti i *iudicia bonae fidei* dal comportamento spontaneo (adempimento o restituzione) del convenuto; inoltre, il processo poteva condurre anche alla conclusione del rapporto in forme che oggi potremmo considerare di rescissione o annullamento, oppure di risoluzione.

5. *La bona fides esecutiva nella scuola di Servio: eventi sopravvenuti e adattamento negoziale nei contratti di durata.*

5.1. *Premessa: apparenti regole e apparenti eccezioni.* – Nei frammenti di Servio e del suo allievo Alfeno non si trova alcun accenno alla *bona fides*. Tuttavia la scuola serviana ha avuto un ruolo fondamentale nell'elaborazione di alcune regole dei contratti tipici tutelati da *iudicia bonae fidei*: regole che non sono, nei testi, espressamente connessi alla *bona fides* ma che possono spiegarsi solo in connessione con il ruolo di questo principio, perché solo nei *iudicia bonae fidei* è attribuito al giudice un potere così ampio da consentirne la valorizzazione<sup>143</sup>.

Delle tre funzioni che l'attuale dottrina civilistica attribuisce alla buona fede – integrativa, limitativa e correttiva<sup>144</sup> – Servio e la sua scuola sembrano concentrarsi sulla terza, che al giurista moderno appare come la più controversa, e in particolare sul problema dell'adattamento negoziale.

<sup>143</sup> Concordo sul punto con C. H. MÜLLER, *Gefahrtragung bei der locatio conductio. Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2002, 42 ss.; R. CARDILLI, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 28 = *Bona fides tra storia e sistema*<sup>2</sup>, Torino 2010, 205; ID., *La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, 338 ss. = *Bona fides tra storia e sistema*<sup>2</sup>, cit., 59 ss.; P. J. DU PLESSIS, *A history of remissio mercedis and related legal institutions*, Rotterdam, 2003, 9; P. PICHONNAZ, *De la clausula rebus sic stantibus au hardship. Aspects d'une évolution du rôle du juge*, in *Droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum G. Harnard*, Bruxelles, 2009, 159.

<sup>144</sup> Cfr. ancora FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 174 ss.

Per comprendere il valore delle testimonianze serviane è necessario ricordare che la *communis opinio* dei romanisti, condizionata dalla prospettiva volontaristica propria del positivismo giuridico, ha da un lato limitato l'incidenza degli eventi sopravvenuti ai temi della risoluzione – per impossibilità della prestazione o per eccessiva onerosità – e ha dall'altro 'cancellato' dalle fonti il tema dell'adattamento negoziale, con la sola eccezione della *remissio mercedis* nella *locatio conductio*<sup>145</sup>. Questa prospettiva, a ben vedere, è coerente con l'impostazione di quei codici moderni – come quello italiano – che in caso di eventi sopravvenuti ammettono, in linea generale, rimedi unicamente risolutivi, salvo poi consentire strumenti di adattamento in ipotesi determinate, tutte riconducibili a contratti di durata come la locazione, l'affitto, l'appalto, il contratto di trasporto, il contratto di assicurazione<sup>146</sup>.

È stata già rilevata la derivazione della 'teoria generale' delle sopravvenienze, e in particolare della risoluzione per eccessiva onerosità, dalla cd. clausola *rebus sic stantibus*<sup>147</sup>. Quest'ultima in diritto romano aveva una portata assai limitata, essendo rinvenibile solo in materia di *stipulatio*, come condizione tacita della stessa. Ma i testi romani contenevano, per i loro interpreti posteriori, una serie di spunti che favorivano una lettura 'volontaristica' del problema, conducendo alla regola della risoluzione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Nella *stipulatio* – che peraltro costituiva un modello privilegiato per la moderna concezione del contratto come accordo e dell'obbligazione come mero effetto dello stesso – il contenuto obbligatorio è tutto espresso nei *verba* dei contraenti, e dunque qualunque aggiunta interpretativa non può che essere concepita (nella medesima logica dei *verba*) come tacita. In un simile contesto è necessario, affinché il mutamento delle circostanze possa incidere sul contratto, che esso incida sull'accordo, poiché in una logica volontaristica un mutamento

<sup>145</sup> Su cui cfr. per tutti DU PLESSIS, *A history of remissio mercedis*, cit., e L. CAGROGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005.

<sup>146</sup> Cfr. FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 193 ss.

<sup>147</sup> CARDILLI, *Sopraavvenienza e pericoli contrattuali*, cit., 2 ss. (= 176 ss.). Cfr. anche PICHONNAZ, *De la clausula rebus sic stantibus au hardship*, cit., 149 ss.

del contenuto obbligatorio che prescinda da un mutamento dell'accordo è ritenuto impossibile: il mutamento dell'accordo, però, può essere solo frutto di una spontanea volontà delle parti di modificare il contratto, altrimenti l'unica possibilità è quella di ritenere non più valido il consenso, ossia il contratto, e di risolverlo. Di qui la fortuna, a partire dal diritto canonico medievale sino al positivismo giuridico, della clausola *rebus sic stantibus*<sup>148</sup>.

Accanto a questa regola, però, in diritto romano trovava spazio un altro sistema di gestione delle sopravvenienze<sup>149</sup>, in particolar modo in relazione al contratto di *locatio conductio*, ed è da questo sistema di regole che si è sviluppato, in relazione ai singoli contratti, quel 'regime speciale' che abbiamo ricordato sopra parlando dei codici moderni, non a caso legato a contratti che sono la derivazione storica della locazione romana. Senonché negli studi di diritto romano, il 'regime speciale' è stato analizzato in particolare rispetto alla *remissio mercedis* della locazione di *res*<sup>150</sup>, ma esso coinvolge tutte le differenti forme di *locatio conductio*: nella concezione romana la *locatio conductio* è infatti un contratto unitario, consistente nello scambio di *merces* e *uti frui*, che si articola in modelli negoziali distinti sulla base del diverso atteggiarsi del godimento (*uti frui* per il godimento realizzato su una *res*; *opera* per quello su una *persona*; *opus* quando le *operae* sono coordinate verso un risultato)<sup>151</sup>. Benché espressa casisticamente in relazione a concrete fattispecie, è dunque possibile enucleare dai testi una regola secondo cui, nella *locatio conductio*, ogni modificazione nel godimento di una parte non può che riflettersi sulla posizione economica dell'altra parte: se nel sinallagma *merces-uti frui* si determina una modificazione nell'*uti frui*, non può che conseguirne una modificazione nella *merces*.

<sup>148</sup> Sto seguendo, con integrazioni, CARDILLI, *Sopraavvenienza e pericoli contrattuali*, cit., 1 ss. (= 175 ss.). Sulla vicenda storica della clausola cfr. la dottrina ricordata da SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., 90 nt. 167 cui *adde*, benché un po' rapido, D. PHILIPPE, *La genèse de la clausula rebus sic stantibus*, in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum G. Hanard*, Bruxelles, 2009, 267 ss.

<sup>149</sup> Cfr. ancora CARDILLI, *Sopraavvenienza e pericoli contrattuali*, cit., 1 ss. (= 175 ss.) e PICHONNAZ, *De la clausula rebus sic stantibus au hardship*, cit., 149 ss.

<sup>150</sup> Cfr. i lavori richiamati *supra*, nt. 145.

<sup>151</sup> Cfr. ancora FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., spec. 285 ss.

Non solo. Occorre ricordare che in diritto romano la locazione conduzione non si riferisce a un assetto di interessi specifico, ma costituisce uno schema obbligatorio amplissimo, che coincide con l'unico contratto tipico di durata a prestazioni corrispettive, entro cui ricadono una quantità di negozi diversificati, tutte le volte che siano riconducibili a una concessione di godimento a titolo oneroso: dalla locazione propriamente detta all'affitto, al contratto di lavoro subordinato, al contratto d'opera, al contratto di trasporto, all'appalto, alla regia, ecc., oltre che tutte le ipotesi di mandato, deposito, comodato onerosi<sup>152</sup>. Ci accorgiamo allora che l'elaborazione di Servio e della sua scuola costituisce una regola di adattamento negoziale che il diritto romano elabora per tutti i contratti di durata a titolo oneroso<sup>153</sup>.

Il rapporto di eccezione e regola che nel diritto civile italiano caratterizza il confronto tra il regime speciale di alcuni contratti e la teoria generale in materia di eventi sopravvenuti<sup>154</sup>, si disegna invece in diritto romano come un'alternativa tra (almeno) due 'regole' differenziate in relazione al tipo contrattuale:

- 1) da un lato, la cd. clausola *rebus sic stantibus* che si riferisce a contratti a esecuzione differita o continuata versati in un negozio formale, con obbligazioni a carico di una sola parte, come la *stipulatio*;
- 2) dall'altro l'adattamento negoziale che si applica ai contratti sinallagmatici di durata, ossia alla *locatio conductio*.

5.2. *La regola serviana*. – Il frammento più importante in materia è riportato da Ulpiano:

Serv. fr. 27 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 15, 2: *si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint.*

<sup>152</sup> Sul problema della distinzione tra la locazione e questi rapporti nella giurisprudenza tardo-classica cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 261 ss.

<sup>153</sup> R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, in «Roma e America», XXII, 2006, 111 ss.

<sup>154</sup> FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 193 ss.

*sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

Ragionando sui casi in cui il conduttore può agire nei confronti del locatore, Ulpiano passa a considerare l'ipotesi in cui il godimento sia reso impossibile dall'intervento di una evenienza dannosa, e riporta il pensiero di Servio. Il parere del giurista repubblicano può essere diviso in due parti<sup>155</sup>.

Innanzitutto viene posta una distinzione generale, corredata di esempi. Il locatore sopporta i danni verificatisi a causa di una forza esterna irresistibile (*vis cui resisti non potest*): ad esempio la *vis* dei fiumi, delle cornacchie, degli uccelli, oppure di una incursione nemica. Il colono sopporta invece i rischi naturalmente connessi all'attività agricola (*vitia ex ipsa re*): così se il vino si sia inacidito, o le messi siano state rovinare dai vermi o dalle erbe cattive. La conseguenza pratica della regola è la seguente: se è il conduttore a sopportare il rischio, egli dovrà pagare l'intera *merces* anche se il godimento ricevuto non è pieno; se invece è il locatore a subire il *damnum*, egli riceverà dal conduttore una *merces* ridotta nell'ammontare in proporzione alla riduzione dell'*uti frui*.

Poi questa regola viene declinata *κατὰ περίστασιν* in relazione a singole ipotesi di *vis*. Ricade sul locatore il *damnum* derivante da una frana che abbia distrutto i frutti (non si può porre sulle spalle del colono, oltre alla perdita dei semi, anche l'onere della mercede); ma anche la perdita dei frutti dell'olivo causata da una malattia della pianta o dall'inconsueto calore del sole. Se invece non sia accaduto nulla che ecceda la normalità, il danno è del conduttore; e lo stesso avviene quando un esercito indisciplinato, passando, abbia portato via qualcosa. Se infine un terremoto rovini il campo al punto di distruggerlo

<sup>155</sup> Cfr. anche M. KASER, *Periculum locatoris*, in «ZSS», LXXIV, 1957, 169.

completamente, la perdita deve essere sopportata dal locatore, perché viene completamente meno l'*uti frui* che egli deve garantire al conduttore.

In questa sede non è necessario affrontare nel dettaglio i numerosi problemi esegetici posti dal passo<sup>156</sup>, ed è sufficiente concentrarci sui profili ai nostri fini più importanti.

Innanzitutto, com'è stato acutamente rilevato<sup>157</sup>, il problema della cd. 'ripartizione del rischio' – per usare le categorie invalse – appare interamente assorbito nella prestazione, parlandosi di *vim praestare*: ciò non significa che il tema del rischio si trasformi in un problema di responsabilità, ma piuttosto che il rischio, così come la responsabilità, non sono rappresentati come ulteriori rispetto all'*oportere*, ma vi rientrano pienamente, mostrando quanto sia impropria, per descrivere l'esperienza romana, la distinzione tra 'Schuld' e 'Haftung'. A ciò si deve aggiungere che, come abbiamo già notato<sup>158</sup>, la richiesta contenuta nell'*intentio* formulare è sempre la stessa, essendo riferita all'*oportere*, sia che si tratti di domanda di adempimento (riferita cioè al debito) sia che si tratti di risarcimento (riferita cioè alla responsabilità) sia che, riferendosi alla ripartizione del rischio, essa si collochi in uno spazio in cui le due categorie dell'adempimento e del risarcimento appaiono difficili da distinguere.

In altre parole, la categoria romana dell'*oportere* sembra assorbire entro il concetto di obbligazione non solo – per usare le categorie moderne – il dovere di prestazione, ma anche il dovere risarcitorio e la sopportazione di tutti i danni connessi al rapporto. Ciò non significa, naturalmente, che tra le diverse situazioni i romani non distinguessero: la condanna derivante da *culpa* è più onerosa di quella relativa alla sopportazione di una *vis*, essendo parametrata all'*id quod interest*<sup>159</sup>. Ma questa differente prospettiva implica che le distinzioni

<sup>156</sup> Per la mia analisi rinvio a FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 80 ss.

<sup>157</sup> C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in «Iura», XLIII, 1992, 70 s.; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 233 ss.

<sup>158</sup> Cfr. *supra*, § 2.

<sup>159</sup> Ad esempio, accanto alla 'serie' costituita da Alf. 2 *dig.* D. 19, 2, 27 pr.-1 e Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19, 2, 30, 1 in cui si affronta il problema della sopportazione della *vis*, si collocano testi come Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19, 2, 30 pr.; D. 19,

usuali per il giurista moderno non possono essere utilizzate in modo netto: nell'*oportere* rientra tutto ciò che a qualunque titolo sia dovuto nel rapporto (*quidquid ob eam rem dare facere oportet*).

Tutto ciò ha due importanti conseguenze. La prima è che per i romani l'obbligazione non concide solo con il contenuto del contratto 'voluto' dalle parti, ma comprende oggettivamente ogni dovere a qualunque titolo riferibile al rapporto. La seconda è che nei contratti sinallagmatici i doveri di adempimento, di risarcimento, di sopportazione del rischio si impernano, in quanto tutti rientranti nell'*oportere*, sull'equilibrio tra le prestazioni: nel frammento di Servio, ad esempio, una simile 'onnicomprendività' dell'*oportere* risulta chiaramente dall'ultima frase – *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit* – che mostra come la ripartizione del rischio si leghi all'esecuzione della prestazione di *uti frui* da parte del locatore, e che la remissione totale o parziale della *merces* è una diretta conseguenza della diminuzione di *uti frui*.

La *distinctio* è stata applicata dalla stessa scuola di Servio a ipotesi diverse dalle locazioni agrarie<sup>160</sup>. Si afferma così che gli *habitatores* di *caenacula* non possano *statim* pretendere una *deductio ex mercede* ogniquale volta vi sia una qualche diminuzione nell'*uti*, ma solo quando – accaduto un evento che abbia costretto il *dominus* a compiere dei lavori – l'*incommodum* derivato al conduttore non sia esiguo, bensì abbia ridotto notevolmente l'*usus* del *caenaculum*<sup>161</sup>. Ed esplicitando ancor più chiaramente il rapporto proporzionale tra pagamento della *merces* e tempo di non-uso, si sostiene che se un edile

2, 30, 2; D. 19, 2, 30, 4, Serv. fr. 28 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 19, 1, in cui si pone un problema di responsabilità per *culpa* di una delle parti e la condanna è all'*id quod interest* (sui passi cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 86 ss., 103 ss.).

<sup>160</sup> Sui passi che seguono cfr. per tutti FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 99 ss. e CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, cit., 16 ss., 30 s., 37 ss. Cfr. anche Alf. 2 *dig.* D. 19, 2, 27, 1.

<sup>161</sup> Alf. 2 *dig.* D. 19, 2, 27 pr.: *habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim conditione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.*

ha preso in conduzione dei *balnea* affinché i cittadini potessero lavarsi gratuitamente, ma tre mesi dopo i bagni vengono distrutti da un incendio, potrà agirsi *ex conducto* contro il locatore affinché restituisca la porzione di mercede ricevuta in proporzione al tempo in cui *lavationem non praestitisset*<sup>162</sup>.

Ancora più ampia è l'applicazione del principio nei giuristi posteriori. Esso viene adottato non solo nella locazione di immobili<sup>163</sup>, ma anche in altre forme di *locatio rei*, nella locazione di *operae*, nella locazione di *opus*. E, soprattutto, esso viene impiegato per risolvere non solo casi di diminuzione di valore di una delle prestazioni, ma anche ipotesi di aumento di valore.

Così, in un frammento di Cervidio Scevola<sup>164</sup>, ricondotto allo schema della *locatio navis* un assetto di interessi potenzialmente complesso<sup>165</sup>, si afferma che se un tale ha preso in conduzione una nave,

<sup>162</sup> Alf. 3 dig. a Paulo epit. D. 19, 2, 30, 1: *aedilis in municipio balneas conduxe rat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret.*

<sup>163</sup> Sulla regola rispetto alle locazioni agrarie cfr. per tutti CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, cit., 71 ss.

<sup>164</sup> Cfr. Scaev. 7 dig. D. 19, 2, 61, 1: *navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus certa mercede: sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur et onus impositum commisso tolleretur. quaesitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem exigere navis possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.*

<sup>165</sup> Come avevo già rilevato (FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 146 s. nt. 64), la precisazione del giurista circa il fatto che il suo *responsum* si lega al modo in cui è stata posta la *quaestio* induce a ipotizzare che egli avesse qualche esitazione nella ricostruzione dell'assetto di interessi, che invece appare a L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella locatio conductio*, in *Iuris vincola. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, 285 nt. 73 (seguita da R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008, 320 nt. 60) una semplice *locatio navis*. Le esitazioni di Scevola derivavano probabilmente dai termini usati nella formulazione della *quaestio*, che sono più compatibili con un contratto di trasporto che con una locazione di nave: il riferimento contenuto nella *lex contractus* alla destinazione e al carico (*ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus*); la precisazione della confisca delle merci (... *et onus impositum commisso tolleretur*); l'uso del termine *vectura* per indicare la *merces*. È chiaro infatti che se lo scopo della locazione entra nel contenuto

ma per un ordine dell'autorità – verisimilmente legato a un problema di pagamento di dazi, imposte o diritti gravanti sul conduttore<sup>166</sup> – si impedisce alla nave di partire e le merci vengono scaricate e confiscate, la *merces* è egualmente dovuta<sup>167</sup>.

Nella locazione di *operae*, in una ideale ripetizione della distinzione serviana tra *vis cui resisti non potest* e *vitia ex ipsa re*, da un lato Marcello rileva che il conduttore è tenuto a pagare in proporzione al tempo in cui ha goduto del bene o delle *operae*, mentre non è tenuto se il bene è divenuto inutilizzabile, come ad esempio nel caso di un'*insula* bruciata<sup>168</sup>; dall'altra Paolo<sup>169</sup> scrive che, se la mancata frui-

---

del contratto – anche se ciò non giunga a integrare un contratto di trasporto, nel quale vi è addirittura un'obbligazione del *nauta* a giungere a destinazione –, tuttavia non può più parlarsi di mera locazione della nave, e nel valutare l'incidenza dei rischi ci si deve interrogare sul 'fondamento negoziale' – per usare una terminologia moderna – del contratto. Inoltre, poiché oltre alla locazione della (intera) nave, era possibile la locazione di singoli spazi della stessa, rispetto ai quali la regola era che si pagava solo per quelli effettivamente utilizzati (cfr. il commento di Paolo in Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10, 2, su cui FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 139 ss. e ID., *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in «Riv. dir. nav.», XXXIX, 2010, 158 ss.), e poiché nella fattispecie il carico era stato sequestrato, cosicché non vi era stato uso dei *loca*, era possibile interrogarsi sull'esigibilità della *merces* da parte del locatore. La soluzione finale però è certamente nel senso della locazione della nave.

<sup>166</sup> FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, cit., 320 nt. 60, con bibliografia. Il mancato pagamento nel passo non è ricondotto a una negligenza del conduttore (come invece proponevano Th. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien, 1956, 198 e R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in «SDHI», XXXIV, 1968, 219), e in effetti non rileva ai fini della *quaestio*, posto che non ci si sta ponendo il problema di un inadempimento del conduttore ma solo dell'essere o meno dovuta la *merces*.

<sup>167</sup> Sul rapporto tra questo responso e il principio elaborato da Servio per i *vitia ex ipsa re*, cfr. esattamente, FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, cit., 320 s.

<sup>168</sup> Marc. 6 *dig. fr.* 77 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 9, 1: *hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto digestorum scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quin-quennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam insula exusta teneretur locator conductori. sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fructus est pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? et magis admittit teneri eum: et est aequissimum.*

<sup>169</sup> Paul. 1. *sing. reg.* D. 19, 2, 38 pr.: *qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.*

zione non è dipesa dal lavoratore<sup>170</sup>, questi ha diritto a ottenere il compenso per l'intera durata del contratto<sup>171</sup>.

<sup>170</sup> Sull'ampio valore di *per eum non stetit* in D. 19, 2, 38 pr., cfr. per tutti MÜLLER, *Gefahrtragung bei der locatio conductio*, cit., 97 s., con letteratura. Delle clausole contenute nelle tavolette di Transilvania – in cui il lavoratore non solo si obbliga a prestare *operae sanae et valentes*, evidentemente assumendosi il rischio della malattia (così esattamente RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung*, cit., 195), ma accetta una *merces pro rata* se la sua prestazione sia impedita da una inondazione della miniera (*fluor*: sul significato del termine cfr. per tutti RÖHLE, *op. cit.*, 185 s.): CIL, III, 948 n. 10 = FIRA, III, 150a, ll. 7-8: [*quod si*] | *fluor impedierit, pro rata computare debebit*] – è stata ipotizzata a ragione la natura vessatoria: cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 386.

<sup>171</sup> Cfr. anche Pap. 4 *resp.* D. 1, 22, 4 (e Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 19, 10), ove si afferma che il *comes* ha diritto all'intera mercede anche in caso di morte del *legatus Caesaris*, tranne il caso in cui abbia prestato le proprie *operae* a terzi; e Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 19, 9, nel quale si riporta un rescritto imperiale nel quale stabilisce che, qualora sia morto il *conductor operarum* di uno scrivano, quest'ultimo ha diritto alla *merces* per l'intero periodo stabilito nel contratto, in quanto il mancato godimento delle opere non rientra nella sfera del locatore (*cum per te non stetisse*), purché questi le abbia effettivamente messe a disposizione, non avendo lavorato per altri. Non mi sembra che rispetto a questi testi possa parlarsi di soluzioni equitative eccezionali motivate dal fatto che il locatore che non abbia prestato le proprie attività a terzi si troverebbe senza retribuzione (VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella locatio conductio*, cit., 291 ss.), ma dell'applicazione del principio generale per cui ciascuna parte ha diritto al corrispettivo se ha compiuto la propria prestazione (cfr. *infra*) – il che è escluso quando l'*opera* (ossia la giornata lavorativa) sia stata prestata a terzi. Non mi sembra neanche si possa ritenere con G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi E. Betti*, III, Milano 1962, 718; N. PALAZZOLO, *Le conseguenze della morte del conductor operarum sul rapporto di lavoro*, in «SDHI», XXX, 1964, 284 ss. e VACCA, *op. ult. cit.*, 292, che in queste ipotesi non si ponga un problema di *periculum* ma di trasmissibilità ereditaria dell'obbligazione: comunque, se così fosse, significherebbe che il principio del *periculum* era talmente accettato da non essere neanche discusso. Né che possa ritenersi che la regola espressa da Paolo e nei passi qui riportati sia riferibile a un mutamento di indirizzo determinatosi nella prassi dei rescritti (così RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung*, cit., 186, seguito da G. CIULEI, *Die Arbeitsverträge in den siebenbürgischen Wachstafeln*, in «RIDA», 3<sup>e</sup> s., XXXVIII, 1991, 129) perché la regola espressa da Paolo risponde a una logica comune a tutte le ipotesi di *locatio conductio* (cfr. *infra*). Cfr. anche Ulp. 8 *omn. trib.* D. 50, 13, 1, 13 e Paul. *sing. reg.* D. 19, 2, 38, 1, che ripetono lo stesso principio in materia di retribuzione degli *advocati*; la fattispecie in Ulp. 38 *ad ed.* D. 38, 1, 15 pr. potrebbe non essere rilevante, riferendosi non a un'ipotesi di *locatio conductio*, ma di *promissio liberti*. Su questi passi come testimonianze di regole in materia di *periculum* cfr., oltre alla dottrina citata, KASER, *Periculum locatoris*, cit., 194 ss.; I. MOLNÁR,

Nella locazione di *opus*, e precisamente in un contratto di trasporto, Labeone precisa che non è dovuta la *vectura* per gli schiavi morti a bordo, ossia non portati a destinazione dal *conductor*<sup>172</sup> – mentre, trattando di una *conductio navis*, aveva affermato che si paga per la capacità di trasporto della nave, e dunque è dovuta l'intera *merces* anche se non giungono a destinazione tutte le anfore<sup>173</sup>. In materia di appalto, è regola indiscussa per la giurisprudenza del principato<sup>174</sup> che fino al collaudo – o comunque fino al momento in cui si sarebbe potuto realizzare il collaudo e non è stato compiuto per fatto del locatore – il *conductor* risponde del *periculum* legato alla sua sfera di controllo ma non dei casi di *vis maior* legati al terreno, che ricadono sul *locator*<sup>175</sup>.

---

*Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag*, in «Labeo», XXI, 1975, 26 ss.; W. ERNST, *Periculum conductoris. Eine gleichlaufende Gefahrtragungsregel bei den Verträgen der locatio conductio*, in *Festschrift H. Lange*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992, 86 ss.

<sup>172</sup> Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10 pr., su cui FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 131 ss.

<sup>173</sup> Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10 2, su cui FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 139 ss.

<sup>174</sup> Cfr. Sab. fr. 96 LENEL = Iav. 5 *Lab. post.* D. 19, 2, 59; Iav. 8 *ex Cass.* D. 19, 2, 37; Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2, 33; Flor. 7 *inst.* D. 19, 2, 36.

<sup>175</sup> Problematico è Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 19, 2, 62 (su cui FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 134 nt. 27, con altre indicazioni bibliografiche), che attribuisce il *periculum* al conduttore quando un canale frani prima della *probatio*: *si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est*; credo però che il testo debba tener conto delle caratteristiche tipiche dei frammenti dei *pithana*, e cioè una certa tendenza all'astrazione rispetto al caso concreto e l'assenza di ogni motivazione – peculiarità, quest'ultima, che fa assumere al responso la veste di 'massima', ossia di regola 'probabile' (πιθα-vóv) rispetto alla singola fattispecie, che però non deve vincolare il giurista, qualora esistano i presupposti per una soluzione diversa (cfr. per tutti M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, in «Iura», XXVI, 1975, 35 ss.). In questa prospettiva, Labeone sembrerebbe prescindere dalla qualificazione della *labes* come *vis maior* (così invece KASER, *Periculum locatoris*, cit., 188 ss.; J. MIQUEL, *Periculum locatoris*, in «ZSS», LXXXI, 1964, 186 s.; RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung*, cit., 206) o come *culpa* (cfr. per tutti C. ALZON, *Los risques dans la locatio conductio*, in «Labeo», XII, 1966, 331 nt. 66; F. WUBBE, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, in AA.VV., *L'homme dans son environnement - Mensch und Umwelt*, Fribourg, 1980, 134 ss.) e abbia invece ritenuto di ricondurre il *periculum* al conduttore in considerazione del fatto che terreno e *opus* erano nella sua sfera di controllo tecnico (così

Il fatto che le medesime regole transitino da un modello negoziale all'altro, mostra che nell'attribuzione del *periculum* al locatore o al conduttore il criterio non è il differente assetto di interessi<sup>176</sup> o la proprietà delle cose coinvolte<sup>177</sup>, ma il fatto che gli eventi abbiano inciso direttamente sulla prestazione di una parte o solo sulla possibilità per l'altra di avvantaggiarsene:

a) il primo caso si verifica quando venga dato in locazione un bene o un'attività che per un evento sopravvenuto ed esterno diventino meno produttivi, come nel caso di una frana che riduca il raccolto, un incendio che distrugge o rovina la casa, ecc.: in simili ipotesi si ritiene che la prestazione non sia stata ricevuta e ciò legittima l'adattamento contrattuale;

b) il secondo caso si ha quando l'evento non incide sulla prestazione, nel senso che il bene o l'attività sono in sé produttivi, ma rende impossibile il godimento, come quando la nave venga bloccata nel porto o per qualche motivo, non riconducibile al locatore, il *conductor operarum* non riesca a fruire delle *operae*: in questo secondo caso si ritiene che la prestazione del locatore sia stata adempiuta, ma che l'evento abbia inciso sulla gestione del bene in capo al conduttore.

Per dirla in una frase, potremmo dire che il conduttore non è tenuto a pagare la *merces* se l'evento ha inciso sulla *locatio*, ossia sulla prestazione del locatore, ma deve pagare se l'evento ha inciso sulla

---

S. D. MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, Bruxelles, 1989, 90 ss., spec. 92; J. M. RAINER, *Zur locatio conductio: Der Bauvertrag*, in «ZSS», CIX, 1992, 518 ss., spec. 523; cfr. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 337 ss.; ERNST, *Periculum conductoris*, cit., 60 ss., spec. 74).

<sup>176</sup> È questa, in sostanza, la posizione di RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung*, cit., 183 ss. Pensano a un *periculum conductoris* nella *locatio operarum* F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, 148; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 182; PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale*, cit., 694.

<sup>177</sup> Così KASER, *Periculum locatoris*, cit., 198 ss., con la sola eccezione della *locatio operarum*, dove si applicherebbe una soluzione analoga a quella della 'Sphärentheorie' sviluppata dalla giurisprudenza tedesca. Cfr. anche ERNST, *Periculum conductoris*, cit., 59 ss. Per chiarezza, a fronte del rilievo di CARDILLI, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, cit., 22 s. nt. 59 (= 199 nt. 59), preciso che con l'espressione «titolarità della sfera economica entro cui ricade il *damnum*» (FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 111) non intendevo riferirmi al criterio del *dominium*, ma proprio a quello della 'Sphärentheorie'.

*conductio*, ossia sull'amministrazione di un bene in astratto utilizzabile.

Se così è, però, si comprende che per i *prudentes* il tema delle sopravvenienze si colloca interamente entro quello del sinallagma: il problema dei giuristi non è se non strumentalmente quello di comprendere chi debba sopportare le conseguenze dannose degli eventi – ossia un problema che oggi qualificheremmo come 'rischio' – quanto di verificare se vi sia stato pieno adempimento o se invece, per le carenze o gli esuberi di una prestazione, debba essere rideterminata anche l'altra. Più che con il tema dell'impossibilità della prestazione, cui questi problemi vengono per lo più collegati<sup>178</sup>, ma che come abbiamo visto riguarda piuttosto le obbligazioni di *dare certam rem*, ci troviamo dinanzi a fattispecie che potrebbero essere vicine a quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta – quantomeno se quest'ultima viene fondata sulla necessità di mantenere l'equilibrio del sinallagma e vi si fa rientrare anche il caso dello svilimento della controprestazione<sup>179</sup>. Lo dimostra il fatto che – come ho anticipato – troviamo impiegate le medesime regole sia quando diminuisce in modo imprevisto ed eccessivo il valore della prestazione dell'altra parte, sia quando si verifica invece un inaspettato e sproporzionato incremento di valore della propria<sup>180</sup>.

In un passo di Labeone, l'impostazione di Servio<sup>181</sup> viene infatti estesa a fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta:

---

<sup>178</sup> Cfr. ad es. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella locatio conductio*, cit., 260 nt. 18.

<sup>179</sup> Riferimenti in FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 196 s.

<sup>180</sup> Non mi sembra si possa seguire TAFARO, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, cit., 567 ss., nel riferire al problema dell'adattamento negoziale Paul. 5 *quaest.* D. 19, 1, 43, nel quale si pone la questione della restituzione delle spese sostenute da un compratore per l'istruzione di uno schiavo, nel caso queste siano divenute molto maggiori di quanto il venditore potesse immaginare al momento della conclusione del contratto: nella fattispecie, il contratto non resta in vita – che è il caso dell'adeguamento negoziale – né viene risolto perché eccessivamente oneroso, ma al contrario si pone il problema di quanto sia dovuto al venditore al momento della risoluzione.

<sup>181</sup> Che egli accoglie in pieno: cfr. Lab. 4 *post. epit. a Iav.* D. 19, 2, 28; 5 *post. a Iav. epit.* D. 19, 2, 60 pr.

Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19, 2, 60, 8: *vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et secum iter faceret: id cum pontem transiret, redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat: quaerebatur, an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit. puto, si mulio non ignoravit ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem praestare debere.*

La fattispecie da cui origina il responso è complessa, sembrando combinare il noleggio di un veicolo con un contratto di trasporto<sup>182</sup>. Il proprietario di alcune merci (*Tu*) ha preso in locazione un *vehiculum* allo scopo di farvi trasportare il suo carico fino ad una certa destinazione. Dovendo essere attraversato un ponte, il concessionario (*redemptor*) del ponte esige dal *mulio vehicularius* il pagamento di un pedaggio. La *quaestio* posta al giurista è se – posto che il pedaggio si riferisce in primo luogo alle merci – una parte della spesa costituita dal *portorium* sia riferibile al solo *vehiculum*, cosicché anche il proprietario di questo debba contribuire. Labeone risponde che il *mulio* è tenuto a pagare se, al momento della conclusione del contratto, era a conoscenza del fatto che sarebbe passato su quel ponte.

Come si vede, Labeone rifiuta di seguire, nel suo responso, la logica puramente proprietaria sottesa alla *quaestio*. Per decidere se il proprietario del veicolo deve pagare il *portorium* non rileva la frazionabilità del pedaggio in una parte dovuta per le merci e un'altra dovuta per il carro. Ciò che importa è invece la prevedibilità della spesa, espressa dal riferimento alla *scientia*: se la spesa era imprevista e dunque non poteva essere inclusa nella valutazione economica effettuata al momento della conclusione del contratto – ossia nell'equilibrio tra prestazione e controprestazione –, essa sarà sopportata per intero dal proprietario delle merci; altrimenti, se il *mulio* sapeva della necessità del transito sul ponte soggetto a pedaggio, anche il proprietario del veicolo dovrà contribuire.

Ricondurre questa fattispecie a un mero rimborso delle spese, in quanto tale estraneo all'*oportere*, è altrettanto arbitrario che riferire

<sup>182</sup> Sul passo cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 145 s. Sul problema di questi assetti di interessi complessi, cfr. *ibid.*, 142 ss. e ID., *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, cit., 160 ss.

l'ipotesi delle perdite al problema della ripartizione del rischio. Anche in questo caso, come in quello di diminuzione del valore della controprestazione, il problema è un altro, e cioè il bilanciamento delle prestazioni tenendo conto sia dell'evento sopravvenuto (*cum pontem transiret, redemptor eius pontis portorium exigebat*), sia dell'accordo iniziale tra le parti (*cum vehiculum locaret*). Così come il *colonus* sa che potrà andare incontro a una serie di eventi incerti nella coltivazione che però – in quanto normali – vengono considerati nell'accordo e dunque anche nell'equilibrio economico tra le prestazioni, allo stesso modo il *mulio* che sappia della maggiore spesa costituita dal *portorium* potrà tenerne conto al momento della conclusione del contratto.

È, a ben vedere, la medesima logica che si applica – pur se entro il diverso schema dell'obbligazione solo eventuale – ad altri rapporti di durata, quali il deposito, il comodato e il mandato, che in diritto romano classico erano contratti gratuiti ma prevedevano la possibilità, per il depositario, il comodatario e il mandatario, di ottenere dalla controparte il ristoro delle spese e dei danni eventualmente sopportati attraverso il cd. *iudicium contrarium*. Anche in questo caso, potrebbe ridursi il tutto al semplice rimborso o risarcimento, ma l'attore chiede che gli sia riconosciuto ciò che è dovuto a titolo di obbligazione contrattuale (*oportere*), cosicché l'obbligazione da unilaterale diviene bilaterale. D'altronde, che non si debba porre eccessiva enfasi sulle etichette teoriche elaborate dalla tradizione civilistica è mostrato dal fatto che nel diritto civile italiano le regole codicistiche di gestione della maggiore onerosità nel contratto di appalto – il 'regime speciale' di cui abbiamo parlato sopra – sono rappresentate in termini di rimborso spese<sup>183</sup>.

5.3. *Conclusioni*. – Comprendiamo a questo punto che la stessa categoria 'ripartizione del rischio' appare riduttiva se intesa come mera distribuzione delle perdite – come avviene soprattutto, ma non solo, nell'analisi economica del diritto – perché la regola serviana giunge al cuore della logica sinallagmatica del contratto. I *prudentes* non si

---

<sup>183</sup> P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 361 s.

preoccupano di distinguere tra impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità o altre sopravvenienze, ma sono interessati a verificare se l'evento abbia permesso o meno l'adempimento delle prestazioni e se vi sia stata alterazione dell'equilibrio contrattuale. Quando ciò si verifichi, la modificazione di una prestazione non può che riverberarsi sull'altra, avendo come effetto l'adeguamento del contratto<sup>184</sup>.

E poiché l'obbligazione non è il 'voluto' dalle parti, ma l'insieme dei doveri del rapporto, questo risultato è raggiunto senza risolvere il contratto né pretendere che la sua modificazione passi per una nuova manifestazione di volontà delle parti: non si pone alcun vincolo di rinegoziazione, ma si ammette un potere giudiziale – che come abbiamo detto deve ritenersi fondato sulla buona fede, perché solo nei *iudicia bonae fidei* può configurarsi – di intervenire sulle prestazioni per ristabilire l'equilibrio contrattuale<sup>185</sup>. Né si propone come unica soluzione quella della risoluzione del contratto: la regola della clausola *rebus sic stantibus* trova spazio solo in quei contratti, come la *stipulatio*, in cui il contenuto del vincolo è individuato esclusivamente dalla promessa, cosicché per mutare il programma contrattuale è necessaria una nuova promessa.

La soluzione romana ci aiuta così a comprendere quanto le moderne teorie della risoluzione e addirittura della rinegoziazione siano condizionate dalla concezione volontaristica che esse apparentemente condannano<sup>186</sup>: per i romani, poiché il contratto non è un accordo produttivo di effetti obbligatori, ma una obbligazione basata sul consenso, l'accordo non deve essere tutelato in sé, come principio di libertà e di dominio dei propri atti, ma costituisce il momento in cui viene assunto un vincolo. Perciò quando il vincolo ha natura sinallagmatica, l'alterazione del sinallagma comporta la necessità di un automatico riequilibrio, ma non richiede una nuova manifestazione di volontà: il *iudex* che riequilibra il rapporto non interviene sulla volontà delle parti, ma permette al vincolo nato dall'accordo di mantenere la

<sup>184</sup> Cfr. CARDILLI, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, cit., 20 ss. (= 196 ss.).

<sup>185</sup> Sui problemi posti dai rimedi per l'adattamento negoziale – dovere di rinegoziazione o intervento giudiziale – nel diritto attuale cfr. FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 204 ss.

<sup>186</sup> Cfr. FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 216.

sua logica interna, cosicché in qualche modo il giudice si limita a garantire la corretta esecuzione del contratto in accordo con la volontà iniziale delle parti.

6. *Labeone: la bona fides come regola di struttura contrattuale e l'agere praescriptis verbis come azione generale di buona fede.*

6.1. *La bona fides come criterio dell'interdipendenza delle obbligazioni nei contratti a prestazioni corrispettive.* – Benché le discussioni sin qui ricordate si muovano in tutta evidenza nella peculiare logica processuale dei *iudicia bonae fidei*, coem abbiamo detto nei testi ricordati non si menziona esplicitamente la *bona fides*. Tuttavia, che sia questa alla base delle regole in materia di equilibrio contrattuale è dimostrato incontestabilmente da un notissimo brano di Labeone<sup>187</sup>:

Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19, 1, 50: *bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequae amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.*

Non è certo possibile, in questa sede affrontare tutte le implicazioni esegetiche del testo. Ai nostri fini è sufficiente rilevare il ruolo assunto dalla *bona fides* nella logica complessiva del responso.

La fattispecie è senza dubbio peculiare. Una *lex* aveva sciolto il compratore dal dovere di pagare il prezzo. Il provvedimento è per noi

<sup>187</sup> Il passo è stato sottoposto a una accuratissima esegesi da M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19, 1, 50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo*, Napoli 1997, 353 ss., con indicazione della letteratura precedente, cui adde almeno F. GALLO, *A proposito di 'aeque' in D. 19.1.50: un giudizio con comparazione sottesa*, in «SDHI», LXVI, 2000, 1 ss.; 331 ss.; Fr. STURM, *Labeo 4 post a Iav. epit. D. 19, 1, 50 und kein Ende*, in *Iurisprudentia Universalis. Festschrift Th. Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, 759 ss.; A. GUARINO, *Il gusto dell'esegesi: D. 19, 1, 50*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, 266 ss.; L. VACCA, *Buona fede e sinalagma contrattuale*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., IV, 331 ss.; CARDILLI, *La buona fede come principio di diritto dei contratti*, cit., 335 ss. (= 55 ss.); SANSON RODRIGUEZ, *La buena fe*, cit., 312 ss.

di difficile identificazione, ma l'ipotesi più probabile è che esso mirasse a favorire l'acquisto a titolo gratuito di terre da parte dei veterani delle guerre civili, ponendo rimedio a un iniziale progetto di corrispondere ai veterani contribuzioni pubbliche per l'acquisto: rivelatesi tali contribuzioni troppo onerose per l'erario, limitatamente ai contratti già conclusi si sarebbe spostato l'onere economico a carico dei venditori<sup>188</sup>. Entro questo scenario, Labeone afferma che, se è stata effettuata la *traditio*, il compratore ha diritto a trattenere la cosa, opponendo alla *rei vindicatio* del venditore – ancora evidentemente *dominus ex iure Quiritium*, non essendo stata effettuata la *mancipatio* del fondo – l'*exceptio rei venditae et traditae*<sup>189</sup>; se invece non vi è ancora stata *traditio*, la *bona fides* non tollera (*non patitur*) che, venuto meno l'obbligo dell'*emptor*, sopravviva quello del *venditor*<sup>190</sup>.

Il dato più rilevante è, a mio avviso, che – a quel che sembra – in nessun caso le parti possono utilizzare l'*actio empti*.

A ben vedere, se la *lex* è intervenuta a estinguere l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo quando è già stata effettuata la *traditio*, non vi sono più obbligazioni da adempiere all'interno del contratto. La prestazione del venditore è stata infatti eseguita e l'obbligazione del compratore è venuta meno *per beneficium legis*, ossia secondo una precisa volontà del legislatore<sup>191</sup>: la *lex* non ha annullato la vendita, ma solo estinto l'obbligazione del compratore<sup>192</sup>. Il venditore

<sup>188</sup> TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 383 ss.

<sup>189</sup> Il segmento *utpote ... tradidisset*, in sé incomprensibile, deve forse essere integrato con MOMMSEN [- KRUEGER] (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti*, cit., I, 557 (cfr. anche TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 372 ss.), sulla base dei manoscritti della *Vulgata*: *utpote cum petenti eam rem <emptor exceptionem rei venditae et traditae opponere possit nec perinde sit, quasi eam rem> petitor ei neque vendidisset neque tradidisset*.

<sup>190</sup> Rispetto alle ipotesi avanzate in dottrina di una interpolazione della frase *bona fides non patitur* e di un rimaneggiamento compilatorio che avrebbe distinto in due ipotesi una risposta di Labeone che non distingueva tra l'essere la *lex* intervenuta prima o dopo la *traditio*, è sufficiente rinviare a TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 358 ss. (sul riferimento alla *bona fides*, 359 nt. 20).

<sup>191</sup> Cosicché, se il *beneficium* avesse determinato il venir meno del contratto, non vi sarebbe stato in effetti alcun *beneficium*, e la *lex* sarebbe stata disapplicata: TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 362.

<sup>192</sup> TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 388 s., seguito da VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, cit., 344.

non avrebbe perciò potuto chiedere *ex empto* né il pagamento del prezzo né, per le stesse ragioni, la restituzione della *res*<sup>193</sup>: non vi è stata alcuna violazione della buona fede da parte del compratore, il cui mancato pagamento avviene *iure*, cosicché il giudice non potrebbe mai ritenere che egli sia tenuto a *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Addirittura, poiché la vendita si è perfezionata ed è stata eseguita, anche qualora il venditore avesse voluto far ricorso a un'azione diversa da quella contrattuale, come la *rei vindicatio*, si sarebbe visto opporre l'*exceptio rei venditae et traditae*.

Se invece la *lex* è intervenuta prima che sia stata effettuata la *traditio*, l'obbligazione del venditore di trasmettere la cosa è ancora esistente. Il venditore avrebbe, sulla base dell'accordo iniziale, il dovere di dare esecuzione al contratto ma, se non lo fa spontaneamente, il compratore non può costringerlo perché, in assenza di una controprestazione, il venditore *ex fide bona* non è tenuto ad adempiere: evidentemente la buona fede è avvertita come la base dell'interdipendenza funzionale delle prestazioni<sup>194</sup>, cosicché qualora tale interdipendenza sia venuta meno – anche se per motivi legittimi – per quanto gli effetti già prodottisi sul piano reale non siano reversibili, non può dirsi che sul piano obbligatorio il negozio sia attualmente vincolante.

Si noti che sul piano del bilanciamento tra le posizioni delle parti la fattispecie è molto diversa da quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, perché in quest'ultima l'impossibilità investe di regola un interesse economico dell'obbligato (ad es. il perimento della *res*, la *publicatio* del fondo), e il problema che si pone all'interprete è se le conseguenze negative dell'evento debbano ricadere sul debitore o sul creditore della prestazione. In questo caso, invece, l'evento mira a creare un vantaggio per l'obbligato<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> E ciò, a prescindere dal problema della proponibilità dell'azione contrattuale a fini di restituzione già all'epoca di Labeone: cfr. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 399 ss. e GALLO, *A proposito di 'aeque'*, cit., 17 e 24 s.

<sup>194</sup> TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 396 e 408; GALLO, *A proposito di 'aeque'*, cit., 22.

<sup>195</sup> È questo, a mio avviso, il motivo per cui non possono applicarsi al caso specifico le regole del sinallagma condizionale. Non mi sembra invece abbia rilievo la distinzione tra fatto giuridico e naturale, che invece appare dirimente a F. GALLO,

È a questo punto che interviene la buona fede: essa non può impedire l'applicazione della legge, e perciò se il bene è *in bonis* dell'acquirente, non è possibile chiedere (*ex vendito*) il pagamento del prezzo o la restituzione della *res*, perché non vi è in tal senso un *oportere* dell'acquirente. Ma se l'*emptor* chiede al venditore l'adempimento, la *bona fides* a sua volta elimina l'*oportere* – o, per meglio dire, non è dato ravvisare un *oportere ex fide bona* del venditore<sup>196</sup>.

Ci troviamo qui dinanzi a un uso della buona fede come 'limite' analogo a quello che avevamo rintracciato nella *praescriptio* di Q. Mucio (§ 3): venuto meno il sinallagma, del quale la *bona fides* costituisce il parametro di razionalità, non può dirsi che *ex fide bona* sia dovuto qualcosa<sup>197</sup>. Si noti però che non è necessario immaginare, al riguardo, un'opposizione tra la legge di Augusto e l'impiego labeo-

---

*Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, 220 e Id., *A proposito di 'aeque'*, cit., 24 s. e, nella sostanza, a TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 436 s., il quale motiva l'inapplicabilità della regola del sinallagma condizionale da parte di Labeone nel responso con l'affermazione che «Labeone non sentiva, o non voleva sentire, come naturale o normale, il *factum principis*, al quale – come un avvenimento straordinario – non si estendeva, né poteva estendersi automaticamente la soluzione relativa all'operatività del sinallagma condizionale nel *periculum rei venditae*» determinato dal perimento della cosa «che rientrava normalmente nel naturale – ancorché di rara o, eventualmente, eccezionale verificaione – svolgersi delle cose». In realtà – come nota lo stesso TALAMANCA, *op. cit.*, 380 nt. 97, nel criticare Gallo – può darsi anche una impossibilità sopravvenuta solo giuridica, e dunque in quanto tale non riconducibile al naturale svolgersi delle cose, come nel caso della *publicatio* del fondo.

<sup>196</sup> Ciò, dunque, secondo una regola differente da quella del sinallagma condizionale (come invece vorrebbe GALLO, *A proposito di 'aeque'*, cit., 22 ss.), perché se si applicasse questa, bisognerebbe risolvere il rapporto anche effettuata la *traditio* (TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 435).

<sup>197</sup> Benché possa apparire meno persuasiva dell'ipotesi di integrazione proposta da Mommsen nell'*editio maior* dei *Digesta* (*ut rem <et pecuniam> venditor aeque amitteret*) sulla base di *Tip. 19, 8, 50* (εἰ δὲ παραδῶση, καὶ τὸ τίμημα οὐκ ἀπαιτεῖ καὶ πράγματος ἐκπίπτει; l'integrazione è accettata anche da TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 370 con altra bibliografia in nt. 60), non mi sentirei di escludere del tutto che l'avverbio *aeque* nel testo debba essere letto, invece che nel senso di 'egualmente' – interpretazione che impone di accettare l'integrazione di Mommsen – in quello di 'in conformità all'*aequitas*' (GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 215 ss.; ID., *A proposito di 'aeque'*, cit., 1 ss.), intendendo sottolineare il profilo dell'equivalenza – e dunque dell'interdipendenza – delle prestazioni nella logica dell'*emptio venditio*, come si è detto basato sulla *bona fides*.

niano del principio di buona fede, eventualmente ricordando l'avversione del giurista verso la politica del principe<sup>198</sup>.

Da un lato, è chiaro che la *lex* mirava a risolvere un problema contingente – il fatto che mancassero i fondi per finanziare l'acquisto da parte dei veterani nelle compravendite già realizzate tra le parti – e non certo a provvedere in generale all'attribuzione di terre ai soldati<sup>199</sup>, cosicché non è da escludere che la soluzione labeoniana – benché certamente non espressamente prevista dal legislatore, altrimenti non si spiegherebbe la necessità del responso – potesse essere per così dire integrativa della *lex*, limitandone sul piano interpretativo l'applicazione ai casi in cui la *possessio* fosse già stata trasmessa e così contribuendo a risolvere il problema determinato dalla mancanza di contribuzioni<sup>200</sup>.

Dall'altro è altrettanto chiaro che nel responso la buona fede non costituisce uno strumento equitativo contrapposto a una regola (che potremmo impropriamente definire) di 'stretto diritto', ma rappresenta piuttosto il criterio che garantisce la coerente applicazione della logica interna del contratto di compravendita: nel ragionamento di Labeone non è la *bona fides* a 'correggere' il diritto, ma casomai la *lex*, che interviene sulla struttura del contratto in modo del tutto eccezionale, creando una regola basata sul principio di autorità, e non su quello di razionalità. Si noti, oltretutto, che il modo in cui Labeone

<sup>198</sup> Così invece TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., *passim* e spec. 397 s.

<sup>199</sup> Come sembrerebbe affermare F. DE VISSCHER, *Labéon et les ventes forcées de terres aux vétérans des guerres civile*, in «RIDA», 3<sup>e</sup> ser., I, 1954 = *Études de droit romain public et privé*, III, Milano, 1966, 301 (cfr. nt. seg.): tali problemi sarebbero stati risolti assai più efficacemente con una espropriazione di terre e con la successiva attribuzione: è chiaro che dopo la legge nessuno avrà più 'venduto' alcun terreno ai veterani, sapendo di non poter pretendere alcun *pretium*.

<sup>200</sup> È il mio, per certi versi, un recupero dell'idea di DE VISSCHER, *Labéon*, cit., 297 ss., su cui si fonda – differenziandosene maggiormente – anche TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., 390 ss. Non concordo però con de Visscher – e seguo invece Talamanca – su alcuni punti: che la *lex* mirasse a risolvere «les innombrables questions laissées ouvertes à la suite des assignations de terres au vétérans» (*op. cit.*, 301), perché è verisimile che la *lex* riguardasse la fattispecie specifica delle vendite (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 391); che il responso fosse stato reso su richiesta formale di Augusto (DE VISSCHER, *op. cit.*, 302), circostanza rispetto alla quale non abbiamo alcun elemento (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 392).

si esprime sembrerebbe presupporre che un simile valore della buona fede sia consolidato nella *iuris prudentia*: il che da un lato si accorda con i risultati della nostra analisi sulla giurisprudenza repubblicana, dall'altro fa comprendere come il giurista augusteo non intenda proporre un intervento 'di coscienza' a correzione della regola giuridica, ma piuttosto contrapporre una tradizione stabile e coerente a un provvedimento occasionale dettato da logiche politiche.

6.2. *L'agere praescriptis verbis come azione generale di buona fede a tutela dei doveri accessori autonomi.* – Se il responso conservato in D. 19, 1, 50, pur con tutte le peculiarità del caso specifico, si colloca in una linea di continuità con la giurisprudenza precedente, fortemente innovativo è invece l'impiego labeoniano dell'*agere praescriptis verbis*<sup>201</sup>.

<sup>201</sup> In Lab. fr. 29 LENEL = Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 6, e in Lab. fr. 38 LENEL = Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 11, 1, il riferimento alla *bona fides* è ulpiano (cfr. per tutti TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 264 ss. e 292 s.).

<sup>202</sup> Cfr. R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 683 ss. = *Scritti minori*, I, Torino, 2009, 257 ss., sulla base dello scolio di Stefano, μαθῶν, a B. 11, 1, 7 (SCHELTEMA, B I, 188 = HEIMBACH, I, 559 s.). La variante di questa teoria proposta da VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 131 ss., il quale identifica la *praescriptio* dell'*agere praescriptis verbis* con una *praescriptio pro actore*, non appare condivisibile, basandosi sull'indimostrato presupposto che il termine *praescriptio* indichi un vero e proprio 'istituto', necessariamente eguale a se stesso in tutte le sue manifestazioni, e non semplicemente un discorso premesso alla formula che può avere funzioni e contenuti differenziati. Altrettanto non condivisibile è la diversa ipotesi di M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, Berlin 2002, 46 ss., di una *praescriptio* non sostitutiva della *demonstratio*, ma ad essa premessa: non solo l'ipotesi si pone in contrasto con quanto testimoniato dallo scolio di Stefano – ove si afferma che nell'*actio praescriptis verbis* il fatto (τὸ πρᾶγμα) è descritto «come in una *demonstratio*» (ὡς ἐν δεμονστρατίῳνι), dunque evidentemente in alternativa alla *demonstratio* – ma, mantenendo la *demonstratio* con il suo riferimento a un contratto tipico, non consente di risolvere i problemi di tutela cui l'*agere praescriptis verbis* è preposto. Non mi sembra possa accogliersi neanche la proposta di inserire la descrizione 'fattuale' dell'accordo nella *demonstratio*, come suggerisce C. A. CANNATA, *L'actio civilis in factum*, in «Iura», LVII, 2008-2009, 24: sia perché ciò potrebbe giustificare la denominazione di *actio civilis in factum*, ma non quella di *agere praescriptis verbis* (che pure l'a. fa coincidere), che allude evidentemente a una (almeno iniziale) collocazione dei *verba* prima della formula vera e propria; sia perché, se è possibile costruire una *demonstratio in factum* rispetto a rap-

L'uso che fa Labeone di questo particolare modo di *agere* – consistente, secondo l'ipotesi maggiormente probabile, nel premettere a una *intentio civilis incerta* una *praescriptio* al posto di una *demonstratio*, così da non vincolare il giudice nella qualificazione del rapporto<sup>202</sup> – è solitamente posto in relazione con un suo supposto ruolo 'fondativo' nella tutela dei cd. contratti innominati.

Una lettura dei passi di Labeone in materia mostra tuttavia che egli non si occupa in nessun caso di convenzioni atipiche, ma sviluppa invece per primo un impiego dell'*agere praescriptis verbis* a tutela di obblighi accessori emersi in contratti tipici le cui obbligazioni principali non sono – per una ragione o per l'altra – divenute efficaci. Il giurista augusteo ritiene evidentemente che in questi casi non sia possibile utilizzare l'azione tipica ma, sopravvivendo un *oportere* (*ex fide bona*), giudica possibile garantire una tutela atipica al contratto (tipico) attraverso l'*agere praescriptis verbis*. Esaminiamo brevemente i testi<sup>203</sup>.

Un primo frammento riguarda l'acquisto di una *bibliotheca* condizionato a un secondo negozio, e cioè alla vendita, a favore del medesimo acquirente, dell'area in cui collocare la *bibliotheca*. Poiché la condizione è mista<sup>204</sup>, essendo subordinata a una attività dell'acquirente, il mancato avveramento della condizione determina una responsabilità di quest'ultimo per essere divenuta la prima vendita de-

---

porti cd. atipici, assai più difficile è fare lo stesso in casi in cui – come in quelli che analizzeremo – non vi è dubbio che il contratto sia tipico, ma sia pericoloso utilizzare le azioni tipiche, come accade ad es. in Pap. 8 *quaest.* D. 19, 5, 1, 1 (su cui cfr. M. F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, § 2, in corso di pubblicazione in «BIDR», CV, 2011).

<sup>203</sup> Un esame più accurato in CURSI - FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, cit., §§ 3-7, cui rinvio.

<sup>204</sup> GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 194: «una condizione mista, della quale nel testo è preso in considerazione il momento potestativo». La condizione è potestativa per A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, I, Milano 1988 = A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 129, e ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 72 e nt. 32, ma alla condizione potestativa semplice non è verisimilmente riferibile la cd. finzione di avveramento.

finitivamente inefficace. Al di là di chi fosse l'interesse alla concessione del *locum* – non è da escludere, infatti, che esso fosse del venditore, qualora egli avesse voluto esser sicuro che la *bibliotheca* ottenesse una adeguata collocazione<sup>205</sup> – vi era comunque un interesse del venditore almeno all'avveramento della condizione:

Lab. *ad ed.* fr. 36 Lenel = Ulp. 11 *ad ed.* D. 18, 1, 50: *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.*

È questa un'ipotesi che oggi ricondurremmo alla violazione della buona fede in pendenza della condizione: il principio di correttezza serve a evitare che l'assetto di interessi possa dar spazio a comportamenti arbitrari nel segmento potestativo<sup>206</sup>. Ed è chiaro che, per quanto l'obbligazione principale sia sospesa sino all'avveramento della condizione, simili doveri – in quanto finalizzati a garantire che il comportamento delle parti sia corretto proprio durante tale sospensione – devono essere attuali<sup>207</sup>.

Anche nella fattispecie descritta da Labeone è verisimile che il dovere accessorio, inserendosi all'interno di una compravendita, ossia di un rapporto in cui sorgeva un *oportere ex fide bona*, fosse configurato in termini di buona fede<sup>208</sup>. Senonché, mentre Ulpiano propende

<sup>205</sup> Non mi sembra possa affermarsi con certezza, con D. DAUBE, *Condition prevented from materializing*, in «TR», XXVIII, 1960, 284, che il venditore non aveva interesse all'avverarsi della condizione, ma solo all'efficacia del contratto.

<sup>206</sup> Cfr. L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede* (art. 1358 c.c.), Milano, 1975, 57 ss. Sulla natura di tali doveri cfr. M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, 76 ss.

<sup>207</sup> Diverso è il problema della loro esigibilità in pendenza della condizione: la esclude G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 220 ss., mentre la ammette la maggioranza degli autori: cfr. per tutti BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione*, cit., 106; FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede*, cit., 130 ss.

<sup>208</sup> Cfr. anche ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 79, pur se all'interno di una differente ricostruzione della formula, su cui cfr. *supra*, nt. 202.

per ammettere anche l'*actio venditi*, in applicazione del principio della finzione di avveramento della condizione<sup>209</sup>, Labeone parrebbe ritenere doversi utilizzare l'*agere praescriptis verbis*<sup>210</sup>: una scelta che potrebbe essere stata determinata dal non essersi ancora affermata la regola della finzione di avveramento e, conseguentemente, dall'impossibilità di utilizzare le azioni del contratto di compravendita<sup>211</sup>.

Se così è, non è però possibile pensare che Labeone intendesse la fattispecie come convenzione atipica<sup>212</sup>: una compravendita sottoposta a condizione sospensiva, per quanto divenuta inefficace, non si trasforma per ciò stesso in un *novum negotium*<sup>213</sup>.

È impossibile tuttavia non notare che l'obbligo che viene tutelato – che certamente consisteva in un *oportere ex fide bona*, essendo derivato da una (per quanto inefficace) compravendita – è per così dire 'nudo'. Non nel senso che coincida con la *nuda pactio* di cui parla Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 4, perché il consenso era stato espresso rispetto a

<sup>209</sup> Espresso dal medesimo giurista in Ulp. 77 *ad ed.* D. 50, 17, 161: *in iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.*

<sup>210</sup> Sui problemi di genuinità del riferimento cfr. per tutti ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 73 s. In realtà, Labeone non afferma esplicitamente che questa è l'unica soluzione, ma si limita ad sostenere che non si può dubitare che si possa *agere praescriptis verbis* – il che, in sé, non escluderebbe l'esperibilità, per quanto dubbia, dell'azione di vendita. Tuttavia, se così non fosse, l'aggiunta ulpiana sarebbe inutile, o al più dovremmo immaginare un fraintendimento da parte del giurista severiano.

<sup>211</sup> GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 194 s. Sottolinea l'opposizione tra il pensiero di Labeone e Ulpiano anche DAUBE, *Condition prevented from materializing*, cit., 283.

<sup>212</sup> Così invece BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 130; C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (Atti Palermo-Trapani 1995)*, Torino, 1997 = BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 194 s.; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, 56 nt. 114.

<sup>213</sup> Così, esattamente, GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 194.

una *emptio venditio*, ossia a un contratto tipico: l'azione atipica viene concessa semplicemente perché le azioni tipiche non sono utilizzabili, ma non viene creata alcuna 'nuova' figura contrattuale. Piuttosto, l'obbligo è 'nudo' perché, pur inserendosi in un accordo 'vestito', l'*oportere* accessorio *ex fide bona* viene tutelato in sé, a prescindere dal tipo contrattuale di riferimento<sup>214</sup>.

Il dato, per il diritto romano, non è irrilevante. Nella moderna concezione del contratto come accordo di volontà l'inefficacia dell'obbligazione principale non fa venir meno la natura contrattuale del risarcimento, né il sistema aperto pone problemi di tipicità della tutela. In diritto romano invece, posta la sostanziale coincidenza tra contratto e obbligazione<sup>215</sup>, la definitiva inefficacia dell'obbligazione principale dovrebbe travolgere l'intero contratto. Un giurista romano, infatti, non comprenderebbe come possa ritenersi esistente un contratto definitivamente inefficace, da cui cioè non è nata un'*obligatio*<sup>216</sup>, perché per i *prudentes* un simile negozio è *nullus*<sup>217</sup>: non essendo sorta l'*obligatio* tipica, non è nato neanche un contratto tipico<sup>218</sup> e dunque

<sup>214</sup> Ciò non significa, naturalmente, che la tutela prescindesse dalle regole sostanziali del tipo: il rispetto dell'*oportere* accessorio sarà verisimilmente valutato tenendo conto delle regole dell'*emptio venditio*, pur non potendosi agire *ex vendito*.

<sup>215</sup> Cfr. quanto scritto in R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, 176 ss.

<sup>216</sup> Ed è per questa stessa ragione che un grande romanista come M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in «BIDR», CI-CII, 1998-1999, 1 ss., talmente compenetrato nella logica dei *prudentes* da non riuscire a spiegarsi l'impostazione moderna, scriveva che «la predicazione di esistenza di un atto giuridico senza che se ne siano verificati gli effetti è – dal punto di vista della logica del diritto, che del resto s'identifica qui con la logica in generale – una *contradictio in terminis*» (*ibid.*, 4; ma cfr. già ID., *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in «Riv. dir. civ.», X, 1964, I, 150 ss. e spec. 158 ss.), e rilevava come la produzione preliminare di effetti del negozio inefficace sia «una fattispecie diversa da quella del negozio che produce i suoi effetti tipici».

<sup>217</sup> Cfr., con particolare riferimento all'ipotesi della condizione sospensiva non avveratasi, i passi raccolti da TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed efficacia*, cit., 25 ss. (il quale rileva che nei testi romani il contratto sospensivamente condizionato non è detto né *nullus* né *inutilis* durante il periodo di pendenza della condizione: cfr. *ibid.*, 25 nt. 133 e 31).

<sup>218</sup> L'aggettivo, come notava TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed efficacia*, cit., 16 s., «non equivale al nostro 'nullo', come aggettivo qualificativo, bensì al nostro 'nes-

– se non interviene una qualche finzione – non sono utilizzabili azioni tipiche.

Tuttavia, allorché un *oportere*, per quanto non principale, sopravvive, si pone il problema della sua tutela. Il rapporto tipico inefficace non può certo trasformarsi in un contratto atipico, ma dal contratto tipico inefficace nasce un obbligo che, sopravvivendo al contratto cui inerisce, diviene autonomo rispetto al *nomen contractus*, al punto di non poter essere tutelato dall'azione tipica. Qualora il pretore attribuisse all'attore l'azione tipica per la tutela di questo *oportere*, pertanto, ciò porterebbe con certezza – all'epoca di Labeone: diverso sarà per Ulpiano che ammetterà una finzione – a una sconfitta dell'attore. Si decide pertanto di ricorrere all'*agere praescriptis verbis* al fine di tutelare un *oportere ex fide bona* tipico, ma accessorio rispetto a un *oportere* principale inefficace.

In un secondo frammento è discussa la consegna di perle stimate, con l'accordo che l'accipiente restituisca le stesse o il loro prezzo; prima della vendita, le perle periscono, cosicché si pone il problema di chi debba sopportare il *periculum* e di quale azione debba essere utilizzata:

Lab. *ad ed. fr. 99 Lenel* = Ulp. 28 *ad ed. D. 19, 5, 17, 1*: *si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

Labeone adotta quale criterio per l'attribuzione del *periculum* l'interesse al negozio e la conseguente iniziativa alla realizzazione del contratto, aggiungendo che, se nessuno ha assunto l'iniziativa ma vi è stato un accordo congiunto, il possibile acquirente è tenuto solo a ti-

---

suno', usato come aggettivo indefinito», cosicché «nelle frasi in cui di qualcosa si predica il *nullum esse*, si afferma che non esiste il soggetto – nel caso nostro la figura negoziale – cui si riferisce l'aggettivo». Cfr. anche, per la sostanziale coincidenza di significato con *inutilis, ibid.*, 21 ss.

tolo di dolo o colpa. In ogni caso deve essere concessa un'*actio praescriptis verbis*.

Il rapporto provvisoriamente instauratosi tra le parti è stato letto da alcuni come contratto estimatorio<sup>219</sup>, da altri come vendita condizionata al gradimento (*pactum displicentiae*)<sup>220</sup>. Qualunque soluzione si accolga, il ricorso all'*agere praescriptis verbis* si giustifica sempre in relazione all'incertezza o all'impossibilità dell'uso di azioni tipiche.

Rispetto al contratto estimatorio, sappiamo che la relativa *actio* è stata inserita nell'editto per eliminare i dubbi sorti nella giurisprudenza, la quale a volte attribuiva l'*actio venditi*, sul presupposto che la *res aestimata* era stata data per essere venduta; altre volte l'*actio locati*, come se fosse stato affidato il compito di vendere la *res*; altre ancora l'*actio conducti*, come se fossero stati locati i servizi finalizzati alla vendita; oppure l'*actio mandati*, verisimilmente nella stessa logica con la quale si pensava a una locazione conduzione, ma rispetto ai casi di rapporto gratuito. È probabile però che all'epoca di Labeone l'*actio aestimatoria* fosse costruita nelle forme di un *agere praescriptis verbis*<sup>221</sup>: comprendiamo allora che la discussione tra i *prudentes* si svolge

<sup>219</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi procu-  
liani e sabiniani*, in «BIDR», XXVIII, 1915, 31; P. VOCI, *La dottrina romana del con-  
tratto*, Milano, 1946, 257; L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, in  
«BIDR», LXIII, 1960, 135; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra con-  
ventio e stipulatio fino a Labeone*, in AA.VV. *Contractus et pactum. Tipicità e libertà nego-  
ziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello 1988)*, Napoli, 1990 90;  
GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 197 ss. Altra bibliografia in E. SCIANDRELLO,  
*Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 174  
nt. 226.

<sup>220</sup> Cfr. per tutti R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo,  
1980, 119; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit.,  
130; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 201 s. (ove anche altre indicazioni biblio-  
grafiche, in nt. 133); SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta*, cit.,  
170 ss.

<sup>221</sup> Cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1 pr.: *actio de aestimato proponitur tollendae du-  
bitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur,  
utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam  
locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque vi-  
sum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambige-  
retur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis  
verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et*

tutta nel confronto tra contratti tipici, e che l'atipicità dell'azione non si lega neanche in questo caso a una atipicità del rapporto, ma solo a una difficoltà di qualificazione<sup>222</sup>.

Tuttavia contro l'ipotesi del contratto estimatorio si pongono due dati. Il primo è che il proprietario della *res* nel passo viene definito *venditor*: ma ciò potrebbe giustificarsi in relazione al fatto che la *res* viene data in vista di una futura vendita<sup>223</sup>. Il secondo è che il regime del contratto estimatorio – per quel che ne sappiamo – poneva senz'altro il *periculum* a carico dell'*accipiens*<sup>224</sup>, mentre le soluzioni di Labeone e Pomponio, che parrebbero accolte anche da Ulpiano, offrono un quadro più articolato, tenendo conto dell'interesse alla conclusione del negozio<sup>225</sup>. Potrebbe allora propendersi per l'ipotesi che ravvisa nel rapporto una vendita sospensivamente condizionata al gradimento. Se però così fosse, certo non potrebbe parlarsi di contratto innominato<sup>226</sup>: ancora una volta, occorre ripetere che una vendita condizionata, per quanto inefficace, non trasforma il rapporto in una convenzione atipica.

Resta il problema di come intendere il richiamo labeoniano all'*agere praescriptis verbis*. Anche in questo caso, originando la pretesa dell'attore da una compravendita (inefficace) l'*oportere* doveva essere *ex fide bona*, e tenuto conto di quanto abbiamo detto circa la necessità

---

*hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.* Sul problema cfr. ora ampiamente SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta*, cit., 132 ss. Sulla base di questi dati, qualora si riconducesse la fattispecie ad *aestimatum*, dovrebbe forse riferirsi l'ultima frase a Labeone e non a Ulpiano, come ritengono GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 201; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 120; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 130.

<sup>222</sup> Cfr. anche CANNATA, *L'actio civilis in factum*, cit., 21 s.

<sup>223</sup> GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 200 s. Sul problema vedi ora SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta*, cit., 174 ss.

<sup>224</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1, 1: *aestimatio autem periculum facit eius qui suscipit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.*

<sup>225</sup> SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 118 s. nt. 136 (con bibliografia precedente).

<sup>226</sup> Così invece SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 120; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 129 s.; CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 377 ss.

di ricondurre alla tutela della *bona fides* anche i problemi di allocazione del rischio, non avremo difficoltà ad ammettere che anche in questo caso si agisce *praescriptis verbis* per tutelare un 'nudo' *oportere ex fide bona*.

Il passo successivo riguarda un *pactum displicentiae* stipulato per la vendita di cavalli: *Ego* li ha dati a *Tu* per acquistarli o per restituirli entro tre giorni, ma *Tu*, che è un corridore acrobata (*desultor*), dopo averli impiegati per partecipare a delle gare, che peraltro vince, si rifiuta di acquistarli:

Lab. inc. fr. 296 Lenel = Ulp. 32 ad ed. D. 19, 5, 20 pr.: *apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dederò, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*

Labeone si interroga se si possa dare a *Ego* un'*actio venditi*, evidentemente prendendo in considerazione anche altre possibilità; Ulpiano afferma di preferire l'*agere praescriptis verbis*: è possibile che con questa scelta egli si sia uniformato a una opzione già indicata da Labeone<sup>227</sup>, oppure che il giurista augusteo avesse in mente un'altra azione – si è pensato all'*actio de dolo*<sup>228</sup>.

Se si tiene conto dei passi già citati, e in particolare di D. 18, 1, 50, verrebbe da pensare che i dubbi di Labeone riguardassero appunto la scelta tra l'*actio venditi* e l'*agere praescriptis verbis*. Infatti, sulla base del confronto con gli altri testi, dovrebbe escludersi che il giurista augusteo giudicasse utilizzabile l'*actio venditi*, poiché nella sua epoca il *pactum displicentiae* era inteso come condizione sospensiva e dunque l'*emptio venditio* sarebbe rimasta inefficace. È invece possibile che La-

<sup>227</sup> SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 132 s.; TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 88 s.; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 130.

<sup>228</sup> M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «Iura», XXXVIII, 1987, 62 ss.; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in «SDHI», LXXII, 2006, 237 ss. 253; GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 202 ss.

beone seguisse l'opinione, testimoniata da Paolo, che in simili ipotesi riteneva necessaria un'*actio proxima empti in factum*<sup>229</sup>, verisimilmente da interpretare come *agere praescriptis verbis*<sup>230</sup>. In questo caso, potrebbe ritenersi che l'apparente contraddizione tra Labeone e Ulpiano sia il frutto di un accorciamento compilatorio<sup>231</sup>.

Le ragioni di Labeone e di Ulpiano dovevano essere però differenti.

Considerando che la motivazione finale (*nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares*) è espressa da Ulpiano in una forma che parrebbe indicare un parere personale, è probabile che non fosse questa la *ratio* labeoniana, e che invece il giurista augusteo ragionasse sulla natura potestativa della condizione apposta alla vendita: questa, per non essere meramente potestativa, doveva conformarsi a una valutazione di razionalità economica, verisimilmente espressa dalla *bona fides* del negozio<sup>232</sup>, che viene violata dall'acquirente allorché questi, contro la palese bontà dei cavalli e in una sorta di *venire contra factum proprium*<sup>233</sup>, rifiuta di comprarli, mostrando di esser stato sin dall'inizio disinteressato all'acquisto. In tal modo, Labeone recuperava dal punto di vista risarcitorio ciò che la finzione di avveramento avrebbe più tardi determinato in termini di adempimento<sup>234</sup>.

<sup>229</sup> Paul. 2 *ad ed.* D. 18, 5, 6: *si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.*

<sup>230</sup> ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 180.

<sup>231</sup> Così anche TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 89.

<sup>232</sup> Sotto un diverso profilo, rileva la possibilità di incidenza della *bona fides* anche TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 88 nt. 207.

<sup>233</sup> Per il riferimento al *venire contra factum proprium* cfr. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 181 nt. 23.

<sup>234</sup> È, sostanzialmente, il problema del rapporto tra violazione della buona fede *ex art.* 1358 cod. civ. e finzione di avveramento della condizione *ex art.* 1359 cod. civ., per i quali la dottrina civilistica e la giurisprudenza tendono a ravvisare un fondamento comune (mi limito a rinviare ai dati raccolti da G. PETRELLI, *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico*, Milano, 2000, 197 ss. e spec. 199 nt. 79;; G. CHIESI, *La buona fede in pendenza della condizione*, Padova, 2006, 41 ss.; *contra*, FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede*, cit., 6 ss.). D'altronde, il raccordo è esplicito nella *Relazione al Re* sul codice civile (n. 620). In questo senso, può essere interessante notare che la dottrina civilistica tenda a superare l'idea

La motivazione di Ulpiano è parzialmente diversa. Ci si è chiesti per quale ragione egli non conceda l'*actio venditi*, posto che, come si è detto, nella sua epoca era ammessa la finzione di avveramento<sup>235</sup>, e la ragione deve essere vista – a mio avviso – nel fatto che, a differenza di D. 18, 1, 50, in questo caso la condizione è (non mista, bensì) potestativa, il che poteva rendere dubbia l'applicabilità della cd. finzione di avveramento<sup>236</sup>. Poiché però, come si è detto, per non essere meramente potestativa la condizione doveva rispondere a parametri oggettivi di razionalità espressi dalla *bona fides*, è probabile che Ulpiano ritenesse che qualcosa fosse comunque dovuto al proprietario dei cavalli con i quali era stata vinta la gara. Infatti si era convenuto tra le parti per un *experimentum gratuitum*, mentre è chiaro che un uso dei cavalli in una competizione sarebbe stato in generale oneroso. Perciò, anche tenendo conto del paragrafo immediatamente successivo – nel quale, in un'ipotesi analoga, era stata stabilita una *merces* per il caso in cui gli animali, pur utilizzati, non fossero stati poi acquistati<sup>237</sup> – ritengo probabile che Ulpiano attribuisse l'*agere praescriptis verbis* per

---

dell'inapplicabilità del disposto dell'art. 1358 cod. civ. alle condizioni potestative: cfr. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione*, cit., 57 ss.

<sup>235</sup> TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 90 e 213.

<sup>236</sup> È quel che avviene per larga parte della dottrina e della giurisprudenza italiane: cfr. F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994, 73 ss.; PETRELLI, *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico*, cit., 290 ss. (benché una parte della dottrina abbia obiettato che la potestatività deve essere essa stessa valutata secondo buona fede, ossia secondo razionalità, e che per questo dovrebbe ritenersi applicabile la finzione anche alle condizioni potestative: PECCENINI, *op. cit.*, 74 ss.; PETRELLI, *op. cit.*, 291 s. e nt. 92).

<sup>237</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 5, 20, 1: *item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mularum a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. La qualificazione del denaro come *merces* da parte di Mela potrebbe indicare che quest'ultimo pensasse, per l'ipotesi dell'*emptio futura*, a un'*actio locati*; Ulpiano però la esclude e propende per l'*agere praescriptis verbis*, probabilmente in considerazione del fatto che il negozio era finalizzato, in ultima istanza, a una compravendita, e non a una concessione di uso a titolo oneroso.*

ottenere un risarcimento *ex fide bona* in relazione a un negozio rispetto al quale l'esperimento dell'*actio venditi* non avrebbe portato ad alcun risultato ma che, in quanto finalizzato all'acquisto e non all'uso, non poteva neanche essere ricondotto a *locatio conductio*.

Ancora una volta, la soluzione labeoniana (e ulpiana) si giustifica non ipotizzando la trasformazione di una compravendita inefficace in un contratto atipico<sup>238</sup>, bensì postulando un impiego dell'*agere praescriptis verbis* per tutelare la buona fede in sé considerata<sup>239</sup>.

A prima vista, una fattispecie di *novum negotium* parrebbe invece risultare da

Lab. *ad ed.* fr. 100 Lenel = Ulp. 31 *ad ed.* D. 19, 5, 19 pr.: *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.*

*Tu* chiede a *Ego* del denaro a mutuo; *Ego*, non avendone a disposizione, gli dà una *res* da vendere per usarne il prezzo. Se *Tu* non

<sup>238</sup> Così invece SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 123 ss. Cautio sulla riconducibilità allo schema delle convenzioni atipiche è questa volta GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 202 ss.

<sup>239</sup> Analoghe considerazioni potrebbero farsi per il passo che segue, talmente legato a quello appena discusso da essere inserito dal Lenel nel medesimo frammento di Labeone (*inc.* fr. 296 LENEL): Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 5, 20, 2: *si, cum emere argentum velles, vasularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vasularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. certe culpam eorum, quibus custodiendum perfectumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere. Tu vuole comprare dell'argento, e un *vasularius* glielo porta e glielo lascia per decidere se acquistarlo. *Tu* non gradisce l'argento e manda un proprio servo per riportarlo: se l'argento perisce senza dolo o colpa di *Tu*, il danno è sopportato dal *vasularius*, perché lo schiavo era stato mandato anche nel suo interesse. Labeone però precisava che si è tenuti per la *culpa* di coloro ai quali viene affidato un bene in custodia o per il trasporto, e Ulpiano afferma di ritenere che in simili casi compete l'*actio praescriptis verbis*. È forse da seguire l'opinione di TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 90 nt. 211, nel ritenere che anche Labeone avrebbe concesso la medesima azione, ma non abbiamo al riguardo alcuna certezza: GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 208, pensa a un'azione nossale.*

la vende oppure, avendola venduta, non ha ricevuto il denaro in prestito, secondo Labeone è più sicuro *agere praescriptis verbis*, come se fra le parti fosse stato realizzato un qualche negozio riferibile a un *proprius contractus*<sup>240</sup>.

La fattispecie appare più complessa del contratto estimatorio, nonostante la collocazione palinogenetica ipotizzata dal Lenel, nella rubrica *de aestimato*<sup>241</sup>. A quel che sembra, le parti vogliono raggiungere il risultato economico attraverso due contratti:

a) il primo, che coincide con lo scopo finale dell'operazione economica, è dichiaratamente un mutuo, e il dato si accorda con ciò che sappiamo da altre fonti circa la riconduzione a tale contratto di fattispecie analoghe<sup>242</sup>;

b) il secondo, che al primo è finalizzato, consiste nell'incarico di vendere, e può essere configurato alternativamente:

b<sub>1</sub>) come un contratto estimatorio affine al mandato<sup>243</sup>, posto che la richiesta di *nummi* da parte di *Tu* costituisce un parametro pecuniario cui corrisponde la scelta di *Ego* di fornire una *res* evidentemente stimata proporzionale alla richiesta, cosicché l'*aestimatio* risulta *per facta concludentia* dalla stessa struttura del negozio<sup>244</sup>;

<sup>240</sup> Per la genuinità del testo cfr. per tutti SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 135 s.

<sup>241</sup> LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, cit., I, 514; critico BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere'*, cit., 31 s.

<sup>242</sup> Cfr. Ulp. 26 *ad ed.* D. 12, 1, 11 pr.: *rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*; sul rapporto tra i passi cfr. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 136 ss. e ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 82 s. ntt. 81 e 87; cfr. anche A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones dei giustinianeis*, Milano, 2002, 408 (*ibid.*, 392 ss. sulla differente soluzione di Afr. 8 *quaest.* D. 17, 1, 34 pr.).

<sup>243</sup> Sappiamo che al contratto estimatorio si è giunti per le difficoltà di qualificazione che abbiamo ricordato; tuttavia, essendo finalizzato a un mutuo, si tratterà verisimilmente di un contratto gratuito, il che esclude la confusione con l'*emptio venditio* e la *locatio conductio*, lasciando il mandato come unica possibilità.

<sup>244</sup> Con questa considerazione si può forse superare la prima delle obiezioni di SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 137 s. (seguito da SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta*, cit., 191 s.) all'ipotesi del contratto estimatorio. L'a. aggiunge altri due argomenti: (a) che, qualora vi fosse stata

*b*<sub>2</sub>) senz'altro come mandato, benché in questo secondo caso, essendo la vendita finalizzata alla concessione del mutuo a favore di *Tu*, potrebbe anche sostenersi che, in quanto *tua gratia*, il mandato fosse invalido<sup>245</sup>.

La complessità del negozio, scisso in due contratti, è però ulteriormente complicata dal fatto che il mutuo non si è realizzato per un fatto riconducibile a *Tu*, il quale non ha fatto venire ad esistenza la *pecunia* vendendo la *res*, oppure ha venduto la *res* ma non ha preso in prestito la *pecunia*<sup>246</sup>. Quale tutela ha *Ego*?

Labeone, opportunamente, non distingue tra il caso in cui la vendita della *res* si sia compiuta o meno: si perviene infatti a esiti non differenti.

Se la *res* non è stata venduta vi è stato inadempimento del mandato o del contratto estimatorio, tutelati (rispettivamente) con un'*actio mandati* o un *agere praescriptis verbis*, che in entrambi i casi avrebbero portato a una condanna a un *incertum* computato su un *oportere ex fide bona*, comprensivo degli interessi eventualmente convenuti sulla somma che si sarebbe ottenuta dalla vendita, qualora realizzata, e che sarebbe stata oggetto di mutuo. Ma limitatamente al

---

un'*aestimatio*, si sarebbe immediatamente determinato un mutuo, come in C. 4, 2, 8: ma in questo testo la *res* sostituisce la *pecunia* inizialmente chiesta, non essendoci nessun incarico di venderla, mentre nel nostro caso oggetto del mutuo non è la *res*, ma la *pecunia* che se ne ricaverà; (*b*) che nel passo non si dice che l'incaricato potrà tenere a un titolo diverso dal mutuo il denaro risultato dalla vendita eventualmente eccedente la somma prevista dalle parti: in realtà, i passi da cui risulta che l'incaricato poteva trattenere il *surplus* risultante dalla vendita rispetto al *pretium certum* predeterminato dalle parti (Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr. e 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44) non parlano di *aestimatio*, e parrebbero costituire ipotesi particolari, tutelate da *agere praescriptis verbis*; sembrerebbe che la dottrina deduca la natura di contratto estimatorio del rapporto solo dal tipo di tutela (cfr. ad es. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria*, cit., 133), ma non pare lecito desumere da questi passi un dato strutturale del contratto: non è forse casuale che i due testi si trovino, palingenetivamente, in sezioni dedicate alla *societas* (rispettivamente, fr. 920 e 2747 LENEL).

<sup>245</sup> Così TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 87 e 98; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 83; SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, cit., 252.

<sup>246</sup> Non vi è alcun motivo di ritenere interpolata l'ultima parola del passo (*mutuam*; riferimenti in SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 135 nt. 171; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 81 nt. 76).

recupero della *res*, ossia qualora non fossero stati previsti interessi, sarebbe stata una valida alternativa anche la *condictio*, la cui natura di azione generale di restituzione non richiedeva che fosse integrato il mutuo.

Se la *res* è invece stata venduta, ma non è nato il mutuo perché *Tu* non ha preso la *pecunia* come *mutua*, non vi è stato inadempimento del mandato o del contratto estimatorio. Tuttavia, qualora fossero stati previsti degli interessi, *Tu* sarebbe stato verisimilmente obbligato a corrisponderli a *Ego*: infatti, essendo l'operazione economica a favore di *Tu*, non potrebbe in questo caso sostenersi che sia conforme alla *bona fides* che gli interessi siano trattenuti dal mandatario<sup>247</sup>; *Ego* avrebbe dunque nuovamente potuto agire con un'*actio mandati* oppure *praescriptis verbis*. E ancora una volta, qualora non fossero stati previsti interessi, si sarebbe comunque potuta usare la *condictio* per chiedere la cosa – ottenendo la somma ricavata dalla vendita<sup>248</sup> – benché questa non sia divenuta oggetto di mutuo.

Labeone ritiene però *tutius* agire *praescriptis verbis*: egli, evidentemente, non vuole escludere la possibilità di altre azioni – e cioè l'azione 'tipica' di mandato o l'azione generale e parzialmente 'atipica' costituita dalla *condictio* – ma ritiene che sia maggiormente 'protettivo' per l'attore l'impiego dell'*agere praescriptis verbis*. Ciò, probabilmente, perché questa modalità di azione poteva da un lato garantire risultati più ampi della *condictio*, e dall'altro superare i dubbi di qualificazione giuridica dell'incarico di vendere, anche in considerazione della struttura del mandato costruito dalle parti, pericolosamente vicino a un *mandatum tua gratia*.

È in questa logica che deve essere spiegata, a mio avviso, la frase finale *quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus* – che

<sup>247</sup> Come invece si fa in Lab. fr. 96 LENEL = Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 1, 10, 8, su cui R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae nei giudizi di buona fede*, in S. TAFARO (a cura di), *L'usura ieri e oggi* (Atti Foggia 1995), Bari, 1997, 19 ss.

<sup>248</sup> Nella *condictio* si chiede (nell'*intentio*) la cosa sinché questa è esistente, anche se è stata venduta e anche se si otterrà solo il *pretium* (ossia il valore pecuniario della cosa chiesto nella *condemnatio*): solo quando la cosa non esiste più oggetto della *condictio* sarà direttamente il *pretium* (cfr. ad. es. Afr. 2 *quaest.* D. 12, 1, 23; Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12, 6, 65, 6).

non vi è motivo né di ritenere interpolata o ulpiana<sup>249</sup> né di intendere come un riferimento alla distinzione tra contratti tipici e atipici<sup>250</sup> – nella quale Labeone afferma che (bisogna agire *praescriptis verbis*) ‘come se fosse stato tra noi realizzato un negozio unitario’<sup>251</sup> dal quale è verisimilmente nato un *oportere ex fide bona*, posto che se così non fosse sarebbero del tutto privi di sanzione i comportamenti contrari a buona fede del mandatario.

Come abbiamo detto all’inizio, il collegamento dei doveri accessori sopravvissuti a un negozio inefficace e della loro tutela *praescriptis verbis* con la *bona fides* è per alcuni versi indiziario. Esso si basa sul rilievo che i passi labeoniani riguardano rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei* nei quali si dava rilievo alla presenza di doveri accessori; che – come vedremo tra breve – nella giurisprudenza di poco successiva questi doveri accessori saranno espressamente legati alla *bona fides*; che ancora nelle fonti giurisprudenziali del III secolo si affermerà che l’*actio praescriptis verbis ex bona fide oritur*<sup>252</sup>.

Tuttavia, è estremamente probabile che la formula con *praescripta verba* posta a tutela dei obblighi accessori – legati, come si è detto a contratti tutelati da *iudicia bonae fidei* – contenesse anch’essa una *intentio* costruita all’*oportere ex fide bona*, ossia che si ritenesse che anche i doveri accessori non dipendenti da un dovere principale efficace fosse ricondotto alla buona fede.

Labeone è il primo a fornire una tutela a questi doveri, il che potrebbe far pensare – considerando che la giurisprudenza precedente appare concentrata sulle prestazioni principali e sul loro equilibrio – che soprattutto con lui si sia posto il problema di una loro tutela. Certo è che da questo momento in poi troviamo continue testimonianze di un ruolo della buona fede nella materia dei doveri accessori.

<sup>249</sup> Entrambe le ipotesi in ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 85 nt. 96; la seconda in SARGENTI, *Labeone e la nascita dell’idea di contratto*, cit., 48.

<sup>250</sup> Il problema è affrontato con maggiore ampiezza in CURSI - FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, cit., § 6.

<sup>251</sup> Sul valore (traslato) di *proprius* come ‘in sé consistente’ cfr. I. HAJDÚ, *proprius*, in *Thesaurus linguae Latinae*, X.2, München-Leipzig, 2004, 2105 ss.

<sup>252</sup> Ulp. 71 *ad ed. D.* 43, 26, 2, 2, su cui ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 234 s.

7. *Buona fede e obblighi di protezione in Sabino.*

Tra le testimonianze più antiche a noi pervenute in materia di buona fede e doveri accessori troviamo un frammento di Masurio Sabino conservato da Ulpiano:

Ulp. 41 *ad Sab.* D. 16, 3, 11: *Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debebit reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. denique Sabinus (fr. 74 Lenel) hoc explicuit addendo: 'nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle'. Hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. idemque et in omnibus debitoribus servandum Pomponius (19 *ad Sab.* fr. 670 Lenel) scribit.*

Il passo può essere diviso in tre parti.

a) Nella prima (*quod servus ... id quod quis accepit*) Sabino afferma – forse, compiendo una digressione all'interno della trattazione del furto compiuto dal *falsus creditor*<sup>253</sup> – che, qualora un deposito sia stato effettuato da un *servus*, è conforme a buona fede che il depositario restituisca al *servus* (*rectissime reddet ex bona fide*): non è infatti conforme a buona fede – commenta il giurista – negare la restituzione di ciò che si è ricevuto, ma si dovrà restituire a colui dal quale si è ricevuta la cosa. Conseguentemente, deve ritenersi che il depositario, restituendo al *servus*, abbia adempiuto.

b) Nella seconda parte (*sed debebit reddere ... reddi nolle*) si precisa che può ritenersi vi sia stato adempimento solo se nel restituire al

<sup>253</sup> Questo, almeno, è il contesto ulpiano (fr. 2869 LENEL) e pomponiano (19 *ad Sab.* fr. 670 LENEL); che fosse anche quello di Sabino è un'ipotesi formulata dubitativamente da LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., II, 198 nt. 1 e accolta da ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*<sup>2</sup>, cit., 255.

*servus* non sia ravvisabile in capo al debitore *omnis dolus, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit*: in altre parole – spiega ulteriormente Sabino – che non vi siano elementi (*causa*) per ritenere che il *dominus* non volesse che fosse effettuata la restituzione allo schiavo.

c) Nella terza parte (*hoc ita est ... Pomponius scribit*) si spiega meglio il principio e lo si declina nella casistica: (*c*<sub>1</sub>) si chiarisce che se non sussiste una *iusta ratio* che abbia potuto indurre il debitore al sospetto, è sufficiente che egli abbia compiuto l'atto secondo buona fede (*ceterum sufficit bonam fidem adesse*); (*c*<sub>2</sub>) e si rileva che, anche se il *servus* aveva rubato la cosa o non è più nella proprietà del *dominus*, il debitore deve ritenersi liberato quando è *ignorans*.

Sulla base dell'errato presupposto che la formula di buona fede del deposito sarebbe nata solo più tardi dell'età di Sabino<sup>254</sup>, una parte della dottrina ha ritenuto che i riferimenti alla *bona fides* non possano essere attribuiti al giurista dell'età di Tiberio<sup>255</sup>. Tuttavia, non solo la *bona fides* svolge un ruolo centrale nel ragionamento, cosicché diviene difficile giustificare la sua espunzione<sup>256</sup>, ma a ben vedere il testo riproduce una regola di buona fede che emergeva già nel *de officiis* di Cicerone.

Quest'ultimo, in 3, 95, ossia in una sezione dell'opera strutturalmente corrispondente a *off.* 3, 65-67<sup>257</sup>, aveva infatti affrontato il problema del rapporto tra il dovere di buona fede di restituire al depositante la *res* depositata, e la necessità di adattare tale dovere alle circostanze (*temporibus*, ossia κατὰ περίστασιν): se qualcuno ha depositato un gladio mentre era sano di mente, e lo richiede quando è impazzito, è *officium* del depositario di non restituirlo; e se qualcuno che abbia depositato del denaro muovesse guerra alla patria, la

<sup>254</sup> *Contra*, G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 89, per il quale sarebbe esistita già nella prima metà del I sec. a.C.

<sup>255</sup> Tra gli ultimi esempi cfr. O. MILELLA, *Consenso del dominus e l'elemento intenzionale nel furto*, in «BIDR», XCI, 1988, 401, con bibl. in nt. 39.

<sup>256</sup> ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*<sup>2</sup>, cit., 163.

<sup>257</sup> Su cui cfr. *supra*, §§ 4.2-3 nonché più diffusamente sulla corrispondenza strutturale tra le parti, FIORI, *Bonus vir*, cit., 255 s.

somma non va restituita, perché la *res publica* deve essere al primo posto nella gerarchia degli affetti<sup>258</sup>. E poiché è verisimile che anche in questo caso Cicerone – come nel caso della *sententia Catonis* che abbiamo esaminato sopra – abbia attinto a posizioni giurisprudenziali, possiamo supporre che già alla fine della repubblica si fosse affermata sia la regola che lega la buona fede al rispetto del contenuto dell'accordo, sia l'idea che però – sempre *ex fide bona*: è questo il contesto entro cui si muove il discorso ciceroniano – tale regola debba essere modificata in relazione alle circostanze, sino ad essere addirittura disattesa.

Anche Sabino muove dalla regola, descritta nella parte *sub a*), per poi passare alla variante *κατὰ περίστασιν sub b*). Più problematico appare ricondurre al giurista anche la terza parte del frammento (*sub c*), in genere attribuita a Ulpiano<sup>259</sup>, ma in questo senso può essere di aiuto una stretta corrispondenza tra il passo qui discusso e un frammento di Alfeno:

Alf. 2 *dig. a Paul. epit.* D. 46, 3, 35: *Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. sed et si quis dominicam pecuniam ab eo faeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est: videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere.*

Al di là dei riferimenti alla *bona fides*, assenti in Alfeno, il testo corrisponde a quello di Sabino in modo così preciso<sup>260</sup> da lasciar in-

<sup>258</sup> Cic. *off.* 3, 95: (...) *et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta. facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta. (...)*

<sup>259</sup> LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., II, 197; ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*<sup>2</sup>, cit., 163; cfr. anche TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 118 nt. 330.

<sup>260</sup> Cfr. Sabino: *quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide ... nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum*

tendere che il secondo giurista stava lavorando sul primo<sup>261</sup>, e ciò può essere di aiuto per ricostruire l'estensione del frammento di Sabino.

Il fatto che Alfeno applichi il ragionamento non solo a un contratto tutelato da *iudicium bonae fidei (depositum)* ma anche a un rapporto protetto da *iudicium stricti iuris (creditum)*, precisando che la regola vale pure se il *servus* sia stato manomesso o venduto, mostra che anche la parte *sub c)* del passo ulpiano – ove si rinviene la medesima precisazione – è almeno in parte da attribuire a Sabino. È però abbastanza probabile una utilizzazione di Pomponio più estesa della citazione finale: nel corpo del testo compare un incomprensibile riferimento al *creditum (vel creditum)*, che è forse da riferire a Pomponio posto che è a questo giurista, e non a Sabino, che Ulpiano – il quale evidentemente non ha presente il frammento di Alfeno, non citato dalle sue fonti – attribuisce l'estensione ai *iudicia stricti iuris*. Benché sia probabile che il passo sia stato accorciato dai compilatori, possiamo dunque ritenere che Sabino si sia limitato al solo esempio del deposito, e che Pomponio abbia riaffermato la riferibilità della regola anche ai *iudicia stricti iuris*<sup>262</sup>.

Il confronto con Alfeno chiarisce meglio il senso dell'enfasi posta da Sabino sulla *bona fides*.

Alfeno aveva scritto che deve considerarsi *recte* liberato il debitore, quando restituisca al *servus* ciò che ha ricevuto dal peculio di questi, a titolo di credito o di deposito, anche se lo schiavo è stato successivamente venduto o manomesso. Ciò solo se non intervenga al-

---

*reddi nolle*; Alfeno: *quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei ... recte solvi potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi*. Queste corrispondenze – rilevate anche da R. MARTINI, *Di un discusso riferimento alla culpa in tema di deposito*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988, 211 – inducono anche a respingere le ipotesi di interpolazione formulate in passato e richiamate da I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, 41 s. nt. 68.

<sup>261</sup> Benché la collocazione palinogenetica del brano di Alfeno sembrerebbe essere in tema di peculio legato (fr. 47 LENEL): ma è chiaro che Sabino poteva discutere la fattispecie anche in altri contesti.

<sup>262</sup> Interpreta così il riferimento a *omnibus debitoribus* anche TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 120 nt. 339, il quale tuttavia non richiama il passo di Alfeno.

cun elemento (*causa*) per intuire ritenere che il *dominus* non volesse che fosse effettuata la restituzione allo schiavo. Lo stesso deve ritenersi quando quando la *pecunia* provenga dalla *res domini* dietro autorizzazione del padrone, perché allora si deve presumere che il *dominus*, nell'autorizzare il negozio, abbia autorizzato non solo la dazione ma anche la restituzione del denaro al *servus*.

La soluzione di Alfeno, come si vede, si incentra esclusivamente sull'interpretazione della *voluntas domini*: quando non vi sono elementi che possano indirizzare verso una colontà contraria, si presume che il *dominus* sia d'accordo con la restituzione allo schiavo.

Nella soluzione di Sabino, invece, la volontà del *dominus* diviene solo il punto di partenza per individuare il vero cuore del ragionamento, e cioè la *bona fides*.

Non a caso egli unifica le due ipotesi individuate da Alfeno, del negozio stipulato dal *servus* a seguito della concessione del *peculium* e di quello effettuato sulla base di un *iussum*: ciò che legittima il debitore a restituire al *servus* non è il fatto che questi *voluntate domini* abbia ottenuto un peculio o realizzato il negozio, ma il dovere – per così dire, strutturale – che bisogna (non tanto rispettare l'accordo<sup>263</sup>, nel quale in teoria potrebbe anche essere intervenuto il *dominus* dando il suo permesso, ma) restituire la *res* alla stessa persona che, consegnandola, ha fatto nascere l'*obligatio*.

E ancora non a caso, mentre il giurista repubblicano afferma che la liberazione del debitore avviene *recte* – un avverbio che, lo si è notato da tempo, compare spesso nel suo linguaggio<sup>264</sup> – in Sabino la liberazione avviene *rectissime* perché si restituisce *ex bona fide*<sup>265</sup>. L'enfasi è probabilmente dovuta al desiderio di sottolineare una maggiore doverosità: sia nel senso che la restituzione al *servus* e non al *dominus*

<sup>263</sup> Come afferma TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 121.

<sup>264</sup> Cfr. C. FERRINI, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in «BIDR», IV, 1891 = *Opere*, II, Milano, 1929, 178.

<sup>265</sup> In passato ritenuto interpolato (cfr. ad es. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1935, 26), ma il confronto con Alfeno dimostra la sua genuinità. L'alfeniano *recte* ritorna in Paul. 9 *ad ed.* D. 46, 3, 51: *dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur: ex voluntate enim domini ei solvitur, quam si nescit mutatam, qui solvit liberatur*.

è non solo lecita, ma come si è detto anche doverosa *ex fide bona*; sia nel senso che è la stessa buona fede a esigere che il debitore si consideri liberato quando non vi fossero motivi per dubitare della volontà del *dominus*<sup>266</sup>.

Ancora una volta dobbiamo rilevare che – come già abbiamo visto in materia di buona fede formativa – i *iudicia stricti iuris* non sono rigidamente formalistici ma spesso pervengono per altra via a risultati analoghi, se non identici, a quelli dei *iudicia bonae fidei*. E che, nell'esperienza romana, criteri ermeneutici apparentemente diversi – che possono ricordare la nostra distinzione tra l'interpretazione secondo la volontà dei contraenti e l'interpretazione secondo buona fede, e le difficoltà di una netta demarcazione tra le due<sup>267</sup> – si sono sviluppati in forma alternativa non per una differenza (diciamo così) 'ontologica', ma per ragioni squisitamente processuali.

Tuttavia occorre tener presente che l'operatività di queste due regole potrebbe essere nei differenti *iudicia* alquanto diversa. Mentre in un *iudicium stricti iuris* ci si sarebbe potuti interrogare solo sul problema della liberazione del debitore, in un *iudicium bonae fidei* potevano essere individuati dal *iudex* veri e propri doveri accessori basati sulla *bona fides*, che grazie all'ampiezza dell'*oportere ex fide bona* potevano essere oggetto di risarcimento: non solo il dovere del debitore di non causare inutili difficoltà al creditore, ma anche il dovere del creditore di accettare come efficace il pagamento.

<sup>266</sup> Poiché, come si è detto, l'uso di *recte* è frequente in Alfeno, la scelta dell'avverbio potrebbe spiegarsi con una semplice opzione espressiva e non suscitare particolari rilievi, così come l'impiego di *rectissime* da parte di Sabino, il quale aveva certamente dinanzi agli occhi il passo del giurista repubblicano. Tuttavia è difficile sfuggire alla suggestione – del tutto indimostrabile, per quel che posso vedere – che Alfeno avesse presente quanto Cicerone scrive in *fin.* 3, 59, allorché afferma che *depositum reddere* è un *officium* (nel senso di *officium medium*, ossia nell'etica stoica un μέσον καθήκον) proprio anche dell'*insipiens*, ma che quando l'azione è compiuta da un *sapiens*, ossia secondo *iustitia* (*iuste*), allora diviene un *officium perfectum* (ossia un τέλειον καθήκον), che è *recte factum*. Considerando le oscillazioni, nel linguaggio ciceroniano, tra *sapiens* e *bonus vir* (su cui cfr. FIORI, *Bonus vir*, cit., 125 ss.), potrebbe anche pensarsi che nel *recte* di Alfeno si intenda far riferimento, in modo un po' generico, al comportamento pienamente corretto del *bonus vir*, recuperando implicitamente il rinvio alla *bona fides* che poi sarà esplicitato da Sabino.

<sup>267</sup> Riferimenti in FIORI, *Bona fides* (*Parte prima*), cit., 218 ss.

Proprio il maggior accento posto sulla *bona fides* ha probabilmente indotto Sabino a sviluppare il profilo dei criteri di responsabilità, assente in Alfeno.

Trattandosi di deposito – ossia di un contratto in cui la responsabilità del debitore è limitata al dolo – la frase *si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit* non può che essere problematica. Si è infatti spesso pensato ad essa come a un'aggiunta posteriore<sup>268</sup>, ma – al di là del fatto che ciò non fa altro che spostare in avanti il problema dell'interpretazione della frase<sup>269</sup> – non si è adeguatamente riflettuto sul fatto che il periodo – *nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle* –, certamente attribuibile a Sabino, è esplicativo (*explicuit*) della περίστασις, e non della regola: dunque anche la frase *si sine dolo ... suspicio sit* deve essere riferita al giurista più antico<sup>270</sup>. Non solo, ma essa deve essere attribuita a Sabino per intero, e non limitatamente al riferimento al dolo<sup>271</sup>, perché, come vedremo tra breve, il passo non prevede in alcun modo una estensione della responsabilità del depositario alla *culpa*.

Posta la genuinità del passaggio, occorre spiegarne il senso.

Non possono essere a mio avviso accolte quelle ipotesi che riferiscono il *dolus* al depositario e la *culpa* allo schiavo – nel senso che il depositario avrebbe dovuto sospettare una responsabilità del *servus*

<sup>268</sup> Riferimenti in F. SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario nel diritto bizantino*, in «BIDR», LXXIV, 1971, 202 ss.; G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHI», XXXVIII, 1972, 164 s. nt. 112; ID., *Dolus in the Law of the Early Classical Period (Labeo - Celsus)*, in «SDHI», LII, 1986, 272 nt. 89; e più di recente in L. MAGANZANI, *La diligentia quam suis del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006, 113 nt. 235; adde ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*<sup>2</sup>, cit., 163 (che ipotizza dubitativamente l'aggiunta postclassica di *hoc est ... sit*).

<sup>269</sup> Così, giustamente, SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario*, cit., 202, il quale però in sostanza rinuncia a spiegare l'uso di *culpa*, concludendo – sulla scia di SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*<sup>2</sup>, cit., 26 nt. 3 – che si debba trattare di «uno sciatto glossema postclassico che i compilatori recepirono in seguito ad una svista» (l'a. lascia aperta la possibilità di intendere il riferimento alla *culpa* nel senso voluto da de Robertis [cfr. *infra*, nt. 278], ma afferma che un simile uso sarebbe gravemente scorretto per il diritto giustiniano: cfr. *ibid.*, 201 e 203 nt. 67).

<sup>270</sup> La considera genuina, ma riferendola a Ulpiano, S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari 1984, 252.

<sup>271</sup> Come propone, ad es., ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*<sup>2</sup>, cit., 163 (cfr. nt. 268).

per avere, ad esempio, rubato la *res*<sup>272</sup> – perché in tal modo si limita eccessivamente il dolo del depositario a una responsabilità delittuale del *servus*, il che non risulta né dal principio generale riferito in *a*), né dall'esemplificazione contenuta in *c*). Né può ritenersi che la *suspicio culpa* si riferisca alla «*scientia* del depositario della condizione di schiavo del depositante»<sup>273</sup>, perché una simile eventualità avrebbe determinato una responsabilità sostanzialmente oggettiva del depositario tutte le volte che non avesse preventivamente consultato il *dominus* – il che è il contrario di quel che dice Sabino. Né che – sulla base del confronto con il passo di Alfeno – anche Ulpiano parlasse in generale di ogni debito, e non solo di quello nascente dal deposito<sup>274</sup>, perché se così fosse non si spiegherebbe la ragione per cui solo alla fine del passo il giurista severiano avrebbe precisato che la regola è stata estesa da Pomponio a estendere la regola a tutti i debitori<sup>275</sup>.

Né infine mi sembra vi siano nel passo elementi per ipotizzare che Sabino abbia anticipato la posizione di Nerva, condivisa da Celso figlio, allorché questi assimila la *culpa latior* al dolo, e che perciò la responsabilità del depositario si sarebbe estesa all'ignoranza colposa della contraria volontà del *dominus*<sup>276</sup>.

<sup>272</sup> MACCORMACK, *Culpa*, cit., 164 (ma *contra* ID., *Dolus*, cit., 272 s.) e F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, I, Bari, 1983, 164 ss. (che corregge la propria precedente impostazione, su cui cfr. nt. 278).

<sup>273</sup> TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 118 nt. 333; cfr. anche *ibid.*, 122 nt. 342.

<sup>274</sup> MARTINI, *Di un discusso riferimento alla culpa*, cit., 212.

<sup>275</sup> Non solo. Come si è detto, questa parte di testo deve essere necessariamente attribuita a Sabino, e quest'ultimo di sicuro – lo mostra la citazione di Pomponio da parte di Ulpiano – limitava il proprio discorso al deposito.

<sup>276</sup> MAGANZANI, *La diligentia quam suis*, cit., 114 s. Peraltro, non mi sembra che una simile estensione risulti da Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 22, dove si afferma semplicemente che il rifiuto di restituire la cosa non importa necessariamente il dolo – ben potendosi dare casi in cui il depositario è per fatti oggettivi impossibilitato a restituire o in cui esercita un diritto: quando la *res* sia distante o custodita in *horrea* che non si ha la facoltà di aprire o ancora quando vi fosse una condizione non realizzata – ma senza che si menzioni in alcun modo la *culpa*, estranea anche alle fattispecie richiamate; oppure da Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 7 pr., dove sembrerebbe parlarsi di una fattispecie di dolo eventuale (il sequestratario che, mosso da *miseriordia*, libera lo schiavo in catene che poi fugge) ma nuovamente non si accenna alla *culpa*. Parlano di «dilatazione» della responsabilità per dolo del depositario anche TAFARO, *Regula e ius antiquum*, cit., 254 ed E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, Napoli, 2004, 158 nt. 78.

A me sembra che vi siano alcuni punti fermi. Innanzitutto – come mostra sia la frase successiva (*si potuit suspicari*) oltre che il commento dei Basilici<sup>277</sup> – il soggetto della *suspicio* è il depositario. In secondo luogo, la *suspicio culpae* è utilizzata per spiegare in termini di sostanziale identità (*hoc est*) non semplicemente il *dolus*, ma *omnis dolus*. In terzo luogo, la *suspicio culpae* non è la *culpa*, perché se si sospetta che il proprio comportamento sia riprovevole – anche solo sul piano della negligenza – e non si tiene conto di questo sospetto, non si è in colpa, ma in dolo: non magari un dolo specifico di nuocere, ma almeno un dolo eventuale. Il valore di *culpa* nel passo è dunque più vicino a quella di generica imputabilità che a quello preciso di negligenza<sup>278</sup>.

Se le *causae* non giustificano la *suspicio*, se cioè non vi era *scientia* da parte del depositario della possibilità di nuocere al *dominus*, *sufficit bonam fidem adesse*. Qui la buona fede è certamente opposta al dolo, ma non bisogna trarre dall'ipotesi specifica considerazioni di carattere generale<sup>279</sup>: a ben vedere, la vera opposizione è tra *bona fides* e *scientia* – esattamente come nei passi che abbiamo analizzato in tema di compravendita – ma nel deposito la *scientia* rileva solo come dolo (o al più, per i giuristi successivi, come *culpa lata*), perché è solo a questo titolo che si ha responsabilità. Solo dunque in questo limitato senso si può dire che l'assenza di dolo coincide con la buona fede. Non solo, ma per gli stessi motivi non può affermarsi che la *bona fides* nel testo contenga delle sfumature di soggettività<sup>280</sup>, quantomeno, non più di quanto normalmente accada<sup>281</sup>: se non vi è *scien-*

<sup>277</sup> Bas. 13, 2, 11: τῷ παραθεμένῳ μοι δούλῳ ἀποδίδομι καλῇ πίστει ἔνθα μή ἐστὶν ἀμελείας ὑπόνοια.

<sup>278</sup> Parzialmente in questo senso F. M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1964, II, 384 s. (cfr., in generale su questo valore, *op. cit.*, I, Bari, 1962, 47). Nel senso di negligenza è però intesa da Bas. 13, 2, 11, ove si parla di ἀμελεί (cfr. nt. prec.).

<sup>279</sup> Come sembrerebbe fare TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 121 s. nt. 342.

<sup>280</sup> F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Aalen, 1969, 219 (che intende la *bona fides* nel passo nel senso di «guter Glaube»); TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 121 s. nt. 342, seguito da STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 158 nt. 78.

<sup>281</sup> Cfr. *supra*, § 1.

tia, può parlarsi di *bona fides* perché *ex fide bona* c'è stato adempimento, ossia sono stati rispettati tutti quei doveri che sono imposti dalla buona fede. Ciò è mostrato soprattutto dall'affermazione che quando non vi sia *scientia* la *bona fides* – la buona fede in sé, non la buona fede soggettiva del depositario – impone (*exigitur*) che si consideri liberato il debitore<sup>282</sup>.

La *bona fides* del depositario, come già in Cicerone, viene così arricchita di nuovi profili. L'*oportere ex fide bona* nel deposito non è limitato al restituire a chi ha consegnato, ma implica dei doveri di protezione verso il *dominus* della *res* e verso lo stesso debitore. Per valutare se tali doveri siano stati rispettati, si impiega il criterio di responsabilità proprio del singolo tipo contrattuale – nel caso del deposito, il dolo. Comprendiamo allora che la buona fede opera su un piano differente rispetto ai criteri di responsabilità, avendo piuttosto il compito di individuare l'estensione dell'*oportere*: la sua sfumatura di soggettività si determina per opposizione a tali criteri, nel senso che non vi è adempimento dell'*oportere ex fide bona* quando ricorrano i presupposti per la responsabilità del debitore (dolo, colpa o custodia).

Per quanto riguarda la natura dei doveri accessori di cui tratta il brano di Sabino, occorre tuttavia prestare attenzione. Benché il frammento ulpiano – e forse, come detto, quello di Sabino e di Pomponio – si inserisca in una trattazione sul *falsus creditor* e sul *falsus procurator*<sup>283</sup>, nell'unità del discorso dei *prudentes* si devono distinguere due ipotesi che danno luogo a conseguenze molto diverse.

Se il *servus* al momento dell'adempimento non è più nella proprietà del *dominus* – che è il caso oggetto dell'ampliamento di Ulpiano – quest'ultimo non riceve il pagamento, ma deve preoccuparsi di recuperare la cosa presso un terzo (il servo, se liberato, o il nuovo *dominus*). Quest'ipotesi si avvicina a quella prevista dall'art. 1189 cod. civ. sul pagamento al creditore apparente, nella quale si prevede che il debitore che esegua il pagamento «a chi appare legittimato a riceverlo

<sup>282</sup> Al contrario, per TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 121 s. nt. 342, qui sarebbe «ancora più evidente che si tratta di *bona fides* soggettiva».

<sup>283</sup> Ulp. 41 *ad Sab.* fr. 2869 LENEL è composto da D. 47, 2, 43 pr.-3; D. 46, 3, 18; D. 16, 3, 11.

in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede»<sup>284</sup>: la buona fede – che nella norma codicistica assume un valore soggettivo – dà vita a un obbligo accessorio consistente nel dovere di non causare al creditore un’inutile sacrificio patrimoniale nel dover riottenere la cosa dal terzo.

Se invece il *servus* è, al momento dell’adempimento, nella proprietà del *dominus* – che è il caso che sembrerebbe esser stato discusso da Sabino – quest’ultimo riceve comunque il pagamento, benché in forme che non vorrebbe (entrando la *res*, verisimilmente, nel peculio dello schiavo). L’ipotesi non è dunque assimilabile a quella prevista del pagamento al rappresentante apparente del creditore, perché questa – benché comporti la liberazione del debitore quando il creditore abbia ingenerato un affidamento – presuppone come esito la necessità che il creditore si adoperi per ottenere la cosa dal rappresentante apparente<sup>285</sup>. La buona fede opera qui piuttosto nel senso di creare in capo al *dominus* un dovere di protezione nei confronti del debitore, in un senso analogo a quello individuato dalla giurisprudenza italiana allorché ha affermato che nelle obbligazioni pecuniarie – quando il creditore non abbia più volte manifestato la propria contrarietà a una specifica forma di pagamento, perché in tal caso apparirebbe dubbia la buona fede del debitore<sup>286</sup> – non rileva il modo in cui venga effettuato il pagamento se il rifiuto del creditore appaia contrario alle regole della correttezza<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> Art. 1189 cod. civ. *Pagamento al creditore apparente*: «1. Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede. 2. Chi ha ricevuto il pagamento è tenuto alla restituzione verso il vero creditore, secondo le regole stabilite per la ripetizione dell’indebito».

<sup>285</sup> L’ipotesi costituisce un ampliamento dell’art. 1189 cod. civ.: Cass. 29 aprile 1999 n. 4299, in «Giur. it.», 2000, 932; 13 agosto 2004 n. 15743, in «Foro it.», 2004, I, 3318; 3 settembre 2005, n. 17742; 12 gennaio 2006 n. 408, in «Contratti», 2006, X, 894; 5 giugno 2009 n. 12990.

<sup>286</sup> Cass. 25 settembre 1998 n. 9595, in «Giur. it.», 1999, 1378.

<sup>287</sup> Cass. 10 febbraio 1998 n. 1351, in «Corriere giur.», 1998, IV, 406; Cass. 7 luglio 2003 n. 10695, in «Contratti», 2004, II, 174. In altre sentenze si è sostenuto che questa forma di pagamento, benché il suo rifiuto sia contrario a correttezza, escluda solo la mora, ma non integri adempimento: cfr. Cass. 21 dicembre 2002 n. 18240, in «Arch. civ.», 2003, 1096.

È chiaro, in ogni caso, che appare riduttivo, se non erroneo, affermare che alla radice del discorso di Sabino sia l'idea che la *bona fides* impone il 'rispetto della parola data'<sup>288</sup>.

Benché il raffronto con il passo di Cicerone – che ricordava la regola in tema di deposito immediatamente dopo alcuni esempi in materia di *pacta et promissa* – potrebbe indurre a leggere la regola *sub a*) in questo senso, essa come abbiamo visto si disegna piuttosto sullo schema obbligatorio.

Da un lato, la buona fede rileva rispetto alla prestazione principale: come abbiamo detto, essa impone di restituire (non a colui con cui ci si è accordati, ma) a colui che con la *datio* ha dato vita all'obbligazione (*reddere ei a quo accepit*).

Dall'altro, la buona fede costituisce un parametro per l'adempimento dei doveri accessori non espressi nell'accordo: essa impone al debitore *sciens* di restituire al *dominus*, e libera l'*ignorans*, imponendo cioè al *dominus* un dovere (negativo) di accettare l'adempimento senza aggravare ingiustificatamente la prestazione del debitore.

## 8. *Proculo: obblighi di protezione e correzione giudiziale.*

8.1. *Bona fides, diligentia e obblighi di protezione.* – Di obblighi di protezione tratta anche un passo di Proculo<sup>289</sup> in tema di compravendita, nel quale si precisa che qualora il venditore di un fondo si sia impegnato con l'acquirente a trasferirgli la *merces* ottenuta dal conduttore del terreno, il venditore deve *praestare* non solo la *bona fides*, ma anche la *diligentia*, astenendosi da comportamenti non solo dolosi ma anche colposi:

Proc. 6 *epist.* D. 18, 1, 68 pr.: *Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emp-*

<sup>288</sup> KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., 186; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 121 (per quanto quest'ultimo a. riconosca che il giurista del principato va oltre un simile principio, adattando la regola originaria).

<sup>289</sup> Di *bona fides* Proculo parla in tre passi: ritengo utile soffermarmi soprattutto sui primi due, ma su Proc. fr. 53 LENEL = Paul. 19 *ad ed.* D. 3, 5, 17 (18) cfr. *infra* in testo.

*tori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa*<sup>290</sup>.

Il dovere del venditore nei confronti dell'acquirente di trasferirgli la *merces* è oggetto di una esplicita *lex contractus*. Ciò che viene in discussione non è dunque l'esistenza del dovere, ma il modo in cui esso deve essere eseguito. Il testo formula una duplice opposizione: la *bona fides* è contrapposta al *dolus malus* e la *diligentia* alla *culpa*. Ed è su questa antitesi che si è sviluppata una complessa discussione in dottrina.

Salvo qualche eccezione, nell'Ottocento e nella prima metà del Novecento si era inclini a ritenere spuria l'ultima frase, da *id est a culpa*. Le ragioni addotte erano formali e sostanziali: da un lato, si riteneva che l'esordio *id est* fosse indice di una glossa o di una interpolazione; dall'altro si affermava che una opposizione *dolus-culpa* non poteva essere classica, essendo il secondo criterio nato solo in età postclassica<sup>291</sup> – il che, per alcuni, avrebbe necessariamente coinvolto anche il riferimento alla *diligentia*<sup>292</sup>. Oggi simili dubbi non dovrebbero trovare spazio: non solo non può escludersi che sia stato lo stesso Proculo a introdurre la spiegazione con un *id est*, ma la teoria di una emersione tarda della *culpa* come criterio di responsabilità è ormai pacificamente superata<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 405 ss.

<sup>291</sup> Letteratura in Chr. KRAMPE, *Proculi epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe, 1970, 54 s. ntt. 36-42; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 406 ntt. 22-25; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, 251 nt. 230.

<sup>292</sup> W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZSS», XLV, 1925, 293, sulla base del (giusto) rilievo che la *diligentia* «steht zur bona fides begrifflich nicht im Gegensatz»; cfr. anche H. COING, *Die clausula doli im klassischen Recht*, in *Festschrift Fr. Schulz*, I, Weimar, 1951, 118.

<sup>293</sup> Così KRAMPE, *Proculi epistulae*, cit., 54 ss.; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 406 ss. e FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 250 ss. (con indicazione della letteratura favorevole alla genuinità rispettivamente alle pp. 55 nt. 42; 406 nt. 24; 251 nt. 231). Mi sembra convincente l'(ulteriore) argomento di Krampe, ripreso da Cardilli ma criticato da Finazzi, per cui l'*id est* si giustifica particolarmente – benché certo non esclusivamente – in un'opera probabilmente rivolta agli allievi come le *epistulae*. Permangono però ancora dubbi sulla genuinità del pe-

Dobbiamo allora concludere che Proculo affermava una corrispondenza oppositiva tra buona fede e dolo?

Tentiamo, innanzitutto, di comprendere se il testo può essere spiegato così come ci è pervenuto.

Le proposte di interpretazione più interessanti sono, a mio avviso, essenzialmente due. Secondo la prima, l'affermazione di Proculo sarebbe stata indotta dalla preoccupazione che nel giudizio di compravendita la buona fede potesse essere intesa – rispetto ai doveri accessori, e a differenza di quanto accade in quelli principali, soggetti alla *culpa* – in senso soggettivo, ossia limitatamente al dolo<sup>294</sup>. La seconda ipotesi immagina invece una duplice valenza della nozione di *bona fides*: da un lato, come fondamento dell'*oportere* indicato nell'*intentio* della *formula*, così da potersi riferire non solo al *dolus*, ma anche alla *culpa* e alla *custodia*; dall'altro, come criterio di responsabilità limitato al *dolum praestare*, e perciò necessariamente irriferribile alla *culpa*: nel passo di Proculo ci troveremmo di fronte a questa seconda accezione<sup>295</sup>.

A me sembra che nessuna di queste spiegazioni possa essere condivisa.

In primo luogo, anche se gli autori che le hanno proposte ammettono che la *culpa* si era affermata nella vendita almeno a partire da Quinto Mucio<sup>296</sup>, a ben vedere il presupposto logico di entrambe le

---

riodo: cfr., all'interno di una concezione senz'altro più moderna della *culpa*, M. TALAMANCA, *Colpa civile (storia)*, in «ED», VII, Milano, 1960, 519.

<sup>294</sup> CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 410 s.

<sup>295</sup> FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 252 (cfr. 247 s. e nt. 221).

<sup>296</sup> CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 410 ss.; FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 251 ss. Entrambi gli a. criticano la proposta di I. DE FALCO, *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle obligationes*, Napoli, 1991, 56 ss., di una affermazione del giurista a fronte di una non piena affermazione della *culpa*, ma a me pare che anche il loro ragionamento presupponga una fase del genere. Per le medesime ragioni non mi sembra si possa sostenere con R. VERSTEGEN, *Qui fundum locavit, si vendat, curare debet ...*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 494, che Proculo abbia voluto aumentare il grado di responsabilità del venditore attraverso un riferimento alla responsabilità della *negotiorum gestio*, essendo questa parametrata – come quella della compravendita – al dolo e alla colpa.

ipotesi è uno stadio di sviluppo del regime della responsabilità nell'*emptio venditio* in cui la *culpa* non si era ancora pienamente affermata: se davvero Proculo avesse avvertito il bisogno di precisare che nella vendita si risponde anche per *culpa* – pur se solo in relazione ai doveri accessori<sup>297</sup> – e non solo per dolo, evidentemente il dato non era ancora pacifico.

In secondo luogo, entrambe queste ricostruzioni postulano una contrapposizione tra *bona fides* e *dolus malus* tale da consentire di intendere il *bonam fidem praestare* come responsabilità limitata al dolo<sup>298</sup>. Ma una simile antitesi non è immaginabile per almeno due ragioni.

a) La prima è che non vi sono testi da cui risulti una opposizione esaustiva tra buona fede e dolo – nel senso che la buona fede sia definibile come assenza di dolo<sup>299</sup>. In genere, l'antitesi viene ravvisata in un passo di Paolo in materia di *societas*, nel quale però si afferma solo che la buona fede è contraria al dolo e alla *fraus*, non che la *fides* corrisponde specularmente al dolo o alla *fraus*<sup>300</sup>. Certo, non può esclu-

<sup>297</sup> Credo che l'ipotesi di Cardilli sia stata indotta dal confronto con Ulp. 32 *ad ed. D.* 19, 1, 13, 16 (richiamato in CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 405), dove effettivamente si precisa che *in his autem, quae cum re empti praestari solent* (ossia nei doveri accessori), *non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere*. Anche in questo passo, però, la limitazione al dolo non può spiegarsi nell'alveo ristretto della compravendita.

<sup>298</sup> Ciò, esplicitamente, nel ragionamento di Finazzi. Nella ricostruzione di Cardilli, Proculo mira a evitare una identificazione del genere, ma evidentemente la ritiene in astratto possibile – o al più si trova dinanzi a interlocutori che la ritengono possibile.

<sup>299</sup> Sul problema, cfr. W. W. BUCKLAND, *Culpa and bona fides in the actio ex empto*, in «LQR», XLVIII, 1932, 217 ss. e, più di recente, un veloce esame in M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra dolus e bona fides nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Atti Milano, 1987), II, Milano, 1988, 129 ss. Cfr. anche FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio*, cit., 65 nt. 45.

<sup>300</sup> Paul. 32 *ad ed. D.* 17, 2, 3, 3: *societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo*. Il passo testimonierebbe per molti autori una opposizione *dolus-bona fides* (KRAMPE, *Proculi epistulae*, cit., 56 nt. 51; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, München, 1971, 488

dersi in assoluto che nella concezione della *bona fides* residui una qualche traccia dell'antitesi arcaica tra *fides* e *fraus*, e che la tendenza di quest'ultima nozione ad avvicinarsi al dolo abbia favorito la formulazione di una generica antitesi tra le due nozioni<sup>301</sup>, né che nella stessa direzione possa aver condotto la mancata individuazione di una netta cesura tra buona fede soggettiva e oggettiva<sup>302</sup>. Ma ciò non basta certo ad affermare una perfetta specularità tra le due nozioni: basti rilevare che nei *iudicia bonae fidei* non solo il *dolus*, ma anche il *metus* e i *pacta* ineriscono al giudizio senza essere espressamente menzionati<sup>303</sup>. In altri termini: se di sicuro il dolo comporta l'assenza di buona fede, la buona fede non si esaurisce nell'assenza di dolo<sup>304</sup>.

b) La seconda ragione è che la *bona fides* non sembra avere – nei testi che abbiamo sinora analizzato – un rapporto privilegiato con il dolo, e più in generale essa non sembra affatto operare come criterio di responsabilità<sup>305</sup>. La buona fede è piuttosto un parametro di con-

---

e nt. 41; C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in GAROFALO [a cura di], *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., I, 272), ma che non si tratti di una corrispondenza biunivoca era stato rilevato già da Fr. L. VON KELLER, *Ueber L. Seia 42 pr. De mor. ca. don. und über den Satz, daß die Exceptio doli - bonae fidei iudicium mache*, in «ZGR», XII, 1845, 401 nt. 2. Cfr. anche Diocl. et Max. C. 4, 44, 5 pr. (a. 293), dove si afferma che il *dolus* è *contrarius* alla *bona fides, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur*.

<sup>301</sup> Sul rapporto tra *fraus* e *dolus* cfr. *supra*, § 2.1.

<sup>302</sup> Su cui cfr. *supra*, § 1. Certo è che quest'influenza vi è stata sulla dottrina: cfr. ad es. PERNICE, *Labeo*<sup>2</sup>, cit., II.1, 171; ALEMAN MONTERREAL, *La incidencia de la bona fides*, cit., 144 ss.

<sup>303</sup> FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio*, cit., 65 ss.

<sup>304</sup> Si ha talora la sensazione che nella formazione della convinzione tra gli interpreti moderni abbia molto influito, sul piano psicologico, la contrapposizione tra *bona fides* e *dolus* operata da Cicerone nel *de officiis* – che, considerata la concisione del linguaggio dei *prudentes*, è forse l'unico testo che tratta in maniera diffusa del problema. Ma non bisogna dimenticare che nell'opera l'antitesi è strumentale alla riproposizione, sul piano del diritto romano, dell'opposizione filosofica tra il modello stoico del vivere secondo una gerarchia di *officia* conforme alla natura, proprio del *bonus vir*, e il modello epicureo del vivere sulla base di valori fondati sulla *fama*, che – non rispondendo alla realtà oggettiva delle cose, ma solo al sentire delle masse – rappresenta per Cicerone una falsificazione (cfr. FIORI, *Bonus vir*, cit., 26 ss. e 130 ss.). La costruzione ciceroniana non può dunque essere generalizzata.

<sup>305</sup> Così anche PERNICE, *Labeo*<sup>2</sup>, cit., II.1, 171.

dotta che individua doveri, spesso senza entrare nel merito dell'atteggiamento psicologico delle parti, ma semplicemente stabilendo che, quando un contraente sia *sciens*, ciò comporta l'obbligo di tener conto dell'interesse della controparte: accada ciò – nei diversi contratti – a titolo di dolo o di colpa (o custodia). L'espressione *bonam fidem praestare*, in particolare, non corrisponde, nelle fonti giuridiche<sup>306</sup>, mai a *dolum praestare*, ma sempre alla soggezione del debitore al regime di responsabilità previsto per il singolo contratto:

<sup>306</sup> Si parla di *fidem praestare* anche in Cic. *top.* 42: *si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator*. Come sostenuto in modo convincente da FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 206, l'espressione fa riferimento al fondamento della tutela giudiziale, e non al criterio di responsabilità da prendere in considerazione, che era invece individuato dai giuristi sulla base delle «caratteristiche dei singoli rapporti implicanti il *fidem praestare*»; il che, posto che da altre fonti ciceroniane risulta che nella *negotiorum gestio* (cfr. ancora FINAZZI, *op. ult. cit.*, 199 ss.) si rispondeva per *culpa*, fa rientrare anche questo criterio nel *fidem praestare* (cfr. anche A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, 210). Nell'esegesi di Quint. *inst.* 7, 4, 35 (*frequentissimae tamen hae sunt quaestiones, uter maiores causas habeat, iter plus industriae aut virium sit allaturus ad accusandum, uter id fide meliore factururus. tutelae praeterea: in quo iudicio solet quaeri an alia de re quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum. cui simile est male gestae procuratoris, quae in foro negotiorum gestorum: nam et mandati actio est*), il problema fondamentale è l'interpretazione di *consilium*: se lo si intende come sinonimo di *diligentia* e dunque come opposto alla *culpa* (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig, 1908, 327 nt. 7; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in «SDHI», LVI, 1990 = *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli, 2007, 127 nt. 5, seguito da FINAZZI, *op. ult. cit.*, 207, 209 e nt. 77, 245), si leggerà il passo nel senso che – nella tutela e nella *negotiorum gestio* – in giudizio si è soliti interrogarsi se il convenuto debba rispondere per dolo (opposto alla *fides*), colpa (opposta al *consilium*) o caso fortuito (*eventus*). Se invece, come mi sembra più corretto, si valorizza il *tantum* e si contrappongono alla *fides* il *consilium* e l'*eventus*, questi ultimi due termini potranno essere fatti rientrare in quel *periculum tutelae* che Betti individuava come «il rischio della gestione in quanto dipendente da un'apprezzamento del tutore» che «assume ... una responsabilità per l'esito non conforme agli interessi pupillari» (E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, 296; cfr. MAGANZANI, *La diligentia quam suis*, cit., 118 nt. 243). In questa prospettiva, potrà intendersi *consilium* nel senso più proprio di scelte discrezionali compiute dal tutore o dal gestore, che non sono necessariamente indice di negligenza in astratto (si pensi all'acquisto di fondi non di *bona condicio*, per il cui acquisto si risponde solo in caso di *lata neglegentia*, in Ulp. 35 *ad ed.* D. 26, 7, 7, 2), ma che possono diventarlo se valutate in concreto sulla base del parametro della *diligentia quam in suis*, che – proprio perché va-

b<sub>1</sub>) il primo testo, tratto dalle *Pauli sententiae*, non è per noi di grande aiuto, perché si limita ad affermare che *qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius pro quo intervenit praestare debet*<sup>307</sup>. Al di là di altre possibili ipotesi<sup>308</sup>, è da notare che l'espressione (*bona*) *fides et diligentia* costituisce nelle fonti letterarie e giuridiche un binomio lessicale tendenzialmente irreversibile<sup>309</sup>, ossia quasi un'espressione 'formularia'<sup>310</sup>, impiegata per indicare l'atteggiamento positivamente attento del soggetto che cura interessi altrui<sup>311</sup>, e

---

lutata in concreto – può essere più o meno stringente rispetto alla *diligentia patris familiae* (MAGANZANI, *op. cit.*, 136 ss.). Se si adotta questo punto di vista, potrà immaginarsi che il problema cui accenna Quintiliano fosse di capire di volta in volta se il tutore o il *gestor* rispondessero solo a titolo di dolo e colpa (intesa come *diligentia patris familiae*: cfr., per la tutela, Call. 4 *cogn.* D. 26, 7, 33 pr., su cui cfr. per tutti FINAZZI, *op. ult. cit.*, 300 ss.), ossia secondo il parametro normale di responsabilità nella tutela e nella *negotiorum gestio*, indicato con *fides*; oppure se egli fosse tenuto anche per un parametro più individuale di responsabilità, come la *diligentia quam in suis* (*consilium*; per una distinzione tra dolo, colpa e *diligentia quam in suis* nella tutela, cfr. Ulp. 36 *ad ed.* D. 27, 3, 1 pr., che non c'è alcun motivo di considerare interpolato, come ritengono VOCI, *op. ult. cit.*, 135 s. e FINAZZI, *op. ult. cit.*, 307 nt. 430 e 348, proprio perché la *diligentia quam in suis* può essere più ampia di quella *patris familiae* identificabile con la *culpa*; per la genuinità del frammento cfr. MAGANZANI, *op. cit.*, 118 s., con bibliografia) o ancora anche per il caso fortuito (*eventus*). Naturalmente questa ipotesi impone di ritenere che anche nella *negotiorum gestio* potessero a volte darsi – già in età classica, e non solo in età giustiniana, come attesta Inst. 3, 27, 1 – casi di *diligentia quam in suis*.

<sup>307</sup> Paul. sent. 1, 4, 1.

<sup>308</sup> Sul testo delle *Pauli sententiae* cfr. comunque *infra*, nt. 337.

<sup>309</sup> L'ordine è invertito solo in Cic. *Rosc. Am.* 121; Plin. *ep.* 2, 5, 3; Pomp. *ad Sab.* D. 40, 4, 8 e in Pomp. 7 *ad Plaut.* D. 40, 7, 21 pr. (in questi ultimi due passi l'inversione è evidentemente dovuta al fatto che è opportuno iniziare a discutere dall'avverbio *diligenter* contenuto nella condizione: si dice che il servo manomesso con la condizione sospensiva *si rationes diligenter tractasset*, deve operare con una *diligentia coniuncta bonae fidei* non solo nell'ordinare le *rationes*, ma anche nel restituire il *reliquum*). Sui binomi lessicali irreversibili cfr. Y. MALKIEL, *Studies in Irreversible Binomials*, in «Lingua», VIII, 1959, 113 ss. (ora, con revisioni, in ID., *Essays on Linguistic Themes*, Oxford, 1968, 311 ss. = *Studi sui binomi lessicali irreversibili*, in ID., *Linguistica generale, filologia romanza, etimologia*, Firenze 1970, 240 ss., qui cit.).

<sup>310</sup> Sul rapporto tra binomi irreversibili e formule (nelle quali l'irreversibilità è divenuta obbligatoria) cfr. ancora MALKIEL, *Studi sui binomi lessicali irreversibili*, cit., 243 s.

<sup>311</sup> Dunque potrebbe ritenersi, con F. CANCELLI, *Diligentia (diritto romano)*, in «ED», XII, Milano, 1964, 518 ss., che si tratti sostanzialmente di un'endiadi, ma i

pertanto è possibile che nel passo si sia avvertita – più che nel frammento di Proculo, dove l'aggiunta della *diligentia* è stilisticamente più marcata – la eco del binomio<sup>312</sup>;

b<sub>2</sub>) ancora in tema di *negotiorum gestio*, Paolo afferma, riportando un parere di Proculo e Pegaso<sup>313</sup>, che il *gestor*, il quale abbia gerito gli affari del *dominus* dapprima come *servus* e poi come *libertus*, deve *praestare bonam fidem*, ossia risponde della sua attività, nei limiti del peculio, come se fosse stato sin dall'inizio libero<sup>314</sup>: tutto ciò, senza

---

rapporti tra i binomi irreversibili possono essere di vario tipo: indicare un'identità, impiegare il secondo termine come rafforzativo del primo, esprimere una complementarietà, un'opposizione, una suddivisione, una consequenzialità (MALKIEL, *Studi sui binomi lessicali irreversibili*, cit., 252 ss.). Le fonti sono state raccolte da VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 79 e 82, e da FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 256. *Fides et diligentia* sono richieste al magistrato (Front. *aquaed.* 1, 1), al tutore (Cic. *Verr.* 2, 1, 51, 135; Gai. 1, 200; Inst. 1, 24 pr.) e al protutore (Pomp. 16 *ad Q. Muc.* D. 27, 5, 4), al difensore in giudizio (Cic. *Verr.* 1, 12, 34; 2, 1, 7, 19; *Caec.* 5) all'amico (Cic. *Rosc. Am.* 121; *Cluent.* 118; Quint. *inst. or. pr.* 3; Plin. *ep.* 2, 5, 3); al *procurator* di diritto pubblico (Call. 3 *iur. fisc.* D. 49, 14, 3, 5); all'amministratore della cosa pubblica (Valent. et Val. CTh. 12, 1, 75). Si noti, in particolare, che in Pomp. 16 *ad Q. Muc.* D. 27, 5, 4 (*qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestet, quam tutor praestaret*) non può affermarsi che la *fides* si riferisce al dolo e la *diligentia* alla colpa (come parrebbe sostenere FINAZZI, *op. ult. cit.*, 248 nt. 222) perché, posto che anche il *negotiorum gestor* risponde sia per dolo che per colpa, non avrebbe avuto senso affermare che egli deve rispondere per dolo e colpa come il tutore.

<sup>312</sup> Il che potrebbe anche indurre a sospettare che la qualificazione della *fides* come *bona* non sia riconducibile a Paolo: V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1933, 211; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, 178.

<sup>313</sup> Paul. 19 *ad ed.* D. 3, 5, 17 (18): *Proculus* (fr. 53 LENEL) *et Pegasus* (fr. 4 LENEL) *bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id servari potest. idem Neratius* (fr. 107 LENEL).

<sup>314</sup> Così, esattamente CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 401 ss. e FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 54 ss., con bibliografia; la dottrina di Proculo era in contrasto con la posizione sabiniana espressa in Ulp. 35 *ad ed.* D. 3, 5, 16 (17), Paul. 2 *ad Ner.* D. 3, 5, 18 (19), 1 e Pap. 11 *quaest.* 26, 7, 37, 1, in quanto per i Sabiniani lo schiavo manomesso non era in generale tenuto per le attività realizzate in servitù, ma solo se vi è continuità tra l'attività posta in essere prima e dopo la liberazione (sul problema G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, 224 ss.). Non coglie il senso del frammento A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. I. Struttura, origini, azioni*, Torino 1997,

che sia in alcun modo precisato un regime di responsabilità specifico<sup>315</sup>, che non sia quello proprio della *negotiorum gestio*, già in quest'epoca riconducibile, per l'azione civile, a dolo e colpa<sup>316</sup>;

*b*<sub>3</sub>) in un passo di Ulpiano<sup>317</sup>, si richiama in generale il *bonam fidem praestare* dell'erede del socio, senza che sia precisato se si tratti di responsabilità per gli atti compiuti dall'erede stesso (per cui egli rispondeva per dolo<sup>318</sup>) o dal socio defunto (per cui si valutava la condanna dell'erede sulla base del dolo e della colpa del defunto<sup>319</sup>): il che induce a pensare che si faccia riferimento alla seconda e più ampia ipotesi<sup>320</sup>;

*b*<sub>4</sub>) in tema di mandato, Paolo<sup>321</sup> fa il caso di un garante che acquista dal creditore la *res pignoris iure obligata*, probabilmente versando come prezzo l'ammontare del debito<sup>322</sup>: il giurista afferma che

---

183, per il quale il dovere di *praestare bonam fidem* si riferirebbe all'operato dello (ex-)schiavo successivamente alla liberazione: con il che la precisazione di Proculo sarebbe del tutto superflua.

<sup>315</sup> Così, giustamente, FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 246 ss. Per CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 404, la *bona fides* nel passo costituirebbe invece un criterio di responsabilità che supera i limiti del dolo; lo stesso FINAZZI, *loc. cit.*, afferma che, se proprio si volessero rinvenire nel testo elementi per precisare ulteriormente i criteri di responsabilità, bisognerebbe concludere che i giuristi alludevano al dolo: sia per una tendenziale contrapposizione tra *dolus* e *bona fides* (che però, come abbiamo visto, non è sostenibile); sia perché, nella fattispecie, l'unico criterio di responsabilità rilevante poteva essere il dolo, per omessa scritturazione del debito (ma nel passo non si fa minimamente riferimento a una omessa scritturazione del debito, cosicché la responsabilità del *servus* potrebbe riguardare qualunque comportamento gestorio causa di responsabilità); sia perché Proculo in D. 18, 1, 68 pr. giustappone *bona fides* e *diligentia*, che dunque devono essere concetti separati e identificati con *dolus* e *culpa* (ma, come vedremo tra breve, neanche questa affermazione è condivisibile).

<sup>316</sup> FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 197 ss.

<sup>317</sup> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 35: *nemo potest societatem herede suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.*

<sup>318</sup> Pomp. 17 *ad Sab.* D. 17, 2, 40.

<sup>319</sup> Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 36; Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 2, 65, 9.

<sup>320</sup> Così, a mio avviso esattamente, SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., 381 ss.

<sup>321</sup> Paul. 4 *resp.* D. 17, 1, 59, 1: *Paulus respondit fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.*

<sup>322</sup> Così TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 215 s. nt. 605.

egli è tenuto a restituire all'erede la *res* con i frutti, qualora quest'ultimo paghi l'intero debito, e conclude che occorre infatti *praestare bonam fidem* nell'intero<sup>323</sup> contratto. Qui, evidentemente, il *bonam fidem praestare* indica un dovere di comportamento che comprende non solo gli obblighi principali del mandato, ma anche quelli accessori: e sappiamo da altri luoghi che in simili ipotesi si rispondeva non solo per dolo, ma anche per colpa<sup>324</sup>;

b<sub>5</sub>) ancora in tema di mandato, Ulpiano<sup>325</sup> fa riferimento all'assoggettamento al *bonam fidem praestare* di un *procurator* che abbia acquistato un fondo, affermando che occorre applicare la medesima soluzione del caso in cui sia stato acquistato e non consegnato un *servus*, e cioè prevedere una responsabilità del *procurator* per dolo o *culpa lata*<sup>326</sup>, ma senza andare oltre questa: *nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat*.

È per noi particolarmente interessante il confronto tra i due ultimi testi in materia di mandato, perché mostra chiaramente – come abbiamo già anticipato – che l'espressione *bonam fidem praestare* non fa riferimento a un regime di responsabilità specifico, ma al regime di responsabilità che *ex fide bona* grava sulle parti nella logica del singolo rapporto. Nel mandato, la responsabilità è essenzialmente ricon-

<sup>323</sup> Sul valore di *omnis* cfr. ancora TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 216 nt. 607.

<sup>324</sup> Cfr. Pap. 3 *resp.* D. 20, 1, 2: *fideiussor, qui pignora vel hypothecae suscepit atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest*. Sul passo, cfr. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 102 nt. 75. Il fatto che in Sev. et Ant. C. 2, 20, 1 (a. 203), in una identica fattispecie, si conceda l'*actio de dolo*, non è di ostacolo a quanto sostenuto in testo: la cancelleria imperiale, evidentemente, riteneva – a differenza di Papiniano e Paolo: un caso probabile di *ius controversum* (TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 217) – che il comportamento del fideiussore eccedesse i limiti del mandato; pertanto, in assenza di un'azione contrattuale, concedeva l'*actio de dolo* che, naturalmente, limita la responsabilità al solo dolo. Non dobbiamo però sovrapporre la prospettiva 'sostanzialistica' moderna su quella 'rimediale' romana: tutto ciò non implica che la responsabilità del fideiussore in una simile fattispecie fosse in assoluto limitata al dolo, ma solo che lo strumento processuale riconosciuto all'attore poteva imporgli di provare il dolo (*actio de dolo*) o limitarsi a provare la colpa (*actio mandati*).

<sup>325</sup> Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 1, 10 pr.: *idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat*.

<sup>326</sup> Cfr. il passaggio immediatamente precedente in Ulp. 32 *ad ed.* D. 17, 1, 8, 10.

ducibile al dolo, cui come abbiamo visto può essere affiancata la *culpa lata*, ma a volte – in determinati contesti – può estendersi alla colpa<sup>327</sup>. L'una e l'altra situazione vengono descritti come *bonam fidem praestare*, ma nel brano *sub b<sub>3</sub>*) l'espressione indica il regime 'normale' del tipo: ogni responsabilità si muove nell'alveo dell'*oportere ex fide bona*, ma quando si dice che non si risponde oltre la *bona fides* si intende affermare che non si risponde se non per i criteri di responsabilità che in quel dato momento storico la giurisprudenza giudica propri del tipo contrattuale.

In conclusione, *bonam fidem praestare* non è un sinonimo di *dolum praestare* ma indica l'essere assoggettati al regime dei *bonae fidei iudicia* e, nello specifico, al regime tipico di ciascuno di essi: è questo un altro caso in cui la dottrina moderna, condizionata dalla dogma-

---

<sup>327</sup> La valutazione degli studiosi sulla responsabilità nel mandato si lega naturalmente alle vicende complessive dei criteri di responsabilità, e sulla graduale ammissione, in dottrina, di una responsabilità per colpa nel diritto classico, ma mi sembra che vi sia oggi accordo sulla ricostruzione sintetizzata in testo: cfr. ad es. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I<sup>2</sup>, 579; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 606; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 426 ss. Nella letteratura specifica, cfr. da ultimo S. RANDAZZO, *Mandare. radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 246 ss. Pensavano a una responsabilità limitata al dolo, ipotizzando interpolazioni dei riferimenti alla *culpa*: B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *Studi S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, 397 ss.; E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Rechts*, in «ZSS», LIX, 1939, 432 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 188 ss.; W. LITEWSKI, *La responsabilité du mandataire*, in «Index» 12 (1983-84) 106 ss. Legge invece i riferimenti alla *culpa* come da intendere nel senso della mera imputabilità W. M. GORDON, *The Liability of the Mandatary*, in *Synteieia V. Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 202 ss. Il problema della terminologia è presente anche in G. MACCORMACK, *The Liability of the Mandatary*, in «La-beo», XVIII, 1972, 156 ss., per il quale è possibile che ipotesi di *dolus* vengano chiamate *culpa* e viceversa, perché si tratta comunque di casi di colpa grave vicina al dolo. Al contrario, WATSON, *Contract of Mandate*, cit., 195 ss. ha suggerito di immaginare un criterio variabile in relazione alla posizione delle parti, ma la sua lettura naturalmente trova un ostacolo in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50, 17, 23, che l'a. è costretto a ritenere interpolato o riferito al massimo grado di responsabilità. Isolata la posizione di MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., I, 327 nt. 1, e H. TAPANI KLAMI, *Teneor mandati*, Turku 1976, 10 ss., che ammettono una piena responsabilità per *culpa* già in età classica (cfr. per tutti, *contra*, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 192 e WATSON, *op. ult. cit.*, 197 s.).

tica attuale, ha reinterpretato il verbo *praestare* nel senso della ‘responsabilità’<sup>328</sup>.

Ricapitoliamo. Se *bonam fidem praestare* significasse *dolum praestare*, e *diligentiam praestare* valesse per *culpam praestare*, Proculo avrebbe detto un’ovvietà assodata da tempo, e cioè che nella compravendita si risponde per dolo e colpa. L’ovvietà potrebbe peraltro anche essere ingannevole perché, riferendosi a un caso specifico, potrebbe far ritenere che nella normalità dei casi si risponda solo per dolo. Ma *bonam fidem praestare* significa in realtà ‘rispondere come previsto dal tipo negoziale’: e allora l’opposizione sembra divenire addirittura errata, perché – posto che nella compravendita si risponde ‘tipicamente’ per dolo e colpa – non avrebbe senso l’opposizione con la *diligentia*: dovremmo pensare a un pleonasma<sup>329</sup>.

Viene il dubbio che, finché si continuerà a ragionare all’interno dell’*emptio venditio*, l’affermazione di Proculo resterà sempre incomprensibile. Occorre allora riflettere sulla logica della *lex contractus* per comprendere se essa non abbia determinato un assetto di interessi più complesso della semplice compravendita.

Benché inserita in una *emptio venditio*, la *lex contractus* individua un obbligo estraneo ai normali doveri del venditore, che può invece ricordare altre figure negoziali: non il deposito, perché l’obbligo del venditore non è solo di custodire il denaro e darlo all’*emptor*, ma anche di riscuoterlo<sup>330</sup>; non la *negotiorum gestio*, perché alla base del

<sup>328</sup> Il merito di aver individuato questa autoproiezione è di CARDILLI, *L’obbligazione di ‘praestare’*, cit., 1 ss. D’altronde è facile immaginare quanto l’ipotizzata ambiguità di significato dell’espressione *bona fides* avrebbe potuto determinare conseguenze gravi sul piano pratico, perché al momento in cui si chiedeva al giudice di giudicare ciò che fosse dovuto *ex fide bona*, sarebbe stato difficile evitare che la richiesta fosse letta nel senso di condannare a ciò che è dovuto a titolo di dolo: né si potrebbe sostenere in modo realistico che proprio a chiarire questa ambiguità mirasse la precisazione di Proculo, perché il problema si sarebbe posto in ogni contratto in cui la responsabilità del debitore fosse stata estesa alla *culpa*.

<sup>329</sup> Come è stato fatto rispetto a Gai. 1, 200; Pomp. 16 *ad Q. Muc. D.* 2, 5, 4; Paul. sent. 1, 4, 1: cfr. H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung*, in «ZSS», LXV, 1947, 186 (cfr. 171); ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*<sup>2</sup>, cit., 57 e 211.

<sup>330</sup> Utilizzo l’obiezione di CARDILLI, *L’obbligazione di ‘praestare’*, cit., 410 nt. 35 alla proposta di VERSTEGEN, *Qui fundum locavit*, cit., 493, di vedervi «une variante de la *custodia*».

dovere vi è un accordo e un incarico<sup>331</sup>. Sembrerebbe che la figura più vicina sia il mandato<sup>332</sup>.

Come si è detto, il regime tipico della responsabilità nel mandato, il *bonam fidem praestare*, coincide con il dolo o al più con la *culpa lata* – equiparazione che tuttavia, almeno nel deposito, Proculo escludeva<sup>333</sup> – essenzialmente per il fatto che in esso l'*utilitas* è normalmente del mandante. Anche nel rapporto descritto da Proculo sembrerebbe a prima vista che l'*utilitas* sia tutta dell'*emptor*: dunque, nel microcosmo della *lex contractus*, il venditore dovrebbe a rigore rispondere solo per dolo. Ma il rapporto negoziale è chiaramente più complesso: se l'*emptor* tollera che la *res* resti nella disponibilità di un terzo – essendosi verisimilmente vincolato a rispettare la locazione<sup>334</sup> – è solo ed esclusivamente perché la *merces* gli viene trasferita dal venditore<sup>335</sup>; e se il venditore accetta un simile incarico è perché intende ottenere il prezzo e al contempo evitare che il conduttore agisca contro di lui con l'*actio conducti*<sup>336</sup>. Dunque vi è un interesse da entrambe le parti, e l'elemento della sinallagmaticità, proprio della compravendita, permea anche il rapporto accessorio.

In una simile situazione, Proculo non può tollerare che si valuti la responsabilità del venditore nella *lex contractus* come se fosse un semplice mandato, ossia escludendo una rilevanza della *culpa*. Egli allora scrive che, nel valutare l'esecuzione del dovere del venditore non bisogna guardare solo al *bonam fidem praestare* (del mandato) ma occorre tener conto anche del dovere di *diligentia*, in armonia con il regime della compravendita<sup>337</sup>. L'incarico conferito nella *lex contractus*

<sup>331</sup> Il raccordo con la *negotiorum gestio* è di VERSTEGEN, *Qui fundum locavit*, cit., 494, su cui FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 253.

<sup>332</sup> Cfr. anche PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung*, cit., 217, che rileva che il venditore deve comportarsi come un mandatario.

<sup>333</sup> Proc. fr. 88 LENEL = Cels. 9 *dig.* D. 16, 3, 32, su cui cfr. per tutti MAGANZANI, *La diligentia quam suis*, cit., 111 ss.

<sup>334</sup> Sulla base dello schema negoziale testimoniato da Alex. C. 4, 65, 9 (a. 234).

<sup>335</sup> Così anche CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 408.

<sup>336</sup> Cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.* 19, 2, 25, 1.

<sup>337</sup> Penserei a un'analogia preoccupazione in Cels. 8 *dig.* fr. 78 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 16 (riportato *supra*, nt. 297). D'altronde, a una esigenza di differenziazione dal mandato potrebbe riferirsi anche Paul. sent. 1, 4, 1 (riportato *supra*,

viene così reinserito nella dinamica complessiva, e sinallagmatica, del negozio.

A questo punto la frase *id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa* assume – mi sembra – un significato nuovo. Essa non indica una antitesi ‘assoluta’ tra *bonam fidem praestare* e *dolum malum praestare*, nel senso che la buona fede si esaurisce nel dolo, ma solo che nella fattispecie considerata al normale contenuto dell’*oportere ex fide bona* nel mandato, limitato al dolo, occorre aggiungere anche il regime della *culpa*, perché l’*utilitas* è di entrambe le parti. La frase potrebbe essere sia una ulteriore spiegazione di Proculo, sia una glossa esplicativa di un giurista posteriore che comunque non tradirebbe il pensiero del giurista del I secolo.

Così inteso, il testo diviene utile per comprendere un’importante caratteristica della buona fede, e cioè il suo stretto legame con il tipo contrattuale. L’*oportere ex fide bona* non si lega *a priori* con nessun criterio di responsabilità, ma si atteggia diversamente in ciascun contratto, in aderenza alla struttura del negozio. La buona fede non è dunque assenza di dolo, ma è il criterio che regola (anche) la responsabilità in relazione alla razionalità economica del contratto.

Se l’espressione *bonam fidem praestare* deve essere così spiegata, è impossibile non rilevare che la fattispecie individua in capo al venditore un dovere accessorio di protezione, e cioè l’impegno a ottenere la *merces* locativa per conto dell’acquirente. E tenuto conto di quanto detto rispetto al passo di Sabino, potrebbe ritenersi che il richiamo della *bona fides* non si limiti a un indiretto rinvio ai criteri di responsabilità del tipo contrattuale, ma intenda far riferimento anche al criterio su cui vengono normalmente valutati i doveri accessori. Occorre però ulteriormente notare che nel responso di Proculo i doveri accessori non erano – come invece in Sabino – impliciti nel rapporto, bensì fissati in una *lex contractus*. È questo un caso – e nel prosieguo

---

*sub b<sub>1</sub>*), allorché fissa, quali parametri di responsabilità della *negotiorum gestio*, sia la *bona fides* sia la *diligentia*, con una formulazione che parrebbe costituire la giustificazione e la differenza specifica della *negotiorum gestio* (evidentemente rispetto al mandato), e cioè che il *gestor* interviene spontaneamente negli affari altrui.

dell'indagine ne troveremo altri – da cui possiamo desumere che la *bona fides*, pur non identificandosi unicamente con il dovere di eseguire l'accordo espresso, esprime il dovere di portare a compimento il programma contrattuale fissato dalle parti, non solo nei suoi risvolti impliciti, ma anche rispetto alle dichiarazioni espresse.

8.2. *Buona fede e correzione giudiziale.* – Il secondo frammento di Proculo di cui conviene occuparci si inserisce in una nota catena di testi inframezzati da frammenti di Paolo, ed è costituito dal brano di un' *epistula* in cui egli risponde alla domanda postagli, verisimilmente, da un allievo<sup>338</sup>:

Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76: *societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constitueret, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat.*

Paul. 4 *quaest.* D. 17, 2, 77: *(veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat):*

Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 78: *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

Paul. 4 *quaest.* D. 17, 2, 79: *unde si Nervae arbitrium ita primum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*

Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 80: *quid enim si Nerva constitueret, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex*

<sup>338</sup> Con specifico riferimento al passo cfr. F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi G. Grosso*, III, Torino, 1970, 506. In generale, sul problema dell'ispirazione dell'opera, cfr. B. ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, Berlin, 1978.

*aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.*

Il caso proposto a Proculo è il seguente.

Immaginiamo che il maestro (*Ego*) e l'allievo (*Tu*) abbiano posto in essere una *societas* con la condizione che le *partes societatis* siano stabilite dal comune amico Nerva – verisimilmente il giurista della scuola proculeiana, forse assunto come modello di *bonus vir*<sup>339</sup> – e questi abbia determinato le parti nella misura di 1/3 e 2/3. L'allievo chiede al maestro se una simile determinazione sia conforme al *ius societatis*, oppure se – nonostante l'*arbitrium* del terzo – le *partes* debbano intendersi eguali (*aequae*).

Proculo risponde che la *quaestio* è mal posta. Sarebbe stato meglio se fosse stato chiesto cosa abbiano domandato le parti all'*arbiter*: se cioè gli abbiano rimesso una valutazione insindacabile<sup>340</sup>, come si fa quando si istituisce un *arbiter ex compromisso*; oppure una valuta-

<sup>339</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 112 nt. 1.

<sup>340</sup> L'insindacabilità del cd. *arbitrium merum* è espressamente affermata da Proculo. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 533 ss. può pensare a una possibilità di impugnare la determinazione anche di questo arbitro solo a due condizioni, entrambe errate: (a) individuando la sua peculiarità nell'essere una persona 'nominata' dalle parti, e non indicata genericamente come *bonus vir*: ma lo stesso Proculo (§ 76) nota che l'*arbitrium boni viri* può aversi anche se l'*arbiter* sia indicato *nominatim*; (b) intendendo la distinzione *aequum/iniquum* del § 76 come riferita a un «arbitraggio o valutazione effettuati alla stregua dei criteri correnti e, rispettivamente, alla stregua di criteri con essi non collimanti» (in sostanza, mentre l'*arbitrium bonae fidei* dovrebbe sempre essere effettuato valutando i conferimenti e le rispettive quote secondo i 'criteri correnti' – che non è ben chiaro quali siano –, l'*arbitrium merum* potrebbe essere effettuato sia secondo criteri correnti, sia secondo 'criteri personali' dell'arbitro). Nel caso di *arbitrium merum* 'aequum' – se ho ben compreso il pensiero dell'a. – si sarebbe potuto dare una valutazione giudiziale dello stesso: ma al di là del fatto che Proculo parla in entrambi i casi di *parere debere*, non si comprende come potesse distinguersi, in concreto, tra l'una e l'altra ipotesi, e decidere se la determinazione potesse essere o meno impugnata. In realtà Gallo, proponendo di distinguere tra un arbitrato del *bonus vir* e uno di persona determinata, e poi di dividere quest'ultimo ulteriormente in *aequum* e *iniquum*, non fa altro che collocare diversamente, con conseguente errate, le figure che risultano chiaramente dalle fonti romane: *arbitrium boni viri*, sia la persona nominata o meno, sempre impugnabile; *arbitrium merum*, nel quale la persona è sempre nominata, non impugnabile.

zione che assume come parametro la figura del *bonus vir* – come accade, aggiungono i compilatori inserendo un frammento di Paolo, quando in una *locatio conductio* si stabilisce che l'*opus* sia realizzato *arbitrio locatoris*. Nel caso proposto, prosegue Proculo, si deve ritenere più appropriata l'applicazione del criterio del *bonus vir*, tanto più (*eo magis*) che il *iudicium pro socio* è di buona fede; per cui – aggiunge Paolo – se l'*arbitrium* di Nerva è stato tanto sbagliato da essere manifestamente iniquo, è possibile correggerlo attraverso il *iudicium bonae fidei*. D'altronde, conclude Proculo, cosa si sarebbe detto se Nerva avesse assegnato a una parte 1/1000 e il resto all'altra parte<sup>341</sup>? Anche questa determinazione può essere corretta, e non c'è alcun bisogno di pensare a sostituirla con la regola dell'eguaglianza delle parti, nel caso in cui una parte abbia conferito nella società una percentuale maggiore di attività, di prestigio personale<sup>342</sup> o di capitale.

Per comprendere il senso della discussione occorre innanzitutto chiarire che la menzione, nel passo, delle *partes societatis*, deve essere inteso – non specificandosi se si tratti di *partes lucri* o *damni* – come

---

<sup>341</sup> Mi sembra debba seguirsi la correzione di *ex duo millesimis partibus* in *ex undemille millesimis partibus* proposta, oltre che nell'edizione del MOMMSEN [-KRUEGER] (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti*, cit., I, 511, fra gli altri anche da ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 113 nt. 3; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino, 1966, 99; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, 76; M. TALAMANCA, *Società [diritto romano]*, in «ED», XLII, Milano, 1990, 838 nt. 263), che è l'unica a dare senso al passo, perché è chiaro che Proculo vuole esprimere una situazione estrema, che non sarebbe certo individuabile nell'attribuzione a una parte di 1/1000 e all'altra di 2/1000 (e ciò, a prescindere dal fatto che non si saprebbe che fine fa il resto): non mi convincono, al riguardo, le osservazioni di GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 492, se non rispetto al fatto che, se si giudica assurda l'enunciazione, è difficile pensare a una consapevole modifica di un glossatore postclassico o dei compilatori, che in effetti si dovrebbe immaginare privi di capacità logica; a mio avviso è preferibile pensare a un errore di copiatura.

<sup>342</sup> Sul valore di *gratia* nel passo cfr. KRAMPE, *Proculi epistulae*, cit., 36; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997, 63 nt. 65 e 152 nt. 122, e soprattutto ID., *Il credito 'personale' del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 395 ss.

riferito alle complessive quote di partecipazione alla società al netto dei costi, ossia alle attribuzioni sia degli utili che delle perdite, evidentemente previsti (utili e perdite) in parti eguali<sup>343</sup>: peraltro, se anche fossero state individuate solo le quote di partecipazione agli utili, si presumeva che le corrispondenti quote di danno fossero eguali, e viceversa<sup>344</sup>.

In un passo di Ulpiano troviamo le regole che sovrintendevano a tale determinazione:

a) qualora le parti non avessero esplicitato le *partes societatis*, queste si sarebbero presunte eguali, evidentemente in considerazione della tendenza a operare conferimenti paritari<sup>345</sup>: quand'anche vi fosse stata una differenza di patrimonio tra i soci, il socio più povero avrebbe supplito con una quantità di *opera* proporzionale al capitale conferito dall'altro;

b) era però possibile, per le parti, sia di operare differenti conferimenti, di capitale o di opera, sia conseguentemente di individuare quote differenziate, ma in ogni caso vi doveva essere proporzionalità tra conferimenti e partecipazione agli utili e alle perdite: Ulpiano la pone addirittura come condizione (*si modo*) del patto di diversa ripartizione delle quote<sup>346</sup>.

<sup>343</sup> Cfr. *infra*, nt. 349.

<sup>344</sup> Gai. 3, 150: ... *si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt*; Inst. 3, 52, 1: *et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad aliam tertia*.

<sup>345</sup> Mi sembra questa la spiegazione più sensata della regola antica; la spiegazione della dottrina intermedia che intendeva *aequae partes* come parti proporzionali ai conferimenti (su cui GUARINO, *La società*, cit., 73 s.) è in contraddizione con la prosecuzione del brano, perché se le parti fossero proporzionali anche in caso di silenzio non si comprenderebbe l'utilità dell'accordo.

<sup>346</sup> Cfr. Ulp. 30 *ad Sab. D.* 17, 2, 29 pr.: *si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa*; Ulp. 31 *ad ed. D.* 17, 2, 5, 1: *societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest*; Pomp. 9 *ad Sab. D.* 17, 2, 6: ... *ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae in-*

A ben vedere, la stessa *magna quaestio* tra Q. Mucio e Servio circa la diversa questione della attribuibilità in capo ai soci di quote di utili e perdite differenti tra loro – nel senso cioè che un socio partecipasse agli utili in una percentuale e alle perdite in un'altra – si legava all'esigenza di una proporzionalità tra quote e conferimenti<sup>347</sup>. Mentre infatti Mucio sosteneva genericamente che le *partes lucri* e *damni* dovessero essere tra loro eguali<sup>348</sup>, Servio rilevava – con maggiore accuratezza, ma essendo vincolato dai limiti della lingua latina, che rende con *lucrum* sia i ricavi sia gli utili, e con *damnum* sia i costi sia le perdite<sup>349</sup> – che se è vero che in assoluto non può darsi una *societas*

---

*dustriae pecuniae in societatem collaturus sit*. Su D. 17, 2, 29 pr. sono stati avanzati dubbi di genuinità: in alcuni casi ravvisando una contraddittorietà nel principio dell'eguaglianza delle quote in caso di silenzio – che prescinde dall'eguaglianza dei conferimenti – e il vincolo costituito dai conferimenti per la divisione delle quote in parti diseguali (GUARINO, *La società*, cit., 73: ma cfr. *supra*, nt. 345); in altri rilevando l'impossibilità di una valutazione comparativa tra *damnum* e *opera* (ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 108 s.), non tenendo conto del fatto che in questo caso nel passo *damnum* ha il significato di 'costo' e non di 'perdita', e che l'*opera* era quantificata dai romani in una giornata lavorativa (cfr. per tutti Paul. *de var. lect.* D. 38, 1, 1 e W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart 1986, 265 ss.), il che rendeva agevole l'operazione del giudice. Per ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 106 ss., anche l'ultima parte sarebbe insiticia, frutto dell'intervento postclassico di «uno studioso fanatico delle nuove idee moraleggianti circa l'equivalenza delle prestazioni corrispettive», ossia della teoria del *iustum pretium*. Ma come vedremo tra breve la regola sembra coerente con tutto il sistema risultante dai testi.

<sup>347</sup> È a mio avviso l'incomprensione della *magna quaestio* tra Q. Mucio e Servio che ha indotto alcuni autori (A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in «BIDR», XLII, 1934, 173 ss.) a ritenere che vi sia contrasto tra questa – nella quale la diseguaglianza tra quote di utili e di perdite non sarebbe condizionata – e la regola posta da D. 17, 2, 29 pr. della necessaria corrispondenza tra conferimenti e quote.

<sup>348</sup> Pensare, come fanno K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III<sup>7</sup>, Marburg-Leipzig, 1876, 471 s., e HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 162, che la critica di Servio a Q. Mucio si appuntasse sul fatto che il giurista più antico avrebbe parlato di una concorrenza di eguali utili 'e' perdite, mentre è chiaro che nel conto finale possono aversi solo utili 'o' perdite, significa banalizzare il valore della discussione. Una critica di Horak in SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 45 nt. 32.

<sup>349</sup> Emblematico in tal senso è Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed po-*

in cui gli utili e le perdite sono assegnati in modo diverso tra i soci, tuttavia nel caso in cui un socio avesse conferito la propria *opera*, questi avrebbe sopportato meno costi patrimoniali (*damnum*) ma non per questo non avrebbe dovuto partecipare agli utili (*lucrum*) in modo conforme al proprio conferimento, considerando che *saepe opera alicuius pro pecunia valet*<sup>350</sup>. La differente assegnazione di lu-

*test coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.* Come si vede, nel passo una volta *lucrum* indica gli utili e *damnum* i costi (*neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto*) e una volta *lucrum* indica i ricavi e *damnum* le perdite (*neque damnum nisi omni lucro deducto*). Considerato il tenore del passo, non mi sembra si possa affermare, con M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA - A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*. III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, 27 s., che non vi sia «una sola attestazione ... nel senso che ... nelle 'società ... di lucro' la *partes lucri et damni* andassero applicate al saldo netto, attivo o passivo, calcolato portando al passivo il valore dei conferimenti in capitale e, come taluno vuole, a partire da Servio anche di quelli in *operae*», e in particolare che «non vi siano passi in cui – a prescindere dalle pattuizioni espresse dalle parti – si riesca ad individuare chiaramente il modo in cui i *prudentes* ritenessero che, di regola, andasse delimitato il saldo netto, attivo o passivo, della gestione sociale». D'altronde, anche in ordine alle *societates omnium bonorum*, rispetto alle quali per Talamanca sarebbe pacifico che «le *partes lucri et damni* non possono funzionare che come quote di partecipazione al patrimonio comune, il quale viene diviso in funzione delle stesse, senza tener conto del valore dei beni conferiti», l'a. cita B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II<sup>9</sup>, Frankfurt am Main, 1906, 783 nt. 14, il quale tuttavia fonda questo convincimento su D. 17, 2, 29 pr. (*ibid.*, 782 nt. 13), che come abbiamo visto afferma semplicemente che se non vi sono determinazioni delle *partes*, queste si presumono eguali (a prescindere dai conferimenti: ma cfr. *infra*). D'altronde, proprio perché «non risulta – nelle nostre fonti – che i *prudentes* impostassero in modo differenziato rispetto al tipo di società il problema della determinazione del saldo netto, attivo o passivo, della gestione sociale», è verisimile che il medesimo meccanismo fosse impiegato sia nella *societas omnium bonorum* che in quella *unius negotiationis* (TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, cit., 28, utilizza lo stesso ragionamento in senso opposto). Cfr., anche TALAMANCA, *Società*, cit., 836.

<sup>350</sup> Gai. 3, 149: *magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius <contra naturam societatis esse censuit. sed Servius Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen*

*crum* e *damnum*, per Servio, non comporta insomma una disparità tra utili e perdite, ma tra utili e costi patrimoniali<sup>351</sup>, e sulla stessa linea si ponevano Cassio e Sabino, i quali avrebbero aggiunto – o forse solo chiarito – che ciò naturalmente implicava che tra il costo sopportato dal socio d'opera (ossia la stessa *opera*) e il costo sopportato dal socio di capitale (*damnum*) vi fosse corrispondenza<sup>352</sup>.

---

*lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.* Cfr. anche Inst. 2, 25, 2 (la ricostruzione di Gai. 3, 149 sulla base di Inst. 3, 25, 2 è ormai generalmente accolta: cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 99 s.; TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, cit., 329 nt. 93; ID., *Società*, cit., 835 nt. 238; SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 38 nt. 18; per la classicità dell'espressione *natura societatis* cfr. per tutti HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 161).

<sup>351</sup> Concordo dunque, in linea di massima, con la soluzione di F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 251 ss., spec. 361 ss.; ID., *Rationes decidendi*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, 346 s. (seguito anche da F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, 26 ss.), ma credo che la soluzione serviana passi anche per l'esigenza di chiarire l'ambiguità semantica dei termini *lucrum* e *damnum* (il problema è percepito, rispetto a Ulp. 31 *ad ed. D.* 17, 2, 72, 7, anche da TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, cit., 336 nt. 129, sulla cui posizione cfr. però *supra*, nt. 349). Come si vede, contrariamente a quanto generalmente ritenuto in dottrina (BONA, *op. ult. cit.*, 34; A. WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965, 142; SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 41), mi sembra necessario valorizzare il passo di Paolo (il cui contenuto è ripetuto anche dalle Istituzioni giustiniane in fine), che appare molto più accurato di Gai. 3, 149 e di Inst. 3, 25, 2 nel riportare il contenuto delle opere (oltre che il luogo delle opere dei giuristi da cui trae le notizie), il che potrebbe anche derivare dal fatto che egli aveva dinanzi agli occhi i testi dei giuristi repubblicani, mentre Gaio potrebbe aver attinto da Sabino (come ipotizza WATSON, *op. ult. cit.*, 141).

<sup>352</sup> Ulp. 30 *ad Sab. D.* 17, 2, 29, 1: *ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.* Il *si tanti sit opera, quanti damnum est* di Sabino si armonizza con il *si modo opera eius tam pretiosa* di Gai. 3, 149 (oltre che con il *si modo aliquid plus contulit societati* di Ulp. 30 *ad Sab. D.* 17, 2, 29 pr., benché questo si riferisca al diverso accordo sulla diversità delle quote compressive) come condizione (HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 159) della validità del patto, da valutarsi in entrambi i casi da parte del *iudex* (per BONA, *Studi sulla società consensuale*, cit., 32 s. il primo indicherebbe il momento della valutazione del giudice, il secondo quella delle parti, che però non rileva in sé, ma in quanto accettata dal giudice), ma non è sostanzialmente in contrasto con il *quia* delle Istituzioni giustiniane (così anche BONA, *op. ult. cit.*, 31 e SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 39 e nt. 20), cosicché non è necessario né dubitare del testo gaiano né di quello ulpiano, come voleva ARANGIO-

La determinazione delle *partes societatis*, proprio perché doveva tener conto dei conferimenti, importava una valutazione economica degli stessi, e poteva essere compiuta di comune accordo dagli stessi contraenti<sup>353</sup>, oppure da una sola parte<sup>354</sup>, o ancora da un terzo, come nel passo di Proculo. La soluzione, tuttavia, potrebbe esser stata più contrastata di quanto appare dai testi a noi pervenuti. Nello stesso periodo, infatti, Proculeiani e Sabiniani avevano assunto posizioni molto diverse rispetto all'ammissibilità della determinazione, nella compravendita e nelle locazione, di *pretium* e *merces* in un momento successivo alla conclusione del contratto: mentre i primi ammettevano che non si uscisse dai confini dell'*emptio venditio* e della *locatio conductio* quando il pagamento fosse determinato successivamente da entrambi i contraenti, da uno solo di essi o da un terzo, i secondi escludevano che in simili ipotesi potesse parlarsi di compravendita o locazione, essendo tutelabili con *actiones in factum* il negozio in cui il pagamento fosse stato successivamente stabilito dalle parti o (a quel che sembra) da una di esse, e addirittura mancante di ogni *vis* il negozio nel quale il pagamento fosse determinato da un terzo<sup>355</sup>. Per quanto sia probabile che simili discussioni in tema di società siano state superate ben prima che in materia di compravendita e locazione – sia perché altrimenti Giustiniano avrebbe sentito il bisogno di intervenire, come ha fatto rispetto agli altri due contratti<sup>356</sup>, sia perché Pomponio mostra di aver accettato senza problemi la possibilità della determinazione com-

---

RUIZ, *La società*, cit., 100 ss., seguito da WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 140 e 142. Sull'*industria socii* nel passo cfr. per tutti SANTUCCI, *op. ult. cit.*, 121 ss. La necessità di una corrispondenza tra *opera* e costo patrimoniale mi sembra escluda che la soluzione serviana mirasse a favorire il socio d'*opera* (così invece, per vie diverse, HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 159 ss. e TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, cit., 29): l'obiettivo del giurista – e, in effetti, di tutto il sistema – è di fare in modo che nessuna parte risulti avvantaggiata sull'altra.

<sup>353</sup> Come in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29 pr., riportato *supra*, nt. 346.

<sup>354</sup> Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17, 2, 6: *si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

<sup>355</sup> Cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 241 ss.

<sup>356</sup> Con la nota costituzione del 530 d.C. contenuta in C. 4, 38, 15 (la notazione è di TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 263 nt. 712).

piuta da uno dei soci<sup>357</sup> – è probabile che all'epoca della discussione testimoniata da Proculo esse fossero ancora vive.

In un simile contesto, la *quaestio* avanzata dall'allievo appare troppo confusa – sempre che non sia stata anche tagliata dai compilatori – per poter essere compresa con chiarezza. A mio avviso è abbastanza improbabile che egli avesse dubbi circa la stessa possibilità di rimettere a un *arbiter* la determinazione delle *partes*<sup>358</sup>, ossia che assumesse un punto di vista 'sabiniano' rispetto alla determinazione del terzo, perché – se il dubbio fosse stato così generale – non si comprenderebbe l'utilità della precisazione circa l'entità della ripartizione operata dall'*arbiter*, su cui peraltro ritorna lo stesso Proculo. Ed è altrettanto difficile che, a parere dell'allievo, l'*arbiter* non potesse neanche in astratto determinare *partes* diverse<sup>359</sup>, perché se così fosse non si comprenderebbe quale funzione gli fosse stata assegnata dalle parti, essendo sufficiente una divisione dell'intero per il numero dei soci. A giudicare dalla risposta di Proculo, sembrerebbe che l'allievo né comprenda la logica che deve sovrintendere alla determinazione dell'*arbiter* – la corrispondenza delle *partes* con tutti i conferimenti, anche quelli d'*opera*, come il maestro gli spiega – né sappia spiegarsi i limiti entro cui le parti possono contestarne l'operato, posto che non sa distinguere tra *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri*.

Assai più importante e più chiara è per noi la risposta di Proculo. Essa a mio avviso deve essere letta tenendo conto anche dei frammenti di Paolo, il quale stava discutendo del medesimo problema<sup>360</sup> e verisimilmente stava commentando proprio il passo di Proculo – lo mostra il fatto che anch'egli cita Nerva<sup>361</sup> – in una forma

<sup>357</sup> Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17, 2, 6, riportato *supra*, nt. 354.

<sup>358</sup> Così GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 507.

<sup>359</sup> Così SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 67.

<sup>360</sup> Cfr. fr. 1320 LENEL (*pro socio*).

<sup>361</sup> Il dato è rilevante anche per GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 505, il quale nota che esso non è certo indice di interpolazione giustiniana, come si è talora ritenuto. Tuttavia, per l'a., Paolo avrebbe commentato Proculo per criticarlo, proponendo una soluzione differente del problema (su questa ricostruzione cfr. *infra*, nt. 369).

forse riassuntiva che, almeno in certi passaggi, è stata preferita dai giustinianeï. I frammenti di Paolo sono infatti così strettamente connessi alla struttura logica del ragionamento di Proculo da essere ineliminabili.

Ricostruirei il pensiero di Proculo come segue. Qualora la determinazione dell'*arbiter* appaia discutibile, l'effetto non è – come parrebbe presupporre l'allievo – che non si tiene conto dell'*arbitrium*, comportandosi come se non vi fosse stata alcuna determinazione delle *partes*, ma si verificano esiti diversi a seconda del tipo di *arbitrium*:

a) in un primo tipo, ( $a_1$ ) analogo al caso in cui si affidi la questione a un *arbiter ex compromisso*, ( $a_2$ ) le parti devono soggiacere alla determinazione dell'*arbiter* sia che appaia loro giusta che ingiusta;

b) in un secondo tipo (in cui si assume come parametro il *bonus vir* e che nella fattispecie proposta è da preferire, anche perché si tratta di un *iudicium bonae fidei*<sup>362</sup>), ( $b_1$ ) analogo al caso in cui si attribuisca al locatore il compito di condurre la realizzazione di un *opus* (Paolo), ( $b_2$ ) è possibile adire un giudice per contestare l'operato dell'*arbiter* (Paolo).

Come si vede, nell'argomentazione c'è una corrispondenza strutturale tra le parti.

Dapprima Proculo instaura un'analogia tra l'arbitraggio libero di un terzo e l'arbitrato<sup>363</sup>; poi continua (riassunto da Paolo), con l'analogia tra l'arbitraggio basato sul parametro del *bonus vir* e l'*arbitratus locatoris*. Che si tratti di analogia e non di identità – come pure, rispetto all'esempio *sub a<sub>1</sub>*) è stato affermato<sup>364</sup> – è dimostrato dal fatto che l'esempio *sub b<sub>1</sub>*) è completamente diverso da un *arbitrium boni*

<sup>362</sup> La precisazione è perfettamente pertinente nel discorso di Proculo, e non vi è motivo di ritenerla interpolata, come ritiene GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 489 s.: l'*eo magis* non tende in alcun modo a «far apparire esclusivo, in materia, l'*arbitrium boni viri*».

<sup>363</sup> La frase *quod observatur ... itum est*, che costituisce per GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 517 ss., un'aggiunta post-classica, è invece parte essenziale del ragionamento di Proculo, rappresentando il primo riferimento analogico della sua spiegazione.

<sup>364</sup> M. WLASSAK, *Arbiter*, in «RE» II.1, Stuttgart, 1895, 411 e M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, 1958, 24 nt. 58; ID., *La bona fides*, cit., 260 ss. (altra bibliografia in GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 479 nt. 2).

*virii*<sup>365</sup>, dal quale è distinto sin dai formulari catoniani, indicando quel tipo particolare di *locatio operis* in cui il conduttore mette a disposizione del locatore la propria attività imprenditoriale, ma non risponde per il risultato, in quanto ha realizzato l'opera sotto la direzione del locatore stesso (regia)<sup>366</sup>.

Poi Proculo (integrato da Paolo) afferma che mentre nell'*arbitrium merum* le parti non possono che accettare la determinazione del terzo, che è arbitraria e pertanto insidacabile, nell'*arbitrium boni viri* la determinazione dell'arbitratore è soggetta a un controllo di razionalità costituito dalla *bona fides* – sulla quale si impernia l'equilibrio tra le *partes*<sup>367</sup> – che non può che coincidere con la possibilità di una correzione giudiziale<sup>368</sup>.

<sup>365</sup> Il valore esemplificativo della frase è riconosciuto anche da GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 512.

<sup>366</sup> Cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 43 s. (formulari catoniani); 254 s. (Iav. 11 *epist.* D. 19, 2, 51, 1). Cfr. anche *ibid.*, 245 nt. 207, su D. 17, 2, 77. Questa modalità di *locatio operis* è peraltro l'unica attestata nelle poche *leges locationum* pubbliche a noi pervenute: cfr. *Lex Put.* III, 2 ss. e 7 ss. (FIRA, III, 474) del 105 a.C. e *Lex agr. lim. met.* (LACHMANN, 213) del 43 a.C. (su cui, in questo senso, R. FIORI, *Recensione di A. Trisciuglio, Sarta tecta, opus publicum faciendum locare. Sull'appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea* [Napoli 1998], in «Iura», XLIX, 1998, 206). Non vi sarebbe bisogno di dimostrare che questo tipo di rapporto era noto anche a Proculo, ma ne abbiamo anche la prova testuale: Proc. 2 *epist.* D. 45, 1, 113 pr. (che si riferisce a una *stipulatio poenae* relativa a una *locatio conductio* – così esattamente C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, 178 – e non a un appalto versato in una *stipulatio* alternativa alla *locatio*, come afferma TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 261). Ancora diverso è l'*arbitrium boni viri* dei formulari catoniani, finalizzato alla quantificazione del *damnum* causato dal *redemptor*, che non ha nulla a che vedere né con la regia né con l'arbitraggio (che è la determinazione di una prestazione), come parrebbe ritenere V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato boni viri*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, 427 e 433.

<sup>367</sup> SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., 359 ss. e spec. 379.

<sup>368</sup> Per quanto quest'ultimo esito sia attestato solo da Paolo, è impensabile che esso non fosse contenuto già in Proculo: (1) in primo luogo, perché non si vede in che modo potesse distinguersi tra *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri*, se l'effettiva corrispondenza del comportamento dell'*arbiter* al parametro del *bonus vir* sfuggisse a ogni controllo; (2) in secondo luogo, perché così assume un senso la precisazione di Proculo che nel caso discusso sia preferibile pensare a un *arbitrium boni viri* in quanto il *iudicium pro socio* è di buona fede, facendo chiaramente intuire che egli vedeva un rapporto tra il parametro del *bonus vir* e la nozione di *bona fides*; (3) infine,

Tra *arbitrium boni viri* e *iudicia bonae fidei* vi è dunque un rapporto molto stretto, coerente con quanto abbiamo detto circa l'origine della buona fede come 'fides (astrattamente) parametrata al comportamento di un *bonus vir*'. Tale rapporto sarà attestato ancora più chiaramente da Paolo<sup>369</sup> in un frammento in tema di locazione, ove il giurista paragona un'ulteriore forma di *arbitrium* – che consiste nel rimettere al locatore o a un terzo la realizzazione del collaudo nel tempo, successivo al compimento dell'opera, che egli preferisca<sup>370</sup> – all'*arbitrium boni viri*, precisando che *fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit*<sup>371</sup>; e da Ulpiano, allorché af-

perché la struttura del ragionamento di Proculo impone una conclusione, e l'unica a noi pervenuta è quella di Paolo: perciò, considerando che non abbiamo elementi per ipotizzare una differente soluzione di Proculo, appare preferibile non moltiplicare le ipotesi *sine necessitate* e attenerci al testo così come composto dai giustiniane.

<sup>369</sup> GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., *passim*, ma spec. 515 ss., pensa a uno sviluppo storico, per cui dall'opinione di Proculo e Celso, che avrebbero ammesso nei *iudicia bonae fidei* entrambi gli *arbitria*, si sarebbe passati a quella di Paolo e Ulpiano, che avrebbero sostenuto la necessità di esperire, nei *iudicia bonae fidei*, solo *arbitria boni viri*. Tuttavia non può dedursi dai frammenti di Proculo e di Celso (15 *dig.* D. 17, 2, 75) che nel caso specifico le parti potessero scegliere tra *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri*, come afferma GALLO, *op. ult. cit.*, 500 (cfr. anche 511 s. e 515). Proculo non ha dubbi circa il fatto che la struttura del *iudicium ex fide bona* imponga l'*arbitrium boni viri*, ed è eccessivo desumere dal passo di Celso che – poiché le parti avevano stabilito *ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus est* – si tratterebbe di *arbitrium merum* (per GALLO, *op. ult. cit.*, 533, l'*arbitrium merum* si distingue solo per essere la persona determinata, ma lo stesso Proculo [§ 76] nota che l'*arbitrium boni viri* può aversi anche se l'*arbitrator* sia indicato *nominatim*: cfr. *supra*, nt. 340): il discorso di Celso mira a spiegare perché il contratto non viene ad esistenza in caso di morte di Tizio, e perciò rileva che le parti hanno stabilito che solo Tizio potrà determinare le quote, non che il suo giudizio sia insindacabile.

<sup>370</sup> Cfr. R. SAMTER, *Probatio operis*, in «ZSS», XXVI, 1905, 137; CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 205; FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 253 s. Lo scoliaste ai Basilici mostra di non comprendere più l'assetto di interessi predisposto dalle parti, e legge l'*arbitrium locatoris* come l'attribuzione al locatore della determinazione della *merces* (sch. 2 ad Bas. 12, 1, 74 in SCHELTEMA, B.II, 526); lo stesso fa GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 527, il quale però confonde ulteriormente (*ibid.*, 515) la fattispecie di D. 17, 2, 77 (esecuzione dell'opera *arbitrio locatoris*) con quella di D. 19, 2, 24 pr. (collaudo *arbitratu domini*).

<sup>371</sup> Paul. 34 *ad ed.* D. 19, 2, 24 pr.: *si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehen-*

fermerà, forse trattando della compravendita<sup>372</sup> ma estendendo il discorso a tutti i *iudicia bonae fidei*, che *generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse*<sup>373</sup>. Se insomma non può affermarsi che ogni *arbitrium boni viri* implicasse un *iudicium bonae fidei*<sup>374</sup>, può sostenersi che all'interno di un *iudicium bonae fidei* la determinazioni rimesse a terzi o a una delle parti doversero essere soggette al parametro del *bonus vir*, e fossero sindacabili in giudizio *ex fide bona*.

L'effetto di tutto ciò è che il contratto di società aveva, per così dire, una doppia *natura*.

Una prima *natura* è forse una eredità dell'arcaico *consortium ercto non cito*, in cui tutti i figli avevano la medesima partecipazione (per l'intero) al patrimonio familiare. In virtù di questa struttura era forse usuale che i conferimenti fossero di pari entità – cosicché chi aveva meno sostanze avrebbe conferito *operae* sino alla concorrenza del valore – e conseguentemente le *partes*. È questo il regime che governa la *societas* se i soci non si accordano diversamente: si presumono conferimenti e quote eguali.

Una seconda *natura* emerge solo quando le parti individuano (o rimettono a una di esse<sup>375</sup> o a un terzo l'individuazione di) *partes di-*

---

*sum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

<sup>372</sup> TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 258.

<sup>373</sup> Ulp. 28 *ad Sab.* D. 50, 17, 22, 1.

<sup>374</sup> Benché tra gli esempi addotti da TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 259 ntt. 703-704, solo Scaev. 2 *resp.* D. 26, 7, 47, 1 e Ulp. 24 *ad Sab.* D. 33, 1, 3, 2 non rientrano tra i *iudicia bonae fidei*; gli altri riguardano rapporti di *tutela* (Cels. 15 *dig.* D. 32, 43; Ulp. 9 *ad Sab.* D. 31, 1, 1) e Cels. 12 *dig.* D. 38, 1, 30 pr. non parla di *arbitrium boni viri*, bensì di *arbitrium aequum* (l'accostamento è anche in GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 512 e nt. 84).

<sup>375</sup> Cfr. Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17, 2, 6 (riportato *supra*, nt. 354). Non è esatto quanto afferma GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 513, secondo cui per i giuristi romani sarebbe mancata «una stretta ana-

verse. In questo caso le differenti quote sono ammissibili ma non nel senso che i contraenti siano liberi di determinarle: le quote sono rigidamente ancorate all'entità dei conferimenti. Per questa ragione un *arbitrium* totalmente discrezionale e insindacabile è inammissibile, potendosi accettare solo un *arbitrium* dotato di discrezionalità tecnica (*boni viri*), che quantifichi i conferimenti e individui le *partes*, potendo essere corretto in giudizio attraverso l'esperimento del *iudicium pro socio*, ossia *ex fide bona*, quando risulti manifestamente iniquo<sup>376</sup>.

La *natura societatis* organizzata intorno alla nozione di *bona fides* in apparenza sembra comprimere fortemente la libertà dei contraenti, ma a ben vedere è solo che la libertà contrattuale dei soci si esprime tutta nella determinazione dell'entità dei conferimenti. La struttura oggettiva della *societas*, che richiede necessariamente equilibrio nella posizione dei contraenti, determina poi automaticamente le quote, che le parti o il terzo possono solo quantificare, ma non decidere. Una deviazione da questi principi avrebbe determinato, agli occhi dei *prudentes*, un'iniquità *contra naturam societatis*: l'unica possibilità di una disparità tra conferimenti e quote può aversi nell'ipotesi – verisimilmente del tutto teorica – che siano stati effettuati conferimenti diseguali ma che i soci non ritengano di dover esprimere in alcun modo

---

logia ... fra l'*arbitrium* della parte e quello del terzo», perché entrambe le figure trovavano nell'*arbitrium boni viri* un parametro comune.

<sup>376</sup> GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., 508, 510, 517, 523 ss., 537 ss., sostiene che mentre per Proculo si sarebbero potuti modificare giudizialmente tutti i casi di mancata corrispondenza tra quote e conferimenti, i giustiniani avrebbero modificato il regime nel senso di una restrizione alle sole ipotesi di *manifesta iniquitas*, inserendo nel § 79 un passo di Paolo che si sarebbe inizialmente riferito al *merum arbitrium* (che per Gallo sarebbe stato in alcuni casi impugnabile: cfr. *supra*, nt. 340). Tuttavia, al di là del fatto che questa ricostruzione contrasta con quanto affermato dallo stesso a. quando ammette che Paolo sta commentando Proculo e che il riferimento a Nerva è genuino (infatti, se l'*arbitrium* di Nerva era per Proculo *boni viri*, come gli si può applicare una regola dell'*arbitrium merum?*), è agevole notare che, per come è formulata, l'affermazione di Paolo non indica una condizione di procedibilità dell'azione, ma solo la situazione in cui, verisimilmente, la determinazione dell'*arbiter* potrà essere modificata (*corrige potest*): nella prassi, si sarà ammessa una certa discrezionalità nella valutazione dell'*arbiter*, il quale opera come perito, ma non compie un'attività matematicamente incontestabile, e il giudice si sarà sentito legittimato a intervenire solo in casi di grave discostamento dell'*arbiter* dall'entità dei conferimenti.

*partes* differenziate, perché allora si ricadrà comunque nella ‘prima natura’ della società, che prevede l’eguaglianza delle quote presumendo (nello specifico, erroneamente) l’eguaglianza dei conferimenti.

Il controllo della buona fede sulla *natura societatis* è dunque in diritto romano molto forte. Non a caso – è stato da tempo notato – già alcuni glossatori avevano rinvenuto nel vincolo della proporzionalità tra conferimenti e quote un grave limite all’autonomia delle parti, e per non contraddire il testo si era pensato che il patto fosse valido ma il negozio non integrasse un contratto di società<sup>377</sup>. Lo stesso accade oggi: l’art. 1349 cod. civ. si è evidentemente formato sui passi di Proculo e Paolo, prevedendo che il terzo chiamato a determinare la prestazione proceda «con equo apprezzamento» tutte le volte che non risulti che le parti abbiano inteso rimettersi al suo mero arbitrio, e che se la determinazione è «manifestamente iniqua o erronea» essa viene compiuta dal giudice; e l’art. 2264 cod. civ. estende tale disciplina alla materia della determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite. Ma i soci sono liberi di stabilire quote diverse dai conferimenti, essendo il principio di proporzionalità stabilito dall’art. 2263 co. 1 cod. civ. («le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti»)<sup>378</sup> meramente suppletivo, in assenza di una determinazione contrattuale<sup>379</sup>.

Questi esiti sono assai probabilmente un effetto della moderna centralità della volontà nella regolamentazione dei rapporti tra privati. Ma la prospettiva romana era differente, e non dobbiamo lasciarci condizionare dalla visione del giurista moderno. La buona fede contribuiva a individuare una struttura contrattuale tipica inderoga-

---

<sup>377</sup> GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali*, cit., 167 ss., ricordato anche da ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 105.

<sup>378</sup> Cfr. anche l’art. 2468 co. 2: «(...) Se l’atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento. 3. Resta salva la possibilità che l’atto costitutivo preveda l’attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione degli utili».

<sup>379</sup> Cfr. Cass. civ. 27 febbraio 2009 n. 4820, in «Società», 2010, I, 63 con nota di B. ACQUAS.

bile dalle parti, nel senso che qualora ne fossero stati superati i limiti si sarebbe usciti dal tipo contrattuale – come avviene, per i Sabiniani, quando nella compravendita e nella locazione *pretium* e *merces* siano determinati successivamente alla conclusione del contratto – oppure sarebbe stata necessario ricondurre *ex fide bona* il negozio nei limiti naturali del tipo, come avviene nel caso sin qui studiato, correggendo il contenuto del contratto così come voluto dalle parti. Lungi dal rappresentare un criterio di rispetto dell'accordo, dunque, la buona fede opera come parametro oggettivo di individuazione del contenuto contrattuale, e ha una forza imperativa tale da sostituirsi alla volontà delle parti<sup>380</sup>.

9. *Buona fede ed equilibrio contrattuale in caso di avveramento della condizione risolutiva in Giavoleno.*

A prima vista, un passo di Giavoleno parrebbe fornire la prova migliore della teoria qui criticata di un valore della *bona fides* come principio di rispetto dell'accordo:

Iav. 11 *epist.* D. 19, 2, 21: *Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*

La *quaestio* posta al giurista è la seguente: *Ego* ha venduto un fondo e ne ha trasmesso la detenzione all'acquirente in attesa che questi paghi tutto il prezzo; nel frattempo, l'acquirente pagherà un canone locativo per il godimento del terreno: una volta che l'acquirente-conduttore abbia pagato il prezzo della compravendita, il venditore-locatore dovrà rimmettergli la *merces* della locazione<sup>381</sup>? Il giurista

<sup>380</sup> È questa, in sostanza, anche la conclusione di SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., 385, benché l'a. sia ancora condizionato dall'idea tralatizia che la «esigenza primaria» della *bona fides* sia «quella di mantenere la parola data» (*ibid.*, 366).

<sup>381</sup> D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser* (D. 19. 2. 21), in «Cambridge Law Journal» 10 (1948) = *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt a.M., 1991, 271 ss. e J. A. C. THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, in «Iura», X, 1959, 103 ss. (cfr. anche W. DAJCZACK,

risponde che la *bona fides* richiede che si dia esecuzione a ciò che si è convenuto, ma che l'acquirente non è tenuto a pagare la *merces* se non per la porzione di tempo in cui il *pretium* non era stato corrisposto.

Come si vede, il responso del giurista si compone di due parti: nella prima si afferma che *bona fides exigit, ut quod convenit fiat*; nella seconda si precisa che però (*sed*) il conduttore-acquirente è tenuto solo *pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*.

Le proposte di spiegazione del passo hanno a volte valorizzato la prima parte del responso, altre volte la seconda.

La prima ipotesi ricostruttiva è la più radicale. Si è immaginato le parti avessero fissato un termine per il pagamento del prezzo e dunque per la durata della locazione; che l'acquirente avesse pagato prima del tempo; e che Giavoleno ritenesse dovuta la *merces* per tutta la durata del contratto originariamente previsto dalle parti, ossia anche dopo il pagamento del prezzo, senza che potesse applicarsi neanche la regola della invalidità della *conductio suae rei*: la *bona fides* imporrebbe di continuare il rapporto anche avendo acquistato la *res* per il cui godimento si paga la *merces*, non avvantaggiandosi del fatto di aver pagato il prezzo prima della data prevista. Tutto si impernia dunque sulla prima parte del responso: la seconda, che contraddice apertamente una simile ricostruzione, sarebbe stata interpolata<sup>382</sup>.

Le altre ipotesi valorizzano al contrario la seconda parte del responso.

---

*L'uso della locuzione 'bona fides' nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, in «RIDA», XLIV, 1997, 72 s.) ritenevano che fosse necessario pensare all'esistenza di un termine prestabilito per la locazione, ma nel testo non se ne fa parola alcuna: cfr. in questo senso MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 61 s. e nt. 8; ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, cit., 47; STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 101 nt. 37. Il problema poteva porsi per l'individuazione della *merces* annuale da corrispondere nell'anno in cui era stato pagato il prezzo, e cioè, ad es.: se il *pretium* è stato saldato a giugno, si deve pagare la *merces* solo per i primi sei mesi o per tutto l'anno? In questo senso cfr. anche STOLFI, *op. cit.*, 105.

<sup>382</sup> DAUBE, *Tenancy of Purchaser (D. 19. 2. 21)*, cit., 271 ss. A questa proposta può obiettarsi che, se il venditore ha accettato il pagamento prima della data prevista, evidentemente ciò non lo pregiudica rispetto all'acquirente, cosicché non si determina alcuna violazione della *bona fides* (l'argomento è di THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, cit., 104).

Così, si è notato<sup>383</sup> che la *quaestio* avrebbe potuto esprimere diverse ricostruzioni dell'accordo realizzato dalle parti: potrebbe ritenersi che la *merces* abbia solo lo scopo di retribuire il godimento del fondo concesso all'acquirente lasciando la *possessio* al venditore, e in questo caso avrebbe senso che, pagato l'intero prezzo, anche la locazione abbia termine; oppure potrebbe darsi che il canone svolgesse, sul piano economico, la funzione degli interessi compensativi sul prezzo<sup>384</sup>, e in tal caso potrebbe ritenersi che il pagamento anticipato leda il diritto del venditore a percepire la *merces*. Giavoleno, preso atto di un simile ventaglio interpretativo, avrebbe affermato «that *bona fides* required application of the interpretation which was appropriate» e poi avrebbe optato per la prima soluzione, affermando che la *merces* non è dovuta per il periodo successivo al pagamento del prezzo in quanto la locazione è venuta meno contestualmente all'estinzione, per adempimento, delle obbligazioni della compravendita. In questa ricostruzione la frase *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* assume, come si vede, un valore puramente generico e retorico<sup>385</sup>.

Una terza proposta legge il contratto di locazione come un semplice patto aggiunto alla compravendita<sup>386</sup> che avrebbe avuto il com-

<sup>383</sup> THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, cit., 103 ss.

<sup>384</sup> Lo ipotizzano anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 61 s.; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 127 s.; STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 103 nt. 41. Cfr. anche ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, cit., 46 e 49, su cui *infra*, nt. 387.

<sup>385</sup> A questa lettura può obiettarsi che THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, cit., 103 ss., nell'interpretare la *quaestio*, formula un'alternativa difficile da accogliere: se il canone svolgesse la funzione degli interessi compensativi sul prezzo, un pagamento anticipato, trasferendo la somma al venditore prima della data prevista, avrebbe tolto ogni senso alla pretesa di interessi compensativi e dunque non si sarebbe potuto parlare di lesione dei diritti del venditore (e perciò di violazione della *bona fides*); oltretutto, il fatto che talora queste concessioni d'uso assumessero la forma del precario (Paul. 10 *ad Sab.* D. 39, 2, 38 pr.; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 21; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43, 24, 11, 12; Ulp. 2 *resp.* D. 43, 26, 20 e Alex. C. 4, 54, 3, cfr. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 61 e nt. 2; S. TONDO, *Pignus e precarium*, in «Labeo», V, 1959, 196 nt. 58, con letteratura; cfr. anche TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 127), ossia fossero gratuite, mostra che il canone non aveva natura 'accessoria' rispetto al prezzo – altrimenti la *merces* sarebbe sempre stata necessaria quando vi fosse un differimento nel pagamento – ma aveva una sua autonomia.

<sup>386</sup> Cfr. già KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., 188.

pito di sospendere la *perfectio* della compravendita garantendo però al compratore i frutti del terreno e al venditore gli interessi compensativi sulla dilazione del pagamento del *pretium*. Il problema posto al giurista sarebbe l'efficacia del patto dopo il pagamento del *pretium*, in considerazione del divieto – valido per i contratti, ma applicabile anche al *pactum* – di *conductio suae rei*. Il richiedente avrebbe sostenuto una invalidità retroattiva dell'intero patto e perciò la restituzione di tutta la *merces*. Giavoleno, da parte sua, avrebbe considerato la richiesta contraria alla *bona fides*, rigettandola; ma l'affermazione che *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* suonerebbe, nella sua genericità, un po' triviale e anche non del tutto calzante, poiché la pretesa espressa nella *quaestio* non è solo contraria alla buona fede, ma soprattutto senza fondamento, perché la nullità del patto di locazione poteva derivare solo dalla compravendita, che tuttavia è stata modificata proprio dal patto. La reale giustificazione del responso si troverebbe dunque nella sua seconda parte: Giavoleno avrebbe affermato che la *merces* era dovuta per il periodo in cui il patto aveva sospeso la compravendita, ma non era più dovuta dal momento in cui la vendita era divenuta pienamente efficace<sup>387</sup>.

---

<sup>387</sup> ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, cit., 46 ss. Per l'a. non sarebbe stato previsto alcun termine per il pagamento del prezzo, ma per la locazione sarebbe stata determinata sia una specifica durata, sia una somma complessivamente definita. Si noti però che da nessuna fonte risulta che per integrare il requisito della *certa merces* fosse necessario individuare un canone complessivo per l'intera locazione (come invece afferma ECKARDT, *op. cit.*, 47; cfr. anche TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 127 nt. 357): le discussioni dei giuristi sul requisito della *merces certa* riguardano il problema della sua determinatezza o determinabilità, non quello della sua forfettarietà (cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 241 ss.). A questa ricostruzione si può ulteriormente obiettare – oltre che i medesimi argomenti portati contro Thomas rispetto a una lettura della *merces* come remunerazione degli interessi – che il confronto con i passi di Paolo (su cui cfr. *infra*) mostra chiaramente che in simili casi non si realizzava semplicemente un patto aggiunto alla compravendita ma una vera e propria locazione (cfr. in questo senso anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 62 nt. 8; M. TALAMANCA, *Vendita [diritto romano]*, in «ED», XLVI, Milano, 1993, 318 nt. 141). D'altronde, qualora fossero emersi problemi nel rapporto prima del pagamento del *pretium*, come avrebbero potuto dirimersi questioni strettamente legate al rapporto locativo – si pensi, ad esempio, a questioni di *remissio mercedis* – attraverso la tutela delle *actiones empti e venditi*? L'*oportere ex fide bona* di queste ultime sarebbe stato ampliato al punto di accogliere le regole della locazione? E allora dove si

Secondo un'altra interpretazione, il corrispettivo della locazione sarebbe stato versato forfettariamente in una *stipulatio*, tenendo conto del termine fissato per il pagamento del prezzo della compravendita e, avendo il compratore pagato prima della scadenza, si sarebbe posto il problema della *merces* residua già prevista nella *stipulatio*. La risposta del giurista sarebbe «nel senso che l'obbligazione così assunta va rispettata nel più ampio quadro offerto dal collegamento negoziale, e che quindi il canone è dovuto *pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*, e cioè fino all'adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo». In questa interpretazione, come si vede, il richiamo alla *bona fides* perde di ogni specificità, al punto che la tutela per il conduttore-acquirente viene ridotta all'opponibilità di una *exceptio doli*<sup>388</sup>.

Da ultimo, si è pensato che non fosse previsto alcun termine oltre a quello stabilito alla locazione con riferimento al pagamento del *pretium*, e che tale pagamento sia avvenuto prima della data in cui si doveva pagare la *merces* alla successiva scadenza: dunque la *quaestio*

---

sarebbe potuto individuare la differenza tra i due contratti, che pure era per i *prudentes* di questo periodo (e per lo stesso Giavoleno: cfr. Iav. 11 *ad ed. D.* 18, 1, 65, su cui FIORI, *op. ult. cit.*, 216 ss.) un problema grave? Infine, è da notare che, benché lo stesso Giavoleno altrove discuta della *conductio suae rei* (Iav. 6 *epist. D.* 41, 3, 21, su cui MAYER-MALY, *op. cit.*, 115), qui il testo ne prescinde completamente, e la soluzione sembrerebbe impigliarsi sulla *bona fides*.

<sup>388</sup> TALAMANCA, *Vendita*, cit., 318. Questa proposta, abbandonata dallo stesso TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 128 s., ha il limite di presumere troppi elementi assenti nel passo: la previsione di un termine per il pagamento del prezzo; il pagamento anticipato da parte dell'acquirente; l'impiego della *stipulatio*; la difesa del conduttore tramite *exceptio doli*. In particolare, non può desumersi il ricorrere di una *stipulatio* dal riferimento all'*acceptilatio* compiuto dall'interrogante (così invece anche A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, 191 ed ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, cit., 47): innanzitutto, non si vede come possa parlarsi di vincolatività della *bona fides* – non, si badi, di *fides* – rispetto a una *conventio* versata in una *stipulatio*; poi, se si ritiene che nella *stipulatio* non fosse stato indicato il termine per il pagamento del prezzo, si sarebbe dovuto appunto rispondere con una *exceptio doli*, ma non certo *ex fide bona* (così anche STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 109); se invece si immagina che nella *stipulatio* fosse fissato come termine *per relationem* il momento del pagamento della somma, che pertanto non sarebbe stata dovuta per il periodo successivo, il problema posto a Giavoleno sarebbe stato sostanzialmente nullo. Ora, come dicevo, anche TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 128, interpreta l'uso di *accepta* come un'improprietà di linguaggio dell'interrogante.

non avrebbe riguardato né la *merces* già pagata, né quella da pagare dopo la corresponsione del *pretium*, ma solo se e in che misura fosse dovuta la *merces* in scadenza. La risposta di Giavoleno sarebbe stata nel senso che la buona fede esigeva la realizzazione di quanto convenuto, e che perciò la *merces* era dovuta solo per il periodo tra la scadenza del canone immediatamente precedente e il pagamento del *pretium*, ma non oltre (ossia non fino alla successiva scadenza)<sup>389</sup>. Anche in questo caso, come si vede, la *ratio* del responso viene colta interamente nella sua seconda parte<sup>390</sup>.

Al di là delle critiche che possono essere mosse su punti specifici<sup>391</sup>, a me sembra che il limite di fondo di queste ricostruzioni sia quello di ricostruire il responso valorizzando solo una delle sue due parti, non cogliendone così il senso complessivo.

Nell'esegesi del passo, è importante tener conto della sua collocazione nell'opera di Giavoleno e nel Digesto.

Innanzitutto, come abbiamo rilevato, nelle *epistulae* di Giavoleno il testo si inserisce in una catena di passi in tema di locazione<sup>392</sup>, finalizzati a chiarire il regime del contratto concluso dalle parti in casi in cui l'accordo contrattuale fosse suscettibile di differenti interpretazioni, essendo in particolare preceduto – almeno, a parere di Lenel – da un testo in cui si pone il problema di qualificare l'assetto di interessi realizzato tra le parti come *emptio venditio* o come *locatio conductio*<sup>393</sup>.

<sup>389</sup> STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 99 ss. All'ipotesi di Stolfi può obiettarsi che anch'essa – pur volendo offrire «una ricostruzione rispettosa del tenore letterale» del testo (*ibid.*, 102) – inserisce nel passo un dato in esso assente, e cioè la limitazione del canone oggetto della *quaestio* a quanto dovuto in relazione all'ultima scadenza, mentre il passo parla genericamente di *merces*.

<sup>390</sup> Per quanto STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 110 cerchi di valorizzare la prima parte, allorché afferma che la seconda non è altro che una precisazione degli effetti della prima, in quanto «ricerca e valorizzazione dell'*id quod convenit*», costantemente guidata, anche nell'interpretazione conclusiva, dal criterio della *bona fides*.

<sup>391</sup> Cfr. *supra*, ntt. 381-390.

<sup>392</sup> Iav. 11 *epist.* fr. 123-126 LENEL. Il dato era stato già notato da MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 61 nt. 5.

<sup>393</sup> Iav. 11 *epist.* D. 18, 1, 65 (fr. 123 LENEL). Per l'esame di questo testo rinvio a FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 216 ss.

In secondo luogo, nel Digesto, il brano di Giavoleno è stato inserito dai compilatori all'interno di un frammento tratto dal libro 34 *ad edictum* di Paolo – in tema, dunque, di *locatio conductio*<sup>394</sup>:

Paul. fr. 518 Lenel = Paul. 34 *ad ed.* D. 19, 2, 20 pr.: *sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest, 1. sed donationis causa contrahi non potest. 2. Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat*; D. 19, 2, 22 pr.: *item si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.*

Dapprima Paolo afferma che tanto la compravendita quanto la locazione possono essere sottoposte a condizione (*condicio*), purché ciò non alteri il loro carattere di onerosità. Poi, a dimostrazione di quanto detto, fa l'esempio – identico a quello di Giavoleno – della compravendita di un fondo nella quale il terreno è trasmesso immediatamente a titolo di locazione, finché (*donec*) il prezzo non sia pagato.

La clausola è stata interpretata come *lex commissoria*<sup>395</sup>, ma si noti che se la si riferisce solo alla compravendita, l'affermazione ini-

<sup>394</sup> La necessità di interpretare il passo nel suo contesto compilatorio era già stata segnalata da MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 60 ss.; D. DAUBE, *Si ... tunc in D. 19. 2. 22 pr. Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, in «RIDA» 3° s., V, 1958 = *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt a.M., 1991, 723 ss.; THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, cit., 103 ss.

<sup>395</sup> E pertanto riferita solo alla compravendita: DAUBE, *Si ... tunc*, cit., 723 ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973, 272 s.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 318 e nt. 143 (che seguivo in FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 222). Tuttavia la *lex commissoria* aveva certamente assunto, all'epoca di Paolo, la configurazione di clausola risolutiva (cfr. Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 3, 1), cosicché si dovrebbe presupporre una compravendita pienamente efficace che non spiegherebbe il § 2 (*interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat*): questo infatti, nonostante la terminologia impiegata dal giurista, non può essere riferito alla locazione, perché ciò implicherebbe – lo ammette TALAMANCA, *loc. cit.*: ma è impensabile – che il locatore poteva non dare il fondo e il conduttore sarebbe egualmente stato obbligato a corrispondere la *merces*; ma se si ammette una compravendita efficace, il venditore sarà anch'egli obbligato (a *tradere possessionem*; cioè, peraltro, si scontra con il fatto che verisimilmente il complessivo negozio mirava proprio a conservare al venditore la posizione di possessore fino al saldo del prezzo: così TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 127 e nt. 357). Non mi sembra possa seguirsi neanche PETERS, *op. cit.*, 272 s., allor-

ziale che *sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest* non si spiega: in realtà Paolo sta parlando di una condizione (potestativa) che si riferisce a entrambi i negozi, operando come condizione sospensiva rispetto alla compravendita e come condizione risolutiva rispetto alla locazione<sup>396</sup>. Durante la pendenza della condizione, l'unico soggetto obbligato (*melius*: onerato) sul piano dell'*emptio venditio* è l'acquirente-conduttore che dovrà pagare il prezzo, perché il venditore-locatore non è obbligato sinché il prezzo non sia pagato, al punto che se ciò non avviene la *res resta inempta* e l'unico rapporto che sopravvive è la locazione.

Il confronto con il passo di Paolo permette di comprendere meglio il testo di Giavoleno.

A mio avviso il problema fondamentale sottoposto al giurista riguardava l'interpretazione del valore da attribuire al *donec* rispetto ai due contratti: anche in questo caso, infatti, la clausola si rivolgeva in tutta evidenza a entrambi<sup>397</sup>.

È abbastanza chiaro che rispetto alla compravendita il *donec* introduceva una clausola identificabile, come nel passo di Paolo, con una condizione sospensiva: non contrasta con ciò il fatto che fosse previsto un pagamento del *pretium* in diverse soluzioni – si parla di *persolvere*, ossia di pagare fino all'ultimo<sup>398</sup>, *omnem pecuniam* – poiché, come abbiamo visto in Labeone<sup>399</sup>, in un rapporto sospensivamente condizionato possono darsi effetti secondari del contratto<sup>400</sup>.

---

ché legge il § 2 nel senso che il venditore possa agire *ex locato* per ottenere il *pretium* della compravendita: al di là del fatto che *donec* non può essere interpretato nel senso di *ut*, a me sembra che non possa immaginarsi, all'epoca di Paolo, un'oscillazione dei giuristi nell'individuazione dell'azione spettante al venditore (così invece PETERS, *op. cit.*, 273), considerando che si era già affermato il principio dell'utilizzabilità delle azioni di compravendita (cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 18, 3, 4 pr.).

<sup>396</sup> A prescindere da come fosse formulata all'epoca di Paolo: cfr. *supra*, nt. 395.

<sup>397</sup> Così, giustamente, THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, cit., 104 s., in critica a Daube.

<sup>398</sup> Il preverbio *per-* è perfettivizzante: cfr. anche DAUBE, *Tenancy of Purchaser* (D. 19. 2. 21), cit., 272.

<sup>399</sup> Cfr. *supra*, § 6.2.

<sup>400</sup> Intendere la clausola come condizione risolutiva imporrebbe di pensare a una condizione negativamente risolutiva: se non si paga il prezzo finale si risolve un

Allo stesso modo bisogna pensare che la clausola operasse, rispetto alla locazione, come condizione risolutiva<sup>401</sup>, perché una condizione sospensiva avrebbe reso inefficace la locazione fino al pagamento, il che è l'esatto contrario di quel che volevano le parti. Ma quali effetti avrebbe avuto la risoluzione? Avrebbe reso la locazione inefficace *ex nunc*, o invece *ex tunc*, come nel caso della *lex commissoria*<sup>402</sup>, con il conseguente obbligo di restituire la *merces* al conduttore? In questa seconda ipotesi si darebbe un'alternativa netta tra compravendita e locazione, a seconda che la condizione si realizzi o meno: se non si avvera, il rapporto sarà interamente una locazione; se si avvera, sarà interamente una compravendita.

Non è detto che nella *quaestio* si privilegiasse l'una o l'altra soluzione, ma il fatto che in essa si parli genericamente di *merces* rende verisimile che entrambe le possibilità fossero tenute presenti. Peraltro bisogna riconoscere, da un lato, che la sussistenza di entrambi i negozi faceva sì che l'acquirente-conduttore pagasse sia le rate del prezzo sia il canone di locazione, e che perciò, così come egli avrebbe potuto chiedere che le rate già pagate fossero restituite (o eventualmente computate nella *merces*) in caso di mancato avveramento della condizione, allo stesso modo egli potesse aspirare alla restituzione della *merces* pagata in caso di avveramento della condizione.

Chiamato a stabilire quali effetti dovesse avere la risoluzione della locazione, Giavoleno opta per una risoluzione *ex nunc*, in una direzione opposta rispetto alle regole in tema di *lex commissoria*: mentre in un contratto come la compravendita lo *status quo ante* può essere ripristinato restituendo il fondo, in un contratto di durata come la locazione si sarebbero prodotti effetti irreversibili, perché il conduttore avrebbe goduto del fondo ma la restituzione della *merces* avrebbe fatto venir meno la giustificazione dell'*uti frui*. Si sarebbe cioè determinata una situazione non dissimile da quella cui forse al-

---

contratto che, però, finora non ha svolto se non effetti secondari. Ma una simile lettura forzerebbe troppo il testo così come ci è pervenuto.

<sup>401</sup> Così anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 62 nt. 8.

<sup>402</sup> Il principio è attestato, per la compravendita, almeno a partire da Arist. fr. 21 LENEL = Ner. 5 *membra*. D. 18, 3, 5 (cfr. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 232 ss e spec. 235, con riferimenti alle dottrine precedenti e alla discussione sull'emersione del principio nella giurisprudenza).

ludeva Paolo quando scriveva che l'assetto di interessi da lui descritto nel fr. 518 Lenel non poteva essere tale da determinare un *contrahere donationis causa*: una situazione analoga, a ben vedere, a quella che abbiamo incontrato in D. 19, 1, 50, dove Labeone afferma che la buona fede non tollera che in un contratto sinallagmatico gli obblighi siano a carico di una sola parte.

Come già Labeone, anche Giavoleno fonda la giustificazione della propria soluzione sulla buona fede. La *bona fides* esige infatti che l'assetto di interessi che le parti hanno convenuto al momento della conclusione del contratto – il fatto cioè che vi sia una locazione efficace durante la sospensione della vendita – riceva esecuzione<sup>403</sup>: benché la frase *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* sia stata spesso letta come una sorta di brocardo che avrebbe fissato il principio generale secondo cui 'la buona fede impone di eseguire gli accordi' – al punto da trasformare il perfetto *convenit* (quale risultante dalla *consecutio*) in presente indicativo<sup>404</sup> – essa deve essere invece intesa nel senso che l'assetto di interessi fissato dalle parti al momento dell'accordo non deve essere stravolto nella sua logica sinallagmatica dall'intervento della condizione risolutiva. La buona fede, ancora una volta, vigila sull'equilibrio contrattuale.

Detto ciò, Giavoleno aggiunge che il dovere del conduttore-acquirente di pagare la *merces* non va oltre il periodo precedente il pagamento del *pretium*, ossia oltre il periodo in cui si è realizzato l'*uti frui*. Per spiegare questa precisazione può pensarsi che vi fosse un termine entro cui pagare il *pretium* – non risultante però dal passo – e che la *solutio* dell'intero prezzo sia avvenuta prima dello spirare del termine, ponendo così il problema di una *merces* successiva all'effe-

---

<sup>403</sup> Non mi sembra possa condividersi quanto scrive DAJCZACK, *L'uso della locuzione 'bona fides'*, cit., 74, secondo il quale «il richiamo alla *bona fides* può giustificare l'abrogazione del valore vincolante dell'accordo contrattuale, in quanto la sua esecuzione letterale avrebbe prodotto un effetto contrario all'intenzione delle parti contraenti»: la clausola risolutiva della locazione era contenuta nella lettera dell'accordo.

<sup>404</sup> La *consecutio* del brano è tutta costruita su un'opposizione tra tempi al passato, riferiti al momento della conclusione (perfetto: *convenit*) e al periodo dell'esecuzione (imperfetto: *venderem*, il cui aspetto durativo è evidentemente dovuto al protrarsi del rapporto; *persolveretur*; *haberet*; *esset*) dei contratti, e tempi al presente, riferiti alle scelte da compiere (*debeat*; *exigit*; *fiat*; *praestat*).

tivo pagamento<sup>405</sup>. Oppure che il pagamento del *pretium* sia stato effettuato prima della successiva scadenza per il pagamento della *merces*, e che ci si chiedesse se il canone relativo al periodo in corso fosse dovuto<sup>406</sup>. Ma è anche possibile – e personalmente ritengo più probabile – che la conclusione del passo abbia la funzione di rispondere pienamente alla *quaestio*, che conteneva un generico riferimento alla *merces*, interpretando sino in fondo la condizione, sempre nella logica della *bona fides*. Precisando, in particolare, che il principio dell'equilibrio tra le prestazioni limita il dovere del conduttore al periodo precedente il pagamento del *pretium*, ossia al periodo in cui gli è stato fornito l'*uti frui*. È impossibile non notare, infatti, un'assonanza con i passi di Servio sopra ricordati<sup>407</sup> in cui si afferma che nella locazione di *balnea* e di *insulae* il canone è dovuto solo *pro portione temporis* in cui è avvenuto il godimento<sup>408</sup>: Giavoleno, applicando il medesimo principio di proporzionalità basato sulla *bona fides*<sup>409</sup>, afferma adesso che il conduttore-acquirente del fondo è sì tenuto a pagare la *merces*, ma solo in proporzione al godimento ricevuto.

Al termine dell'esegesi, ci accorgiamo perciò che nel passo non si afferma affatto un valore della buona fede come rispetto della parola data<sup>410</sup>. Al contrario, tutto il responso si impernia ancora una volta sul ruolo della *bona fides* nella conservazione dell'equilibrio contrattuale.

<sup>405</sup> Cfr. DAUBE, *Tenancy of Purchaser* (D. 19. 2. 21), cit., 272, seguito da DAJC-ZACK, *L'uso della locuzione 'bona fides'*, cit., 72 s.

<sup>406</sup> STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 105.

<sup>407</sup> Cfr. *supra*, § 5.2.

<sup>408</sup> Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19, 2, 30, pr.-1, su cui FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 99 ss., 103 ss.

<sup>409</sup> Che anche la precisazione contenuta nella seconda parte del passo sia fondata sulla *bona fides* è evidente, anche se non esplicitato nel testo (così anche STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 110), quantomeno perché conosciamo *aliunde* il ruolo del principio nella conservazione dell'equilibrio del sinallagma. D'altronde ciò è riconosciuto dallo stesso TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 129, il quale si rende conto del rischio di «sollecitare troppo il passo» allorché afferma che «potrebbe essere significativo» che l'effetto della riduzione del canone «seppur dipenda anch'esso dalla *bona fides*, non vi venga però formalmente riportato», ciò sembrando «ancora un esempio di come – si potrebbe dire dal profondo della memoria storica dei *prudentes* – emerga quella che era stata la portata originaria della *bona fides*».

<sup>410</sup> Cfr. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., 188; DAUBE, *Tenancy of Purchaser* (D. 19. 2. 21), cit., 276; HORVAT, *Osservazioni sulla bona*

10. *Buona fede ed equilibrio contrattuale nelle ipotesi di recesso consensuale in Aristone.*

Nerazio riporta e commenta un interessante parere di Aristone in tema di scioglimento consensuale del contratto:

Nerat. 3 membr. D. 2, 14, 58: *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni (fr. 5 Lenel) hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitsem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitsem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitsem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

Il passo contiene riferimenti a una serie di casi e soluzioni che converrà distinguere con attenzione, per poi comprendere quale ruolo abbia in essi la *bona fides*.

a) La prima regola è riportata da Nerazio all'inizio del testo: non vi è dubbio che si possa recedere consensualmente da un'*emptio venditio*, da una *locatio conductio* e da contratti simili, nel caso in cui nessuno dei contraenti abbia eseguito alcuna prestazione.

Sono stati ipotizzati al riguardo rimaneggiamenti, rilevando in particolare che nel prosieguo del passo si parla solo di compravendita<sup>411</sup>. Ma non vi sono motivi di sostanza per pensare a un inseri-

*fides*, cit., 432 s.; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 129; SANTUCCI, *Fides bona e societas*, cit., 366 nt. 25; più attenuata, ma sostanzialmente coincidente, la lettura di STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 105.

<sup>411</sup> Il che escluderebbe il riferimento alla locazione: cfr. per tutti G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in «Studi Urbinati», I, 1927 = *Scritti sto-*

mento del richiamo alla *locatio conductio* o alle *ceterae similes obligationes*<sup>412</sup>: finché nessuna prestazione è stata eseguita, la regola può valere per tutte le *obligationes consensu contractae*<sup>413</sup>. Il quadro cambia se è stata data esecuzione a una prestazione diversa dal pagamento in denaro. Se infatti nella compravendita la prestazione consiste nel *tradere possessionem*, e dunque può essere ‘restituita’ senza difficoltà ritrasferendo il bene, diverso è il caso di altri contratti, e in particolare della locazione<sup>414</sup>, dove la consegna della cosa è funzionale alla prestazione di *uti frui*, che non può essere ‘restituita’ semplicemente ritrasferendo il bene: la riconsegna della *res* non ricostituirebbe senz’altro la situazione *sub a*). Non deve dunque stupire – né essere considerato in alcun modo indice di rimaneggiamento – che Aristone riferisca la propria soluzione solo alla compravendita, così come non stupisce che le successive riaffermazioni della regola riguardino solo l’*emptio venditio*<sup>415</sup>.

---

rico-giuridici. III. Diritto privato persone obbligazioni successioni, Torino, 2001, 18; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 100 nt. 284 (altri riferimenti alla dottrina più risalente in R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, 71 nt. 143). Il riferimento è invece genuino per MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 222; GREINER, *op. cit.*, 72. Per un *lapsus*, STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 35 rileva «l’ineleganza espressiva, un po’ sospetta, che fa seguire alla menzione della *emptio venditio* quella della sola *locatio*»: ma nel testo si parla di *locatio conductio*.

<sup>412</sup> Da ultimi, hanno ipotizzato che il riferimento alle *ceterae similes obligationes* sia spurio R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln, 1968, 45; GREINER, *Opera Neratii*, cit., 72 e 76; D. LIEBS, *Contrarius actus. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags*, in *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen, 1970, 151 nt. 164; TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 100 nt. 284; STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 35 (dubitativamente).

<sup>413</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 405 s. nt. 4 rilevava – contro la critica di H. SIBER, *Contrarius consensus*, in «ZSS», XLII, 1921, 71 – che nella locazione e nella società è possibile il recesso del singolo contraente, e che dunque non può ritenersi applicabile la regola del *contrarius consensus* (cfr. anche H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in «ZSS», XLIV, 1924, 27). Ma il recesso fa salve le prestazioni eseguite, mentre il *contrarius consensus* mira a dissolvere completamente il contratto, e dunque può esservene bisogno anche negli altri contratti consensuali. Cfr. in generale KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 7 ss.

<sup>414</sup> Sulla società cfr. TALAMANCA, *Società*, cit., 844 ss.

<sup>415</sup> Cfr. Gord. C. 4, 45, 1 (su cui, nel rapporto con D. 2, 14, 58, cfr. GROSSO, *L’efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., 21; STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 37 nt. 28).

b) Il principio di partenza è stato ampliato da Aristone, che lo ha ritenuto applicabile al caso in cui il venditore *Ego* abbia eseguito la propria prestazione mentre il compratore *Tu* deve ancora pagare il prezzo, e si sia convenuto tra le parti che, restituita la prestazione al venditore, il compratore non fosse più tenuto al pagamento del prezzo: qualora *Tu* abbia effettivamente restituito a *Ego* la prestazione di quest'ultimo, *Tu* non sarà tenuto a pagare<sup>416</sup>. Il giurista motiva questa soluzione rilevando che la *bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio*, ammette anche questo accordo.

Benché il brano, così come ci è pervenuto, sia assai contorto<sup>417</sup> – il che fa pensare che possa essere stato accorciato – bisogna riconoscere che ogni sua parte è necessaria al ragionamento: d'altronde, le ipotesi di interpolazione formulate dalla critica sono per lo più relative a singole espressioni, e non mutano la sostanza del ragionamento<sup>418</sup>. In particolare, non è possibile ritenere giustiniano il riferimento alla *interpretatio bonae fidei* sulla base dell'argomento che la soluzione contraria sarebbe talmente contraria alla buona fede da non essere riferibile ai classici<sup>419</sup>: come vedremo, il riferimento alla *bona fides* costituisce invece il fondamento del parere di Aristone, e la sua eliminazione priverebbe di ogni giustificazione l'ampliamento operato da questo giurista<sup>420</sup>.

<sup>416</sup> GREINER, *Opera Neratii*, cit., 73, rileva giustamente che l'*oratio obliqua* impone di attribuire questa porzione di testo ad Aristone.

<sup>417</sup> I limiti stilistici erano stati notati in particolare da STOLL, *Die formlose Vereinbarung*, cit., 16; cfr. anche GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., 19; GREINER, *Opera Neratii*, cit., 73.

<sup>418</sup> Lo rilevava già KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 45 nt. 4. Un elenco delle varie ipotesi di interpolazione in GREINER, *Opera Neratii*, cit., 71 s. nt. 143.

<sup>419</sup> Cfr. STOLL, *Die formlose Vereinbarung*, cit., 16 s., il quale rilevava che la questione del *pretium debere* sarebbe stata priva di senso dopo la restituzione della *res*, in quanto l'eventuale pretesa del venditore al prezzo sarebbe stata così chiaramente contraria alla buona fede che non vi sarebbe stato bisogno di alcuna *interpretatio bonae fidei*. Per GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., 17 s., l'aggiunta compilatoria non si baserebbe su spunti classici, ma sarebbe il frutto della volontà giustiniana di far appello al principio di buona fede.

<sup>420</sup> GREINER, *Opera Neratii*, cit., 74, nota che il passaggio al discorso diretto in *quia ... admittit* non è necessariamente indizio di una differente paternità della frase: «Neraz kann den Tatbestand in indirekter Rede, die Entscheidung Aristos hingegen wörtlich wiedergegeben haben».

c) Il *dictum* di Aristone poteva prestarsi a una duplice interpretazione: la restituzione costituisce una condizione della liberazione del compratore o è piuttosto un impegno assunto da quest'ultimo? Questa difficoltà interpretativa ci garantisce che le parole di Aristone sono state riportate fedelmente, perché è proprio sulla loro interpretazione che Nerazio formula le proprie considerazioni.

La parte successiva del frammento deve essere infatti riferita, con ogni probabilità, al commento di Nerazio<sup>421</sup>, che individua, a partire dal discorso di Aristone, due distinte fattispecie:

c<sub>1</sub>) se le parti si accordano per il recesso essendo stata effettuata la *in integrum restitutio* della prestazione di una parte, non vi è effettivamente differenza con a) (*nec quicquam ... praestares*);

c<sub>2</sub>) se invece le parti si accordano per la restituzione della prestazione a una parte e la liberazione dell'altra dalla propria, non potrà parlarsi di recesso, perché l'accordo non mira tanto a sciogliere il primo negozio quanto a far nascere nuove obbligazioni (*illud ... constituentur*).

Nerazio, in altre parole, accettava l'ampliamento propugnato da Aristone solo interpretandolo nel senso che la restituzione fosse condizione del recesso<sup>422</sup>, e non un obbligo posto dalla *conventio*, perché

<sup>421</sup> Per l'attribuzione a Nerazio del segmento *nec quicquam ... praestares* (in c<sub>1</sub>), cfr. anche GREINER, *Opera Neratii*, cit., 74. SIBER, *Contrarius consensus*, cit., 98; STOLL, *Die formlose Vereinbarung*, cit., 18 e KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 46 s., pensano invece che c<sub>1</sub>) debba essere riferito ad Aristone e c<sub>2</sub>) a Nerazio: ma se così fosse c<sub>1</sub>) sarebbe solo una ripetizione di quanto appena detto (mentre non si dice esattamente la stessa cosa: cfr. *infra*). Attribuisce tutto il passo ad Aristone TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 101 ss., il quale, conseguentemente è costretto a pensare a un *modus procedendi* del giurista «abbastanza dubbio», in quanto: da un lato, avrebbe sovrapposto c<sub>1</sub>) e b) evitando la difficoltà nascente dal fatto che «v'è oggettivamente una non irrilevante differenza ... fra il patto di risolvere la compravendita concluso una volta che la situazione fosse stata rimessa in pristino e quello in cui, precedentemente a tale rimessione, si preveda la risoluzione per il caso che quest'ultima fosse avvenuta»; dall'altro, avrebbe distinto b) da c<sub>2</sub>), tra i quali sembrerebbe invece esservi maggiore corrispondenza (*ibid.*, 105 e nt. 292).

<sup>422</sup> Così anche KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 45. Benché la formulazione del passo potrebbe indurre a ritenere che Nerazio ammetta solo il caso della *conventio* successiva alla restituzione, non sembra necessario intenderla in questo senso (come voleva ad es. SIBER, *Contrarius consensus*, cit., 98), posto che Aristone, che egli sta commentando, parlava di una *conventio* precedente: per immaginare la necessità

in questo secondo caso lo scioglimento del contratto sarà ottenuto non attraverso un *contrarius consensus*, bensì mediante il sorgere di *novae obligationes*, ossia attraverso un nuovo contratto che ha ad oggetto l'impegno del compratore a restituire la *res* e quello del compratore a rimettere il *pretium*<sup>423</sup>.

Qual è, in tutto ciò, il ruolo della *bona fides*?

A me non sembra che possa in alcun modo dedursi dal passo una sua funzione come 'rispetto della parola data'<sup>424</sup>. Una simile prospettiva imporrebbe di far derivare la buona fede (il dovere di 'rispettare') dall'accordo (la 'parola data'), mentre è chiaro che nel passo è piuttosto la buona fede a rendere ammissibile l'accordo<sup>425</sup>. Anzi, la funzione di ammettere la *conventio* è più precisamente dell'*interpreta-*

---

di una *conventio* posteriore dovremmo pensare che Nerazio respingesse la dottrina di Aristone – il che non risulta chiaramente dal testo – o che intendesse parlare di altre ipotesi senza menzionare la dottrina del giurista precedente – il che non è verisimile. Maggiormente probabile è che la formulazione adottata da Nerazio risenta dell'andamento complessivo del discorso, organizzato specularmente su due ablativi assoluti, dei quali il primo riecheggia le parole di *a*): ... *integris omnibus ... conveniret; ... in integrum restituitis his ... consentiremus*.

<sup>423</sup> È possibile che Nerazio avesse in mente una convenzione sinallagmatica atipica, una sorta di «vendita a parti invertite» (TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 102 s.), ma il passo non fornisce in alcun modo elementi per ipotizzare che essa fosse per il giurista inefficace o invalida «perché non rientrante in una delle figure riconosciute», come afferma TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 105 nt. 292 e 106, secondo il quale la ragione dell'esclusione del recesso tramite *c*<sub>2</sub>) dipenderebbe dal principio *ex nudo pacto non oritur actio* (*ibid.*, 102). Lo pensavano SIBER, *Contrarius consensus*, cit., 100 e nt. 3; STOLL, *Die formlose Vereinbarung*, cit., 18 s. e KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 47 e nt. 19, i quali però ritenevano interpolato il testo *plane ... actum est*. Ma se si ritiene genuino il brano, si deve rilevare che termine *conventio* è all'ablativo (strumentale), e il *perfici non potest* si riferisce a *illud*: ciò che non può realizzarsi è il recesso in virtù di una simile convenzione, non perché questa sia invalida, ma perché ha effetti diversi dal recesso. Peraltro, una convenzione sinallagmatica non è evidentemente invalida in quanto atipica, potendo essere tutelata da un'azione atipica, o addirittura in via di eccezione come mero *pactum*.

<sup>424</sup> Così invece TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 104 e 106.

<sup>425</sup> E ciò neanche nel senso di ritenere che Aristone voglia affermare che «la *conventio* in questione rientra in quelle che la *bona fides* impone di proteggere» (TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 104). La formulazione è infatti ambigua, perché si fonda su un salto logico: la buona fede come 'rispetto della parola data' è la buona fede del contraente, mentre la buona fede che impone di proteggere questo o quell'accordo si rivolge all'ordinamento.

*tio bonae fidei*<sup>426</sup>, ossia – in analogia con espressioni simili: *interpretatio doli*, *interpretatio fraudis*<sup>427</sup> – dell'attività di *interpretatio* compiuta dai *prudentes* sulla nozione di *bona fides*, attività che permette di ampliare a nuove fattispecie la regola dello scioglimento *re integra*.

La buona fede cui si fa riferimento nel passo è piuttosto – e ancora una volta – un criterio fondato sull'equilibrio contrattuale: quand'anche sia stata eseguita una prestazione, se questa viene restituita, ripristinandosi l'equilibrio iniziale, non vi è motivo di non consentire lo scioglimento del rapporto. Questo mi sembra il senso del commento di Aristone secondo cui tutti questi problemi sono ricondotti alla buona fede (*ad quam omnia haec rediguntur*)<sup>428</sup>: l'ammissibilità degli accordi successivi all'interno di un contratto deve essere parametrata al criterio fondamentale del mantenimento della logica intrinseca del rapporto, ossia alla *bona fides*.

Non vi è qui nulla della 'interpretazione secondo buona fede', la si intenda in senso soggettivo come ricostruzione della volontà delle parti, o in senso oggettivo come sostanzialmente integrativa<sup>429</sup>: nel passo, la buona fede ha valore esclusivamente normativo, riguardando l'ammissibilità dell'accordo sul piano dell'ordinamento<sup>430</sup>.

<sup>426</sup> Espressione che TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 103 tende a svalutare, affermando che «la *bonae fidei interpretatio* altro non è che la *bona fides*, *ad quam omnia haec rediguntur*».

<sup>427</sup> Cfr. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 39 s. nt. 33.

<sup>428</sup> L'espressione *ad quam omnia haec rediguntur* non può essere intesa nel senso di «una precisa restrizione della *bona fides* ai profili discussi» (TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 103 nt. 290): il soggetto di *rediguntur* è (*omnia*) *haec*, non *bona fides*, che è il termine di riferimento (*ad quam*) dell'attività del *redigere*.

<sup>429</sup> Sulle teorie della civilistica italiana, cfr. FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 218 ss.

<sup>430</sup> Così anche G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 362 nt. 421. Al riguardo, la posizione di STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 39 ss. e 70 ss., non mi è molto chiara. Per un verso, l'a. afferma che «interpretare la *bona fides* si risolve, in sostanza, nel vagliarne le possibili esplicazioni e applicazioni negoziali – il che, evidentemente, non è affatto lontano dall'assumerla come criterio dell'ermeneutica contrattuale» (*ibid.*, 42), cosicché la buona fede è «oggetto e criterio di *interpretatio*» (*ibid.*, 39): in altre parole, per quanto l'a. non la intenda come 'interpretazione secondo buona fede', egli ammette un suo valore al contempo di «di interpretazione (*lato sensu*) normativa da un lato e negoziale dall'altro» (*ibid.*, 71). Per un altro verso, l'a. intende il valore della buona

## 11. Conclusioni.

L'esame sin qui condotto ha portato, mi sembra, a una serie di risultati che converrà provvisoriamente riassumere.

In primo luogo, la buona fede non appare legata in modo particolare al 'rispetto della parola data' né all'accordo delle parti<sup>428</sup>, se non nel senso che essa impone di rispettare la logica – esplicita o implicita – del programma contrattuale fissato dai contraenti. Questa caratteristica è peraltro coerente con la valenza della *fides* arcaica, che consiste nel 'credito' di ciascuno all'interno del gruppo, cosicché anche gli impegni solenni non appaiono vincolanti tanto per profili formali o di tutela della volontà, quanto per il fatto che il loro rispetto implica stabilità (*gravitas*) e dunque affidabilità del soggetto<sup>432</sup>.

Allo stesso modo, la buona fede non coincide con l'assenza di dolo, potendo avere una valenza più ampia. Essa è infatti maggiormente estesa sia del cd. dolo negoziale, ricomprendendo anche altri comportamenti illeciti come il *metus*<sup>433</sup>; sia del dolo come criterio di responsabilità, in quanto l'estensione dell'*oportere ex fide bona* varia con il regime previsto per il singolo rapporto contrattuale: la stessa espressione *bonam fidem praestare* non vuol dire altro che questo<sup>434</sup>.

Inoltre, benché il processo formulare romano sia strutturalmente indirizzato a una *condemnatio pecuniaria*, la buona fede non sembra richiedere un rapporto necessario con la tutela risarcitoria. In primo luogo, quando il convenuto riesca ad opporre un comportamento contrario a buona fede dell'attore, ciò può condurre indirettamente allo scioglimento del rapporto attraverso il rigetto delle pretese dell'attore fondate sull'*oportere ex fide bona*: un esito che non appare

---

fede come criterio di interpretazione negoziale nel senso della «valutazione di una convenzione, tesa a vagliarne l'ammissibilità e quindi la possibilità di un'ideale tutela processuale» (*ibid.*, 71 nt. 99). Sembrerebbe che l'a. intenda per 'interpretazione negoziale' non l'interpretazione ('soggettiva' od 'oggettiva' che sia) del contenuto del negozio così come predisposto dalle parti, ma l'interpretazione dell'ammissibilità del negozio: il che, però, è proprio dell'interpretazione normativa.

<sup>431</sup> Su questa diffusa interpretazione cfr. *supra*, § 1.

<sup>432</sup> Cfr. *supra*, § 2.

<sup>433</sup> Cfr. *supra*, § 4.6.

<sup>434</sup> Cfr. *supra*, § 8.1.

evidente nelle formule classiche dei *iudicia bonae fidei*, nelle quali la caducazione *ex fide bona* del negozio è nascosta nelle pieghe del *si non paret absolvito*, ma che emerge chiaramente nell'*exceptio* dell'editto asiatico di Q. Mucio Scevola<sup>435</sup>. In secondo luogo, il fatto che nei *iudicia bonae fidei* vi sia un regime analogo a quello delle formule dotate di clausola arbitraria, permette al convenuto di evitare la condanna pecuniaria – che opera come coazione indiretta – adempiendo spontaneamente dopo la *iudicatio* e prima della condanna<sup>429</sup>. Infine, almeno a partire dall'inizio del principato – ma non vi è motivo per escludere che ciò già accadesse in età repubblicana – i giudizi di buona fede erano compatibili con esiti direttamente restitutori<sup>430</sup>.

Non è invece emerso – almeno, per quanto riguarda le fonti fino al I sec. d.C. – un ruolo della *bona fides* come criterio di interpretazione intesa come ricostruzione della volontà dei contraenti<sup>431</sup>. La *bona fides* attiene da un lato all'*interpretatio*, ossia all'attività scientifica svolta dai *prudentes* con funzione normativa; dall'altro, rispetto al singolo negozio, si avvicina a quella che la civilistica chiama 'interpretazione integrativa'<sup>439</sup>: è abbastanza sintomatico che la liberazione del debitore che restituisca al *servus* il deposito venga giustificata, quando si parla (anche) di *iudicia stricti iuris*, con un riferimento alla volontà presunta del *dominus*, e rispetto ai *iudicia bonae fidei* come un obbligo imposto dalla *bona fides*<sup>440</sup>, ossia dalla logica del contratto che impone di tener presenti anche doveri accessori che 'integrano' l'accordo – ma sarebbe più esatto dire, per sfuggire alla moderna prospettiva volontaristica, che sono impliciti nella struttura contrattuale anche se non espressi dalle parti.

Il dato fondamentale che affiora dall'analisi dei testi è però a mio avviso che l'operatività, e forse addirittura la genesi della buona fede

<sup>435</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>436</sup> Cfr. *supra*, §§ 4.6.

<sup>437</sup> Cfr. *supra*, §§ 4.7.

<sup>438</sup> Sia nella prospettiva di una lettura 'soggettiva' che 'oggettiva', per usare distinzioni sviluppate dai civilisti rispetto all'interpretazione secondo buona fede: riferimenti in FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 218 ss.

<sup>439</sup> Riferimenti in FIORI, *Bona fides (Parte prima)*, cit., 221 ss.

<sup>440</sup> Cfr. *supra*, § 7.

sono strettamente connesse con la conservazione dell'equilibrio contrattuale. Ciò determina una serie di conseguenze:

a) sulle parti grava un dovere di informazione che mira a evitare squilibri, soprattutto nella fase formativa del contratto<sup>441</sup>;

b) ciascun contraente ha il dovere di proteggere gli interessi della controparte quando il proprio comportamento potrebbe causare un ingiustificato aggravio della prestazione altrui, sia tale dovere esplicito nell'accordo<sup>442</sup>, sia implicito<sup>443</sup>;

c) il giudice può intervenire sul contratto modificandolo: sia negando la doverosità di alcune prestazioni quando ciò alteri l'equilibrio contrattuale<sup>444</sup>, sia modificando l'entità delle partecipazioni nei contratti associativi<sup>445</sup>, sia adattando le prestazioni agli eventi sopravvenuti nei contratti di durata<sup>446</sup>;

d) l'*oportere ex fide bona* sopravvive e riceve tutela anche quando il contratto tipico entro il quale esso è nato non è efficace e pertanto non è tutelabile dalle azioni corrispondenti. In questo caso, coerentemente con la concezione romana del contratto come *obligatio contracta*, l'obbligazione 'nuda' (ma non atipica) viene tutelata in sé, mediante un'azione atipica costruita, sul piano formulare, con *praescripta verba*<sup>447</sup>.

Il fatto che le funzioni della *bona fides* aderiscano così strettamente all'equilibrio contrattuale e alla disciplina del tipo, rende difficile accettare l'idea che si tratti di una 'formula vuota', e induce invece a ritenere che essa sia una nozione fortemente tecnica, gradualmente costruita dall'*interpretatio* giurisprudenziale secondo linee di sviluppo vincolanti per i *prudentes*. Basti ricordare come la regola della *reticentia*, nata grazie alla *bona fides*<sup>448</sup>, venga percepita come *ius e*

<sup>441</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>442</sup> Cfr. *supra*, § 8.1.

<sup>443</sup> Cfr. *supra*, § 7.

<sup>444</sup> Cfr. *supra*, § 6.1.

<sup>445</sup> Cfr. *supra*, § 8.2.

<sup>446</sup> Cfr. *supra*, § 5.

<sup>447</sup> Cfr. *supra*, § 6.2.

<sup>448</sup> Cfr. *supra*, § 4.2.

debba essere a sua volta letta alla luce della *bona fides* per essere applicata a circostanze particolari<sup>449</sup>.

Se ciò non bastasse, occorre considerare che se Cicerone nel *de officiis* – in un’opera, cioè, fortemente indirizzata, per fini politici, alla costruzione di un’etica civile stabile basata sui valori tradizionali romani<sup>450</sup> – ha deciso di esprimere gli *officia* del *bonus vir* nel diritto privato proprio attraverso la *bona fides*, contrapponendola ai valori basati – invece che sulla *natura*, ossia sulla realtà delle cose – sull’*opinio*, evidentemente egli avvertiva la nozione non come una clausola vuota riempita con l’etica del momento, ma come una regola certa, che deve declinarsi *κατὰ περίστασιν* ma che può fornire al cittadino precetti coerenti con i principi.

E, d’altronde, ciò è coerente anche con il valore tradizionale della *fides* come ‘credito’, e alla sua funzione di vincolare non solo ai giuramenti, ma anche a una serie di rapporti essenziali per la sopravvivenza del gruppo le cui regole possono derivano sia da singole *pactiones* sia, soprattutto, da *mores* antichissimi e talora addirittura indoeuropei<sup>451</sup>.

A mio avviso – cercherò di dimostrarlo nel prosieguo della ricerca – neanche la moderna buona fede può essere considerata una ‘Leerformel’: ma mi sembra che ciò sia senz’altro da escludere per la percezione che della *bona fides* romana avevano i *prudentes*.

---

<sup>449</sup> Cfr. *supra*, § 4.3.

<sup>450</sup> Cfr. *supra*, §§ 4.1. e 4.4.

<sup>451</sup> Cfr. *supra*, § 2.1.