

L'uso della locuzione “bona fides” nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali (*)

di Wojciech DAJCZAK

(Toruń)

Uno dei problemi di fronte al quale si trovavano i giuristi romani nella valutazione degli effetti di un procedimento giuridico era quello di dover decidere se un contratto o alcune sue clausole avessero valore vincolante, se cioè si potesse esigerne l'esecuzione sporgendo querela. Le fonti mostrano che, prendendo decisioni a riguardo, i giuristi romani talvolta invocano il modulo della *bona fides*. Sorge pertanto la domanda: quale conseguenza giuridica comportava la *bona fides*? cosa cambia nel tempo fra quei giuristi romani che, nel valutare del valore vincolante degli accordi contrattuali, invocano la *bona fides*? quali valori venivano di volta in volta difesi da quale decisioni?

*) Ringrazio affettuosamente il Dr. Cosimo CASCIONE per la correzione linguistica del testo.

Cominciamo le nostre brevi considerazioni da un passo tratto dall'XI libro *epistularum* di Giavoleno Prisco, nato verso la metà del I secolo d.C.:

D. 19,2,21 (Iavolenus, *libro XI epistularum*).

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.

Il giurista descrive un caso in cui, dopo aver concluso un contratto di *emptio - venditio*, le parti hanno stabilito in aggiunta che, fino al momento della piena effettuazione del pagamento, l'acquirente avrebbe pagato un affitto per il fondo acquistato.

Il dubbio che impensieriva Giavoleno era allora: l'acquirente sarà obbligato a pagare l'affitto anche quando avrà completato il pagamento?

Una spiegazione logica di siffatto dubbio ci viene dalla ricostruzione delle circostanze tentata da THOMAS ⁽¹⁾ e DAUBE ⁽²⁾. Le parti avevano evidentemente stabilito con precisione entro quale data avrebbe dovuto effettuarsi l'intero pagamento, e nello

1) J.A.C. THOMAS, *Tenancy by Purchaser*, *IURA* 10 (1959), pp. 103 sgg.

2) D. DAUBE, *Si...tunc in D. 19,2,22pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria*, *RIDA* 5 (1958), pp. 433 sgg.

stesso tempo avevano concluso un contratto di *locatio - conductio* di durata corrispondente allo stesso periodo.

Prendendo per buona tale ricostruzione di fatti, il quesito avanzato da Giavoleno si può dunque esprimere in questi termini: nel caso il pagamento del prezzo venga effettuato prima della data stabilita, l'accordo delle parti riguardante la durata del contratto di *locatio - conductio* rimane vincolante?

Il giurista è stato dunque messo di fronte alla necessità di scegliere se a decidere sull'obbligatorietà di pagare la quota di affitto da parte dell'acquirente intervenga la considerazione del fine ultimo del contratto di *locatio - conductio*, che era stato concluso in stretto rapporto con quello di vendita, oppure se si debba adempiere fino in fondo agli accordi riguardanti la durata della *locatio - conductio*.

Giavoleno, nel risolvere questo problema, constata dapprima che *propter bonam fidem* si devono realizzare tutti gli accordi stabiliti, ma subito dopo aggiunge che, avendo effettuato l'intero pagamento del prezzo prima della data concordata, l'acquirente non dovrà pagare più l'affitto.

Il modo di esprimersi del giurista ci permette allora di dedurre che il punto di partenza del suo ragionamento è l'accezione della locuzione *bona fides* come argomento di quel procedimento che persegue la realizzazione precisa della lettera del contratto.

Che Giavoleno intendesse *bona fides* in rapporto al mantenimento rigoroso della parola data è già stato accennato da

H. KRÜGER ⁽³⁾ e M. HORVAT ⁽⁴⁾. M. HORVAT indica inoltre che la determinazione di tale significato si completa nelle righe successive, nel passo che comincia con “*Sed non amplius*”.

La decisione analizzata da Giavoleno è quindi cruciale per la percezione della *bona fides* in unione alla rigorosa esecuzione degli accordi contrattuali, e la conseguenza pratica sta nel fatto che l’obbligo per l’acquirente di pagare l’affitto risulta annullato a partire dal momento in cui l’intero prezzo viene pagato, vale a dire dal momento in cui il venditore perde i suoi diritti sulla merce venduta, consegnata all’acquirente sulla base di una *locatio - conductio*.

Notando questo effetto, si può dedurre che, secondo il giurista, 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.

Verso la metà del I secolo d.C., la pratica giuridica romana ha quindi adottato un modo nuovo di usare la locuzione *bona fides*, vista ora come un argomento che andava a collegare il valore vincolante dell’accordo contrattuale con il raggiungimento dell’effetto voluto dalle parti.

3) H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, ZSS 11 (1890), p. 188.

4) M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, *Studi Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1953, p. 433. Sull’argomento si veda anche M. HORVAT, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, p. 68.

Le fonti ci indicano che questa prassi è andata consolidandosi nel periodo classico; tuttavia, a partire da Celso ⁽⁵⁾, possiamo rintracciare l'uso dell'espressione *bona fides* per giustificare quel rifiuto del valore vincolante degli accordi tra le parti che escludano l'obbligo di risarcimento per i danni causati dalle azioni dolose.

Sempre stando alle fonti, nel periodo medio e tardo classico il ricorso alla locuzione *bona fides* non sarà tuttavia più limitato a risolvere il conflitto tra il senso letterale del contratto e l'intenzione delle parti.

Un caso interessante si trova nel II libro delle *Quaestiones* di Sesto Cecilio Africano, vissuto nel II secolo d.C.:

D. 28,5,47(46) (Africanus, *libro II quaestionum*).

Quidam, cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ut amicum suum heredem institueret: atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est, nec quicquam ab eo petitum est. quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet, aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus eum esset, et utrum patri, an filio competeret.

5) Vedi D. 50,17,23.

... si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.

Il brano riportato riguarda il caso di un ereditando che voleva nominare come proprio erede un ragazzo sottoposto alla *patria potestas*, e nello stesso tempo voleva imporre una restrizione che non permettesse al *pater familias* dell'erede di appropriarsi di tale eredità.

Per assicurarsi tale risultato, il testatore istituisce erede un amico del *filius familias*. A parte le considerazioni sulla possibilità di chiedere il trasferimento dell'eredità invocando la circostanza che l'erede è stato gravato del fedecomesso, il giurista analizza una questione importante per le nostre considerazioni: quella riguardante l'efficacia della querela contrattuale.

Il problema si riduce alla ricerca di una risposta alla seguente domanda: quando il *filius familias* ordina al suo amico di acquistare l'eredità per trasferirgliela il giorno in cui sarà diventato persona *sui iuris*, può il *pater familias* di tale *filius* intentare un'*actio mandati* chiedendo l'acquisizione dell'eredità?

In conformità alla struttura della famiglia agnazia romana, il *pater familias* rappresentava legalmente il figlio sottoposto alla sua potestà, e godeva pertanto del diritto di acquisizione (6).

Utilizzando per la sua argomentazione l'espressione *bona fides*, Africanus ha constatato che la richiesta di trasferimento dell'eredità da parte del *pater familias* era vana, e ciò – spiega – perché questi non poteva acquistare l'eredità contro la volontà dell'ereditando.

Facendo un'analisi più precisa dell'argomentazione esposta dal giurista, bisogna notare che egli non ha legato la locuzione *bona fides* né all'interpretazione che richiama il senso letterale del contratto né all'intenzione del *filius familias* cioè di chi in realtà ha dato l'ordine. Africano non analizzava il conflitto tra il contenuto del contratto e la regola di acquisizione dei beni da parte delle persone *alieni iuris*.

Così facendo, nella valutazione del valore vincolante del contratto, il giurista non ha impiegato la locuzione *bona fides* in alcuno dei modi fin qui incontrati, e nello stesso tempo ha rinunciato anche ad usarla come la base per la critica della legge,

6) Cfr. W. BOJARSKI, *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Toruń 1994, p. 108; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol.1, München 1971, p. 64; K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Warszawa 1978, pp. 251 sgg.; W. ROZWADOWSKI, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł* [Lineamenti del diritto romano con fonti scelte], Poznań 1992, p. 92. Ritengo che Africanus non avesse dubbi sul fatto che il *pater familias* rappresentasse legalmente il *filius familias*; ciò deriva dal fatto che stava esaminando l'efficacia dell'*actio mandati* in relazione al *pater familias* e nella parte finale del brano ha concesso al figlio, divenuto indipendente, di sporgere la querela in via analogica e non contrattuale.

onde infirmare la regola “*quod liberi nostri quos in potestate habemus... accipiunt... id nobis acquiritur*” (7).

Il giurista, andando – come già nelle fonti precedenti – oltre la pratica d’uso della locuzione *bona fides* per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali, ha legato ad essa un effetto molto fine, consistente nel fatto che, pur non assurgendo a base per la critica della legge, in casi particolari tale valutazione può fungere da punto di partenza per quelle soluzioni che non corrispondono alla regola generale o alla costruzione giuridica.

Ciò detto, ne risulta che il ruolo creativo della giurisprudenza consisteva nell’indicare quando, in rapporto con il modulo *bona fides*, fossero giustificate tali decisioni.

Nel testo addotto, Africanus ha constatato che la locuzione *bona fides* richiamata per valutare il valore vincolante dell’accordo contrattuale impone una soluzione che non violi il rispetto – accolto dalla pratica giurisprudenziale – per la volontà del defunto.

Le fonti del periodo tardo classico indicano altri casi in cui il richiamo alla *bona fides* per valutare il valore vincolante dell’accordo contrattuale fungeva da salvaguardia dei valori accettati nella pratica giurisprudenziale (8).

7) G. 2,87.

8) Tryph. D. 16,3,31,1.

L'analisi fatta fino a questo punto ci permette dunque di delineare chiaramente la tendenza del cambiamento dell'uso della nostra locuzione. Alla metà del I secolo d.C. e non più tardi, i giuristi romani definivano il valore di un accordo contrattuale conforme alla *bona fides* nella misura in cui esso corrispondeva alle intenzioni delle parti. Nella pratica giuridica del periodo medio classico troviamo alcune eccezioni a questa regola consistenti nel rifiuto del valore vincolante di quel *pactum* che esclude la responsabilità a titolo di *dolus*; richiamando la *bona fides* si giustificava così l'annullamento dell'obbligazione contrattuale, l'esecuzione della quale sarebbe andata contro i valori etici accolti dalla pratica giurisprudenziale. La tendenza principale e ben chiara nell'uso della locuzione *bona fides* stava dunque in valutazione del valore del contratto che garantisse il raggiungimento del risultato voluto dalle parti.

Per constatare, fino a qual punto sia giunta la giurisprudenza romana nel "tradurre" questa tendenza in soluzioni reali, torna preziosa l'opinione tardo classica tratta dal VI libro delle cosiddette *Opiniones* di Ulpiano.

Esiste una controversia fra gli studiosi sulla paternità di quest'opera. B. SANTALUCIA ⁽⁹⁾ la ritiene originale di Ulpiano, T. HONORÉ ⁽¹⁰⁾ la crede invece apocrifa.

9) B. SANTALUCIA, *Libri Opinionum di Ulpiano*, Milano 1971, vol. 1, p. 1 sgg.

10) T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, pp.120 sgg.

Segnalando questa polemica mi limito solo a richiamare e a condividere l'opinione di J. HALLEBEEK ⁽¹¹⁾ secondo cui non si può stabilire con sicurezza se sia stato Ulpiano a scrivere questi libri: gli argomenti trattati permettono soltanto di accertare che abbiamo a che fare con un testo tardo classico. Orbene, in esso si legge:

D. 8,4,13pr (Ulpianus, *libro VI opinionum*).

Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium, aut in ius eorum succedentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

In questo passo si descrive un caso di vendita di un bene immobile situato sulla riva del mare: un fondo chiamato "Geronianus". Veniamo a sapere che il venditore era anche in possesso del fondo confinante, denominato "Botrianus". Stipulando il contratto, le parti hanno inserito una clausola – nel testo detta "lex privata" ⁽¹²⁾ – secondo la quale dal fondo "Botrianus", rimasto in possesso del venditore, non si sarebbe

11) J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny. Exegesis of D. 8,4,13pr.*, TR 55 (1987), p. 48.

12) Vedi M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre, Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, pp. 93 sgg.; M. KASER fa notare che questo è l'unico brano nelle fonti, dove sia usata la locuzione *lex privata*, ovviamente non in senso tecnico, per indicare "privatrechtlich" la *lex dicta*.

dovuta effettuare la pesca del tonno (“*ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur*”).

La locuzione “*personae possidentium*” usata nel testo per indicare il dominio dei fondi è la base di un’opinione indiscutibile nella romanistica secondo la quale il caso descritto riguarderebbe i fondi provinciali ⁽¹³⁾, situati secondo J. HALLEBEEK sulla costa nordafricana ⁽¹⁴⁾.

È convincente l’osservazione di A. WACKE secondo cui oggetto del contratto di vendita in esame non è solo il fondo, ma di fatto anche un’impresa da pesca e perciò la restrizione fatta dalle parti era importante per la prosperità economica dell’acquirente, garantita così dal divieto di un uso concorrenziale del fondo “Botrianus” ⁽¹⁵⁾.

Il problema esaminato nel testo si riduce allora alla domanda: il divieto di concorrenza, concordato tra le parti aveva valore vincolante? Se sì, verso quale cerchia di persone?

Nell’inequivocabile risposta leggiamo che sul mare che *natura omnibus patet* non si può stabilire la servitù sulla base di un’accordo privato; tuttavia (*quia tamen*) la *bona fides* esige che l’alienante e i suoi successori (“*personae... in ius eorum*

13) A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln im antiken und modernen Recht*, ZSS 99 (1982), p. 213.

14) J. HALLEBEEK, *op.cit.*, p. 41; basandosi sui nomi dei fondi indicati nel testo, HALLEBEEK ipotizza che i fondi si trovassero vicino a Cartagine.

15) A. WACKE, *op.cit.*, pp. 213 sgg.

succedentium”) mantengano quanto è stato fissato durante la stipula del contratto.

Il giurista ha fatto quindi notare dapprima l’inammissibilità di una servitù ⁽¹⁶⁾; dopo di che, richiamandosi alla *bona fides*, ha riconosciuto il valore vincolante del negozio, e ciò non solo nei confronti dei contraenti, ma anche verso terzi. Eccoci dunque davanti un accordo che crea obbligazioni anche verso terzi ⁽¹⁷⁾.

Nelle fonti tardo classiche troviamo una serie di esempi, in cui, tramite *lex contractus* efficace verso terzi, si limita ovvero esclude la possibilità di disporre di una cosa ⁽¹⁸⁾. Nel testo analizzato, la locuzione *bona fides* non viene quindi usata come base per la critica della legge, ma giustifica un’altra eccezione di relativa efficacia alla regola dell’*obligatio*.

Se prendiamo in considerazione che l’obiettivo di quell’accordo contrattuale consiste nell’esclusione della concorrenza, onde garantire la prosperità economica dell’impresa di pesca, possiamo constatare che la decisione legata al richiamo della *bona fides* porta proprio al raggiungimento del risultato pratico voluto dalle parti, in linea con la tendenza già più volte riscontrata.

16) Cfr. M. KASER, *Der Privatrechtsakt...*, p. 99; M. KASER sostiene che il motivo di sconfessare una servitù derivava dall’inammissibilità di porre con essa dei limiti all’uso di “*res omnium communes*”, mentre non forniva ostacoli la forma, cioè la costituzione di una servitù su fondo provinciale “*stipulationibus et pactionibus*”; così anche J. HALLEBEEK, *op.cit.*, p. 42.

17) G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni “propter rem”*, *Studi Volterra 2*, Milano 1972, p. 44; G. PROVERA qualifica questo caso come un esempio di obbligazione “*propter rem*”.

18) M. KASER, *Der Privatrechtsakt...*, pp. 97 sgg. (Cfr. ivi anche per la bibliografia precedente).

Il brano che abbiamo preso in considerazione arricchisce le riflessioni precedenti, indicando che l'autore del testo tardo classico ha constatato come il richiamo alla *bona fides* per raggiungere il risultato voluto dalle parti possa portare anche al riconoscimento di efficacia dell'obbligazione verso terzi.

Concludendo, si può rilevare che – a partire dalla metà del I secolo d.C. – i giuristi romani, valutando il valore vincolante degli accordi contrattuali nei casi specifici indicati, hanno modificato la prassi di usare la locuzione *bona fides* come una premessa che esige l'esecuzione del contratto secondo la sua lettera, a tutto vantaggio di una valutazione conforme al risultato perseguito dalle parti. Restando sulla stessa linea, il periodo medio classico si rifece a quella locuzione per risolvere i conflitti che, nella valutazione del valore degli accordi contrattuali, si presentavano fra:

- il raggiungimento del risultato voluto dalle parti e la prevenzione di azioni dolose nella prassi giuridica;
- la conseguenza di una costruzione giuridica e l'esito che avrebbero invece richiesto i valori etici, accettati dalla pratica legale (per es. il rispetto della volontà del defunto);
- l'affidarsi all'effetto di una costruzione giuridica e il raggiungimento del risultato voluto dalle parti.

Le fonti analizzate mostrano chiaramente che, nel risolvere questi conflitti, la precedenza era data alle soluzioni che portavano a prevenire azioni dolose oppure alla salvaguardia dei valori accettati dalla pratica giurisprudenziale.

Circa l'ultimo tipo di conflitto, nelle decisioni del periodo tardo classico la tendenza a perseguire il risultato voluto dalle parti ha causato un'accettazione – giustificata dalla *bona fides* – dell'eccezione alla regola: l'obbligazione determina obblighi solo fra le parti.