

Collana Ravenna Capitale

Comitato scientifico

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)

Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)

Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)

Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)

Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva,
Simona Tarozzi, Paola Biavaschi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti
a doppio referaggio anonimo.

RAVENNA CAPITALE

DISCIPLINA DEGLI ATTI NEGOZIALI
INTER VIVOS NELLE FONTI DI
IV - VII SECOLO, IN OCCIDENTE

© Copyright 2019 by Maggioli S.p.A.
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2008

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595
www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna (RN)

Indice

Presentazione	pag. vii
A proposito delle <i>obligationes ex contractu</i> nell'<i>Epitome Gai</i> di <i>Silvia Schiavo</i>.....	» 1
Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche di <i>Paola Bianchi</i>	» 27
La disciplina degli atti negoziali <i>inter vivos</i> nei rescritti <i>ex</i> <i>Gregoriano</i> ed <i>Hermogeniano</i> accolti nel <i>Breviarium</i> di <i>Giorgia Maragno</i>	» 73
C. 7.39.2 e il precario in Occidente tra Tardoantico e Medioevo di <i>Paola Biavaschi</i>	» 103
Gli atti costitutivi di diritti reali in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica di <i>Saverio Masuelli</i>	» 119
Forme di pubblicità degli atti di alienazione nel tardo antico: dall'intervento dei vicini all'<i>insinuatio apud acta</i> di <i>Francesco Fasolino</i>	» 131
Gli atti compiuti <i>a non tutore</i>: la disciplina in Occidente alla luce di PS. 1.4.8 di <i>Alessia Spina</i>.....	» 145
<i>Interpretatio visigotica</i> a C.Th. 8.12.1 e la <i>donatio post</i> <i>obitum</i> della prassi nelle province occidentali di <i>Simona Tarozzi</i>.....	» 165
Emancipazione come <i>rite de passage</i> di <i>A.J.B Sirks</i>.....	» 177

Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche

Paola Bianchi

(Università degli Studi di Roma Tor Vergata)

Sommario: Premessa. – 1. La cd. buona fede contrattuale. – 2. *Codex Theodosianus*. – 3. *Epitome Gai.* – 4. *Fragmenta Augustodunensia*. – 5. *Pauli Sententiae*. – 5a *Pauli Sententiae* 1.1.2. – 5b *Pauli Sententiae* 1.4.1. – 5c *Pauli Sententiae* 1.4.3. – 5d *Pauli Sententiae* 2.12.5. – 5e *Pauli Sententiae* 2.17.11. – 5f *Pauli Sententiae* 2.17.13. – 6. La buona fede in altre fonti tardo antiche. – Osservazioni conclusive.

Premessa

Nell'ambito del tema negozi e prassi in età tardo antica, che ha caratterizzato il Convegno di ottobre 2018 di Ravenna Capitale, dal titolo "Disciplina degli atti negoziali *inter vivos* nelle fonti di IV – VII secolo, in Occidente"¹, ho iniziato ad indagare il significato del costrutto *bona fides* nelle principali fonti dell'esperienza giuridica romana tardo antica. Questa indagine si rivolge al campo delle obbligazioni e tralascia invece i riferimenti alla buona fede in ambito possessorio e al concetto, più generale, di *fides*, fatta eccezione per cenni qualora necessari.

La buona fede, in ambito contrattuale, come è ben noto, è tema che vede dispiegarsi una cospicua letteratura sia di diritto antico sia di diritto positivo². Per il diritto antico l'interesse prevalente della dottrina riguarda il cd. diritto classico³. Nell'ambito

¹ Questo lavoro rappresenta la versione scritta e ampliata della relazione tenuta presso il suddetto Convegno di Ravenna Capitale del 2018.

² Cfr. il recentissimo contributo molto sostanzioso di G. FINAZZI, *Trattato delle obbligazioni* (L. Garofalo dir.), vol. I: *la struttura e l'adempimento*. Tomo IV: *correttezza e buona fede*, Milano, 2018.

³ Cfr., ad es., L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001)* (a cura di L. GAROFALO), vol. IV, Padova 2003, 1 ss.; R. CARDILLI, *Il 'periculum' e le 'usurae' nei giudizi di buona fede*, in *Atti del Convegno «L'usura ieri ed oggi»* (a cura di S. TAFARO), Bari, 1996, 11 ss.; ID., *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino, 2004 (2a ed. 2010 ampliata; 3a ed. 2014 ampliata); J. PARICIO, *Genesis e natura dei "bonae fidei iudicia"*, in *Rivi-*

delle ricerche sulle fonti tardo antiche non esiste invece una letteratura specifica sul tema. Mi è parso dunque opportuno verificare la permanenza o evoluzione del concetto di *bona fides* contrattuale nelle principali fonti del IV e V secolo.

Per le fonti ho considerato innanzitutto il *Breviarium* e quindi quanto in esso contenuto: Codice Teodosiano, *Epitome Gai* e *Pauli Sententiae* a cui ho aggiunto i *Fragmenta Augustodunensia* in quanto fondamentalmente sono una parafrasi o un'epitome gaiana. Per le *Pauli Sententiae*, in coerenza con l'impostazione di questo lavoro, ho tenuto conto del testo presente nel *Breviarium*, ponendolo a confronto con quello delle edizioni critiche. Ho poi considerato anche i *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio*, la *Consultatio*, i Codici Gregoriano ed Ermogeniano ed infine l'*Edictum Theodorici*.

Per il metodo seguito in questo lavoro sono partita dalle fonti verificando innanzitutto la ricorrenza dell'espressione; in una seconda fase ho cercato di verificare i contesti in cui poter inserire il concetto di buona fede, al di là della terminologia.

Prima considerazione che risulterà dalle pagine che seguono è una quantità numerica dell'espressione piuttosto limitata se non assente. Per alcune fonti la rarità o l'assenza rappresentano dati di per sé significativi. Raro o assente anche il concetto, la regola, al di là dei suoi aspetti lemmatici.

1. La cd. buona fede contrattuale

Come è ben noto la buona fede è suddivisa dalla dottrina moderna nelle due categorie di buona fede oggettiva e buona fede soggettiva che, pur avendo punti in comune, si diversificano nettamente, riferendosi la prima, tendenzialmente, ad un comportamento oggettivo astrattamente corretto, e la seconda, allo *status* psicologico di un soggetto. Nell'esperienza giuridica romana non troviamo definizioni dell'una o dell'altra ad opera della giurisprudenza ma la prima è collocata dalla romanistica nell'ambito delle obbligazioni e la seconda nel contesto dei diritti assoluti. Il tema della buona fede, in tutte le sue sfaccettature, è stato oggetto di una vasta discussione dottrinale, avendo avuto una storia evolutiva molto complessa, dal diritto romano, attraverso il diritto dei Commentatori fino alle esperienze giuridiche odierne. Il problema che si pone ai nostri occhi è dunque innanzitutto proprio l'individuazione del concetto sottostante la cd. buona fede contrattuale. Nell'ambito della letteratura assistiamo a una

sta di diritto romano – Atti del convegno “Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico”, 2001, 207 ss.; E. STOLFI, “Bonae fidei interpretatio”. Ricerche sull’interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli, 2004; R. FIORI, Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, Napoli, 2008, 237 ss.; ID., Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda), in Aa.Vv., Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, 4, Napoli, 2011, 240 ss.

varietà di proposte ed ipotesi che lasciano ancora oggi spazio ad una discussione su questo tema. Tema che ovviamente muta col cambiamento dei contesti perché, come è noto, il costrutto *bona fides* deriva dal lemma *fides* che investe un periodo storico molto antico⁴. In un noto contributo degli anni Duemila Mario Talamanca riproponeva la teoria della buona fede contrattuale intesa come “parola data”⁵, già presente ad es., in Schulz⁶, da cui sarebbe scaturito il significato della stessa come di “correttezza”⁷. Questa impostazione è stata recentemente sottoposta a critica⁸.

Non troviamo quindi una letteratura concorde sul significato attribuibile all’espressione, ma una discussione che presenta punti di incontro e, soprattutto, un’opinione comune sul fatto che il costrutto possieda un variegato campo di applicazione e che muti secondo il contesto⁹.

Una lettura a campione della giurisprudenza classica mostra innanzitutto che le opere da cui sono tratti i passi dei giuristi appartengono ai più vari generi: dalle *Disputationes* alle *Epistulae* ai commenti *ad Edictum* o *ad Sabinum* o *ad Quintum Mucium*, ai *Responsa*, alle *Quaestiones* e, pertanto, da questo primo dato si può dedurre che il tema della buona fede in generale e quello, più specifico, della buona fede contrattuale, non possieda una collocazione sistematica peculiare all’interno dei generi letterari giurisprudenziali; in secondo luogo nei passi giurisprudenziali ritroviamo la buona fede in contrapposizione al dolo e alla frode¹⁰, in accostamento all’equità¹¹,

⁴ Su cui rinvio ai densi lavori di FIORI, *Fides e bona fides* cit., 237 ss.; ID., *Bona fides* cit., 97 ss.,

⁵ TALAMANCA, *La ‘bona fides’* cit., 1 ss.; cfr. anche SANTUCCI, *Fides bona e societas: una riflessione*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., III, 366 ss.

⁶ F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, (tr. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ) rist. an. Firenze 1946 (= *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig 1934), 197 s.

⁷ Nel dedicarsi a questo argomento Mario Talamanca ben preavvisava il lettore della selezione da lui effettuata, nell’ambito dei vari significati del costrutto *bona fides* emergenti dalle fonti, cfr. TALAMANCA, *La ‘bona fides’* cit., spec. par. 8 e 52; cfr. FIORI, *Bona fides* cit., 97 ss., 99 nt. 6.

⁸ FIORI, *Bona fides* cit., 99 ss.

⁹ Cfr. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 3 ss., in riferimento a *fides*: “Lo storico del diritto ... Se avrà esaminato con pazienza le fonti, non potrà non trovarsi di fronte a dei significati molto diversi. Tra l’unità della parola e la pluralità dei significati sorge in tal modo una tensione...”.

¹⁰ D. 17.2.3.3 *Paulus libro 32 ad edictum 3. Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*

¹¹ D. 16.3.31 *Tryphoninus libro nono disputationum pr. Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat...* Molto importante, relativamente alla buona fede è anche il resto del frammento: *sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur; ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. 1. Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam*

alla *diligentia*¹², alla *diligentia, culpa* e *dolus*¹³, come espressione di *quod*

aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? Exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. Si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. Sed et si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet. Trifonino in questo noto frammento esordisce (pr.) dicendo che la buona fede contrattuale richiede una somma equità. Si pone poi la domanda se essa debba essere valutata secondo il mero diritto delle genti oppure secondo precetti del *ius civile* e pretori. Negli esempi che seguono dimostra che per il diritto delle genti la buona fede fa sì che vengano rispettati gli accordi tra i contraenti (ad es., nel caso di accusa in giudizio capitale i beni depositati dall'accusato devono essere restituiti a lui e non alle casse pubbliche), mentre per diritto civile i beni devono essere devoluti alla cassa pubblica. Poi il giurista si pone un altro quesito: se la buona fede deve essere valutata soltanto tra i contraenti o anche nei confronti dei terzi o di altre persone. Inizia con il seguente esempio: se un ladro deposita presso Seio, ignaro della mala fede del deponente, le cose che mi ha sottratto, Seio a chi deve riconsegnare? A me o al ladro? Secondo la buona fede al ladro perché essa richiede che chi ha depositato una cosa la possa recuperare. Se guardiamo all'*aequitas*, cioè all'equità della situazione complessiva, e quindi tutti i soggetti coinvolti nell'affare, Seio deve restituire a me. Se però io, legittimo proprietario non avanzo azione di restituzione, come sarebbe conforme al diritto, Seio deve restituire a chi ha depositato, come pure conferma Marcello. Se infine un ladro sottrae un bene ad un figlio o ad un servo di cui ignori la paternità o l'appartenenza e deposita il bene presso il padre o il padrone, ignari, il deposito non esiste secondo il diritto delle genti perché non si può dare ad un proprietario la sua cosa come se fosse di altri. In questo frammento la buona fede si identifica con l'oggetto della pattuizione tra le parti. Il frammento di Trifonino è stato oggetto di molti studi: cfr. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento*, cit., 106 ss., 297 ss., che, nell'ampia e dettagliata esegesi del passo, mette fra l'altro in evidenza il significato di buona fede come rispetto della parola data, dell'accordo; STOLFI, "*Bonae fidei interpretatio*" cit., 139 ss., e poi ancora a titolo di esempio, il recente lavoro di A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: la disciplina generale del contratto*, I, Torino 2018, 62 ss.

¹² D. 40.7.21 Pomponius libro septimo ex Plautio pr. Labeo libro posteriorum ita refert: "*Calenus dispensator meus, si rationes diligenter tractasse videbitur, liber esto suaque omnia et centum habeto*". *Diligentiam desiderare eam debemus, quae domino, non quae servo fuerit utilis. Erit autem ei diligentiae coniuncta fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo. Et quod ita scriptum est "videbitur", pro hoc accipi debet "videri poterit": sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt "si aqua pluvia nocet", id est "si nocere poterit". Et si quaeretur, cui eam diligentiam probari oporteat, heredum arbitratum viri boni more agentium sequi debebimus, veluti si is, qui certam pecuniam dedisset, liber esse iussus est, non adscripto eo, cui si dedisset, eo modo poterit liber esse, quo posset,*

*convenit fiat*¹⁴, come principio di correttezza¹⁵, comportamento del tutore¹⁶, in connessione con la valutazione di un *bonus vir*¹⁷, la buona fede collocata nell'ambito

si ita fuisset scriptum "si heredi dedisset". 1. Pactumeius Clemens aiebat, si ita sit fideicommissum relictum "cui eorum voles, rogo restituas", si nullum elegisset cui restitueret, omnibus deberi imperatorem Antoninum constituisse.

¹³ D. 18.1.68 Proculus libro sexto epistularum. pr. Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori 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. 1. Fere aliqui solent haec verba adicere: "dolus malus a venditore aberit", qui etiam si adiectum non est, abesse debet. 2. Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat. Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolus malus eius aestimaretur.

¹⁴ D. 19.2.21 Iavolenus libro 11 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.

¹⁵ D. 3.5.5.6 Ulpianus libro decimo ad edictum... Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur.

¹⁶ D. 26.7.9. 6. Ulpianus libro 36 ad edictum Nec utique necesse habet, si conveniatur, per iudicem solvere, idcircoque si mala causa pupillaris est, denunciare sibi verum debet. Denique imperator Antoninus cum patre etiam honoraria eos imputare pupillo prohibuit, si supervacaneam litem instituisset, cum convenirentur a vero creditore: nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere.

¹⁷ D. 19.2.24 Paulus libro 34 ad edictum pr. Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum 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. 1. Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset. 2. Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere. 3. Sed et de his, quae praesenti die praestare debuerunt, velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest. 4. Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiat: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. Quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest. 5. Qui in plures annos fundum locaverat, testamento suo

delle posizioni giuridiche assolute, quindi proprietà, possesso¹⁸, o modi di acquisto come l'usucapione¹⁹ e diritti reali: in sostanza una polisemia del costrutto, che va contestualizzato e che quindi può assumere di volta in volta connotazioni differenti.

Quando mi riferisco alla *bona fides* contrattuale intendo delimitare il campo, sconfinato, del tema *fides* e *bona fides* nell'esperienza giuridica romana²⁰. Con buona fede contrattuale o oggettiva mi riferisco al concetto giuridico che nasce nell'ambito del processo formulare, come qualificazione del "*quidquid dare facere oportet*"²¹: dunque a quell'elemento, che mi pare possa configurarsi nell'accordo esistente tra le parti (magari anche messo per iscritto²²), sul quale il giudice del processo formulare è chiamato ad esprimere il proprio giudizio, che verte quindi non solo sui *concepta verba* della formula. In altre parole un elemento variabile secondo i contesti e i contratti, e non un elemento astratto di correttezza paradigmatica. Nell'ambito della cd. buona fede oggettiva, a ben vedere, si possono collocare diversi significati, come quello, ad es., a cui abbiamo accennato, del comportamento del *bonus vir*: la sovrapposizione di categorie moderne su concetti propriamente romani spesso rende complessa l'individuazione dei differenti significati della buona fede. Inoltre il confine tra la cd. buona fede oggettiva e quella soggettiva è spesso sottile e i due concetti possono arrivare quasi a sovrapporsi: tuttavia il riferimento alla formula processuale dell'*oportere ex fide bona* consente di dipanare dubbi di interpretazione.

Vediamo dunque i testi delle principali fonti tardo antiche e il loro approccio a questo concetto; indaghiamo cioè la presenza, l'evoluzione o l'assenza del costrutto *bona fides* (o del concetto- buona fede contrattuale) in esse, partendo dalla fonte legislativa ufficiale: il Codice Teodosiano.

damnavit heredem, ut conductorem liberaret. Si non patiat heres eum reliquo tempore frui, est ex conducto actio: quod si patiat nec mercedes remittat, ex testamento tenetur.

¹⁸ D. 50.17.136 Paulus libro 18 ad edictum Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

¹⁹ D. 41.3.10 Ulpianus libro 16 ad edictum. pr. Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. Et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.

²⁰ Come messo in rilievo da TALAMANCA, *La 'bona fides' cit.*, 4 ss., è noto che "dal punto di vista della *bona fides* si possa scrivere la storia dell'intera esperienza giuridica romana".

²¹ LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides cit.*, 179. Lombardi scrive di "creazione processuale".

²² Come sempre estremamente convincenti le analisi di TALAMANCA, *La 'bona fides' cit.*; nonché le recenti osservazioni di G. BASSANELLI-SOMMARIVA, *Lavoro servile-lavoro libero*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, vol. XXIII, Napoli, 2018, 373 ss., 384, e che ho avuto la possibilità di leggere già prima della stampa per gentile concessione dell'Autrice.

2. *Codex Theodosianus*

Il Codice Teodosiano, su 249 volte di ricorrenza del termine *fides*, presenta un solo caso²³ in cui il suddetto lemma è unito all'aggettivo *bona*.

Quest'ultima ricorrenza si trova in CTh. in 3.4.1, del 386, appartenente alla cancelleria di Teodosio I²⁴, costituzione unica del titolo *De aediliciis actionibus* conservato dal *Breviarium*, inserita inalterata sotto identico titolo in C. 4.58.5²⁵, che si occupa di vizi in una compravendita di uno schiavo e della possibilità di revocare la vendita in tale caso. Vediamone il contenuto:

C.Th. 3.4.1 (386 Iun 29) Impp. Valentin(ianus), Theod(osius) et Arcad(ius) AAA. Nebridio PU. Habito semel bonae fidei contractu mancipioque suscepto et pretio dissoluto ita demum repetendi pretii potestas est ei qui mancipium comparaverit largienda, si illud quod dixerit fugitivum potuerit exhibere. Hoc enim non solum in barbaris, sed etiam in provincialibus servis iure praescriptum est. Dat. III Kal. Iul. Constant(ino)p(oli) Honorio N. P. et Enodio V. C. cons.

Interpretatio Quum inter emptorem ac venditorem de mancipii pretio convenerit et fuerit conscripta venditio, nullatenus poterit revocari, nisi forte ille, qui emit mancipium, probaverit fugitivum, et tunc habebit licentiam pretium recipere, si mancipium reddiderit venditori.

La norma stabilisce (stando al tenore del testo) che dopo che il contratto di buona fede è stato perfezionato, il potere di ripetere il prezzo, nel caso in cui siano state adempite entrambe le obbligazioni, della consegna dello schiavo e del pagamento del prezzo, è concesso solo a colui che, avendo comprato lo schiavo, potrà dimostrare che lo schiavo è un fuggitivo (se potrà *exhibere* il servo che disse che era fuggitivo). Tale principio, afferma la legge, è disposto non solo per i servi barbari ma anche per quelli provinciali. L'*Interpretatio* alla norma ridabisce la prescrizione normativa: una volta

²³ Cfr. M. TALAMANCA, *L'Aequitas* nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico, in "Aequitas". *Giornate in memoria di Paolo Silli*, Atti del Conv. Trento, 11 e 12 aprile 2002 (a cura di G. SANTUCCI), Padova 2006, 53 ss., 222 nt. 491, che, in contrapposizione ad una teoria di D. Simon sulla non identificazione tra *fides* ed *aequitas*, precisava che nelle fonti tardo-antiche, anteriori a Giustiniano, vi è solo questo testo, CTh. 3.4.1, in cui ricorre l'espressione *bonae fidei contractus*.

²⁴ Cfr. O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 N. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Unveränderten Nachdruck der Ausgabe Stuttgart, 1919, Frankfurt/Main, 1984, 271.

²⁵ C. 4.58.5 *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius AAA. Nebridio Pu. Habito semel bonae fidei contractu mancipioque suscepto et pretio soluto ita demum repetendi pretii potestas est ei qui mancipium comparaverit largienda, si illud quod dixerit fugitivum, poterit exhibere. Hoc enim non solum in barbaris, sed etiam in provincialibus servis iure praescriptum est. A. 386 D. III K. Iul. Constantinopoli Honorio NP. et Euodio cons.*

conclusa la vendita, solo il compratore che può provare che il servo era fuggitivo può richiedere il prezzo. In essa infatti si afferma che quando il prezzo dello schiavo è stato convenuto tra compratore e venditore e la vendita è stata messa per iscritto, questa non può essere revocata se non attraverso la prova del fatto che lo schiavo fosse fuggitivo: in tale caso si può ripetere il prezzo. Si può subito notare che in questa *Interpretatio* l'espressione *bona fides* è omessa. Tra il testo della legge e il commento c'è anche un'altra differenza: essa riguarda il verbo *exhibere* che compare solo nella legge mentre nell'*Interpretatio* il verbo impiegato è *probare*. Il primo verbo è spiegato da Gotofredo come impossibilità per il compratore di impiegare l'azione redibitoria²⁶ se egli non recupera e consegna il servo al venditore: nel caso non riesca a compiere queste azioni dovrà intentare l'azione estimatoria. La prima azione potrà invece essere comunque intentata se il venditore è in mala fede²⁷. L'accostamento tra *exhibere* e *reddere* (o *sistere*) troverebbe conferma, secondo Gotofredo, anche nel pensiero di Cuiacio. Il carattere reipersecutorio dell'*actio redhibitoria* è sottolineato da Manna che adduce questo testo come esempio di fonte, al di fuori della compilazione giustiniana, in cui si evidenzia la "prestazione cui il venditore non può sfuggire" e cioè la restituzione del prezzo, dopo l'esperimento dell'azione redibitoria²⁸; a questo testo l'autrice unisce *Pauli Sententiae* 2.17.11²⁹, ET. 141³⁰ e due paragrafi del libro Siro-Romano del diritto.

Il testo della legge risulta essere l'unico – per quanto conosciamo della originaria struttura del Codice Teodosiano – a riportare un riferimento imperiale esplicito a contratti di buona fede (*Habito semel bonae fidei contractu*): in sostanza rappresenterebbe una rarità, e sembrerebbe un chiaro riferimento ai principi e regole della buona fede nella compravendita senza particolari connotazioni che distinguano il caso; un mero riferimento ad un contratto *bonae fidei* e cioè un contratto tutelato da azioni di buona fede. Il problema che potrebbe sorgere in questo caso potrebbe essere l'applicazione di azioni di buona fede: se cioè in pieno IV secolo ci si possa riferire alle formule oppure semplicemente, come appare probabile, a formulari che riprendono, come schemi, strutture delle formulae all'interno della *cognitio extra ordinem*.

²⁶ J. GOTHOFREDII *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae 1736, *Commentarius ad CTh.* 3.4.1, nt. g *Redhibitoria agendi* e *Commentarius*.

²⁷ J. GOTHOFREDII *Codex Theodosianus* loc. cit. Secondo C.J. DE BRUIJN, *Latent Defect or Excessive Price? Exploring Early Modern Legal Approach to Remediating Defects in Goods Exchanged for Money*, In questo testo ci si riferisce ad un limitato numero di motivi per chiedere la restituzione del prezzo pagato a differenza di CTh. 3.1.1.

²⁸ L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto De mancipiis vendundis*, Milano, 1994, 238 s.

²⁹ PS. 2.17.11 *Servus bona fide comparatus si ex veteri vitio fugerit, non tantum pretium dominus, sed et ea quae per fugam abstulit reddere cogitur*. Su cui vedi *infra* 61.

³⁰ *Quicumque servum fugitivum vendiderit ignoranti* ET. 141. *Quicumque fugere solitum vendiderit ignoranti, si emptorem quoque fugerit, et precium venditor reddat et damna sarciat, quae per eundem contigerint fugitivum*.

Se però ci soffermiamo ancora sul senso del testo, coadiuvati dalla lettura di quella fonte inesauribile di idee e confronti qual è il commentario di Gotofredo, scorgiamo che l'espressione *bonae fidei*, che tra l'altro possiede anche un'altra lezione, *bona fide*, come precisa lo stesso Gotofredo nella nt. d del commentario alla legge, può ben riferirsi non alla buona fede contrattuale e dunque alla clausola dell'*oportere*, quanto al comportamento soggettivo del venditore che ignorando il vizio del servo, fuggitivo appunto, vende e trasferisce, senza pensare minimamente di ledere un altrui diritto e dunque senza pensare di comportarsi scorrettamente: “*At si habitus semel fuerit bonae fidei contractus (ut haec lex expresse dicitur), vel bona fide, id est, si venditor ignorans servuum fugitivum bona fide simpliciter vendidit, regulariter is non tenetur actione Redibhitoria...*”³¹.

Questa lettura sembra trovare conferma nello stesso tenore della costituzione da cui emerge come il compratore non possa intentare un'azione redibitoria se non prova che il servo era fuggitivo, il che potrebbe voler dire che non può intentare tale azione se non prova la cattiva fede del venditore³²: a tale riguardo va però ulteriormente precisato che dimostrare l'esistenza del vizio non comporta necessariamente dimostrare la male fede del venditore – che avrebbe potuto non sapere che il servo era fuggitivo – e, quindi, sotto questo profilo, il riferimento alla buona fede potrebbe invece indicare un rinvio a principi di correttezza, intesi in senso oggettivo, a cui entrambe le parti devono attenersi.

Quindi, in definitiva, da un lato l'esplicita espressione della norma sembra riferirsi alla buona fede contrattuale, dall'altro può fare anche riferimento ad un esempio di buona fede cd. soggettiva.

Poi abbiamo una costituzione di Costantino del 319 che, in tema di vendita, riporta l'espressione *fides*, CTh. 3.1.1.

La legge, indirizzata al *praefectus annonae*, è posta sotto il titolo *De contrahenda emptione* del terzo libro del Codice Teodosiano, che proviene solo dal Breviario (Brev. III. 1.1), e non è ripresa da Giustiniano, che conserva però il titolo (C. 4.38 *De contrahenda emptione*):

C.Th. 3.1.1 (= Brev. III, 1,1) (319 Aug. 13) Imp. Constant(inus) A. ad Profuturum P(rae) f(ectum) annonae. Venditionis atque emptionis fidem nulla circumscriptionis violentia facta rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querella contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est. P(ro)p(osita) Id. Aug. Constantino A. V et Licinio C. cons.

Essa prescrive innanzitutto che l'affidamento (*fides*) riposto nella vendita e nella compera non può essere infranto, annullato, quando non c'è stato un inganno vio-

³¹ J. GOTHOFREDII Ad CTh. 3.4.1, *Commentarius*.

³² Cfr. ancora J. GOTHOFREDII Ad CTh. 3.4.1, *Commentarius*.

lento. Poi dichiara che nemmeno con la richiesta di un prezzo più basso un contratto celebrato, solennizzato senza colpa può essere turbato da uno strepito litigioso: in sostanza la norma non ammette l'azione di rescissione per lesione. Fondamentalmente Costantino, affermando che un prezzo troppo basso non è condizione sufficiente per una azione di rescissione, si attiene al diritto precedente³³: già Diocleziano infatti si era espresso in tal senso nel 293 con C. 4.44.4³⁴. La domanda di rescissione è respinta

³³ “Classico” secondo A.J.B. SIRKS, *La laesio enormis en droit romain et byzantin*, in *Revue d'Histoire du droit*, 53, 1985, 291 ss., 296 s.

³⁴ C. 4.44.4 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. Sempronio Eudoxio. Ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras. A. 293 D. Non. April. Byzantio AA. cons.*

La legge costantiniana ribadiva in definitiva la regola della vincolatività della vendita a cui non si può applicare la rescissione per lesione in caso di prezzo inferiore: in questo Costantino si pone in conformità alla disciplina diocleziana sulla rescissione del contratto di compravendita; in alcuni rescritti Diocleziano aveva infatti stabilito l'irrevocabilità delle vendite fiscali, C. 4.44.3 del 293 e C. 4.44.7, sempre del 293: C. 4.44.7 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA et CC. Mucatrulo. Ratas manere semper perfectas iure venditiones vestra etiam interest. Nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur, eveniet, ut et si quid vos laboribus vestris a fisco nostro vel a privato comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis Mil. A. 293*; C. 4.44.3 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA et CC. Titiae et Marcianae. De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est A 293 D. VIII Id. Febr. AA. cons.* Su questi rescritti cfr. G. BOULVERT, *L'autonomie du droit fiscal: le cas des ventes*, ANRW II.14, 816 ss., spec. 842 e ntt. 218, 225 e 231; sull'ultima costituzione cfr. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit., 234, che dubita del fatto che si trattasse di vendita fiscale; CARDILLI, “Bona fides” tra storia e sistema cit., 186 ss.; A. RINAUDO, *Ventas fiscales y pago del precio en la edad clásica*, in *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano* (coord. A. Fernández De Buján- A. Trisciuglio- G. Gerez Kraemer), III, Madrid, 681 ss., 689 ss.

C. 4.44.7, è un rescritto diretto a Mucatraulo e ad altri militari che avevano richiesto la rescissione della vendita dopo aver offerto la restituzione del prezzo; un punto controverso della costituzione riguarda il tipo di vendite considerate in questo caso: se si trattasse di vendite di fondi per motivi fiscali o di vendite tra privati (TALAMANCA, *Vendite all'asta*, cit., 235); come sempre la costituzione manca dell'*occasio legis* ed esordisce con l'enunciazione di un principio: *ratas manere semper perfectas iure venditiones*. In sostanza la norma stabilisce la vincolatività dell'accordo. Alla fine del testo la norma è denominata *lex*: forse già dagli stessi richiedenti (militari) oppure da Ermogeniano che avrebbe redatto il rescritto imperiale ai fini di una sua generalizzazione (Cfr. CARDILLI, “Bona fides” tra storia e sistema cit., 187 s.). Anche la costituzione 3, del 293, conferma il principio della irrevocabilità della vendita. Per rescindere una vendita non è sufficiente la restituzione da parte del venditore del prezzo della res in oggetto: la vendita, *perfecta iure*, si basa sulla buona fede che non permette tale *rescissio* e nemmeno un rescritto può determinarne la revocabilità. Questo diritto, ribadisce l'imperatore, è quello che deve impiegato dal fisco. Qui la buona fede è fondamento dell'irrevocabilità del contratto. Sempre nel 293 Diocleziano ribadiva l'irrevocabilità della vendita in caso di prezzo minore (un caso in cui a vendere un bene era stato un *filius*), irrevocabilità che non può essere eliminata neppure dalla buona fede contrattuale che protegge il contratto stesso (*quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur*):

dall'imperatore che menziona come condizione della stessa il dolo del compratore (dolo e violenza nella relativa *Interpretatio*)³⁵. La legge, come ricorda Sirks³⁶, andrebbe unita a C.Th. 14.3.1³⁷, che ha identiche *inscriptio* e *subscriptio*³⁸: nel caso trattato in quest'ultima norma, relativa al *munus pistorium*, i venditori sono condannati a lavorare nel *corpus pistorium* (*sed in obsequio pistrini sine ulla excusatione durabit*) e se hanno trasferito le proprietà ad altri non possono essere reintegrati nei loro diritti.

C. 4.44.8 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. Aureliae Euodiae. Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servand A. 293 D. K. Dec. AA. cons.*

Perché la vendita sia invalida secondo questo rescritto diocleziano occorre estrapolare il dolo dall'astuzia e dalla frode, oppure vi deve essere un fondato timore di morte o di sofferenza corporale; dunque la richiesta di Aurelia Evodia, a cui è indirizzato il rescritto, non è soddisfatta come fu invece soddisfatta la *prex* di Aurelio Lupo nel 285 con la legge trädita in C. 4.44.2: C. 4.44.2 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Aurelio Lupo. Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. A 285 PP. V K. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons.*, su cui cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 171 ss.; P. LAMBRINI, *Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme*, in *Mater Familias. Scritti per Maria Zablocka*, Warszawa 2016 453 ss., 456 s. In quest'ultimo rescritto l'imperatore concede che la vendita di un fondo possa essere rescissa nel caso di un corrispettivo inferiore alla metà del *iustum pretium*. Cfr. P. LAMBRINI, *Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme*, cit., 454. Probabilmente tale decisione imperiale, di cui possediamo solo il precetto normativo, riguardava con buone probabilità una fattispecie complessa, dando rilievo all'*aequitas* che, come ben noto, emerge spesso tra i criteri direttivi di politica imperiale tarda.

³⁵ A.J.B. SIRKS, *La laesio enormis* cit., loc. cit.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ C.Th. 14.3.1 (319 Aug. 13) *Imp. Constantinus A. ad profuturum praefectum annonae. Cunctis pistoribus intimari oportet, quod, si quis forte possessiones suas ideo putaverit in alios transferendas, ut postea se, rebus in abdito collocatis, minus idoneum adseveret, tamquam in locum eius alio subrogando, nihil ei haec astutia nec detestabilia commenta profutura sunt, sed in obsequio pistrini sine ulla excusatione durabit nec ad eius iura revocabuntur, si quas emptiones transcripserit. Proposita Id. Aug. Constantino a. V et Licinio Caes. cons.*

³⁸ Cfr. SEECK, *Regesten* cit., a.h.l.: le due costituzioni hanno identica l'*inscriptio* e la *subscriptio*. Ciò è segnalato anche nell'ed. Mommsen.

C.Th. 3.1.1 è valutata dalla dottrina come norma riguardante la buona fede contrattuale³⁹. A mio avviso, invece, non si riferisce al concetto di buona fede contrattuale e cioè agli accordi (orali ma forse anche scritti) intercorsi tra le parti, bensì ad un generico “affidamento” al contratto in sè posto in essere, all’affidamento reciproco tra le parti che non può essere turbato laddove non ci sia inganno così come avviene in un contratto concluso senza colpa in cui si denunci un prezzo più basso.

La buona fede contrattuale, la cd. buona fede oggettiva, che, come accenato in premessa nelle discussioni giurisprudenziali classiche ruota attorno a vari significati e spesso indica la parola data, gli accordi presi tra le parti, e dunque, si riferisce alla formula dell’*oportere* con la clausola *ex fide bona*, nel caso preso in esame nella costituzione non compare: la costituzione, priva di *occasio legis*, si riferisce ad un contratto fondato sulla buona fede quale è la compravendita, ma il lemma *fides* sembra qui piuttosto riferirsi al mero affidamento che ciascuno dei contraenti riconosce al contratto stesso: a questo proposito ricordo come Gotofredo, nel suo Commentario a C.Th. 3.1.1, dopo aver parlato di *fide facta, id est, non probata aut circumscriptione aut violentia*, spieghi la *fides* della costituzione come “*firmitas contractus et stabilitas*” e come egli indichi alcuni casi di norme in cui ricorre tale espressione, “*venditionis fidem*”, rinviando, ad es., a C. 3.39.1 del 294⁴⁰, testo in cui l’espressione (*venditionis fidem*) si riferisce all’affidamento delle parti all’atto di vendita e non, a mio giudizio, alla buona fede dell’*oportere*. In altre parole non ravviso qui un significato “tecnico” di buona fede, riferito all’*oportere* della formula, ma un significato, quello generico di affidamento, di natura descrittiva.

Nell’*Interpretatio* della legge si sottolinea ancora l’impossibilità di revocare la vendita laddove sia provato che, in caso di acquisto ad un prezzo inferiore all’effettivo valore della cosa, non vi sia stato dolo o violenza (*dolus e vis*):

Interpretatio. Quum inter ementem et vendentem res fuerit definito pretio comparata, quamvis plus valeat, quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur. Et si voluerit revocare, qui vendidit, nullatenus permittatur.

Come possiamo notare anche in questa *Interpretatio*, come già in quella a C.Th. 3.4.1, non vi è alcun riferimento alla *fides*, ma solo all’assenza di dolo e violenza.

³⁹ Cfr., ad es., CARDILLI, “*Bona fides*” tra storia e sistema cit., 86 ss.; N. WALKER SILVA, *Las Leyes de rescindenda venditione y la configuracion originaria de la rescision del contrato por lesion enorme*, in *Ars boni et aequi* (13 n. 2, 2017), 131 ss., 139 nt. 26.

⁴⁰ Prima costituzione del titolo 39 la cui rubrica recita “*Finium regundorum*”, C. 3.39.1 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. Nicephoro. Regionem certam fundi propriis finibus eius mutatis dominus eius distrahere ac residuum retinere non prohibetur. Nec amplius emptor, quam quod ratione secundum venditionis fidem ad se pervenit, vindicare potest praetextu terminorum temporis antecedentis venditionem. A 294 D. Id. Dec. Nicomediae CC. cons.*

Questa *Interpretatio* è ritenuta da Archi un commento che, insieme all'*Interpretatio* a C.Th. 3.4.1, enuncia un principio classico “in quanto chiede, a che la cosa possa considerarsi comprata, che il prezzo non sia già pagato, ma solo “*definito*”⁴¹.

In definitiva il Codice Teodosiano, nelle parti a noi note, non dedica attenzione al concetto di buona fede, almeno visto sotto il profilo qui indagato, e cioè quello di buona fede contrattuale⁴².

3. L'*Epitome Gai*

Anche per l'*Epitome Gai*⁴³ partiamo da un'indagine lemmatica: in quest'opera non vi è traccia del costrutto *bona fides*; mentre il lemma *fides* compare nella formula della fideiussione per due volte⁴⁴ (Ep. Gai. 2.9.2).

Vi sono inoltre numerose ricorrenze dei termini *fiduciarius*, *fideicommissus*, *fideiussio*⁴⁵.

Se vogliamo invece indagare l'opera sotto il profilo della *sedes materiae* delle obbligazioni, in cui poter eventualmente rinvenire il concetto dell'*oportere ex fide bona*, vediamo come l'opera contiene i titoli IX *De obligationibus* e X *Quibus modis obligatio tollitur*, del secondo libro.

Il primo titolo inizia con la divisione tra *species obligationum* (in cui non si parla più, per le obbligazioni da atto illecito, di *delicta* ma di *culpa*, anche se poi nel titolo XI ritroviamo l'espressione *delictum*) per poi indicare subito i *quattuor genera contractuum*:

⁴¹ ARCHI, *Trasferimento della proprietà* cit., 182.

⁴² Ulteriore è il discorso, sul quale non mi soffermo – connesso anche al preponderante contenuto pubblicistico del Codice di Teodosio – su altre connotazioni della *fides*, spesso connessa all'*aequitas*, per la quale rinvio a TALAMANCA, *L'Aequitas* nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico cit.

⁴³ Sull'*Epitome Gai*, con riferimento all'ambito negoziale *inter vivos*, rinvio al lavoro di S. SCHIAVO, A proposito delle *obligationes ex contractu* nell'*Epitome Gai*, in questo stesso volume.

⁴⁴ Ep. Gai. 2.9.2 *Verbis contrahitur obligatio ex interrogatione dantis et responsione accipientis, ita ut, si ille, qui dat interroget hoc mihi dabis? qui accipit, respondeat dabo: aut in obligatione debitoris, si aliquis fideiussor accedat, ille, qui cum persona fideiussoris contrahit, interroget ipsum: fide tua esse iubes? et ille respondeat: fide mea esse iubeo, hac condicione non solum ille, qui debitor est, sed et is, qui fideiussor exstitit, obligantur. Et non solum fideiussor ipse, dum uiuit, sed et heredes ipsius, si ille defecerit, tenentur obnoxii. Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem uelit tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absoluet: si uero fideiussorem tenuerit, debitorem absoluet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicauit, alterum liberat.*

⁴⁵ Per il termine *fiduciarius* cfr. Ep. Gai. 1.6.3-5; *fideicommissum* 2.4.3; 2.7 (rubrica *De fideicommissis*); *fideiussor* 2.9.2.

Ep. Gai. 2. 9: *Obligatio in duas species diuiditur; nam omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex culpa. Quae ex contractu nascuntur, quattuor genera sunt, quae singula hoc ordine distinguuntur: aut enim re contrahitur obligatio, aut uerbis, aut litteris, aut consensu.*⁴⁶

L'opera prosegue con la descrizione dei contratti sulla falsariga delle Istituzioni di Gaio, da cui tuttavia si distingue perché i riferimenti ai negozi *inter vivos*, in specie contratti, appaiono sotto il profilo di esempi pratici, privi dei ragionamenti gaiani. Sotto questo profilo sembrerebbe più che sostenibile la nota teoria di Archi sul valore dell'opera: opera pratica previsigotica, una vera e propria *Interpretatio* non modificata in seno al *Breviarium*⁴⁷.

Quello che colpisce nella lettura dell'Epitome è l'indicazione di esempi concreti per le varie categorie contrattuali: ad es., in relazione ai contratti verbali, l'epitomatore illustra vari esempi di *stipulationes* (Ep. Gai. 2.11.2) senza delineare una figura astratta di *stipulatio*⁴⁸. Questo dato era stato messo in luce nell'approfondita opera sull'*Epitome Gai* da Gian Gualberto Archi⁴⁹ con il quale si può ben concordare sulla conseguente rarità, nell'Epitome, della sussistenza di concezioni astratte relative ad istituti e categorie⁵⁰.

Ai fini della nostra indagine rileva soprattutto il ruolo dei contratti consensuali che, nell'opera (Ep. Gai. 2.9.13) sono opposti ai contratti verbali e letterali come già lo erano nelle Istituzioni gaiane (Gai. 3. 135, 136)⁵¹:

Ep. Gai. 2.9.13 *Consensu fiunt obligationes ex emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus et mandatis; quia in huiusmodi rebus consensus magis quam*

⁴⁶ Cfr. Gai. 3. 88. *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto. 89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur: harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.*

⁴⁷ ARCHI, *L'Epitome Gai. Studi sul tardo diritto in Occidente*, Milano, 1937 (rist. in *Antiqua*, Napoli 1991), 66 ss., secondo il quale l'*Epitome* non solo era stata composta in epoca anteriore al 506, ma, già prima di quell'epoca era "conosciuta con individualità sua propria" e correva nell'uso "indipendentemente dal genuino testo gaiano o da una possibile elaborazione parafrastica del medesimo". Concorde anche SCHIAVO, A proposito delle *obligationes ex contractu* cit., 1 ss., la quale ricorda come "Nel *Breviarium*, l'*Epitome* sarebbe stata inserita in quanto già conosciuta e dotata evidentemente della necessaria autorità perché si potesse dire che era stata scelta un'opera di Gaio" e che, secondo Archi, "non avrebbe subito tagli da parte dei commissari alariciani, come altri studiosi hanno sostenuto, e nemmeno interventi aggiuntivi".

⁴⁸ Sul punto cfr. l'analisi approfondita di SCHIAVO, A proposito delle *obligationes ex contractu* cit., 4 ss.

⁴⁹ ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 368 s.

⁵⁰ *Idem*, 371.

⁵¹ Rinvio nuovamente a SCHIAVO, A proposito delle *obligationes ex contractu* cit., 13 ss., per una analisi più approfondita di questi temi nell'*Epitome*.

scriptura aliqua aut solemnitas quaeritur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest.

Gai 3. 135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.

L'epitomatore afferma che nei contratti consensuali l'elemento che fa nascere le obbligazioni è il consenso e non la scrittura o la solennità; Gaio, come noto, spiega che il consenso in tali contratti è elemento sufficiente a fare nascere il vincolo obbligatorio e non serve la scrittura, le parole o il trasferimento della proprietà.

Una particolarità dell'Epitome tuttavia sta nel fatto che l'epitomatore, quando si riferisce alla locazione, afferma che tali contratti (consensuali) si concludono non solo *consensu*, bensì anche *uerbo*⁵²: in Ep. Gai. 2.9.15 si afferma infatti: *Locatio et conductio simili ratione consistunt, ut consensu, etiam uerbo, definitio inter consentientes firma permaneat.*

L'epitomatore, dopo aver parlato della compravendita, asserisce che la *locatio-conductio* è simile, si fonda sulla stessa *ratio* (si perfeziona con il consenso); la definizione dell'accordo tuttavia rimane fermo, stabile, valido sia attraverso il consenso sia attraverso i *uerba*. E in Ep. Gai. 2.9.16, relativamente alla società, si ribadisce lo stesso concetto:

Ep. Gai. 2.9.16 Societatem inire possumus aut omnium bonorum aut unius alicuius negotiationis. Et potest ita iniri societas, si tamen hoc inter socios conuenit, ut unus pecunia det, alter operam suam pro pecunia ponat. Et huius rei definitio etiam uerbo inita ualet ita, ut quidquid societatis tempore quolibet modo fuerit acquisitum, sociis commune sit.

L'avverbio *etiam* di Ep. Gai. 2.9.15 (lo troviamo anche in Ep. Gai. 2.9.16) potrebbe aggiungere una modalità di conclusione del contratto a quella consueta ai fini del suo perfezionamento, oppure, come appare decisamente preferibile, stare a sottolineare che il consenso può essere espresso anche verbalmente senza solennità (intesa quest'ultima come scrittura quando però per solennità o formalità in età classica si intende sia la scrittura sia oralità). Gian Gualberto Archi, nel suo lavoro sull'*Epitome*, in relazione a questo punto, affermava che "ciò che sta dunque in prima linea non è più il problema del consenso... bensì è l'altro, diciamo così esterno per cui in questi determinati casi basta esprimersi *uerbo* e non occorre una *scriptura* od una *solemn-*

⁵² *Verba* = *codex Ghotanus*, fol. 84- *Epitome Gai* in E. SECKEL ET B. KÜBLER, *Iurisprudentia anteiustiniana*, II, Leipzig 1988.

nitas”. Se questa, come sembra, è la corretta interpretazione, allora quanto al lemma *verba* dobbiamo riconoscere due significati nell’ambito del medesimo testo: uno tecnico-dogmatico, relativo alle *obligationes verbis contractae*, come la *stipulatio*; uno descrittivo e indicativo dell’assenza di scrittura e solennità (Ep. Gai. 2.9.13)⁵³.

Rilievo alla scrittura si trova invece in una formula visigotica relativa alla compravendita:

Form. Visig. n. 13 Licet in contractibus empti et venditi, quae bona voluntate definiuntur, venditionis instrumenta superflue requirantur, tamen ad securitatem comparatoris adiungitur, si definitio ipsa scripturae soliditatae firmantur. Ac per hoc distrahere me vestrae dominationi profiteor et distraxit hoc et illud⁵⁴.

Qui si afferma che non è necessario richiedere gli *instrumenta* della vendita; tuttavia essi si aggiungono per la sicurezza del compratore in modo che la conclusione del contratto sia resa solida con la scrittura; rammentiamo anche l’*Interpretatio* al testo paolino PS. 2.17.13, *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi*, – che sembra essere confluito nel capitolo della formula visigotica⁵⁵ –, in cui si allude al fatto che la vendita sia stata formalizzata in scrittura:

Interpretatio. In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.

Form. Visig. n. 13 Licet in contractibus empti et venditi, quae bona voluntate definiuntur, venditionis instrumenta superflue requirantur, tamen ad securitatem comparatoris adiungitur, si definitio ipsa scripturae soliditatae firmantur. Ac per hoc distrahere me vestrae dominationi profiteor et distraxit hoc et illud⁵⁶.

⁵³ Cfr. SCHIAVO, A proposito delle *obligationes ex contractu* cit., 13, che traduce “*etiam verbo*”, “anche con una sola parola”. La Schiavo, *ivi*, loc. cit., sottolinea anche come nel contratto di società l’epitomatore si soffermi sul consenso perfezionativo del contratto e come, anche in questo caso, così come per la *locatio-conductio*, l’espressione *etiam verbo* sia in connessione “con l’idea del raggiungimento del consenso (*et huius rei definitio etiam verbo inita valet*), presupposto perché, a partire da questo momento, ciò che si acquista entri in comunione dei soci. Dunque, una *definitio etiam verbo*”.

⁵⁴ K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae*, in *Monumenta Germaniae Historica, Legum sectio V, Formulae Merovingici et Karolini aevi*, Hannoverae 1886, p. 581

⁵⁵ Su cui v. anche *infra* 43.

⁵⁶ ZEUMER, *Formulae Visigothicae*, cit., 581. Cfr. anche le *Form. Visig. n. 11 e n. 12*: K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae*, in *Monumenta Germaniae Historica, MGH Legum sectio V, Formulae Merovingici et Karolini aevi*, Hannoverae 1886, XXIV, 11: *Venditio. ... Annorum circiter tot, nomen ill., qui nobis ex comparato ab ill. iure noscitur advenisse. Definito igitur et accepto a vobis omne praetium, quod in placitum venit nostrum, id est auri solidi numeri tot,*

In questa formula va notata l'espressione *bona voluntate* con cui è definito il contratto di compravendita, e che, a mio giudizio, sembra sovrapporsi a *definitio inter consentientes* di *Epitome* 2.9.15 (*locatio-conductio*). Che tale espressione possa essere un'evoluzione dell'antico concetto di *bona fides* contrattuale andrebbe verificato attraverso un'indagine specifica sulle formule visigothiche. Allo stato della mia analisi mi sembra tuttavia di poter ravvisare in essa un significato pratico, di volontà ferma, non simulata e dunque seria e di poter dunque affermare che essa non appare assimilabile al concetto di buona fede contrattuale riferendosi semplicemente a come nascono le obbligazioni nella compravendita, a come essa si perfeziona⁵⁷.

Come or ora appena accennato, sembra che si riversi nella *Form. Visig.* n. 13 delle formule visigothiche un testo paolino con relativa *Interpretatio*, PS. 2.17.13⁵⁸, (*In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur; si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi. Interpretatio. In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur; venditionis instrumenta superflue requiruntur; si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.*) in cui è ribadita la natura consensuale del contratto di compravendita e in cui l'*instrumentum* acquista valore di mezzo di prova⁵⁹. Certo nel testo di Paolo si parla di *veritas de fide contractu* mentre nella *interpretatio* si afferma che va provato che la

quos a te datos et a me acceptos per omnia manet certissimum, nihil penitus de eodem praetio apud te remansisse polliceor. Et tradidi tibi supra memoratum, servum non causarium, non fugitivum, non vexaticium, neque aliquod vitio in se habentem nec cuiuslibet alterius dominio pertinentem; quem ex hac die habeas, teneas et possideas, iure tuo in perpetuum vindice a defendas, vel quicquid, de supra fati servi personam facere volueris, liberam in omnibus habeas potestatem. Quod etiam iuratione confirmo. 12 Distrahentium definitio, licet fidei vinculis adligetur, tamen solidius est, ut scripturae firmitas emittatur, ut nec distractoris per metas temporum quolibet ingenio dissimulando subripiat, quae tacendo firmaverat, nec partium comparantis ulla adversitas calumniantis eveniat. Ideoque distrahere me tuae caritati profiteor et distraxi hoc et illud. Le cd. formule visigothiche, come noto, sono una collezione di 46 formule di incerta origine che trattano principalmente il diritto privato. Esse dedicano alla compravendita solo tre formule, dalla 11 alla 13, e sono tre formule abbastanza diverse fra loro. Su di esse cfr., ad es., E. CÓRCOLES OLAITZ, *El contrato de compravendita a la luz de las fórmulas visigodas*, in *Rivista internacional de derecho romano*, 2008, 309 ss.

⁵⁷ Sui cambiamenti della compravendita in età tardo antica, quindi sulla sua capacità di trasferire direttamente il bene dal venditore al compratore e dunque dei suoi effetti traslativi, imputati a Costantino (FV. 249) rinvio a E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 156 ss.

⁵⁸ Secondo ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita* cit., 176 ss., "il Breviario accolse la famosa sentenza di Paolo, 2.17.13. L'*Interpretatio* relativa con la frase *In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur; venditionis instrumenta superflue requiruntur; si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci* si mantenne nell'orientamento del suo modello: lo strano si è che questa dottrina dalla *lex romana visigothorum* passò nelle formule visigothiche, e certo per merito del testo di Paolo..." (*scilicet* la n. 13 delle formule visigothiche).

⁵⁹ ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita* cit., 178.

res è vendita e cioè che è stato dato e ricevuto il prezzo: secondo Archi saremmo di fronte alla concezione reale della vendita. A mio parere invece l'aspetto consensuale rimane preponderante e non alterato. A questo proposito ricordo come in LW 5.4.3⁶⁰ la vendita appaia consensuale e in essa il pagamento del prezzo è manifestazione del carattere consensuale del contratto⁶¹.

Vediamo poi come nell'*Epitome* non vi siano riferimenti concettuali alla buona fede contrattuale. Di essa non possiamo trovare traccia neppure in un discorso sulle *actiones*, inerenti alle obbligazioni *consensu contractae* perché, come ben noto, l'opera omette del tutto di commentare/interpretare il quarto libro delle Istituzioni gaiane. Tuttavia una tale assenza in un'opera caratterizzata da un valore pratico⁶² piuttosto che, scolastico⁶³ per di più priva dell'aspetto processuale del diritto privato, potrebbe anche non apparire anomala⁶⁴; possiamo a questo riguardo accennare ad alcune ipotesi ricostruttive: a. il principio di buona fede contrattuale potrebbe essere implicitamente posto nella descrizione dei contratti consensuali; b. essere semplicemente ritenuto non necessario all'interno della *Lex Romana Visigothorum*, e questo implicherebbe un taglio operato dai compilatori della *Lex* sull'operetta⁶⁵; c. oppure, infine, essere assente proprio perché l'opera manca della parte processuale (i giudizi di buona fede non fanno più parte della nuova procedura della *cognitio* anche se in essa troviamo permanenze della terminologia formulare): a quest'ultimo riguardo preciso che nelle Istituzioni di Gaio la locuzione *bona fides* riferita a contratti, compare un'unica volta in relazione al mandato, Gai. III, 155 (non ripreso nell'*Epitome*), e con buona probabilità, anche secondo quanto riportato dalla dottrina, l'epitomatore non partiva da un testo originale, ma da un modello intermedio.

⁶⁰ LW 5.4.3 *Ne valeat violenter facta venditio. Venditio per scripturam facta plenam habet firmitatem. Ceterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium presentibus testibus comprobetur, et plenum habeat emptio roborem. Venditio vero si fuerit violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione.*

⁶¹ Cfr. CORCOLES OLAITZ, *El contrato de compravendita* cit., 315.

⁶² In questo senso ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 66 ss., 86 ss.

⁶³ La natura scolastica dell'operetta, sostenuta in passato da autori come E. LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, Leipzig, 1903, 135, o E. ALBERTARIO, *Sulla Epitome Gai*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Roma, 22/29 aprile 1933, I Pavia, 1934, ora in *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 275, ha trovato moderni sostenitori: cfr., ad es., LIEBS, *Römischen Jurisprudenz in Gallien* cit., 127 ss.; v. di anche sul punto SCHIAVO, *Aspetti processuali nell'Epitome Gai* cit., 49 ss., ed *ivi* ampia bibliografia.

⁶⁴ Il carattere scolastico dell'opera sarebbe confortato proprio dalle ampie lacune in essa presenti, difficilmente compatibili con una natura pratica della fonte: cfr. LIEBS, *Römischen Jurisprudenz in Gallien* cit., 128.

⁶⁵ Problema dibattuto nonostante l'ampia adesione alla teoria di Archi sull'autonomia dell'*Epitome* rispetto al Breviario Alariciano: cfr., ad es., R. MARTINI, *Qualche osservazione a proposito della cd. Epitome Gai* in AARC, XIV, Napoli, 2003, 615 ss., 618 ss.; cfr. ancora SCHIAVO, *Aspetti processuali nell'Epitome Gai* cit., 49 ss., ed *ivi* ampia bibliografia.

In sintesi l'*Epitome Gai* presenta delle particolarità quanto ai contratti consensuali e alla loro assenza di formalità (abbiamo visto come il lemma *verbo* assuma anche un significato non tecnico, come lo è nel modo di perfezionamento della *stipulatio*, ma descrittivo e cioè indicativo della mancanza di scrittura e solennità). Si riscontra in essa una totale assenza dell'espressione *bona fides* e una mancanza esplicita dei principi connessi ai *iudicia bonae fidei*.

4. *Fragmenta Augustodunensia*

Il codice palinsesto che ha conservato i *Fragmenta Augustodunensia*⁶⁶, Codice S.28(24) secondo la consueta citazione, pubblicato per la prima volta nel 1899 da Chatelain, oltre a presentare diverse lacune e disordine nell'impaginazione dei *folia*, (non tenuti in considerazione dal copista di Cassiano⁶⁷), non riporta il terzo libro dei *Fragmenta*: dell'opera tramanda solo i libri primo, secondo e quarto. Questa fonte, secondo la comune opinione, è una parafrasi delle Istituzioni di Gaio ed è assai probabile che essa possedesse anche un libro corrispondente al commentario III del manuale gaiano.

Nonostante questa importante mancanza un'indagine sotto il profilo specifico della buona fede contrattuale appare comunque utile ad una ricognizione della disciplina negoziale in questa fonte, specie se posta a confronto con fonti coeve o comunque collocabili tra i secoli IV e V d. C.

La lacuna relativa al terzo libro si somma alla rarità della presenza del costrutto *bona fides* all'interno dell'opera: una ricerca di natura terminologica porta solo a due casi in cui compare la suddetta espressione. I casi sono i seguenti:

FA 2.65 Fideicommissarius non potest suo iure adire hereditatem, sed debet ab herede petere et hoc est quod dicitur vulgo fideicommissum non in usurpatione esse, sed in petitione. Neque bona debet usurpare, sed petere debet ab herede, ut hereditatem... adeat et restituat ei fideicommissum. Nam heres instituitur directis verbis neque ab alio petit hereditatem, sed suo iure potest adire et acquirere si... h... aut fideicommittere h... bona fide quae i... nam heredes non facit nisi directa institutio. Sed interdum is quidem erit loco heredis fideicommissarius: interdum erit loco legatarii.

= Gai. 2.251 Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is uero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.

⁶⁶ Sul manoscritto di Autún e sui *Fragmenta* cfr. J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, 1998, ed *ivi* bibliografia approfondita; mi permetto di rinviare anche a un mio lavoro sugli aspetti processuali nei *Fragmenta*, Sui *Fragmenta Augustodunensia* e il processo, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, Vol. II – Studi sulle fonti cit., 1 ss.

⁶⁷ Nella scrittura superiore ci sono i libri V-X delle Istituzioni di Cassiano.

FA 2. 68 Nam quando heres hereditatem deferre volebat, generaliter, quia onera hereditaria apud eum manebant et actiones..... ut quidquid venditor hereditario nomine solverit bona fide di..... rit emptoris nominet esset. debet debeat sed distr..... se ... et stipulabatur quidquid venditor test..... emptor ita: stipulor a te, interrogo te solemnibus verbis spondes..... quidquid hereditario nomine condemnatus fueris vel bona fide solveris condemnatus fuero in iudicio, bona fide solvero illis privatim, iis semper de-..... atur..... manifestum esse debitum..... litigare..... d.... solvero.

=Gai II. 252 Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

Entrambi riguardano il tema delle successioni in alcuni specifici problemi processuali.

Il primo corrisponde a Gai 2.251, ma probabilmente l'autore utilizzò anche altre fonti⁶⁸. Nella prima parte del passo si spiega che il fideicommissario non può adire l'eredità ma deve *petere* all'erede: non può accettare l'eredità per suo proprio diritto ma deve chiederla all'erede; in esso fondamentalmente si afferma che l'eredità può essere richiesta da colui che è stato istituito direttamente erede (in un caso il fideicommissario si trova al posto dell'erede, in un altro del legatario).

Il passo dei *Fragmenta*, laddove indica la buona fede, sfortunatamente presenta lacune: sembra tuttavia riferirsi alla restituzione dell'eredità dal fideicommissario: Krueger nel suo apparato critico, completa la lacuna nel seguente modo: *ergo fideicommissarius restituta hereditate non fit heres* (Gai 2.251)⁶⁹. Ad ogni modo, anche se appare arduo inserire l'espressione *bona fides* nel passo, quest'ultimo esula chiaramente, come si evince dal suo contenuto, dal descrivere un caso di applicazione di buona fede contrattuale.

Il secondo⁷⁰ corrisponde a Gai 2. 252. In questo passo Gaio precisa che un tempo, chi riceveva l'eredità (fideicommissario) non era in luogo né di erede né di legatario, quanto di compratore, e che tra esso e l'erede si interponevano le stesse stipulazioni

⁶⁸ RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 213 e nt. 468 che cita l'ed. di Ferrini.

⁶⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 99 nt. 218; KRUEGER, *Collectio Librorum Iuris Anteuftiani*, 1923.

⁷⁰ Su di esso mi sono brevemente soffermata in BIANCHI, Sui *Fragmenta Augustodunensia* e il processo, in *Ravenna Capitale* cit., 19.

che solitamente venivano impiegate tra compratore e venditore: l'erede, tramite stipulazione, faceva in modo di essere ritenuto indenne per tutto ciò che avesse pagato in base ad una condanna o per ciò che invece avesse dato in buona fede; per colui che riceveva l'eredità invece veniva promesso che fosse restituito ciò che fosse pervenuto all'erede e che quest'ultimo acconsentisse allo svolgimento delle azioni ereditarie.

Il passo corrispondente dei *Fragmenta* ricalca il passo gaiano nel contenuto, ma con lacune e in modo decisamente più sintetico e meno chiaro: riguarda infatti le azioni a favore e contro l'ereditando, occupandosi di come l'erede venditore utilizzasse le stesse stipulazioni impiegate solitamente tra venditore e il compratore. Questo passo, corrispondente al fol. 106r linee 12-13, è piuttosto controverso. Nella prima citazione della buona fede ci si riferisce a tutto quello che il venditore a titolo di erede avesse pagato in buona fede; la seconda ricorrenza dell'espressione *bona fides* è collocata nell'ambito di una solenne promessa “*et stipulabatur quidquid venditor test... emptor ita: stipulor a te, interrogo te solemnibus verbis spondes... quidquid hereditario nomine condemnatus fueris vel bona fide solveris*”: per qualunque cosa sarai condannato in nome dell'erede o pagherai in buona fede: c'è una netta distinzione tra la condanna e il pagamento spontaneo in buona fede. Questa parte corrisponde al passo gaiano laddove Gaio si riferisce all'erede che stipulava da colui cui restituiva l'eredità di essere ritenuto indenne per tutto ciò che avesse pagato in base ad una condanna o per ciò che invece avesse dato in buona fede. Anche nell'ultima ricorrenza dell'espressione, la buona fede è esplicitamente riferita al *solvere* (qui del compratore), al pagamento spontaneo *privatim*, cioè al pagamento di un debito chiaro e legittimo che si può richiedere al di fuori dei giudizi senza ricorrere ad una condanna. Che ci si riferisca ad un debito chiaro si può evincere dall'espressione “*manifestum esse debitum*” alla fine del passo⁷¹.

Scialoja e Ferrini, come aveva ben messo in luce Rodríguez-Martín, spiegavano infatti che il riferimento alla buona fede in questo caso stesse ad indicare un pagamento di un debito chiaro richiesto senza la necessità di una condanna giudiziaria⁷².

Qui il verbo usato alla seconda persona, *fueris* e *solveris* all'interno del passo, non risulta molto comprensibile⁷³. È come se il Maestro di Autun dicesse: “mi devolverai tutto quello che io ho pagato in buona fede e per cui sono stato condannato in giudizio?”. Secondo Ferrini e Scialoja⁷⁴ il paragrafo si riferisce alle spiegazioni del Maestro di Autun, in seconda persona, su come il venditore potesse esigere dal compratore che, tuttavia, lo paga senza essere condannato poiché il debito è chiaro, e non serve dunque ricorrere ad un giudizio per realizzare un pagamento legittimo.

⁷¹ Cfr. U. MANTHE, *Das senatusconsultum Pegasianum*, 1989, 30 nt. 20 e RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 223 s. ed. *Fira dei Fragmenta Augustodunensia*.

⁷² RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 100 nt. 224 e 223.

⁷³ Come ben evidenziato da RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 222 ss.

⁷⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 223 e nt. 493.

Quindi il commentatore intercalerebbe le proprie spiegazioni al tenore letterale della formula⁷⁵.

Nemmeno l'ultimo riferimento dunque riguarda i giudizi di buona fede bensì il modo di pagare (dopo *iudicio* – nell'ed. di Krueger (settima della *Collectio Librorum Iuris Anteiustiani*, 1923) c'è una virgola che separa l'espressione dalla successiva *bona fide*; anche l'ed. Girard Senn inserisce la virgola; mentre l'ed. Fira no).

La lacunosa frase in cui ricorre tre volte l'espressione *bona fides* sembra anche indicare una sorta di formulario idoneo per la prassi “*et stipulabatur...quidquid vendi(tor)... emptor ita*”⁷⁶.

In definitiva in questo passo dei *Fragmenta* ci si riferisce al pagare secondo buona fede ma *privatim* cioè al pagare spontaneamente al di fuori dei giudizi. Il problema è capire se si tratta di una buona fede come comportamento soggettivo (pagare correttamente senza frode), oppure di una buona fede come conformità a patti intercorsi tra le parti e cioè di buona fede contrattuale secondo quanto abbiamo indicato in premessa di questo lavoro: il confine tra i due aspetti è molto sottile e forse essi finiscono per intersecarsi, generando una certa commistione. Certamente in questo caso la buona fede inerisce a contratti e dunque potrebbe essere inquadrata in quella che buona parte della dottrina definisce buona fede oggettiva e cioè “concetto, regola di condotta, principio giuridico ... che informa di sé l'agire umano giuridicamente rilevante, ed in particolare il diritto dei contratti”⁷⁷. A mio avviso, tuttavia, è prevalente l'aspetto del *solvere* correttamente, con la convinzione di non ledere l'altrui diritto, comportandosi *iure*, rispetto al criterio oggettivo che opera attraverso i *iudicia bonae fidei*.

Si tratta di dati scarni ai quali dobbiamo anche aggiungere, come già rilevato, la mancanza del libro terzo che non permette la ricostruzione di ipotesi assolutamente certe sul tema in questa fonte: tuttavia possiamo leggerli come indizi rappresentativi di un'assenza o della rarità della buona fede contrattuale.

Oltre una ricerca puramente lemmatica, in cui si è tentato di rintracciare l'uso del costruito *bona fides*, dal punto di vista sostanziale c'è un passo in cui il commentatore si riferisce ad un contratto, tutelato, in età classica, anche da azioni di buona fede e nel quale pertanto si potrebbe ritrovare traccia della buona fede contrattuale: si tratta del contratto di deposito che però è illustrato dal commentatore solo come esempio nel più ampio discorso relativo alle azioni *in factum*: in FA 4. 111⁷⁸ non appare infatti

⁷⁵ RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit., 223.

⁷⁶ Il passo è ampiamente studiato sotto il profilo delle espressioni linguistiche (cfr. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* cit.; MANTHE, *Das senatusconsultum Pegasianum* cit.). Emerge in esso un uso di terminologia della formula non sempre idoneo o corretto; ma, appunto, probabilmente proprio perché si trattava di un formulario.

⁷⁷ Così CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 30 nt. 3.

⁷⁸ BIANCHI, *Sui Fragmenta Augustodunensia e il processo*, in *Ravenna Capitale* cit., 42.

alcun riferimento all'azione *in ius ex fide bona* di tutela del contratto di deposito. Il commentatore espone solamente un esempio di azione *in factum* che non si può consumare perché *quod factum est infectum fieri non potest*; nell'esempio da lui descritto si ravvisa solo un'indicazione esemplificativa di un tipo di azione (*in factum*) al mero fine dimostrativo degli effetti della *litiscontestatio*:

FA 4. 111 Sunt et actiones, quae dicuntur in factum, de quibus iam locut sumus. Etiam in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest. Puta depositi actio est in factum: " si paret me deposuisse apud illum Gaium Seium illam rem, neuque eam redditam esse dolo malo illius gai sei, condemna illum". Numquam ex eo, quod factum est, infectum esse, cum deposuisti, potest.

Non emerge alcun riferimento ai *iudicia bonae fidei*.

Poiché, però, il commentatore è a conoscenza dei *iudicia legitima* (Fa 99, 101, 105, 106, 107⁷⁹), sicuramente lo era anche dei *iudicia bonae fidei*, che tuttavia non tratta e non indica: premessa la mancanza del libro terzo, per lo stato dell'opera che ci è pervenuta possiamo affermare che in essa non si scorge, sotto questo specifico profilo, una permanenza di terminologia o strutture della procedura formulare; tali *iudicia*, non più contemplati come formule del processo classico, potrebbero non mantenere un posto nei formulari della prassi⁸⁰.

In sintesi nei *Fragmenta Augustodunensia* troviamo presenza dell'espressione *bona fides* solo in due passi per un totale di quattro volte ma essa non ha attinenza alla *bona fides* contrattuale, se non, in commistione con un significato soggettivo, in FA 2.68 nell'associazione a *solvere*.

⁷⁹ FA 99 *Legitima iudicia anno et sex mensibus ex lege Iulia finiuntur; denique nisi intra annum et sex menses fuerit legitimum iudicium pronuntiatum, expirat. Imperiale iudicium... anno et sex mensibus et...*; 101. *Ut apparet ergo, quod non qualitas actionis facit legitimum iudicium, sed numerus, condicio personarum, locus;* 105. *Vides quod non qualitas actionis efficit aut legitimum aut imperiale iudicium, sed numerus et locus et condicio personarum, ut diximus; ea causa interest inter legitima iudicia et imperialia* 106. *Haec si tenetis, iam videtis quod in legitimo iudicio ipso iure actio consumitur, in imperiali iudicio numquam ipso iure consumi potest;* 107. *In legitimo iudicio non omnis actio consumitur, sed ea sola quae habet intentionem personalem in ius conceptam; nam est et in factum concepta.*

⁸⁰ Ricordo qui il pensiero di G. BASSANELLI –SOMMARIVA, Presentazione, in *Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, vol. II *Studi sulle fonti* cit., VIII ss., specie IX, "il permanere nella prassi più tarda di echi di terminologie ed istituti propri della procedura formulare..."; "spostato il punto di vista del giurista dal piano processuale a quello delle norme, la conoscenza delle regole processuali è divenuta una mera tecnica e perciò acquisterebbe spessore l'ipotesi che in una scuola dedicata alla formazione di pratici, destinati ad operare nell'ambiente provinciale, fosse ritenuto necessario uno strumento didattico, quasi un formulario di schemi predisposti per aiutare a redigere atti processuali, quale può apparire il libro quarto dei *Fragmenta*...".

Entrambe le opere, *Epitome* e *Fragmenta Augustodunensia*, appaiono aderenti a Gaio (anche in Gaio l'espressione è rara: come già rilevato, la buona fede emerge in seno alle formule e alle azioni e una sola volta nella descrizione del mandato; al contempo non va dimenticato che la *bona fides* emerge nei contratti consensuali e quindi in un ambito ben delimitato: la sua importanza si deve quindi anche non tanto all'estensione del principio quanto alla sua applicazione a contratti come la compravendita e la locazione che rappresentarono, sempre, assi portanti della negoziazione privata; Gaio non ne parla ulteriormente/diversamente, dalla giurisprudenza classica come Scevola, Papiniano o Ulpiano, senza contare il fatto, comunque rilevante, che la buona fede cd. oggettiva rilevava nella giurisprudenza sempre in un ristretto ambito negoziale connesso ai giudizi di buona fede⁸¹).

Concludendo, dall'analisi terminologica effettuata emerge come nelle fonti analizzate ricorra l'espressione *bona fides* in rari casi.

Nell'*Epitome Gai* non compare mai il lemma e non ci sono cenni al principio in riferimento ai contratti consensuali. Nei *Fragmenta Augustodunensia* il costrutto *bona fides* compare solo in due passi con riferimento ai fedecommessi e alla vendita dell'eredità (ma, relativamente al nostro tema, solo nella descrizione del comportamento durante le operazioni di *solutio*). Non compare mai nel quarto libro espressamente dedicato alle *actiones*: in esso, in particolare, si ravvisa come, per il deposito, venga menzionata solo l'*actio in factum* ai fini degli effetti estintivi della *litiscontestatio* e non l'*actio in ius ex fide bona*. L'assenza di commento ai giudizi di buona fede potrebbe essere rilevante: il processo *per formulas* è sostituito dalle *cognitiones*, tuttavia come è ben noto, le strutture formulari confluiscono nel nuovo sistema processuale e sappiamo anche che il commentatore aderisce alle istituzioni gaiane.

5. *Pauli Sententiae*

L'opera pseudopaulina, come è ben noto, è un testo ampiamente dibattuto, sotto il profilo filologico di ricostruzione, di critica interpolazionistica, e di attribuzione⁸².

⁸¹ Cfr., in tal senso, TALAMANCA, *La 'bona fides' cit.*, 1 ss., 39 s., secondo il quale la buona fede in senso oggettivo aveva "carattere unicamente settoriale": solo nei rapporti in cui la *bona fides* "qualificava l'operare degli omonimi *iudicia*". E, in tal modo "il rilievo della buona fede era praticamente ristretto, dal punto di vista sostanziale, al diritto delle obbligazioni protette da un *iudicium bonae fidei*: ed a ciò corrisponde l'assenza, con rarissime eccezioni, di richiami alla *bona fides* in senso oggettivo al di fuori di questi giudizi."

⁸² Della vasta letteratura su questa fonte ricordo M. LAURIA, *Ricerche su "Pauli sententiarum libri"*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 6, 1930, 33 ss.; D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in *ZSS* 112, 1995, 151 ss.; *Id.*, *Die pseudopaulinischen Sentenzen II. Versuch einer neuen Palingenesie, Aüsführung*, in *ZSS*, 113, 1996, 133 ss.; da ultimo il lavoro di J. RUGGERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017.

Nell'ampia disamina di critiche alla paternità dell'opera, si individua costantemente il riconoscimento di un forte nucleo paolino: a questa ipotesi si contrappone la teoria di Liebs che individua invece nelle *Pauli Sententiae* un fondamentale nucleo Ulpiano⁸³.

Ogni approccio a questo testo deve pertanto tener conto dello stato controverso dei vari aspetti che la riguardano, paternità, genuinità⁸⁴, datazione.

In passi delle *Pauli Sententiae* l'espressione *bona fides* ricorre sette volte: li analizzerò singolarmente, facendo riferimento all'edizione Seckel- Kubler (*Jurisprudentia antiustianiana* II).

5a. *Pauli Sententiae* 1.1.2

Innanzitutto il passo 1.1.2 collocato nelle Sentenze sotto il titolo I la cui rubrica *De pactis et conventis* si occupa di una materia molto importante ai fini della presente indagine e cioè di patti, convenzioni, transazioni che sembrerebbero costituire materia in trasformazione dal diritto classico a quello tardo antico⁸⁵. Il passo infatti è stato ampiamente discusso e interpretato soprattutto con riguardo, ad es., al problema della inerenza automatica dell'*exceptio doli mali* ai *iudicia bonae fidei*⁸⁶.

PS. 1.1.2 In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur.

Il passo è ricostruito dall'editore: esso è presente nel Breviario, nel quale appare però in una versione ridotta e sintetizzata, e nella *Consultatio* 4, 4. Inoltre, secondo opinione diffusa e consolidata⁸⁷, il contenuto deriva anche da un commento di Paolo all'editto, Paul. I. III ad ed., D. 2.14.27.2⁸⁹, in tema di *pactum de non petendo* e contratti di buona fede.

⁸³ D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Gallien*, 2005, 70 ss.

⁸⁴ Sulla necessaria distinzione tra paternità e genuinità cfr. RUGGERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae* cit., 20 ss.

⁸⁵ Cfr. J. ADAME GODDARD, *Los pactos en las "Sentencias de Paulo". Análisis del título I del libro primero*, in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XVII, 2005, 2.

⁸⁶ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. GAROFALO), Padova, 2006, 387 ss.

⁸⁷ Cfr. E. LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, in *The American Journal of Philology*, Ithaca-New York, 1945, 50; R. KNÜTEL, *Der Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS* 84, 1967, 150; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei "bonae fidei iudicia"*, 51 ss.; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 88 e nt. 46.

⁸⁸ D. 2.14.27.2 *De pactis. Paulus libro tertio ad edictum. Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur; in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit.*

Metto a confronto i testi per mostrare le diverse impostazioni:

Paul. Sent. (Ed. Seckel- Kübler *Jurisprudentia anteiustiniana* II) I De pactis et conventis 1. De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet: ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur. 2. In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur. Interpretatio non eget.

Cons. 4. 3 Paulus sentent. Libr. I tit. de pactis et conventionibus et transactionibus. Cons. 4.4 In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur: et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur. Eodem liber et titulus

Brev. I De pactis et conventis 1. De his rebus pacisci possumus de quibus transigere licet: ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur. Interpretatione non eget. 2. Omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat exceptionem.

Epit. Aeg. Omne pactum posteriore pacto dissolvitur

Interpretatio. Si de una re inter ipsas personas duae pactiones fiant, posterior valebit.

D. 2.14.27.2 De pactis. Paulus libro tertio ad edictum. Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio eliditur... Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum...

Come si vede, la locuzione *bona fides* non compare nel *Breviarium*: il passo pseudopaulino si presenta quindi in due versioni: una sintetica, nel Breviario, un'altra, più ampia, derivante dalla *Consultatio*; esso inoltre può essere collegato a D. 2.14.27.2.

Gli editori delle *Pauli Sententiae* hanno sostituito la sentenza numero 2 di Brev. PS. 1.1. 2 con la versione presente nella *Consultatio* e tale preferenza degli editori apparirebbe comprensibile, secondo la dottrina, per il riferimento ai contratti di buona fede⁸⁹.

Il riferimento ai contratti *bonae fidei* sembrerebbe collegare il testo a concezione "classiche" come quelle derivanti da D. 2.14.27.2⁹⁰. Mentre il testo del Breviario potrebbe essere un rimaneggiamento secondo parte della dottrina, in cui scompaiono i

Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit, postea paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. Quod et in specie dotis actionis procedere potest. Puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur; deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur: incipiet dos redire ad ius suum. Nec dicendum est deteriores conditionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. Haec et Scaevolae nostro placuerunt.

⁸⁹ Cfr., ad es., A. D'ORS, *Los estratos de las "Pauli Sententiae"*, in *BIDR* 1995-96, 8 ss., 9 ss.

⁹⁰ *Ibidem*.

contratti di buona fede e rimane solo il riferimento all'*exceptio*. A questo proposito Levy sosteneva che la sintesi del Breviario non fosse alariciana bensì di un periodo anteriore, derivante dall'estratto B⁹¹. Nella *Interpretatio*, invece, non vi sono riferimenti né alla buona fede né alle parti della formula.

La versione della *Consultatio* sembrerebbe classica per il riferimento ai contratti di buona fede ma anche confusa⁹² là dove tratta del regime dei patti nei contratti, con effetto *ipso iure*, e nei negozi di stretto diritto, con effetto *ope exceptionis*: tale distinzione è chiara invece nel passo del Digesto in cui si distingue tra *stipulatio* (patto effetto *ope exceptionis*) e altri contratti (patto effetto *ipso iure*).

Il rimando tuttavia è ai contratti di buona fede e non ai *iudicia bonae fidei* e questo non sembrerebbe espressione classica secondo la dottrina.

Nel passo di Paolo trådito in D. 2.14.27.2 troviamo però la stessa espressione: contratti di buona fede, ma questo sembrerebbe essere l'unico caso in cui Paolo la impiega come riferisce, ad es., Goddard⁹³. La giurisprudenza classica (ad es. Ulpiano, D. 2.14.7.5⁹⁴) scrive per lo più di *iudicia bonae fidei* e non di contratti *bonae fidei*. Il riferimento ai contratti, di buona fede, potrebbe derivare dalla "generalizzazione" gaiana della *conventio* come contratto che avrebbe fatto considerare ogni *conventio* che crea obbligazione come contratto, anche se non di buona fede⁹⁵, e questo potrebbe essere avvenuto, secondo D'Ors, dall'influenza dell'opera gaiana a partire dal IV secolo se non addirittura alla fine del III. Ci sono altri testi ulpiani in cui troviamo *bonae fidei contractus* ma appaiono tutti sospetti di interpolazione (D. 15.1.36; 19.1.11.18, 44.2.23, e poi abbiamo anche Africano D. 30.108.12 e Scevola D. 19.1.48⁹⁶).

⁹¹ LEVY, *Pauli Sententiae* cit., 50 ss.

⁹² D'ORS, *Los estratos de las "Pauli Sententiae"* cit., 10.

⁹³ ADAME GODDARD, *Los pactos en las "Sentencias de Paulo"* cit., 57, citando d'Ors. Sul passo cfr. anche CARDILLI, "Bona fides" tra storia e sistema cit., 64, che non sfiora il problema contratti/giudizi di buona fede.

⁹⁴ D. 2.14.7. 5 *Ulpianus libro quarto ad edictum. Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

⁹⁵ D'ORS, *Los estratos de las "Pauli Sententiae"* cit., 12.

⁹⁶ D. 15.1.36 *Ulpianus libro secundo disputationum. In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitata, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. Ego autem arbitror*

Sul passo paolino si è cimentata una vasta letteratura⁹⁷. Secondo Metro esso costituisce un'ulteriore testimonianza - oltre, ad es., ad un rescritto di età diocleziana tradito in

non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. Nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. Namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem "et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est". Videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere; D. 19.1.11.18 Ulpianus libro 32 ad edictum pr. Ex empto actione is qui emit utitur. 18. Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur; sive non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed Iulianus libro quinto decimo digesterum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. Nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. Nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.; D. 44.2.23 Ulpianus libro tertio disputationum Si in iudicio actum sit usuraeque solae petita sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem: quia enim non competit, nec opposita nocet. Eadem erunt et si quis ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum persequi: nam nihilo minus futuri temporis cedunt usurae: quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae.; D. 30.108.12 Africanus libro quinto quaestionum Cum quid tibi legatum fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.; D. 19.1.48 Scaevola libro secundo responsorum Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: "Fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis" vacuumque possessionem tradidit neque fines eius demonstravit: quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere. Respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur: quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat.

⁹⁷ Cfr. fra gli altri, R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in ZSS. 84 (1967) 150 ss. e A. D'ORS, *De nuevo sobre los estratos de las 'Pauli Sententiae'*, in BIDR. 98-99 (1995-96) 8 ss. Singolare che Lauria lo considerasse un passo "identico o simile ad altri di Paolo": cfr. M. LAURIA, *Ricerche su "Pauli Sententiarum libri"*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 6, 1930, 33 ss., 37 ss.

C. 8.35(36).6 (Diocl. et Max. AA. et CC. Helenae, a. 293) *Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicari potest* che, a suo avviso, dimostrerebbe come “con la progressiva sostituzione delle *cognitiones extra ordinem* alla procedura formulare, lo svolgimento del processo viene completamente modificato, anche se spesso si continuano ad utilizzare termini tradizionali, propri della più antica procedura” – “della progressiva perdita di valore dei singoli momenti formali del processo”⁹⁸.

Sembra a questo punto possibile avanzare un’ipotesi relativa al tema qui discusso. Se noi partiamo dal testo paolino del Breviario non troviamo alcun riferimento alla buona fede contrattuale, bensì un solo rinvio ai patti e all’*exceptio*. Il riferimento alla buona fede compare nel testo della *Consultatio*, anche se in modo non del tutto conforme all’espressione classica (contratti anziché azioni di buona fede) e nel testo trådito dai Digesta giustinianeî (interpolato se assumiamo per vera la teoria che riferisce l’espressione “azioni di buona fede” e non quella “contratti di buona fede” alle espressioni giurisprudenziali usuali classiche): quindi in definitiva non compare un riferimento alla *bona fides* contrattuale. Non è affatto agevole dare una risposta a questa assenza, se non per ora, offrirla come dato da unire a quelli che scaturiranno dalle successive analisi del testo paolino in questo lavoro.

Ciò che dunque ora rileva, è il fatto che nel *Breviarium* e nell’*Interpretatio* non è conservata alcuna traccia della locuzione *bona fides*.

5b. *Pauli Sententiae* 1.4.1

Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius, pro quo intervenit, praestare debet.

Interpretatio non eget.⁹⁹

In questo passo, che ci è noto solo tramite il *Breviarium* (tutto il titolo quarto *De negotiis gestis* deriva dal Breviario), si dichiara che chi gestisce spontaneamente un negozio altrui, deve *praestare* buona fede e *diligentia*.

Praestare tecnicamente si riferisce ai criteri di imputazione della responsabilità soggettiva nell’adempimento¹⁰⁰.

La letteratura è divisa sulla natura del passo: se abbia natura postclassica o classica e, soprattutto, se le espressioni in esso contenute, *bonam fidem et exactam diligentiam*, siano rimaneggiamenti o originari.

⁹⁸ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei* cit., 387 ss., 402 ss.

⁹⁹ *Epit. Aeg. Tit. IV De negotiis gestis. Epit. Guelph. De negociis gestis De his qui negucia aliena agunt fideliter unde gerunt de rebus praestare debet*

¹⁰⁰ Sul significato di *praestare* in età classica esiste un’ampia letteratura. Cfr., ad es., R. CARDILLI, *L’obbligazione di «Praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II secolo a. C. -II secolo d. C.)*, Milano, 1995.

Se per Levy¹⁰¹ il passo ha natura classica (anche se egli attribuisce al diritto tardo la qualificazione della *diligentia* come *exacta*), Goddard lo ritiene invece postclassico affermando che la frase *et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius pro quo intervenit praestare debet* sostituirebbe *et dolum et culpam praestare debet*. Ad esempio un frammento di Pomponio trádito in D. 3.5.10 riporta tale espressione (Dig. 3.5.10 *Pomponius 21 ad Q. Muc. Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.*) che esprime una regola ormai generalizzata¹⁰²: il frammento infatti afferma la possibilità di derogare alla regola del *dolum et culpam praestare*¹⁰³ in un caso particolare. D'altra parte basta osservare il titolo quinto del terzo libro dei Digesta e la sua ricca casistica per vedere come il criterio della *bona fides* portasse a valutare anche la *culpa* nel comportamento del gestore¹⁰⁴.

Arangio-Ruiz, valuta l'espressione *exacta diligentia* come "interpolazione sicuramente pregiustiniana"¹⁰⁵ sottolineando come Kunkel avesse suggerito di "espungere come glossema le parole *et... et exactam diligentiam*"¹⁰⁶ e che, se pur questa ipotesi potesse essere attendibile, egli era propenso a credere che il passo originario contenesse l'accenno alla *fides* e alla *diligentia*, in riferimento al procuratore, ricordando Gai I. 200 e Pomponio (D. 27.5.4). Inoltre egli sosteneva che il passo originario affermasse solo: *Qui negotia gerit, fidem et diligentiam praestare debet*, e che le *Sententiae*¹⁰⁷ trasformarono la *fides* in *bona fides* e la *diligentia* in *exacta diligentia* al fine di richiamare i concetti di dolo e colpa¹⁰⁸.

Il passo, può essere confrontato con due costituzioni diocleziane trádite in C. 2.18 (19). 20 e C. 4.32.24, entrambe del 294¹⁰⁹, in cui troviamo analogie espressive.

¹⁰¹ LEVY, *Pauli Sententiae* cit., 86 ss.

¹⁰² Cfr. A. CENDERELLI, In tema di origini e sviluppo delle *actiones negotiorum gestororum*, in *Scritti romanistici*, (a cura di C. BUZZACCHI), Milano, 463 ss., 478.

¹⁰³ Cfr. R. CARDILLI, *L'obligation de praestare et la responsabilité contractuelle en droit romain*, 9.

¹⁰⁴ Così CENDERELLI, In tema di origini e sviluppo delle *actiones negotiorum gestororum* cit., 478, nt. 19.

¹⁰⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, Napoli, 1987, rist. 2a ed. 1958, 211 s.

¹⁰⁶ W. KUNKEL, *Riv. fond. Savigny*, 45, 232.

¹⁰⁷ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano* cit., 211, scrive esattamente di "tardi raffazzonatori".

¹⁰⁸ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano* cit., 211.

¹⁰⁹ C. 2.18.20 *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. Octaviae. Tutori vel curatoris similis non habetur; qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem muneris necessitas administrationis finem, huic autem propria voluntas facit*

Dall'incrocio delle fonti ad esso connesse (C. 2.18.20 a. 294 e C. 4.32.24¹¹⁰; D. 3.5.10 Pomponio 21 l. ad Q. Muc. ¹¹¹) mi sembra di poter affermare, e ne trovo conferma nelle diverse opinioni della dottrina, che il passo sia stato modificato, proprio in queste espressioni, dai compilatori del *Breviarium*: l'espressione *culpam et dolum praestare*, che rappresenterebbe una regola generalizzata nella giurisprudenza classica¹¹², sarebbe stata sostituita da *bonam fidem et exactam diligentiam... praestare*.

Confrontando la *sententia* con quella precedente, 1.1.2 (sub 4a), emerge che in questo caso i compilatori avrebbero inserito appositamente il riferimento alla buona fede, là invece assente, anche se per un contesto diverso da quello della cd. buona fede contrattuale.

5c. *Pauli Sententiae* 1.4.3

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque totius temporis praestare cogitur et periculum eorum nominum quibus collocavit agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit.

In questo frammento, posto sotto il titolo *De negotiis gestis*, si dichiara che chi gestisce un negozio altrui deve sostenere le *usurae* per tutto il tempo della sua gestione

ac satis abunde sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. 1. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. 2. De ceteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigì non potest: et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes... A 294 D. VIII K. Mai. Sirmi CC. Cons.; C. 4.32.24 Imperatores Diocletianus, Maximianus A A. et CC. Culciae. Si mater tua maior annis constituta negotia quae ad te pertinent gesserit, cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest A 294 D. XIII K. Dec. ipsis CC. cons.

¹¹⁰ Cfr. nt. precedente.

¹¹¹ Per C. 2.18.20 cfr. *supra*. nt. 110. D. 3.5.10 Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium. *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.*

¹¹² CENDERELLI, In tema di origini e sviluppo delle *actiones negotiorum gestorum*, cit., 478.

e assumersi il *periculum* del denaro in prestito a chi sarà insolvente perché questo è il principio che viene osservato nei giudizi di buona fede. Esso deriva sia dal *Breviarium* sia dal Digesto (D. 3.5.36.1)¹¹³ e sembra opportuno porre a confronto le due versioni:

D. 3.5.36.1 Paulus libro primo sententiarum De negotiis gestis 1. Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essentiarum.

Brev. 1.4.3 tit. 4 De negotiis gestis. Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque totius temporis praestare cogitur et periculum eorum nominum quibus collocavit agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit.

Interpretatio. Qui pecuniam exercet alienam, usuras eius reformare cogendus est. Et si minus idoneis personis de hac ipsa pecunia fortasse crediderit, pro ipsorum personis, qui solvere non possunt, damnum ipse, qui talibus personis credit, sustinebit.

Epit. Aeg. Qui pecunia exercuit alienam, usuras eius reformare cogendum est

Come si può leggere, nel Digesto la responsabilità del gestore non si estende a tutti i creditori inesigibili ma solo a quelli che lo saranno in virtù di un caso fortuito; quindi la sua responsabilità sarà meno grave¹¹⁴. Nella lezione del Digesto manca il riferimento alla regola dei *iudicia bonae fidei*. Tuttavia a questo riguardo mi pare che il principio di buona fede possa considerarsi implicito nel frammento del Digesto perché il lucro del gestore, in questo caso, non sarebbe stato conforme al tipo di obbligazione scaturente dal rapporto di gestione¹¹⁵e, data la raffinatezza dell'opera, forse, specificare l'esistenza della regola poteva non apparire essenziale; al contrario, nell'opera occidentale del *Breviarium*, sottolineare l'applicazione della regola (*hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit*) poteva essere considerato opportuno se non addirittura indispensabile. Tuttavia è di un certo rilievo notare che nell'*Interpretatio* il riferimento alla buona fede non compare.

Abbiamo, dunque, ancora un passo (l'altro è PS. 1.4.1, analizzato sub 4b) in cui i compilatori del Breviario conserverebbero l'accento alla *bona fides*, o meglio inserirebbero, qui facendo espressamente rinvio ai *iudicia bonae fidei*. In questo specifico caso il riferimento alla buona fede fa emergere un principio di carattere generale inerente i *iudicia bonae fidei*.

¹¹³ Si tratta di uno di quei passi, comuni al Digesto e al Breviario su cui cfr. E. VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo preses i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustiniane*, 1934, 42 ss, e, da ultimo, RUGGERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae* cit., 100 nt. 62.

¹¹⁴ Per un approfondimento su questa differenza cfr. CARDILLI, *Il periculum e le usurae* cit., 50 ss.

¹¹⁵ Cfr. CARDILLI, *Il periculum e le usurae* cit., 56: "il *lucrum* facere durante la gestione ... dell'assente, ... sarebbe allora di per sé contrario all'*oportere ex fide bona* scaturente da queste a *causae obligandi*...".

5d. Pauli Sententiae 2.12.5a¹¹⁶

Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.

Il passo 2.12.5a è posto nelle *Pauli Sententiae* sotto la rubrica XII *De deposito* (tratta da *Breviarium* e *Collatio*) e deriva da D. 16.3.29.1¹¹⁷, la cui rubrica recita *Depositi vel contra*.

In questo caso l'editore ha scelto il testo conservato dai *Digesta*, preferendolo a quello riprodotto nella *Collatio*.

Vediamo i testi a confronto:

PS. 2.12.5a Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.

Coll. 10.7.9 Pauli sententiarum 2: Si pecuniam deposuero eamque tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita ac per hoc periculo tuo erit.

D. 16.3.29.1 Paulus I. II sent. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.

Questa *sententia* è stata messa in connessione dalla dottrina interpolazionistica con Coll. 10.7.9, in considerazione del netto contrasto tra le due fonti. In particolare Longo¹¹⁸ sosteneva che l'opposizione tra le due fonti fosse dovuta dall'interpolazione del nostro frammento¹¹⁹ che non troverebbe riscontro nella *Collatio* (considerata come fonte che tramanda il pensiero originario paolino) presentando evidenti alterazioni. Queste considerazioni sono state opportunamente criticate intorno agli anni 50 del secolo scorso da Bonifacio¹²⁰. Nello specifico il contrasto tra il contenuto dei due passi (*Digesto* e *Collatio*) e cioè che il primo non permette di considerare le *usurae*, nell'ambito del contratto di deposito, come elemento di trasformazione della figura contrattuale – da deposito a mutuo, mentre il testo della *Collatio* dimostrerebbe proprio il contrario, sostenuto da Longo, non sarebbe sostenibile secondo Bonifacio.

¹¹⁶ Prima di questo passo troviamo, a livello lemmatico, *Pauli Sententiae* 2.2.2 *Idem est et si ei qui bona fide mihi servit constitutum fuerit*. (proveniente da D. 13.5.6: i testi tratti dal *Digesto* e dal *Breviarium* sono identici). Questo passo tuttavia, posto sotto il titolo *De pecunia constituta* derivante dal *Breviarium*, non è rilevante ai fini della nostra ricerca perché si occupa di altro tema: si riferisce ad un comportamento secondo buona fede del servo.

¹¹⁷ Nell'ed. Baviera in FIRA, *Auctores*. Nell'ed. Huscke il passo non è riportato. Il frammento paolino è identico nelle *Pauli Sententiae* e nel *Digesto*.

¹¹⁸ G. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, 1933, 14 ss.

¹¹⁹ Su cui cfr. *Index Interpolationum*, I, 1929, 278.

¹²⁰ F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR 49-50, 1947, 80 ss., 118.

Il primo testo dichiara che se il depositario fa uso del denaro, presso di lui depositato, a causa del titolo, del contratto (*nomen*), è tenuto a pagare al deponente gli interessi, come avviene in tutti i giudizi di buona fede.

Il secondo afferma che se il depositario usa il denaro depositato deve rispondere del *periculum* perché la *res* fungibile sembra mutuata piuttosto che depositata: quindi il contratto di deposito irregolare è analogo al mutuo, quanto al *periculum*.

In sostanza, a mio avviso, il primo testo ribadisce che, in caso di deposito irregolare, le *usurae*, laddove il denaro sia usato, devo essere pagate al deponente secondo i principi dei giudizi di buona fede. Il secondo, invece, focalizza l'attenzione sulla responsabilità del depositario che aumenta laddove la *res*, fungibile, sia usata, perché, in tale caso la *res* stessa appare mutuata, cioè prestata, e non consegnata in deposito. In questo pertanto concordo con la critica di Bonifacio a Longo, laddove l'autore non intravede contrasto tra i due pareri. Bonifacio poi sostiene che il testo paolino tratto dai *Digesta* giustinianeï mancherebbe la locuzione "*post moram*", espunta dai codificatori, da inserire dopo "*utatur*" e prima di "*ut in caeteris bonae fidei iudiciis*"¹²¹ (D. 16.3.29.1. *Paulus l. II sent. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur*). A questo riguardo rammento come nel 238 un rescritto di Gordiano, C. 4.34.2¹²², mostri una forte analogia con il testo paolino inserito nei *Digesta*: C. 4.34.2 *Imperator Gordianus A. Celsino. Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. Mil. A 238 D. K. Nov. Pio et Pontiano cons.* In questa legge, inoltre, l'imperatore giustifica il decorso delle *usurae* nell'ambito di un giudizio di buona fede¹²³.

La costituzione di Gordiano a sua volta riprende un passo di Marciano trådito in D. 22.1.32.2 *Marcianus libro quarto regularum: In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*¹²⁴.

¹²¹ BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano* cit., 120.

¹²² Citato dallo stesso BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano* cit., 120 nt. 80.

¹²³ Cfr. anche CI. 4.32.13 *Imp. Alexander A. Eustathiae et aliis. In bonae fidei iudiciis, quale est etiam negotiorum gestorum, usurarum rationem haberi certum est. Cfr. A. CHERCHI, Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano, Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università di Sassari (<https://core.ac.uk/download/pdf/11689580.pdf>, visitato il 20 aprile 2019).*

¹²⁴ D. 2.1.32 *Marcianus libro quarto regularum pr. Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris. I. Et non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris absentis denuntiatum est a creditore procuratoreve eius, cum etiam si ipsi, inquit, domino denuntiatum est, ceterum postea cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intelle-*

Sia nella costituzione sia nel frammento di Marciano l'attenzione è rivolta ad una conseguenza della mora: il pagamento degli interessi che sembra dipendere dai principi inerenti i giudizi di buona fede.

Al di là delle questioni esegetiche del testo finora accennate, ciò che rileva ai fini della presente ricerca, è il riferimento ai giudizi di buona fede: qui mi sembra chiaro ed inequivocabile un rinvio alla prassi dei suddetti *iudicia*, presente in D. 16.3.29.1 da cui il testo proviene, e come espresso anche nella costituzione di Gordiano e nel passo di Marciano, mentre nel testo della *Collatio* manca il riferimento alla *bona fides*.

5e. *Pauli Sententiae* 2.17.11

Servus bona fide comparatus si ex veteri vitio fugerit, non tantum pretium dominus, sed et ea quae per fugam abstulit reddere cogitur¹²⁵.

PS. 2.17.11 non è riportata nell'ed. Huschke sotto la rubrica *Ex empto et vendito*, del titolo XVII, proveniente dal Breviario, che, in suddetto titolo, arriva fino alla *sententia* numero 3. Essa compare come sentenza 11 sotto la rubrica *De modo* (derivante dal Breviario) sempre all'interno del titolo XVII.

Abbiamo già citato questa *sententia*¹²⁶, che ribadisce la natura consensuale del contratto di compravendita, a proposito del carattere reipersecutorio dell'azione redibitoria e dell'obbligazione del venditore di restituzione del prezzo. Qui ci si riferisce al prezzo ma anche a quanto sottratto con la fuga dal servo¹²⁷. *Servus comparatus bona fide*: qui il costrutto può essere interpretato in modo duplice potendosi riferire al fondamento della compra, e quindi agli accordi presi tra le parti, ma anche ad un comportamento soggettivo del compratore; ritroviamo il problema della commistione dei due significati da attribuire all'espressione buona fede.

gitur. 2. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. 3. Quid ergo: si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium), cuius persona circa moram spectabitur? Et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est, filius praestet: quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit. 4. Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. 5. Item si fideiussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur.

¹²⁵ Su questa *sententia* cfr. M. LAURIA, *Ricerche su "Pauli Sententiarum libri"*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 6, 1930, 33 ss., 37 ss., secondo il quale si tratterebbe di un passo "identico o simile ad altri di Paolo".

¹²⁶ Cfr. *supra* 34 ss.

¹²⁷ Cfr. MANNA, *Actio redhibitoria* cit., 239 afferma che nel testo ci si riferisce al prezzo "ed eventualmente al risarcimento del danno".

5f. *Pauli Sententiae 2.17.13 (2.18.10 (Hae.) = Tit. XVII,13(14) (ed.)*

Ex empto et vendito (Brev.) In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.

Interpretatio. In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.

Questo passo, sempre collocato sotto la rubrica XVII, *Ex empto et vendito*, è tradito solo dal Breviario¹²⁸. Si tratterebbe, secondo parte della dottrina, di una delle fonti che testimoniano il passaggio, nell'ambito della compravendita, della forma scritta degli accordi con valore *ad probationem* a quelli con valore *ad substantiam*.

Come affermato da Arévalo, il fatto che diverse fonti¹²⁹ rimarchino la superfluità della scrittura degli accordi ai fini perfezionativi del contratto, sta a dimostrare come

¹²⁸ Su questo testo cfr. E. CÓRCOLES OLAITZ, *El contrato del compraventa a la luz de las fórmulas visigodas*, spec. 326 ss.

¹²⁹ C. 7. 32.2 *Imp. Alexander A. Gauro. Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuum possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis inductus, cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti*; C. 4. 38. 12 *pr. Imp. Diocletianus et Maximianus A. Paciano. Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor fideiussorem non accepit vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet. Pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: nec enim licet in continenti facta paenitentiae contestatio consensu finita rescindit*; C. 4. 21. 10 *Imp. Diocletianus et Maximianus A Victorino. Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat, consequenter amissis etiam quae intercesserant non tolli substantiam veritatis placuit. Dat. VIII. Kal. Novemb. Retinassi, AA. Conss. (293–304)*; *Pauli Sent. II. 17. 13 In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi. a.- Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur*; *Pauli Sent. I. 7. 7 Qui aliquem in domo sua clausum tenuerit, quascumque ei scripturas extorserit, non valebunt*; *Pauli Sent. II. 18. 10 In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum obligatio sine causa demonstratur, si quo modo voluntas de fide contractus possit ostendi. Interpretatio. In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quodumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci*; *Pauli Sent. V. 2. 3-4 Viginti annorum non requisitam possessionem, si tamen iustum possidendi initium intercessisse probatur, possessori prodesse certum est. Iustum autem initium est emptionis hereditatis donationis legati fideicommissi et ceterarum rerum similium, quae per legitimas scripturas atque contractus ad uniuscuiusque dominium transire noscuntur. Huius autem rei praescriptio inter praesentes decennii est, inter absentes vero vicennii computatur.*

nella prassi avesse cominciato ad avanzare il concetto che la scrittura servisse *ad substantiam* e che c'era un uso abituale¹³⁰.

In questo frammento si afferma che non sono necessari gli *instrumenta* laddove la verità del contratto si possa mostrare sulla base della buona fede. A ben guardare il testo distingue la buona fede da cui discende il contratto di compravendita dalla verità della fede del contratto da dimostrare. Nell'*Interpretatio* si afferma che nei contratti di compravendita gli *instrumenta* della vendita sono ritenuti superflui se si può provare in altro modo che la *res* è venduta e il prezzo dato e accettato. L'*Interpretatio* è particolare perché insiste sul prezzo e, proprio il pagamento del prezzo sembrerebbe, secondo il commento al passo paolino, requisito essenziale della compravendita (come sembra confermato anche da Epitome Gai 2.9.14). Ad ogni modo si insiste sulla mancanza di utilità della forma scritta nei contratti consensuali, in particolare nella compravendita, laddove la 'buona fede' possa essere provata in altro modo e dunque la consensualità del contratto non sembrerebbe messa in discussione emergendo proprio dal riferimento alla buona fede¹³¹. Un riferimento al ruolo del prezzo, come carattere essenziale, nella compravendita sembrerebbe essere presente¹³² anche in Epitome Gai 2.9.14 *Emptio igitur et uenditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit*¹³³, ma, a mio avviso, il carattere consensuale del contratto (il contratto è perfezionato con l'accordo) non è messo in discussione.

Avevamo già accennato a questo passo¹³⁴ che mostra come il contratto di compravendita si fondi, scaturisca dalla buona fede e cioè dagli accordi tra le parti.

In sintesi nell'esame delle *Pauli Sententiae* la complessità della fonte e della sua tradizione si riversa anche sul nostro problema. Nelle ricorrenze dell'espressione *bona fides* in alcuni passi non sempre è possibile distinguere un'espressione originaria da una rimaneggiata e dunque derivante dal Breviario (o da un passaggio intermedio). Una particolarità che emerge è la seguente: se il passo deriva dal Breviario saremmo portati a pensare che l'espressione non sia presente e se il passo deriva dal Digesto saremmo invece portati a ipotizzare la sua presenza. Invece, può accadere proprio il contrario: la fonte, derivante dal Breviario, contiene l'espressione *bona fides*, la stessa fonte tradita dal Digesto no (ad es. PS. 1.4.1 e 1.4.3).

¹³⁰ E. MARÍA POLO ARÉVALO, *Evolución de la naturaleza de la emptio venditio por la progresiva incorporación de la forma escrita en la práctica contractual romana*, in Rivista jurídica da FA7, v. 12, n. 1, 2015, 121 ss., 132.

¹³¹ Cfr. M. TALAMANCA, *Voce Vendita*, in ED, 466 nt. 1670.

¹³² Cfr. F. JAVIER ROVIRA JAÉN, *El pacto de la "Lex Commissoria" en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, N° 3, 1993, 1153 ss., 1160, nt. 8.

¹³³ Su cui cfr. SCHIAVO, A proposito delle *obligationes ex contractu* cit., 12 ss.

¹³⁴ Vedi *supra* 42 ss.

Dunque tre testi delle *Pauli Sententiae* derivano dal Breviario (PS. 1.4.1; 2.17.11; 2.17.13), uno, PS. 1.4.3, dal Breviario e dal Digesto, due dal Digesto (PS. 1.1.2; 2.12.5a): di questi ultimi due uno deriva anche dalla *Consultatio* (PS. 1.1.2).

In sostanza su sette ricorrenze del costrutto *bona fides* troviamo un primo caso, 1.1.2. in cui l'espressione deriva dalla ricostruzione editoriale e non è presente nel testo proveniente dal Breviario; un secondo caso, 1.4.1, pervenutoci solo attraverso il Breviario, in cui il costrutto sembrerebbe invece inserito proprio dai compilatori della *Lex Romana Visigothorum*; un terzo caso, 1.4.3, proveniente sia dal Breviario, sia dal Digesto, in cui l'espressione *bona fides* è inserita nella *Lex* e risulta invece assente nel testo proveniente dal Digesto; un quarto caso, 2.12.5a, derivante dal Digesto, in cui troviamo un riferimento ai giudizi di buona fede, in conformità anche ad altre fonti come un rescritto di Gordiano trådito in C.4.34.2; un quinto caso, 2.17.11, proveniente dal Breviario e in cui è presente il costrutto; un sesto caso, 2.17.13, trådito solo dal Breviario e che contiene un esplicito riferimento alla buona fede contrattuale.

I dati così ricavati se da un lato fanno emergere una presenza dell'espressione *bona fides* nelle *Pauli Sententiae* decisamente maggiore rispetto a quella evidenziata nelle altre fonti prima analizzate, *Fragmenta Augustoduensia* ed *Epitome Gai*, dall'altro indicano una marginale ricorrenza del costrutto, specie come indicativo della buona fede contrattuale. La presenza dell'espressione è conforme all'opera stessa che possiede diverse stratificazioni e anche il suo significato si allinea alle concezioni classiche del testo paolino e cioè allo *ius controversum* e alle costituzioni imperiali. Tuttavia appare più opportuno e corretto parlare di significati e non di significato dell'espressione *bona fides*: abbiamo infatti individuato un valore soggettivo (PS. 2.2.2) in cui essa riguarda la *lo status* di un servo, un valore del costrutto come accordo tra le parti inerente la formula dell'*oportere ex fide bona*, come in PS. 2.17.13, oppure come in PS. 1.1.2, ma in relazione a questo secondo passo abbiamo anche visto come l'inserimento della frase contenente il costrutto sia opera degli editori, principi inerenti i *iudicia bonae fidei* come in PS. 1.4.3 o PS. 2.12.5a - e, in tal senso, il valore della buona fede si accosta più ad una regola di correttezza ed equità generale – o un impiego dell'espressione che unisce significato oggettivo e soggettivo (PS. 2.17.11); infine abbiamo anche visto come l'espressione possa identificare il concetto di *dolum et culpam praestare* (PS. 1.4.1).

In definitiva di buona fede contrattuale come accordo tra le parti derivante dalla formula con clausola *ex fide bona* abbiamo un solo caso: PS. 2.17.13 e, anche la relativa *Interpretatio* al passo rinvia allo stesso concetto (unico caso di rinvio alla buona fede contrattuale nelle *Interpretationes*). Nelle *Interpretationes* all'opera infatti oltre questo caso, relativo al contratto di compravendita, troviamo solo innumerevoli riferimenti a *fideiussor* e *fiducia* (*Interpretationes* al primo libro), rinvii a *fideiussor*,

fiducia, *fides*¹³⁵, *fideicommissi*, nel secondo libro, un riferimento alla *fides* dell'*heres* nel terzo libro e moltissimi riferimenti ai *fideicommissi* nel quarto, *fideicommissi* e *fiducia* nel quinto.

Le ricorrenze dell'espressione *bona fides* nell'opera paolina vanno infine collocate all'interno del Breviario da cui siamo partiti all'inizio di questa indagine e in tale contesto valutate. Oltre che insieme di materiale scolastico l'opera, come noto, ha un valore pratico, come fonte del diritto, confermata da Costantino in poi con le cd. leggi delle citazioni (CTh. 1.4.1, 2 e 3) e, all'interno della struttura del *Breviarium* rappresenta il diritto privato di quel periodo. Come fonte di diritto privato del Breviario in essa sembra riprendere ad assumere rilevanza, rispetto alle altre fonti tarde (*Fragmenta Augustodunensia* ed *Epitome Gai* e le altre fonti a cui accennerò di seguito in queste pagine) e dopo l'assenza nelle *Interpretationes* (fatta eccezione per *Inter*. PS. 2.17.13) il riferimento alla buona fede contrattuale (anche se - va ribadito - in modo esiguo), secondo gli schemi classici che verranno poi richiamati ampiamente nei Digesta giustiniane.

6. La buona fede in altre fonti tardo antiche

Indagando le altre fonti della tarda antichità emergono i seguenti dati: la *Collatio* presenta solo due casi di ricorrenza del costrutto *bona fides*: Coll. 6.6.1 *Pap. L. sing. de adulteriis* e Coll. 10.4, (Diocle 293) *ex Ermogeniano*:

Coll. 6.6.1 Hanc quoque constitutionem Gregorianus titulo de nuptiis inseruit, quae est tricesima et secunda, aliis tamen et die et cons., id est: constitutio prop. V Id. Iun. Diocletiano ter et Maximiano Augustis (a. 287).

Papinianus libro singulari de adulteris:

Qui sororis filiam uxorem duxerat per errorem, antequam praeveniretur a delatore, diremit coitum: quaero an adhuc possit accusari. Respondit: ei qui coitu sororis filiae bona fide abstinuit, poenam remitti palam est, quia qui errore cognito diremit coitum, creditur eius voluntatis fuisse, ut, si scisset se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimonium copulaturus.

¹³⁵ Uno di questi rinvii è il seguente: PS. 5.12.11 *Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est, et ita, si contractus fides possit ostendi: ceterum calumniosam scripturam vim iustae petitionis in iudicio obtinere non convenit*. Qui la *fides* di cui tratta il passo che riprende D. 22.4.2 (D. 22.4.2 *Paulus libro quinto sententiarum Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est et ita, si contractus fides possit ostendi: ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio optinere non convenit.*), riguardante il processo fiscale e, in particolare, le prove impiegate dal fisco contro un soggetto convenuto in giudizio, si riferisce, come è evidente all'autenticità del contratto (per le diverse interpretazioni di questa parte del passo cfr. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione* cit., 2007, 34 ss.

Tuttavia in questo passo il riferimento alla buona fede indica il comportamento, lo stato di un soggetto in ambito di rapporti incestuosi. Nel frammento successivo, invece, vi è un riferimento alla buona fede contrattuale in tema di deposito:

Coll. 10.4, Diocle 293 ex Ermogeniano

Idem Augg. et Caess. Fl. Aurelio Altenico Andronico. Eos penes quos vestem et argenti materiam deposuisse proponis apud rectorem provinciae convenit interrogari, qui eos, sive teneant sive dolo fecerint quominus possint restituere, secundum bonam fidem tibi satisfacere compellet. Subscripta VI k. April. Sirmi Caess. cons. (a. 294).

Si tratta di una costituzione diocleziana in tema di deposito proveniente dall'Ermogeniano, titolo *De deposito*, che segue a frammenti di Modestino. In essa in particolare si afferma che se oggetto di deposito sono vesti o argenti, a causa del valore dei beni, i depositari verranno interrogati dal governatore provinciale che li obbligherà a dare soddisfazione secondo buona fede, sia che essi abbiano trattenuto i beni sia che non li abbiano restituiti¹³⁶. Il peculiare valore dell'oggetto di deposito giustifica la necessità di una interrogazione da parte del governatore, oltre il rispetto della clausola di buona fede, esplicitamente ribadita.

Nella *Consultatio* di undici ricorrenze di “*fide*” risultano quattro casi di *fides bona e mala*: 1.8, 2.7, 4.4, 9.11:

Cons. 1.8. Imp. Alexander A. Dionysio. Ad locum: Pactum, quod mala fide factum est, irritum esse et cetera. PP. II Id. Sept. Alexandro Aug. cons. (a. 222).

¹³⁶ Sul testo cfr. F. LUCREZI, *Il deposito in diritto ebraico e romano. Studi sulla Collatio VIII*, 2017, 21 ss., che unisce i testi 3, 4 e 5 di *Collatio* 10. Il titolo tuttavia così si esprime: *Hermogenianus sub titulo de deposito huius modi inserit constitutiones*; ad esso seguono tre costituzioni con *inscriptiones* e *subscriptiones* differenti. III. 1. *Hermogenianus sub titulo de deposito huius modi inserit constitutiones: Idem Augg. et Caess. Fl. Munatio. Eum qui suscepit depositum dolum, non etiam casum praestare certi iuris est. Cum itaque proponas ignis vi quaedam cremata de his quae tibi fuere commendata nec ullum dolum in subtrahendis rebus adhibitum, rector provinciae nihil contra iuris rationem fieri patietur. Et quoniam necti queris moras adhibita varietate, negotium inter vos ortum secundum iuris ordinem sua ratione decidetur. Subscripta VIII k. Iul. Serdica Augustis cons. (a. 293).*

IV. 1. *Idem Augg. et Caess. Fl. Aurelio Altenico Andronico. Eos penes quos vestem et argenti materiam deposuisse proponis apud rectorem provinciae convenit interrogari, qui eos, sive teneant sive dolo fecerint quominus possint restituere, secundum bonam fidem tibi satisfacere compellet. Subscripta VI k. April. Sirmi Caess. cons. (a. 294).*

V. 1. *Idem Augg. et Caess. Aurelio et Eustathio et Diosimo. Is, qui depositum suscepit, ultra dolum, si non aliud specialiter convenit, praestare nihil necesse habet. Cuius memor iuris rector provinciae partium allegationibus auditis pro ereptorum qualitate suam ordinabit sententiam. Subscripta XIII k. Nov. Appiaria (a. 294 ?).*

Cons. 2.7. Item alia eodem libro et corpore: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Apro-niae Mammae. Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, etiam citra principalis restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest et cet. PP. VI kalendas Iul. Maximiano II et Aquilia consulibus (a. 286).

Cons. 9. 11. Imp. Alexander Aurelio Dionysio. Cum posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvenerit, ut pacisceretur nullam se controversiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est: et cum ex ea conventionem cum matre tua agi coeperit, iudex eam liberabit, quia de re iudicata pacisci nemo potest. PP. pridie id. Sept. Alexandro A. cons. (a. 222).

Come si può notare le fonti in cui ricorrono tali espressioni sono tutte costituzioni. In Cons. 1.8, 2.7 e 9.11 la buona o mala fede riveste senza dubbio il valore di correttezza di comportamento, nei patti o nelle divisioni di beni. Cons. 4.4. invece è stato già analizzato con riguardo alle *Pauli Sententiae*: Cons. 4.4. *In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur: et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur.*

In definitiva riscontriamo nella *Consultatio*, come anche nella *Collatio* a cui abbiamo accennato poco sopra, solo un caso di buona fede contrattuale: Cons. 4.4.

Nei *Fragmenta Vaticana* su sedici casi di ricorrenza di “fide” solo uno riguarda la buona fede in ambito contrattuale ma, nello specifico, l’*emere bona fide*. Riporto il passo:

FV. 1. Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit uel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et ueteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est uerius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

Qui ci si occupa di un caso in cui si acquista una *res Mancipi* da una donna senza l’*auctoritas* del tutore oppure da un falso tutore: non sembra possa trattarsi di una compera in buona fede. In tale caso, secondo il principio del *favor usucapionis*, secondo la giurisprudenza, sia dei sabiniani sia dei proculiani, non si può impedire l’usucapione di tale *res*¹³⁷.

Il passo trova corrispondenza in D. 18.1.27, *Paulus libro octavo ad Sabinum. Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit: at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.*

¹³⁷ Cfr. P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa dall’età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013, 232 s.

L'*emere bona fide*, come affermato da Talamanca, “funge da cerniera fra l’aspetto meramente statico della *bona fides* del possessore e quello dinamico dell’*agere bona fide* e delle espressioni analoghe che si riferiscono ad un acquisto”¹³⁸; si tratta di una “qualificazione dell’atto di acquisto”¹³⁹. A questo riguardo occorre porsi il problema del rapporto tra l’*emere bona fide* e l’*oportere ex fide bona*: come ben messo in luce da Talamanca il primo può essere connesso ai *iudicia bonae fidei*, ma spesso le attività *bona fide* possono avere rilievo anche in rapporti non tutelati dai giudizi di buona fede, ad es., come nel possedere secondo buona fede¹⁴⁰. Aggiungerei che la buona fede può essere considerata, come comportamento di correttezza e, quindi, sotto un valore soggettivo, anche nell’esecuzione del contratto ma in questo non sembra avere connessione con la buona fede contrattuale e cioè quegli accordi a cui il giudice deve attenersi oltre ai *concepta verba* della formula¹⁴¹.

I Codici Gregoriano ed Ermogeniano (tràditi dal *Breviarium*¹⁴²) non presentano riferimenti alla buona fede contrattuale; in essi troviamo solamente due casi di espressione di *bona fides* soggettiva nel primo e nessuno del secondo; le due costituzioni del Gregoriano si riferiscono alla *bona* o *mala fides* del possesso. Nella prima anche l’*Interpretatio* riporta il costrutto¹⁴³.

¹³⁸ TALAMANCA, *La ‘bona fides’ nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell’ordinamento cit.*, 248.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Idem*, 249.

¹⁴¹ Il costrutto *bona fide emere* (o *emptor*), secondo le ricerche di LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides* cit., 211 ss., ricorre, stando al VIR, 94 volte: 52, *bona fide emere*, 9 *bona fide emptor*, 33 *bonae fidei emptor*; a suo avviso “la prevalenza della *bona fides* nell’*emptio* è il frutto di una doppia radice negoziale e possessoria”.

¹⁴² Ho utilizzato l’ed. P. KRÜGER, *Epitome Codicum Gregoriani et Hermogeniani Wisigothica*, (<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>). Sui due Codici di rescritti dioclezianeî rinvio al lavoro, in questo stesso volume, di G. MARAGNO, *La disciplina degli atti negoziali inter vivos nei rescritti ex Gregoriano ed Hermogeniano* accolti nel *Breviarium*.

¹⁴³ Cod. Greg. 6.1 *De rei vindicatione. Imp. Gordianus A. Aurelio Alexandro militi. Vineas in alieno agro institutas solo cedere et, si a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem seruari non posse incognitum non est. PP. IIII id Mart. Attico et Praetextato cons. (a. 242). Interpretatio. Si quis uineas in aliena terra posuerit, ad illum sine dubio pertinebunt, cuius terra esse probatur. qui si solum nesciens alienum, dum eum bona fide se crediderit possidere, sumptus quos in ipsis uineis ponendis fecit a domino terrae recipiat: si uero sciens in alieno posuit, et uineas restituat et expensas penitus non requirat: Cod. Greg. 6.2 *Imp. Philippus A. et Philippus C. Aurelio Victorino et Marco et Valerio. Aedificium in alieno agro extructum solo cedere sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emptorem per retentionem posse seruare certissimi iuris est. PP. kal. Oct. ... cons. (a. 244 uel 245). Interpretatio. Pariter de aedificiis uel de reliquis rebus in alieno solo positis, sicut superius dictum est, forma seruabitur.**

Cod. Greg. 6.1 De rei vindicatione. Imp. Gordianus A. Aurelio Alexandro militi. Vineas in alieno agro institutas solo cedere et, si a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem seruari non posse incognitum non est. PP. IIII id Mart. Attico et Praetextato cons. (a. 242).

Interpretatio. Si quis vineas in aliena terra posuerit, ad illum sine dubio pertinebunt, cuius terra esse probatur. qui si solum nesciens alienum, dum eum bona fide se crediderit possidere, sumptus quos in ipsis vineis ponendis fecit a domino terrae recipiat: si uero sciens in alieno posuit, et vineas restituat et expensas penitus non requirat.

Cod. Greg. 6.2 Imp. Philippus A. et Philippus C. Aurelio Victorino et Marco et Valerio. Aedificium in alieno agro extractum solo cedere sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emptorem per retentionem posse seruare certissimi iuris est. PP. kal. Oct. ... cons. (a. 244 uel 245).

Interpretatio. Pariter de aedificiis uel de reliquis rebus in alieno solo positis, sicut superius dictum est, forma seruabitur.

Nell'*Edictum Theodorici* il costrutto *bona fides* ricorre una sola volta in tema di vendita. Si tratta di ET 147 posto sotto la rubrica *De venditionibus bona fide celebratis*:

Placita bona fide et definita venditio a venditore rescindi non potest: sed pretium, quod ab emptore debetur, repetendum est.

Anche in questo testo viene ribadita, come già avevamo visto con CTh. 3.1.1¹⁴⁴, l'impossibilità della rescissione da parte del venditore in una vendita perfezionata anche se il prezzo, dovuto dal debitore può essere restituito. La vendita è *placita bona fide*, cioè conclusa secondo buona fede¹⁴⁵. L'*Edictum*, anche se con un solo caso, mostra di recepire il modello romano contrattuale classico: la vendita perfezionata sulla base del consenso in cui la buona fede è clausola per il comportamento delle parti, da valutare in caso di eventuale contenzioso¹⁴⁶. Questo passo dell'*Edictum* presenta analogie con C. 4.44.3¹⁴⁷: *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. Titiae et Marcianae. De contractu venditionis et emptiois iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est. A 293 D. VIII Id. Febr. AA. cons.*

¹⁴⁴ V.di *supra* 35 ss.

¹⁴⁵ Su ET. cfr. A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*, Napoli 2017, 102 ss.; SEAN D.W. LAFFERTY, *Law and society in the Age of Theodoric the Great: A Study of The Edictum*, 59 ss.

¹⁴⁶ Dubbioso LEVY, *West roman vulgar Law* cit., 157 nt. 208 secondo il quale, relativamente al fatto che da Costantino, a suo avviso, la vendita non ha più il carattere consensuale, essendo "sale and transfer in one", "ET 147 is too brief to allow for a definite interpretation".

¹⁴⁷ Secondo A. CENDERELLI, *Ricerche sul Codice Ermogeniano*, 160 e nt. 43, le analogie tra le due fonti, pur evidenti, non consentono di ipotizzare una derivazione diretta del passo dell'*Edictum* dalla costituzione, trattandosi, per il primo di enunciazione di un "principio generalissimo".

La costituzione è un rescritto diocleziano dell'anno 293 in cui il vincolo contrattuale, fondato sulla buona fede, non può essere derogato nemmeno dal rescritto imperiale¹⁴⁸. L'analogia è evidente laddove il contratto si incentra sulla buona fede.

Questa rapidissima rassegna relativa a *Consultatio*, *Collatio*, *Fragmenta Vaticana*, Codici Gregoriano ed Ermogeniano, *Edictum Theodorici*, mostra un'assenza o una rarità del costrutto *bona fides* e del relativo concetto di buona fede contrattuale in tali fonti: in sostanza un costrutto e un concetto marginale se non del tutto ignorato¹⁴⁹.

Osservazioni conclusive

L'analisi fin qui effettuata ha portato i seguenti risultati.

Il Codice Teodosiano, su 249 volte di ricorrenza del lemma *fides*, che rinvia a contesti di vario genere, riporta una sola costituzione posta sotto il titolo *De aediliciis actionibus*, CTh. 3.4.1, contenente l'espressione *bona fides*, che tuttavia non sembra con sicurezza riferirsi alla buona fede contrattuale; la costituzione deriva dal *Breviarium* e l'*Interpretatio* che la correda non ripete la locuzione.

Nelle altre ricorrenze nel Codice il termine *fides* riguarda il possesso, il concetto di affidabilità di persone, funzionari, uffici, l'affidabilità di testimoni, la veridicità o falsità di documenti, la fede cristiana.

Nell'*Epitome* non compare mai il lemma anche in relazione ai contratti consensuali.

Nei *Fragmenta Augustodunensia*, mancanti del libro terzo verosimilmente riferibile alle *res*, non troviamo il costrutto riferito ai contratti o ai giudizi. Solo in un caso, FA. 2.68, l'espressione *bona fides* compare con riferimento ai fedecommissi e alla vendita dell'eredità (il richiamo più vicino e attinente alla buona fede contrattuale e dunque più rilevante è quello relativo al comportamento durante le operazioni di *solutio* dopo la *condemnatio* in FA 2.68). Non compare mai nel quarto libro espressamente dedicato alle *actiones*: in esso, in particolare si ravvisa come, per il deposito, venga menzionata solo l'*actio in factum* ai fini degli effetti estintivi della *litiscontestatio* e non l'*actio in ius ex fide bona*. L'assenza di commento ai giudizi di buona fede appare rilevante, sia per il fatto che il processo *per formulas* è sostituito dalle *cognitiones*, sia per il fatto che il commentatore sembra aderire alle istituzioni gaiane: a tal riguardo

¹⁴⁸ CARDILLI, "Bona fides" tra storia e sistema cit. 157 ss., interpreta l'espressione "nec ex rescripto nostro" come un rinvio a rescritti in astratto (dunque fonte creatrice del diritto) e non come un riferimento alla risposta imperiale del caso in esame.

¹⁴⁹ Cfr. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani* cit., 310 nt. 250, il quale sottolineava come per il tardo antico lo schema della *bona fides* contrattuale fosse "praticamente ignorato" (salvo che in CTh. 3.4.1) e ricorresse solo poche volte con riferimento alla buona fede soggettiva.

in un vecchio lavoro, avevo osservato come il commento alle formule gaiane, specie nel quarto libro dei *Fragmenta*, sembrasse rappresentare un tentativo di proporre per i pratici dei formulari utili appunti nella prassi e, quindi, in questo caso, sembrerebbe non porre particolare rilievo ad un formulario includente la *bona fides* delle formule.

Si deve peraltro notare che una ricerca lemmatica nelle Istituzioni di Gaio non porta a risultati diversi dal punto di vista quantitativo: in esso emerge solo in un passo relativo al mandato, 3.155 che contiene il costrutto *bona fides*. Nel resto dell'opera troviamo la *bona fides* riguardante il possesso (ad es., Gai 2. 45, 49, 50, 51, 75, 78, 86, 92, 93 e molti altri; Gai 3.166 etc.) e i *iudicia bonae fidei* (ad es. Gai. 4.62, 63, 114). Questo fa propendere per una adesione di tali fonti (l'*Epitome* e i *Fragmenta*) alle concettualizzazioni gaiane (hanno avuto Gaio come modello di riferimento). Per queste ultime non va sottovalutato tuttavia il fatto che a fronte di una incidenza numerica dell'espressione piuttosto bassa sta la rilevanza del principio in quanto applicato ad uno dei negozi più importanti della negoziazione privata, e cioè alla compravendita (nonché alla *locatio-conductio*). Forse, a questo riguardo si potrebbe riflettere su come la dottrina romanistica abbia in un certo senso quasi esasperato un concetto dogmatico, fondamentale in uno specifico contesto (*oportere* della formula e quindi ambito processuale) ma non permeante il sistema privatistico romano nel suo insieme. Le fonti tardo antiche esaminate sembrano non dare centralità al principio, se non addirittura a non riconoscerlo: probabilmente non recepirono le categorie concettuali riprese poi nei Digesta giustiniane, in cui la *bona fides* emerge nello *ius controversum* codificato.

Nelle *Pauli Sententiae* invece il costrutto ricorre più volte anche se, per lo più, probabilmente inserito dai compilatori del Breviario. Analizzando i passi paolini abbiamo però constatato come vi sia un solo caso di ricorrenza di buona fede contrattuale, e cioè di buona fede riferita alla clausola “*ex fide bona*” dell'*oportere* nelle formule (due, se consideriamo anche il passo in cui il riferimento alla buona fede appartiene ad una frase proveniente dalla versione del testo presente nella *Consultatio* utilizzata dagli editori).

Abbiamo una sola ricorrenza nella *Collatio* e una nella *Consultatio* (quest'ultimo, come abbiamo visto, è stato utilizzato dai filologi per ricostruire un passo delle *Pauli Sententiae*).

Nei *Fragmenta Vaticana* abbiamo un solo caso di *emere bona fide*.

Assente nelle *Interpretationes* se non nel commento al passo paolino sulla buona fede contrattuale.

Nessuna presenza nei Codici Gregoriano ed Ermogeniano traditi dal Breviario.

Un solo caso nell'*Edictum Theodorici*.

Dunque, concludendo:

1. Dall'analisi effettuata emerge che non ricorre l'espressione *bona fides* se non in rari casi.
2. L'*Epitome Gai* e i *Fragmenta Augustodunensia*, mostrano una certa conformità a Gaio in cui abbiamo notato come il principio di buona fede oggettiva sembri non costituire un principio centrale dell'opera.

3. Il concetto di buona fede oggettiva è presente invece in alcuni passi delle *Pauli Sententiae* derivanti dal Digesto e dal Breviario (e ripreso nelle fonti giustinianee); quello di buona fede contrattuale, come accordo tra le parti, solo in un passo.
4. Sembra assente dunque una regola di tipo dogmatico.

Possiamo trarre a questo punto delle ulteriori conclusioni.

La presenza più significativa dell'espressione *bona fides*, nelle fonti analizzate, è quella offerta da alcuni passi delle *Pauli Sententiae* contenuti nel Breviario. Il motivo di questa ricorrenza, allo stato di questa breve ricerca, potrebbe essere il seguente: essa sembra rispondere ad una sistematica del Breviario in cui le *Pauli Sententiae* rappresenterebbero il nucleo del diritto privato di tipo casistico, in cui permane un riferimento ai diversi significati che il costrutto *bona fides* di volta in volta rappresenta, in continuità con il diritto giurisprudenziale cd. classico; tale presenza cioè potrebbe essere imputata ad un disegno sistematico della *Lex Romana Visigotorum*, nella quale, l'opera paolina, fonte complessa e stratificata, rappresenterebbe uno scorcio importante del diritto privato strettamente legato a concettualizzazioni classiche. In sostanza le *Pauli Sententiae* vengono così a raffigurare l'ultimo esempio di collegamento con la cd. buona fede contrattuale che, non emergendo dalle altre fonti tarde né tantomeno dalle *Interpretationes*, ritroverà poi centralità e spazio nello *ius controversum* dei Digesta giustiniani.