

Fides bona contraria est fraudi et dolo

Alessandro CORBINO

(*Université de Catane*)

1. Com'è a tutti noto, si suole riportare l'introduzione di strumenti di contrasto della malizia nei comportamenti negoziali alla fine della repubblica, quando Aquilio Gallo (si discute se quale giurista o quale pretore¹) escogitò appropriate *formulae* al riguardo, secondo la notizia di:

Cic., *off.* 3.60:

Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulates perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum.

E tuttavia non sono né pochi né irrilevanti gli indizi che permettono di ritenere che l'evenienza assumesse rilievo anche in epoca ben anteriore.

È già lo stesso Cicerone a sottolinearlo.

Lo ricorda nel contesto del suo appena citato riferimento ad Aquilio Gallo (*off.*3.61). E lo aveva, più in generale, già ricordato anche in precedenza, quando nel primo libro dell'opera, aveva appunto sottolineato come vi fossero casi nei quali si poteva essere liberati da *promissa* estorti con dolo o violenza non solo *iure praetorio*, ma anche direttamente *legibus* (*off.*1.32).

La possibilità ricordata da Cicerone di sottrarsi – già in epoca ben anteriore ad Aquilio Gallo – a promesse invalide trova per altro sicuri

¹ Sul punto da ultimo: R.FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, p.313s.

riscontri. Sappiamo, ad esempio, che la prestazione di *usurae ultra modum* era considerata illecita, e come tale vietata da una serie di leggi repubblicane, che – a partire dalle XII tavole (XII tab. 8.18a) – avevano tentato di arginare il fenomeno, prevedendo addirittura un’*actio in quadruplum adversus foeneratorem*², accompagnando dunque il divieto con la previsione di una *poena* privata (secondo lo stesso – ma più severo – modello che ritroveremo ancora due secoli avanti con la *lex Laetoria*³).

E sappiamo anche che già la *lex Cincia* (siamo ora più avanti, ma comunque pur sempre nel 204 a.C.) aveva vietato come illecite le donazioni – ancora una volta – *ultra modum*⁴.

Ed è difficile non pensare che l’uno e l’altro caso (promessa *ultra modum* di *usurae* o di donazione) non rientrassero tra i *promissa* da cui ci si potesse ritenere liberati – secondo l’avvertimento di Cicerone – appunto *legibus*.

Ma non basta.

² Cat., *de agr. praef.* 1 (cfr. Tac. *ann.* 6.16).

³ Le difficoltà di contrasto del fenomeno avrebbero provocato per altro una serie di interventi successivi, che si sarebbero collocati, secondo il ricordo della tradizione, in un arco di tempo compreso tra il 352 ed il 286 a.C.: Liv. 7.21.5-8 (352); Liv. 7.27.3 – Tac. 6.16.2 (347); Liv. 7.42.1 – Tac. 6.16.2 (342); Dio Cass. 37.2 – Zonar. 8.2.1 (286). Che il contrasto dell’usura appartenesse al problema del più generale contrasto dei comportamenti negoziali disattenti ai doveri legati alla *fides* trova per altro espressa conferma in Cic., *ad Att.* 6.1.15, dove nell’elenco delle materie di preoccupazione da considerare si nomina appunto anche l’usura.

⁴ Il fatto che per il contrasto delle usure fossero stati necessari ripetuti interventi (al contrario di quanto accadde per imporre un *modus* – a mio sommo avviso non fisso, ma da giudicare in concreto, in relazione alla condizione delle parti – alle donazioni) non deve sorprendere. Mentre il promittente donante non avrebbe avuto difficoltà alcuna ad opporre il divieto per sottrarsi al *promissum*, il promittente le *usurae* ne avrebbe avute invece, e di serie. Come ci informa Tacito (*ann.* 6.17.2), la questione non era infatti quella di consentire ai debitori convenuti di sottrarsi alla pretesa, ma quella piuttosto di scoraggiare i creditori dal pretendere usure smodate. Non bastava alla protezione dei debitori la possibilità di sottrarsi all’impegno (illecito). Necessario era che la protezione loro assicurata non ne comportasse anche una perdita di credito sociale, che ne limitasse nuove possibilità di ottenere credito (il che ovviamente – come dimostrano le nostre stesse esperienze contemporanee – non è un problema di facile soluzione, donde il ben comprensibile succedersi di continui tentativi di miglioramento della normativa al riguardo; sulla legislazione relativa alle *usurae* hanno portato di recente attenzione: F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006; A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012; A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità*, Bari 2013).

Almeno in un caso, le nostre fonti – come ho già avuto modo ripetutamente di osservare⁵ – hanno conservato traccia concreta di quanto affermato da Cicerone:

Plaut. *Rud.* 1375-1382:

GRIP. *Cedo sis mihi talentum magnum argenti, periurissime.*

DAEM. *Gripe, quod tu istum talentum poscis?*

GRIP. *Iuratust mihi dare.*

LABR. *Libet iurare. tun meo pontifex peiurio es?*

DAEM. *Qua pro re argentum promisit hic tibi?*

GRIP. *Si vidulum hunc redegissem in potestatem eius, iuratust dare mihi talentum magnum argenti.*

LABR. *Cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum <haud> siem quinque et viginti annos natus.*

GRIP. *Habe cum hoc.*

LABR. *Aliost opus.*

Come si vede, con riferimento proprio ad una delle ipotesi esplicitamente citate da Cicerone nel passo prima ricordato (*off.* 3.61), Plauto permette di osservare che, agli inizi del II sec. a.C. (la commedia in questione fu rappresentata per la prima volta nel 191 a.C.) era già possibile ottenere, in virtù appunto della *lex Laetoria*, un'assoluzione in giudizio del convenuto⁶.

L'anteriorità ad Aquilio Gallo della repressione della malizia è comunque sicura.

Lo stesso Cicerone ricorda la creazione giurisprudenziale – frutto di sviluppi interpretativi legati alle disposizioni decemvirali che impegnavano alla veridicità delle dichiarazioni nuncupative accessorie ad una *mancipatio* – di una responsabilità per *reticentia* nella vendita di fondi e alla quale egli lega la soluzione giudiziale di vicende accadute, ancora una volta, in età pre-aquiliana:

Cic., *off.* 3.65-67:

Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata,

⁵ Da ultimo: A.CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in L.GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, p.22ss.

⁶ Il testo permette addirittura di più. Di osservare cioè che promesse negoziali rese in forma di *stipulatio* e risultato di atteggiamenti dolosi potevano essere ritenute non impegnative da un giudice che avesse così giudicato per le circostanze.

quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id stauerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. [66] Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussum, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen prognuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. [67] Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.

Il giudice Catone – che emette il giudizio nei riguardi di Claudio Centumalo – muore nel 91 a.C. Il giudizio che coinvolge Gratidiano non può essere posteriore all'82, dato che il personaggio morì appunto nella repressione sillana di quell'anno. Il suo contendente Sergio Orata era stato per altro pretore nel 97.

E non può nemmeno essere trascurato che già gli edili avevano, a loro volta, preso in considerazione (almeno un secolo prima⁷), la ma-

⁷ Come ormai si riconosce, appaiono di primario rilievo per la datazione i riferimenti plautini: *Capt.*803-825; *Merc.*416-419; *Most.*795-800; *Mil.*725-750; *Rud.*373-374). Cfr. A.DE SENARCLENS, *La date de l'édit des édile de mancipiis vendundis*, in *TR* 4 (1923) p.384ss.; L.MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano 1994, p.11ss.; É.JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München

lizia negoziale, reprimendo la *reticentia* nelle vendite (almeno quelle concluse nei mercati esposti al loro diretto controllo) di *mancipia* e *iumenta*⁸. E il fatto potrebbe bene essere stato sia la conseguenza della elaborazione giurisprudenziale maturata per la vendita dei fondi, sia una concorrente (con il dovere cioè decemvirale di veridicità delle dichiarazioni accessorie alle vendite immobiliari) causa di essa.

Non corrisponderebbe, certo, alle cose dire che fosse già esistente – prima di Aquilio Gallo – una generale (e doverosa per i giudici, quale poi sarebbe divenuta con l'*exceptio* formulare⁹) considerazione del dolo negoziale. Anche perché – ove così fosse stato – l'intera trattazione del *de officiis* e i riferimenti ciceroniani ad Aquilio Gallo apparirebbero inspiegabili.

Ma non corrisponde altrettanto alle cose dire che, prima di Aquilio Gallo, essa mancasse. Gallo non ha introdotto la repressione del dolo. Ne ha allargato e perfezionato il regime.

Si può discutere insomma in quali limiti – fuori da quelli legislativi eventualmente definiti (come era stato il caso della malizia esercitata nei confronti degli *adulescentes*) – essa avesse rilievo: se addirittura generali (ancorché a discrezione del giudice), come sembrerebbe adombrare Plauto, o limitati invece a cause (vendita) e oggetti (fondi, *mancipia*, *iumenta*), come sembrerebbero attestare invece Cicerone e l'editto edilizio. Ma non può negarsi che un rilievo vi fosse¹⁰.

2. Ora, com'è noto, e come per altro sottolinea ampiamente Cicerone nel contesto dal quale abbiamo preso le mosse, le ragioni di disapprovazione di ogni forma di dolo e della conseguente opportunità di con-

1997, p.123ss.; N.DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano 2004, p.40ss.; R.ORTU, 'Aiunt aediles...'. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino 2008, p.40ss.

⁸ D.21.1.1.1, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*

⁹ Cfr. A.CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, in M.G.DI RENZO VILLATA (cur.), *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli 2003, p.179ss.

¹⁰ Potrebbe anche essere accaduto (il che riterrei probabile sulla scorta delle informazioni di Cicerone: *de off.* 1.32): che esso lo sia stato, in termini generali, a discrezione (rimesso cioè al prudente apprezzamento del giudice) e, in casi specifici (come quello, ad esempio delle malizie nei confronti degli *adulescentes*), invece doverosamente (per imposizione di una fonte autoritativa come, per restare all'esempio, la *lex Laetoria*).

trastarne giuridicamente la pratica si legano al rilievo che i Romani hanno da sempre attribuito ai valori espressi dalla *fides* cui essi facevano riferimento.

Come avrebbe poi sottolineato ancora Paolo: *fides bona contraria est fraudi et dolo*¹¹.

Se allora vogliamo spiegarci la compresenza dei due fenomeni osservati (da un canto, la risalente disapprovazione del dolo come atteggiamento incompatibile con la *fides*; dall'altro il rilievo attribuito nella materia all'impegno di Aquilio Gallo) dobbiamo interrogarci sul rapporto – ben più complesso forse di quanto non si sia ritenuto – tra *fides*, *bona fides*, forme e dolo negoziale.

La prima constatazione da fare riguarda i rapporti tra l'idea di *fides* e quella di *bona fides*.

Com'è a tutti notissimo, i Romani hanno considerato da sempre il dovere di conformarsi alla *fides* in ogni aspetto della vita di relazione uno dei caratteri fondanti della loro cultura. E, benché le nostre fonti non abbiano conservato un'esplicita nozione di essa, è abbastanza chiaro che i Romani ne parlassero come dell'insieme delle convinzioni nelle quali si sostanzia il “credere” (l'insieme dei “comandamenti” da osservare, mi verrebbe da dire) che connota una specifica (storica) visione culturale.

Nel ricordare l'istituzione del relativo culto ad opera di Numa, Livio rappresenta *fides* e *ius iurandum* come vincoli (di forza comparabile a quella di leggi e timore di pene) in sé sufficienti a governare la *civitas*, perché inducono gli animi alla osservanza dei “costumi” (*mores*), che (come appunto quelli di Numa) appaiono *exemplum* virtuoso e gradito agli dei:

Liv.1.21:

1. *Ad haec consultanda procurandaque multitudine omni a vi et armis conversa, et animi aliquid agendo occupati erant, et deorum adsidua insidens cura, cum interesse rebus humanis caeleste numen videretur, ea pietate omnium pectora imbuerat ut fides ac ius iurandum pro legum ac poenarum metu civitatem regerent. 2. Et cum ipsi se homines in regis velut unici exempli mores formarent, tum finitimi etiam populi, qui antea castra non urbem positam in medio ad sollicitandam omnium pacem crederant, in eam verecundiam adducti sunt, ut civitatem totam in cultum versam deorum violari ducerent nefas. (...) 4. Et soli Fidei sollemne insti-*

¹¹ D.17.2.3.3, Paul. 32 *ad ed.*

tuit. Ad id sacrarium flamines bigis curru arcuato vehi iussit manuque ad digitos usque inuoluta rem divinam facere, significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse.

E Cicerone la descriveva, a sua volta, come *commune praesidium omnium*, come ciò che impedisce il turbamento della vita sociale¹².

Ma – com'è non meno noto – i Romani hanno avuto coscienza anche del significato relativo del fatto. Essi sanno bene che non esiste un'unica *fides*. Vi è la “romana” e vi sono le “altre”. Il che comporta che non ogni *fides*, né ogni contenuto di un particolare credere (di una specifica *fides*), ricevano (o debbano ricevere) identico apprezzamento generale.

Per i Romani, la loro è una *fides sanctissima*¹³, alla quale essi prestano osservanza scrupolosa e che perciò si merita la considerazione altrui di essere anche illustre (*clara*¹⁴).

Ma lo stesso essi non ritengono di poter dire di altre. Cicerone scrive (*pro Fl.* 5.12) che per i Greci il giuramento “*iocus est*”.

Questa relatività coinvolge espressamente anche il nostro problema. La malizia che per i Romani va assolutamente bandita e disapprovata, per altri può essere oggetto di valutazione diversa.

La “furbizia”, che altrove è “valore” sollecitato¹⁵, nei Romani suscita invece diffidenza¹⁶.

La “relatività” (dal punto di vista dei popoli) dei concreti contenuti della *fides* che ciascuno di essi assume a proprio riferimento comporta non solo la necessità di tenerne conto nelle relazioni reciproche (di-

¹² Cic., *pro Sex. Rosc. Amer.* 38.111.

¹³ Cic. *in Verr.* 2.3.3.6; *pro Sex. Rosc. Amer.* 39.112.

¹⁴ Sil. Ital. *Punica* I. 634.

¹⁵ Gell. 11.18.16-17: *Id etiam memini legere me in libro Aristonis iureconsulti, haudquaquam indocti viri, apud veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus reperiendis sollertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impunita. 17. Apud Lacedaemonios quoque, sobrios illos et acres viros, cuius rei non adeo ut Aegyptiis fides longinqua est, non pauci neque ignobiles scriptores, qui de moribus legibusque eorum memorias condiderunt, ius atque usum fuisse furandi dicunt, idque a iuventute eorum non ad turpia lucra neque ad sumptum libidini praebendum comparandamve opulentiam, sed pro exercitio disciplinae rei bellicae factitatum, quod ea furandi sollertia et adsuetudo acueret firmaretque animos adulescentium et ad insidiarum astus et ad vigilandi tolerantiam et ad obrepenti celeritatem.*

¹⁶ Cic. *off.* 3.67:... *Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

viene proverbiale la sicurezza che i Romani ingenerano circa la lealtà con la quale osserveranno i propri impegni: si pensi alla vicenda di Attilio Regolo) – ma rende anche necessario prendere coscienza che *fides* e *bona fides* coincidono solo da una prospettiva unilaterale.

Per ciascun popolo la propria è – ovviamente – una *fides* apprezzata, perciò *bona*. Ma quella che può dirsi tale da un punto di vista comprensivo (che valga cioè per tutti, nel senso ovviamente non totalizzante, ma di Gai.1.1) è solo quella che fa riferimento ad un credere nel quale si riconoscono spontaneamente tutti.

Una cosa è insomma operare *ex fide bona* da un punto di vista Romano, altra cosa farlo invece da un punto di vista comune a Romani e non Romani¹⁷. Solo ciò che può considerarsi doveroso per tutti è pretendibile da tutti.

Il che ci aiuta a comprendere perché lo spettro dei doveri che caratterizza, sul piano etico (della *fides* in cui egli si riconosce), il Romano – e che gli merita la qualifica di *vir bonus* – è molto più ampio di quello che lo impegna da un punto di vista invece giuridico, dal quale non tutto ciò che la *fides* richiede di osservare determina per lui anche immediata doverosità.

Rientra nella *fides* Romana la *sollicitudo* che deve essere rivolta a chi ne necessita o ne faccia richiesta. Si pensi a casi come l'*hospitium* assicurato agli stranieri¹⁸ o il patrocinio accordato a *coloniae* o altre comunità¹⁹, o anche alle attenzioni che si ritiene doveroso continuare a rivolgere a colui al quale si è stati legati da un rapporto di subordinazione (come quello intercorso tra questore e console²⁰).

¹⁷ Platone, ad esempio, considerava riprovevole – IX 913 d – acquisire un “tesoro” che non fosse frutto di nascondimento proprio o dei propri avi [sul punto: E.CANTARELLA, *Regole di correttezza in materia contrattuale nel mondo greco*, in L.GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padova 2003, p.279]. E Cicerone (de off. 2. 21-22) osserva, a sua volta (esprimendo una valutazione propria del pensiero romano, ma certo non estendibile a tutto il mondo antico) che fare “per denaro”, è disprezzabile; mentre non lo è, al contrario, farlo per benevolenza, per rendere onore o anche per *fides* in taluno (ed è ben nota del resto l'esistenza di un vario *mos regionis* osservabile in materia di *usurae* e dei conseguenti limiti di liceità del “profitto” privato legato alla sovvenzione di capitale monetario non a scopo di amicizia, come nel *mutuum*, ma a scopi lucrosi: D.30.39.1, Ulp. 21 ad Sab.).

¹⁸ F.DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II², Napoli 1973, p.23ss.

¹⁹ Cfr. *Lex Acilia* (Fira 1.84) 10, 33; Gell. 5.13.6.

²⁰ Cic., *div. in Caec.*, 14.46, 18.59-60, 19.61, 20.66.; *Verr.* 1.4.11, 2.1.14.37, 2.1.15.40; Corn. Nep. *Cato* 1.3.

Così come rientra nella *fides Romana* assumere oneri verso persone “prossime”: non solo “parenti”, verso i quali si è tenuti ad assumere tutele o curatele; ma anche “amici²¹”, nei confronti dei quali corrisponde alle attese *ex fide* provvedere a loro esigenze, come accettare un *mandatum* o un *depositum*, concedere un *commodatum*, sovvenire ad un’emergenza prestandosi ad una *fiducia* o ad una *negotiorum gestio*.

Non per questo tali doveri si trasformano tuttavia sempre ed automaticamente in doveri giuridici.

Può accadere (come tra *adgnati*, tra i quali un onere di tutela o curatela può nascere anche *ipso iure*: Gai.1.155, XII tab.5.7a, Ulp.ep.12.2). Ma è regola che i doveri che si legano alla *fides* generino vincoli giuridici solo per determinazione libera. È questa che – intervenendo – fa nascere, come sottolinea Paolo, *necessitas* (e dunque *obligatio*):

D.13.6.17.3, Paul. 29 *ad ed.*:

Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

²¹ “Amici” – nell’idea romana – sono solo per altro persone con le quali si è instaurata (anche attraverso “forme” della consuetudine sociale) una “intimità”, frutto di scelte libere e meditate, che giustificano il particolare privilegio che si assegna alla relazione che ne deriva: B.ALBANESE, *L’«amicitia» nel diritto privato romano*, in Jus 14 (1963), p.130ss.; G.FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in A.CORBINO-M.HUMBERT-G.NEGRI (curr.), *Homo caput persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, Pavia 2010, p.633ss.

Allo stesso modo, non rientra ovviamente in ogni *fides* straniera lo stesso ventaglio di doveri che deriva dalla *fides Romana*. O almeno non sempre ed in ogni caso²².

Se è regolato, ad esempio, da reciprocità (fondamento, per altro, ben diverso da ciò che è tale *iure gentium*) l'*hospitium* (che dunque anche altri popoli considerano doveroso prestare), non costituiscono invece pretese avanzabili verso gli stranieri le altre che abbiamo prima ricordato.

La *fides* è insomma un fatto nazionale e riceve dunque contenuti dalle singole culture che la esprimono.

3. Se volgiamo ora lo sguardo a cosa significhi valutare *ex fide bona* dovremo osservare due cose.

La prima è che (come apprendiamo da Gai.4.62, in questo di indubitabile dettato) una tale valutazione può intervenire sia in rapporti regolati dal *ius civile* (per esempio: la *tutela*, la *fiducia*, il *mandatum*), sia in rapporti regolati invece *iure gentium* (per esempio: una compravendita).

La seconda è che – nei casi di rinvio a rapporti che rilevano *iure civili* – il rapporto al quale ci si riferisce può essere fondato su un accordo (come nel *mandatum* o nella *fiducia*), ma può anche prescindere (come nella *tutela*, nella restituzione della dote o nella *negotiorum gestio*). Il che non accade nei casi di rinvio *iure gentium*, relativi solo a rapporti generati da accordo (contratti consensuali e deposito, la cui possibile rilevanza *iure gentium* è esplicitamente attestata in un noto e complesso passo di Trifonino²³).

Il rinvio dunque alla *fides* non ha (o almeno: può non avere) nei due casi le stesse conseguenze. *Iure civili* ne è aperta la possibilità che esso incida anche sullo statuto del rapporto (quando esso attui relazioni alle quali – come abbiamo prima ricordato – la *fides* romana sollecita coloro che la coltivano, come il curarsi delle necessità di *adgnati*

²² Cfr. L.KOFANOV, *Diritto commerciale nella lex Rhodia. La dottrina dei contratti consensuali nella giurisprudenza romana e il 'cuore' del commercio nella Russia contemporanea*, in LR 2 (2013), p.223.

²³ D.16.3.31.1, Tryph. 9 *disp.* (sul quale si veda la magistrale esegesi di M.TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L.GAROFALO [cur.], *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea IV*, Padova 2003, p.106ss.). Sul punto, v. anche Ulp.ep.2.2.

ed amici). *Iure gentium* tale possibilità è invece preclusa: la *fides* delle parti non è infatti comune.

E, d'altra parte, è noto come, da un lato, vi sia – in quella che si ritiene essere la formula della *fiducia*²⁴ – un esplicito diretto richiamo ai comportamenti richiesti dal rapporto costituito, al suo statuto disciplinare:

Cic., *off.* 3.70:

Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

E, dall'altro, manchi ogni possibilità di considerare che una relazione *iuris gentium* possa intendersi disciplinata per rinvio all'ordine normativo nazionale delle parti. L'*emptio-venditio* consensuale, prototipo dei contratti che hanno fondamento *iuris gentium* e che comportano *iudicia bonae fidei*, riceve una disciplina tutta romana e, in ogni caso, distinta da quella che la stessa causa contrattuale riceve in altri ordinamenti (e in primo luogo in quelli di ambiente greco). Ciò che *ex fide bona* se ne valuta è solo l'accordo intervenuto (e dunque se le parti abbiano fatto un esercizio leale e consentito dell'autonomia dispositiva che la causa di esso riconosce e se abbiano dato o meno esecuzione fedele alle intese concluse). La complessiva disciplina oggettiva del contratto non è in discussione: segue lo statuto fissato dalle sue fonti normative (romane).

La situazione rende allora ragione del perché i Romani, benché colleghino alla *fides* un complesso mondo di valori, esaltino poi quale espressione intima di essa – nei comportamenti relazionali (pubblici e privati) – solo lo stringere accordi sinceri e lo stare ad essi:

²⁴ La formula è ripetuta per altro, nei termini, anche in *top.* 66.

Cic. *off.* 1.23:

Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem. Sed iniustitiae genera duo sunt, unum eorum, qui inferunt, alterum eorum, qui ab is, quibus inferuntur, si possunt, non propulsant iniuriam. Nam qui iniuste impetum in quempiam facit aut ira aut aliqua perturbatione incitatus, is quasi manus afferre videtur socio; qui autem non defendit nec obsistit, si potest, iniuriae, tam est in vitio, quam si parentes aut amicos aut patriam deserat.

Cic. *de rep.* 4.7 (= Non. 24.11):

Fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit, quod dicitur.

Cic. *in Verr.* 2.1.41.107:

Fecit fecerit? quis umquam edixit isto modo? quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum provideri potuit? Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum: quodsi ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi iuris constitui oporteret. Voconia lex te videlicet delectabat. Imitatus esses ipsum illum C. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini neque mulieri: sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.

D.19.2.21, Iavol. 11 *epist.*:

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.

Mentre quando il rinvio è alla *fides* nazionale comune, per definizione *bona* (il che accade se le parti sono romane ed il loro rapporto è disciplinato *iure civili*) esso può sollecitare il giudice alla considerazione del complesso di valori che essa esprime, quando il rinvio avviene tra persone che professano ciascuna una propria *fides* (quando dunque il rapporto coinvolge *peregrini* e trova disciplina *iuris gentium*), il solo rinvio possibile è a ciò che è incluso nella *fides* di ciascuna delle parti: il principio – antico e generale – di concludere accordi sinceri (*dictorum conventorumque...veritas*) e di osservarli

secondo il loro contenuto dichiarato (*dictorum conventorumque constantia; cum fit, quod dicitur*).

Assumere impegni con la volontà di osservarli e di attuarli lealmente ha risposto insomma da sempre ad un'esigenza delle relazioni internazionali da tutti condivisa. Ciascuna *fides* lo ha affermato. E tutti i popoli hanno conseguentemente perseguito e praticato l'accordo come strumento ordinario delle relazioni internazionali (sottolineando, nel concluderli, il loro sentirsi vincolati – *ex fide* – ad osservarli²⁵).

Il fatto può bene dunque considerarsi (in astratto; altra cosa la sua pratica fattuale: nel che sta il diverso credito che ciascun popolo ha saputo conquistarsi) come apprezzato da ogni *fides*, come espressione insomma di una *fides* condivisa, *bona* perciò nella valutazione generale. Ed imporsi pertanto – come criterio regolatore – anche nelle relazioni negoziali tra privati.

4. I doveri che discendono dalla *bona fides* non nascono dunque né a Roma, né fuori di Roma. Sono compresi nella *fides* di ciascun popolo. E se ne può perciò – nelle relazioni di affari – pretendere l'osservanza nei confronti di tutti, romani o peregrini che siano.

Essi possono bene perciò divenire rilevanti – per l'ordinamento romano – *iure gentium* (e trovare dunque applicazione, nei tribunali romani²⁶, sia nei confronti dei Romani che dei *peregrini*). Fanno parte di un "credere" (di una *fides*) del quale può dirsi (parafrasando Gaio²⁷) che *id apud omnes populos peraeque custoditur*.

Il rapporto tra *fides Romana* e *bona fides* risponde, in altri termini, alla stessa *ratio* che fa del *ius civile* un *ius proprium civium Romanorum* e del *ius gentium* un che di distinto e insieme di compreso in esso²⁸.

²⁵ Cfr. Polyb. 3.22.1-13 (primo trattato con Cartagine). V. per altro: Varr., *ling. lat.* 5.86; Liv.1.24.1.

²⁶ F.STURM, *Ius et lex: modèle, message, héritage*, in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Liber amicorum en l'honneur di G.Hanard* (sous la direction de A.RUELLE-M.BERLINGIN), Bruxelles 2009, p.197ss.

²⁷ Gai.1.1.

²⁸ Cic. *off.* 3.69. Sul complesso problema si veda la discussione instaurata da M.Talamanca in sede di recensione all'opera di M.KASER, *Ius gentium* (IVRA 44 [1993], p.272ss.).

È in questo quadro che va inserito il rilievo che assumono le forme degli accordi e chiarito il conseguente rapporto che è esistito nel mondo romano tra forme negoziali e *bona fides*.

Lo stare ai patti vale – da sempre – per i Romani anche quando essi siano stati conclusi con l’adozione di forme. E vale, altrettanto da sempre, *iure gentium*. Impegna, nelle relazioni internazionali (come accadeva quando si ricorreva alla *sponsio* in ambiente latino – Liv.1.24.1 – o alle forme scritte del trattato con Cartagine: Polyb.3.22.1-13) e impegna in quelle tra privati (come accadeva nella *stipulatio*: Gai.3.92-93).

Certo, le forme non sono indifferenti per la disciplina degli accordi che esse definiscono.

Quando vi sono, sono esse a venire in primo piano per la determinazione dei vincoli che ne discendono. Danno agli accordi contenuto “certo”. La loro “interpretazione” (in caso di contestazione) è guidata dai “*verba*”, che dunque – almeno in linea di principio – impegnano nel loro immediato significato²⁹:

Cic., *pro Caec.* 3.7:

... *Si quis quod spondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur...*

È quando le forme mancano che il problema si fa acuto.

Il contenuto dell’accordo dovrà infatti essere ricostruito (in caso di contestazione) *ex post* e dunque attraverso un’operazione molto più complessa – perché tutta fattuale – e nella quale l’accordo dovrà essere “interpretato” osservandolo in ciascuno dei suoi elementi (oggetto, scopo perseguito, motivi eventualmente esplicitati).

È in questa operazione che viene in campo la *bona fides*.

²⁹ Anche questo, in realtà, in linea tuttavia tendenziale e non assoluta (almeno con riferimento allo stato delle cose in età tardo-repubblicana), come sottolineano (invettiva a parte – *summum ius summa iniuria* – di Cic., *off.* 1.33, per altro già anche di Terenzio: *Heaut.* 4.5) il rapporto tra forme ed *aequitas* che segna di sé la riflessione tardo repubblicana quale osservabile nelle opere di Cicerone (ricordo tra i casi più noti: *causa curiana*; discussione di Cic., *off.* 3. 65-67), ma anche tutta l’attività editale rivolta al superamento della prevalenza di principio della forma (Cic., *pro Caec.* 3.7) attraverso strumenti, ad esempio, come il rilievo assegnato ai *pacta* o alle molteplici *exceptiones* limitative (A.CORBINO, *Iudicia, ius varium e iudici cit.*, p.180ss.) dell’arbitrio del giudicante.

La sua funzione è stata quella di legare l'interprete ad un parametro altrettanto "oggettivo" (esterno cioè a lui) di quello costituito – sin dalle XII tavole³⁰ – dalle forme.

Con essa si è imposto di fare concreto riferimento alle "convizioni" praticate, al "credere" condiviso. Non però a quello che lo sia di fatto, ma a quello la cui pratica si ritiene corrispondere ad un modello virtuoso, a quello dell'uomo "*honestus*".

Ora, uomo *honestus* – secondo una valutazione generale (che vale per i Romani, ma anche per i *peregrini*) – non è (come ha ora bene evidenziato Roberto Fiori³¹) solo l'uomo integerrimo (il *vir bonus* dei filosofi più rigorosi: Cic., *off.* 3.77). Né colui che appare tale secondo una valutazione "assoluta".³²

Merita questo riconoscimento non solo chi osserva i propri doveri e non arreca danni agli altri. Lo merita anche chi si mostra attento al proprio utile (che anzi, da *sapiens*, da persona dunque accorta ed esperta, persegue: Cic., *off.* 62). Essenziale è che lo faccia nel rispetto della *dignitas* che egli riveste. La quale può perciò, impedire, ad esempio, ad un senatore ciò che ad altri è permesso, come il coltivare i lucri del commercio marittimo (Liv.21.63.2) o il conseguire i benefici di un dubbio testamento (Cic., *off.* 3.73-74). Ma non gli può imporre anche di non curare il proprio individuale interesse:

Gell. 12.12.1-4:

Haec quoque disciplina rhetorica est, callide et cum astu res criminosas citra periculum confiteri, ut, si obiectum sit turpe aliquid quod negari non queat, responsione ioculari eluda set rem facias risu magis dignam quam crimine; sicut fecisse Ciceronem scriptum est cum id quod infitiam non poterat urbano facetoque dictu diluit. 2. Nam cum emere vellet in Palatio domum et pecuniam in praesens non haberet, a P(ublio) Sulla, qui tum reus erat, mutua sestertium viciens tacita accepit. 3. Ea res tamen priusquam emeret prodita est in vulgus exivit, obiectumque ei est quod pecuniam domus emendae causa a reo accepisset. 4. Tum Cicero inopinata obprobatione permotus accepisse se negavit ac domum quoque se empturum negavit atque 'adeo – inquit – verum sit accepisse me pecuniam si domum emero'. Sed cum postea emisset et hoc mendacium in senatu ei ab inimicis obiceretur, risit satis atque inter ridendum:

³⁰ XIIItab.6.1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto.*

³¹ R.FIORI, *Bonus vir* cit., *passim* (vedi in particolare: p.100ss., p.118ss.).

³² Cic., *off.* 1.46; Cic., *off.* 1.108-109; Cic., *pro Sex. Rosc. Amer.* 41.119 (in *off.* 3.70 si distingue tra chi sono i *boni* e cosa è il *bene agi*).

'Akoinonoetoi [scriteriati] – inquit – homines estis, cum ignoratis prudentis et cauti patrisfamilias esse quod emere velit empturum sese negare propter competirores emptionis'.

L'aver ricevuto denaro dal proprio difeso per l'acquisto di una casa è un fatto disdicevole e dunque negato dall'interessato (che qui è Cicerone). Ma la circostanza non comporta, per questo, l'automatica conseguenza di rendere il responsabile un uomo indegno della qualità di *homo honestus*, se egli può darne una giustificazione accettabile. Colui che voglia essere furbo il giusto – come chi intende comprare – non può manifestare (si difende celiando Cicerone) tale intenzione (rivelando appunto di essersi procurato il necessario denaro). Il che è per noi sufficiente. Possiamo non accettare, nella specie, la giustificazione dell'oratore (e sorridere noi della sua disinvoltura). Ma non possiamo non osservare che è un'idea accettata quella secondo la quale essere “furbi” non coincide con l'essere “disonesti”.

In una certa misura, anche la furbizia è insomma lecita. Mantiene tra gli onesti, anche se allontana (o almeno può allontanare, secondo la visione stoica delle cose) dal modello del *vir bonus*³³.

Anche chi “compete per affermarsi”, sfruttando le conoscenze e le abilità di cui dispone (e che gli consentono di prevalere su coloro con i quali in concreto si misura) merita considerazione di persona onesta. Purché lo faccia non valicando il limite del tollerato:

D.4.4.16.4, Ulp. 11 *ad ed.*:

Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

Le malizie non sono, del resto, un fatto di per sé riprovevole.

Lo sottolinea il valore medio dell'espressione “*dolus*”, suscettibile infatti di qualificazioni opposte, in relazione alle finalità perseguite.

Gell. 12.9.1-2:

Est plurifariam videre atque animadvertere in veteribus scriptis pleraque vocabula, quae nunc in sermonibus vulgi unam certamque rem demostrent, ita fuisse media et communia ut significare et capere possent

³³ Sul quale vedi comunque (oltre il ricordato lavoro di Fiori) anche: G.FALCONE, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria di età repubblicana (a proposito di Cato, or. Frg. 186 Sblend=206 Male)*, in AUPA 44 (2010-2011), p.57ss.; P.CERAMI, *recensione di R.FIORI, Bonus vir*, in IVRA 61 (2013), p.342ss.

duas inter se res contrarias. Ex quibus quaedam satis nota sunt, ut 'tempestas', 'valitudo', 'facinus', 'dolus', 'gratia', 'industria'. 2. Haec enim fere iam vulgatum est ancipitia esse et utroqueversus dici posse.

Fest. v. *doli* (L.179):

Doli vocabulum nunc tantum in malis utimur, apud antiquos autem etiam in bonis rebus utebatur. Unde adhuc dicimus sine dolo malo, nimirum quia solebat dici et bonus.

Come preciserà Ulpiano, il *dolus* è *bonus* o *malus* non in ragione dei mezzi spiegati³⁴, ma delle finalità alle quali è rivolto:

D.4.3.1.3, Ulp. 11 *ad ed.*:

Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.

5. Naturalmente, altro è il modello, altra la pratica. Altro è affermare il principio (astenersi da condotte dolose), altro darvi concreto contenuto.

In questa preoccupazione – antica e costante, frutto del loro credere collettivo, della *fides* che essi da sempre esaltano e coltivano – i Romani hanno dunque attribuito alle forme e alla *bona fides* (nella elementare e universalmente condivisa condanna della malizia che essa esprime) il valore di strumenti alternativi ai fini della individuazione del concreto contenuto degli accordi negoziali. In una logica, per altro, di attenzione alla complessità delle cose lontanissima da quegli schematismi logico-matematici che hanno, purtroppo, a lungo ispirato la storiografia moderna.

Lo indica con evidenza la distinzione tipologica dei giudizi che ritroviamo nel pensiero maturo e che li fa distinguere in *iudicia stricta* o *bonae fidei*, secondo che il giudice debba valutare appunto gli accordi (o i comportamenti) direttamente secondo le forme (*iudicia stricta*) ovvero invece *ex fide bona*.

La appartenenza del *iudicium* all'una o all'altra categoria sarà del tutto indipendente dall'aver l'accordo (o il fatto) da valutare fondamento "civile" ovvero "*iuris gentium*": saranno *stricti iuris*, ad esem-

³⁴ Come una vulgata invalsa continua a professare (cfr. M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.240).

pio, sia i giudizi civili *ex sponsione* (ma anche *ex lege Aquilia*) che quelli *iure gentium ex stipulatu*: Gai.3.92-93.

E saranno *bonae fidei* anche giudizi che non presuppongono un accordo, come quelli da *tutela* o da *negotiorum gestio*.

Indifferente sarà anche il carattere formale o aformale dell'accordo: saranno *bonae fidei* il giudizio relativo alla *fiducia* (civile e formale) e quello relativo ad un contratto consensuale (*iuris gentium* e aformale); e saranno *stricti iuris* quello nascente da contratti formali (e *iuris gentium*) come la *stipulatio* e quello nascente invece da uno aformale (e civile) come il mutuo.

Con le forme, i Romani si sono preoccupati di rendere “certi” i contenuti degli accordi. Con la *bona fides* di costringere a dare di essi interpretazioni comunque “oggettive” e non di comodo. Senza per questo perdere di vista che né le forme né la *bona fides* avrebbero potuto conseguire sempre ed irrefragabilmente lo scopo. Né le prime garantivano comunque, né la seconda si sottraeva alla difficoltà di definire nel concreto il proprio modello di riferimento (il *vir honestus*).

La forma – strumento indubbiamente utile per il contenimento della propensione a profittare – può non bastare. Anzi può persino fornire una nuova occasione di malizia (anche ad un console come Orata³⁵).

Era stato per questo, d'altra parte, che gli edili non si erano limitati a richiedere al venditore la denuncia dei *vitia* a lui noti, ma gli avevano anche imputato comunque l'oggettivo rischio della loro esistenza (evidentemente supponendo nel venditore una potenziale capacità di accertamento degli stessi superiore a quella che avrebbe potuto esercitare l'occasionale acquirente³⁶).

³⁵ Cic., *off.* 3. 67.

³⁶ D.21.1.1.1, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*: *Aiunt aediles: 'Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione*

Allo stesso modo, il richiamo alla *bona fides* può permettere di affermare il disvalore sociale delle malizie e può anche sollecitare il giudicante a considerare conforme al proprio *officium* il dovere di contristarle. Ma non può dire anche quando le malizie in concreto vi siano. Esse ricevono configurazione nella pratica.

Se le malizie sono di clamorosa evidenza (come quando si dia corpo a raggiri agevolmente osservabili) o comunque facilmente presumibili (come quando la dispari condizione delle parti – creditore e debitore; adulto ed *adulescens* – può spiegare approfittamenti come la promessa di *usurae* smodate o la particolare vantaggiosità di un affare) il compito è più semplice. In qualche caso agevolabile attraverso interventi pubblici (*leges* o disposizioni edittali) che inducano il giudice a considerarle.

Ma quando esse sono raffinate e sottili, quando investono la zona grigia di confine – che rende difficile distinguere dove finisce l'astuzia e comincia la malizia – la questione diviene ardua. E tanto più questo accade quando la *fides* cui ciascuna delle parti fa naturale riferimento non sia la medesima (Ulisse non è per i Romani l'eroe che egli è per i Greci).

Da qui il richiamo agli imperativi antichi (si devono stringere accordi “sinceri” e si deve stare agli stessi; si deve dare di essi un'interpretazione “oggettiva”, secondo cioè il pensare comune e non quello delle parti). Ma anche la sua insufficienza e le discussioni delle quali ci informa e nelle quali si appassiona Cicerone nel *de officiis*. Dove si arresta l'abilità competitiva e dove comincia il dolo³⁷?

6. Possiamo rapidamente concludere.

La *bona fides* non è stata una “Leerformel”, un “Blankettbegriff”. Nel senso almeno già sottolineato da più parti e, in particolare (con il consueto vigore, ma anche con la non meno consueta imponente documentazione), da Talamanca, nella sua relazione di Padova nel convegno in onore di Alberto Burdese. Essa ha inteso imporre al giudicante criteri comunque “oggettivi” (esterni insomma a lui), individuati

pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus'.

³⁷ Sul punto rinvio a quanto mi è parso di potere osservare in una comunicazione svolta lo scorso autunno al Convegno di Villa Vigoni, organizzato da P.Gröschler e F.Milazzo, che apparirà, con le altre, nei *Quaderni Lupiensi* diretti da Francesca Lamberti.

per relationem attraverso l'osservazione del credere al quale le parti devono fare riferimento, costituito da imperativi costanti e condivisi (il dovere di stringere accordi sinceri e quello di non sottrarsi ai medesimi) e da convinzioni generali (il comportarsi senza malizia) che – stabilmente condivise in astratto – sono sensibili tuttavia in concreto ai mutamenti culturali che possono bene comportare perciò nel tempo valutazioni persino opposte: fare ritenere uno stesso fatto (l'essere, ad esempio, l'immobile *pestilens*) irrilevante (ed un rischio dunque della insufficiente attenzione del compratore), alla luce delle convinzioni della fine della repubblica³⁸, e rilevante invece (ancorché sotto il profilo delle qualità essenziali della cosa venduta³⁹) alla luce di quelle di due secoli dopo.

Come la *fides*, anche la *bona fides* ha insomma un contenuto storico. Rimanda ad un credere radicato nella coscienza sociale di un tempo e di un luogo. Ad una idea di "lealtà" (e di sua relazione con l'"utilità" personale) quale individuabile come quella di comune riferimento, che – se la espone a variabilità, in relazione ai contesti spazio-temporali – non ne fa venir meno tuttavia la connotazione "oggettiva". Non è malizia riprovevole ciò che appare tale al giudicante, ma

³⁸ Cic., *off.* 3.54-55: *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, pestilentes sint et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, sint, male materiatae et ruinosae, sed hoc praeter dominum nemo sciat; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit plurius multo, quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbe fecerit? 'Ille vero' inquit Antipater. 'Quid est enim aliud erranti viam non monstrare, quod Athenis execrationibus publicis sanctum est, si hoc non est, emptorem pati ruere et per errorem in maximam fraudem incurrere. Plus etiam est quam viam non monstrare; nam est scientem in errorem alterum inducere.'* 55. Diogenes contra 'Num te emere coegit, qui ne hortatus quidem est? Ille, quod non placebat, proscripsit, tu quod placebat, emisti. Quod si qui proscribunt villam bonam beneque aedificatam non existimantur fefellisse, etiam si illa nec bona est nec aedificata ratione, multo minus, qui domum non laudarunt. Ubi enim iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quae potest esse? Sin autem dictum non omne praestandum est, quod dictum non est, id praestandum putas? Quid vero est stultius quam venditorem eius rei, quam vendat, vitia narrare? Quid autem tam absurdum quam si domini iussu ita praeco praedicet: 'domum pestilentem vendo?'

³⁹ D.21.1.49, Ulp. 8 *disp.*: *Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquam incertum est, veluti si pestilens fundus distractus sit: nam redhibendus erit. Et benignum est dicere vectigalis exactionem futuri temporis post redhibitionem adversus emptorem cessare.*

ciò che lo è secondo una valutazione comune, alla quale dunque anche il giudicante è vincolato.

Un'ultima osservazione.

Quando il credere praticato diviene “evanescente” nella sua determinabilità come credere “generale” (per la pluralità delle fonti regolative, per la diversità delle culture conviventi, per le compresenze che incombono) la reazione va sempre nella direzione di un allargamento del ricorso alle forme.

È quello che sta oggi accadendo.

Se i contratti cessano di essere schemi dotati di elasticità (massima come in una *stipulatio*; più contenuta come nei negozi causali) e tendono a divenire precettistica esasperata. Se le costituzioni politiche (come l'abortita costituzione europea del 2003) cessano di essere enunciati di principi e divengono mostruose creature (di 448 articoli, 36 protocolli, 2 allegati e un atto finale) non è un caso.

La convivenza di culture diverse spinge al dialogo e a nuove sintesi. Ma fino a quando queste sintesi non si consumano – divenendo nuovi “costumi”, una nuova *fides* comune insomma – le relazioni non potranno non connotarsi di prudenza e di diffidenza.