

IL RUOLO DELLA BUONA FEDE OGGETTIVA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA STORICA E CONTEMPORANEA

*Atti del Convegno internazionale di studi
in onore di Alberto Burdese*

(Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)

a cura di

Luigi Garofalo

VOLUME II



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2003

BREVI OSSERVAZIONI IN TEMA DI AZIONI DI BUONA FEDE IN DIRITTO GIUSTINIANO

di PAOLO GARBARINO (*)

SOMMARIO: 1. Azioni di buona fede in I. 4, 6, 28-30. – 2. Prospettiva esclusivamente processuale della buona fede nel brano delle Istituzioni e sue possibili motivazioni. – 3. Emersione di aspetti sostanziali della buona fede nelle costituzioni giustiniane: esame di C. 4, 34, 11. – 4. Segue: C. 5, 13, 1, 2 e 7b. – 5. Segue: C. 3, 31, 12, 3. – 6. Spunti conclusivi.

1. – Se si vuol indagare la nozione di *bona fides* oggettiva in diritto giustiniano, occorre, significativamente, prendere le mosse dal processo. Una evidente continuità lega – da questo punto di vista – l'esperienza giuridica precedente con quella del VI secolo: alla scomparsa della procedura formulare non è seguita la scomparsa degli schemi concettuali di fondo che la governavano, i quali persistono nel diritto tardoantico e giustiniano (pur caratterizzato in modo esclusivo dalla c.d. *cognitio extra ordinem*) (1). Così, nel diritto giustiniano il quarto libro delle Istituzioni è, per larga parte, improntato a schemi e concetti elaborati dai giuristi classici in relazione, per lo più, al processo formulare. Non v'è perciò da stupirsi che i compilatori trattino delle azioni di buona fede, elencandole e ricordando le principali novità introdotte in merito da Giustiniano (I. 4, 6, 28-30) (2).

(*) Università del Piemonte Orientale.

(1) Per una lucida e consapevole caratterizzazione del fenomeno vd. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*², Torino, 1953, 24 ss.

(2) I. 4, 6, 28-30: 28. *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum,*

Il passo delle Istituzioni in questione è stato oggetto di esame per lo più in un'ottica volta a stabilire un raffronto con il manuale gaiano (Gai 4, 62-63) ⁽³⁾, che sul punto è – come si sa – lacunoso e di problematica interpretazione, anche per lo stato del manoscritto veronese ⁽⁴⁾. Il raffronto, inoltre, non di rado è stato condotto al fine di determinare con maggior sicurezza l'elenco classico dei *bonae fidei iudicia* e non tanto per analizzare la posizione strettamente giustiniana ⁽⁵⁾. Quanto a quest'ultima, si tratta di cercare di

mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque ad huc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit. 29. Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem inuenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. sed et tacitam ei dedimus hypothecam: praeferrere autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiat, cuius solius providentia hoc induximus. 30. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuantur sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

⁽³⁾ Gai 4, 62-63: 62. *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae. 63. Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

⁽⁴⁾ Sui problemi di lettura del passo, anche ai fini di determinare l'esatto tenore dell'elenco gaiano, vd., specialmente, E. LEVY, *Neue Lösung von Gai IV, 62*, in ZSS, XLIX, 1929, 472 s.; L. LOMBARDI, *L'«actio aestimatoria» e i «bonae fidei iudicia»*, in BIDR, LXIII, 1960, 159 ss. e nt. 52; da ultimo, riassuntivamente, G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, 130 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., per es., nella manualistica, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 192 (in nota); per un confronto tra il testo gaiano e quello delle Istituzioni vd., per tutti, G. GROSSO, voce *Buona fede (premesse romanistiche)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 663 = *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, 677; G. PROVERA, *Lezioni*, cit., 127 ss.

comprendere quale fosse il senso della conservazione di una tale categoria, che era stata individuata probabilmente in relazione alla clausola *ex fide bona* (*oportere ex fide bona*), contenuta nell'*intentio* delle *formulae* di taluni *iudicia*, e alle sue conseguenze ⁽⁶⁾. Scomparso il procedimento formulare e abolite le *formulae*, per l'età giustiniana il suddetto elemento unificante della categoria può apparire, almeno ai nostri occhi, anacronistico e comunque scarsamente significativo.

Non è questa ovviamente la sede per affrontare, sia pure in una prospettiva solo giustiniana, tutti i molteplici problemi posti dalla testimonianza delle Istituzioni; occorrerà in proposito procedere a indagini specifiche (in parte già avviate: penso alle ricerche di Fausto Gorla sulle azioni dotali ⁽⁷⁾). Mi preme piuttosto porre in evidenza, senza alcuna pretesa di particolare approfondimento, alcuni punti che mi paiono significativi per tentare di comprendere meglio la concezione che di *bona fides* (oggettiva) possono aver avuto i giustiniani e almeno per proporre in merito qualche ipotesi interpretativa.

2. – Il primo dato che mi pare sia da sottolineare è la prospettiva ancora esclusivamente processuale che connota la *bona fides* nel brano delle Istituzioni. L'aspetto sostanziale dell'istituto risulta del tutto assente. In merito a quest'ultimo, va però ricordato che esso non appare estraneo all'esperienza romana, anche giurisprudenziale: in alcuni passi di giuristi per lo più di età severiana ⁽⁸⁾ e

⁽⁶⁾ Vd., per tutti, A. BURDESE, *Diritto privato romano*³, Torino, 1977, 102.

⁽⁷⁾ F. GORLA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana (Atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, 203 ss.

⁽⁸⁾ Afric. 5 *quaest.* D. 30, 108, 12: *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut...*; Scaev. 2 *resp.* D. 19, 1, 48: *hoc etenim contractui bonae fidei consonat*; Ulp. 2 *disp.* D. 15, 1, 36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an...*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 18: *neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione* (qui peraltro Ulpiano riferisce l'opinione di Giuliano, il che potrebbe far nascere il problema dell'eventuale attribuibilità a quest'ultimo della locuzione); Ulp. 3 *disp.* D. 44, 2, 23: *quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae*; Ulp. 3 *opin.* D. 50, 8, 3 *pr.*: *cum et prior*

in poche costituzioni imperiali (tre dioclezianee e una risalente a Massimino Trace) ⁽⁹⁾ si riscontra la locuzione *bonae fidei contractus*, che pone invece in modo ben preciso l'enfasi sull'aspetto sostanziale della *bona fides*, anziché su quello processuale. La locuzione in questione è stata ritenuta interpolata ed espressiva di un punto di vista esclusivamente giustiniano o comunque tardoantico ⁽¹⁰⁾, ma gli studiosi più recenti sono ora propensi a riconoscerne, in linea di massima, la genuinità, con ciò ammettendo che l'aspetto sostanziale fosse già presente nel discorso giurisprudenziale classico (o tardoclassico) ⁽¹¹⁾, pur in mancanza nei giuristi che la impiegarono di una riflessione consapevole sul mutamento di prospettiva che ciò implicava. L'intero argomento andrebbe approfondito attraverso un'analisi particolareggiata delle fonti ⁽¹²⁾, che non è possibile affrontare in questa sede. Basti qui osservare che, se fosse corretta l'opinione della dottrina più recente, proprio in tali fonti andrebbero probabilmente individuate le radici di quegli accenni a una visione sostanziale della buona fede contrattuale,

causa in bonae fidei contractu in universum <fideiussorem> obligaverit; Paul. 3 ad ed. D. 2, 14, 27, 2: idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit; Marc. 4 regul. D. 22, 1, 32, 2: In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.

⁽⁹⁾ *Imp. Maximinus A. Marino C. 2, 3, 13 (a. 236): In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat; Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Proculo decurioni C. 2, 53(54), 3 (a. 285): In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt; Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Decimo Caplusio C. 2, 40(41), 3 (a. 290): in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato; Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antoniae C. 4, 65, 21 (a. 293): ...de contractu bonae fidei habito...*

⁽¹⁰⁾ Vd. soprattutto S. DI MARZO, «*Bonae fidei contractus*», Palermo, 1904.

⁽¹¹⁾ Vd. già G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, 366, nt. 2 = *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 92, nt. 48; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, in *Studi urb.*, I, 3-4, 1927, 68 = *Scritti*, III, cit., 40; cfr., più di recente, B. SANTALUCIA, I «*libri opinionum*» di Ulpiano, I, Milano 1971, 171, nt. 93 (con particolare riferimento a Ulp. 3 *opin. D. 50, 8, 3 pr.*); M. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München, 1975, 333, nt. 13; da ultimo A. TRISCIUOGGIO, 'Bona fides' e locazioni pubbliche nelle «*opiniones*» di Ulpiano, in questi stessi scritti.

⁽¹²⁾ Così anche M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, cit., 333, nt. 13.

che è possibile riscontrare, come vedremo, nel linguaggio normativo giustiniano (e che ha anche qualche esempio in fonti tardoantiche⁽¹³⁾).

Ciò precisato, va peraltro detto che anche in diritto giustiniano la prospettiva sostanziale appare, tutto sommato, marginale rispetto a quella processuale: è un dato, rilevante, cui si è già accennato: nelle Istituzioni si parla di *bona fides* ancora e pur sempre come elemento qualificante di azioni, non di posizioni giuridiche sostanziali. Dunque la *bona fides* è prospettata come il criterio cui deve far riferimento il giudice nel risolvere le controversie definibili come «azioni di buona fede», e non direttamente come il criterio cui deve atteggiarsi il comportamento delle parti in determinate situazioni giuridiche negoziali o anche processuali. Questo secondo aspetto – che oggi potremmo indicare per l'appunto come «sostanziale», in riferimento cioè alla norma di carattere sostanziale –, ha perciò rilievo solo indiretto e mediato, rispetto alla prospettiva processuale, cui rimangono fedeli i compilatori delle Istituzioni pur nel mutato assetto del processo civile.

Mi sembra che le ragioni di questa persistenza della prospettiva processuale siano anche da individuare nel fatto che i giustiniani si trovavano a operare in un sistema normativo – ereditato del resto dall'esperienza tardoantica (basti pensare alla legge delle citazioni, ancora presente, com'è noto, nella prima edizione del *Codex*) – costituito in larga parte da fonti antiche (sia giurisprudenziali, sia legislative in senso lato), che pur adattate e modificate nella grande opera di compilazione, conservavano il loro orientamento di fondo che privilegiava appunto il momento processuale (le ricorrenze della locuzione *bonae fidei contractus*, se genuine, appaiono infatti del tutto sporadiche). Si è parlato, in generale, di classicismo giustiniano, il che coglie sicuramente una componente

⁽¹³⁾ Paul Sent. 1, 1, 2: *In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur* (poi ripreso da Cons. 4, 4); *Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Nebridio pu.* CTh. 3, 4, 1 del 386 (in relazione alla compravendita, nella specie, di schiavi); cfr. anche Symm., *epist.* 2, 87 (a. 382-383 d.C.).

essenziale della cultura giuridica dell'epoca, ma – a mio giudizio – non occorre dimenticare, come è stato del resto da più parti sottolineato, che ai fini stessi della comprensione delle fonti antiche (aspetto non secondario della certezza del diritto, che Giustiniano proclama più volte di voler perseguire e difendere), oltre che ai fini della loro utilizzazione pratica, si imponeva il ricorso a categorie che non fossero con esse in palese e costante contraddizione, dunque a categorie, per così dire, tradizionali (e ciò tanto più in un testo di dichiarata natura elementare e introduttiva, come erano le Istituzioni, rivolte in primo luogo agli studenti di prim'anno delle scuole di diritto).

3. – Il quadro non è però completo, se non si prendono in considerazione gli interventi legislativi di Giustiniano, invero non numerosi, in cui ricorre il tema della *bona fides* oggettiva (o, quanto meno, la menzione della stessa). Ora, in base a un controllo effettuato sul sintagma *bona fides*, ho constatato che esso è presente soltanto in tre costituzioni, due delle quali direttamente citate nel passo delle Istituzioni relativo alle azioni di buona fede e la terza pur sempre in esso richiamata sia pure solo implicitamente; in tutte e tre le costituzioni, tra l'altro, il riferimento specifico alla *bona fides* è condotto senza approfondimenti particolarmente estesi, consistendo in brevi, anche se significativi, accenni.

Va subito detto che dalla lettura dei provvedimenti suddetti si può ricavare, a mio giudizio, un quadro più variegato e complesso, rispetto all'uniformità di impostazione che si è visto caratterizzare le Istituzioni. Accanto alla prospettiva processuale emerge infatti quella sostanziale, che convive con la prima e sembra raccogliere la menzionata tendenza già attestata per l'esperienza giuridica tardo-classica.

La prima costituzione in ordine di tempo è relativa al deposito (si tratta di *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 4, 34, 11*, emanata nel 529); essa non è citata in modo diretto ed esplicito nel passo delle Istituzioni in esame, ma vi allude con chiarezza la frase

finale di I. 4, 6, 30⁽¹⁴⁾ per precisare che la riforma in tema di compensazione, introdotta da altra costituzione (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 4, 31, 14 del 531*)⁽¹⁵⁾, non si applica all'azione di deposito. C. 4, 34, 11 dispone che il depositario non possa opporre contro il deponente che agisca per la restituzione della cosa, né la compensazione, né l'*exceptio doli*, con la conseguenza, in particolare, di escludere il diritto di ritenzione in suo favore⁽¹⁶⁾. A quest'ultimo proposito la costituzione si esprime in questo modo: *ut non concessa ei* (cioè al depositario) *retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur* (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 4, 34, 11 pr.*). Mi sembra rilevante che in questo caso il richiamo alla *bona fides* assuma un carattere sostanziale e non processuale: si parla infatti di contratto – e non di azione – che nasce, trae origine (*oritur*) dalla *bona fides*. L'accento è spostato sul momento genetico del contratto e non già sulle caratteristiche dell'azione, come se la *bona fides* fosse un criterio normativo ispiratore del contratto e non già (o non solo) caratteriz-

⁽¹⁴⁾ *Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactio-
ne defraudetur.*

⁽¹⁵⁾ La costituzione riprende e perfeziona una tendenza, già presente in età classica, favorevole all'applicazione della compensazione anche nelle azioni di stretto diritto: come ricordano le stesse Istituzioni (I. 4, 6, 30) un rescritto di Marco Aurelio aveva previsto che in tali azioni il convenuto potesse opporre la compensazione, ricorrendo all'*exceptio doli* (e forse C. 4, 34, 11 pr., esclude espressamente che il depositario possa opporre tale *exceptio*, proprio per evitare un surrettizio recupero della compensazione, attraverso il suo impiego); si noti anche che C. 4, 31, 14, essendo stata emanata dopo C. 4, 34, 11, non manca di ricordare l'eccezione costituita dall'*actio depositi* ... *excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus* (C. 4, 31, 14, 1, *in fine*).

⁽¹⁶⁾ *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 4, 34, 11 pr.: Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.*

zante l'azione. Nel caso di specie si tratta di una prospettazione innovativa, posto che – almeno per il deposito – non mi sembra possa rintracciarsi nelle fonti giurisprudenziali classiche una identica qualificazione di tale contratto (diversamente, è appena il caso di aggiungere, della relativa azione ⁽¹⁷⁾). Forse questa novità può essere dipesa dal fatto che Giustiniano, con la costituzione in esame, introduce dei limiti alle difese opponibili dal depositario, che collidono con la principale caratteristica dei giudizi di buona fede: il potere del giudice di valutare *ex bono et aequo quantum actori restitui debeat* (cfr. I. 4, 6, 30) e di tenere così conto anche delle controragioni del convenuto medesimo (applicando, tra l'altro, l'istituto della compensazione). Del resto, con un effetto un po' paradossale, il contratto di deposito è qualificato di buona fede dal punto di vista genetico, proprio per giustificare le restrizioni processuali introdotte. Sembra qui di poter cogliere (pur permanendo l'*actio depositi* nell'elenco delle azioni di buona fede) una neppure troppo implicita scissione tra l'aspetto processuale e quello sostanziale, i quali, nel caso specifico del contratto di deposito e per la concezione del legislatore giustiniano, paiono rispondere a modelli e a impostazioni non collimanti. Questa scissione peraltro non appare nel passo delle Istituzioni, che pure ricorda, brevemente, la riforma in tema di deposito, accennando al fatto – come detto – che proprio l'*actio depositi* fa eccezione alla regola, dettata da Giustiniano in *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 4, 31, 14, che ammette, come detto, la compensazione in qualsiasi tipo di azione.

4. – Passiamo ora alla seconda costituzione. Si tratta di *Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales* C. 5, 13, 1, un provvedimento emanato nel 530, in cui è prevista la nota sostituzione dell'*actio ex stipulatu* all'*actio rei uxoriae*, su cui riferiscono diffusamente anche le Istituzioni (I. 4, 6, 29). Due sono i punti della costituzione rilevanti ai nostri fini. Nel

⁽¹⁷⁾ L'*actio depositi* è, come noto, presente nell'elenco gaiano delle azioni di buona fede; cfr. anche la formula riportata da Gai 4, 47.

primo (C. 5, 13, 1, 2) ⁽¹⁸⁾ si stabilisce che all'*actio ex stipulatu* introdotta al fine di richiedere la restituzione della dote sia riconosciuto il *beneficium* della *bona fides*: *accomodetur ei, a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium*. Le Istituzioni (I. 4, 6, 29) richiamano questa caratteristica, ricordando che l'*actio ex stipulatu* in questione ha meritato la natura di *bonae fidei iudicium*, così da essere considerata azione di buona fede (*naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit*).

Mi pare che qui i giustinianeî si muovano in un'ottica non sostanziale, ma processuale, compiendo però una sorta di lavoro di ingegneria o di collage: hanno isolato la caratteristica specifica dei *bonae fidei iudicia*, appunto la *bona fides*, e l'hanno attribuita a una azione (quella *ex stipulatu*) che di per sé non era di buona fede. Lo scopo di tutelare nel miglior modo la moglie, viene perseguito attraverso un'operazione che sfrutta concetti elaborati nell'ambito della procedura formulare (o, forse meglio, elementi strutturali della *formula* cui tali concetti rinviavano), spogliati però del loro significato tecnico, ormai inattuale alla luce del processo civile vigente. Quest'operazione per un verso, mostra, come ha osservato Giuseppe Provera, che «il diritto continu[a] a essere considerato *sub specie actionis* sicché un mutamento di regime normativo può realizzarsi attraverso l'introduzione di una nuova azione» ⁽¹⁹⁾; per un altro verso mi pare che essa riveli un modo di procedere per così dire empirico, che conserva e utilizza il modello o schema 'classico', piegato e adattato a un sistema processuale ben diverso rispetto a quello in cui esso aveva ragion d'essere. Mi sembra anche che il passo in esame testimoni di una sorta di isolamento della *bona fides*, che sembra preludere a un suo definitivo distacco dal processo o quanto meno prepararlo.

In quest'ultima direzione una simile, o forse anche maggiore

⁽¹⁸⁾ *Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accomodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.*

⁽¹⁹⁾ G. PROVERA, *Lezioni*, cit., 140; cfr. F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-1996, 171 ss.

ambiguità, mi pare che si possa rintracciare nel secondo punto della costituzione in esame in cui vi è un riferimento alla *bona fides* (C. 5, 13, 1, 7b) ⁽²⁰⁾: si tratta della previsione dell'obbligo per il marito di prestare gli interessi commisurati al valore di tutti i beni mobili di cui sia tenuto alla restituzione; il testo precisa che tali interessi (*usurae*) sono *ex bona fide introducend[ae]*. Dato il contesto in cui la disposizione è inserita (la disciplina della nuova *actio ex stipulatu* per la restituzione della dote), mi sembra plausibile che i giustinianeî avessero qui in mente soprattutto i riflessi processuali di tale obbligo; resta però il fatto, a mio parere, che la prospettazione dell'obbligo (*usuras ... ex bona fide introducendas*) abbia natura sostanziale (di norma sostanziale).

Di un certo interesse è il confronto con il passo dei Basilici (Bas. 29, 1, 119, 2) ⁽²¹⁾ relativo al primo punto esaminato (C. 5, 13, 1, 2), in cui si parla direttamente di ἐπερώτησις τῶν ἡναγκασμένων (*stipulatio stricti iuris*) e di ἐπερώτησις καλῆ πίστει (*stipulatio bonae fidei* – da considerarsi di buona fede). Nell'interpretazione data dall'*antecessor* che tradusse la costituzione, lo spostamento dal piano processuale a quello sostanziale è pienamente avvenuto. D'altro canto non è da sottacere che uno scolio (attribuito a Teodoro) al passo dei Basilici testé ricordato, rimane fedele, sul punto, alla tradizionale impostazione processuale: (BS. 2108, 9) Θεοδώρου. Ἡ ἐπὶ προικὶ ἐκστιπουλάτο βοναφίδε ἐστὶ καὶ κληρονόμοις ἀρμόζει (*Theodori. Actio de dote ex stipulatu bonae fidei est, et heredibus competit*). Si tratta di un sintomo di un certo rilievo della persistente ambiguità di approc-

⁽²⁰⁾ *Sin autem supersederit res mobiles vel semoventes vel incorporales post annale tempus restituere vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis, similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris restituendis.*

⁽²¹⁾ Κρατεῖται δὲ κάκεινο, ἵνα κἂν ἡ ἐπερώτησις αἰεὶ τῶν ἡναγκασμένων ἐστίν, ὁμως αὐτὴ ἐπὶ τῆς προικὸς ἡ ἐπερώτησις γενομένη ἢ δοκοῦσα γεγονέναι καλῆ πίστει ἔστω.

cio al tema presso la giurisprudenza contemporanea a Giustiniano (anche se occorre tener conto che l'esiguità della testimonianza non consente di giungere a conclusioni definitive in ordine alla prevalenza dell'uno piuttosto che dell'altro orientamento).

5. – L'ultimo provvedimento giustiniano da ricordare è la costituzione – menzionata anch'essa da I. 4, 6, 28 – relativa alla *hereditatis petitio* (*Imp. Iustinianus A. Iobanni pp. C. 3, 31, 12, 3*) ⁽²²⁾ del 531, con cui, ponendo fine a dubbi in merito (sorti, a quanto pare, nella prassi contemporanea), si stabilisce che anche tale azione sia da considerarsi tra i *bonae fidei iudicia* (*et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur*). Alla base di questo intervento legislativo sta dunque quell'esigenza di certezza del diritto, cui accennavo prima, che ha ispirato, com'è noto, varie costituzioni emanate per risolvere e superare specifici punti oscuri o dubbi. A parte ciò, siamo con questo passo nell'ambito della tradizionale ottica processuale della *bona fides* come elemento caratterizzante un certo tipo di *iudicia*.

6. – La breve rassegna svolta consente di abbozzare, con una certa cautela, qualche spunto conclusivo di carattere più generale. In primo luogo – lo si è notato – nelle costituzioni prese in esame appare qualche significativo esempio di prospettazione sostanziale della *bona fides*, che convive con quella, tradizionale, di tipo processuale. Mi sembra che in proposito assuma rilievo il fatto che la cancelleria, nel formulare il testo di tali costituzioni, non avesse di mira scopi di inquadramento dogmatico della materia, bensì, essenzialmente, scopi di riforma o di disciplina concreta di istituti, quali la dote o il deposito, o necessità di chiarimenti normativi ai fini di realizzare una maggior certezza del diritto, come nel caso della *hereditatis petitio*. Questi intenti soprattutto pratici suggeriscono l'ipotesi che il linguaggio del legislatore possa essere stato,

⁽²²⁾ *Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur.*

talora, influenzato da tendenze – che abbiamo già segnalato – presenti nella prassi o emerse in precedenza nella tradizione normativa e interpretativa (in particolare tardoclassica), tendenze che ponevano in primo piano l'aspetto sostanziale, piuttosto che quello processuale della *bona fides* (in sintonia, del resto, con la crisi prima e l'abbandono definitivo poi del modello formulare nell'ambito del processo). Non si sarebbe perciò trattato di una scelta consapevole del legislatore (o meglio della cancelleria), bensì dell'uso di stilemi, che avevano, forse, una qualche circolazione nel linguaggio dei pratici o degli stessi insegnanti di diritto (la traduzione greca di C. 5, 13, 1, 2 in tema di *stipulatio de dote*, potrebbe essere un esempio significativo di questo secondo tipo). Del resto questo genere di approccio non è il solo, giacché convive, come abbiamo visto, con quello più tradizionale di tipo processuale.

Laddove invece i giustinianeî avevano uno schema, o degli schemi, per così dire 'classici' da seguire, come nelle Istituzioni, viene ritrovata una coerenza o univocità di impianto e di prospettiva, in cui non v'è spazio che per l'approccio processuale, lasciando così cadere gli spunti sostanzialistici emersi nella tradizione anteriore. I motivi di questa scelta possono essere molteplici e, in parte, abbiamo già accennato a taluni di essi. L'esigenza di non porsi in contraddizione con l'impostazione per lo più processuale dei testi giurisprudenziali contenuti nel Digesto (in un'ottica perciò di perseguimento del maggior grado possibile di certezza del diritto) e il vantaggio, in termini di rapidità e facilità di lavoro, dato dal seguire da vicino i modelli istituzionali classici, senza stravolgerli in modo eccessivo, possono essere stati tra le concause che, in misura diversa, hanno influito sulla scelta dei compilatori. In ogni caso mi sembra che dall'analisi svolta sia emersa una varietà di prospettive, che confermano come il profilo sostanziale della *bona fides* fosse comunque presente nell'esperienza giuridica giustiniana, sulla scia, a quanto pare, di vari spunti già emersi nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica, anche se il profilo processuale non risulta affatto abbandonato o posto in secondo piano.