

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano

### This is the author's manuscript

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/15386> since

*Publisher:*

CEDAM

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

# 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 IV



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
2003

## BONA FIDES E LOCAZIONI PUBBLICHE NELLE OPINIONES DI ULPIANO

di ANDREA TRUSCIUOGGIO (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *Bona fides* in D. 50, 8, 3, pr. - 3. *Bona fides* in D. 50, 8, 3, 2. - 4. Osservazioni conclusive.

1. - La concreta attuazione nel momento processuale del principio della buona fede, come è noto, è materia affrontata, già a partire dal diritto romano di età repubblicana, soprattutto nell'ambito del *ius privatum*. Le fonti romane, a quanto mi consta, offrono pochi e incerti spunti che possano evidenziare una qualche rilevanza su di un piano processuale della *bona fides* nel campo dei rapporti contrattuali pubblici <sup>(1)</sup>; ed è una carenza particolarmente avvertibile in rapporto alle *locationes* di *agri vectigales*, dove non si hanno dati sicuri sull'impiego dell'*actio locati conducti*, e dunque sulla collegata possibilità del giudice di valutare l'*oportere*, *ex fide bona* <sup>(2)</sup>. Eppure, a mio giudizio, vale veramente la pena di accer-

(\*) Università di Torino.

(1) È d'obbligo ricordare qui la tesi di TH. MOMMSEN (vd., in particolare, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 132 s.; inoltre, F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano, 1963, 141), secondo cui le vendite e le locazioni pubbliche erano rette in età risalente dalla *bona fides* e, per quanto riguarda i mezzi di tutela, erano sottoposte alle regole della 'Administrativjustiz' anziché a quelle del 'Civilprozess'. L'illustre autore, però, non si è spinto a chiarire se e come la *bona fides* potesse condizionare l'ampia discrezionalità riconosciuta al magistrato giudicante. Sull'obbligo di uniformarsi al valore dell'onestà nei contratti riconducibili al *ius publicum* in età repubblicana cfr. J. ZIINSZKY, *Kontrakte des ius publicum*, in *Collatio iuris romanici. Études dédiées à H. Ankum*, II, Amsterdam, 1995, 682 ss.

(2) Una parte della dottrina, tuttavia, è comunque propensa ad ammettere il ri-

tare se, in presenza di un contraente pubblico, vi fosse un qualche spazio per un riconoscimento processuale della *bona fides*, perché i risultati conseguiti potrebbero dare indicazioni di più ampia portata circa la dimensione di autoritarietà dell'azione amministrativa di carattere negoziale nell'esperienza romana. È chiaro, infatti, che se si presentasse una qualche nota specifica rispetto ai corrispondenti contratti del *ius privatum*, consistente nell'ammettere in taluni casi contegni della parte pubblica contrari alla correttezza e alla lealtà (magari a tutto vantaggio del, ritenuto superiore, perseguimento del comune interesse), si potrebbe a buon diritto parlare di una concezione non completamente paritetica del rapporto contrattuale<sup>(3)</sup>, in linea con una visione che, nei nostri tempi, è stata definitivamente superata sia dalla giurisprudenza sia dalla scienza amministrativistica<sup>(4)</sup>.

corso a detta azione: vd. L. BOVE, *Ricerche sugli "agri vectigales"*, Napoli, 1960, 132 ss.; F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella "locatio" degli "agri vectigales"*, in SDHI, XXX, 1964, 30, nt. 62, 39, nt. 79; altra letteratura in R. FIORI, *La definizione della "locatio-conductio"*, Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, Napoli, 1999, 23, nt. 31.

(3) A proposito delle difficoltà a riconoscere un ruolo alla *bona fides* in un rapporto in cui il contraente pubblico si poneva in una posizione di supremazia rispetto alla controparte si leggano le osservazioni critiche avanzate da V. ARANGIO-RUIZ (*La compendium in diritto romano*, I<sup>2</sup>, Napoli, 1956, 50) alla tesi mormensiana che individuava nelle vendite e nelle locazioni pubbliche il modello dei corrispondenti contratti consensuali privati: «D'altra parte, quale che fosse la libertà di apprezzamento che prevaleva nella *cognitio* magistratuale, non possiamo dimenticare che le due parti di una, p. es., *venditio quaestoria* si trovavano l'una di fronte all'altra in un rapporto che non era di eguaglianza, ma di supremazia dell'una e di sottomissione dell'altra, ciò che non sembra abbia potuto facilmente preludere a quella reciproca esigenza della *fides bona* che è caratteristica dei contratti consensuali».

(4) È ormai assodato, infatti, che, in particolare nei casi in cui le pubbliche amministrazioni agiscano *iure privatorum*, si debba applicare la disciplina valida per i privati, ivi incluse le regole del codice civile sulla buona fede: cf., a tal riguardo, M. SANTILLI, *Il diritto civile dello stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 82 s.; L. BIGLIAZZI GRI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 176; F. MANGANO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 158, 169, 172; per l'applicazione in particolare dell'art. 1375 c.c., cf. recentemente A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), II, Milano, 2000, 1423. Verso la fine dell'Ottocento, per altro, tale estensione delle regole sulla correttezza era stata sostanzialmente condivisa anche da G. MANTELLINI (*Lo Stato e il Codice civile*, II, Firenze,

Questo breve lavoro, che dedico con profonda riconoscenza al Professor Alberto Burdese<sup>(5)</sup>, vuole essere un inizio dell'indicato accertamento ed è mosso dalla convinzione che non si possa prescindere in questa materia da precisazioni circa le epoche, i contenuti contrattuali e gli ambiti processuali. Ebbene, credo che due accenni alla *bona fides* presenti nel libro terzo delle *Opiniones* tradizionalmente attribuite ad Ulpiano<sup>(6)</sup> possano offrire taluni dati

1882, 680), che pure era un sostenitore della concezione unilaterale, autoritaria del contratto pubblico (vd. G. MANTELLINI, *Lo Stato*, cit., II, 679 s.; inoltre, più in generale, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, 199 ss.); ed è interessante notare come lo stesso autore, per dare contenuti a quella lealtà che doveva contraddistinguere il comportamento contrattuale dello Stato, malgrado la "ragione politica" lo ponesse in una posizione di superiorità rispetto alla controparte, richiamasse proprio l'idea di buona fede romana risalente a Paolo (Paul. 72 ad ed. D. 45, 1, 83, pr.) e a Ulpiano (Ulp. 50 ad ed. D. 45, 1, 50); cf. G. MANTELLINI, *Lo Stato*, cit., II, 680: «Cio, beninteso, non toglie, e anzi accresce per lo Stato l'impegno nelle sue difese di portare nella determinazione dei compensi quella lealtà che gli dà titolo a esigere dall'altro contraente lealtà pari; di prestare, perché gli si renda, la buona fede descrittici da Paolo e da Ulpiano: tanto *negativa* o che si astiene dal *dolo*, quanto *attiva* o che agisce in buona fede: *non simplex abstinere spondet, sed curaturum se ut dolus malus absit*, scrive Paolo; e Ulpiano: *non hoc significatur nihil te futurum quo minus facere possis, sed curaturum ut facere possis*».

(5) Per l'importante contributo dato alla mia formazione fin dagli anni (1989-1992) in cui frequentavo i corsi del dottorato di ricerca in "Diritto romano e diritti dell'antichità".

(6) Sulla base dell'*Index Florentinus* e delle *inscriptions* dei frammenti dell'opera presenti nel Digesto, ma la dottrina, come è noto, non ha ancora fornito risposte definitive in ordine alla paternità dei *Libri opinionum* (sono di Ulpiano, oppure sono pseudepigrafi?), all'epoca degli stessi (III o IV secolo d.C.?), e al loro scopo (si tratta di un pronunzio di istruzioni pratiche ad uso del governatore provinciale?); si vedano in particolare su questi problemi B. SANTRUCCA, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, I-II, Milano, 1971; le recensioni a tale opera di R. BONINI, in *Iura*, XXII, 1971, 250 ss.; di E. VOLTERRA, in *BIDR*, LXXV, 1972, 354 ss.; di F. WIEACKER, *I «libri opinionum» (di Ulpiano?) in Labeo*, XIX, 1973, 196 ss.; inoltre, D. LIEBS, *Ulpiani Opinionum libri VI*, in *TR*, XLI, 1973, 279 ss.; M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.)*, Incontro di Firenze, 2-4 maggio 1974, a cura di G. G. Archi, Milano, 1976, 221 s., nt. 330; T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 120 ss.; *Id.*, *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1994, 101; J. HALLERBEK, *Legal problems concerning a draught of iunty*, *Exegesis of D. 8. 4. 13. pr.*, in *TR*, LV, 1987, 48; altre indicazioni bibliografiche in A. DELI-ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, 273, nt. 622, e in V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero I*, Napoli, 2000, 98 s., nt. 107, 109. Noi assumeremo qui un dato largamente condiviso, e cioè che l'opera fosse

interessanti e dare adito a più ampie congetture; essi sono contenuti in due passi che appartengono ad uno stesso frammento <sup>(7)</sup>, e che ci segnalano, in aderenza a casi concreti agevolmente ricostruibili, i modi con cui la *bona fides* doveva operare in rapporto alla cognizione *extra ordinem* <sup>(8)</sup> del governatore provinciale, intorno al III-IV secolo d.C., in materia di *locationes civitatum* e di connessi rapporti *fideiussoarii* <sup>(9)</sup>.

## 2. – Consideriamo dapprima il seguente testo:

Ulp. 3 *opin.* D. 50, 8, 3 pr.: *Conductore perficiendi operis puncto fideiusso, qui pro eo intervenient, idem opus exstruendum alii locaverat, nec a secundo redemptore opere perfecto usurarium praestationem heres fideiussois recusare non debet, cum et prior causa in bonae fidei contractu in universum fideiussores obligaverit, et posterior locato, quia summi periculum agnovit, solidae praestationi rei publicae eam substatuerit.*

La sua collocazione nel titolo 50, 8 del Digesto che reca la medesima rubrica (*De administratione rerum ad civitates pertinentium*), sotto la quale forse il passo compariva già nei *Libri opinionum* <sup>(10)</sup>, oltre al contenuto di un altro brano ancora desunto dai compilatori giustinianeî dal terzo libro delle *Opiniones* e riguardante le diverse relazioni che si instauravano nelle *civitates provin-*

incentrata sulla figura del governatore provinciale (vd., per esempio, B. SANTALUCCIA, *I libri*, cit., I, 72; D. LIEBS, *Ulpiani*, cit., 306, nt. 131).

<sup>(7)</sup> Si tratta, volendo seguire la suddivisione in frammenti della *Littera Florentina*, di D. 50, 8, 3.

<sup>(8)</sup> Sul punto cfr. B. SANTALUCCIA, *I libri*, cit., I, 73; vd., inoltre, l'opinione dell' *Pankum* richiamata *infra*, nt. 40.

<sup>(9)</sup> Mi riferirò per semplicità nel prosieguo al *praeses* come organo giudicante, ma occorre sempre tenere presente la possibilità che aveva il governatore provinciale di delegare lo svolgimento del processo ad altro giudice a lui subordinato. Sulla progressiva limitazione della facoltà spettante al preside di *dare iudicem*, dal II secolo d.C. fino all'età costantiniana, cfr. F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero II*, in *Studi Ulpiani*, XXXIV, 1965-1966, 197 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. B. SANTALUCCIA, *I libri*, cit., II, 157 ss.; D. LIEBS, *Ulpiani*, cit., 302, nt. 103. Il LENEL (*Pal.*, II, 1007), invece, aveva ipotizzato che, nelle *Opiniones*, il passo figurasse sotto una più ampia intestazione: *De administratione rerum ad civitates pertinentium et operibus publicis*.

ciali in occasione della costruzione di un'opera pubblica (Ulp. 3 *opin.* D. 50, 10, 2, 1: *Curatores operum cum redemptoribus negotium habent, res publica autem cum his, quos efficiendo operi praestituit, quatenus ergo et quis et cui obstructus est, aestimatio praestitidis provinciae est*) <sup>(11)</sup>, suffragano, credo, l'ipotesi che il caso illustrato in D. 50, 8, 3 pr. fosse relativo ad un contratto d'appalto pubblico concluso da un *curator* cittadino <sup>(12)</sup>, e che la controversia sorta a seguito dell'inesecuzione dello stesso dovesse essere sottoposta, probabilmente sulla base di una costituzione imperiale, alla *aestimatio* del *praeses provinciae* <sup>(13)</sup>. Era in discussione, infatti,

<sup>(11)</sup> Sul passo cfr. F. KNIER, *Societas publicanorum*, I, Jena, 1896, 371; A. DAGEY, *Les opes publicae a Rome (180-305 ap. J.C.)*, Paris, 1997, 227, e soprattutto B. SANTALUCCIA, *I libri*, cit., I, 39. Sui rapporti intercorrenti tra gli *ἐπιμεληταί* (*curatores operum*), gli appaltatori e le autorità cittadine nelle province orientali dell'impero (ed in particolare in Egitto) cfr., con richiamo alle fonti papirologiche, A. LUKASZEWICZ, *Les édifices publics dans les villes de l'Égypte romaine. Problèmes administratifs et financiers*, Warszawa, 1986, 107 e nt. 192 e 193.

Sia in D. 50, 8, 3 pr. sia in D. 50, 10, 2, 1 la città provinciale è indicata con la locuzione *res publica*; essa nelle opere giurisprudenziali sistematico-casistiche denota una esclusiva valenza istituzionale, e non evoca anche, a differenza di *civitas*, la presenza di una struttura urbana: vd. recentemente M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica* (Atti Congr. intern. Soc. it. st. dir., Torino, 19-21 novembre 1998), Roma, 2001, 116 s.

<sup>(12)</sup> Nel III-IV secolo d.C. la *cursu operum publicorum* era di solito un *munus personale* – cfr. D. 50, 4, 4 pr. (tratto ancora dal terzo libro delle *Opiniones*); Arc. Char. I, sing. *de mun. civ.* D. 50, 4, 18, 10; L. NIESSEN, *Die Entwicklung der Leistungen und Ämter (munera et honores) im römischen Kaiserreich des zweiten bis vierten Jahrhunderts*, in *Historia*, XXX, 1981, 211 s. – che gravava sui notabili cittadini, in forza di una preposizione del senato locale o, stando a Ulp. 2 *de off. proc.* D. 1, 16, 7, 1, del governatore provinciale. Su questi aspetti dell'amministrazione delle opere pubbliche nelle *civitates*, vd. R.J.A. HOUVOY, *Le droit municipal. I. De la condition et de l'administration des villes chez les Romains*, Paris, 1876, 435; W. LIEBENMANN, *Städteverwaltung im römischen Kaiserreich*, Leipzig, 1900, 385 s.; E. KORNEMANN, voce *Curatores*, in RE, IV, Stuttgart, 1901, 1802 s.; W. LANGHAMMER, *Die rechtliche und soziale Stellung der Magistratus Municipales und der Decuriones*, Wiesbaden, 1973, 178 s.; F.M. AUSBÜTTE, *Die Verwaltung der Städte und Provinzen im spätantiken Italien*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1988, 156; per la parte orientale dell'impero, A. LUKASZEWICZ, *Les édifices*, cit., 104 ss., 114.

<sup>(13)</sup> Il SANTALUCCIA (*I libri*, cit., I, 171), osserva che l'espressione «*aestimatio praestitidis provinciae est*» di D. 50, 10, 2, 1 è una clausola tipica ricorrente nei rescritti di età severiana, e ciò confermerebbe, a suo avviso, la più ampia tesi che i passi delle

la responsabilità *ex mora* dell'erede di un *fideiusso*r<sup>(14)</sup> fornito da un *redemptor* alla *civitas* a garanzia della corretta costruzione di un'opera pubblica<sup>(15)</sup>, responsabilità da accertare alla luce della circostanza che il fideiussore del conduttore, una volta che quest'ultimo era stato punito per l'inadempimento<sup>(16)</sup>, aveva riappallato i lavori ineseguiti ad un secondo *redemptor*, il quale era risultato, a sua volta, inadempiente. Si poneva pertanto la questione se il fideiussore, e per lui l'erede<sup>(17)</sup>, dovesse pagare alla *civitas* le *usurae* per l'intero ritardo occorso nella realizzazione dell'opera,

*Opiniones* siano per lo più derivati da costituzioni imperiali di quell'epoca e che dunque l'opera sia attribuita, conformemente alla tradizione, ad Ulpiano; ma su quest'ultimo punto, come si è detto (*supra*, nt. 6), la dottrina non è concorde.

<sup>(14)</sup> La sostituzione di *fideiusso*r con *praes* in D. 50, 8, 3 pr., già proposta dal LEBEL (*Pal.*, II, 1007 nt. 1-3) in considerazione del fatto che la mallevateria accedeva ad un contratto pubblico, non è invece esente da possibili obiezioni: cfr. B. SANTALUCCIA, *I libri*, cit., I, 170, nt. 93; d'altra parte, sembra più probabile che già nel testo originale figurasse *fideiusso*r, se si tiene in conto che in merito a rapporti pubblicistici il termine *praes* è attestato solo fino al primo secolo d.C. (cfr., a tal riguardo, E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgerrecht*, Berlin, 1907, 6, nt. 1; M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (parte storica)*, in *Enciclopedia*, XVII, Milano, 1968, 324 e nt. 12; M. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981, 208, nt. 135).

In D. 50, 10, 2, 1 viene in considerazione, per la verità, la responsabilità dei *redemptores*, ma tutto lascia credere che la responsabilità dei fideiussori (e dei loro eredi) dovesse seguirne le sorti per quanto concerne il soggetto interessato a farla valere (la *civitas*), l'organo giudiziale (*praeses provinciae*) e l'ampiezza (salvo che un qualche limite non fosse previsto nei *verba obligationis* della *fideiussio*; sul punto vd. *infra*, nt. 22).

<sup>(15)</sup> Possiamo dire che anche nei confronti della *civitas* il fideiussore assumeva il vincolo attraverso una *interrogatio* (vd. Pap. I resp. D. 50, 8, 5, 3), e ciò induce a credere che le formalità utilizzate fossero quelle della *stipulatio*.

<sup>(16)</sup> Pensa alla inflazione di una pena pecuniaria H.R. GÖPPER, *Zur Lehre von den pnaeden*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, 1864, 291, nt. 41; per B. SANTALUCCIA, *I libri*, cit., II, 163, si tratterebbe di una condanna ad una certa somma; tale condanna, in ogni caso, non potrebbe essere alla restituzione della mercede ricevuta, come si osserva giustamente in gl. *Punito* ad D. 50, 8, 2 (ed. A. Gryphius, Venetis, 1580, 1219).

<sup>(17)</sup> Sulla trasmissibilità all'erede dell'obbligazione gravante sul fideiussore vd. Gai 3, 121; I, 3, 20, 2; V. ARANGIO-ROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1998, 405 s.; inoltre, a proposito del nostro passo, F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, 91.

dunque gli interessi maturati in ordine alla prima *locatio* insieme a quelli concernenti la *relocatio*.

Esaminando la risposta affermativa, si può osservare come essa faccia leva su due argomentazioni, che corrispondono alle due causali polisindetiche («*cum et obligaverit; et posterior substituerit*»). La prima: poiché nel caso di specie la fideiussione accedeva ad un contratto di buona fede<sup>(18)</sup>, la stipulazione di garanzia<sup>(19)</sup> andava a coprire tutto il debito (valutabile *ex fide bona*) del primo appaltatore — l'«*universum*» —, ivi incluso il pagamento degli interessi dovuti alla città. La seconda: col riappalto della totalità dei lavori il fideiussore ha dimostrato la volontà di assumere su di sé la responsabilità nei confronti della *civitas* circa l'intera prestazione (comprensiva del debito e delle *usurae*) dovuta dal secondo *conductor*, sostituendosi («*substituerit*») in questo — mi pare inevitabile intenderlo — all'originario locatore dell'opera, cioè, per quanto si è precedentemente sostenuto, al *curator operis*<sup>(20)</sup>. Dunque il garante è debitore delle *usurae ex mora*<sup>(21)</sup> relative al primo appalto, in quanto fideiussore obbligato in *universum*<sup>(22)</sup>; è debitore, d'al-

<sup>(18)</sup> Sull'espressione «*in bonae fidei contractus*» cfr. quanto si dirà *infra* nel testo.  
<sup>(19)</sup> Cfr. *supra*, nt. 15, a tale *stipulatio* ritengo che alluda «*propter causam*», essendo tale locuzione posta nel passo a fondamento dell'obbligo del fideiussore.

<sup>(20)</sup> A tale figura infatti, stando al sopra richiamato D. 50, 10, 2, 1, è riferibile solitamente la responsabilità nei confronti della *res publica* del corretto espletamento dei lavori pubblici dati in appalto.

<sup>(21)</sup> Si tratta di *usurae ex mora* poiché esse non paiono fondate, per il silenzio della fonte sul punto, su di un patto intercorso tra il locatore pubblico e il conduttore. Sul fatto che nei passi che riguardano i rapporti di buona fede vengono solitamente in considerazione le *usurae ex mora* e non quelle *ex pacto*, vd. V. DE VILIA, *Le «usurae ex pacto» nel diritto romano*, Roma, 1937, in particolare 136 s.; in quanto al patto come causa produttiva degli interessi nella *locatio-conductio*, cfr. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, 54 s.

<sup>(22)</sup> A determinare tale condizione doveva concorrere, oltre al carattere di buona fede del contratto cui la fideiussione accedeva, anche l'inesistenza, almeno stando al passo, di limitazioni poste al proprio obbligo da parte del fideiussore nei *verba stipulationis*. Si può pensare, insieme al SANTALUCCIA (*I libri*, cit., II, 164), che nel caso di specie si fosse verificata un'assunzione in forma generica (adombrata dalla vaga formulazione «*qui pro eo intervenientibus*») della mallevateria e che tale modalità di obbligarsi avesse comportato una responsabilità del garante in *universam conductionem*, in *omnem causam* (più in generale, sul tenore dei *verba stipulationis* idoneo a configurare

tro canto, delle *usurae* relative al secondo appalto, in quanto locatore che ha operato in vece e con le responsabilità del *curator operis*; stando così le cose, l'erede non può avanzare obiezione alcuna ad un pagamento delle *usurae ex mora* dovuto alla *civitas* dal *fideiusor* – ereditando.

Venendo al punto che maggiormente qui interessa, credo invece condivisibile l'opinione secondo cui la locuzione «*in bonae fidei contractus*» si inserisca logicamente nell'*iter* argomentativo seguito dall'autore delle *Opiniones* <sup>(23)</sup>: in assenza, stando almeno al tenore del passo, di un apposito accordo tra il fideiusore e la *civitas* circa il pagamento delle *usurae*, infatti, un obbligo corrispondente gravante sul fideiusore non poteva che derivare dal carattere di buona fede della *locatio-conductio* alla quale la *fideiussio* accedeva <sup>(24)</sup>, carattere che, come è noto, implicava il dovere del con-

tratto ampia responsabilità, cfr. J. FERNANDEZ DE RETES, *Praelectio ad titulum dig. de verborum obligationibus*, p. II, tr. IV, § XXII, in *Meermann thesaurus iuris civilis et canonici*, VII, Aia, 1753, 450; C.O. VON MADAI, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837, 418; F. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, Braunschweig, 1855, 277 s.; C. PADDA, *Le garanzie delle obbligazioni. Lezioni di diritto romano*, Napoli, 1897, 135 s.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, 156 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova, 1962, 75). Sarebbe dunque, questa, un'ipotesi ben diversa, per fattispecie e per soluzione, da quella richiamata in Paul 3 decreti, D. 46, I, 68, I e concernente locazioni fiscali: *Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Tballus et alii fideiusservati: bona Romuli fideiuss ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussoris tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiussoris, decrevit fideiussor in solam annua se obligaverunt, non in omnem conductionem, decrevit fideiussor in usuras non teneri...*; sul decreto imperiale ivi menzionato, vd. S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Le applicazioni della stipulatio*, Roma, a.a. 1934-1935, 176; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri tres*, Milano, 1938, 108 ss.; P. CERAMI, *Contribuere cum fisco*, in *AUPA*, XXXIV, 1973, 316.

<sup>(23)</sup> In tal senso B. SANTALUCIA, *I libri*, cit., I, 171, nt. 93; II, 160 ss.

<sup>(24)</sup> Ciò emerge chiaramente anche da un responso di Paolo, dove si verte nuovamente in materia di *fideiussio in omnem causam conductionis*, in un ambito – secondo l'opinione del Tr. MAYER – *Malix* (*Locatio-conductio*, Eine Untersuchung zum *klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 102 s.) – ancora pubblicistico: Paul. 5 resp. D. 19, 2, 54 pr.: *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo colono tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudiciis non tamen ex obligatione proficiantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarium, ac*

*ductor* di corrispondere anche gli interessi in caso di ritardata esecuzione a lui imputabile <sup>(25)</sup>; ma se si ammettesse anche un'inserzione dei compilatori giustiniani <sup>(26)</sup>, essa non potrebbe certo avere i tratti di una modificazione sostanziale del testo originario, dal momento che la soluzione data al caso sembra comunque presupporre un assoggettamento della locazione in questione alla disciplina di età classica prevista per i contratti di buona fede <sup>(27)</sup>.

Siamo dunque di fronte ad una chiara, seppure incidentale, testimonianza del fatto che intorno al III-IV secolo d.C., nelle *'aestimaciones'* dei *praesides*, le *locationes operum* concluse dai *curatores* in provincia per conto delle *civitates* non subivano un trattamento diverso rispetto alle corrispondenti *locationes* dei privati, dal momento che entrambe le locazioni erano considerate contratti perineati dalla *bona fides*, e dunque ad esse ineriva l'obbligo di corrispondere le *usurae ex mora*, pur in assenza di espressioni patuizioni

*si ita fideiussisset: "in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fideiussore tibi esse tibi?"* nel *tit. "indemnitas me praestabit?"*.

<sup>(27)</sup> Tenuto conto della datazione delle *Opiniones* (III-IV sec. d.C.), ho preferito esprimermi in termini sostanziali, anziché processuali, in consonanza con quella tendenza, emersa nelle fonti già della tarda età classica, a non fondare più, nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*, il riconoscimento degli interessi *ex mora* sull'*officium iudicis* (vd. G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 274 ss., 299 s.). La tendenza evidenziata troverà poi un momento di perfezionamento in età giustiniana allorché l'obbligo del pagamento delle *usurae ex mora* verrà ricondotto espressamente alla *phōnē* dei contratti di buona fede: cfr. sch. 3 di Stefano ad Bas. 13, 2, 25 (Hb. II, 53; Sch. B II, 662, 17-18); inoltre, G. ROTONDI, *Natura contractus*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, 186.

<sup>(28)</sup> Il DI MARZO, *Bonae fidei contractus*, Palermo, 1904, 10, sospetta l'espressione «*in bonae fidei contractus*», non comprendendo l'origine del limite evocato dall'*'«in»* credo, però, che la preposizione sia spiegabile se la si intenda come un richiamo all'idea dell'accessorietà piuttosto che a quella della limitazione. D'altra parte, non si può più pensare, alla luce dei più recenti orientamenti espressi dalla dottrina, che nei luoghi in cui compare l'espressione «*bonae fidei contractus*» vi sia stato un sistematico intervento dei compilatori giustiniani volto a privilegiare una visione sostanziale, anziché processuale, dei contratti di buona fede (cfr. B. SANTALUCIA, *I libri*, cit., I, 171, nt. 93 e lett. ivi richiamata; inoltre M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, II, München, 1975, 333, nt. 13). L'uso della locuzione *bonae fidei contractus* è attestato, per altro, anche in Symm. *Epist.* 2, 87 (a. 382-383 d.C.; ed. Seeck, 68).

<sup>(29)</sup> La classicità della soluzione è stata difesa, in una prospettiva processuale, anche dal F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti*, cit., 86: «...comunque, trattandosi di obbligazione, quale la *locatio*, che dava luogo ad un giudizio di buona fede, il responso di Ulpiano è perfettamente conforme alla prassi giuridica a lui contemporanea».

al riguardo <sup>(28)</sup>. Una tale considerazione delle *locationes civitatum*, che potrebbe forse essere vista come una specificazione della nota massima gaiana presente nel commentario all'editto provinciale: *civitates...privatorum loco habentur* (Gai. 3 ad ed. prov. D. 50, 16, 16) <sup>(29)</sup>, rivela una *bona fides* funzionale ad un preciso risultato: quello di ristabilire, attraverso il riconoscimento delle *usurae* a favore della *civitas*, un equilibrio economico tra le prestazioni alterate a causa dell'inadempimento del *conductor* <sup>(30)</sup>. E credo sia lecito ipotizzare, alla luce della considerazione delle locazioni in esame come *bonae fidei contractus*, un trattamento paritario delle parti, sicché un obbligo di corrispondere gli interessi moratori sarebbe gravato pure sulla *civitas* in caso di ingiustificato ritardo nel pagamento della mercede a favore del *redemptor* <sup>(31)</sup>.

<sup>(28)</sup> In merito alla giurisdizione del governatore provinciale in materia di locazioni private cfr. il rescritto di Diocleziano e di Massimiano del 290 d.C. (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Hostilio Hectario C. 4, 65, 17*): *Præses provinciae ea quae ex locazione debentur exsolvi sine mora curabit, non ignarus ex locato et conducto actionem, cum sit bonae fidei, post moram usuras legitimas admittere*, su cui vd. G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 269 s.; va osservato, per altro, che la prospettiva processuale emergente in C. 4, 65, 17 non è rigorosamente osservata dalla cancelleria diocleziana, quando si tratta di porre in relazione l'obbligo di corrispondenza delle *usurae* ex mora con i contratti fondati sulla *bona fides*: cfr. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Decimo Capluso C. 2, 40, 3* (sempre del 290 d.C.): *...in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus*...

<sup>(29)</sup> Questo, se si accetta l'interpretazione del passo gaiano data da V. ARANGIO-RUIZ, *Istitutioni*, cit., 69, nt. 3, il quale vi ha scorto un'affermazione che le città possono essere parti di rapporti di diritto privato come gli individui. Secondo M. TALAMANCA (*Istitutioni di diritto romano*, Milano, 1990, 180), tuttavia, l'assimilazione delle *civitates* (*Romanae*; vd. anche ID., *Gli ordinamenti*, cit., 128) ai privati deve essere riferita, non già ai rapporti che le prime intrattenevano coi privati stessi, bensì alle relazioni intercorrenti tra le città e il *populus Romanus*. Sul commentario gaiano all'editto provinciale si è soffermato recentemente M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, 152 s.

<sup>(30)</sup> Cfr. a tal riguardo, ma in rapporto alla compravendita, C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *Studi e questioni di diritto*, I, Napoli, 1910, 322, con citazione del Keller (vd. *Pandekten*<sup>2</sup>, II, Leipzig, 1867, § 329, 60).

<sup>(31)</sup> Se così fosse, avremmo un profilo in cui i contratti delle *civitates* si differenziano nettamente da quelli dei *fidei*, per l'esistenza a favore di quest'ultimo di uno specifico privilegium ricordato in Paul. l. sing. de usur. D. 22, 1, 17, 5: *Fidei ex suis contractibus usuras non dat, sed tunc accipit*...; cfr., sul passo, P. CERAMI, *Contrahere*, cit., 324 ss.; M. V. GIANGRICO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria*

### 3. - Passiamo, ora, ad esaminare il secondo passo:

Ulp. 3 opin. D. 50, 8, 3, 2: *Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitrati in solvenda pensione cuiusque anni pacto* <sup>(32)</sup> *comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est*.

Il *Sed* iniziale, per il collegamento di tipo avversativo che instaura, mi induce in verità a ritenere che in D. 50, 8, 3, 2, come nella frase che precede (Ulp. 3 opin. D. 50, 8, 3, 1: *Qui fideiusse-rius pro conductore vectigalis in universam conductionem in usuras quoque iure conveniuntur, nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est*), si affronti ancora un aspetto relativo alla responsabilità del *fideiusor* del conduttore di un fondo agricolo appartenente alla *civitas* <sup>(33)</sup>, piuttosto che a quella del conduttore stesso <sup>(34)</sup>, e nel contempo segna una contrapposizione esistente tra le soluzioni date in D. 50, 8, 3, 1 e in D. 50, 8, 3, 2. Nel primo caso, infatti, l'autore delle *Opiniones*, sempre probabilmente sulla base degli indirizzi espressi dalla cancelleria imperiale, afferma come giuridicamente corretto estendere la responsabilità dei *fideiusori* a tutto quanto è dovuto dal conduttore, includendo pertanto

*tra sotto i Severi*, Napoli, 1988, 119 s.; breve cenno in H.-M. LENZ, *Privilegia fisci*, Pfaffenweiler, 1994, 75, nt. 24.

<sup>(32)</sup> Il Mommsen corregge con *pactum*.

<sup>(33)</sup> I locatori erano in questo caso i magistrati cittadini ma fors'anche i *curatores rei publicae*, stando a Pap. I resp. D. 50, 8, 5 pr., dove peraltro la considerazione di tali funzionari come *locator* potrebbe rispecchiare una situazione delle amministrazioni cittadine provinciali più tarda rispetto all'epoca severiana (vd. G. CAMODECA, *Ricerche sui 'curatores rei publicae'*, in ANRW, II, 13, Berlin-New York, 1980, 462 s.); cfr., inoltre, C. SCHILLING, *Studien aus der Römischen Agrargeschichte*, Riga, 1926, 66 s.; B. SANTALUCIA, *I libri*, cit., II, 158, nt. 28. Sull'amministrazione in generale dei fondi cittadini in epoca tardoimperiale, vd. P. VOCI, *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, Padova, 1989, 95 ss.

<sup>(34)</sup> Tale mio convincimento è rafforzato anche dalla circostanza che, se si accoglie la suddivisione in frammenti della *Littera Florentina*, sarebbe assicurata una continuità tematica in D. 50, 8, 3, poiché il frammento sarebbe dedicato interamente alla responsabilità del *fideiusor* (e del suo erede) nei confronti della *civitas*. In ogni caso, le osservazioni che faremo in margine a D. 50, 8, 3, 2 circa il ruolo della *bona fides* sono estendibili senza difficoltà anche alla responsabilità del conduttore.



le *usuræ ex mora* <sup>(35)</sup>, a condizione che non vi sia stata un'espressa limitazione nella stipulazione di garanzia <sup>(36)</sup>; nel secondo caso, invece, si prescrive ancora verosimilmente al governatore provinciale <sup>(37)</sup> di valutare secondo la *bona fides* quanto dovuto dal *fideiussor*, qualora si verifichi una sterilità del fondo dovuta ad eccezionali avversità del tempo <sup>(38)</sup> e le parti (il locatore e il conduttore) per un tale caso di forza maggiore <sup>(39)</sup> abbiano deferito nella *lex locationis* all'*arbitratus boni viri* la determinazione della mercede annuale <sup>(40)</sup>.

Quest'ultima disposizione, oltre agli spunti che può offrire per la ricostruzione della storia dell'istituto della *remissio mercedis* <sup>(41)</sup>, presenta una questione, di una certa importanza per la nostra indagine, in merito al significato funzionale che assume la *bona fides* nella frase *explorata lege conductionis fides bona sequenda* <sup>(42)</sup>. Da un lato, inverso, vi si potrebbe scorgere, prescindendo dai contenuti specifici del patto precedentemente menzionato nel

<sup>(35)</sup> Su di esse in rapporto alla *locatio* di *agri vectigales* vd. altresì Hermog. 5 *epit.* D. 39, 4, 10, 1. *Non solutis vectigilium pensionibus pellere conductores necdum etiam tempore conductionis completo vel ab his usuras ex mora exigere permittitur.*

<sup>(36)</sup> Cfr., a tal proposito, *supra*, nt. 22.

<sup>(37)</sup> Sulla centralità della figura del *praeses provinciae* nei *libri opinionum* cfr. *supra*, nt. 6.

<sup>(38)</sup> È una condizione, questa, da ritenersi implicita nel passo.

<sup>(39)</sup> Cfr. P. VOCI, *Le obbligazioni romane*. (Corso di Pandette). Il contenuto dell'obbligo, I, I, Milano, 1969, 201.

<sup>(40)</sup> Secondo H. ANKUM, *Remissio mercedis*, in *RIDA*, XIX, 1972, 234 s., tale potere, spettante al giudice, di fissare l'ammontare della mercede non può trovare giustificazione nel processo formulare, ma solamente nel quadro della *cognitio extra ordinem*.

<sup>(41)</sup> A tale fine finora il passo è stato esaminato, per lo più in modo marginale, dalla dottrina romanistica, la quale sulla scorta di esso ha negato (vd. Th. MAYER, *Locatio-conductio*, cit., 146 s.; G. LONGO, *Osservazioni critiche sulla disciplina giustiniana della «locatio conductionis»*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, 296), oppure non ha escluso (vd. A. THOMAS, *Remissio mercedis*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, Milano, 1973, 1277; H. ANKUM, *Remissio*, cit., 234, nt. 27; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, II, Bari, 1982, 920, nt. 177; B. W. FRIER, *Law, Economics, and Disasters down on the Farm: remissio mercedis revisited*, in *BIDR, XCII-XCIII*, 1989-1990, 257, nt. 85), un'automatica inerenza alla *locatio-conductio* di un diritto del conduttore alla *remissio mercedis pro sterilitate temporis* all'epoca della stesura dei *libri opinionum*.

<sup>(42)</sup> Sulla ipotesi che l'espressione «*fides bona sequenda*» trattandosi di una 'Leesformel', sia interpolata cfr. F. WIEACKER, *I libri [Reversione]*, cit., 201.

<sup>(43)</sup> Cfr. Ulp. 6 *opin.* D. 8, 4, 13 pr.: «...quia tamen bona fides contractus legem servari ventilationis exposcit...». Sul passo cfr., oltre a J. HALLEBECK, *Legal problems*, cit., 39 ss., W. DĄCZAK, *L'uso della locazione "bona fides" nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, in *RIDA*, XLIV, 1997, 80 ss.

<sup>(44)</sup> Cfr. in tal senso gl. *Fides* ad D. 50, 8, 2 (ed. e pag. cit. *supra*, nt. 16): «*quae est ut servetur pactum*»; R. J. POTRIER, *Le Pandette di Giustiniano*, VI, ed. A. Bazzarini, Venetis, 1835, 869 s.; un'affiancamento tra il citato passo di Giavoleno e D. 50, 8, 3, 2 è stato proposto più recentemente, in modo sommario, da P. E. VIARD, *Les pactes adjuvants aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, 95, nt. 3; anche B. SANTALUCIA, *I libri*, cit., II, 165, dà l'impressione di interpretare D. 50, 8, 3, 2 in conformità al principio giavolentiano, laddove afferma: «...la *civitas* locatrice dovrà cioè rispettare scrupolosamente l'impegno assunto mediante il patto e non potrà esigere, nel caso di sensibile diminuzione del raccolto dovuta all'avversità della stagione, la corresponsione da parte del conduttore di una mercede superiore a quella determinata *arbitratu boni viri*».

<sup>(45)</sup> Il collegamento tra l'*arbitrium boni viri* e la *bona fides - aequitas* era già stato evidenziato in merito a D. 50, 8, 3, 2 da M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I, Aalen, 1966 (rist. ed. Leipzig, 1856), 609, esso si desume chiaramente anche da un passo paolino che concerne la *probatio operis* del *locator*. Paul. 34 *ad ed.* D. 19, 2, 24, pr.: «...nam fides bona exigit, ut *arbitrium tale praestetur*, quale *vitro bono convenit*. Il detto legame, invece, non è più percepibile nel passo dei Basilici (Bas. 54, 10, 2, Hb. V, 135; Sch. A VII, 2500, 14-15) corrispondente a D. 50, 8, 3, 2, ma restituito alla luce della *Synopsis maior* (vd. *Syn. Bas. E I*, 27 in *Las Graeco-Romanum*, V, 249): «ΕΙ δὲ καὶ μετὰ τῆς ἀπορίας τὸ οὐκ ὀφείλει, ἀποδοῦναι τῷ ἀναφθι τῷ τοῖσιν; qui l'accenno all'*arbitratu boni viri* è venuto meno nel quadro di una più ampia rielaborazione abbreviativa del testo del Digesto.

(rapportato al *bonus viri*) <sup>(46)</sup> a cui le stesse parti o, in caso di disaccordo, il giudice della *cognitio* avrebbero dovuto rifarsi nell'adeguare la prestazione del *conductor* alla minore possibilità di sfruttare il fondo dovuta alla *sterilitas temporis* <sup>(47)</sup>; si avrebbe evidentemente in tal caso una *bona fides* assai prossima all'*aequitas*.

Non ravvedo in verità nel passo elementi decisivi per l'accoglimento di una delle due accezioni di *bona fides* prospettate. Il confronto, tuttavia, di D. 50, 8, 3, 2 con le regole date dalla cancelleria imperiale in età severiana in tema di *remissio mercedis ob sterilitatem* rende forse più plausibile un significato di *bona fides* nel senso di criterio equitativo di calcolo che deve orientare il giudice della *cognitio*. Tali disposizioni sono contenute nel seguente rescritto di Alessandro Severo, che venne indirizzato nel 231 d.C. ad un tale Sabiniannus Hyginus, e che si riferiva con ogni probabilità all'ambiente provinciale <sup>(48)</sup>:

*Imp. Alexander A. Sabiniannus Hygino C. 4, 65, 8: Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in loca-*

Sul fatto che l'*arbitratus boni viri* in D. 50, 8, 3, 2 potesse riguardare sia l'un sia il quantum della *remissio*, vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998, 211.

<sup>(46)</sup> A proposito della 'objektivierte Auffassung' della formula *arbitrium - arbitrius boni viri* vd. K. NEHMSEN VON STRYK, *Die boni homines des frühen Mittelalters unter besonderer Berücksichtigung der fränkischen Quellen*, Berlin, 1981, praefatus 261 ss., e letteratura ivi citata. Alcuni autori, per contro, ritengono che l'espressione «boni viri arbitratus» sia da interpretare in senso soggettivo ed evochi pertanto un rinvio ad un *arbitrator* che dovesse fissare il quantum della *remissio mercedis* (vd. B. SANTALUCIA, I *libri*, cit., II, 165; F. STRZZA, *Considerazioni in tema di «periculum locatris» e di «remissio mercedis»*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 356). Su questa linea si pone anche H. ANKUM, *Remissio*, cit., 234, nt. 21, per il quale tuttavia la clausola compromissoria non avrebbe eliminato la possibilità di ricorrere al giudice competente.

<sup>(47)</sup> Mi pare che aderisca implicitamente a questa seconda soluzione interpretativa G. LONGO, *Osservazioni*, cit., 296, laddove pone una coincidenza tra l'*arbitratus boni viri* e la *bona fides* in rapporto alla frase «*explorata lege conductionis fides bona sequenda est*» nei seguenti termini: «Le parti dimostrano di darsi carico di cautelarsi con patti speciali valutabili *boni viri arbitratus* nella economia della convenzione specifica».

<sup>(48)</sup> Cfr. K. VISKY, *I contratti di locazione nella crisi economica del III secolo*, in *Studi in onore di C. Santilippo*, I, Milano, 1982, 680; e soprattutto P.W. DE NEEVE, *Remissio mercedis*, in *ZSS, C.*, 1983, 328 e nt. 126, 335.

*tione aut* <sup>(49)</sup> *mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae eveniunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur* <sup>(50)</sup>.

Ebbene, la *bona fides* che deve ispirare il giudice d'appello della *cognitio*, e quindi anche il governatore provinciale <sup>(51)</sup>, nel concedere al conduttore <sup>(52)</sup> una remissione della mercede <sup>(53)</sup>, non può certamente essere quella che *exigit, ut quod conveni fiat*, dal momento che le parti apparentemente non hanno neppure regola-

<sup>(49)</sup> L'ANKUM, *Remissio*, cit., 232, poggiando su una diversa tradizione manoscritta, preferisce *ut auri*, ma il passo dei Basilici corrispondente (Bas. 20, 1, 70; Hb. II, 370; Sch. A III, 998, 19) e lo scolio 'Eκx ad b.l. (Hb. II, 370; Sch. B III 1211, 23) fanno effettivamente propendere per l'*auri*, come ritiene, tra gli altri, B.W. FRIER, *Law*, cit., 257, nt. 86.

<sup>(50)</sup> Il rescritto in questione è stato per lo più studiato, come D. 50, 8, 3, 2, in rapporto all'evoluzione storica dell'istituto della *remissio mercedis*; cfr., in particolare, I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefährtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats*, in ANRW, II, 14, Berlin-New York, 1982, 677 s.; F. STRZZA, *Considerazioni*, cit., 357 ss.; G. LONGO, *Osservazioni*, cit., 296 s.; A. THOMAS, *Remissio*, cit., 1276; J. KÖHN, *Die Kolonen in den Rechtsbestimmungen*, in *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches*, herausg. K.P. Jöhne, J. Köhn, V. Weber, Berlin, 1983, 231; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini*, cit., 236 s.; vd. inoltre, G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 352 s.

<sup>(51)</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, 2, Napoli, 1975, 824; inoltre G. THÜR - P.E. PETER, voce *Gerechtigbarkeit*, in *Reallexicon für Antike und Christentum*, X, Stuttgart, 1978, 435 e M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 471 e nt. 35, a proposito della competenza in grado d'appello del governatore provinciale nei confronti delle sentenze emanate dai magistrati municipali; vd. anche, da ultimo, F. BERGAM, *L'appello nella legislazione dell'antico impero*, Milano, 2000, 405 ss. Sull'espressione «*eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur*», vd. in particolare P.W. DE NEEVE, *Remissio*, cit., 335.

<sup>(52)</sup> E non al mezzadro, come ha ritenuto inizialmente l'ANKUM, *Remissio*, cit., 232. Per la riconduzione della fattispecie alla *locatio conductio*, sebbene la mercede fosse stata fissata in quantità annue di prodotto anziché in denaro, vd. A. MASI, *Il problema della remissione della mercede nella locazione di fondi rustici alla luce di una testimonianza di Columella*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 282, nt. 39; inoltre P.W. DE NEEVE, *Remissio*, cit., 327 e gli autori ivi menzionati. Anche l'ANKUM poi si è uniformato all'opinione maggioritaria (cfr. P.W. DE NEEVE, *Remissio*, loc. cit.).

<sup>(53)</sup> Tale concessione della *remissio* è evocata nel passo dalla locuzione «*rationem tui... haberi*» (vd. Th. MAYR-MALY, *Locatio-conductio*, cit., 145).

to in *locatione* le conseguenze della *sterilitas temporis* <sup>(34)</sup>; ma, come è già stato osservato pur con maggiore riguardo al diritto giustiniano <sup>(35)</sup>, essa pare piuttosto un criterio funzionale all'equo ripartito di un equilibrio degli interessi dei contraenti alterato in conseguenza della *sterilitas temporis*, e come tale molto vicina all'*aequitas* <sup>(36)</sup>.

Si può dunque ritenere che D. 50, 8, 3, 2, ricondotto alla sua dimensione casistica e confrontato con le norme date in tema di *remissio mercedis ob sterilitatem* dalla cancelleria imperiale del III secolo d.C., non possa costituire una prova certa dell'applicazione nel settore delle locazioni pubbliche del principio giavoleniano sopra ricordato.

4. — Sulla base di questi frammenti di esperienza giuridica romana del III-IV secolo d.C., valorizzati da quei compilatori del Digesto così propensi ad utilizzare i *Libri opinionum* per la stesura dei titoli (50, 1-10 e 50, 13) dedicati al diritto pubblico <sup>(37)</sup>, qual è dunque il ruolo che si può riconoscere alla *bona fides* oggettiva in ordine alle locazioni pubbliche? Come può essa condizionare l'at-

<sup>(34)</sup> Non solo in senso sfavorevole al conduttore, facendo gravare interamente il rischio dell'eccezionale accadimento atmosferico sullo stesso, come è detto nel rescritto, ma v'è da presumere anche in altro modo: in tal senso vcl. anche lo scolio ad Bas. 20, 1, 70 (= C. 4, 65, 8; Hb. II, 370; Sch. B III, 1212, 1-2): «ὁ βίαιος δὲ, πῶς γοῦν, ἐλὶ μὴδὲν σὺν ἐκφυγῶν... δίκαιον οὐ βονηθῆναι». Sulle disposizioni negoziali dirette a far gravare in generale il *periculum* sul conduttore (le cosiddette ἀκτινῶν-*clausole*) diffuse nella prassi della provincia egiziana, vcl. L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 785, nt. 552; R. TAUBENSCHLAG, *The law of graeco-roman Egypt in the light of the papyri*<sup>2</sup>, Warszawa, 1955, 359, nt. 19; J. HERRMANN, *Studien zur Bodenpacht im Recht der graeco-ägyptischen Papyri*, München, 1958, 143 ss.; breve cenno in D. KENOV, *Legal Institutions and the Bargaining Power of the Tenant in Roman Egypt*, in *Arch. Pap.*, XLI, 1995, 2, 246, nt. 41.

<sup>(35)</sup> Cfr. B. HERMSDORF, *La fides dans le droit privé du Code de Justinien*, in *Acta Congressus iuridici internationalis. VII saeculo a decretibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis* (Romae, 12-17 novembris 1934), Romae, 1935, 170 ss.

<sup>(36)</sup> Secondo il MAYER MALLY, *Locatio-conductio*, cit., 145, 147, invece, la *bona fides* in C. 4, 65, 8, come pure in D. 50, 8, 3, 2, non sarebbe da intendere come un equo criterio di calcolo ma una 'Verkehrssitte' che sta a fondamento della concessione della *remissio*.

<sup>(37)</sup> Come sottolineo, nei suoi appunti pubblicati postumi, G. ROTONDI, *I Libri opinionum di Ulpiano e le Sententiae di Paolo in Scritti giuridici*, I, Milano, 1922, 480.

tività giudiziale del governatore provinciale nell'epoca indicata? E quale più generale visione del contratto pubblico si può delineare? Da D. 50, 8, 3, pr. è emersa con chiarezza un'equiparazione tra le locazioni delle *civitates* e le locazioni private, sotto il profilo che anche le prime sono annoverabili tra i *contractus bonae fidei* e ne seguono coerentemente la disciplina per quel che riguarda l'obbligo di corrispondere le *usurae ex mora*. Si può dire che tale obbligo, nel caso illustrato in D. 50, 8, 3, pr., è posto a carico del *conductor operis*, dal momento che viene riconosciuta la responsabilità *ex mora* del suo fideiussore (*rectius*, dell'erede di quest'ultimo). Ma quelle esigenze di equità caratterizzanti i contratti di buona fede e che indirizzano verso un uguale trattamento delle parti autorizzano a ritenere che lo stesso obbligo di pagare le *usurae* sarebbe eventualmente gravato anche sulla *civitas*.

L'analisi di D. 50, 8, 3, 2 ha offerto poi l'opportunità di appurare se, anche nelle locazioni delle *civitates*, operasse sul piano processuale quella *bona fides* che vincola le parti alla puntuale esecuzione degli accordi presi. A tal proposito, si è avanzata l'ipotesi, corroborata dalla lettura di C. 4, 65, 8, che la *bona fides* menzionata in D. 50, 8, 3, 2 avesse una diversa funzione (determinata dalla presenza nel patto del rinvio all'*arbitratius del bonus vir*) che la avvicina sensibilmente all'*aequitas*. È bene precisare, tuttavia, che il possibile accoglimento di un simile risultato eseguitico non può evidentemente condurre all'opinione che il principio «*bona fides exigit, ut quod convenit fiai*» potesse essere disatteso nei rapporti contrattuali in esame, per fare eventualmente prevalere particolari esigenze riconducibili alla condizione pubblica di uno dei contraenti. Si tratta di un punto, questo, che meriterebbe maggiori approfondimenti. Posso solo qui segnalare che, allo stato attuale delle mie conoscenze, non v'è alcuna testimonianza che lasci supporre la prevalenza del criterio del pubblico interesse su quello della buona fede, in relazione a rapporti contrattuali di tipo amministrativo <sup>(38)</sup>.

<sup>(38)</sup> L'assunto deriva da un controllo che ho compiuto sulle fonti giuridiche, diligentemente raccolte da M. NAVARRA, *Utilitas publica-utilitas singulorum tra IV e V*

Circa, poi, la visione più generale del contratto pubblico desumibile dal ruolo conferito alla *bona fides* nelle fonti esaminate, certamente non si può dire – penso di nuovo alla considerazione della *locatio operis* di D. 50, 8, 3, pr. come *bonae fidei contractus* – che la *civitas* si collocasse in una posizione di supremazia nei confronti del contraente privato e i suoi comportamenti negoziali potessero in generale ispirarsi ad un autoritarismo poco incline a riconoscere le ragioni e le attese della controparte; al contrario, mi pare che si possa legittimamente credere ad una sostanziale condizione di parità dei contraenti; ed è, questa, una condizione che si poteva manifestare anche nel momento della redazione del testo contrattuale, com'è dimostrato da D. 50, 8, 3, 2, dove l'equa (o conforme alla *bona fides*, secondo l'interpretazione avanzata) ripartizione del rischio concernente la *sterilitas temporis* viene assicurata già nella *lex locationis*, attraverso il ricorso all'*arbitratus* del *bonus vir* quale criterio per la determinazione della mercede annualmente dovuta.

---

sec. d.C. Alcune osservazioni, in SDHI, LXIII, 1997, 270 s., ntt. 7-15, in cui compaiono le locuzioni *utilitas communis*, *utilitas publica*, *utilitas rei publicae*.