

RICCARDO CARDILLI

CONSIDERAZIONI ROMANISTICHE SULLE  
'GENERALKLAUSELN'

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

---

Isbn 9788828832157

*Estratto dal volume:*

**IL RUOLO DELLE CLAUSOLE GENERALI  
IN UNA PROSPETTIVA MULTIDISCIPLINARE**

a cura di  
ROBERTO SACCHI

2021

## CONSIDERAZIONI ROMANISTICHE SULLE 'GENERALKLAUSELN'

Riccardo Cardilli

1. *Le 'clausole generali' nel diritto codificato dei secoli XIX e XX: ossimoro del giuspositivismo.*

Nel 1906, sei anni dopo l'entrata in vigore del BGB, Hermann Kantorowicz, con l'evocativo pseudonimo di *Gneus Flavius* (1), si scagliò contro l'*idolum fori* della sentenza che applica la legge:

«“Tutte le sentenze sono fondate sulla legge!” Ma già oggi ci sottomettiamo volentieri ai tribunali arbitrari, nei quali il diritto statale è espressamente escluso. E gli stessi tribunali statali si riferiscono sempre di più alla 'buona fede', ai 'buoni costumi', agli 'usi del traffico', all' 'equa valutazione' e ad altri surrogati legali. Certamente: “seguendo l'ordine espresso, statale”, dice l'obiezione popolare, — che è quindi ancora in grado di riconoscere la volontà dello Stato nella sua auto-negazione. O si direbbe anche che il giudice giudica

---

(1) Come è noto *Gneus Flavius* (figlio di un liberto di Appio Claudio e suo *scriba*) pubblicò (squarciando per la prima volta il velo di segretezza dell'operato del collegio sacerdotale dei pontefici) un libro sulle *actiones*. D. 1.2.2.6-7 Pomponius l.s. *enchir.*: ... *et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro.*

secondo la legge se la nostra legge avesse un solo paragrafo: il giudice decide secondo la sua equa discrezione?! » (2).

Il ‘movimento del diritto libero’ indicò, proprio nella previsione di paragrafi contenenti principi o concetti generali nel tessuto normativo codificato, l’espressione più evidente della natura non statuale di produzione del diritto privato e della natura ideologica della tripartizione dei poteri nell’attuazione giudiziale dell’ordinamento. L’irrealtà del modello predominante nello Stato liberale e nell’orientamento giuspositivista imponeva di rivalutare la natura formale e a-valoriale dei contenuti giuridici codificati, insieme con la presa di coscienza dell’impossibilità di arginare la discrezionalità del giudice (3).

In realtà, ben prima dell’entrata in vigore del BGB la scienza giuridica tedesca aveva già posto in luce la questione delle formulazioni normative (previste nei testi costituzionali o nei codici civili) esprimenti valori generali idonei ad essere declinati in concreto a seconda della coscienza politica e sociale del tempo, dimostrandosi vere e proprie ‘porte di passaggio’ per contenuti morali o politico-sociali nel diritto.

---

(2) Gnaeus Flavius [HERMANN KANTOROWICZ], *Der Kampf und die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, 39 s.: « “Begründung aller Urteile auf Gesetz!” Aber schon heute unterwerfen wir uns in immer steigendem Maß freudig Schiedsgerichten, in denen ausdrücklich staatliches Recht ausgeschlossen sein soll. Und die staatlichen Gerichte selbst beziehen sich immer mehr auf Treu und Glauben, auf gute Sitten, auf die Anschauung des Verkehrs, auf billiges Ermessen und andere Gesetzessurrogate. Freilich: “dem ausdrücklichen, staatlichen Befehl folgend”, sagt der beliebte Einwand, — der demnach staatlichen Willen noch in seiner Selbstverneinung zu erkennen vermag. Oder würde man vielleicht auch dann noch sagen, daß der Richter nur nach dem Gesetz urteilt, wenn unser Gesetz nur den einen Paragraphen hätte: der Richter entscheide nach billigem Ermessen?! ».

(3) Si vd. come esempio della reazione al dogmatismo formale del BGB oltre che la conferenza tenuta il 5 aprile del 1889 alla Società giuridica a Vienna da O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, anche la forte presa di posizione di R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, Berlin, 1902, in rapporto ad es. alla buona fede quale espressione di diritto giusto, 330 ss. Sull’importanza del problema delle clausole generali come momento di verifica della contrapposizione tra individualismo e collettivismo, si vd. ora lo studio approfondito di M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen, 2005, 10 ss.

Da un punto di vista storico, la tecnica legislativa delle « clausole generali » non sembra però essere la realtà normativa propria dei Codici civili giusnaturalisti (4). Anzi, a vedere bene, la loro presenza nel BGB del 1900 (primo tra i codici che sembra, appunto, avere fatto ricorso coscientemente ed in modo più ampio a questa tecnica legislativa) resta inoperosa o quiescente nell'attuazione giudiziale dell'ordinamento tedesco per alcuni decenni dopo la sua entrata in vigore. Con ciò venendosi a dimostrare come non sia tanto di per sé sufficiente la loro previsione normativa, affinché queste inizino a produrre nuovo diritto, integrando e modificando quello esistente e veicolando contenuti non predeterminati nella norma, quanto piuttosto sia necessaria la maturazione di un contesto culturale che ne permetta una utilizzazione coerente alla coscienza sociale nella quale venga ad attuarsi giudizialmente quel diritto.

La previsione nel diritto liberale codificato di paragrafi che esprimevano l'accoglimento di concetti giuridici la cui natura 'principiale' ne impediva una concretizzazione normativa *ex ante*, lasciando come unica alternativa o quella di prevederli in chiave enunciativa nel testo codificato oppure di non prevederli per nulla nel Codice, diede vita immediatamente (e già prima della sua promulgazione) a valutazioni ponderate del ruolo di tali paragrafi nel tessuto normativo codificato.

Già rispetto al Progetto del Codice civile tedesco, infatti, la dottrina si era soffermata sul problema, affermando che la previsione di tali paragrafi avesse la funzione di prevedere norme o clausole generali idonee a costruire un ponte di collegamento tra morale e diritto, e ciò soprattutto rispetto al § 106 dell'*Entwurf* in

---

(4) Con ciò non voglio dire che nei codici civili preesistenti (in particolare quello francese, quello prussiano, quello bavarese, quello austriaco) gli articoli dei codici civili non includessero principi generali e concetti ampi che sostanzialmente potevano determinare problematiche simili, rispetto all'attuazione giudiziale del contenuto valoriale evocato. Nei contesti storici di loro emanazione, però, manca la consapevolezza del problema sollevato dalla prospettiva gius-positivistica, nella quale la contraddizione stridente tra il codice quale sistema chiuso e fondamento della dialettica legge-giudice che applica la legge e l'inclusione di principi nel tessuto normativo diventa un ossimoro da spiegare.

materia di nullità del negozio giuridico per sua contrarietà ai ‘buoni costumi’ (*die guten Sitten*) (5).

Nei *Motivi al Progetto di Codice civile tedesco* si evidenzia la natura consapevole della scelta normativa fatta, la quale garantirebbe « *alla discrezionalità dei giudici un margine di manovra in un modo fino ad oggi sconosciuto in un settore così ampio del diritto. Non possono escludersi errori* » (6).

Secondo Eduard Hölder era, infatti, un rischio necessario che bisognava correre, escludendo in ogni caso che il giudice potesse esprimere attraverso questi paragrafi una concezione individuale della moralità, in quanto in questi casi il modello da prendere in considerazione sarebbe la moralità propria della comunità dei consociati (7).

Anche Paul Laband (8) trovava la ragione di tale tecnica legislativa nell'impossibilità di predeterminare sempre *ex ante* il contenuto giuridico applicabile attraverso una normazione generale ed astratta. Interessante, al riguardo — e a differenza di quanto poi accadrà qualche decennio dopo nella reinterpretazione delle clausole generali nell'epoca della Germania nazionalsocialista — che il

(5) §106: « Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig »; *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung, (Amtliche Ausgabe)*, Berlin-Leipzig, 1888, 25.

(6) *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band I, *Allgemeiner Theil*, Berlin-Leipzig, 1888, 211: « Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher grossen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist! Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen ».

(7) E. HÖLDER, *Zum allgemeinen Theile des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, in *Arch. civ. praxis*, 73, 1888, 1 ss., in particolare 102-103.

(8) P. LABAND, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I Absch.*, in *Arch. civ. Praxis* 73, 1888, 161 ss., in particolare 162-166 (p.166: « Der Entwurf will nicht eine Dienstanweisung zur Civilrechtssprechung sein, die dem Richter die Mühe und Arbeit juristischen Denkens erspart; anderseits gibt er nicht soweit, eine richterliche Willkür und Ungebundenheit einzuführen, welche mit der historischen Entwicklung, der nationalen Auffassung und der in den Reichsjustizgesetzen zu Gründe gelegten Stellung des Richtersamtes in Deutschland sich nicht vertragen würde... denn es ist besser, ein Rechtssatz ist trivial aber richtig, als er ist geistreich und originell aber falsch. »).

gius-positivista Laband sia pienamente consapevole della natura consuetudinaria e dispositiva di molta parte del diritto privato. In particolare, per il giurista tedesco proprio la centralità del concetto di negozio giuridico nel diritto privato liberale renderebbe necessaria una interpretazione creativa e integrativa del contenuto degli effetti della volontà manifestata, la quale non potrebbe essere delimitata a monte nelle previsioni normative codificate, ma dovrebbe rimettersi necessariamente alla attività giudiziale. La *medietas* per Laband sarebbe la virtù da seguire nell'ambito di queste formulazioni generali, le quali imporrebbero la formazione di un 'giudice' dotto e giurista preparato, che sia in grado di attuare tali valori senza cadere nell'arbitrio discrezionale.

Ai toni della scienza giuridica di fine Ottocento, che si orientano a vedere nelle clausole generali presenti nel Progetto del BGB gli strumenti normativi del possibile dialogo tra precetti morali e contenuti giuridici, seguono negli anni successivi alla prima guerra mondiale toni più preoccupati. Espressione di tali preoccupazioni è il libro di Justus Wilhelm Hedemann, terminato nel 1932 (prima della presa del potere da parte di Adolf Hitler), ma pubblicato poi nel 1933 (9). L'opera che — a detta del suo stesso autore — andava letta in chiave storica, sembra essere pervasa da due prospettive di fondo. Da un lato essa esprime la preoccupazione dell'abuso interpretativo che nell'attuazione giudiziale le clausole generali possono indurre, dall'altro lato, sebbene in misura nettamente inferiore alla prima prospettiva, si evidenzia anche una apertura al potenziale insito nel loro corretto uso.

Hedemann non sembra pensare (o quanto meno non sembra rendersi conto della natura profetica delle sue parole) all'avanzata nazionalsocialista, di cui sarà anche sostenitore, sebbene egli resti per formazione un giurista dogmatico (allievo di Fischer) che intuisce l'importanza dei fattori economici per il diritto. Egli si orienta a collocare la tecnica delle clausole generali nel contesto del liberismo parlamentare di Weimar. Di ciò sembra essere un indizio il richiamo che Hedemann fa al motto di Goethe: « Io sono sempre

---

(9) *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht*, Tübingen, 1933.

perché ci si attenga strettamente alla legge, in particolare in età nelle quali prevale una eccessiva liberalità ». Esso era ricordato nella *Conversazione* del 19 febbraio 1831 da Johann Peter Eckermann, quale risposta di Goethe al medico Carl Vogel che lo aveva in cura (10). Il contesto goethiano, relativo alla necessità di vaccinazione sostenuta da Vogel, evidenzia come l'idea di fondo fosse quella del rispetto rigido delle leggi in contrappunto ad un eccessivo rilassamento dei costumi. Per Hedemann, che scrive l'opera dal 1930 al 1932, la critica punta alla società liberale e non ai rischi connessi alla incontenibile ascesa nazionalsocialista, che prenderà il potere di lì a poco il 3 marzo del 1933 (11).

Ciò è altresì confermato da due dati storici significativi: il primo è proprio l'idea del suo stesso autore, secondo la quale l'opera sulle clausole generali andasse intesa quale opera storica; il secondo, che proprio le preoccupazioni che Hedemann manifesta sul possibile uso strumentale in chiave politica delle clausole generali gli costeranno comunque forti critiche dalla sempre più crescente consapevolezza della loro importanza per i nuovi valori del nazionalsocialismo.

D'altronde, basta leggere quanto aveva avuto modo di affermare Heinrich Lange, qualificando le clausole generali presenti nel BGB quali « orologi a cucù nel sistema giuridico liberale » in un libricino (12) che Emilio Betti non mancò, nel 1935, nella prefazione del suo monumentale volume sul *Diritto romano*, di additare quale esempio di uso distorto del diritto romano (13).

La metafora di Lange, che di per sé non sarebbe degna di menzione, venne sviluppata ed approfondita nel 1934 da Carl Schmitt, il quale vide nelle clausole generali del BGB proprio i

(10) J.P. ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, II Teil, Leipzig, 1885<sup>6</sup>, 188-189.

(11) Così CHR. WEGERICH, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963)*, Tübingen, 2004, 44.

(12) *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tübingen, 1933, 5.

(13) Non dimentica di segnalarlo, in una riconsiderazione delle reazioni della romanistica italiana agli attacchi al diritto romano tra le due guerre, U. BARTOCCI, *Salvatore Riccobono: il diritto romano e il valore politico degli 'studia humanitatis'*, Torino, 2012, 69-70 n. 27.

‘vettori’ di un pensiero giuridico innovativo e i ‘punti di intrusione’ di nuove idee della nuova società tedesca nazionalsocialista, in sostituzione di quelle del liberismo prima e del giuspositivismo poi. Alla « società borghese ed individualista » si veniva a sostituire — secondo Carl Schmitt — una interpretazione dei concetti quali ‘*Treu und Glauben*’ e ‘*gute Sitte*’ funzionale all’interesse nazional-popolare, appunto per l’affermazione di un nuovo pensiero giuridico (14).

I decenni della Germania nazista evidenziano come le clausole generali possano essere non soltanto una « concessione del Positivismismo legislativo all’autoresponsabilità del giudice e ad un’etica sociale metapositiva », ma anche la possibile « strada a pressioni politiche ed ideologiche sulla giurisprudenza » (15).

La corretta attuazione dell’ordinamento attraverso la concretizzazione giudiziale dei valori evocati nelle clausole generali deve ancorarsi alla esistenza di una morale omogenea e compatta nella società dove devono trovare attuazione e di cui la magistratura giudicante deve essere adeguata espressione. Ciò emerge con chiarezza nella prospettiva dogmatica di alcuni studi giuridici che negli stessi anni evidenziarono il nucleo forte di significato che doveva riconoscersi al ricorso alla tecnica legislativa della clausola generale per dare concretezza ai principi e ai valori in essa codificati, in funzione di una valorizzazione del profilo solidaristico della comunità su quello individuale del singolo. Secondo le parole di Karl Larenz: « La richiesta di lealtà va oltre quella di una moderata restrizione del proprio interesse; richiede un’azione che tenga sempre d’occhio il legame con l’altro e, inoltre, la grande comunità

---

(14) C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, 49. Il rilievo del collegamento tra Schmitt e Lange è in H. MONHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus*, in M. Stolleis, D. Simon a cura di, AA.VV., *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1989, 107 ss., in particolare p. 142. Sul Carl Schmitt del decennio dal ’28 al ’38 si vd. J. RÜCKERT, *Abschiede vom Unrecht. Zur Rechtsgeschichte nach 1945*, Tübingen, 2015, 347-348.

(15) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, (trad. it. di S.A. Fusco dell’edizione Göttingen, 1967), Milano, 1980, 180-190. Sulla prassi giudiziale durante il Nazismo si vd. l’importante studio di B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968 (2012<sup>7</sup>), 210 ss.

di cui siamo responsabili.... Ogni tedesco sa cosa si intende; tuttavia, quale comportamento questo comandamento richiede in dettaglio, risulta in ogni caso dalla situazione concreta, nella misura in cui è visto dalla visuale della moralità nazionale, nel suo aspetto concreto come costume e come convinzione di chi pensa responsabilmente » (16).

Nei Codici civili (e non solo) successivi al BGB, il ricorso alla tecnica legislativa della clausola generale si è fatta più frequente, dimostrando storicamente come essa fosse uno strumento forte di resistenza del Codice civile alle nuove istanze economiche, politiche e sociali che si affacciavano nelle società democratiche in Europa (ma anche in altre aree del mondo). Possiamo dire che la clausola generale è stata nel XX secolo lo strumento normativo di resistenza del Codice nel tempo, quale ancora di stabilità del giuridico in epoche lontane dalle realtà sociali e politiche nelle quali il Codice stesso aveva preso forma. Ciò sembra aver necessariamente determinato, dato il contesto politico connesso all'ideologia della divisione dei poteri nello stato democratico, un protagonismo del momento giudiziale e della formazione del ceto dei giudici e della loro cultura giuridica come *medium* (non automatico, ma ponderato e filtrato) di 'intrusione' di nuovi valori giuridico-morali e giuridico-politici emersi negli svolgimenti storici delle società europee del secondo dopo guerra (17). Ciò ha in sostanza confermato quanto già avevano notato i primi commentatori del Progetto di BGB sopra richiamati, nell'evidenziare la clausola generale come strumento legislativo per addolcire la chiusura ordinamentale del modello del 'Codice nazionale'. Le clausole gene-

---

(16) K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht I. Vertrag und Vertragsbruch*, Hamburg, 1936, 109: « Die Forderung der Treue geht weiter als die einer mäßigen Beschränkung des eigenen Interesses; sie verlangt ein Handeln, das jederzeit die Verbundenheit mit dem andern und darüber hinaus die große Gemeinschaft im Auge behält, der wir verantwortlich sind.... Jeder Deutsche weiß, was gemeint ist; welches Verhalten im einzelnen aber dieses Gebot erfordert, das ergibt sich jeweils aus der konkreten Lage, sofern sie gesehen wird im Blick auf die völkische Sittlichkeit, in ihrer konkreten Erscheinungsweise als Sitte und als Überzeugung der verantwortlich Denkenden ».

(17) Vd., al riguardo, con approfondimenti, RÜCKERT, *Abschiede vom Unrecht* cit., 307-311.

rali hanno, in sostanza, permesso una parziale apertura del sistema chiuso, proprio dell'idea statual-legalista dell'ordinamento giuridico, determinando un'importante tenuta nel tempo dei contenuti codificati.

La scelta sembra ora, nella nuova stagione di ri-codificazione oppure di modernizzazione dei codici esistenti, rafforzarsi, con un ricorso ancora più esteso alle clausole generali nella 'parte generale' dei codici civili (18).

## 2. *Le clausole generali come forme esteriori di tecnica legislativa e il problema dei contenuti.*

Da quanto emerso in premessa, è possibile dedurre come la 'clausola generale' sia una tecnica che veste nella forma della norma scritta, generale ed astratta, contenuti che non si attagliano a precetti ben definiti a monte e descrittivi di comportamenti che i consociati devono rispettare o dai quali devono astenersi. Né tanto meno si tratta di norme che ricorrono a concetti giuridici indeterminati (19), problematica diversa e che deve porsi sul piano della determinazione interpretativa del significato delle parole e non su quello della traduzione concreta di principi e valori propri della coscienza morale e sociale di una comunità (20).

Ad esempio la buona fede, che oggi fatica ad acquisire uno

---

(18) Si vd. per il nuovo Codice civile del Brasile e dell'Argentina, quanto ho avuto modo di precisare in *Brevi note sul nuovo Codice civile del Brasile*, in *RomAm* 13, 2002, 217 ss. e in *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico romanistico*, in AA.VV., *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latino-americano* [Collana RomAm n.11], Milano, 2017, 763 ss. Per il Codice civile della Repubblica popolare cinese del 2020, si vd. il mio punto di vista in *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese* 167, anno XLVII (2019), 25 ss.

(19) Si veda, sulle preoccupazioni di Jellinek, relative al problema dei 'concetti giuridici indeterminati' nel diritto statale borghese, D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Arch. des öff. Rechts* 82, 1957, 163 ss.

(20) N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974 [= trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978].

statuto dogmatico omogeneo nel nostro sistema giuridico (21), recupera pienamente in una lettura storico-dogmatica la sua dimensione di ‘principio’, superando le oscillazioni riscontrate nella dottrina moderna tra posizioni positivistiche, tese cioè a riconoscerne o meno la vigenza a seconda che il principio sia espressamente contenuto nel diritto scritto, per lo più codificato, di un certo ordinamento giuridico, oppure posizioni che accentuano la vigenza del principio a prescindere dal suo esplicito ricorrere nei codici o nelle costituzioni nazionali, richiamandosi al sistema giuridico a cui tali ordinamenti afferiscono e valutandone la concreta applicazione nelle sentenze dei tribunali.

Pur in una prospettiva che resta ancorata al dettato normativo del Codice, Karl Larenz ha notato come il § 242 del BGB non sia stato applicato dai giudici tedeschi quale norma posta sullo stesso piano degli altri paragrafi del Codice. Al contrario, esso ha dimostrato di portare anche alla disapplicazione di altre norme codificate e alla introduzione di nuovi istituti e regole non codificate, evidenziandosi così pienamente la sua natura di principio giuridico, pur accolto nel Codice con la veste di una norma scritta codificata, pur trattandosi in realtà di una clausola generale (22).

---

(21) Ad esempio rispetto alla buona fede, è possibile cogliere in dottrina una certa oscillazione di significati, venendo essa stessa qualificata a volte come concetto (giuridico, etico-giuridico, morale), come regola di condotta (vuoi nel senso che la condotta ad essa ispirata deve escludere ogni malafede, vuoi in un senso più ampio come condotta ispirata ad un modello oggettivo di uomo, il *vir bonus*, caratterizzato da lealtà), infine come principio giuridico che informa di sé l'agire umano giuridicamente rilevante, ed in particolare il diritto dei contratti, varietà di significati accordati alla buona fede che emerge sia in lavori storicamente orientati, divenendo allora le diverse costruzioni possibile chiave di lettura storicamente orientata, sia in lavori esclusivamente dogmatici, nei quali, all'interno soprattutto di letture di singoli ordinamenti in chiave normativa, si tende a velare la scelta di valore insita in una tale operazione in termini di semplice constatazione di un quadro normativo che si assume come dato.

(22) K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil*, München, 1987<sup>14</sup>, 128-129: «Der Grundsatz des § 242 ist, da er nichts anderes als das Grundgebot der Redlichkeit darstellt, unabdingbar. Es fragt sich aber, ob § 242 nur eine Norm ist, die, wie andere “zwingende” Rechtssätze auch, neben allen übrigen (zwingenden oder dispositiven) Normen und mit gleichem Geltungsanspruch wie diese gilt, oder ob § 242 einen obersten Grundsatz des Rechts der Schuldverhältnisse der Art enthält, das dieser die Kraft hat, andere Normen

Anche nell'esperienza giuridica italiana, si è ritenuto che il Codice civile del 1942, pur non avendo optato per una 'parte generale', ma avendo però realizzato una 'parte generale' delle obbligazioni e una 'parte generale' sul contratto, non fosse estraneo al ricorso alla tecnica delle clausole generali. Ciò avrebbe permesso, attraverso una sottolineatura che emerge con maggiore frequenza negli studi dagli anni '80 in poi, al Codice emanato in epoca fascista sotto il Regno d'Italia di restare il Codice civile della Repubblica italiana fino ad oggi. Si è addirittura parlato, per il decennio inaugurato dalle decisioni giurisprudenziali dalla seconda metà degli anni '70, di « tempo delle clausole generali » (23).

È quindi abbastanza intuitivo che, storicamente, il problema sia di politica del diritto, se cioè si vogliono o meno espressamente prevedere all'interno del tessuto scritto delle norme del Codice civile alcuni principi portanti (e storicamente fondanti) la nostra

---

einzuschränken, wenn ihre Anwendung zu einem mit ihm nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde. Die Rechtsprechung hat sich seit langem für die zweite Auffassung entschieden ».

(23) Mutuo qui l'espressione di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss. La discussione ha visto coinvolta la migliore dottrina civilistica italiana del secondo dopoguerra, ed ha assunto almeno negli studi più recenti, il rango di problema degno di studi monografici: U. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 343 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss.; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 1 ss.; G. ALPA, *Le formule aperte*, in G. Alpa a cura di, *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino 2000, 103 ss.; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino 2003; P. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. dir.*, 2007, 443 ss.; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2010, 303 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 379 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.; E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. Dir. — Annali V*, Milano, 2012, 183 ss.

cultura giuridica, oppure se si preferisca lasciarli fuori dal Codice, in quanto possibile fonte di attribuzione di un potere discrezionale del giudice a rischio di abuso.

Così impostato, peraltro, il problema viene ad inserirsi nella più ampia tematica dei modelli attuativi dell'ordinamento e del controllo del momento giudiziale, di cui peraltro il rapporto tra legge e giudice, inserito nel modello ideologico della tripartizione dei poteri, è una possibile soluzione storicamente emersa nella fase dell'illuminismo giuridico.

Il tema, da questa prospettiva, si pone in ogni caso come un problema tipicamente moderno, che non sembra connettersi in chiave di dialogo col diritto romano. In realtà, però, a ben vedere, la chiave che può aprire un percorso di riflessione comune, sta proprio nel superamento della dialettica stringente (e storicamente contestualizzabile) che nella modernità ha posto al centro della problematica legge-giudice anche la tecnica della clausola generale, per affondare su un livello (che ritengo) più profondo del problema, cioè quello di come principi e valori (più o meno condivisi da una specifica comunità politica di esseri umani) possano innervare un diritto nella sua attuazione nel tempo.

La questione, cioè, si pone sul ruolo che, a prescindere dalla forza enunciativa dell'affermazione del principio (si pensi alle *liberté, égalité, fraternité* del diritto francese post-rivoluzionario), esso possa avere effettive ricadute nel momento di attuazione del diritto, e se ciò debba necessariamente passare per la cruna dell'ago della previsione espressa nel corpo normativo al fine di legittimarne l'utilizzazione in concreto del giudice.

### 3. *Principi condivisi e loro vitalità nel diritto.*

#### *A. Legge, principi, giudici.*

Il diritto si colloca nella struttura relazionale della società su strati più rigidi e resistenti nel tempo rispetto al fluire magmatico della semplice rete di relazioni sociali. La nostra cultura giuridica ha ereditato dal diritto romano non soltanto la più poderosa lettura

che possediamo della realtà sociale romana dell'antichità nelle diverse epoche da essa attraversate (quindi una documentazione essenziale per conoscere quella società umana antica), ma anche la trama terminologica e funzionalmente concettuale che ha innervato la storia giuridica europea (e non solo) fino ad oggi. Per ciò, le preoccupazioni relative al problema dei 'concetti giuridici indeterminati' nel diritto borghese o quelle relative al rapporto nel diritto attuale tra valori, principi e concetti, non sembrano porsi nei termini moderni in un diritto, come quello romano, che intesse un rapporto intenso tra il diritto, la struttura sociale e relazionale, i modelli etici ed il momento religioso (24). Ciò comporta, per lo studioso del diritto romano, un approccio necessariamente destrutturante di quelle aree nelle quali tale intessitura è al centro della riflessione giurisprudenziale romana. In particolare, potrebbe rappresentare un forte effetto distorsivo partire dalla *Isolierung* di Fritz Schulz del momento giuridico dalle riflessioni (storicamente contestualizzabili) etiche o dalla complessa trama sociale, in quanto al contrario è necessario semmai partire da quella forte penetrazione sopra richiamata del giuridico nella cultura romana, come dato caratterizzante il rapporto problematico tra principi, valori e attuazione del *ius*.

Ciò assume rilevanza in questo contesto, basti riflettere sul ruolo fondante del *bonum* e dell'*aequum* nel *ius* secondo la visione dei giuristi romani. La definizione del giurista Celso di un *ius* quale *ars boni et aequi*, come immagine dinamica di una realtà complessa, non coglie la caratteristica fondamentale del diritto né nella struttura formale della 'norma', come nella concezione kelseniana, né nel semplice precipitato di un'attività sapienziale, ma realizza una ineguagliata saldatura nella nozione di *ius* tra momento di struttura (*ars-technè* e non *scientia-episteme*) e suo contenuto di valore (*bonum et aequum*).

---

(24) Per il mio punto di vista vd. ora '*Ius a iustitia appellatum est*'. *Considerazioni critiche sul c.d. « diritto puro » attraverso il diritto romano*, in Atti del VIII Incontro di studi tra storici e giuristi dell'antichità, *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano 2-3 dicembre 2019, (in corso di stampa). Per un parziale diverso punto di vista si vd. I. FARGNOLI, *Sulla divaricazione tra diritto e morale nell'esperienza giuridica romana*, in questo volume.

La mentalità giuridica che sta dietro una concezione del *ius* come *ars boni et aequi* è espressione di una stretta compenetrazione tra diritto, società e morale, nella quale il momento del contenuto del diritto esprime idee di valore che assumono in un certo momento storico il senso condiviso di un principio giuridico (da tutta la società o da una parte elitaria di essa, ma nella quale tutti i consociati si riconoscono) che alimenta le soluzioni, le regole e le decisioni quale scopo da raggiungere. È un'idea forte che pervade l'intera rilettura giurisprudenziale degli scopi migliorativi che si riconoscono alla scienza giuridica (Pomp. *Ench.* D.1.2.2.13 *in melius produci*) (25) e all'editto del pretore romano, dove *bonum et aequum* ricorrono con forza e ripetutamente nelle *laudationes edicti* dei giuristi. Si tratta di una caratterizzazione che centra la prospettiva dei giuristi romani non nella 'forma' come veicolo di contenuto sostanziale, ma nel contenuto sostanziale come fondamentale scopo della gestione del *ius*, principio di convivenza dei consociati in termini di soluzione civile di tensioni tra loro.

Altro elemento di differenziazione — rispetto al tema in oggetto — tra diritto attuale e diritto romano è poi l'inesistenza nella concezione romana classica dell'ideologia del primato della legge, nel senso che gli strumenti attuativi dell'ordinamento si collocano in un sistema aperto e non chiuso come quello dell'ordinamento statale. Ciò non comporta, però, l'inesistenza di strumenti di controllo del momento giudiziale, ma soltanto che tale strumenti non sono tanto visti nella legge e più in generale nelle norme generali ed astratte (questo, quanto meno fino alla *permutatio legum* giustiniana) (26), quanto nell'attività rispondente dei giuristi come momento vincolante (pur in termini di *ius controversum*)

---

(25) *Post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cotidie in melius produci.*

(26) Sulla *permutatio legum* fondamentale F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 42 ss. (ne esiste una traduzione in lingua spagnola nella Collana « Tradición y Dogmatica » della casa editrice Eudeba di Buenos Aires del 2015). Si vedano anche gli approfondimenti di M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la 'legum permutatio' giustiniana*, in L. Garofalo a cura di, AA.VV., *Celso teorico del diritto*, Napoli, 2016, 3 ss.

della decisione giudiziale (Gai.1.7; I. 1.2.8) (27) o nella formula dell'azione quale ambito esclusivo di mobilità discrezionale delle scelte giudiziali, pena la responsabilità del giudice per *litem suam facere* (28).

I principi che, mano a mano, dalla società arcaica fino alla società cosmopolita imperiale hanno alimentato la coscienza romana non abbisognano, perciò, di calarsi necessariamente nella gabbia normativa scritta per essere vivi ed alimento del diritto romano nelle diverse epoche, potendo avere un ruolo fondamentale a prescindere da una loro formalizzazione nel *ius scriptum* (tipica, invece, nella tecnica moderna della *Generalklausel*).

La cosa è ad esempio evidente se si guarda alla pervasività della *fides* nell'arcaico *ius civile*, che non determinava nella società della

---

(27) Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.* I. 1.2.8: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.* Sull'importanza dei *responsa prudentium* rispetto alla decisione giudiziale si vd. nel dibattito più recente, C. A. CANNATA, 'Iura condere'. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e 'auctoritas principis', in *Ius controversum e auctoritas principis*. Atti Conv. Copanello 1998, Napoli, 2003, 27 ss. (replica, 79 ss.); M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in *Ius controversum e auctoritas principis* Atti Conv. Copanello 1998 cit., 403 ss.; S. SCHIPANI, *I giuristi iuris conditores/fondatori del diritto*, in *RomAm* 13, 2002, 275 ss.; B. ALBANESE, *Nota su Gai 1.7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, in *AUPA* 49, 2004, 1 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012<sup>2</sup>.

(28) Sul tema (pur con una certa ripetizione di posizioni) si vd. G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962, 727 ss.; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, in *BIDR* 91, 1988, 1 ss.; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 Dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 151 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex unus'*, Milano, 2004; R. FERCIA, 'Litem suam facere' da Adriano ai Severi, in L. Garofalo a cura di, *AA.VV., Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova, 2012, 917 ss. Si vd. ora per una riconsiderazione innovativa del problema del rapporto tra giudici e giuristi, A. PALMA, *Il luogo delle regole*, Torino, 2016, 9 ss.

Roma del tempo dubbi sul significato che ad essa i consociati riconoscevano (vuoi perché realmente condivisa da tutti i *cives*, vuoi perché pur espressa dal patriziato, essa era accettata dalla plebe). Così anche alla espansione di tale concetto tipicamente romano, nel *ius gentium*, come principio fondante dei rapporti tra romani e non romani con la necessaria qualifica di *bona fides* (29).

Ciò vale ogniqualevolta ci si misuri con categorie a contenuto storicamente variabile — da non confondere con quelle a contenuto indeterminato — le quali necessitano di una adeguata contestualizzazione nella società e nel quadro di valori che essa ritiene di esprimere.

### B. 'Bona fides', giudice e giurista.

Le ragioni che, nel III e II sec. a.C., portano alla regolazione dei traffici commerciali tra romani e stranieri con 'forme' tipiche caratterizzate da originalità rispetto alle forme negoziali imperanti nella prassi commerciale coeva, sono di grande importanza per la storia del diritto contrattuale della nostra tradizione giuridica (30).

La costruzione di un genere delle *obligationes consensu contractae* nel I secolo d.C. ruota intorno alle obbligazioni nate da *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum* e *societas* (Gai 3, 135 ss. (31)). Tale dato, se confrontato con l'assenza del *genus* in Quinto Mucio Scevola, che conosce soltanto singole figure negoziali

---

(29) Vd. ora la messa a punto in R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides'. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 237 ss.

(30) Per la problematica, mi permetto di rimandare a quanto ho cercato di chiarire in 'Societas vitae' in *Cic. off. 3, 70 e obligatio consensu contracta*, in BIDR 105, 2011, 185 ss.

(31) Efficace al riguardo, quale ripulitura concettuale per comprendere la costruzione romana, la contrapposizione che FIORI, *Bona fides* cit., 109 e 111 propone tra prospettiva moderna, nella quale il contratto è un accordo produttivo di obbligazioni, e prospettiva romana nella quale l'accento è sull'*obligationem contrahere*, cosicché il "contrahere è semplicemente il modo in cui l'*obligatio* nasce".

tipiche dell'esperienza che, proprio per il loro fondamento consensuale, possono essere attratte in un eguale regime giuridico, quali l'*emptio*, la *venditio* e la *locatio* per l'estinzione dell'obbligazione in chiave di *contrarius consensus* (D. 46, 3, 80) (32), dimostra come la riflessione costruttiva dei giuristi sia un *posterius* rispetto al momento nel quale, proprio grazie alla valorizzazione della *bona fides* quale principio fondante i rapporti giuridici sovranazionali, si diede impulso, nell'ambito di cause negoziali tipiche a struttura corrispettiva (33), alla tutela del semplice *consensus* in termini di *actiones in*

---

(32) D. 46.3.80 Pomponius 4 ad Q. Muc.: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

Sul testo si veda ora l'ampia disamina di R. MARINI, *Contrarius consensus*, Milano, 52 ss.

(33) È cioè valorizzato l'accordo deformalizzato, idoneo a costruire una struttura corrispettiva omologa (due *oportere ex fide bona* contrapposti), struttura che il giurista Labeone, in età augustea, qualificherà in modo unitario in termini di *ultra citroque obligatio* (D. 50, 16, 19). Si vd. GALLO, 'Conventio' e 'synallagma' nel contratto cit., 149 ss. La costruzione monolitica dell'*obligatio (ultra citroque)* labeoniana è ben evidenziata in R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, 97 ss.; in particolare 111. Lo sforzo interpretativo labeoniano esce ulteriormente rafforzato, tenendo conto che egli rilegge sul piano sostanziale il *quidquid dare facere oportet ex fide bona* corrispettivo delle *actiones* contrapposte del compratore e del venditore o del locatore e del conduttore. L'accostamento realizzato nella *definitio* labeoniana tra il *contractum/s* e il *quod Graeci 'synallagma' vocant* ha indotto una parte della dottrina a ritenere che il chiarimento sia di natura meramente terminologica, a favore di un significato labeoniano di *contrahere/contractus* nel senso di *contra-agere* e non di *cum-trahere*; vd. U. BABUSIEAUX, *Quod Graeci... vocant — Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour B. Sirks*, Göttingen, 2014, 35 ss., in particolare 56-57. Ciò non è senza ricadute di significato nella lettura dell'*ultra citroque obligatio* in chiave di atto e non di atto obbligante. Credo, però, al riguardo, che sia illuminante la constatazione che Labeone esprima la sua idea di *contrahere* con il sintagma latino *ultra citroque obligatio* il quale, al di là del più o meno corretto accostamento che il giurista ritiene di fare tra tale costruito e il greco *synallagma* (su cui vd. ora R. FIORI, 'Contrahere' in Labeone, in *Carmina iuris. Mél. M. Humbert*, Paris, 2012, 311 ss., in particolare 328-329), è un concetto unitario (*obligatio*) rappresentativo dei corrispettivi *oportere ex fide bona* delle parti contraenti.

*personam* con *formulae in ius conceptae*. Questo potrebbe determinare un primo punto di interesse rispetto al tema che ci occupa, in quanto non era di per sé necessario, né ineludibile, che in tali formule la buona fede venisse espressamente richiamata come fondante le obbligazioni nate da questi contratti. In sostanza, fermo restando che l'ambiente valoriale di emersione di tali forme di tutela sia stato sicuramente quello che potremmo qualificare del principio dell'affidamento, ciò però — se non per la constatazione storica di sua avvenuta realizzazione — non deve essere considerato come un fatto necessitato. A conforto di questi dubbi, bisogna rilevare — e proprio nell'ambito di un dialogo interdisciplinare come quello realizzato con questo volume —, per evitare una prospettiva che potrebbe risultare falsante, che anche l'*oportere* che nasce dalla *sponsio* arcaica è calato pienamente nel principio dell'affidamento, ma non ha bisogno di essere qualificato *ex fide*, perché è la *sponsio* stessa a veicolare il principio. Le due parti della *sponsio* sono entrambe *personae sui iuris* e la conclusione della *sponsio* non determina in alcun modo un cambiamento di *status* dei due *patres*. Il tutto è radicato nell'affidamento del rispetto giuridico-religioso di quanto è stato promesso. La *fides* è già, quindi, connaturata nell'*oportere ex sponsione*, che ha luogo tra due *personae sui iuris* che sono pienamente incluse nel sistema romano della *fides*. L'*oportere* (nato dalla *sponsio* o dal mutuo) e l'*oportere ex fide bona* dei contratti consensuali di *ius gentium* non esprimono, quindi, due modelli antitetici di obbligazione, ma due esplicitazioni diverse della stessa idea. Nel primo caso, la promessa solenne di dazione di una somma di denaro o la *datio* dei beni fungibili in funzione di prestito sono radicate nell'affidamento che il *pater familias* debitore ingenera nel *pater familias* creditore, a che il primo rispetterà quanto promesso (*stipulatio*) o che restituirà quanto ricevuto (*mutui datio*; Cels.-Ulp. 1.26 *ad ed.* D. 12. 1. 1. 1) (34), nel secondo caso, nei contratti consensuali, che verranno rispettati gli accordi assunti. In questi ultimi, una volta che le parti

---

(34) D. 12.1.1.1 Ulpianus 26 *ad ed.*: *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum celsus ait, credendi generalis appellatio est:*

abbiano raggiunto il punto di equilibrio di tale struttura complessa sugli elementi essenziali, ed al di là della formalizzazione di tale accordo in base ai diversi usi commerciali, la tutela nella *iurisdictio peregrina* è accordata in base al minimo comune giuridico del *consensus* deformalizzato ed il contenuto della obbligazione reciproca resta aperto in chiave di *incertum (quidquid dare facere)*, al di là di quanto le parti abbiano fissato espressamente nell'accordo, fondandolo su di un principio di lealtà e correttezza, la *fides bona* (35).

Coerentemente alla vocazione universale sottesa alla ideologia romana del *ius gentium* (36), i giuristi dei secoli III e II a.C. hanno sentito tale *ius* come diritto consuetudinario esistente emerso nei rapporti tra romani e non romani (37). Il fatto che l'unico pretore, prima del 242 a.C., cominci ad esercitare la propria *iurisdictio inter cives et peregrinos* concedendo azioni non fittizie anche nei confronti degli stranieri, non deve far perdere la esatta percezione della natura di tale diritto. Da questo punto di vista, è altamente significativo che i giuristi romani guidino le scelte del pretore che includerà nel suo editto azioni tipiche a tutela di tali *negotia*,

---

*ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.* Sul passo si vd. con posizioni differenziate A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla 'condictio' dei veteres alle condictiones dei giustinianeï*, Milano, 2002, 123 ss. e 417 ss.; M. VARVARO, *Per la storia del 'certum' Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 104 ss.

(35) Sul rapporto tra *fides* e *bona fides* vd. G. GROSSO, *Buona fede. Premesse romanistiche*, in ED. V, 1959, 661-664; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961; D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, München, 1989, 94 ss., 102 ss., 145 ss.; FIORI, *'Fides' e 'bona fides'* cit., 237 ss.

(36) G. LOMBARDI, *Sul concetto di 'ius gentium'*, Roma, 1947; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, 3-48 (*ius fetiale* e *iura communia*); M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 14 ss., 20 ss., 40-42; F. GALLO, *'Bona fides' e 'ius gentium'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti in onore A. Burdese*, Padova, 2003, II, 115 ss.; R. FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium' il problema della recezione dei iudicia bona fidei*, in BIDR 101-102, 1998-1999 [ma 2005], 165 ss.

(37) Vd. ora con percorsi differenti GALLO, *'Bona fides' e 'ius gentium'* cit., 146 ss.; FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium'* cit., 165 ss.

sentendo questi schemi giuridici come *ius* già esistente e quindi proponendo azioni con *formulae in ius conceptae*.

Tenuto conto di questo, resta però il dato storicamente inconfutabile che si evince dalla struttura della formula delle azioni dei contratti consensuali. L'*actio ex vendito*, l'*actio ex empto*, l'*actio locati*, l'*actio conducti*, l'*actio pro socio* e l'*actio mandati* hanno tutte una *intentio* eguale (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) a fronte di una *demonstratio* costruita sulla tipicità causale. La struttura della formula testimonia una valorizzazione tipizzante delle cause che è stata, però, considerata idonea ad agganciarsi ad un unitario *oportere ex fide bona*. Dietro questa costruzione, c'è una riflessione tecnica molto elevata. L'unificazione dell'*oportere ex fide bona*, connessa ad un movimento negoziale complesso che veniva percepito quale diritto consuetudinario, non è stata frutto dell'attività del pretore — che come non poteva rendere *heres*, così non poteva creare *oportere* —, ma la conseguenza della riflessione della giurisprudenza. In questo modo, non si crea un nuovo tipo di *oportere* — schema che la tradizione pontificale conosce da molti secoli — né si determina una nozione di *fides bona* sganciata dai valori romani, ma si costruisce un concetto giuridico nuovo con materiale già esistente.

La novità è data dalla necessità di esplicitare qualcosa che nell'*oportere ex sponsione* era di per sé incluso. Gli accordi tra uomini di religioni, città, culture, lingue diverse viene fondato sul principio di lealtà e correttezza. La giurisprudenza esplicita questa scelta di valore col sintagma *oportere ex fide bona*, perché le parti del contratto non provengono dallo stesso corpo sociale e quindi non necessariamente condividono gli stessi valori (38). In più, la scelta di considerare i rapporti in termini di *oportere* espande la struttura di eguaglianza di posizione dei *patres familias* nel *ius civile* ai *negotia* con gli stranieri.

---

(38) Esattamente, ora FIORI, *Bona fides* cit., 106 ss. “Quando Roma si apre al confuso e mutevole mondo dei mercati e dei traffici internazionali, i rapporti si realizzano tra persone che — non appartenendo alla medesima comunità — non hanno contezza l'uno del 'credito' dell'altro” (p. 106). Si sarebbe così fatto ricorso ad “una *fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto” (p. 107).

Il punto che ritengo vada fortemente valorizzato è quindi la scelta operata dalla *iurisprudencia* coeva, tra le varie possibili, di interpretare questa realtà complessa e varia dei traffici commerciali non assecondando la *koiné* ellenistica in materia, dove risaltava il ruolo del documento scritto, né espandendo il modello romano dell'impegno solenne *verbis* nel quale includere qualsiasi assetto di interessi perseguito, né accontentandosi dei modi antichi di realizzazione dello scambio (39), ma inducendo dai negozi della prassi una struttura giuridica nuova in termini di *consensus* su un corrispettivo *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

La scelta di valorizzare il *consensus*, sebbene calato nel concreto della tipicità causale, si dimostra particolarmente acconcio a gestire le contrattazioni commerciali tra persone di diversa cittadinanza, che parlano lingue diverse e che non condividono necessariamente gli stessi costumi commerciali (40). Aver costruito questo schema giuridico che lega l'*oportere* alla *fides bona* significa sostanzialmente riconoscere ad uno degli archetipi civilistici dell'obbligazione, l'*oportere*, la capacità ad adattarsi ai rapporti tra tutti gli uomini ed ad uno dei principi fondamentali della società romana antica di adattarsi alla nuova società cosmopolita e mercantile dei secoli III e II a.C.

Di ciò è prova una testimonianza nella quale si ha un tentativo di accostamento tra *fides* e *oportere* nell'ambito di un rapporto proprio di *ius civile*, rispetto ai *concepta verba* dell'*actio fiduciae* (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*; Cic., *de off.* III, 17, 70) (41), dove Cicerone ricorda anche la clausola, probabilmente più antica, *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*. La

---

(39) Vd. sulla importanza della struttura romana della compravendita ad effetti obbligatori, per tutti C. A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in L. Vacca a cura di, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, II, Milano, 1991, 413 ss. ID., *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Seminarios Complutensens de Derecho Romano* 22, 2009, 13 ss.

(40) Per svolgimenti più ampi, si vd. 'Societas vitae' in Cic. *off.* 3, 70 e *obligatio consensu contracta* cit.

(41) Cic. *De off.* III, 17, 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*

costruzione in prima persona della seconda ‘formulazione’ la rende inidonea a rappresentare *concepta verba* di una *formula*. Da qui il dibattito sulla sua interpretazione, sul quale mi sono soffermato più dettagliatamente in altro studio (42) e da cui traggo alcune conclusioni rilevanti in questa sede sul significato dell’accostamento. Si tratta, infatti, di costruzioni evocatrici un significato di *fides* e di *vir bonus* fortemente ancorate al contesto interpersonale del rapporto di affidamento, senza che si abbia ancora una espansione in chiave per così dire oggettiva della correttezza. In sostanza, la diversa modulazione — e a prescindere dalla natura *in ius* o *in factum* — della *formula fiduciae* rispetto alle *formulae* dei contratti consensuali del *ius gentium*, nelle quali i *concepta verba* non si modellano sul *vir bonus*, ma direttamente sulla *fides bona*, non sembra avere capacità espansive oltre la *persona* la cui condotta è valutata ai fini della condanna, a differenza della *bona fides*. Ciò significa, in sostanza, che nel valutare *si negotium ita actum non est ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, il *bene agier oportet* dei *viri boni* è valutato in modo circoscritto alle sole parti del rapporto e non sembra avere una forza di astrazione ampia del contenuto del rapporto in base al principio di correttezza. Quando Quinto Mucio Sevola (secondo quanto ricorda Cic. *de off.* 3, 17, 70) include l’*actio fiduciae* in una serie di *arbitria* nei quali sarebbe individuabile l’espansione del *bonae fidei nomen*, non sta cancellando le differenze di regime, ma coglie la pervasività del concetto di correttezza al di là delle sue modulazioni formulari differenziate (43). Secondo la prima direttiva di considerazioni, la clausola *ex fide bona* viene ad

---

*maximus, summam vim esse dicebat in omnibus 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.*

(42) ‘*Vir bonus*’ e ‘*bona fides*’, in AA.VV., *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Bari, 2013, 179 ss., in particolare 191 ss.

(43) La poderosa rilettura del *bonae fidei nomen* fatta da Q. Mucio, in sostanza, non sarebbe condizionata tanto dal momento formale della costruzione formulare, quanto dalla pervasività di un concetto di correttezza riscontrato al di là della presenza espressa o meno della clausola ‘*ex fide bona*’; sul punto mi si permetta di rimandare a quanto ho sostenuto in ‘*Bona fides*’ tra storia e sistema, Torino, 2014<sup>3</sup>, 59 ss.

un certo momento aggiunta (*adderetur*; cfr. anche Cic. *Top.* 66... *est additum*) ed inclusa nei *concepta verba* della *intentio* della *formula* di una serie di *actiones*. La clausola *ex fide bona* non viene quindi a plasmare il potere del giudice di condannare o assolvere il convenuto (*condemnatio*), ampliandone la discrezionalità secondo la direttiva del *bonum et aequum*, ma viene a fissarsi come principio di integrazione dei doveri contrattuali nell'ambito della pretesa (*intentio*). La scelta che sorregge la *formula* dell'*actio fiduciae* sembra seguire un modello diverso, quello di condizionare l'accoglimento o meno della pretesa dell'attore alla verifica di una gestione del negozio fiduciario non conforme (*negotium ita gestum non esse*) all'*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*.

La differenza, in un primo momento, sarebbe quindi decisiva nel senso di non rendere il concetto-valore, rispetto al quale si vuole verificare il rapporto giuridico interessato, un elemento strutturale della pretesa, quanto un requisito che condiziona la condanna del convenuto. Siamo, però, all'interno di un movimento di tecnica cautelare che affina la modulazione delle parole per la *formula* e propone strade diverse, che nel caso dell'*actio fiduciae* possono considerarsi probabilmente proprie di una *formula in factum concepta*, con il modello-valore del *vir bonus* diretto a qualificare il *negotium gerere* assunto a condizione della condanna (44). Si ha, in sostanza, una modulazione stratificata dei *concepta verba* che evocano una idea di correttezza, dapprima attraverso un'immagine in negativo (*sine fraudatione*) e poi in positivo (*vir bonus*) alla *fides* come condizione della condanna, e poi della *fides bona* come principio che fonda ed alimenta (*ex fide bona*) il contenuto della obbligazione sorta tra le parti (*quidquid dare facere oportet*). La seconda modulazione ha capacità espansive che la prima non ha, sia su un piano per così dire 'soggettivo' che su quello per così dire 'oggettivo' (45).

Siamo di fronte, a mio avviso, ad un indizio di grande significato per la storia del problema qui affrontato, in quanto emerge la

---

(44) Esattamente D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 2012<sup>2</sup>, 66-67 n. 233.

(45) Per un esempio concreto vd. le fonti esaminate in '*Bona fides*' tra storia e sistema<sup>3</sup> cit., sul problema del *vir bonus* 1 ss.

consapevolezza già in Quinto Mucio Scevola di come la valutazione di una obbligazione quale quelle fondata sulla buona fede (*ex fide bona*) o più in generale il significato da riconoscere al *nomen bonae fidei* nei rapporti giuridici non escludesse anche attuazioni arbitrarie della « forza » di integrazione del contenuto del rapporto che il ricorso alla clausola permetteva al *iudex* privato. L'asse di stabilità della concezione muciana è quella che si muove in un ambito che va dai rischi della *summa vis* alla necessità di un *magnus iudex* (46), fissando il principio della concretizzazione giudiziale come unico elemento di attuazione adeguato della portata del principio di buona fede. In altro studio risalente oramai a quindici anni fa ho sostenuto che dietro l'immagine muciana del « grande giudice » non deve vedersi la resa del giurista, ma al contrario il richiamo ad una solida etica giudiziale che non può tradursi in una morale individuale del singolo giudice, ma impone al giudice di farsi portatore della morale comune. In questo, proprio i giuristi e non i giudici, nella concezione romana, devono avere un ruolo essenziale nella selezione dalla casistica delle attuazioni giudiziali di quanto può considerarsi contenuto giuridico che, sollevandosi dalla dimensione della quotidianità e della occasionalità, si proietta su un piano di contenuto più stabile e naturalmente connesso al regime giuridico del singolo tipo contrattuale.

Emerge qui un modello attuativo che usando quella che potremmo chiamare una tecnica analoga a quella che nel diritto moderno ha dato adito alle *Generalklauseln*, sebbene in connessione alle formule delle azioni e non alle norme legislative, coglie nella dialettica tra momento giudiziale e controllo dei giuristi una sua chiave di operatività. Sullo sfondo resta la netta differenza (non colmabile sul piano degli stati moderni) tra potere giudiziario istituzionale in mano ad un ceto di dipendenti pubblici professionalmente preparati come operatori del diritto e il *munus iudicandi* a Roma antica (almeno fino alla nascita del processo imperiale) quale *officium* gratuito del cittadino, che poteva essere liberamente scelto dalle parti della controversia.

---

(46) Vd. per un caso concreto, la *sententia catonis* in Cic. *de off.* 3.16.65, su cui rimando al mio *'Bona fides' tra storia e sistema*<sup>3</sup> cit., 77 ss.

Può, infatti, sorprendere, rispetto ad una classe giudicante non istituzionalmente formata giuridicamente, come quella dell'*ordo iudiciorum privatorum* a Roma, il ruolo che Q. Mucio riconosce alla concretizzazione giudiziale della buona fede, quasi che non si tenga conto dei pericoli insiti nella operazione delicata di integrazione del contenuto contrattuale negli *arbitria* richiamati. Al di là di una più circostanziata collocazione temporale dell'insegnamento muciano, infatti, esso si situa dopo la *lex Sempronia iudiciaria* del 122 a.C. (47), ma sicuramente prima della *lex Aurelia iudiciaria* del 70 a.C. (48). Sono decenni nei quali il *munus iudicandi* diviene terreno di scontro politico tra l'ordine senatorio e quello equestre. La stessa discussa portata della *lex Sempronia* in ogni caso lo dimostra, pur se si opti per la sola composizione delle liste di giudici della *quaestio repetundarum* (49). D'altronde, pur a fronte di una riforma più ampia dell'*album iudicum* relativa anche al processo civile, non è dubitabile la facoltà delle parti di accordarsi su un nominativo *extra album*. Probabilmente, però, la diversa cittadinanza delle parti o anche la sola diversa estrazione sociale dovevano rendere sempre meno utilizzata la *conventio litigatorum extra album*, modellando un sistema di individuazione del *iudex unus* nelle liste a ciò prepo-

---

(47) Sulla *lex* v. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, 313-314.

(48) ROTONDI, *Leges cit.*, 369.

(49) In dottrina è discussa la portata della *lex Sempronia iudiciaria*, se essa rappresenti una riforma generale, oppure se essa possa considerarsi circoscritta soltanto alla *quaestio repetundarum*. Lo stato della discussione riflette lo stato delle fonti: P. FRACCARO, *Sulle leges iudiciariae romane*, in *Rend. Ist. Lomb. Sc.e Lett.* 52, 1919, 335 ss. in particolare 355 ss.; G. TIBILETTI, *Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale*, in *Athenaeum* 31, 1953, 5 ss. in particolare 33 ss.; F. SERRAO, *I iudicia repetundarum (Rassegna)*, in *Studi Romani*, II, 1954, 196 ss. [=cito da *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa s.d., 277 ss.]; ID., *Repetundae*, in *NNDI* XV, 1968, 454 ss. [cito da *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, cit., 207 ss. in particolare 212-213]; C. NICOLET, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, Paris, 1966, I, 479; C. VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 7-10; ID., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 226-228; A. LINTOTT, *Judicial Reform and Land Reform in the Roman republic*, Cambridge, 1992, 168-169; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998<sup>2</sup>, 113-115.

ste costruito sulla « facoltà di escludere colui che per qualsiasi motivo apparisse indesiderabile » alle parti (50).

L'affermazione di Q. Mucio ricordata da Cicerone si colora, così, di una possibile sfumatura consona alle dibattute questioni che coinvolgevano in quegli anni il *munus iudicandi*. Di fronte, infatti, ad un monopolio senatorio dell'attività giudicante esercitata in base ai giudici scelti nelle liste, la concretizzazione della *fides bona* avrebbe trovato una sua sostanziale coerenza nella omogeneità cetuale del corpo sociale al quale essa veniva nella maggior parte dei casi delegata. La *nobilitas* in sostanza doveva essere vista come la custode e l'interprete più coerente della traduzione in regole di condotta del concetto-valore. Ciò tanto più se si condivide il legame storicamente e concettualmente complesso tra la nozione arcaica di *fides* e la clausola formulare *ex fide bona*. Lo scontro politico sulla composizione delle liste di giudici, che si apre con la *lex Sempronia iudiciaria* e si conclude con la *lex Aurelia*, indebolisce questa coerenza, e per così dire rende più evidente la delicatezza dell'operazione che si richiede al *iudex unus* nella traduzione della *fides bona*. Quinto Mucio, cioè, propone un modello adeguato di gestione della *summa vis* di questi *arbitria*, in una fase in cui la dialettica politica può offuscare la omogenea considerazione della *fides bona* come sentita dalla *nobilitas*.

Più si realizza, invece, l'apertura del *munus iudicandi* all'*ordo equester* portatore di nuovi interessi sociali ed economici, e alla sua valutazione di come si debba comportare il *vir bonus*, di cosa sia il *bene agi*, cosa imponga di fare la *fides bona*, più sorge l'esigenza di esplicitare anche il ruolo che la *iurisprudentia* deve al riguardo

---

(50) F. GORIA, *Ricusaione del giudice e iudices electi da Costantino a Giustiniano*, in S. Puliatti, A. Sanguinetti a cura di, *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Atti del Convegno di Modena maggio 1998, Milano, 2000, 155. Il ricorso alla scelta *extra album* del *iudex unus* doveva essere meno frequente anche per G. NICOSIA, *Giudice nel processo privato romano*, in *Digesto IV disc. priv. civ. IX*, 1993, 91-92. Sulla complessità del sistema della *reiectio iudicum* risultante dalla *lex Irnitana* mi si permetta di rimandare al mio *Designazione e scelta del iudex unus alla luce della lex Irnitana*, in *Rend. Mor. Acc. Lincei s. IX*, vol. III, 1, 1992, 56-60. Su *iudices stranieri* e quindi necessariamente scelti *extra album* v. Gai. IV, 105.

assumere (51). La *iurisprudencia*, infatti, mai si sottrasse al ruolo di guida e di elemento ordinante delle varie concretizzazioni giudiziali, operando da filtro per la consolidazione nel tipo negoziale di una serie di prestazioni accessorie non originariamente espressione di esso, ma ritenute adeguata traduzione della *fides bona* nel rapporto. Sicuramente, però, nel momento in cui la concretizzazione giudiziale non trova più una sua naturale coerenza riflessa nella omogeneità del corpo sociale che la deve esprimere, questo ruolo dei giuristi diviene essenziale per conservare una coerente traduzione in regole di condotta del concetto-valore. A questo compito i giuristi romani non si sono sottratti, come dimostra lo stesso Cic. *top.* 17. 65-66 (52).

Di contrappunto, rispetto ad un corpo di giudici istituzionalizzato quale ordine (giudiziario) nello Stato (ed altresì organizzato quale potere pubblico separato dagli altri), proprio uno degli elementi che più si indeboliscono rispetto al quadro sopra visto, è la capacità di tradurre in modo omogeneo i valori morali, sociali e politici che sono veicolati dal principio giuridico. Da questo punto di vista, il momento giudiziale di traduzione nel diritto del principio sancito con una clausola generale, può esprimere una visuale non più al passo coi tempi (qualora la componente dell'ordine giudiziario esprima valori orientati verso la conservazione dello status quo), oppure porsi come strumento di innovazione del pensiero giuridico in chiave di nuovi valori politici e sociali (qualora essa tenda invece

---

(51) Il che mai si è tradotto a Roma in una generalizzazione in termini di concetto giuridico indeterminato o, peggio, di 'clausola in bianco', analoga alle ipotesi moderne della *Leerformeln* e ai suoi presupposti ideologici nella dottrina del diritto libero; v. la puntuale critica di M. KASER, Rc. a Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, in ZSS 82, 1965, 417-418, che non viene scossa dalla replica: A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui bonae fidei iudicia*, in SDHI 33, 1967, 89. Per una diversa prospettiva, che tende, invece, ad accentuare una percezione in chiave relativistica di queste nozioni principali presenti nel diritto romano si vd. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo a cura di, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, IV, Padova, 2003, 1-313.

(52) *Privata enim iudicia in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia... In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ... parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid... alterum alteri praestare oporteret... tradiderunt.*

a svolgere una valutazione progressista della società). In entrambe le direzioni, non v'è dubbio che la scienza giuridica, la dottrina, potrebbe anche oggi svolgere un ruolo essenziale per evidenziare in chiave di selezione quali siano i contenuti tipizzabili e meritevoli di stabilità nel diritto futuro. Il giurista cioè come strumento di traduzione in regola di quanto emerge dal caos casistico nel momento attuativo, perseguendo un obiettivo di ponderazione (sicuramente più facile da realizzare rispetto ai giudici, invischiati nel pantano del dettaglio fattuale) che in fondo, distillandolo ed eliminando possibili tare, venga a rendere per così dire 'in purezza' la concretizzazione del principio nel diritto contemporaneo.

### C. *Boni mores e ruolo del giurista.*

Anche la nozione moderna del « buon costume » è debitrice di una resa a calco nelle lingue giuridiche moderne del sintagma latino *boni mores* (*bonnes moeurs, die guten Sitten*, buon costume, *buenas costumbres*), espressione che è stata accolta per lo più nel tessuto del diritto codificato attuale con la tecnica della clausola generale.

Nel diritto privato (53), il buon costume ha una sua tradizionale rilevanza sia in rapporto al diritto di famiglia, sia rispetto alla nullità del negozio giuridico (in origine del contratto), sia in materia di condizione impossibile (54).

Le tendenze giuspositivistiche del secondo Novecento hanno tentato (con più o meno successo) di depotenziare la funzione del « buon costume » quale nozione con un suo autonomo significato, finendo, invece, per inglobarlo nella nozione diversa di « ordine

---

(53) Sul « buon costume » in ambito penale si vd. C. CUPELLI, voce. *Onore e pudore sessuale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3941 ss.

(54) Per un quadro della rilevanza autonoma del principio del buon costume nel diritto italiano, pur all'interno di una interpretazione dello stesso sensibile agli svolgimenti storici dei suoi contenuti valoriali si vd. lo studio fondamentale di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 260-276.

pubblico » (55). La conservazione di una sua autonomia di significato, quale veicolo della morale comune della coscienza sociale in un dato momento storico in chiave di limite all'agire immorale, ha però svelato come la sua riduzione in chiave esclusivamente ordinamentale determinasse una ingiusta esclusione di situazioni meritevoli, invece, di essere prese in considerazione. Di qui il recupero di una utile collocazione del « buon costume », con momenti attuativi in chiave giudiziale che ne hanno permesso la rilevazione come strumento non soltanto di conservazione di valori tradizionali, ma anche come strumento innovativo dell'evolversi dei costumi nella società dei secoli XX ed ora XXI. Qui mi sembra che si misuri bene la necessaria storicità della nozione e la sua considerazione in chiave di contenuti variabili minimi (ma come detto non indeterminati) in base agli svolgimenti storici della società umana. Di qui può ritenersi che l'idea di un contenuto condiviso del buon costume di una comunità esprima necessariamente il suo ancoraggio al momento storico del quale ci si occupa e serve, quando trasposta sul piano del diritto, a fissare un valore minimo inderogabile di argine all'azione immorale.

Questa prospettiva di contenuto minimo non oltrepassabile dell'agire immorale usando gli schemi giuridici esistenti ha una sua profonda radice nel discorso dei giuristi romani (56). L'idea da loro espressa con il sintagma *boni mores* è, infatti, spesso usata quale contrappunto rispetto al *ius gentium*, alle *leges*, alle *constitutiones*. Rispetto ad elenchi più o meno lunghi e dettagliati di valori che si considerano lesi dalla condotta valutata, si pone la contrarietà ai *boni mores* a mo' di norma di chiusura del discorso. La

---

(55) Sui rapporti tra ordine pubblico e buon costume in Francia si vd. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume* cit., 94 ss. ed ora G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013, 3 ss., e 71 ss.

(56) Per un quadro descrittivo dei diversi àmbiti di contenuto giuridico e dei diversi strumenti di attuazione della tutela dei *boni mores* nel diritto romano si vd. M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS 60, 1940, 95 ss.; TH. MAYER-MALY, *Contra bonos mores*, in *Juris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80 Geburtstag*, Wien, 1986, 160 ss.; ID., *The 'boni mores' in historical perspective*, T 50, 1987, 71 ss.; J. PLESCIA, *The Development of the Doctrine of 'Boni Mores' in Roman Law*, in RIDA 34, 1987, 265 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, 711 ss.

nozione non ricorre di frequente in norme scritte, quanto è più a suo agio nel ragionamento dei giuristi (57). Anche quando viene inclusa in fonti scritte di produzione del diritto, ciò accade, come nell'editto *de convicio* o in quello sulla *pudicitia*, come argomento *ad adiuvandum* rispetto ad altri elementi del discorso che nel contesto normativo servono a gestire meglio la possibile casistica (58).

Se si tenta di cogliere più da vicino il concreto significato della nozione, quindi, ci si accorge che in essa si valorizza (ed al di là dei possibili più specifici contenuti concreti) l'idea della comune coscienza sociale della comunità e non l'idea del costume del singolo (*boni mores civitatis*) (59) che oltre un certo limite non può essere superata e che, per così dire, non è concretizzata in chiave di relativismo individuale, ma deve essere contestualizzata storicamente in base ai valori condivisi di una comunità.

#### 4. *Per una rilettura del problema delle 'Generalklauseln' attraverso il diritto romano.*

È emblematica la distanza che intercorre nei complessi meccanismi attuativi del diritto romano classico rispetto al diritto moderno. Il giurista romano, infatti, nel dare il parere non emette sentenze in un giudizio e nemmeno accerta, con ponderazione dei fatti sottopostogli all'esame dai richiedenti il parere, la veridicità del fatto.

Il parere del giurista romano è una dimensione altra anche rispetto al *iudicium* del giudice privato scelto dalle parti della

---

(57) Sarebbe importante (cosa che meriterebbe studi *ad hoc* sul punto non sviluppati in questa sede) cogliere il significato del ricorso ai *boni mores* nel contesto di pensiero del singolo giurista, al fine di poter precisare storicamente la persistenza di valori di fondo o la loro sostanziale modifica negli svolgimenti della società romana, soprattutto in età imperiale.

(58) D. 47.10.15.2 Ulpianus 77 *ad ed.*: *Ait praetor: "qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicitur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo"*.

(59) D. 47.10.15.6 Ulpianus 77 *ad ed.*: *Idem ait "adversus bonos mores" sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis.*

controversia ed anche altro rispetto alla *iurisdictio* del pretore eletto dal popolo a Roma antica.

Il parere, infatti, riflette un *officium* tipico soltanto a Roma ed espressione di una complessità della tradizione giuridico-religiosa della comunità romana fin da età arcaica. I giuristi romani, pur immersi nella concretezza della vita giuridica della comunità, governano tale realtà rileggendone la trama concreta enucleandone strutture concettuali che ne divengono la chiave di lettura privilegiata nel tempo e non rinunciano ad alimentare tale trama terminologica e concettuale attraverso alcuni principi che considerano quali valori portanti della società umana nella quale operano, espressione del nucleo giuridico-morale della coscienza sociale. Emerge bene, nell'uso delle categorie della *bona fides* e dei *boni mores*, un certo modo di ragionare dei giuristi romani nella valutazione empirica delle situazioni sottopostegli.

La prospettiva che gestisce nei sistemi chiusi codificati la casistica attraverso i meccanismi attuativi del diritto moderno è proprio nella esatta ponderazione del fatto che si gioca tutto il precondizionamento dell'inquadramento giuridico della soluzione, in quanto si presuppone — nella falsa prospettiva del sistema chiuso e deduttivo dell'ordinamento giuridico moderno — che di fronte lo stesso fatto la soluzione giuridica debba essere unica. Si porta, cioè, l'enorme variabilità nel tempo delle situazioni possibili oggetto di giudizio ad essere necessariamente (ma falsamente) compressa nel dato normativo scritto, venendo in esso necessariamente inclusa. Di qui l'unica soluzione possibile vista nel contesto ideologico del diritto attuale, quella della previsione di una tecnica legislativa che ricorra a clausole di sfogo o di strumenti di gestione della pressione derivante dalla variabilità della vita nel tempo e che altrimenti renderebbe inesorabilmente obsoleta nel torno di pochi decenni qualsiasi monumentale opera di codificazione.

Da questo punto di vista, cioè, vi è una tendenziale dialettica di resistenza tra valori e diritto codificato che trovano alimento nel diritto attuale nelle clausole generali, mentre nel diritto romano nel ruolo del giurista che diviene il *medium* ineliminabile per alimentare il diritto nel momento attuativo attraverso principi che si considerano pienamente acconci ad assumere, nella naturale variabilità dei valori morali di una società, il carico di questa mediazione.

Al contrario, nella struttura attuativa dell'attuale ordinamento giuridico statale, all'interno della logica della tripartizione dei poteri, la dialettica di resistenza tra norma scritta generale ed astratta e principi e valori condiziona una minore capacità di adeguamento e di risposta dell'ordinamento alle esigenze concrete della società, trovandosi inesorabilmente chiusa nelle maglie della tecnica normativa delle *Generalklauseln*. Se tale capacità, da un lato subisce, quindi, la vischiosità di tale dialettica nel momento del giudizio, d'altro lato è tendenzialmente bloccata nella fase di produzione di nuovo diritto dall'ideologia del primato della legge.

Il rapporto tra realtà e diritto, nella irripetibile esperienza dell'ufficio del giurista romano, sembra al contrario rappresentare l'occasione per una riflessione che si nutre della realtà, ma non in termini di condizionamento esaustivo e limitante, quanto piuttosto quale occasione di riflessione che tende ad espandersi e ad aprirsi alle possibili varianti anche di contenuti valoriali nuovi nella società nella quale si operi, in un procedere di accrescimento del discorso giuridico e conseguentemente, anche, della sua efficacia di gestire la complessità della relazione tra i consociati.