

## CAPOSALDI ROMANISTICI NEI PRINCIPI GENERALI DEL CODICE CIVILE CINESE 2020

Giulia Aurora Radice\*

SOMMARIO: 1.- Il Codice civile cinese 2020 e i principi generali del sistema; 2.- *Aequitas*; 3.- *Bona fides*; 4.- Libertà negoziale; 5.- Osservazioni conclusive.

### 1.- Il Codice civile cinese 2020 e i principi generali del sistema.

Il primo gennaio di quest'anno è entrato in vigore il Codice civile cinese. Tale codice, approvato nel maggio del 2020, si presenta quale traguardo importante nel processo di sviluppo del Paese, ed è stato salutato da Xi Jinping come elemento cardine e passo essenziale per la modernizzazione e il perfezionamento dello stato di diritto<sup>1</sup>. Nel 2017 era stata promulgata la Parte Generale del Diritto Civile (*Minfa Zongze*)<sup>2</sup>, la cui denominazione anticipava e fissava la struttura dell'impianto codicistico, prossimo alla nascita: sulla linea del BGB, si è scelta la macro-sequenza *Allgemeiner Teil* e parti speciali, la prima comprendente i principi generali dell'ordinamento e le disposizioni fondamentali su soggetti giuridici, cose, e negozio giuridico, le altre dedicate a specifici settori del diritto privato come i diritti reali, il contratto, le successioni<sup>3</sup>. Questo orientamento strutturale si era intravisto già nel 1986 con i Principi Generali del Diritto Civile (*Minfa Tongze*)<sup>4</sup>, che, al tempo, costituirono "l'intelaiatura normativa e concettuale del (ri)nascente sistema civilistico cinese"<sup>5</sup>, la base<sup>6</sup> su cui si sono innestati gli atti legislativi successivi, le leggi settoriali che hanno man mano ampliato il corpo normativo; ora, la struttura costruita su parte generale e parti speciali trova con il Codice civile il suo consolidamento<sup>7</sup>.

Nella tradizione romanistica, per principi generali dell'ordinamento s'intendono quegli elementi che enunciano i criteri, operativi e valutativi, a cui devono ispirarsi tutti i rapporti giuridici e a cui l'ordinamento stesso, nel suo complesso, tende: sono regole generali che definiscono le

---

\* Laureata in Giurisprudenza, presso l'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Cfr. l'articolo su *Quishi*, scritto da Xi Jinping, pubblicato il 15 giugno 2020. "充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益" (trad. ingl.: *Fully understand the significance of the promulgation and implementation of the Civil Code to better protect the people's legitimate rights and interests*). Consultabile al link: [http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-06/15/c\\_1126112148.htm](http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-06/15/c_1126112148.htm). Per una panoramica sulle linee essenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione del diritto civile in Cina si rimanda a S. Schipani, *Diritto romano in Cina, in XXI Secolo. Norme e idee*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2009, 527-536.

<sup>2</sup> S. Porcelli, *La nuova "Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese". Struttura e contenuti*, in *Rivista di Diritto Civile* 3 (2019), 670 ss.

<sup>3</sup> S. Schipani, *Rileggere i Digesti, codificare il diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39 (2018), 21.

<sup>4</sup> E. J. Epstein, *Codification of Civil Law in the People's Republic of China: Form and Substance in the Reception of Concepts and Elements of Western Private Law*, in *University of British Columbia Law Review* 32.1 (1998), 155ss.

<sup>5</sup> M. Timoteo, *Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?*, in *Mondo Cinese. Rivista di Studi sulla Cina Contemporanea* 167 (2020), 18.

<sup>6</sup> H. R. Zheng Henry, *China's New Civil Law*, in *The American Journal of Comparative Law* 34.4 (1986), 35; Jiang Ping, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, in *Index* 24 (1996), 450-451; Zhang Lihong, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective*, in *Studium Iuris* 7/8 (2004), 900; Fei Anling, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune* 23 (2007), 122.

<sup>7</sup> Timoteo, *Il Codice civile cit.*, 20; Zhang Mingqi, *The Compilation of Specific Laws of the Civil Code*, in *China Legal Science* 8.4 (2020), 19; R. Cardilli, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese. Rivista di Studi sulla Cina Contemporanea* 167 (2020), 29.

caratteristiche e i limiti delle relazioni e delle azioni riconosciute e tutelate dal diritto civile<sup>8</sup>. Si tratta di un'impostazione elaborata a partire dal diritto romano che, pur lontano da definizioni astratte<sup>9</sup>, aveva sviluppato quegli elementi su cui la struttura del diritto si è fondata e i singoli istituti si sono plasmati<sup>10</sup>. Il Codice civile cinese ha reso proprio tale indirizzo sistematico: i principi, sanciti nei primi articoli della Parte generale, non si fermano al primo libro, ma pervadono l'intero codice, fungendone da clausole generali e presentandosi in veste esplicita nella regolazione di alcuni istituti o determinate fattispecie.

Nello specifico, l'analisi, indagando le disposizioni del Codice, mira a sostanziare il legame tra diritto romano e diritto cinese e persegue questo obiettivo, muovendosi su due linee argomentative, tra loro profondamente interdipendenti. Prima direttrice, che corrobora il rapporto tra i due ordinamenti, è il menzionato profilo sistematico che, infatti, risulterà emergere proprio dalla trattazione di tre dei principi generali, i quali, a loro volta, corrispondono al secondo elemento argomentativo, presentando forti radici romanistiche. Tre sono i fondamenti discendenti dal diritto romano: l'*aequitas*, la *bona fides* e la libertà negoziale, figure portanti del diritto privatistico sviluppatosi più di due millenni fa, principi che ancora oggi restano tali e trovano, per l'appunto, spazio e rinnovato ruolo nel nuovo Codice civile cinese. La ricostruzione degli elementi identificativi dei pilastri romanistici nei principi generali del Codice è realizzata attraverso la comparazione diacronica, lo strumento metodologico essenziale per una ricerca che, costruendo un confronto tra modelli giuridici appartenenti a dimensioni temporali distanti<sup>11</sup>, è animata dall'intenzione di non snaturare aspetti del modello "passato", ma comprenderli e servirsene solo con scopo di conoscenza.

## 2.- *Aequitas*.

Definire un concetto generale risulta sempre un'impresa ardua per il duplice rischio di darne una spiegazione riduttiva, tagliandolo semanticamente come su un letto di Procuste, e di non definirlo compiutamente, restando nel vago e nell'incerto. Con tale consapevolezza, nel tentativo di individuare il significato di equità è necessario premettere che la nostra prospettiva è confinata all'ambito del diritto e che è un termine polisemico, con due piani di inquadramento. Ha, infatti, un significato più ampio che lo accosta alla giustizia, all'uguaglianza, all'umanità, concezione più filosofica, ideologica e morale che giuridica, e un significato più specifico, che lo declina quale criterio di proporzionalità, volto a stabilire il temperamento tra interessi diversi, per orientare i rapporti giuridici e per valutare il caso concreto<sup>12</sup>: è una forza che agisce sul diritto positivo, un "sentimento o concetto talora individuale talora generale, il quale richiede che un dato rapporto o che una serie di rapporti debbano regolarsi in un dato modo"<sup>13</sup>.

Nell'esperienza giuridica romana l'equità corrisponde all'*aequitas* e nasce concettualmente nell'opera di retori e filosofi che ereditano la teoria aristotelica, a sua volta elaborazione delle

<sup>8</sup> S. Schipani, *Fondamenti romanistici e diritto cinese (un "tempo dei giuristi": riflessioni sull'accrescimento del sistema)*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune* 38 (2017), 104.

<sup>9</sup> F. Schulz, *I principi del diritto romano*, trad. di V. Arangio-Ruiz, 1946, ristampa, Firenze 2005, 34 ss.

<sup>10</sup> Schipani, *Fondamenti romanistici* cit., 121.

<sup>11</sup> T. Dalla Massara, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in M. Brutti, A. Somma (cur.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main 2018, 115.

<sup>12</sup> A. Guarino, *Equità*, in *Noviss. Dig. Ita.* 4 (1960), 619 ss.

<sup>13</sup> V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Saggi di diritto romano*, Napoli 2018, 140. Ristampa di: V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino* (1880).

considerazioni di Platone che la definisce in termini morali come senso di umanità e di gestione dei rapporti distinguendo tra bene e male<sup>14</sup>; nel campo del diritto di Roma si sviluppa inizialmente quale criterio eteronomo in mano ai pretori<sup>15</sup> che, nel valutare il caso concreto, si rifanno non solo allo *ius civile*, ma considerano anche la coscienza sociale<sup>16</sup>, nutrita e scandita dalle istanze, dalle condizioni e dai valori diffusi tra i consociati. Si introduce così una prassi derogatoria dello *ius civile*, operante qualora l'applicazione di questo alla fattispecie in questione risulti iniqua<sup>17</sup>, in coerenza con quanto ha scritto il giurista Paolo, secondo cui non tutto ciò che rispetta ed è in linea con la legge, è necessariamente onesto, equo (*Paul. 62 ad edictum*, Dig. 50.17.144 pr.<sup>18</sup>). Di poi, nel periodo classico l'*aequitas* si afferma quale criterio fisso di riferimento per l'attività giudiziaria<sup>19</sup> e, conquistando un profilo più astratto, in un certo senso, per il vaglio dello *ius civile*<sup>20</sup> che, come scriveva Cicerone (*Top. 9*)<sup>21</sup> è, o meglio dovrebbe essere, "*aequitas constituta*"<sup>22</sup>; successivamente con l'età postclassica, andata a dissolversi la netta distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*<sup>23</sup>, si consolida quale supremo principio del diritto. Il diritto è, infatti, *ars boni et aequi* (*Ulp. 1 institut.*, Dig. 1.1.1. pr.)<sup>24</sup> e i giuristi, i suoi sacerdoti, devono professarne la conoscenza sia definendo i confini tra il lecito e l'illecito sia separando l'equo dall'iniquo (*Ulp. 1 institut.*, Dig. 1.1.1.1.)<sup>25</sup>. È proprio nella definizione celsina del diritto, posta tra i primi passi del Digesto, che si scorge l'attribuzione all'*aequitas* di un significato più ampio: l'*aequitas*, spostata dal solo diritto pretorio allo *ius* in generale, persistendo però tra questi una stretta connessione<sup>26</sup>, diviene generale "criterio dell'eguaglianza proporzionale, che aveva allora e conserva tuttora piena validità nell'intero fenomeno giuridico"<sup>27</sup>. Invero, si diffonde e si afferma tra i giuristi, in particolare durante la Repubblica e il Principato, "la percezione del contenuto sostanziale dell'*aequitas*, quale elemento presente in tutto il tessuto dell'ordinamento"<sup>28</sup>.

Volendosi tracciare un quadro più dettagliato, al netto della ricostruzione diacronica, nelle fonti è possibile constatare il riferimento all'*aequitas* sia in termini di criterio di valutazione, stabilito dal pretore e affidato al giudice, sia quale principio in base al quale modellare i rapporti giuridici,

<sup>14</sup> L. Solidoro Maruotti, *Aequitas e ius scriptum: profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino* 1 (2012), 228-229. L. Solidoro Maruotti, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*, Torino, 2014, 30-36. Diversamente si veda D. Mantovani, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Antiquorum Philosophia* (2017), 31 ss. Ivi si sostiene e si argomenta l'esistenza del valore giuridico dell'*aequitas* ben prima dell'incontro con la cultura greca con cui si instaura un rapporto di corrispondenza, coincidenza e non di derivazione.

<sup>15</sup> F. Gallo, *L'officium del pretore*, Torino, 1997, 18 ss. e 104, 120; B. Cortese, *Tra "aequitas" e "ius" nella causa curiana*, in *IVRA* 67 (2019), 75.

<sup>16</sup> Scialoja, *Del diritto* cit., 135; Solidoro Maruotti, *Aequitas* cit., 208; Solidoro Maruotti, *Tra morale* cit., 25.

<sup>17</sup> Guarino, *Equità* cit., p.619; Solidoro Maruotti, *Tra morale* cit., 73.

<sup>18</sup> Paul., Dig. 50.17.144 pr.: *Non omne quod licet honestum est.*

<sup>19</sup> Gallo, *L'officium* cit., 104, 120.

<sup>20</sup> Guarino, *Equità* cit., 620.

<sup>21</sup> Cic. *Top. 9*: *Sed ad id totum de quo disseritur tum definitio adhibetur, quae quasi involutum evolvit id de quo quaeritur; eius argumenti talis est formula: Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia.*

<sup>22</sup> Solidoro Maruotti, *Tra morale* cit., 50.

<sup>23</sup> G. Scherillo, A. Dell'Oro, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano, 2008, 338 e 410.

<sup>24</sup> Ulp., Dig. 1.1.1. pr.

<sup>25</sup> Ulp., Dig. 1.1.1.1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes [...].*

<sup>26</sup> Gallo, *L'officium* cit., 115.

<sup>27</sup> F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 35.

<sup>28</sup> Solidoro Maruotti, *Tra morale* cit., 61. Sarà poi con l'epoca tardoimperiale che lo schema concettuale e generale dell'*aequitas* verrà considerato come principio supremo, qualità immanente del diritto scritto, ma perderà portata pratica, diventando frequente oggetto di usi impropri, finendo poi per acquisire nuove caratterizzazioni con l'affermarsi dei valori cristiani. Si rinvia alle considerazioni svolte da Solidoro Maruotti, *Tra morale* cit., 136 ss. e 175-176.

caratteri ovviamente profondamente interconnessi, a volte sovrapposti. Per il primo caso, un esempio si rinviene in Dig. 17.1.12.9 (*Ulp. 31 ad edictum*)<sup>29</sup> che, scorrendo dell'azione di mandato contro il mandante che si rifiuta di rimborsare il mandatario, dopo il compimento da parte di quest'ultimo dell'incarico nell'interesse del mandante, specifica gli elementi che il giudice dovrà valutare per determinare l'entità del rimborso: tra gli elementi da soppesarsi, figura l'eventualità della riscossione da parte del mandatario di un suo credito, notevolmente fruttifero per gli elevati interessi, unicamente per soddisfare la sua obbligazione nel mandato, una situazione che sarebbe "aequissimum" considerare. La stessa funzione compensativa si rinviene in C. 4.44.2<sup>30</sup>, costituzione di Diocleziano e Massimiano (285 d.C.), che, affrontando la questione di un fondo venduto per un prezzo decisamente inferiore al suo valore, quantificato in minore della metà del vero prezzo, prevede, in alternativa alla restituzione della terra, alla rescissione del contratto, la possibilità di tenere il bene comprato riparando alla sproporzione con l'integrazione di quanto manca al "giusto prezzo"<sup>31</sup>. Due sono gli aspetti da osservare: il primo, preliminare, consiste nel rilievo del contesto storico che, data la combinazione di crisi economica e pesantezza del sistema tributario al tempo, aveva visto cadere in disgrazia parecchie persone, poste perciò in una condizione di difficoltà e debolezza davanti a un eventuale compratore<sup>32</sup>; l'altro elemento concerne l'articolarsi dell'uso del criterio equitativo in funzione compensativa, il quale nella costituzione viene specificamente declinato e indicato attraverso un determinato parametro quantitativo, ossia un prezzo che per essere giusto debba superare (o al massimo eguagliare) la soglia minima rappresentata dalla metà del prezzo effettivo<sup>33</sup>. Leggendo il requisito della "giustizia" del prezzo dal lato opposto, considerando perciò l'elemento quantitativo in chiave negativa, ovvero il parametro del meno della metà del prezzo reale, emerge la *laesio enormis*, il nucleo d'origine dell'attuale sproporzione contrattuale e del relativo istituto della rescissione<sup>34</sup>, la cui nozione fu così introdotta dalla sopracitata costituzione e ripresa da C.4.44.8 (a.293)<sup>35</sup>. Si tratta dello squilibrio

<sup>29</sup> Ulp., Dig. 17.1.12.9: [...] *sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.*

<sup>30</sup> C. 4.44.2: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

<sup>31</sup> Discute delle problematicità della fonte e della natura del *iustum pretium* M. Talamanca, *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. del Dir.* 46 (1993), 369-370.

<sup>32</sup> A. Banfi, *Qualche considerazione su equità e limiti dell'autonomia privata*, in *I giuristi e la formazione del diritto. Dagli scriptores iuris romani alla codificazione del diritto in Cina*, Atti del Convegno Internazionale di Wuhan del 5-6/05/2018, Wuhan 2018, 63.

<sup>33</sup> Banfi, *Qualche considerazione cit.*, 63.; Xu Guodong, *La base romanistica della Parte Generale del Codice civile cinese*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja: quarta serie* 4, Roma 2016, 61.

<sup>34</sup> P. Lambrini, *Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme*, in Z. Benincasa, J. Urbanik (cur.), *Mater Familias. Scritti romanistici per Maria Zablocka*, Varsavia 2016, 453; A. Grebieniow, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *Revue International des Droits de l'Antiquité* 61 (2014), 195. Per un quadro generale sul tema si rinvia a A. Grebieniow, *Rechtsfolgen der Übervorteilung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der modernen Figuren der laesio enormis und ihren historischen Grundlagen*, Zurigo 2015, mentre per una efficace panoramica bibliografica si rinvia alla nota 1, in Lambrini, *Ipotesi cit.*, 453.

<sup>35</sup> C. 4.44.8: *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex caliditate atque insidiis emptoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones paulatim venditione de eo, quod petierat, detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim, vel post pretii*

contrattuale legato a un parametro unicamente oggettivo, “dogmaticamente indipendente dai fattori soggettivi, cioè dalla qualità del comportamento della controparte”<sup>36</sup>, e che è tale da rendere la situazione eccezionale tanto da ammettere la possibilità di rescindere<sup>37</sup>; lo squilibrio è *enormis* e determina una situazione di eccessiva iniquità a cui il diritto, imperniato sul principio pragmatico di perseguire ciò che è *iustum, aequum, humanum*, risponde prospettando l’alternativa della rescissione o della integrazione del prezzo di una quantità pari a renderlo uno *iustum pretium*.

Molti altri testi contengono la menzione dell’*aequitas* in funzione di criterio valutativo, stabilito dal pretore per il giudice attraverso la formula, affinché sia possibile determinare la compensazione di un danno in relazione a un determinato caso concreto<sup>38</sup>. Esempio di tale declinazione ne è il frammento Inst. 4.5.1<sup>39</sup> dove il metro equitativo compare per stabilire il danno da cosa versata o gettata dall’altro o anche Inst. 4.6.20<sup>40</sup> in tema di azioni relative alla divisione dell’eredità, alla divisione della comunione e al regolamento di confini. Nel Digesto, testimonianza importante di tale riferimento all’*aequitas* si rinviene a Dig.24.3.66.7 (*Iavol. 6 ex poster. Labeonis*)<sup>41</sup>: ivi l’*aequitas* guida nella decisione in merito all’esperienza o meno dell’azione dotale e la sua presenza è particolarmente esplicita, segnata dall’espressione “*quia nec melius aequius esset*”. L’*aequitas* interviene per indirizzare la valutazione e il conseguente giudizio del caso concreto e si presenta, in modo analogo alle fattispecie affrontate in precedenza, quale richiamo a una giustizia concreta, determinata dai valori propri dell’ambiente economico-sociale del tempo di riferimento<sup>42</sup>.

Nel secondo caso, per *aequitas* come principio per la costruzione e lo svolgimento dei rapporti giuridici, significativo si presenta Dig. 44.7.2.3, *Gai 3 institut.*<sup>43</sup>, (Inst. 3.22.3; Gai Inst. 3.137), frammento gaiano che afferma il vincolo reciproco, sorto dalla stipulazione di certi contratti, tra le obbligazioni che le parti dovranno “*ex bono et aequo praestare*”, ossia sostanzialmente stabilire e assolvere secondo equità. Tra i vari frammenti in materia, ulteriori riferimenti a questo carattere pervasivo dell’*aequitas* si attestano in Dig. 44.3.14. pr. (*Scaev. l. singulari quaest. publ.*)<sup>44</sup>, in tema di *accessio possessionis*, e diffusamente nell’ultimo libro del Digesto, dove Dig. 50.17.90 (*Paul. 15 quaest.*)<sup>45</sup> afferma l’importanza dell’*aequitas* nel diritto, Dig. 50.17.74 (*Papin. 1 quaest.*)<sup>46</sup> statuisce l’obbligo di non porre l’altro in una condizione di iniquità, Dig. 50.17.183 (*Marcel. 3 digest.*)<sup>47</sup> dichiara l’intervento dell’*aequitas* anche su ciò che è stato stabilito solennemente, formalmente, qualora la sua applicazione risulti evidente. Dunque, l’*aequitas* è l’equilibrio<sup>48</sup> a cui bisogna tendere nell’attività negoziale, nei rapporti giuridici, e che deve essere ristabilito da parte del giudice, quando è sorto un danno dalla conclusione di un negozio iniquo o dal verificarsi di un evento, i quali hanno creato una condizione di svantaggio, sproporzione che deve essere equamente

---

*quantitatis disceptationem; nisi minus dimidia justii pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione jam emptori praestita servanda.*

<sup>36</sup> A. Grebieniow, *La laesio* cit., 204.

<sup>37</sup> Lambrini, *Ipotesi* cit., 460.

<sup>38</sup> Gallo, *L’officium* cit., 106, 111.

<sup>39</sup> Inst. 4.5.1.: [...] *si vero vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur* [...].

<sup>40</sup> Inst. 4.6.20.: [...] *in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare* [...].

<sup>41</sup> Iavol., Dig. 24.3.66.7: *Si quis pro muliere dotem viro promisit, deinde herede muliere relicta decesserit, qua ex parte mulier ei heres esset, pro ea parte dotis periculum, quod viri fuisset, ad mulierem pertinere ait Labeo, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari: et hoc verum puto.*

<sup>42</sup> A. Guarino, “*Acciones in aequum conceptae*”, in Labeo 8 (1962), 12.

<sup>43</sup> Gai, Dig. 44.7.2.3: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.*

<sup>44</sup> Scaev., Dig. 44.3.14. pr.: *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.*

<sup>45</sup> Paul., Dig. 50.17.90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*

<sup>46</sup> Papin., 50.17.74: *Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri.*

<sup>47</sup> Marcel., Dig. 50.17.183: *Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.*

<sup>48</sup> Solidoro Maruotti, *Aequitas* cit., 213-214; Gallo, *Celso* cit., 38. Si veda per il riferimento all’*aequitas* come equilibrio, sproporzione, in fonti letterarie, Mantovani, *L’aequitas* cit., 37-38.

compensata. È criterio funzionale all'operazione valutativa del giudice, ma è anche modello di orientamento a cui i consociati dovrebbero ispirarsi nella propria attività giuridica ordinaria, al di là del terreno conflittuale in cui inserisce l'autorità giudiziaria.

Infine, nella visione giuridica romana, l'*aequitas* pare esser declinata secondo un ulteriore livello analitico che identifica un'*aequitas naturalis*, contrapposta a un'*aequitas civilis*: è Labeone, riportato da Ulpiano, in Dig. 47.4.1.1 (*Ulp. 38 ad edictum*)<sup>49</sup>, che elabora la distinzione tra le due *aequitas*, delineando un'*aequitas*, quella *naturalis*, priva di funzione normativa e appartenente alla sfera del diritto naturale. È questa la prospettiva che si sposa con la teorizzazione di Cicerone, secondo cui l'*aequitas naturalis* è fuori dal campo del diritto, è un concetto più ampio, che inerisce alla condizione dell'uomo e non è limitato al fenomeno giuridico, ma, tuttavia, può essere presa ad ispirazione per mutare, migliorare l'ordinamento<sup>50</sup> e, qualora "coincidente con valutazioni sociali condivise, trasformarsi in *aequitas constituta* (o *aequitas civilis*)"<sup>51</sup>. Ed è poi lo stesso Ulpiano che richiama nel Digesto l'*aequitas naturalis*: ad esempio, il giurista la menziona nell'introdurre sia l'editto inerente ai patti giuridici, agli accordi fonte di obbligazioni tra consociati<sup>52</sup>, sia l'editto dedicato più precisamente al pagamento di debiti<sup>53</sup>, e, attraverso tale formulazione, pare non contrapporla ad un'*aequitas civilis*, bensì caratterizzarla quale valore extragiuridico inseritosi nell'ordinamento<sup>54</sup>.

Nel Codice civile cinese, si accosta all'*aequitas* romana il principio di equità, enunciato nell'articolo 6: "le parti di un rapporto giuridico devono esplicitare le loro attività giuridiche secondo il principio dell'equità e razionalmente determinare i diritti e le obbligazioni di ognuno"<sup>55</sup>. Caratterizzando l'intero ordinamento, il fondamento dell'equità è ribadito in tutti gli ambiti "speciali" del diritto civile come criterio per la determinazione di una compensazione, dovuta o dallo Stato in seguito ad espropriazione (art. 117, art. 243, art. 327, art. 338) o dal soggetto privato per commisurare la propria responsabilità in relazione a danni causati ad un altro soggetto (art. 171, caso del rappresentante che ha agito senza o oltre i poteri conferitogli, art. 222, danni provocati da una registrazione di immobile falsa o erronea, art. 583 e art. 584, danni e perdite provocati dalla violazione del contratto), e come parametro di riferimento per stabilire l'entità di diritti e correlati obblighi in determinati rapporti giuridici. Esempi di quest'ultima configurazione si ritrovano nella disciplina delle successioni, dove l'articolo 1130 prevede al primo comma che gli eredi nella stessa posizione nell'ordine successorio ereditano in parti eque e, poi, nei due commi seguenti, sostanzialmente tale equità prendendo in considerazione sia le condizioni personali dei soggetti sia il rapporto personale intercorso tra questi e il *de cuius*<sup>56</sup>, e, ancora, si rinviene il parametro equitativo nei

<sup>49</sup> Ulp., Dig. 47.4.1.1: *Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. E re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere.*

<sup>50</sup> Solidoro Maruotti, *Tra morale cit.*, 49.

<sup>51</sup> Id., *Tra morale cit.*, 50.

<sup>52</sup> Ulp., Dig. 2.14.1. pr.: *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

<sup>53</sup> Ulp. Dig. 13.5.1. pr.: *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.*

<sup>54</sup> Solidoro Maruotti, *Tra morale cit.*, 121.

<sup>55</sup> Riporto la traduzione ufficiale inglese dell'art. 6: The parties to civil legal relations shall conduct civil activities under the principle of fairness, and rationally determine the rights and obligations of each party. Traduzione presente al link: [https://pkulaw.com/en\\_law/aa00daaeb5a4fe4ebdfb.html](https://pkulaw.com/en_law/aa00daaeb5a4fe4ebdfb.html). Ultima consultazione: 20.01.2021. Si segnala che tutte le successive citazioni degli articoli del Codice civile cinese 2020 sono state estrapolate da questo documento.

<sup>56</sup> Art. 1130: c.1: Successors same in order shall, in general, inherit in equal shares", c.2 "At the time of distributing the estate, due consideration shall be given to successors who have special difficulties in life and are unable to work", c.3

rapporti di vicinato (art. 288, menzionato esplicitamente il principio di equità per la gestione dei rapporti fra titolari di diritti su immobili adiacenti)<sup>57</sup>, in materia di obbligazioni plurisoggettive (art. 517, art. 519, art. 521) e di comunione (art. 305). Particolarmente interessante è l'articolo 151, sorta di specificazione dell'articolo 6, collocato nel primo libro, all'interno del capitolo VI sul negozio giuridico: "Qualora un negozio giuridico sia evidentemente ingiusto, poiché formatosi anche dal risultato dell' approfittarsi di una parte della situazione di notevole difficoltà o della mancata capacità di giudizio dell'altra, la parte lesa ha il diritto di richiedere la revoca del negozio presso il tribunale o l'istituzione arbitrale"<sup>58</sup>. Qui, si ha indicazione di ciò che è ingiusto, iniquo, ossia il comportamento di una parte che è a conoscenza della condizione sfavorevole, fattuale o intellettuale, dell'altra e ne fa uso, regolando gli interessi sottesi al negozio giuridico bilaterale in modo manifestatamente sbilanciato a suo favore; così, attraverso l'esplicitazione dell'iniquità, è possibile risalire al suo contrario, a cosa sia l'equità, intesa quale parametro di riferimento per l'articolarsi dei rapporti giuridici, che, dunque, comprende il comportamento di chi nell'esercizio della propria autonomia negoziale cerca di mantenersi in posizione di parità rispetto al suo contraente, non avvalendosi dell'eventuale conosciuta possibilità di concludere un negozio per sé più vantaggioso. Inoltre, un ultimo rilievo riguarda gli articoli 2, 4, 14, 206, 1055, 1126, in cui ricorre l'espressione "equal status" e simili ("equal parties", "equal in legal status", "equal in their right") che, pur contenendo un termine traducibile con "equo", in realtà si riferisce alla parità di trattamento e tutela tra le tre tipologie di proprietà (art. 206) e tra differenti soggetti giuridici – tra persone naturali, persone giuridiche e organizzazioni senza personalità giuridica, tra uomo e donna, tra marito e moglie –; entrambe le questioni si ispirano a una concezione di equità che differisce dal significato più specifico e operativo affrontato in precedenza e rientra nella sua accezione più generale, più pubblicistica che privatistica, legata alla giustizia così come viene concretizzata nell'ordinamento attraverso il riconoscimento della uguaglianza tra consociati nell'esercizio dei propri diritti e della parità tra Stato, enti collettivi ed individui in qualità di titolari del diritto reale di proprietà.

Evidente emerge il fondamento romanistico sotteso alla clausola generale di equità del diritto civile cinese, in parte già riscontrato dal professor Xu Guodong<sup>59</sup> che, per l'appunto, ha tracciato un preciso parallelismo tra la sopracitata costituzione C.4.44.2. e l'articolo 151 dei Principi Generali del 2017, corrispondente ora all'articolo 151 del Codice civile. Si cerca, mediante l'equità, di rispondere a un'esigenza di giustizia sostanziale, disegnando i confini dell'autonomia privata attraverso regole di correttezza e riferimenti ad un equilibrio, parametri che devono costantemente permeare i rapporti giuridici e servire per la loro gestione qualora tale equilibrio sia stato sovvertito o del tutto non realizzato. Comparando l'equità codificata nel Codice al pilastro romanistico dell'*aequitas*, si notano importanti punti di tangenza e si può riscontrare la sua ragion giustificatrice quale principio generale del sistema, che non si limita alla regolazione di limitate fattispecie ma investe l'intero ordinamento.

---

"At the time of distributing the estate, successors who had the ability and were in a position to maintain the decedent but failed to fulfil their duties shall be given no share or a smaller share of the estate.

<sup>57</sup> Art. 288: The right holders of neighboring immovables shall properly handle their neighboring relations under the principles of being conducive to production, convenience for daily life, unity and mutual assistance, and fairness and rationality.

<sup>58</sup> Art. 151: Where a juridical act is evidently unfair when it is formed as a result of one party taking advantage of the other party's distress or lack of judgment, among others, the aggrieved party shall have the rights to request a People's Court or an arbitral institution to revoke the act.

<sup>59</sup> Xu Guodong, *La base cit.*, 61-62.

### 3.- *Bona fides*.

La “buona fede nei diritti codificati non è semplice regola di condotta, ma veste il ruolo di principio”<sup>60</sup>, ed è, difatti, principio cardine di svariati ordinamenti europei<sup>61</sup>. Concetto complesso e di ampio spettro, assume, in qualità di clausola generale del diritto civile, due diverse accezioni: buona fede oggettiva, intesa quale parametro di onestà, lealtà e correttezza per ispirare e valutare la condotta dei soggetti giuridici coinvolti in un rapporto obbligatorio, e buona fede soggettiva, che s’incentra sullo stato psicologico e intellettuale del soggetto particolare, non consapevole – di fatto e in potenza – dell’illegittimità e della lesività del comportamento posto in essere<sup>62</sup>.

A Roma, il principio della *bona fides*, vicino ma distinto<sup>63</sup>, conviveva con l’*aequitas* e costituiva un criterio obiettivo regolante i rapporti commerciali, dotato di forza vincolante e integrativa, ma anche una valutazione del comportamento del soggetto, divenuta elemento distintivo di istituti tipici quali il possesso di buona fede e l’usucapione per buona fede<sup>64</sup>. La distinzione così formulata non ha però origine nel diritto romano, o meglio, pur formatasi nei suoi profili sostanziali in epoca antica, la buona fede, categorizzata in oggettiva e soggettiva, è stata elaborata in termini astratti e dogmatici solo in età moderna, senza contare poi che, se della buona fede in senso soggettivo ritroviamo, più che altro *a contrario*, una definizione, ciò non avviene per la buona fede oggettiva, mai espressamente definita<sup>65</sup>. L’elaborazione propria del diritto romano è un’altra e riguarda lo sviluppo del concetto di buona fede da principio etico a strumento giuridico<sup>66</sup>, un percorso noto e usuale nella cultura romana che comporta la trasformazione di concetti etico-filosofici in concetti giuridici<sup>67</sup>. Cicerone (*De off.* 1.23) definisce la *fides* come il fondamento della giustizia, l’attento impegno a rispettare *quod dictum est*<sup>68</sup>. La *fides*, così intesa, è, infatti, inizialmente la *fides populi Romani*, la virtù del popolo Romano nell’ambito della sua azione internazionale, un popolo che dava garanzia di lealtà e rispetto dell’altrui affidamento nelle varie tipologie di relazioni intessute con gli altri popoli<sup>69</sup>. Ma è anche un valore etico a cui gli uomini dovrebbero ispirare i loro comportamenti, sentendo il peso del vincolo alla parola data, rispettando la propria dichiarazione, dando prova di affidabilità<sup>70</sup>. È da qui che prende forma la *bona fides*, essenzialmente declinazione della *fides* nella sfera del diritto privato<sup>71</sup>, dove, esplorando le fonti, la si trova, sull’onda di quanto

<sup>60</sup> R. Cardilli, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, in *Il Libro e la bilancia – Studi in memoria di Francesco Castro*, vol.2, Roma 2010, p. 162.

<sup>61</sup> A titolo esemplificativo, si menzionano qui le disposizioni del Codice civile italiano: articoli 1337 (trattative e responsabilità precontrattuale), 1358 (comportamento delle parti nello stato di pendenza della condizione), 1366 (interpretazione di buona fede), 1375 (esecuzione di buona fede), per buona fede oggettiva, disciplina direttamente riferita al contratto ma estesa anche agli atti unilaterali tra vivi; articoli 1153 (possesso vale titolo) e 1147 (possesso di buona fede), per buona fede soggettiva.

<sup>62</sup> P. Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, XX edizione, Milano, 2014, p. 522.

<sup>63</sup> G. Grosso, *Buona fede*, in *Enc. del Dir.* 4 (1959), 662.

<sup>64</sup> Id., *Buona fede cit.*, 662-663.

<sup>65</sup> S. Tafaro, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 3 (maggio 2004).

<sup>66</sup> L. Lombardi, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, Milano, 1961.

<sup>67</sup> R. Fiori, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol.3, Napoli 2008, 246.

<sup>68</sup> Cic., *De off.* 1. 23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem.*

<sup>69</sup> Grosso, *Buona fede cit.*, 661.

<sup>70</sup> Schulz, *I principi cit.*, 193; R. Fiori, *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*, in A. Lovato (cur.), *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*. (Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011), Bari, 2013, 33.

<sup>71</sup> Fiori, *Fides cit.*, 248.

detto ad apertura dell'analisi romanistica, in veste di elemento valutativo del soggetto nei rapporti giuridici e di criterio oggettivo dalla connotazione processuale.

Per tale distinzione, sottile e molto spesso fumosa, la *bona fides* che guarda allo stato intellettuale del soggetto è quella in Dig. 50.17.136 (*Paul. 18 ad edictum*)<sup>72</sup>, e, benchè indirettamente si rifaccia sempre a un'ideale di correttezza, qui assume i tratti della *non scientia*, dell'ignoranza incolpevole delle situazioni giuridiche della realtà, uno *status* che viene, come riporta il frammento, riconosciuto dall'ordinamento, a patto di non sconfinare nell'illiceità. È una condizione d'ignoranza da cui deriva la convinzione di non recare torto, di non ledere il diritto altrui, e di cui il diretto contrario è la *mala fides*, la *scientia*. In Inst. 2.6.3<sup>73</sup> si ha un'esplicazione del concetto di *mala fides*, e dunque, *a contrario*, di *bona fides*: il ladro o chi ha ottenuto la cosa con violenza non può usucapire la cosa stessa, poiché era ben cosciente della sua alienità. Ancora, poco dopo, in Inst. 2.6.7<sup>74</sup> viene ribadito il concetto di mala fede, propria del possessore che ha ottenuto il possesso di un luogo vacante perché il proprietario era costantemente assente, negligente o morto senza successori, un possesso però instauratosi con l'occupazione del luogo accompagnato dalla conoscenza dell'appartenenza ad altra persona. Da ultimo, sempre nelle *Iustiniani Institutiones*, nel frammento Inst. 2.1.35<sup>75</sup>, si riscontra il riferimento diretto alla *bona fides*, caratterizzante l'acquisto di proprietà *a non domino* su un fondo per compravendita, donazione o altra giusta causa: nel frammento si specifica che chi acquista in *bona fides* è chi "*dominum esse crederet*" colui da cui proveniva il fondo e a questi non spetta restituire i frutti percepiti quando il proprietario rivendica il fondo, restituzione dovuta invece da "*qui sciens alienum fundum possederit*", ovvero il possessore in *mala fides*.

Nell'intraprendere il discorso sulla *bona fides* quale parametro oggettivo, utilizzato dapprima dal *praetor peregrinus* e poi dal *praetor urbanus* fino ad arricchire lo *ius civile*<sup>76</sup>, è punto di partenza rifarsi a Cic. *De off.* 3.70<sup>77</sup>, passo in cui vengono presentati i *iudicia bonae fidei* secondo l'insegnamento di Quinto Mucio Scevola, giudizi che riguardano sette fattispecie, tra cui figurano la compravendita, la società, la locazione, la tutela, e che, diversi da quelli *stricti iuris*<sup>78</sup>, sono fondati

<sup>72</sup> Paul., Dig. 50.17.136: *Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*

<sup>73</sup> Inst. 2.6.3: [...] *nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident [...].*

<sup>74</sup> Inst. 2.6.7: *Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius procedit, ut quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur. Qui quambis ipse mala fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse [...].*

<sup>75</sup> Inst. 2.1.35: *Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero qui sciens alienum fundum possederit non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

<sup>76</sup> Guarino, *Equità* cit.; L. Lombardi, *Dalla "fides" cit.*, 191; S. Porcelli, *Hetong e Contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020, 126-127. Per una rassegna critica degli studi sul tema cfr. J. Paricio, *Genesi e natura dei "bona fidei iudicia"*, in *Atti del convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico" in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001), in *Rivista di Diritto Romano (Led on Line)* 2011, 207-214.

<sup>77</sup> Cic., *De off.* 3.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi" magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

<sup>78</sup> Cic., *De off.* 3.61: [...] *sine lege iudicis, in quibus additur ex fide bona [...].* Distinzione ben chiara ed elenco completo – arricchito rispetto a quello di Mucio Scevola – formulato da Gaio in Inst. 4.6.28.: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum,*

sulla clausola *oportere ex fide bona*<sup>79</sup>. Il giudizio si forma in relazione a due elementi: la verifica del rispetto di quella correttezza, definita da un certo parametro, il *vir bonus*<sup>80</sup> (*Ulp. 27 ad Sab.*, Dig. 50.17.22.1<sup>81</sup>), la cui linfa vitale è legata indissolubilmente al valore etico della *fides*, e la verifica della corrispondenza tra il rapporto giuridico e la struttura tipica del negozio corrispondente<sup>82</sup>. Il criterio della *bona fides* non si pone in completa opposizione con i giudizi condotti secondo lo *ius strictum*, spalancando la strada alla totale discrezionalità del giudice, al contrario è uno strumento tecnico di valutazione, composto dal parametro astratto – che, in realtà, nel mondo pragmatico dei Romani di astratto aveva ben poco, essendo modello comportamentale radicato nella coscienza sociale – del *bonus vir*, colui che, secondo il tessuto sociale e culturale della comunità<sup>83</sup>, rispetta la parola data e agisce rettamente, e dall’insieme dei doveri del *nomen contractus*, del tipo di rapporto giuridico su cui le obbligazioni si sono innestate<sup>84</sup>. Il principio di correttezza così inteso si scorge, senza mai trovare precisa e generale definizione, in molti frammenti, tra cui, a titolo di esempio, si vedano i seguenti: Dig. 16.3.24 (*Papin. 9 quaest.*)<sup>85</sup>, dove chiare appaiono la connotazione integratrice del giudizio del giudice *ex fide bona* e la convergenza della *bona fides* con i doveri propri del negozio (nel caso di specie: contraria al deposito, e alla *bona fides*, è la pretesa di interessi anteriori al sorgere della mora, in assenza di relativa clausola contrattuale); Dig. 19.1.13 pr. (*Ulp. 32 ad edictum*), ad inizio di un lungo titolo dedicato all’*actio empti* – annoverata come azione di buona fede –, presenta un caso di comportamento scorretto, quello del venditore che consapevolmente non informa il compratore del vizio della cosa e così lo inganna, concludendo la vendita ad un prezzo come se la cosa fosse esente da vizio; Dig. 19.1.50 (*Labeo 4 posteriorum a Iavol. epitomat.*)<sup>86</sup>, frammento particolarmente interessante poiché il contributo della buona fede è reso esplicito dall’espressione “*bona fides non patitur*” posta in incipit, la quale disegna la traiettoria d’analisi di un caso specifico di vendita, da cui è possibile desumere la natura del legame tra *bona fides* e negozi. Il passo labeoniano citato contempla, nell’ambito del negozio di vendita, l’ipotesi secondo cui, qualora il compratore sia stato esonerato dal pagamento del prezzo grazie ad una legge, il venditore, se non ha consegnato la cosa, non è tenuto a privarsene; è qui, in questa specifica situazione, caratterizzata dalla non avvenuta consegna, che la *bona fides* porta a un esito

---

*mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.*

<sup>79</sup> R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2015, 29 ss.

<sup>80</sup> L. Lombardi, *Dalla “fides” cit.*, 181; Porcelli, *Hetong cit.*, 131-132; E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, Roma, 2020, 166. R. Cardilli, *Vir bonus e bona fides*, in A. Lovato (cur.), *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*. (Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011), Bari, 2013, 190. Per una definizione che inquadra il *vir bonus*, secondo il *De officiis*, si veda R. Fiori, *Bonus vir: politica filosofia retorica e diritto nel De officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, 129.

<sup>81</sup> *Ulp.*, Dig. 50.17.22.1: *Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.*

<sup>82</sup> Cardilli, *Precisazioni romanistiche cit.*, 167.

<sup>83</sup> R. Fiori, *Il vir bonus cit.*, 79-80; G. Falcone, *La formula “ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione” e la nozione di “vir bonus”*, in *FUNDAMINA* 20 (2014), 264.

<sup>84</sup> Fiori, *Fides cit.*, 258-259.

<sup>85</sup> *Papin.*, Dig. 16.3.24: *[...] et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

<sup>86</sup> *Labeo*, Dig. 19.1.50: *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequo amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.*

diverso del rapporto giuridico, in quanto non permette, “*non patitur*”, che il *periculum* del *factum principis*, del provvedimento autoritativo che interviene nelle dinamiche del negozio, rientri nella sfera del venditore che non ha trasferito tramite consegna la cosa. D'altra parte, se la consegna è avvenuta, comportando il trasferimento del possesso al compratore, la *bona fides* non può intervenire<sup>87</sup>, non potendo andare ad “incidere sulla validità del contratto, e quindi dei trasferimenti compiuti in esecuzione di esso”<sup>88</sup>. Infine, importante è sottolineare il fatto che man mano, questo criterio di *bona fides* pare svincolarsi dalla sua applicazione in sede di controversia, non limitandosi più a essere appellato nei soli *bona fidei iudicia*, ma comparando anche sotto forma di *bona fidei contractus*, estendendosi dunque alla sfera sostanziale e identificando direttamente rapporti giuridici la cui struttura va regolata secondo *bona fides*<sup>89</sup>: rimane sì criterio valutativo adottato dal giudice, ma diviene anche modello di condotta a cui le parti devono tendere nella creazione e nello svolgimento del rapporto giuridico, al di là della situazione posteriore e patologica del giudizio. Una declinazione che, peraltro, poteva già essere intravista in Cic. *De off.* 3.70, dove “il concetto-valore di *fides bona*, a differenza della effettiva ricorrenza della clausola EX FIDE BONA, verrebbe a sostenere un'ampia serie di rapporti nei quali si estrinseca la comunione di vita tra gli uomini (*societas vitae*), in un tendenziale – secondo Q. Mucio – processo di estensione, di virtuale propensione a pervaderne i rapporti (*manare latissime*)”<sup>90</sup>. Esempio di tale prospettiva, che allarga il raggio di influenza della *bona fides* sul fenomeno giuridico, è la famosa *sententia Catonis*, in Cic. *De off.* 3.65-67<sup>91</sup>: ivi viene affrontata la problematica della reticenza nei contratti di vendita di immobile e la *bona fides* emerge quale elemento alla base dell'elaborazione dell'obbligo di dichiarazione dei difetti noti. Essa, parte costituente dell'accordo sorto tra i soggetti coinvolti nella compravendita, plasma il contenuto stesso del rapporto, generando in concreto un dovere di informazione che, disatteso, determina responsabilità contrattuale<sup>92</sup>. Ulteriori riscontri di questa funzione integrativa della *bona fides*, tendente a porsi come principio, sono la regola contenuta in Dig. 50.17.57 (*Gai 18 ad edictum prov.*)<sup>93</sup>, o Dig. 19.2.24 pr. (*Paul. 34 ad edictum*)<sup>94</sup>, dove, statuendo che la valutazione di un'opera in un negozio di locazione debba esser fatta secondo il criterio della buona fede, si dimostra l'operatività di questo nella fase attuativa del rapporto

<sup>87</sup> Cardilli, *Bona fides* cit., 57.

<sup>88</sup> L. Vacca, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in *IVRA* 48 (1997), 138.

<sup>89</sup> Grosso, *Buona fede* cit., 663.

<sup>90</sup> Cardilli, *Bona fides* cit., 38.

<sup>91</sup> Cic., *De off.* 3.65-67: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

[...] *Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnus praestari oportere. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset vendito [...];*

<sup>92</sup> Cardilli, *Bona fides* cit., 50-52.

<sup>93</sup> Gai., Dig. 50.17.57: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.*

<sup>94</sup> Paul., Dig. 19.2.24 pr.: *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si boni viri arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

giuridico, o anche Dig. 50.8.3.2 (*Ulp. 3 opinion.*)<sup>95</sup>, secondo cui, qualora per accordo si devolva alla valutazione di un *bonus vir* la commisurazione del pagamento del canone durante una situazione di sterilità del fondo, interviene la buona fede temperata dalle caratteristiche del negozio tipico di locazione-conduzione, un frammento che palesa sia la presenza della *bona fides* in momenti propri dell'ordinario atteggiarsi dei rapporti privatistici sia il legame tra questa e la funzione economico-sociale dei negozi, trasfusa, incorporata nella loro tipicità. Un aspetto che ne amplia il carattere integrativo: la *bona fides* è in grado di accrescere l'entità dell'*oportere*, delle obbligazioni reciproche assunte in base all'accordo, il cui contenuto non è limitato al solo volere delle parti<sup>96</sup>. A conclusione, si nota come la *bona fides* assuma nell'esperienza giuridica romana i tratti del principio giuridico<sup>97</sup>, ma la sua consacrazione a principio avviene in tempi moderni, con i codici contemporanei e attraverso lo sviluppo della relativa giurisprudenza che la fissa a clausola generale del diritto.

Da meno in un anno in vigore, il Codice civile cinese è perfetto rappresentante di tali codici contemporanei, in cui la buona fede è principio generale dell'ordinamento. Ciononostante, pur non essendo la *bona fides* sancita esplicitamente quale clausola generale, è, come dimostra la ricostruzione diacronica, nel diritto romano che si sviluppa l'embrione di quella forza espansiva che la renderà principio ed è sempre nel diritto romano che si delinea la sua caratterizzazione sostanziale. Andando a individuare i profili della buona fede nel Codice, in questa sede, data la storia giuridica del diritto civile cinese, è utile precisare che, mentre negli ordinamenti francese e italiano la clausola generale nella sua duplice valenza semantica è espressa da un unico termine, nel BGB la buona fede viene resa con l'espressione *guter Glaube* per la sua valenza soggettiva e *Treu und Glauben* per quella oggettiva<sup>98</sup>. Ciò è degno di nota perché il diritto civile tedesco fu modello principale nella recezione del sistema romanistico e influenzò il diritto cinese nell'introduzione del principio di buona fede: infatti, il concetto è stato reso con due termini diversi, *shanyi* (善意) per buona fede soggettiva e *chengshi xinyong de yuanze* (诚实信用的原则) per buona fede oggettiva<sup>99</sup>.

È *chengxin* (诚信), forma breve per *chengshi xinyong*<sup>100</sup> che compare nell'articolo 7 del Codice civile, segnalando, formalmente, la delimitazione del principio al concetto di buona fede oggettiva: "le parti di un rapporto giuridico devono compiere le loro attività giuridiche secondo il principio di buona fede, comportarsi onestamente e rispettare ciò per cui si sono impegnate"<sup>101</sup>. Dall'analisi completa del testo codicistico, però, si riscontra la presenza della buona fede soggettiva segnalata dalle locuzioni "*bona fide opposite party/ies*" o "*bona fide third party*", dove il termine è reso con

<sup>95</sup> Ulp., Dig. 50.8.3.2: *Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitrato in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.*

<sup>96</sup> R. Cardilli, *Societas Vitae in Cic. De off. 3.70 e obligatio consensu contracta*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja* 105 (2011), 195; Porcelli, *Hetong* cit., 163; Cardilli, *Bona fides* cit., 41; Cardilli, *Vir bonus* cit., 205 e 207.

<sup>97</sup> Si vedano gli ulteriori e preziosi riferimenti riportati e analizzati in Cardilli, *Bona fides* cit., 60-62 e nt. 122.

<sup>98</sup> S. Novaretti, *Le clausole generali nel diritto cinese: la nozione di buona fede e la giurisprudenza*, in *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli 2009, 341; Xu Guodong, *Buona fede oggettiva e buona fede soggettiva nel diritto romano*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 2 (marzo 2003).

<sup>99</sup> Novaretti, *Le clausole* cit., 342.

<sup>100</sup> Novaretti, *Le clausole* cit., 343.

<sup>101</sup> Riporto la traduzione ufficiale inglese dell'art. 7: The parties to civil legal relations shall conduct civil activities under the principle of good faith, adhere to honesty, and fulfil their promises. Nel testo cinese ricorre il termine *chengxin* (诚信): "民事主体从事民事活动, 应当遵循诚信原则, 秉持诚实, 恪守承诺".

*shanyi* dal significato di “buona intenzione”<sup>102</sup>; la sistematica è sempre significativa e la posizione formale delle due clausole di buona fede, oggettiva tra i principi generali e soggettiva in singoli precisi articoli, indica “che la Cina non ha promosso simultaneamente la buona fede soggettiva al rango di principio basilare anche per tutti i rapporti civili”<sup>103</sup>, considerando la valenza soggettiva, la valutazione della condizione psicologica e intellettuale del soggetto, in determinate ipotesi. Passando in rassegna gli articoli del Codice, troviamo la buona fede soggettiva espressa in materia di diritti reali negli articoli sul possesso (art. 459, art. 460, art. 461), dove non viene esplicitamente chiarita la nozione, bensì sono presentate tre situazioni che il possessore potrebbe dover fronteggiare – il danno alla cosa (mobile o immobile) posseduta, la rivendicazione della cosa e dei suoi frutti avanzata dal nudo proprietario, la richiesta di compensazione dal nudo proprietario per il danno o la perdita della cosa –, e, rispetto a queste, vengono previste diverse conseguenze a seconda della natura del possessore, in buona fede o in mala fede. Naturalmente, qualora il possessore sia di mala fede, il trattamento è peggiore rispetto a quello del possessore in buona fede: ad esempio, si veda l’articolo 461 che, richiesta la cosa, danneggiata o perduta, dal proprietario, obbliga il possessore di mala fede, oltre alla restituzione di importi riscossi da un’eventuale assicurazione e alla corresponsione di danni compensatori, al pagamento di ulteriori somme di denaro per la copertura intera del danno subito dal proprietario<sup>104</sup>. Ancora, in materia di diritti reali, la buona fede soggettiva compare nella disciplina degli acquisti *a non domino* (art. 311) e qui, rilevante è l’articolo 313 dove, trascurando quella che è forse una ripetizione superflua, pare esser contenuta la definizione *a contrario* del soggetto in buona fede, cioè chi non conosce o non avrebbe potuto conoscere l’esistenza del diritto originale sulla cosa mobile al momento del trasferimento<sup>105</sup>. Sono poi numerosi gli articoli in cui sono inseriti i sintagmi “terzo in buona fede” o “parte in buona fede”, ad esempio in tema di non opponibilità, qualora non sia stata dovutamente fatta la registrazione, di servitù (art. 374) o di diritto di usufrutto su terra contadina (art. 335, art. 341) o di diritto reale su cose mobili da registrare (art. 225) o di informazioni sulla persona giuridica (art. 65). La buona fede oggettiva, invece, compare esplicitamente poche volte, ulteriore conferma del suo carattere di clausola generale che, essendo posta in principio, non necessita di esser continuamente ribadita. Costante è la sua presenza lungo tutta la vita (e oltre) del contratto: nella fase precontrattuale, di formazione del contratto, regolata dall’articolo 500, che espressamente sancisce la vincolatività del principio di buona fede e prevede la responsabilità per danno se questa venga violata per comportamenti contrari allo standard di correttezza, come fingere di contrattare, nascondere intenzionalmente informazioni rilevanti per la contrattazione o darne di false<sup>106</sup>,

<sup>102</sup> Il primo articolo in cui compare l’espressione è l’articolo 61 c.3: *Any restriction on the legal representative’s right of representation imposed by the bylaws or the supreme organ of the legal person shall not be set up against bona fide opposite parties*. Nel testo cinese ricorre il termine *shanyi* (善意): “法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制, 不得对抗善意相对人.”

<sup>103</sup> Xu Guodong, *Buona fede* cit.

<sup>104</sup> Art. 461: Where a possessed immovable or movable is damaged or lost, and the rights holder of such immovable or movable claims compensation, the possessor shall return the insurance money, compensatory damages, or indemnity, among others, as compensation for the damage or loss, to the right holder. If the damage to the right holder is not fully covered thereby, the possessor in bad faith shall also compensate for the uncovered part.

<sup>105</sup> Art. 313: After the transferee in good faith obtains a movable, the original rights on the movable shall be extinguished, unless the transferee in good faith knows or should have known such rights at the time of transfer.

<sup>106</sup> Art. 500: The party shall be liable for damage if it is under one of the following circumstances in contracting and thus causing losses to the other party: (1) Pretending to contract, and negotiating in bad faith. (2) Deliberately concealing important facts relating to contracting or providing false information. (3) Performing other acts which violate the principle of good faith.

fattispecie a cui si aggiunge quella prevista dall'articolo 501, altra ipotesi di violazione della clausola generale di buona fede che, tra l'altro, viene specificata con l'esatta indicazione del comportamento da tenere, ossia non diffondere o utilizzare scorrettamente qualsivoglia informazione confidenziale appresa durante la negoziazione<sup>107</sup>; nella fase di esecuzione (art. 509 comma 2)<sup>108</sup>; nella fase successiva alla terminazione del rapporto contrattuale (art. 558)<sup>109</sup>. Poi, con esplicito riferimento al negozio giuridico in generale, comprendendo quindi sempre il contratto ma estendendosi alle altre fattispecie negoziali, la buona fede oggettiva si trova espressa nell'articolo 142 in tema di interpretazione della dichiarazione di volontà propria del negozio giuridico, bilaterale o unilaterale<sup>110</sup>, e, infine, indirettamente nel primo comma dell'articolo 94<sup>111</sup> dalle parole "honest replies", in cinese 如实 (*rúshí*), in cui è contenuto l'ideogramma 实, *shí*, significante "vero" ed elemento della parola 秉持诚实 (*bǐngchí chéngshí*), traducibile con "essere onesti", espressione che nell'articolo 7 segue quella corrispondente a "principio di buona fede"<sup>112</sup> e ne è declinazione. Dunque, in sostanza, pur se più presente nel dettaglio nella regolazione del contratto, il principio di buona fede attraverso l'articolo 7 è principio di base e in quanto tale non è confinato all'ambito dell'obbligazione, ma investe tutto il diritto civile, dai rapporti giuridici familiari ai diritti reali, passando per il campo dell'illecito civile e delle successioni: esso "alimenta in chiave più pervasiva l'agire dei soggetti civili"<sup>113</sup>. Non è solo una dichiarazione valoriale, ma è l'enunciazione di uno strumento tecnico-giuridico che può arricchire, integrare, plasmare il contenuto del rapporto instauratosi tra soggetti di diritto, tramite l'applicazione dello standard di lealtà e correttezza che rappresenta<sup>114</sup>.

Tra diritto cinese e diritto romano, il principio di buona fede è uno dei fili più spessi che li unisce: presente sia quale elemento soggettivo sia quale parametro oggettivo, la buona fede risulta imperituro lascito romanistico e qui, nel Codice civile cinese, assume un ruolo rinnovato. Il fondamento romanistico è evidente in materia di diritti reali e nel concetto di parte o terzo in buona fede, elaborazione questa successiva al diritto romano che dalla *bona fides* soggettiva, codificata nelle fonti – relativa principalmente all'acquisto *a non domino*, al possesso e all'usucapione –, trae la sua essenza. Per quanto riguarda la buona fede oggettiva, con il Codice viene resa clausola generale, ma già da tempo, con la Legge sui Contratti (1999), era entrata a far parte del sistema, impiegata quale criterio per la formulazione del giudizio; anche qui, emerge il fondamento

<sup>107</sup> Art. 501: A trade secret or any other confidential information the parties learn in contracting shall not be disclosed or improperly used, no matter the contract is formed or not; and if the party discloses or improperly uses such trade secret or information, causing loss to the other party, it shall be liable for damages.

<sup>108</sup> Art. 509 c.2: The parties shall abide by the principle of good faith, and perform obligations of notification, assistance, and confidentiality, etc. in accordance with the nature and purpose of the contract and the transaction practice.

<sup>109</sup> Art. 558: After the termination of an obligation, the parties shall observe the principles such as good faith and perform obligations such as notification, assistance, confidentiality, and recycling of used things in accordance with the relevant transaction practices.

<sup>110</sup> Art. 142: c.1: The meaning of a declaration of will made to an opposite party shall be interpreted according to the words used as well as considering the relevant clauses, nature and purpose of the act, customs, and the principle of good faith". c.2: In the interpretation of a declaration of will made without an opposite party, the true will of the actor shall be determined by considering the relevant clauses, nature and purpose of the act, customs, and the principle of good faith, rather than a total confinement to the words used.

<sup>111</sup> Art. 94 c.1: Donors shall be entitled to ask the donation-based legal person about the use and management of donated property and give their opinions and recommendations, and the donation-based legal person shall give honest replies in a timely manner.

<sup>112</sup> Novaretti, *Le clausole* cit., 343.

<sup>113</sup> R. Cardilli, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese. Rivista di Studi sulla Cina Contemporanea* 167 (2020), 55.

<sup>114</sup> Cardilli, *Precisazioni romanistiche* cit., 163.

romanistico: da una parte, *oportere ex fide bona* per tutti i rapporti giuridici e in tutte le loro fasi, dall'altra, strumento valutativo a disposizione del giudice, per “arricchire il contenuto del vincolo giuridico, vuoi attraverso l'integrazione dei doveri tipici, secondo una regola obiettiva di correttezza e lealtà, vuoi paralizzando doveri voluti espressamente dalle parti, ma che, nel contesto dell'adempimento, potrebbero confliggere inesorabilmente con detta regola”<sup>115</sup>.

Infine, per ragioni di completezza, è doveroso accennare al fatto che la buona fede, in particolar modo nella *law in action*<sup>116</sup> e in diverse trattazioni dottrinali<sup>117</sup> non è percepita solo come criterio di derivazione occidentale, romanistica; invero, essendo per molti aspetti coincidente con i valori confuciani (in particolare, *xin*, 信, l'onestà, e *yi*, 義, la giustizia, due delle virtù fondamentali)<sup>118</sup>, viene spesso riletta in collegamento con il criterio dell'equità e, in particolare, della ragionevolezza (*heli*, 合理), di matrice tradizionale, che rende la valutazione del rapporto giuridico e degli interessi delle parti orientata alla considerazione del contesto socio-economico – ricomprese sono le condizioni delle parti – in cui il rapporto si è instaurato<sup>119</sup>.

Dunque, constatata l'interazione tra fondamenti romanistici ed elementi “tipicamente cinesi”, si può affermare che, sul terreno della buona fede, ci sia un incontro *cultural-giuridico*, che unisce due modi di intendere il diritto sempre più vicini.

#### 4.- Libertà negoziale.

*Libertas inaeestimabilis res est*<sup>120</sup>, *libertas omnibus rebus favorabilior est*<sup>121</sup>, recitano due frammenti dal libro 50 del Digesto, rispettivamente di due giuristi dell'età classica, Paolo e Gaio. La libertà pare dunque essere bene, non quantificabile, di suprema importanza per l'uomo. Ma, parlando di libertà negoziale, è opportuno andare al di là delle enunciazioni assiologiche, e investigare la reale natura della *libertas* calata nel campo del diritto privato, una *libertas* che si definisce più agevolmente in base ai suoi limiti piuttosto che ai suoi contenuti. Innanzitutto, il discorso si apre con la *summa divisio*<sup>122</sup>, la differenziazione tra uomini liberi e schiavi che inevitabilmente connota le caratteristiche dell'autonomia privata: ben prima delle limitazioni all'attività civilistica del soggetto, ci sono i limiti sul soggetto stesso. Con riguardo all'attività, il precipuo fattore limitante è la tipicità, la predisposizione di determinate figure negoziali, i tipi, definite dal diritto e a cui i

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Per due casi giudiziari di applicazione del principio di buona fede, si veda Cardilli, *Precisazioni romanistiche cit.*, 168-171.

<sup>117</sup> Toti, *Diritto cinese cit.*, 156-158.

<sup>118</sup> Il sistema etico confuciano ha come principio guida e fine ultimo dei suoi insegnamenti la conservazione dell'armonia universale, di cui componenti particolari sono l'armonia del singolo, l'armonia della famiglia e, allargando il cerchio, l'armonia dello stato. Si raggiunge e si mantiene l'armonia, l'ordine, attraverso l'osservanza dei cosiddetti “Tre Gang e Cinque Chang”: i “Tre Gang” sono le essenziali relazioni umane (governato e sottoposto, marito e moglie, padre e figli), mentre i “Cinque Chang” sono i cinque elementi, le quattro virtù e il *Li*, a cui è fondamentale ispirarsi. Le virtù sono *Ren* (la benevolenza verso gli altri, il senso dell'umanità), *Yi* (la giustizia, la giusta misura nel trattare gli altri e nel comportarsi all'interno della società), *Zhi* (la saggezza), *Xin* (l'onestà), a cui si aggiunge il rispetto del *Li*, l'insieme delle regole rituali e sociali. Cfr. M. Granet, *Il pensiero cinese*, Milano 2018 (prima pubblicazione del volume: 1934), 418-422; Li Xiaoping, *L'esprit du droit chinois: perspectives comparatives*, in *Revue internationale de droit comparé* 49.1 (1997), 8 e 24; Cheng Anne, *Entretiens de Confucius*, tradotto dal cinese in francese, Paris 1981, 124; Zhang Lihong, *Confucianism, Communism and Democracy-A Triangular struggle in China*, in *Understanding China today: an exploration of politics, economics, society, and international relations*, 2017, 315; S. Pozzi, *Confucio re senza corona*, Milano 2019, 101.

<sup>119</sup> M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova 2004, 355.

<sup>120</sup> Paul., Dig. 50.17.106.

<sup>121</sup> Gai., Dig. 50.17.122.

<sup>122</sup> Gai Inst. 1.9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

consociati tendono in via principale a far riferimento per regolare validamente i propri affari, scegliendo, per l'appunto, il tipo adatto. Tipicità che non è vuoto formalismo, ma è valore perché la costruzione del tipo ha reso inderogabili certe strutture, certi contenuti, necessari alla concretizzazione della funzione economico-sociale del negozio<sup>123</sup>. Non solo: significativo è Inst. 1.8.2, dove è presente un limite diverso da quello della tipicità: il diritto di disposizione sullo schiavo – che è *res* – derivante dal *dominium*, dalla proprietà su costui, non può spingersi senza giustificazione all'intollerabile maltrattamento e all'uccisione, eventi contrari all'ordinamento che “ha interesse che uno non usi malamente il suo”<sup>124</sup>, una libertà di esercizio del proprio diritto che incontra il limite imposto dalla comunità<sup>125</sup>. È comunque nel diritto romano che si forma l'embrione, il nucleo dell'odierna libertà negoziale. La sua enunciazione si riscontra in C. 4.10.5<sup>126</sup>, costituzione imperiale (293 d.C.), diretta a risolvere il quesito sulla possibilità di recesso unilaterale, la quale si apre affermando la libertà negoziale esistente tra i consociati, intesa quale libertà nella scelta di concludere o meno un contratto, di eleggere lo schema contrattuale come strumento per regolare i propri interessi privati che, però, una volta scelto andrà rispettato. Dal punto di vista della forza creativa dell'autonomia privata, esempi ne sono l'attenzione data alla formazione della volontà del singolo, con le ipotesi di errore, dolo e violenza, in funzione della validità dell'atto negoziale<sup>127</sup>, e l'importanza del testamento, negozio ampiamente trattato dalle fonti, strumento a garanzia della libertà dell'individuo che può disporre del futuro del suo patrimonio secondo la sua volontà, evitando la regolamentazione della successione legittima<sup>128</sup> e venendo salvaguardato dal divieto dei patti successori<sup>129</sup>. A tal riguardo, tra i numerosissimi frammenti in materia, significativi possono essere i seguenti: Inst. 2.10.4<sup>130</sup>, da leggersi insieme alla costituzione C. 6.23.29, in cui, menzionando i requisiti per fare testamento (i testimoni, la loro presenza, la sottoscrizione del testatore e dei testimoni, i sigilli), illustrati in Inst. 2.10.3<sup>131</sup>, si esplicita che il fine della procedura,

<sup>123</sup> R. Cardilli, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. Fiori (cur.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2008, 74-75.

<sup>124</sup> Inst. 1.8.2: *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire. nam ex constitutione divi Pii Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur quam qui servum alienum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coeretur. [...] et recte; expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur.*

<sup>125</sup> S. Schipani, *Expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur. Intervento di chiusura dei lavori*, in S. Schipani, G. Terracina (cur.), *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali: Convegno internazionale, Roma, 29-30 novembre 2007-1° dicembre 2007*, Roma 2009, 337 ss.

<sup>126</sup> C. 4.10.5: *Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. Quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.*

<sup>127</sup> Banfi, *Qualche considerazione cit.*, 62.

<sup>128</sup> Schulz, *I principi cit.*, 136-137.

<sup>129</sup> I patti successori vengono ripudiati dal diritto romano proprio perché sono considerati strumenti limitativi della libertà del testatore, il quale rimarrebbe vincolato all'accordo – sorto *inter vivos* e irrevocabile – sul destino di tutto o di una parte del proprio patrimonio, non potendo più ritrattare le sue volontà, pur se ancora in vita. Si rinvia a S. Lo Iacono, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui “patti successori” istitutivi*, Milano 2019, 182-309, per un quadro generale sulla materia e per una ricerca in merito ai profili più problematici dell'istituto, mai propriamente concepito quale categoria generale dal diritto romano. Da ultime, per una recente trattazione del tema si veda il volume M. F. Merotto, *I patti successori dispositivi nel diritto romano*, Napoli 2020.

<sup>130</sup> Inst. 2.10.4: *Sed his omnibus ex nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.*

<sup>131</sup> Inst. 2.10.3: *Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris*

potenziata dalla costituzione con un ulteriore requisito, è la garanzia della genuinità della volontà del testatore; Inst. 2.11 pr.<sup>132</sup> dove si disciplina la peculiare ipotesi del testamento del militare che, durante la spedizione, può fare testamento in qualsiasi forma, essendo dispensato dalla fitta procedura ordinaria poiché è a stretto contatto con la morte e corre il rischio che la sua volontà possa rimanere inascoltata, che la libertà di disporre del suo patrimonio improvvisamente venga meno. Inoltre, ritornando al discorso sui limiti e sulla tipicità, è importante segnalare la presenza di accordi sinallagmatici atipici, elaborati in epoca tardoimperiale, sulla base dell'idea che, concluso un qualsivoglia accordo per prestazioni corrispettive, dall'esecuzione della prestazione sorga l'obbligo di adempiere la controprestazione<sup>133</sup>; in via generale, figura codificata, a seconda dell'oggetto dell'accordo, nei primi quattro frammenti di Dig. 19.5.5 (*Paul. 5 quaest.*)<sup>134</sup>. Dunque, nel diritto romano, l'interazione tra tipo e autonomia privata comporta che il primo costituisca “la trama privilegiata delle possibilità della seconda”<sup>135</sup>, ma non è l'esclusiva e l'individuo ha di fronte a sé varie possibilità con cui gestire i propri affari, entrare in rapporto con altri soggetti, avere garanzia che la propria volontà sia liberamente formulata e rispettata<sup>136</sup>.

Dalla panoramica romanistica, la libertà negoziale si configura quale espressione in stretto rapporto con l'autonomia privata, pressoché sinonimica, e, ancora adesso, indica “la attività e la potestà di darsi un ordinamento, un assetto ai propri rapporti o interessi”<sup>137</sup>, riconosciuto e tutelato da parte del sistema giuridico entro cui il soggetto, detentore di questa libertà, si colloca. Il negozio è l'atto attraverso cui la libertà negoziale si attua: esso, infatti, è lo strumento tramite cui l'iniziativa individuale si spiega, creando nuove posizioni di interessi secondo le regole, le direttive scelte dai privati stessi, enti o persone fisiche<sup>138</sup>. Il tutto è, però, inserito all'interno dell'ordinamento statale che sia riconosce e tutela la libertà negoziale, sia ne traccia i confini, limitandola e, al verificarsi di determinate ipotesi, sanzionandola. In Cina, come testimoniano le leggi più importanti prodromiche al Codice<sup>139</sup>, la piena libertà negoziale, riconosciuta e garantita al pari di altri ordinamenti giuridici moderni, è stata una conquista graduale. Il Codice, convogliando in un unico corpo gli sviluppi di ogni ambito del diritto civile, sancisce in modo definitivo la tutela e il campo d'azione dell'autonomia privata. L'articolo 5 contiene l'enunciazione generale del principio di libertà negoziale: “I soggetti di diritto conducono le loro attività civili secondo il principio del libero arbitrio, e creano, modificano o estinguono rapporti giuridici nel rispetto delle loro volontà”<sup>140</sup>. È questa una libertà che ha come premessa il riconoscimento della capacità giuridica degli individui, siano essi persone fisiche o giuridiche, i quali sono liberi nel determinare i propri rapporti giuridici,

---

*signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.*

<sup>132</sup> Inst. 2.11 pr.: [...] *quoquo enim modo voluntas eius suprema sive scripta inveniatur sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius* [...].

<sup>133</sup> G. Scherillo, F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, Milano 2005, 428-429.

<sup>134</sup> Paul., Dig. 19.5.5.1: [...] *do ut des*; Paul., Dig. 19.5.5.2: [...] *do ut facias* [...]; Paul., Dig. 19.5.5.3: [...] *faciam ut des* [...]; Paul., Dig. 19.5.5.4: “[...] *facio ut facias* [...]”.

<sup>135</sup> Cardilli, *Il problema della resistenza* cit., 14.

<sup>136</sup> Yang Zhenzhan, *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in *Index* 21 (1993), 538-539.

<sup>137</sup> E. Betti, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. Ita.* 1 (1957), 1020 ss.

<sup>138</sup> Id., *Autonomia* cit., 1020 ss.

<sup>139</sup> I Principi Generali del Diritto Civile del 1986, la Legge sui contratti del 1999, la Legge sui diritti reali del 2007, i Principi Generali (Parte Generale) del Diritto Civile del 2017.

<sup>140</sup> Riporto la traduzione ufficiale inglese dell'art.5: The parties to civil legal relations shall conduct civil activities under the principle of free will, and create, modify, or terminate civil legal relations according to their own wills.

in termini sia di scelta dei negozi da mettere in atto sia di contenuto degli stessi. Il primo aspetto emerge nell'articolo 135<sup>141</sup>, in cui si afferma che un negozio può avere qualsiasi forma, a patto che non ne sia specificatamente prevista una per legge: in via generale, viene espressa una scelta antiformalistica per la conclusione dei negozi giuridici che viene ribadita nel libro sui contratti agli articoli 46<sup>142</sup> e 469<sup>143</sup>, rispettivamente sulla possibilità di contratti atipici e sulla libertà di forma. Il secondo, invece, si ritrova *in primis* nella definizione di negozio giuridico all'articolo 133<sup>144</sup>, dove il negozio giuridico è descritto come l'atto dei soggetti di diritto per creare, modificare, estinguere rapporti giuridici per mezzo di una dichiarazione di volontà, e nell'articolo 134<sup>145</sup> che specifica la possibilità di negozi giuridici unilaterali. Di poi, viene riaffermato attraverso l'intera disciplina della dichiarazione di volontà, dall'articolo 137 all'articolo 142, regolando dettagliatamente le relative vicende (ad esempio, validità della dichiarazione, caratteri delle recettizietà, l'interpretazione del contenuto), ed ancora emerge dagli articoli immediatamente successivi che, in tema di validità del negozio giuridico, annoverano la verità, la genuinità della volontà tra i tre elementi per la validità (art. 143), trattando di seguito delle ipotesi in cui questa conformità al vero non sussiste (art. 146, dichiarazione falsa, art. 147, errore "grave", "gross misunderstanding", art. 148-149, dolo, art. 150, violenza). Ovviamente sarebbero tantissimi gli articoli da menzionare, basti pensare alla più specifica disciplina sul contratto (art. 464 e ss.) e sul testamento (art. 1143, comma 2<sup>146</sup> e le varie disposizioni poste a presidio e garanzia della genuinità della volontà testamentaria, da art. 1134 ad art. 1143 comma 1), sintomo della configurazione della libertà negoziale quale principio informante il sistema. Ma non è una libertà incondizionata, non è l'unico principio. Ad inizio dell'analisi, infatti, si è detto che la libertà negoziale è riconosciuta dall'ordinamento e in questo riconoscimento sono introdotti anche i limiti all'autonomia: non è una libertà assoluta, ma calata nella struttura dello Stato e temperata con le altre esigenze della società. Composita è la cornice che attornia la libertà negoziale e, rimanendo nella sfera dei principi generali, in cui peraltro tutte le disposizioni più dettagliate trovano radice comune, oltre alle già citate clausole di equità e buona fede, essenziale è l'articolo 8: "I soggetti di diritto non devono porre in essere i propri rapporti giuridici in violazione della legge e in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume"<sup>147</sup>. Ivi viene codificato il principio di liceità, solido argine all'autonomia privata, che contempla non solo l'ipotesi della legge, ma anche l'ordine pubblico e il buon costume, categorie generali che acquistano sostanza in base alla realtà sociale, politica, culturale del singolo Paese. Molto più estesi e pervasivi erano i limiti del diritto romano, eppure, proprio qui il seme della libertà negoziale fu piantato, dando la possibilità al soggetto di diritto di scegliere le modalità giuridiche attraverso cui

<sup>141</sup> Art. 135: Juridical acts may be made in written, verbal, or other forms; but if any law or administrative regulation requires or the parties agree upon a particular form, such a particular form shall be adopted.

<sup>142</sup> Art. 467: For a contract not expressly provided for in this Code or any other law, the General Provisions of this Book shall apply, and the provisions on the most similar contracts in this Book or any other law may apply *mutatis mutandis*.

<sup>143</sup> Art. 469 c.1: The parties may contract in written, oral, or any other form. c.2: "Written form" means a written contract, letter, telegram, telex, facsimile, or any other form that can tangibly express the contents contained therein. c.3: A data message that tangibly expresses the contents contained therein by electronic data interchange, e-mail, or any other means and is readily available for access and inspection shall be treated as a written form.

<sup>144</sup> Art. 133: Juridical acts are acts of the parties to civil legal relations to create, modify, or terminate civil legal relationships through a declaration of will.

<sup>145</sup> Art. 134: Juridical acts may be formed based on the unanimous declaration of will by two or more parties or based on the declaration of will by a single party.

<sup>146</sup> Art. 1143 c.2: Wills shall manifest the genuine intention of the testators and those made as a result of fraud or under duress shall be void.

<sup>147</sup> Riporto la traduzione ufficiale inglese dell'art.8: The parties to civil legal relations shall not conduct civil activities in violation of the law, nor contrary to public order and good morals.

regolare i propri interessi. Uno sviluppo che ha richiesto tempo ed è stato notevolmente sollecitato dallo sviluppo commerciale, che ha spinto verso la creazione di nuove figure negoziali e l'estensione di strutture ed elementi giuridici già esistenti; a grandi linee, si può affermare che, non troppo diversamente da Roma, la Cina, apertasi all'economia di mercato, in qualche decennio ha visto l'autonomia privata, la volontà delle parti, gli "spazi di manovra" dei consociati – riconosciuti tutti come soggetti giuridici –, acquisire terreno rispetto alle norme imposte dallo Stato, fulcro dell'ordinamento civilistico nel sistema di economia pianificata<sup>148</sup>.

### 5.- Osservazioni conclusive.

Le considerazioni svolte su tre principi tipici dell'esperienza giuridica romana, che risultano ereditati dal diritto civile cinese, sembrano dimostrare che il neonato Codice civile sancisca definitivamente l'appartenenza dell'ordinamento cinese alla tradizione romanistica. Il nuovo ordinamento appare membro dinamico e proficuo dove la scelta sistematica di una parte generale, contenente i principi del sistema, è pienamente abbracciata, come dimostrano i tre principi scelti, ripresi talvolta esplicitamente da articoli sparsi nei libri della parte speciale, ma, soprattutto, enunciati e presenti quali elementi di caratterizzazione essenziale, travi portanti del sistema. La comparazione diacronica realizza, poi, il fine principale di portare l'analisi nei meandri contenutistici e sostanziali dei concetti giuridici generali selezionati: partendo dal diritto romano, accostato alla disciplina codicistica cinese, si rileva che equità, buona fede e libertà negoziale hanno natura di pilastri per entrambi gli ordinamenti e sostanziano il legame tra diritto cinese e diritto romano, affondando le loro radici concettuali proprio in quest'ultimo. L'adozione della precisa chiave prospettica del diritto romano permette di costruire una rilettura dei principi generali che evidenzia tangenze e aspetti di derivazione romanistica. Ciò conduce a due riflessioni: *in primis*, si attesta feconda la ripresa del diritto romano che, così come avevano osservato gli studiosi della delegazione imperiale, inviata nel 1906 in Europa per indagarne gli ordinamenti, è fondamento, *principium*, comune radice dei moderni sistemi giuridici continentali, al cui tavolo siede da poco anche l'ordinamento civilistico cinese. Inoltre, l'introduzione e l'incorporazione di elementi romanistici all'interno di un ordinamento che non è vergine, ma ha una sua storia giuridica, comporta che i fondamenti romanistici si fondino agli elementi "tipicamente cinesi", in un continuo processo di adattamento e rinnovamento. Si instaura così uno scambio che è rapporto bilaterale, teso verso reinterpretazioni e nuove riprese del diritto romano, il quale, dunque, ne esce rivitalizzato, riscoperto, rinnovato, confermando la sua vitalità senza tempo.

Abstract: Lo studio dei principi generali del neonato Codice civile cinese dimostra l'assunzione dell'impostazione sistematica di stampo euroromanista che, inserendo tali principi nella parte iniziale e generale del corpo codicistico, li non li confina, ma li eleva ad elementi costituenti l'intero sistema. Ma non solo: il legame con il diritto romano affiora, in modo manifesto e sostanziale, dall'identificazione di caposaldi romanistici nei principi generali. Attraverso la comparazione diacronica al diritto dell'antica Roma, si ricostruiscono tre fondamenti del diritto privato romano – *aequitas*, *bona fides* e libertà negoziale – e, così, viene messa in luce la presenza di radici romanistiche all'interno del diritto civile cinese. Il Codice civile cinese 2020 pare, dunque, affermare definitivamente l'appartenenza dell'ordinamento civilistico sinico alla tradizione romanistica: l'influenza del modello continentale-romanista, pur affiancata dall'esistenza di apporti

---

<sup>148</sup> Jiang Ping, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, in *Index* 24 (1996), 452.

di altri modelli giuridici e da elementi “tipicamente cinesi”, emerge evidente così come risulta chiaro il permanere del diritto romano quale vivo punto giuridico di riferimento.

Parole chiave: Codice civile cinese, principi generali, tradizione romanistica, caposaldi romanistici, equità, buona fede, libertà negoziale.

Abstract: The study of the general principles of the recent Chinese Civil Code illustrates the presence of a systematic Euroromanist approach which, by inserting these principles in the initial and general part of the legislative body, does not confine them there, but elevates them to fundamental elements of the entire system. Furthermore, the connection with Roman law emerges, in a manifest and substantial way, from the recognition of Roman law cornerstones in these general principles. Through the diachronic comparison to the law of ancient Rome, three fundamental elements of Roman private law are depicted – *aequitas*, *bona fides* and freedom of contract – and, thus, the presence of Roman law roots within Chinese civil law is highlighted. The Chinese Civil Code 2020 therefore seems to definitively affirm the belonging of the Sinic civil law system to the Romanist tradition. Indeed, albeit flanked by the existence of contributions from other legal models and by "typically Chinese" elements, the influence of the continental-Romanist model seems evident as well as the persistence of Roman law as a living juridical point of reference.

Key words: Chinese civil code, general principles, Roman law tradition, Roman law cornerstones, fairness, good faith, freedom of contract.