

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
« VITTORIO SCIALOJA »

Terza Serie Vol. XL - XLI

Volume CI - CII della collezione

(Estratto)

ROBERTO FIORI

IUS CIVILE, IUS GENTIUM, IUS HONORARIUM:
IL PROBLEMA DELLA «RECEZIONE» DEI
IUDICIA BONAE FIDEI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

<html><head></head><body><pre style="word-wrap: break-word; white-space: pre-wrap;">

Scheda dettagliata
Catalogo SBN

Ricerca: BID=IT\ICCU\URB\0008924

Scheda: 1/1

Livello bibliografico: Periodico

Tipo documento: Testo a stampa

Titolo:

BULLETTINO dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja" / Università degli studi "La Sapienza", Roma. Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"

Pubblicazione:

, 1888-

Descrizione fisica:

Milano : A. Giuffrè, 1888 -

Numeri:

[ISSN] 0391-1810

[ACNP] P 00055065

Nomi:

Sapienza Università di Roma [scheda di autorità]

Lingua di pubblicazione:

ITALIANO

Paese di pubblicazione:

ITALIA

Codice identificativo:

IT\ICCU\URB\0008924

Permalink:

<http://id.sbn.it/bid/URB0008924>

Dove si trova:

PU0127 - URBAG - Biblioteca delle facoltà di Giurisprudenza e Scienze politiche dell'Università degli studi di Urbino - Urbino - PU - [consistenza] 1 (1888); 4 (1891) - 5 (1892); 9 (1896) - 10 (1898); 12 (1900); 21 (1909); 24 (1911) - 26 (1913); 28 (1915); 30 (1921); 33 (1923) - dal 1988 al 1912 in 36.04

</pre></body></html>

ROBERTO FIORI

**'IUS CIVILE', 'IUS GENTIUM', 'IUS HONORARIUM':
IL PROBLEMA DELLA «RECEZIONE»
DEI 'IUDICIA BONAE FIDEI'**^{*}

I

1. È opinione nota e largamente dominante che l'appartenenza dei *iudicia bonae fidei* al *ius civile* sia il frutto di un processo graduale, per lo più descritto dalla dottrina in termini di «recezione». Questi rapporti sarebbero infatti nati nel diritto pretorio e solo con il tempo, per l'opera della giurisprudenza, sarebbero stati accolti nell'alveo del diritto civile¹.

^{*} Testo in parte diverso della relazione tenuta il 25 gennaio 2002 presso l'Università di Salzburg, in occasione del *Symposium zum Römischen Zivilprozessrecht zu Ehren von Karl Hackl anlässlich seiner Emeritierung*, destinato alla pubblicazione nei relativi atti.

¹ Oltre agli autori discussi in testo, mi limito a ricordare P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², München-Leipzig, 1912, 48 s.; B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei Schuldverhältnissen*, in «ZSS», XXXIX, 1918, 196; H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfanddikt*, in «ZSS», LXII, 1942, 207 s.; G. PUGLIESE, in «SDHI», XX, 1954, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, 173; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 195; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, 189 e 191 ss.; *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 15 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 53. Il senso dato alla parola «recezione» da V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine* (1912), ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 369 s., è diverso: egli ipotizza un tardo ingresso del *ius gentium* nel *ius civile*, ma non ritiene che in questo processo abbia alcun ruolo il *ius honorarium* (cfr. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*³, Napoli, 1957, 148 s.: 166 s.; *Istituzioni di diritto romano*⁴, Napoli, 1960, 26 s. e nt. 2); occorre però ricordare che nel pensiero dello studioso parrebbe esserci qualche esitazione: ad es., a sostegno della propria ipotesi egli cita il Mitteis (ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 370, nt. 1) che come vedremo pensa ad una recezione dal *ius honorarium*. Seguendo F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 99 s., si dovrebbe eliminare il problema. L'a. afferma infatti che non si può parlare di recezione del diritto pretorio nel diritto civile, perché si sarebbe giunti ad una classificazione delle azioni solo tardi: all'inizio tutte le azioni saranno state considerate come *in factum conceptae* e solo più tardi ci si sarebbe posti il problema del loro rapporto con il *ius civile*; a questo punto i *iudicia bonae fidei* sarebbero stati ricompresi nel *ius civile*. Ma mi sembra una prospettiva difficile da accogliere: la differenza tra *formulae in ius* e *formulae in factum conceptae* è strutturale, perché solo nelle prime si fa riferimento al *ius*; dovremmo pensare, per accogliere l'ipotesi di una classificazione tardiva, non ad una semplice sistemazione teorica, ma ad una vera e propria riscrittura di tutte le formule *in ius*. Contrari all'ipotesi di una recezione sono L. ARNDTS, *Ipse dolus und quasi dolus?* (1861), ora in *Gesammelte civilistische Schriften*, I, cit., 403 s.; *Die lex Maenia de dote vom Jahr der Stadt Rom 568* (1868), *ibid.*, 442; A. UBBELOHDE, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, Marburg-Leipzig, 1870, 80 ss. (ma cfr. *infra*, nt. 101); M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, III, Leipzig, 1875, 843 ss., 890 s., 909, 910; IV, Leipzig, 1875, 455, 609 ss.; P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei. Editi e formulae in factum*, in «Studi senesi», XXIV, 1906, 346 ss.; G. GROSSO, in «SDHI», VIII, 1942, ora in *Scritti storico-giuridici*, IV, Torino, 2001, 175; in «Riv. filol. class.», 1956, ora in *Scritti*, IV, cit.,

La teoria è stata presentata sotto diverse forme.

Il primo a proporre l'ipotesi in termini articolati è stato Moriz Wlassak². Secondo lo studioso austriaco, i rapporti per i quali successivamente sarebbero state create le formule civilistiche dei *iudicia bonae fidei* avrebbero in origine ricevuto protezione mediante *formulae in factum*.

Le ragioni di questa innovazione sarebbero, per il Wlassak, numerose.

In primo luogo, si sarebbe avvertita l'esigenza di superare i limiti connotati al *ius honorarium*, in quanto dipendente dall'*imperium*, trasformando la situazione giuridica sostanziale tutelata dal pretore in *ius* «im eigentlichen Sinne»³.

Inoltre, si sarebbe sentita la necessità di attribuire al giudice una maggiore libertà di valutazione superando i limiti delle *formulae in factum* — per le quali l'editto è l'unica base normativa e dunque il giudice è strettamente vincolato al dettato della formula —, mediante l'adozione di azioni che non solo sono *civiles* — e dunque permettono l'integrazione del contenuto della formula con i precetti del *ius* — ma addirittura rinviano alla *bona fides*⁴.

D'altronde, secondo il Wlassak, non sarebbe questo l'unico caso di «rezezione»: egli ricorda soprattutto — fra gli altri possibili esempi⁵ — l'estensione

419 ss.; in «BIDR», LXV, 1962, ora in *Scritti*, IV, cit., 511 ss.; *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, 64 ss. (ma in *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, Torino, 1960, 77, pensa ad una «rezezione nel *ius civile* di alcune figure sorte nel diritto pretorio», anche se parla di una «rezezione di rapporti nel *ius civile*» che «può essere spiegata senza che debba farsi capo ad una creazione pretoria»: *ibid.*, 72, nt. 5.); *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma* (1973), ora in *Scritti*, cit., I, Torino, 2000, 935 ss.; J. PARICIO, *Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, in *Estudios B.M.R. Yanes*, II, Burgos, 2000, 187 ss.

² *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena, 1879, 153 ss.: cfr. anche *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig, 1891, 302 s., nt. 10; s.v. *Actio*, in «RE» I.1, Stuttgart, 1893, 311; *Die klassische Prozessformel: mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig, 1924, 22, nt. 44; *Rechtshistorische Abhandlungen*, Wien, 1965, 75 s. L'a. austriaco sviluppava spunti cursori della dottrina precedente: cfr. A. DESJARDINS, *Les deux formes des actions depositi et commodati*, in «RHD», XIII, 1867, 128 ss., 138 ss.; E. ZIMMERMANN, *Ächte und unächte negotiorum gestio*, Gießen, 1872, 11, nt. 13 (su entrambi cfr. WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 153, nt. 1; cfr. anche L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 54, nt. 32).

³ WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 154 s.

⁴ WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 159 ss.

⁵ WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 181 ss.: la trasformazione della tutela del precarista, da quella pretoria dell'interdetto recuperatorio (Paul. 13 *ad Sab.* D. 43, 26, 14; Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47, 2, 14, 11) a quella civilistica dell'*actio praescriptis verbis* o della *condictio incerti* (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43, 26, 2, 2 e Iul. 49 *dig.* D. 43, 26, 19, 2; Paul. Sent. 5, 6, 10); la civilizzazione della *manumissio* pretoria da parte della *lex Iunia*; la recezione del principio del risarcimento dell'attore nell'ipotesi di *alienatio iudicii mutandi causa facta* — tutelata dal pretore mediante un'*actio in factum* all'interesse (Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4, 7, 1 pr. e Paul. 12 *ad ed.* D. 4, 7, 8, 1) — nell'ipotesi di perdita dolosa del possesso nell'*hereditatis petitio* (sancita dal senatoconsulto Giuvenziano: Ulp. 15 *ad ed.* D. 5, 3, 13, 14 e D. 5, 3, 25, 2) e nella *rei vindicatio* (grazie all'intervento dell'*interpretatio prudentium*: Paul. 21 *ad ed.* D. 6, 1, 27, 3. Cfr. anche Paul. 22 *ad ed.* D. 50, 17, 131; Ulp. 71 *ad ed.* D. 50, 17, 157, 1; cfr. anche MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 55); l'applicazione dell'*actio confessoria* all'ipotesi della *refectio viae*, per la quale era utilizzato anche un *interdictum* (Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 4, 5; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43, 19, 3, 11); la trasformazione della *traditio*, da modo di acquisto *iuris gentium* del solo *in bonis habere* a modo di acquisto del *dominium* per le *res nec mancipi*. Qualche anno dopo, L. MIT-

delle regole onorarie delle azioni edilizie all'*actio empti*, che sarebbe stata tale da consentire l'esperimento dell'azione civile anche in contesti tipicamente edilizi⁶.

2. Una dottrina più recente — espressa principalmente nei contributi di Wolfgang Kunkel, Max Kaser e André Magdelain — si è mossa su binari differenti, ipotizzando non un cambiamento del tipo di formula (dalle formule *in factum* ai *iudicia bonae fidei* civilistici), bensì una trasformazione della stessa formula con *oportere ex fide bona* da pretoria a civile⁷.

L'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei* sarebbe dimostrata innanzitutto dagli esempi di quei rapporti (deposito, comodato e *negotiorum gestio*) che conservano, accanto alla formula civilistica, una più antica *formula in factum*⁸.

Ma, soprattutto, le fonti testimonierebbero la derivazione di tutte le *actiones civiles* dalla *lex*⁹: cosicché, data la nota definizione ciceroniana dei *iudicia bonae fidei* come *actiones (iudicia) sine lege*¹⁰, si dovrebbe concludere per l'originaria natura pretoria di questi ultimi. In altre parole, l'*oportere ex fide bona* avrebbe un fondamento diverso dal semplice *oportere*: il secondo sarebbe basato sulla *lex*, il primo sulla *iurisdictio* del pretore¹¹. Quest'ultimo, e in

TEIS, *Zur Lehre von der sog. conditio generalis*, in «JJ», XXXIX, 1898, 167 ss.; *Römisches Privatrecht*, I, cit., 55 ss.; cfr. 227; 245 ss. e nt. 36, aggiungerà a questo elenco: la nascita di una tutela civilistica per la responsabilità *quod iussu del dominus*, l'ampliamento delle fattispecie di interdizione del prodigo al di là dei limiti decemvirali (ipoteticamente), la rilevanza civilistica della violenza ai fini dell'inefficacia del negozio nonché (ancora ipoteticamente) la recezione della c.d. *clausola generalis* della *in integrum restitutio* nell'ambito degli effetti dell'errore sui contratti del *ius gentium*.

⁶ Cfr. Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19, 1, 6, 4 e Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 1 (*actio civilis*); Vat. fr. 14 e Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 31, 17 (azione edilizia *in factum*), su cui WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 167 ss. Cfr. anche MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 55 e gli altri autori richiamati in G. IMPALLOMENEI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 248, nt. 25.

⁷ M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in «ZSS», LIX, 1939, 52 ss., specialmente 67 ss.; *Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in «ZSS», LXI, 1941, 153 ss., specialmente 181 ss.; *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 289 ss.; in «ZSS», LXXI, 1954, 430 ss., specialmente 436 ss.; *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 109 ss.; *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 202 s., 207, 485 s.; *Ius honorarium und ius civile*, in «ZSS», CI, 1984, 30 ss., 83 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 153 ss.; W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 1 ss.; A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, 42 ss.

⁸ KUNKEL, *Fides*, cit., 3.

⁹ L'opposizione tra *actiones legitimae* (= *civiles*) e *actiones honorariae* è tratta da Cic. *Rosc. com.* 15, su cui però cfr. *infra*, § 9. Il MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 9 s., cita anche Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 12, ma — come rileva il PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 166 — il passo non può essere utilizzato neanche in ipotesi per sostenere una opposizione esaustiva.

¹⁰ Cic. *off.* 3, 61, su cui MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 42 ss. Cfr. tuttavia, per una diversa interpretazione del passo, DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 348, nt. I (su cui cfr. *infra*, nt. 111).

¹¹ KUNKEL, *Fides*, cit., 4 ss.; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 46 s. Quest'ultimo afferma che il termine *oportere* non sarebbe inizialmente limitato al diritto civile, ma figurebbe anche in clausole di diritto pretorio e in senatoconsulti precedenti l'affermazione del potere legislativo del senato. Rispetto al primo esempio, il Magdelain cita (oltre a O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch*

particolare il pretore peregrino¹², avrebbe trasformato il dovere morale rappresentato dalla *fides*¹³ — ritenuto vincolante non solo dai romani, ma anche dai peregrini¹⁴ — in dovere giuridico, ponendola a fondamento dell'*oportere* pretorio¹⁵.

La «civilizzazione» dei *iudicia bonae fidei* sarebbe invece frutto dell'opera dei *prudentes*, indirizzati¹⁶ — o, addirittura, tratti in inganno¹⁷ — dall'assenza di una clausola edittale e dalla presenza, invece, di un *oportere*: l'origine onoraria di quest'ultimo, denunciata dalla clausola *ex fide bona*, sarebbe stata infatti dimenticata dai giuristi perché risalente alla sfera più antica dell'attività del pretore, al punto che la *bona fides* si sarebbe potuta trasformare, da fondamento della pretesa, in mero criterio di quantificazione¹⁸. In particolare per il Magdelain¹⁹, la recezione sarebbe avvenuta in due tempi. Dapprima, per quei rapporti che riguardavano questioni civili — come mostrerebbe il fatto che solo compravendita, società, dote, tutela e fiducia sono ricomprese nel sistema di Sabino. In seguito — dopo Sabino, ma prima di Gaio — i *iudicia bonae fidei* sarebbero stati tutti «civilizzati» sull'esempio delle azioni scelte da Sabino.

3. Una terza ipotesi di «recezione» — solo parziale — è infine quella propo-

zu seiner Wiederherstellung³, Leipzig, 1927, 268 s.) M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift Fr. Schulz*, II, Weimar, 1951, 53 s., ma occorre notare che lo studioso austriaco aveva ben presente il valore «amministrativo» di questo *oportere*; al contrario, il Magdelain parrebbe intenderlo — così come anche gli altri esempi — nel senso di un uso relativo a rapporti tra privati (cfr. PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 172 s.).

¹² Così KUNKEL, *Fides*, cit., 8. Il KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 295 ss. (cfr. KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 156) ed il MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 48, nt. 1, tendono a ravvisare un ruolo importante anche del pretore urbano.

¹³ La natura morale originaria della *bona fides* sarebbe rintracciabile nell'*exceptio* contenuta nell'editto provinciale di Q. Mucio (*extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*), che avrebbe un valore differente dall'*oportere ex fide bona* contenuto nell'*intentio* delle azioni di buona fede, in quanto non esprimerebbe un'obbligazione, ma un imperativo etico che domina la lite (MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 49 s. Cfr. anche M. KASER, *Die lex Aebutia*, in *Studi E. Albertario*, I, Milano, 1953, 53, nt. 10). Peraltro, in questo contesto andrebbe spiegata la presenza, in *lex Rubria* 20, lin. 23-31, dell'*intentio* di una *stipulatio* costruita non sulla base di un semplice *oportere*, ma di un *oportere ex fide bona*: per il KUNKEL, *Fides*, cit., 9 ss., quest'ultima sarebbe la formulazione originaria, legata alla natura *iuris gentium* della *stipulatio*; solo successivamente, una volta «civilizzati» i *iudicia bonae fidei*, l'*intentio* sarebbe mutata per l'influenza della *spensio*; per il MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 52 ss., invece, la peculiarità della clausola si spiegherebbe con il fatto che la formula riportata nella *lex Rubria*, essendo fittizia, è certamente onoraria, e questa natura si estenderebbe alle parole *ex fide bona* (l'a. critica l'ipotesi del Kunkel, sostenendo che un contratto formale non potrebbe dar vita ad un'azione che invece rifugge il formalismo: *op. cit.*, 52, nt. 2; ma cfr. PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 174). Su queste fonti, cfr. *infra*, nt. 49.

¹⁴ KUNKEL, *Fides*, cit., 5 s., 8 s.; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 47 s.

¹⁵ KUNKEL, *Fides*, cit., 7; 11; KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, cit., 68 s.; *Die Anfänge der manumissio*, cit., 181 s.; *Das altrömische Ius*, cit., 90 ss.; 289 ss.; *Das römische Privatrecht*, cit., I², 484 e 487; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 47.

¹⁶ KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, cit., 71.

¹⁷ MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 55 ss.

¹⁸ KUNKEL, *Fides*, cit., 2; 8; KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, cit., 69, nt. 1; *Die lex Aebutia*, cit., 53; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 55.

¹⁹ MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 55 ss. Ma cfr. anche KASER, in «ZSS», LXXI, 1954, 438.

sta da Franz Wieacker²⁰. Per questo autore i *iudicia bonae fidei* sarebbero stati una creazione pretoria²¹, realizzatasi però non nell'ambito della *iurisdictio peregrina*, bensì in quella *urbana*²². Non tutti i rapporti tutelati mediante *iudicia bonae fidei*, infatti, potrebbero essere ricondotti al commercio internazionale. Anzi, la categoria andrebbe distinta in due sottogruppi²³.

Da un lato i rapporti che appartenevano già al diritto arcaico, o che comunque costituivano sviluppi di istituti propri del *ius civile* tradizionale, in cui la *fides* aveva un ruolo importante già in epoca antichissima²⁴. Per questi, la creazione dei *iudicia bonae fidei* non poteva rappresentare una protezione processuale del tutto nuova, ma solo una «modernizzazione» di quella più risalente, resa maggiormente elastica — così per *tutela, societas iure proprio Romanorum*, mandato, fiducia, deposito, forse *actio rei uxoriae*²⁵.

Dall'altro quei rapporti che non avevano alcuna relazione con il diritto tradizionale — come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e (forse) la *societas* nelle sue forme più recenti — rispetto ai quali il riferimento alla *fides* costituiva una «neue Verpflichtungsgrundlage» che non rinviava al vincolo arcaico, ma voleva superare i limiti del formalismo, consentendo al giudice di compiere una valutazione del rapporto più elastica e più aderente alla complessità dei nuovi negozi²⁶.

Posta una simile distinzione, l'incontro tra le due categorie non si sarebbe potuto trovare sul piano sostanziale — ossia sull'unità del concetto di *fides* — bensì su quello processuale. I *iudicia bonae fidei* sarebbero nati — per il Wieacker come per il Kaser — come formule non *in ius*, ma *in fidem conceptae*²⁷, create dal pretore essenzialmente allo scopo di ampliare l'*officium iudicis* e di tutelare le pretese relative ad un *incertum*. La *bona fides* sarebbe dunque essenzialmente un parametro di stima, nel senso che il giudice sarebbe stato chiamato ad esprimersi come *bonus vir*.

Naturalmente, per quei *iudicia bonae fidei* che facevano riferimento a rapporti civilistici arcaici, un problema di «recezione» non si sarebbe neanche posto. Ma i giuristi non avrebbero avuto dubbi circa la riconducibilità al *ius civile* anche dei rapporti la cui tutela era stata creata per la prima volta dal pretore: sia per il fatto che esistevano *iudicia bonae fidei* già civilistici, sia perché anche i negozi consensuali avevano comunque dei legami con istituti del *ius civile* (e precisamente con la *mancipatio* o il *consortium ercto non cito*)²⁸.

²⁰ F. WIEACKER, *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS», LXXX, 1963, 1 ss.

²¹ WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 1 ss.

²² WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 9 ss.

²³ WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 29 ss.

²⁴ WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 20 ss.

²⁵ WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 29 ss. e nt. 110.

²⁶ WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 31 ss.

²⁷ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, 458.

²⁸ WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 37.

II

4. A mio avviso, ciascuna di queste ricostruzioni può dar adito a perplessità.

Il Wlassak assume come argomento principale di dimostrazione la necessità di superare i limiti del *ius honorarium*, rendendo le pretese oggetto di *iudicia bonae fidei* «*ius* in senso proprio».

A me sembra che questo rilievo sia troppo generico per essere probante. Se si dovesse ritenere pressante una simile necessità, ci si dovrebbe interrogare sul perché altri istituti altrettanto importanti — pensiamo all'*in bonis habere* o alla *honorum possessio* — non abbiano subito un analogo processo di civilizzazione e siano rimasti sempre pretori.

Non solo, ma a ben vedere gli stessi esempi di «recezione» addotti dal Wlassak a sostegno della sua ipotesi — ed in particolare il caso del rapporto tra editto edilizio ed editto del pretore²⁹ — sono poco persuasivi. Al riguardo, parrebbe opportuno seguire il Kaser nel distinguere tra vera e propria «Rezeption» e semplici «Reflexwirkungen des Honorarrechts auf das zivile»³⁰: una cosa è la recezione di azioni, ossia la nascita, all'interno del diritto civile, di azioni che prima non vi erano ricomprese; un'altra è il semplice influsso di un regime onorario su azioni civili preesistenti.

Nel caso delle azioni edilizie, di sicuro vi è stata un'influenza della responsabilità edilizia sulla disciplina civilistica dei vizi della cosa venduta³¹: ma ciò è avvenuto facendo perno sull'ampiezza del parametro della *bona fides* — come lo stesso Wlassak deve ammettere³² —, ossia innestandosi sull'*actio civilis* di compravendita, non creando una nuova azione né applicando l'azione onoraria in ambito civilistico³³. E allo stesso modo — mi sembra —

²⁹ Prescindendo dai dubbi sulla genuinità dei passi, rispetto ai quali cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., 247 ss.; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, 80, nt. 70; 83 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, 322, nt. 216, tutti con bibliografia.

³⁰ *Ius honorarium und ius civile*, cit., 87 ss., e specialmente 90.

³¹ Quale ad es. mi sembra ravvisi M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (diritto romano)*, in «ED», XLVI, Milano, 1993, 446, in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 1; anche HONSELL, *Quod interest*, cit., 84 s., parla di «recezione del diritto edilizio», ma non nel senso che sia stata recepta l'*actio quanti minoris*, bensì nel senso di un esaurimento della stessa da parte dell'*actio empti*. Va rilevato, d'altronde, che gli autori che — come W. KUNKEL, *D. 19. 1. 13 pr.-2*, in «ZSS», XLVI, 1926, 285 ss. — hanno ipotizzato un intervento successivo (per il Kunkel, postclassico) ed un originario riferimento all'*actio quanti minoris*, hanno immaginato un'operatività di questa nel solo ambito del diritto edilizio.

³² WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 177. Cfr. in questo senso anche HONSELL, *Quod interest*, cit., 86; A. WATSON, *Sellers' Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, in «Iura», XXXVIII, 1987, 170 s.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 320 ss.

³³ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1954, 361 s.: «non si sarebbe potuto ... intentare le azioni ... redibitoria ed estimatoria davanti al tribunale del pretore urbano o peregrino». Diverso — ed accettabile — il senso attribuito alla «recezione» da R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 321 s.

devono essere interpretati come «Reflexwirkungen» anche gli altri esempi³⁴.

³⁴ Rispetto al precario, è bene rilevare che nei passi citati dal Wlassak le azioni civili — siano o meno interpolati i riferimenti all'*actio praescriptis verbis*, come ritiene la maggioranza della dottrina: cfr. per tutti P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano, 1969, 195, nt. 47; 201, con indicazioni bibliografiche — mirano a tutelare non il precario, ma fattispecie nelle quali, non potendosi parlare di precario in senso proprio, non è esperibile l'interdetto. Si danno allora rimedi di ripiego, avvicinando il rapporto all'arricchimento ingiustificato (dal quale discende la *condictio incerti, id est praescriptis verbis*: cfr. ampiamente ZAMORANI, *op. cit.*, 201 ss.) o al comodato (dal quale deriva un'*actio civilis sicut commodati*: cfr. ancora ZAMORANI, *op. cit.*, 237 s.). In realtà, ancora i giuristi severiani affermano esplicitamente che contro il precarista non esiste un'azione civile (Ulp. 29 *ad Sab. D.* 47, 2, 14, 11: *non est contra eum civilis actio*; ; cfr. anche Paul. 13 *ad Sab. D.* 43, 26, 14) e che proprio per questo motivo è necessario l'interdetto. Né può parlarsi di «recezione» in quelle fattispecie in cui ad una iniziale tutela pretoria si sia sostituita una tutela civilistica in virtù di una *lex*, come nell'ipotesi della *lex Iunia de manumissionibus*. È chiaro che in questi casi una «civilizzazione» è possibile, in quanto la *lex* può essere fonte di nuovo *ius civile*, ma non si tratta di una «recezione» (operata dai *prudentes*), bensì di una vera e propria «rifondazione» legislativa dell'istituto (per gli stessi motivi non mi sembra possa parlarsi di «recezione» per la «civilizzazione» del processo formulare da parte della *lex Aebutia* e dalle *leges Iuliae*, come invece propone il KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 208; cfr. anche, dello stesso a., *Ius honorarium und ius civile*, cit., specialmente 102, 113). Lo stesso deve ripetersi in ordine all'asserita recezione dei principi applicati dal pretore in caso di *alienatio iudicii mutandi causa facta*, nell'ambito dell'*hereditatis petitio* e della *rei vindicatio*. Non è questa la sede per occuparci diffusamente del rapporto tra le due ipotesi, che comunque non sono certo coincidenti, né per discutere delle possibili implicazioni del rapporto tra l'*actio in factum* di cui parla Gaio nei suoi *libri ad edictum provinciale* — che ad esempio F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, 158 ss., riteneva limitata alla *iurisdictio* del governatore provinciale — e la *restitutio in integrum* pretoria: cfr. ancora KNIEP, *loc. cit.*; per una differente funzione, invece, si pronunciano LÉNEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 126 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, 1974, 12 s., 254 s.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 299 e nt. 25-26. Basti rilevare, rispetto alle modifiche al regime dell'*hereditatis petitio* introdotte dal senatoconsulto Giuvenziano, che anche in questo caso la fonte della «civilizzazione» della regola sarebbe comunque di rango legislativo. È, per quanto riguarda il regime della *rei vindicatio*, che — anche ammettendo la classicità di tale ampliamento (sulla dubbia genuinità di Paul. 21 *ad ed. D.* 6, 1, 27, 3, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in «Studi Cagliati», XLIII, 1964, 161, nt. 121; M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den actiones in rem*, in «ZSS», XCVIII, 1981, 113 ss., 126 e 146, e KASER-HACKL, *op. ult. cit.*, 252 e nt. 3; difende la genuinità S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, 113 ss., seguito di recente da M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar-Wien, 1995, 45 s.) — l'adozione del principio è espressamente presentata nelle fonti come un'estensione analogica (per *consequentia*) del principio fissato per l'*hereditatis petitio* (cfr. per tutti SCHIPANI, *op. cit.*, 113 ss.; W. WALDSTEIN, *Konsequenz als Argument klassischer Juristen*, in «ZSS», XCII, 1975, 52 e nt. 100; KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden*, cit., 112); in altri termini, pur se mediata dall'*interpretatio prudentium*, la regola poggia su una fonte legislativa. Di nessun rilievo mi sembrano poi gli altri esempi. Rispetto alla *refectio viae*, è agevole notare che il rapporto tra *interdictum* e *actio confessoria* non è certo prospettabile in termini di recezione, bensì discende dall'essere il primo strumento possessorio, ed il secondo petitorio, con tutto ciò che ne deriva necessariamente sul piano della natura, pretoria o civile, della tutela. Rispetto alla supposta valenza originaria della *traditio* solo sul piano del *ius honorarium*, basti ricordare che oggi non vi sono dubbi circa la risalenza della *traditio* come modo di acquisto del *dominium* sulle *res nec mancipi* ad un periodo assai precedente la nascita dell'*actio Publiciana* (cfr. per tutti KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 131 [*legis actio sacramentis*], 139). Passando agli esempi portati dal Mitteis, non mi sembra possa trarsi alcun argomento dalla possibilità di perseguire la responsabilità *quod iussu* del *dominus* anche in azioni civilistiche. Ancora una volta — ma la stessa ipotesi di un passaggio della regola dal diritto pretorio al civile suscita forti dubbi: mi limito a rinviare a E. VALINO, *Las acciones adiecticiae qualitatis y sus relaciones básicas en derecho romano*, in «AHDE», XXXVII, 1967, 407 ss., con critica al Mitteis ed esame della letteratura e delle fonti — non si tratterebbe di una «civilizzazione» di azioni pretorie, ma dell'ampliamento del raggio d'azione di *actiones civiles* già esistenti, a ricomprendere fattispecie sostanziali che prima ricevevano una tutela solo pretoria. Un discorso simile va fatto in ordine alla tutela civilistica della *vis* e dell'*error*: gli esempi richiamati dallo studioso — cioè Paul. 11 *ad ed. D.* 4, 2, 21, 3-4 e, in generale,

5. Il punto è che la ricostruzione del Wlassak non distingue fino in fondo il piano delle *formulae* — intese come gli strumenti predisposti dal pretore per garantire una pretesa — da quello delle *actiones*, intese come le pretese stesse, nella loro veste processuale.

L'ipotesi dello studioso austriaco, infatti, è fondata esplicitamente sul rilievo che alcuni rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei* avevano, ancora in età storica, una formula *in factum* accanto a quella *in ius*: deposito, comodato, *negotiorum gestio*. A partire da questa notazione, egli ipotizza la priorità cronologica del rimedio pretorio su quello civilistico, estende quest'ipotesi a tutti i *iudicia bonae fidei*, ed infine desume dalla natura dello strumento primigenio di tutela l'origine (sostanzialmente) pretoria dei rapporti³⁵.

Si tratta però di un'argomentazione evidentemente discutibile. Anche volendo ammettere la priorità storica della *formula in factum* su quella *in ius* — ma, è bene ricordarlo, non vi sono prove al riguardo — e l'esistenza originaria di *formulae in factum* per tutti i rapporti successivamente ricompresi nei *iudicia bonae fidei*, non potremmo comunque sostenere, per ciò solo, l'origine sostanzialmente pretoria di questi ultimi. Il fatto stesso che le *formulae in factum* del deposito, del comodato e della *negotiorum gestio* continuino ad esistere accanto a quelle *in ius*, pur se con funzioni diversificate³⁶, dimostra che non esistono impedimenti di ordine dogmatico alla tutela di un rapporto civilistico mediante una formula *in factum*: è sufficiente che nella formula si faccia riferimento non all'*oportere*, ma al solo evento storico. Se è vero che il pretore non può creare una tutela civilistica per un rapporto estraneo al *ius civile*, nulla però impedisce che egli crei una tutela pretoria per un rapporto civilistico. Cosicché, mentre l'assenza di una clausola editale è indizio per la

«die zivile Anfechtbarkeit der Kontrakte des Jus gentium wegen Irrtums» (MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 245; comunque, la clausola *si qua alia mihi iusta causa esse videbitur* di Ulp. 12 *ad ed. D. 4, 6, 1, 1* non sembra riferibile all'errore: contro l'ipotesi del Mitteis cfr. soprattutto M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici* [1927], ora in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 10 ss.) non depongono per una «civilizzazione» di strumenti pretori — l'*actio quod metus causa* era e rimase pretoria ed *in factum* (cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 112 ss.); della c.d., *clausola generalis* di D. 4, 6, 1, 1 si è già detto — ma riguardano semplicemente ipotesi di tutela della violenza e dell'errore all'interno dei *iudicia bonae fidei* civilistici — nei quali, com'è noto, l'inefficacia del negozio discende dal ruolo della *bona fides*: rispetto all'*error* cfr. per tutti KASER, *op. ult. cit.*, 237 ss.; *Ius honorarium und ius civile*, cit., 84, nt. 386; sul *metus*, *op. ult. cit.*, 89, nt. 404; gli esempi aggiunti dal KASER, *op. ult. cit.*, 89, nt. 405, non depongono per una «reazione» del diritto pretorio nel *ius civile*, ma testimoniano la possibilità di utilizzare strumenti pretori (*in integrum restitutio*, *actio quod metus causa*, *exceptio metus*) per tutelare fattispecie di diritto civile. Infine, non mi pare vi siano testimonianze per ritenere che l'ampliamento delle ipotesi di *cura prodigi* al di là delle fattispecie decemvirali — certo dovuto all'opera del pretore (cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 85; 278 s.; *Ius honorarium und ius civile*, cit., 88) — abbia avuto effetti civilistici e non meramente onorari. Cfr. in generale anche KASER, *op. ult. cit.*, 87 ss.

³⁵ WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 13 ss., e spec. 15; cfr. anche P.F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in «RHD», XXI, 1897, 254 ss.

³⁶ Mi limito a rinviare, per il deposito, a G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 79 ss.; per il comodato, a F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milano, 1954, 49 ss., 138 ss.; per la *negotiorum gestio*, a G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, *passim*, e specialmente 138 ss., 428 ss.

natura civilistica dell'azione³⁷, la sua presenza non è argomento — come invece asseriva il Wlassak³⁸ — per la natura pretoria. La clausola, infatti, si lega alla natura pretoria della formula, ossia incide sul tipo di tutela processuale, ma non ha nulla a che vedere con la natura sostanziale della pretesa: su questo punto, a mio avviso, sarebbe opportuno tornare ad alcuni spunti presenti nella dottrina pre-wlassakiana³⁹.

Insomma: l'esistenza (ipotetica) di formule *in factum* originarie per tutti i rapporti tutelati mediante *iudicia bonae fidei* non è indizio sufficiente per escluderne la natura civilistica. Al massimo, si può affermare che questi rapporti ricevevano, all'inizio, una tutela semplicemente pretoria, mediante *formulae in factum*, ma non si può escludere che il loro fondamento fosse in ogni tempo civilistico. E allora non si può parlare di autentica «recezione di *actiones*» ma, tutt'al più, di «sostituzione di *formulae*».

Senonché, la stessa ipotesi di una mera «sostituzione» è discutibile, perché se noi ragioniamo sui dati di cui disponiamo, dobbiamo riconoscere che i casi di convivenza di *formulae in factum* con *formulae in ius* a tutela del medesimo istituto si giustificano con una diversa funzione delle azioni⁴⁰. E allora nulla elimina il dubbio che la duplicità di azioni possa essere legata non ad una «civiltizzazione», ma ad altri fattori, e non sia estensibile a fattispecie diverse da quelle per le quali è attestata: nulla impedisce di pensare, cioè, o che i restanti *iudicia bonae fidei* non abbiano mai conosciuto una fase iniziale di tutela *in factum*⁴¹; oppure che, eventualmente, anche per essi vi sia stata un'originaria convivenza di azioni.

6. Le teorie più recenti postulano non una mera sostituzione di *formulae*, bensì una vera e propria recezione di *actiones*. Ma si tratta di ricostruzioni ancora più problematiche.

Mi sembra innanzitutto assai discutibile l'ipotesi di una formula pretoria che rinvii alla *bona fides*. L'ipotesi era già stata avanzata dal Betti⁴², ma il punto è stato sviluppato soprattutto dal Kaser, il quale ha pensato ad una *formula* — per così dire — *in fidem concepta*⁴³: un'azione pretoria che egli sem-

³⁷ Con l'apparente eccezione delle azioni utili e fittizie e delle azioni precedute da interdetto: cfr. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 366 ss., e specialmente 371 s.

³⁸ *Negotiorum gestio*, cit., 16; *Edict und Klageform: eine romanistische Studie*, Jena, 1882, 6 ss. Cfr., adesivo, LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 102 (cfr. p. 339).

³⁹ G. J. RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Göttingen, 1831, 54, nt. 8.

⁴⁰ Cfr. *supra*, nt. 36.

⁴¹ Tranne che, accogliendo la teoria attualmente dominante (cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Processo civile [dir. rom.]*, in «ED», XXXVI, Milano, 1987, 29), non si faccia riferimento ad uno stadio iniziale di tutela *in factum* relativa a tutto il processo formulare: ma su ciò cfr. *infra*, § 14.

⁴² *Su la formula del processo civile romano*, in «Filangieri», 1914, 5 ss., specialmente 43 ss. (estr.).

⁴³ KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 293; *Das römische Privatrecht*, I², cit., 462 e nt. 22; *Studien zum römischen Pfandrecht*, II. *Actio pignoratitia und actio fiduciae*, in «TR», XLVII, 1979, 320 s.; *Ius honorarium und ius civile*, cit., 29 (dove credo vi sia un'erronea inversione dei termini). Il Kaser, per la verità, ha legato la sua ipotesi ad una possibile «Spruchformel» originaria a tutela dell'*actio fiduciae* (data la configurazione «sogettiva» della frase *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim* di

brerebbe considerare parzialmente diversa da quelle *in factum* e relativa ad un periodo in cui non era ancora nata la contrapposizione tra *ius civile* e *ius honorarium*. Il Wieacker ha poi ripreso questa ipotesi, leggendo senz'altro la *formula in fidem concepta* come un tipo di *formula in factum*⁴⁴. A me pare tuttavia che una *formula in factum* non possa strutturalmente far riferimento alla *fides*.

La logica dell'inserzione della *bona fides* accanto all'*oportere* in una *formula in ius concepta* è infatti chiara: essa mira non solo a «fondare» l'obbligazione (il che potrebbe avere senso anche in una logica «pretoria») ma anche a determinarne i limiti in misura più ampia di quanto avviene nelle azioni di stretto diritto, integrando lo scarno *quidquid ob eam rem dare facere oportere* con tutti quei doveri giuridici che l'*interpretatio* ha gradualmente ricondotto alla *bona fides*.

Al contrario, nulla di tutto ciò è ipotizzabile per le *formulae in factum conceptae*⁴⁵. Queste infatti, per usare le parole del Wlassak⁴⁶, sono «strenge

Cic. off. 3, 70), che si potrebbe legare all'ipotesi di una fase storica inizialmente orale del processo formulare (su cui cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sulla scrittura della formula nel processo romano* [1950], ora in *Scritti*, cit., IV, Napoli, 1977, 135 ss.; più cauto in KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 113 s.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 158 s.), ma che egli (KASER, in «ZSS», LXXI, 1954, 434 s.; *Das römische Privatrecht*, I^o, cit., 461, nt. 19-20; *Studien*, cit., 321, nt. 237), però, è attento a tenere distinta dall'ipotesi di una speciale *legis actio fiduciae*, eventualmente anche *in factum*, consuetudinaria (su cui cfr. O. LENEL, *Der Prätor in der legis actio*, in «ZSS», XXX, 1909, 329 ss.; A. WATSON, *The Origins of fiducia*, in «ZSS», LXXIX, 1962, 329 ss.; critici ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 25, nt. 2; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 29 ss.; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 232 e nt. 41; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II. *Le garanzie reali*, Padova, 1963, 65; N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974, 27).

⁴⁴ WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 3; 458.

⁴⁵ Cfr., contro la possibilità di un rinvio alla *bona fides* in una *formula in factum*, F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, 472 ss.; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, I^o, Leipzig, 1881, 496; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1, Halle, 1895, 226, nt. 5; DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 381. Come già rilevava il SAVIGNY, *op. cit.*, 473 ss., all'assolutezza di questo principio potrebbe ostare una testimonianza di Ulpiano in cui si indicano — ricordando Labeone (*ad edictum*: fig. 38 LENEL) — una serie di rapporti tra persone di diversa *dignitas*, e si sostiene che non si debba dare l'*actio doli* al soggetto di rango inferiore, dovendosi preferire un'*actio in factum* in cui si faccia menzione della *bona fides*: *in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat* (Ulp. I1 *ad ed. D.* 4, 3, 11, 1; sui problemi legati alla *dignitas* e all'*actio doli* cfr. J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 66 ss.; P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, 182 ss.). I tentativi di spiegazione dell'anomalia sono stati vari. Il SAVIGNY, *lc. ult. cit.*, ipotizzava che questo riferimento alla *bona fides* non avesse nulla a che vedere con la *bona fides* dei *iudicia bonae fidei* e dunque non avesse come scopo la mitigazione dell'*oportere*, ma mirasse semplicemente ad una più precisa determinazione del fatto; l'a. è stato seguito di recente — pur se sul piano della mera possibilità — da D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 172, nt. 118, ma in assenza di testimonianze analoghe mi sembrerebbe azzardato supporre un simile ruolo «atecnico» della *bona fides* all'interno della formula. Il PERNICE, *op. cit.*, 226, nt. 5, interpretando l'espressione *actio in factum* come un riferimento ad una *formula* editale, ha pensato ad un'interpolazione, argomentando dal principio per cui in una *formula in factum* non può esservi un riferimento alla *bona fides* (pensa ad una interpolazione, ma accennandovi brevemente, anche B. ALBANESE, in «SDHI», XXXVI, 1970, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1862). Altri autori — e sono la maggioranza — pur se talora non escludono un rimaneggiamento, pensano ad un'azione decretale, sia in considerazione della terminologia (*actio*, non *formula in factum*), sia perché già l'*actio doli* è una *formula in factum* (cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 114), cosicché una contrapposizione non avrebbe

Klagen», nel senso che il giudice, non potendo integrare il contenuto della formula neanche fittiziamente con le regole del *ius civile*, è costretto a giudicare avvalendosi dei soli dati risultanti dalla formula⁴⁷. Un'integrazione è possibile solo a partire da un principio normativo: in una *formula in factum*, al massimo, potrà essere inserito un parametro «modale», come la clausola arbitraria, o «quantitativo», come la *condemnatio* all'*aequum et bonum*, ma non elementi di giudizio «qualitativamente» integrativi della pretesa. Non a caso, l'esigenza di tener conto dell'*id quod interest* non è stato risolto, nelle *actiones stricti iuris* e nelle *formulae in factum*, mediante un criterio «oggettivo» come la *bona fides*, ma mediante una operazione di ampliamento «oggettivo» della portata del *quanti ea res est* nella *condemnatio*. Al contrario, la *bona fides* è inserita nell'*intentio*⁴⁸: non è un semplice parametro di quantificazione, ma esprime il fondamento dell'obbligo e per ciò stesso i suoi limiti quantitativi, la sua misura. L'*oportere ex fide bona* esprime un vincolo che, in quanto trova il proprio «fondamento» nella *bona fides*, determina una responsabilità (e dunque una possibilità di condanna) più ampia nella «misura». Ed in questo senso — ma il problema sarà approfondito più avanti — non mi sembra possibile seguire il Wieacker nel considerare la *fides* dei *iudicia bonae fidei* solo come «misura» processuale della condanna, e non anche come «fondamento» della pretesa.

Ma non basta. Come immaginare una *formula in fidem concepta* che non sia né *in ius*, né *in factum concepta*? Come può darsi un medio termine tra questi due estremi? Anche qualora vi fosse davvero stata un'epoca di indistinzione tra le categorie del *ius civile* e del *ius honorarium* quale quella ipotizzata dal Kaser, come poteva il pretore in concreto non distinguere tra il caso in cui egli costruiva la formula facendo riferimento al *ius* esistente, e quello in cui si limitava ad esporre il rapporto storico tra le parti? Se le formule

senso: H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in «ZSS», XIX, 1898, 304 e nt. 2; P. VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico* (1947), ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 45 s.; KASER, *Ius honorarium und ius civile*, cit., 100, nt. 455, ma l'opinione di questo autore è mutata nel tempo: dapprima riteneva il passo interpolato (*Rechtswidrigkeit und Sittenuidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in «ZSS», LX, 1940, 137, nt. 2) e poi genuino (*Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 251, nt. 139); A. WATSON, *Actio de dolo und actiones in factum* (1961), ora in *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande, 1991, 317; MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., 172, nt. 117. A me sembra che, nel senso di una interpolazione, possa deporre l'assenza del rinvio alla *bona fides* nel passo corrispondente dei Basilici (Bas. 10, 3, 11, 1: ἐπὶ τοῦτων οὖν ἢ ἰν' ἀόκτουμ ἀριόζει), che potrebbero aver attinto direttamente all'opera di Ulpiano; ma mi sembrano altrettanto convincenti gli argomenti di chi propende per un'azione decretale. In ogni caso, non mi pare possa desumersi, dalla testimonianza, un'eccezione alla regola dell'incompatibilità della *bona fides* con le *formulae in factum*.

⁴⁶ WLASSAK, *Negotiorum gestio*, cit., 165.

⁴⁷ Mi sembra sia questo il rilievo fondamentale da opporre alla configurabilità di un rinvio alla *bona fides* nelle *formulae in factum*, e non tanto la superfluità di tale rinvio, che è l'argomento per lo più utilizzato dalla dottrina richiamata *supra*, nt. 45.

⁴⁸ Non però nella ricostruzione del BETTI, *Su la formula*, cit., 43 ss., che pensava alla *condemnatio*.

basate sulla *fides* sono informate ad un principio etico, questo principio sarà giuridico oppure sarà extragiuridico, ma non può essere una via di mezzo tra i due. Certo, si potrebbe immaginare una formula pretoria *in ius concepta* — come le *formulae ficticiae* o con trasposizione di soggetti — che faccia riferimento alla *fides*; ma allora bisognerebbe chiedersi su quale formula civilistica si basi la figura pretoria, e non mi sembra possano rintracciarsi modelli di alcun genere.

Insomma: un *iudicium bonae fidei* pretorio parrebbe, da un punto di vista formulare, inconcepibile⁴⁹.

7. Un secondo argomento a mio avviso piuttosto fragile è l'ipotesi di una incomprensione del valore pretorio della *bona fides* da parte dei giuristi classici.

A questa congettura credo possa legittimamente obiettarsi con il Wieacker che i *prudentes* non avrebbero dovuto svolgere un'indagine di storia del diritto per inquadrare correttamente l'*oportere ex fide bona* da un punto di vista dogmatico. Si trattava piuttosto di conoscere o non conoscere il valore di una categoria vigente e di una distinzione (quella tra *actiones civiles* e *actiones honorariae*) operante nella pratica — ad esempio, in ordine al regime della consumazione processuale. È dunque meglio mettere da parte i fattori «dimenticanza» ed «errore»: se vi è stata, la «recezione» può solo essere stata consapevole⁵⁰.

A questo punto, però, si pone un problema di ordine generale che — pur trattandosi di questione tanto complessa e tanto discussa da non poter essere, in questa sede, affrontata come meriterebbe — deve essere tenuto presente.

La giurisprudenza romana ha una funzione indubbiamente normativa e creativa, ma non nel senso che i giuristi romani della repubblica e del primo principato si sentissero autorizzati a creare *ex novo* il diritto, o che ritenessero le proprie opinioni vincolanti per il magistrato o per il giudice oltre i limiti della personale *auctoritas* del giurista⁵¹. L'ampiezza della libertà interpretativa dei *prudentes* è indubbia, e sicuramente si può parlare con il Betti, sul piano dell'analisi storica, di «etero-integrazione» del *ius civile*, nel senso

⁴⁹ Né deve, al riguardo, trarre in inganno la presenza nell'editto del pretore peregrino o di un governatore provinciale di un *oportere ex fide bona*. Sia nella *lex Rubria* che nell'editto di Q. Mucio (rispetto a quest'ultimo mi permetto di rinviare a R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 28 ss.) l'espressione è utilizzata certamente in senso tecnico, ma non è affatto necessario credere che il verbo *oportere* abbia valore onorario (con ciò, naturalmente, lascio da parte il problema del rapporto tra la formula dell'*actio ex stipulatu* con *intentio* al semplice *oportere* e quella con *intentio* all'*oportere ex fide bona*: si tratta di questioni non necessariamente connesse): non vi è motivo di credere che l'*actio ex stipulatu* utilizzata dal peregrino dovesse avere una struttura diversa da quella utilizzata dal romano (cfr. in questo senso anche M. KASER, *Oportere und ius civile*, in «ZSS», LXXXIII, 1966, 12 ss.). Gli effetti del processo — in questo caso, naturalmente, pretori — non discendono infatti dall'*actio*, ma dal *iudicium*, ossia dalle modalità con cui è stata compiuta la *litis contestatio* (cfr. Gai 4, 104).

⁵⁰ Così WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., 38.

⁵¹ GROSSO, *Premesse generali*⁴, cit., 68 ss.

che quest'ultimo era indotto dai giuristi ad evolversi in considerazione delle esigenze economico-sociali che via via si evidenziavano⁵². Ma con l'avvertenza che, sul piano della consapevolezza culturale, il giurista romano — sia il giurista laico sia, e forse ancor più, il sacerdote⁵³ — non mirava ad «inventare» il diritto, bensì a «scoprirlo» come qualcosa di già esistente⁵⁴, all'interno di quella che è stata spesso definita in dottrina come visione «naturalistica» del diritto⁵⁵. Il giurista romano può sostanzialmente ampliare, correggere, integrare il *ius civile* con gli strumenti offerti dalla sua *ars*; ma non giungerà mai a creare consapevolmente qualcosa di completamente nuovo rispetto alla tradizione di cui è interprete.

Ora però, se questo è l'assunto da cui dobbiamo partire, occorrerà convenire che per la giurisprudenza romana era impossibile compiere una cosciente «recezione» di un istituto pretorio nel *ius civile*, perché ciò avrebbe comportato, nel microsistema civilistico⁵⁶, la nascita *ex nihilo* di un nuovo istituto. Ed in fondo non escluderei che sia stata proprio la consapevolezza di questa impossibilità a spingere gli autori qui criticati ad avanzare l'ipotesi — come si è detto, per altri versi inaccoglibile — dell'«errore».

8. A questi rilievi critici mi sembra debba aggiungersi un'ulteriore riflessione.

Proprio gli autori che con più forza hanno sostenuto l'ipotesi di una «recezione» hanno posto, in altri luoghi della loro opera, le premesse per sostenere l'inutilità di un simile sviluppo.

Se infatti volessimo accogliere la teoria del Wlassak sulla portata della *lex Aebutia* — ossia ammettere che la legge avrebbe creato una categoria di *iudicia legitima* con valore meramente processuale, pienamente corrispondenti con quelli più tardi descritti da Gai 4, 109 —, dovremmo concludere che nel processo formulare, ai fini degli effetti del procedimento, la natura (civile o pretoria) dell'*actio* non ha mai, in nessun tempo, pressoché alcun rilievo, se non ricadute secondarie, il cui valore pratico non può certo essere enfatizzato:

⁵² E. BETTI, *Forma e sostanza della interpretatio prudentium*, in *Atti Verona*, II, Milano, 1951, 111 s. È il piano che Betti chiama «sostanziale», che è anche, esplicitamente, quello analizzato dal LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., specialmente 4.

⁵³ BETTI, *Forma e sostanza*, cit., 108 s.; GROSSO, *Premesse generali*⁴, cit., 80; *contra*, rispetto al ruolo della giurisprudenza pontificale, V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana* (1934), ora in *Scritti*, cit., II, Napoli, 1974, 505 ss.

⁵⁴ BETTI, *Forma e sostanza*, cit., 109 (è il piano che Betti chiama «formale»); GROSSO, *Premesse generali*⁴, cit., 69 ss.; LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 9, nt. 8 (che però vede un elemento di contraddizione nel *ius controversum*: ma quest'ultimo è piuttosto l'insieme delle opinioni giurisprudenziali divergenti in merito all'individuazione della soluzione conforme al *ius*).

⁵⁵ Cfr. per tutti KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, cit., 59 («naturrechtliche Anschauung vom Recht»; ma non concordo con l'idea di questo a. che si tratti di un diritto naturale «nazionale»: sul *ius gentium* come parte originaria del *ius civile* e come sistema «sovrannazionale», cfr. *infra*, § 13); GROSSO, *Premesse generali*⁴, cit., 73.

⁵⁶ Ossia non tenendo conto di quello che noi oggi chiameremmo l'«ordinamento giuridico» nel suo complesso, comprensivo del *ius honorarium*.

né prima della *lex Aebutia*, perché in questa fase, qualunque fondamento abbia l'azione, il processo avrà sempre e soltanto effetti pretori; né dopo la *lex Aebutia*, perché la natura civilistica o pretoria degli effetti del processo non discende dalle caratteristiche dell'*actio* ma dalle modalità del *iudicium*. In altre parole: se si accoglie la teoria del Wlassak sulla *lex Aebutia*, occorre concludere che i «limiti del *ius honorarium*» sono stati superati dai romani «civilizzando» non i rapporti, bensì il processo. E allora — una volta chiarito che per ampliare i limiti della valutazione del giudice non era necessario trasformare il fondamento delle azioni⁵⁷ — ci si deve interrogare sull'utilità di uno sforzo di civilizzazione «sostanziale» dei rapporti tutelati mediante *iudicia bonae fidei*: l'unico vantaggio potrebbe essere individuato nella possibilità di una preclusione *ipso iure* anziché *ope exceptionis*; ma è difficile sostenere che una simile utilità potesse, da sola, giustificare uno sviluppo complesso — e, come abbiamo visto, tutto sommato unico — come la «civilizzazione» dei *iudicia bonae fidei*.

Ma non basta. Anche se si tiene conto della dottrina attualmente dominante sulla portata della *lex Aebutia* — che, com'è noto, fa capo al Kaser⁵⁸ — si giunge a risultati non dissimili. Se infatti si afferma che la *lex Aebutia* ha avuto l'effetto di rendere *legitima* i *iudicia* formulari realizzati a Roma, tra *cives* e con *iudex unus* romano, rispetto alle sole *condictiones*, e che unicamente con la *lex Iulia* sia nata la distinzione gaiana, meramente processuale, tra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia*, occorre concludere che: a) prima della *lex Iulia*, per le azioni diverse dalla *condictio* — e dunque per i *iudicia bonae fidei* — il fondamento civilistico non aveva alcun rilievo, posto che il processo avrebbe avuto comunque soltanto effetti pretori; b) dopo la *lex Iulia*, il fondamento della pretesa non aveva alcun rilievo per tutte le azioni, posto che gli effetti civilistici derivavano unicamente dalle modalità della *litis contestatio*.

In effetti, l'unica ricostruzione complessiva della civilizzazione del processo formulare che potrebbe attribuire un senso alla trasformazione dei *iudicia bonae fidei* è quella del Talamanca, per il quale la *lex Aebutia* avrebbe stabilito che la *litis contestatio* dei processi formulari condotti su *actiones civiles*, quando realizzata nel rispetto delle tre condizioni enumerate da Gai 4, 104, producesse lo stesso effetto civilistico della *litis contestatio* delle *legis actiones*⁵⁹.

⁵⁷ *Supra*, § 6.

⁵⁸ KASER, *Die lex Aebutia*, cit., 25 ss. (ma cfr. già *Das altrömische Ius*, cit., 73 s. e 93); altra bibliografia in KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 160, nt. 62.

⁵⁹ M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (ed.), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Napoli, 2000, 185 ss., che sembrerebbe ipotizzare due diverse forme di «civilizzazione» per i *iudicia bonae fidei*: per i contratti consensuali, vi sarebbe stata una trasformazione dell'*oportere ex fide bona* dal piano del *ius honorarium* a quello del *ius civile* (come ipotizzano Kunkel, Kaser e Magdelain); per i contratti reali del *ius gentium*, da una più antica formula *in factum* si sarebbe passati ad un *iudicium bonae fidei* (ormai) civilistico: v. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. MILAZZO (ed.), *Contractus' e 'pactum'*. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Napoli, 1990, 48, nt. 47.

Mi sembra infatti che, se si accogliesse questa lettura, si potrebbe pensare che in epoca post-ebuzia — e prima che i *prudentes* trasformassero i *iudicia legitima* in una categoria meramente processuale⁶⁰ — una civilizzazione dei *iudicia bonae fidei* potesse mirare a consentire l'instaurare, su di essi, di *iudicia legitima*. Tuttavia — anche se non è certo questa la sede per un esame complessivo della teoria del Talamanca⁶¹ — occorre almeno notare che i testi dai quali dovrebbe dedursi, all'interno di questa ricostruzione, l'originaria natura pretoria dei *iudicia bonae fidei* non sembrano consentire alcuna conclusione certa.

9. Il primo passo è il famoso brano della *Pro Roscio comoedo* in cui Cicerone richiama, in rapida successione, le categorie *iudicia legitima*, *arbitria honoraria* e *officia domestica*:

Cic. *Rosc. com.* 15: ... *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus.*

Il contesto entro cui si colloca il discorso ciceroniano è solo parzialmente ricostruibile, perché l'orazione è giunta mutila, mancando non solo l'*exordium* e la *narratio*, ma anche tutta la seconda parte dell'*argumentatio* e la *peroratio*. Si è ipotizzata la seguente vicenda.

L'attore comico Q. Roscio Gallo, l'assistito di Cicerone, aveva stretto un contratto di società con un tal Q. Fannio Cherea: Panurgo, lo schiavo di quest'ultimo, sarebbe stato reso *communis* in cambio dell'istruzione nell'arte teatrale impartitagli da Roscio, ed i frutti della locazione delle sue *operae* sarebbero stati divisi tra i due soci (Cic. *Rosc. com.* 27-29). Panurgo viene tuttavia ucciso da un certo Q. Flavio, ed i due soci — o, per meglio dire, Fannio in nome proprio e quale *cognitor* di Roscio — esperiscono contro il danneggiante un'*actio legis Aquiliae* (Cic. *Rosc. com.* 32). Nelle more di questo processo, Roscio effettua una transazione con Flavio, ottenendo un podere e rinunciando al risarcimento del danno⁶².

⁶⁰ Per il TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 230 ss., la *lex Iulia iudiciorum privatorum* avrebbe abolito le *legis actiones* e fissato la regola sulla *mors litis*, ma non mutato il valore a un tempo sostanziale e processuale attribuito ai *iudicia legitima* dalla *lex Aebutia*: alla valenza meramente «processuale» dei *iudicia legitima* espressa da Gai 4, 109 si sarebbe arrivati solo per il tramite della giurisprudenza, spinta forse dall'allungamento dei tempi processuali, che avrebbe reso troppo breve il termine fissato per i *iudicia imperio continentia*, e comunque facilitata dal «sempre più accentuato degradare, sul piano sostanziale e dell'ideologia dei giuristi, delle differenze fra azioni civili ed azioni onorarie». Sfruttando il dettato della *lex Iulia* — che per il Talamanca si sarebbe limitata a menzionare le tre condizioni enumerate da Gai 4, 104, allorché ha introdotto il principio della *mors litis* — i *prudentes* avrebbero volutamente dimenticato il requisito sostanziale, creando una categoria puramente processuale.

⁶¹ Per una analisi più ampia, mi permetto di rinviare a FIORI, *Ea res agatur*, cit., 54 ss.

⁶² In virtù del danneggiamento, comunque, Fannio ottiene per sentenza da Flavio centomila sesterzi (Cic. *Rosc. com.* 39). Non è chiaro però se il risarcimento sia stato ottenuto nel processo sopra

Su questa transazione nasce la lite tra i due soci: Roscio afferma che l'accordo riguarda solo la sua parte di danno, e pertanto tiene il terreno per sé; Fannio, invece, sostiene che la transazione deve ricadere nella società, e pertanto accusa Roscio di aver violato le obbligazioni assunte nella *societas* tra loro contratta (Cic. *Rosc. com.* 16; 34-43).

Ne derivano — oltre un *actio furti* di Fannio contro Roscio, che però parrebbe esser lasciata cadere in seguito ad un accordo tra le parti (Cic. *Rosc. com.* 16)⁶³ — due procedimenti:

a) un *arbitrium ex compromisso*, che forse discende dall'accordo da ultimo ricordato⁶⁴ e che si chiude, da un lato, con la dazione di 50.000 sesterzi da Roscio a Fannio; dall'altro, con una *stipulatio* in cui Fannio promette di dare a Roscio la metà di quanto avrebbe ottenuto da Flavio;

b) un *actio certae creditae pecuniae*, con cui Fannio cita in giudizio Roscio per ottenere 50.000 sesterzi, e che coincide con il procedimento in cui viene pronunciata l'orazione.

A questi si aggiunge un procedimento nella realtà mai esperito, ma richiamato da Cicerone come possibilità teorica di soluzione del contrasto:

c) un *actio pro socio* che Fannio avrebbe potuto promuovere contro Roscio per il supposto inadempimento alle obbligazioni della società.

Nell'interpretazione delle espressioni *iudicia legitima*, *arbitria honoraria*, *officia domestica*, la dottrina è divisa. Tranne quanti escludono che le locuzioni siano usate in senso tecnico⁶⁵, gli studiosi concordano generalmente sul fatto che le tre figure corrispondano ai procedimenti concretamente avviati nella vicenda di Fannio e Roscio: l'*actio certae creditae pecuniae* rinvierebbe ai

descritto oppure con una seconda *actio legis Aquiliae*: potrebbe essere lo stesso processo, se si ammettesse che i *iudicia legitima* pre-giuristi non erano limitati nel tempo (al riguardo, cfr. per tutti KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 352, nt. 22-24, e TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 234, nt. 666, con bibliografia). Comunque doveva trattarsi di un *actio legis Aquiliae*: in Cic. *Rosc. com.* 55 leggiamo che la transazione compiuta da Roscio lasciò integra l'azione di Fannio.

⁶³ Seguo l'interpretazione di V. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*, in V. ARANGIO-RUIZ (ed.), *Cicerone. Per l'attore comico Quinto Roscio*, Milano, 1964, 309, nt. 20.

⁶⁴ BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 216; G. PUGLIESE, in «Lura», IX, 1958, ora in *Scritti*, I, cit., 268; ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*, cit., 296; 308, nt. 19.

⁶⁵ M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in «ZSS», XXVIII, 1907, 110, nt. 2, per il quale l'espressione *iudicia legitima* comparirebbe «schwerlich in technischer Bedeutung», in quanto non si oppone ai *iudicia imperio continentia*, ma agli *arbitria honoraria*; questi ultimi sarebbero procedimenti arbitrali (cfr. però s.v. *Actio*, cit., 311, dove l'espressione parrebbe intesa nel senso di *actiones honorariae*), e gli *officia domestica* «Sachen der häuslichen Zucht»; PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 167 s.; 268; che comunque propende più per un valore di tipo procedurale (nettamente in questo senso *Figure processuali ai confini tra iudicia privata e iudicia publica* [1948], ora in *Scritti*, I, cit., 392, nt. 1); C. GIOFFREDI, *Iudicium legitimum*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Romae, 1980, 191 ss., secondo il quale le espressioni *iudicia legitima* e *arbitria honoraria* non avrebbero, in Cicerone, una chiara connotazione: i primi parrebbero oscillare dal piano processuale a quello sostanziale, i secondi sembrerebbero restare su quello sostanziale, mentre gli *officia domestica* costituirebbero giudizi «ispirati a criteri semplicemente umani e sociali ai quali deve attenersi l'uditore»; F. CANCELLI, *Iudicia legitima, arbitria honoraria e advocatio di pro Quinto Roscio comoedo*, 5, 15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, in AA.VV., *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, Roma, 1993, 143 ss., che traduce: «i giudizi giuridici tutti, tutti gli arbitramenti d'onore, tutti i doveri privati».

iudicia legitima, l'*actio pro socio* agli *arbitria honoraria*, l'*arbitrium ex compromisso* agli *officia domestica*⁶⁶. Controverso è invece il significato delle espressioni: per alcuni le denominazioni sarebbero legate al fondamento sostanziale delle pretese⁶⁷; per altri, ad un valore sostanziale e processuale insieme⁶⁸; infine, per una restante parte degli studiosi ad un significato meramente processuale⁶⁹.

La scelta tra queste possibilità interpretative ha un certo peso sulla natura del procedimento (virtuale) instaurabile con l'*actio pro socio*. Se infatti: *a*) si ammettesse che tale procedimento sia identificabile con l'*arbitrium honorarium* di cui parla Cicerone; *b*) si pensasse con il Talamanca⁷⁰ che la *lex Aebutia* abbia considerato «legittimi» solo i *iudicia* realizzati su *actiones civiles* in conformità ai requisiti procedurali delle *legis actiones*; *c*) poiché non avrebbe senso ritenere che Cicerone avesse in mente — per un processo che, lo ripeto, non si è mai verificato ed è rappresentato nell'orazione come semplice possibilità teorica — un *iudicium* da svolgersi fuori Roma o con un giudice straniero (pur se tra *cives*); *d*) bisognerebbe concludere che l'*actio pro socio*, in un periodo compreso tra l'83 ed il 66 a.C.⁷¹, aveva natura pretoria⁷². A me sembra tuttavia che il passo non giustifichi simili conclusioni, ed in particolare che da esso non possa trarsi alcuna deduzione in merito alla natura dell'*actio pro socio*.

Se può essere avanzata una critica alle teorie sin qui ricordate, mi sembra che questa debba essere rintracciata nell'assenza di una adeguata contestualizzazione del passo ciceroniano. Le espressioni, infatti, vengono per lo più interpretate nella loro literalità, senza tener conto dell'andamento generale del

⁶⁶ KASER, *Die lex Aebutia*, cit., 34; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 210 ss.; TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 189.

⁶⁷ SAVIGNY, *System*, V, cit., 101 s. e nt. *b*; KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 290 s.; *Die lex Aebutia*, cit., 34; J. PAOLI, *Quelques observations sur la fides, l'imperium et leurs rapports*, in *Festgabe A. Simonius*, Basel, 1955, 282 ss.; *Legitimum ius*, in *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 218, nt. 1; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 210 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in «ZSS», LXXXVI, 1969, 179; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 326, nt. 2.

⁶⁸ TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 186 ss.

⁶⁹ G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic. pro Q. Roscio com. 5, 15, sui iudicia legitima da Cicerone a Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia* (1967), ora in *Scritti*, cit., III, Torino, 2001, 5 ss.; M. BALZARINI, *Considerazioni in tema di iudicia legitima*, in *Studi E. Volterra*, III, Milano 1971, 454 ss.

⁷⁰ Al contrario, per quanti ritengono — e si tratta della maggior parte degli autori — che la *lex Aebutia* abbia reso «legittimi» solo i processi che, oltre a rispettare le condizioni enumerate da Gai 4, 104, siano stati promossi con *condictio*, il passo non può deporre per la natura pretoria dell'*actio pro socio* e dunque dei *iudicia bonae fidei* (come invece propone V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka», V.1, 1996, 116), perché un processo instaurato su quest'ultima darebbe sempre vita — fosse anche «civile» l'azione — ad un processo non «legittimo»: cfr., esplicitamente, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 290 s. La riconduzione dell'*actio pro socio* agli *arbitria honoraria* — posto che, come si è detto in testo, è difficile pensare che Cicerone avesse in mente requisiti procedurali non «legittimi» — è invece in radicale contrasto con la teoria del Wlassak sulla *lex Aebutia*.

⁷¹ Sul problema della datazione della *Pro Roscio comoedo*, cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*, cit., 283.

⁷² TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 186 ss.

discorso dell'oratore. Ora, nella parte di orazione immediatamente precedente, Cicerone ha rilevato che l'*actio certae creditae pecuniae* si giustificherebbe solo in tre casi: quando ricorressero una *datio* (esclusa dallo stesso Fannio), una *expensi latio* (non dimostrata dai registri di Fannio, ma solo dai suoi appunti) oppure una *stipulatio* (per la quale difetta ogni prova testimoniale: Cic. *Rosc. com.* 1-14).

Detto questo, poiché il credito non può essere in alcun modo dimostrato, la discussione — rileva l'oratore — potrebbe essere già terminata. Ma l'accusa di Fannio getta implicitamente discredito su Roscio: anche se nella formula della *condictio* non vi sono riferimenti alla *fides*, una eventuale condanna — posto che sullo sfondo esisteva un rapporto di società — inciderebbe necessariamente sull'*existimatio* del convenuto. Per questi motivi, Cicerone decide di far seguire alla *oratio necessaria*, finalizzata alla *condictio*, una *oratio voluntaria* che mira unicamente a salvaguardare l'*existimatio* del suo assistito (Cic. *Rosc. com.* 15). E, a tal fine, l'oratore prosegue il suo discorso riferendosi non alla sola pretesa di denaro, ma — e giungiamo al nostro brano — come se nella formula del processo fossero compresi tutti i *iudicia legitima*, tutti gli *arbitria honoraria*, tutti gli *officia domestica*: in altre parole, tutto il complesso dei rapporti sorti tra le parti. Cosa intende, Cicerone, con queste espressioni? Rispetto ai *iudicia legitima*, non mi sembra vi siano elementi per affermare che la locuzione — in sé considerata — abbia valore «sostanziale», «sostanziale-processuale» o «processuale». È vero che, ammettendo la corrispondenza con la *condictio*, che sembra anche a me probabile, l'espressione si riferirebbe ad un *iudicium* intentato sulla base di un'*actio civilis*. Ma è anche vero che il processo si svolge tra romani, a Roma, dinanzi a un *iudex unus* romano (Cic. *Rosc. com.* 12), cosicché non possiamo escludere che concorrano anche requisiti processuali (quelli indicati da Gai 4, 104⁷³), o che questi ultimi siano addirittura gli unici rilevanti.

Gli *arbitria honoraria*, come si è detto, sono stati posti in relazione con l'*actio pro socio* non esperita da Fannio. Tuttavia, l'unico elemento che potrebbe indurre ad una simile identificazione è l'uso del termine *arbitrium*, in un altro luogo dell'orazione (Cic. *Rosc. com.* 25), per descrivere questo (solo ipotetico) processo: il che, in effetti, è un po' poco. Anche perché l'altro argomento utilizzato dalla dottrina — la supposta natura pretoria dell'*actio pro socio* all'epoca di Cicerone⁷⁴ — trova proprio in questo passo la propria dimostrazione principale. Altrettanto dubbia è l'identificazione con i *iudicia imperio continentia*⁷⁵.

⁷³ Cfr. in questo senso anche GROSSO, *Spunti e riflessioni*, cit., 5.

⁷⁴ F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg-Leipzig, 1889, 88; TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 189.

⁷⁵ A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London 1901, 172, nt. 1; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, III. *Il processo civile*, Bologna 1917, 34; MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 47, nt. 18; PUGLIESE, *Figure processuali ai confini*, cit., 392, nt. 1 (posizione poi superata: cfr. *supra*, nt. 65); BALZARINI, *Considerazioni*, cit., 466 ss.

L'ipotesi si fonda, in effetti, solo sul confronto con l'opposizione gaiana *iudicia legitima-iudicia imperio continentia* — ossia su una corrispondenza che è tutta da dimostrare — e sul valore dell'aggettivo *honorarius* nel senso di *praetorius*, che però è estraneo non solo a Cicerone ma, in generale, alle fonti non giurisprudenziali⁷⁶.

Maggiormente persuasivo è il rilievo che in altri testi di Cicerone (*Tusc.* 5, 120; *fat.* 39) viene usata l'espressione *arbiter honorarius* per indicare non — come si è affermato talora⁷⁷ — l'arbitro che assume spontaneamente e gratuitamente l'incarico in opposizione a quello scelto dalle parti (*ex compromisso*), bensì la condizione dell'arbitro che è tale non perché gli sia stato ordinato dal pretore, ma perché aderisce spontaneamente alla richiesta delle parti. Questo arbitro è *honorarius* perché in quanto *bonus vir*, ed anche in assenza di un *iussum iudicandi*, avverte come vincolante il compito di giudicare richiesto dalle parti come *boni viri*. Il suo è un dovere civico e di classe, simile a quello che impone di soccorrere i propri *amici* (non a caso, in altro luogo, Cicerone definisce l'arbitrato *honoraria opera amici*: Cic. *Caec.* 6⁷⁸) e alla necessità, per ciascun cittadino, di comportarsi secondo *honestas*, ossia in armonia con la propria condizione socio-giuridica (*honor*)⁷⁹. L'*honor* dell'arbitro è, insomma, indissolubilmente connesso a quello delle parti.

Ora, trasferendo questi rilievi nella nostra orazione, se riferiamo la locuzione *arbitria honoraria* all'*arbitrium ex compromisso* effettivamente realizzato tra Fannio e Roscio⁸⁰, e se ricordiamo che il giudice della *condictio*, Pisone, era stato anche *arbiter ex compromisso* fra le parti, comprendiamo il sottile gioco di riferimenti operato dall'oratore.

⁷⁶ CANCELLI, *Iudicia legitima*, cit., 173; 186.

⁷⁷ BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 212 s. (il quale oltretutto, per svalutare il rapporto tra *arbitria honoraria* e *arbiter honorarius*, sostiene che «*honorarius* [freiwillig] kann der *arbiter* sein, nicht aber das *arbitrium*»); CANCELLI, *Iudicia legitima*, cit., 159 ss., e specialmente 164 (pur se con molti rilievi esatti sul rapporto tra *honorarius* e *honor* ed escludendo il rilievo della gratuità), con altre indicazioni bibliografiche (*op. cit.*, 174 s.).

⁷⁸ La connessione tra i passi ciceroniani sopra citati è colta anche da W. EHLERS, s.v. *honorarius*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VI.2, Lipsiae, 1936-1942, 2933 s., e da CANCELLI, *Iudicia legitima*, cit., 157 ss., pur se con esiti diversi.

⁷⁹ Sul rapporto tra *honestas* e *honor* rinvio a R. FIORI, *Materfamilias*, in «BIDR», XCVI-XCVII, 1993-1994, 479 ss.

⁸⁰ O.E. HARTMANN-A. UBBELOHDE, *Der ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria der Römer*, I. *Über die römische Gerichtsverfassung*, Göttingen 1886, 568 ss. (cfr. p. 267, nt. 15); M. WLASSAK, s.v. *Arbiter*, in «RE», II.1, Stuttgart 1895, 409; *Gerichtsmagistrat*, cit., 110, nt. 2; ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 377, nt. 2. Non mi sembra si possa invece seguire B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, 254 ss., secondo la quale l'aggettivo *honoraria* dipenderebbe dal fatto che gli *arbitria ex compromisso* sarebbero stati recepti, nel I secolo a.C., dal *ius honorarium* (*op. cit.*, 259), nel senso che sarebbero esistite vere e proprie *formulae* degli *arbitria ex compromisso* (*op. cit.*, 281 ss.) accolte nell'editto (*op. cit.*, 290; da esse sarebbero nati gli *arbitria ex fide bona*: *op. cit.*, 291 ss., 311 ss.): l'ipotesi è a mio avviso improbabile sia per quanto si è detto sul valore di *honorarius* in Cicerone, sia perché — per quel che mi è dato vedere — la congettura è fondata unicamente sul presupposto indimostrato che gli usi del termine *arbitrium* nella *pro Roscio comoedo* alludano sempre ad un *arbitrium ex compromisso* (*op. cit.*, specialmente 274 ss.).

Trattando dell'*existimatio* del *bonus vir* Roscio, Cicerone ricorda al giudice Pisona che egli, in quanto cittadino, è vincolato dal proprio *honor* a tutelare la fama del convenuto, per gli stessi legami che avevano caratterizzato il suo precedente ufficio di *arbiter*. Egli, nel giudicare, deve tener conto dell'*existimatio* di Roscio anche se nella formula manca il riferimento alla *fides*, e deve sapere che tale *existimatio* sarà indirettamente compromessa anche in caso di condanna nella *condictio*. E, non a caso, il discorso prosegue con l'elogio morale di Roscio (Cic. *Rosc. com.* 16-19; 22-24), contrapposto ad un ritratto di Fannio tracciato tra il fosco e il ridicolo (Cic. *Rosc. com.* 20-21)⁸¹.

Un discorso analogo deve essere fatto per spiegare l'espressione *officia domestica*. La presenza di espressioni come *officium arbitri* nelle fonti giuridiche⁸² potrebbe giustificare la connessione spesso ipotizzata con l'*arbitrium ex compromisso*⁸³, così come l'aggettivo *domestica* potrebbe indurre a pensare ad un *iudicium domesticum*⁸⁴.

Se però inseriamo, com'è necessario, il riferimento agli *officia domestica* all'interno di un discorso relativo all'*existimatio* e alla *fides*, non possiamo non rilevare come queste nozioni si leghino strettamente alla sfera semantica dell'*officium*⁸⁵. Ora, a ben vedere, fra tutti i rapporti intercorsi tra le parti, erano stati in qualche modo azionati (attraverso l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*arbitrium ex compromisso*) solo i profili patrimoniali delle controversie, mentre era rimasto nell'ombra il profilo che invece nell'*oratio voluntaria* di Cicerone è centrale: la *fides* e l'*existimatio* connesse al contratto di società. Adesso, sono questi due aspetti che devono ancora essere discussi, ma di essi — sottratti i profili patrimoniali — restano essenzialmente i contenuti etico-sociali: anche di questi ultimi, degli *officia* assunti da Roscio, bisogna discutere, come se fossero contenuti nella formula⁸⁶.

⁸¹ E ancora: rilevando che, se davvero Roscio fosse venuto meno alle obbligazioni derivanti dalla società, Fannio avrebbe di certo esperito un'*actio pro socio*, che invece non ha promosso (§ 25); esaltando il ruolo di Roscio nell'aumento di valore dello schiavo (§§ 28-31); tentando di dimostrare che, nella soluzione del punto maggiormente controverso, ossia l'imputabilità della transazione al solo Roscio o alla società (§§ 32-56), esistono una serie di dati che indirizzano verso la prima, e non verso la seconda alternativa: se Roscio avesse ottenuto per entrambi, non si sarebbe poi fatto promettere da Fannio la metà di quel che questi avesse percepito da Flavio (37-39); se nella transazione Flavio avesse pagato per entrambe le parti, non avrebbe poi risarcito Fannio nel procedimento *ex compromisso* (§§ 40-41); se nel procedimento *ex lege Aquilia* Roscio ha agito contro Flavio solo per la sua parte — come Fannio parrebbe ammettere — allora poteva transigere solo per la sua parte (§§ 52-54); se Roscio avesse transato anche per Fannio, quest'ultimo non avrebbe potuto ottenere la somma ricevuta nel procedimento *ex compromisso* (§§ 55-56).

⁸² Cfr. Lab.-Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 3 (= O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 526 s., nr. 185); Pap. 9 *quaest.* D. 16, 3, 24; Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 15.

⁸³ Cfr. per tutti MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 46, nt. 16; KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 290, nt. 7; *Die lex Aebutia*, cit., 34; *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 113, nt. 52; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 215 ss.; GROSSO, *Spunti e riflessioni*, cit., 729. Per BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., 253, si farebbe riferimento all'*arbitrium boni viri*.

⁸⁴ WLASSAK, *Gerichtsmagistrat*, cit., 110, nt. 2: «Sachen der häuslichen Zucht».

⁸⁵ Cfr. per tutti J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*, Paris, 1972, 152 ss.

⁸⁶ Una lettura analogo, ma svincolata dal rapporto di società, in HARTMANN-UBBELOHDE, *Der*

In tal modo, in una efficacissima progressione retorica, Cicerone estende la sua difesa ai profili più delicati della vicenda. Egli non intende fornire un elenco esaustivo di tutti i procedimenti astrattamente utilizzabili nel diritto della sua epoca, ma inserire virtualmente nel giudizio ogni aspetto della questione concretamente discussa: non solo i contenuti patrimoniali tutelati dalla *condictio* ma anche quelli attinenti alla *fides* tra le parti. Nel far ciò, tuttavia, egli è attento a connettere la vicenda singola con l'insieme dei doveri del buon cittadino, in una successione nella quale, ad una sempre più ristretta sfera sociale, corrisponde un grado sempre maggiore di eticità dei comportamenti. Nella formula — egli intende affermare — non rientrano solo i contenuti portati in sede giurisdizionale, dinanzi al magistrato, secondo ciò che è previsto dalla *lex*, autoritativamente (*iudicia legitima*). Vi ricadono anche i profili discussi dinanzi all'*arbiter ex compromisso*, che è chiamato a conoscere della questione non in quanto obbligato dall'ordinamento — come avverrebbe se avesse ricevuto l'ordine dal magistrato o se procedesse secondo forme fissate dalla legge — ma in virtù di un dovere privato e civico qual è quello costituito dall'*honor (arbitria honoraria)*. Infine, vi sono compresi tutti quegli aspetti della questione che non sono stati in alcun modo azionati, ma che sono comunque rilevanti perché coinvolgono la sfera privata, singolare, «domestica» del cittadino, il suo essere affidabile, il suo comportarsi secondo la propria *dignitas*, il suo essere *honestus (officia domestica)*.

Questa, a mio avviso, l'interpretazione più probabile del testo. È chiaro che anch'essa — come le altre — non può aspirare ad alcuna certezza. Ma io credo contribuisca almeno a raggiungere il risultato minimo che ci eravamo prefissi: il passo non permette in alcun modo di chiarire il fondamento sostanziale — civile o pretorio — dell'*actio pro socio* e, tantomeno, dei *iudicia bonae fidei* in generale.

10. Il secondo testo dal quale dovrebbe risultare l'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei* è:

Cic. *de orat.* 1, 168: *Quid? in his paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei praetoris urbani familiaris nostri sedentibus homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET? quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut, si ille infitiator probasset iudici ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, QUOD EA RES IN IUDICIUM ANTE VENISSET.*

ordo iudiciorum, cit., 569 s. («die moralische Rechtfertigung vor nahen Freunden»), e in MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 10 («les devoirs moraux»). Dato il valore retorico della progressione, mi sembra eccessivo il rilievo del PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 167, secondo il quale — posto che Cicerone connette gli *officia domestica* con il contenuto della *formula* — occorrerebbe trovare un collegamento tecnico tra l'espressione *officia* e una qualche attività processuale.

Nella finzione del dialogo, il celebre oratore L. Licinio Crasso — riunito con alcuni amici nella sua villa di Tuscolo, in un giorno del settembre 91 a.C. — ricorda ai suoi interlocutori alcuni esempi di oratori ignoranti di diritto civile. E a questo proposito racconta di aver sentito — solo pochi giorni prima, sedendo accanto al suo amico Q. Pompeo Rufo, all'epoca pretore urbano⁸⁷ — il difensore del debitore di una somma chiedere che fosse concessa la *praescriptio* (per usare la terminologia di Gai 4, 131) *ea res agatur cuius rei dies fuit*. Si tratta naturalmente, commenta Crasso, di un grave errore con cui il difensore danneggia il suo cliente: la *praescriptio* richiesta è infatti *pro actore* (continuando ad usare, per comodità, le espressioni di Gaio), in quanto impedisce la preclusione processuale che, in un successivo processo, il convenuto avrebbe potuto opporre inserendo l'*exceptio rei in iudicium deductae* (*quod ea res in iudicium ante venisset*).

Le interpretazioni del testo possono essere ridotte a due.

Da un lato il Kaser, che identifica l'azione ricordata nel dialogo con un'*actio incerti ex stipulatu* ed utilizza il passo come argomento per sostenere che anche dopo la *lex Aebutia* i procedimenti diversi dalla *condictio* non avrebbero avuto effetti civilistici; ciò che, peraltro, sarebbe dimostrato dal fatto che, pur essendo state rispettate le condizioni indicate da Gai 4, 104, nella fattispecie la preclusione si determinava *ope exceptionis*, e non *ipso iure*⁸⁸.

Dall'altro il Talamanca che, in polemica con l'interpretazione appena ricordata, obietta che nulla, nel passo, induce a propendere per un'*actio incerti ex stipulatu*. La terminologia utilizzata (*pecunia quae debetur, petitor*), infatti, potrebbe riferirsi anche ad un pagamento rateale del *pretium* in un'*emptio venditio* o della *merces* in una *locatio conductio*. Né in senso contrario potrebbe deporre l'obiezione che oggetto dell'azione è la *pecunia*: sia nel caso dell'*actio incerti ex stipulatu*, sia nelle ipotesi di un'*actio empti* o di un'*actio locati*, l'*intentio* è sempre al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Infine — e questo è il punto per noi più interessante — la natura pretoria della preclusione si adatterebbe bene con il fondamento onorario, in quest'epoca, dei *iudicia bonae fidei*: il *iudicium*, infatti, sarebbe *imperio continens*⁸⁹.

La critica del Talamanca all'ipotesi dell'*actio incerti ex stipulatu* mi sembra condivisibile. Non mi pare, tuttavia, che il passo consenta in alcun modo di trarre indizi nel senso di una origine pretoria dei *iudicia bonae fidei*.

Innanzitutto, il rapporto è descritto in termini tanto generici da non permettere l'identificazione del rapporto e della relativa formula: potrebbe essere

⁸⁷ Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, 20.

⁸⁸ KASER, *Die lex Aebutia*, cit., 34 ss.; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 111 e nt. 437, 439; MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., 112 e nt. 263, con bibliografia. Pur all'interno di questa ricostruzione del ruolo della *lex Aebutia*, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «Ann. Palermo», XXIV, 1955, 543; 546, nt. 97, attribuisce la preclusione *ope exceptionis* ad una natura pretoria originaria dell'*actio incerta ex stipulatu*.

⁸⁹ TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 169 ss.

una *formula in ius*, come l'*actio incerti ex stipulatu* o, almeno in età classica, un *iudicium bonae fidei*; oppure un rapporto (diverso da quelli inseribili in un *iudicium bonae fidei*) versato in una *formula in factum*, il che giustificherebbe l'*exceptio rei in iudicium deductae* anche nel rispetto dei requisiti indicati da Gai 4, 104.

Ma ammettiamo per un momento l'ipotesi (indimostrabile) che l'azione fosse tutelata mediante un *iudicium bonae fidei*. Anche in questo caso occorrerebbe comunque tener conto di una serie di circostanze ammesse dallo stesso Talamanca: del fatto, cioè, che la regola della preclusione *ipso iure* è quasi certamente una creazione dell'*interpretatio* condotta dai *prudentes* sulla *lex Aebutia*⁹⁰ (e ciò a prescindere dall'identificazione dei *veteres* di Gai 3, 180⁹¹); che la datazione della *lex Aebutia* è oggi collocata tra la fine del II e l'inizio del I sec. a.C.⁹²; che infine il processo cui si fa riferimento si sta svolgendo nel 91 a.C. Tenuto conto di tutti questi elementi, e posto che non vi sono motivi per dubitare del fatto che Cicerone stia riportando fedelmente la vicenda, senza anacronismi⁹³, non si può escludere la possibilità che il processo si sia svolto in un'epoca in cui la giurisprudenza non aveva ancora trasferito al processo *per formulas* la regola della preclusione *ipso iure*: l'azione, in altre parole, potrebbe essere civile eppure richiedere ancora una preclusione *ope exceptionis*.

Si tratta, naturalmente, solo di una possibilità, ma sufficiente — mi sembra — per affermare che anche in questo caso il passo presenta troppi margini di incertezza per essere posto a fondamento di una ipotesi di «recezione» dei *iudicia bonae fidei*.

⁹⁰ M. WLAŚAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig, 1888, 98 ss.; KASER, *Die lex Aebutia*, cit., 54 s.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 250 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)* (1969), ora in *Scritti*, II, cit., 145; G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, 1982, 8 ss.; M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in «Ann. Palermo», XLII, 1992, 236 s.; TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 204.

⁹¹ Pensano a giuristi operanti nel sistema delle *legis actiones*: KASER, *Die lex Aebutia*, cit., 54 s.; C. A. MASCHI, *Il mistero del condemnari oportere*, in «Labeo», X, 1964, 163 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 334; *Il riordinamento augusteo*, cit., 99, nt. 152; 102, nt. 161; 197, nt. 513. La maggioranza della dottrina, però, propende per un'identificazione con i giuristi operanti nel sistema delle *formulae*: G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino, 1950, 295; BISCARDI, *Lezioni*, cit., 159 ss.; LIEBS, *Die Klagenkonsumption*, cit., 178 ss.; F. BONIFACIO, *Riflessioni su Gai. 4, 108*, in *Studi E. Volterra*, cit., IV, 404; MARRONE, *Agere lege, formulae*, cit., 234 s. Per G. JAHR, *Litis contestatio*, Köln-Graz, 1960, 70 s., i *veteres* sarebbero i giuristi tardo-repubblicani che operavano in entrambi i sistemi, e il pensiero riprodotto in Gai 3, 180 sarebbe «in seinem sachlichen Gehalt» applicabile anche alle *legis actiones*. Sulla questione, cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 166 ss.

⁹² Così TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 69; 201, nt. 529 (tra il 130 ed il 95 a.C.). KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 159 e nt. 59 si limitano ad indicare genericamente il II sec. a.C.

⁹³ Non mi sembra deporre per un atecnicismo l'uso del termine *exceptio* al posto di *praescriptio*, come vorrebbe il TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 171: Cicerone scambia i termini anche altre volte, quando si tratta di una *praescriptio pro reo* (cfr. *Cic. Att.* 6, 1, 15; *inv.* 2, 59, su cui cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 22, nt. 74; 29, nt. 89), e qui l'inversione della terminologia potrebbe essere legata all'errore del difensore, che chiede per il convenuto uno strumento riservato all'attore.

III

11. L'analisi sin qui compiuta ha mostrato, mi pare, non solo che non abbiamo dati testuali per pensare ad una «recezione»⁹⁴, comunque problematica sul piano dogmatico⁹⁵, ma addirittura che, accogliendo le teorie dominanti sulla «civilizzazione» del processo formulare, un tale processo sarebbe stato inutile⁹⁶.

A questo punto viene da chiedersi quali siano state le motivazioni storiografiche del sorgere e dell'affermarsi della teoria della recezione.

Le ragioni del Wlassak sono difficili da ricostruire. Non escluderei, tuttavia, che sulla rappresentazione dello studioso austriaco di un passaggio dalle primitive formule *in factum* ai più evoluti *iudicia bonae fidei* abbia potuto influire una prima intuizione di quella che di lì a pochi anni sarebbe divenuta la sua ricostruzione delle origini del processo formulare — ossia il passaggio attraverso *formulae in factum* e *formulae ficticiae* per tutte le azioni, civili e pretorie⁹⁷.

Le motivazioni della dottrina più recente sono maggiormente complesse. Mi sembra di poterne individuare almeno due.

12. Innanzitutto, a partire dagli studi del Kunkel, e con particolare forza in quelli del Magdelain, si è affermato che tutte le *actiones civiles* antiche trarrebbero origine da una *lex*. Da questo dato è stata desunta una rigida distinzione tra *oportere* semplice — spesso definito *oportere ex lege*⁹⁸: ma è espressione non romana⁹⁹ — e *oportere ex fide bona*, che a sua volta viene presentata quale argomento per sostenere l'origine non civilistica del secondo¹⁰⁰.

Non entro nel merito della discussione dei singoli casi, ma mi sembra¹⁰¹

⁹⁴ *Supra*, §§ 9-10, ed anche nt. 49.

⁹⁵ *Supra*, §§ 4-7.

⁹⁶ *Supra*, § 8.

⁹⁷ Mi limito a rinviare a WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze*, cit., II, 302 ss.: si noti che a p. 302, nt. 10, il Wlassak fa esplicito riferimento alla recezione dei *iudicia bonae fidei*, mettendoli in relazione con la sua ipotesi circa la genesi del processo formulare.

⁹⁸ Cfr. per tutti KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 200.

⁹⁹ Da una ricerca compiuta con il «compact disk» *The Packard Humanities Institute — Latin Texts*, 1991, sono emerse solo due evenienze in Cicerone, entrambe estranee alla materia obbligatoria, che indicano una generica «necessità» derivante dalla legge: Cic. *inv.* 2, 118: *MERETRIX CORONAM AUREAM NE HABETO; SI HABUERIT, PUBLICA ESTO, contra eum, qui meretricem publicari dicat ex lege oportere ...*; *Verr.* 2, 1, 117: *SI DE HEREDITATE AMBIGETUR ET TABULAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM POSSESSIONEM DABO ... si protulerit, uno signo ut sit minus quam ex lege oportet, non des possessionem: si omnino tabulas non proferet, dabis?* Così anche le testimonianze epigrafiche indicate da Fr. STURM, *Oportere*, in «ZSS», LXXXII, 1965, 213, nt. 9 (cfr. anche KASER, *Oportere und ius civile*, cit., 3, nt. 15).

¹⁰⁰ Cfr. KUNKEL, *Fides*, cit., 4 ss.; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 11 ss.; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 25, nt. 6; *Ius civile und ius honorarium*, cit., 20 ss.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 35, nt. 6.

¹⁰¹ In questo senso, dissento fortemente dall'impostazione dell'UBBELOHDE, *Zur Geschichte*, cit., 80 ss., il quale esclude la «recezione» dei *iudicia bonae fidei* immaginando che essi siano stati introdotti nel *ius civile* da una *lex ignota*.

che ad escludere l'origine legislativa di tutte le pretese di *ius civile* bastino due argomenti di carattere generale. In primo luogo, come ha rilevato il Pugliese, sarebbe opportuno distinguere, all'interno dell'elenco del Kunkel e del Magdelain, tra norme legislative incidenti sull'*actio* e norme legislative rilevanti sul *modus agendi*¹⁰².

Queste ultime, da sole, non sono infatti sufficienti per concludere che tutte le pretese azionabili con le *legis actiones* avevano un fondamento legislativo; al massimo, potrebbero giustificare l'affermazione che le azioni civili formulari (tranne i *iudicia bonae fidei*) avevano un precedente nelle *legis actiones*. Ma questa sicurezza non possiamo raggiungerla. Gaio indica, quali *legis actiones* utilizzabili solo nei casi determinati dalla legge, unicamente la *iudicis arbitrive postulatio* e la *manus iniectio* (Gai 4, 17a; 21), ma non anche la *legis actio sacramenti* e la *condictio*: anzi, sappiamo che la prima era un *modus agendi generalis* (Gai 4, 13), cosicché poteva tutelare qualsiasi *oportere* e qualsiasi *meum esse* o *ius mihi esse*, anche derivante dai *mores*; e che la seconda era stata creata per tutte le pretese obbligatorie relative ad una *certa pecunia* o ad una *certa res*.

In secondo luogo, a me sembra che, anche se si potesse dimostrare che effettivamente tutte le *actiones civiles* erano regolamentate dalle XII Tavole, ciò non basterebbe comunque a sostenere che tutte le azioni del *ius civile* arcaico avessero base legislativa. Non solo, infatti, la *legis actio sacramenti* è più antica delle XII Tavole¹⁰³, e dunque occorre ammettere — cosa che a me sembrerebbe ovvia — che anche in epoca predecemvirale esistessero pretese di *ius civile*.

Ma è noto che le XII Tavole hanno in parte aggiunto nuove norme, in parte riletto norme più risalenti non fissate da una *lex*, ma dai *mores*¹⁰⁴. In realtà, anche se le XII Tavole sono divenute, nell'immaginario della giurisprudenza classica e più in generale della cultura romana della tarda repubblica e dell'impero, la fonte per eccellenza del diritto civile (Pomp. *ench.* D. 1, 2, 2, 6; Liv. 3, 24, 6), ciò non significa che da esse sia davvero nato tutto il *ius civile*: ed anzi, è bene ricordare che la *lex publica* è uno strumento normativo relativamente recente, sorto all'inizio del V sec. a.C.¹⁰⁵; per cui è impensabile che tutto il *ius civile* antico (e le pretese da esso derivanti) discenda da *leges*.

Però, una volta che si è giunti a questa conclusione, si è costretti necessariamente a dubitare della contrapposizione qualitativa tra un'obbligazione «legislativa», identificata con il semplice *oportere*, ed un'obbligazione «consuetu-

¹⁰² PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 168, seguito da MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., 116.

¹⁰³ Cfr. per tutti KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 35.

¹⁰⁴ Mi limito a rinviare a F. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore* (1987), ora in *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 268 ss., e, con specifico riferimento al rapporto tra *leges* e *ius civile*, a GROSSO, *Premesse generali*⁴, cit., 84.

¹⁰⁵ Cfr. per tutti F. SERRAO, *La legge* (1973), ora in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974, 14 ss.

dinaria», individuata nell'*oportere ex fide bona*: i romani non percepiscono un «diritto legislativo» a sé stante, perché per essi la *lex* è solo una fonte di produzione del *ius*, non «la» fonte del diritto, come il nostro bagaglio ideologico ci induce anacronisticamente a pensare. Non a caso, il parametro di riferimento della normazione decemvirale non è la *lex*, ma il *ius*¹⁰⁶, perché la stessa parificazione della *lex* al *ius* è un risultato storico, sancito proprio dalle XII Tavole¹⁰⁷: quando nelle norme decemvirali si menziona la *lex*, si fa riferimento non al «diritto» ma proprio alla legge comiziale, con tutta la carica ideologica, indirizzata in senso democratico, ad essa connessa¹⁰⁸. Con ciò, si badi, non si intende negare che la *lex* abbia, nel sistema delle fonti di produzione del diritto, un ruolo preminente: al contrario, essa è lo strumento che permette di rinnovare anche radicalmente il *ius* (ossia il sistema originariamente coincidente con i *mores*) che né i *senatusconsulta*, né gli *edicta magistratuum*, né l'*interpretatio prudentium* — se non rielaborando regole di *ius civile* preesistenti — possono creare *ex novo*. Ma occorre sempre ricordare che è la legge ad essere funzionale al *ius*, non il contrario¹⁰⁹: come è stato efficacemente affermato, «il *ius civile* costituisce un *prius* storico e logico rispetto all'attività legislativa»¹¹⁰.

Quando perciò i romani differenziano l'*oportere ex fide bona* dal semplice *oportere* e quando parlano dei *iudicia bonae fidei* come di *sine lege iudicia* — ammesso che l'interpretazione corrente di questa espressione sia esatta¹¹¹ —, essi non compiono una contrapposizione, bensì una distinzione: non negano che entrambi gli *oportere* siano civilistici, ma precisano che il secondo va parametrato (in termini di «fondamento» e di «misura») alla *bona fides*. E allora dovremo concludere che, per discutere il problema della natura originaria dei *iudicia bonae fidei*, non bisogna chiedersi se alla base degli stessi vi fosse o

¹⁰⁶ Si pensi alla formula *ita ius esto*, nell'interpretazione di F. SERRAO, *Ius e lex nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuove riflessioni su un vecchio problema*, in *Ricerche F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 294 ss.

¹⁰⁷ Tab. 12, 5, su cui SERRAO, *Ius e lex*, cit., 299 ss.

¹⁰⁸ Cfr. R. FIORI, *Sodales. «Gefolgschaften» e diritto di associazione in Roma arcaica*, in *Societas-Ius. Munuscula F. Serrao*, Napoli, 1999, 132 ss. (rispetto a tab. 8, 27).

¹⁰⁹ Tanto che in alcuni casi, quando un provvedimento legislativo è «ispirato alla contingenza del presente», il *ius civile* — e, nella fattispecie, la *bona fides* — in quanto diritto esprime la «natura delle cose», non può essere modificato: cfr. M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19, 1, 50*, in *Ricerche F. Gallo*, II, cit., 353 ss., specialmente 397.

¹¹⁰ GROSSO, *Premesse generali*, cit., 85 (cfr. p. 96 s.). Non condivido invece la prospettiva di questo a. rispetto alla supposta antitesi tra *ius* e *lex* fino alla tarda repubblica (*op. ult. cit.*, 84 ss.); sul rapporto tra queste due nozioni concordo in generale con SERRAO, *Ius e lex*, cit., 299 ss.

¹¹¹ Le parole sono tratte da Cic. *off.* 3, 61 (*atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudicis, in quibus additur ex fide bona*), ove tuttavia, per il DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 348, nt.1 (ma cfr. anche ARNDTS, *Ipse dolus und quasi dolus?*, cit., 403 s.; ÜBBELOHDE, *Zur Geschichte*, cit., 81), si intenderebbe affermare che «il *dolus malus* era punito dalla legge, come nella tutela delle dodici Tavole, come la *circumscripio* dalla legge *Plaetoria*, ed era represso *sine lege* negli *iudicia* con l'aggiunta *ex fide bona*: in altri termini, nel passo non si direbbe che i *iudicia bonae fidei* esistono *sine lege*, ma che il dolo è punito *sine lege*.

meno una *lex*. Occorre piuttosto interrogarsi sull'appartenenza originaria della *bona fides* al *ius*.

13. E così giungiamo a quella che mi appare essere la seconda motivazione di carattere generale alla base delle ricostruzioni della dottrina più recente.

Le teorie qui criticate postulano tutte una forte cesura tra la *fides* arcaica e la *bona fides* del diritto classico. Per il Kaser ed il Kunkel, la prima sarebbe un principio etico — romano ed internazionale — talora riconosciuto dal diritto, che però avrebbe assunto valore pienamente giuridico solo allorché si fosse trasformata nella seconda. Per il Magdelain ed il Wieacker, la *fides* arcaica parrebbe invece costituire il fondamento giuridico-religioso dei rapporti (essenzialmente «*eigenrömisch*») ad essa riconducibili, ma si distinguerebbe dalla più recente *bona fides* per l'essere quest'ultima un criterio, desacralizzato ed etico, non più legato allo specifico della cultura romana ma fortemente influenzato dalle consuetudini internazionali e dalla necessità — connessa soprattutto a queste ultime — di pervenire a criteri di *aestimatio* processuale maggiormente elastici¹¹².

Queste affermazioni sottintendono un convincimento — che talora, come nel pensiero del Kaser e del Wieacker, trova esplicita manifestazione¹¹³ — e cioè la tendenza a distinguere in modo netto una nozione di *ius gentium* «internazionale» da quella di un *ius gentium* «privatistico»: il primo legato al *ius fetiale* e perciò rilevante sin dall'età arcaica; il secondo nato in tempi relativamente recenti sulla scorta dell'influenza del pensiero greco, sulla base del quale sarebbe stata elaborata — in connessione con il concetto filosofico di *natura*¹¹⁴ — una categoria coincidente o omogenea con quella di *ius naturale*¹¹⁵.

Si tratta però — almeno a mio avviso — di una persuasione che non può essere tratta dall'analisi delle fonti, le quali non distinguono mai esplicitamente i due ambiti. È vero che dei due valori si interessano testimonianze di natura diversa — del primo le letterarie, del secondo le fonti giuridiche del II-III sec. d.C. Ma questo solo dato, di per sé, non giustifica l'ipotesi di una dicotomia. Nulla può eliminare il dubbio che il silenzio dei giuristi classici sul c.d. «*ius gentium* internazionale» sia un portato della preferenza di questi *prudentes* per le materie privatistiche o addirittura di una scelta dei compilatori, e di affermare che, trovandosi a trattare dei rapporti internazionali, essi non

¹¹² MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 47; WIEACKER, *Bonae fidei iudicia*, cit., specialmente 27 s.; 31 ss.; 40 s.

¹¹³ KASER, *Mores maiorum*, cit., 70; *Das altrömische Ius*, cit., 82 ss.; *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, *passim* e specialmente 54 ss., 66 ss., 165; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 444 s. Ma cfr. anche MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 76 ss.

¹¹⁴ Sul rapporto tra *ius gentium* e *natura* mi limito a rinviare, per tutti, a KASER, *Ius gentium*, cit., 54 ss.

¹¹⁵ Talora in termini di identità, nel senso che si tratterebbe di un diritto esistente presso tutti i popoli in virtù della *naturalis ratio* o addirittura dello stesso *ius naturale*, talora in termini di distinzione: rinvio, per le fonti, ancora a KASER, *Ius gentium*, cit., 54 ss.

avrebbero definito il *ius gentium* in termini altrettanto filosofici. Così come, per converso, nulla consente di asserire che il disinteresse degli autori letterari per il «*ius gentium* privatistico» non discenda dalla loro generale tendenza ad occuparsi solo indirettamente di questioni di diritto privato.

In realtà, più che nelle formulazioni generali e definitorie, il concetto di *ius gentium* deve essere rintracciato nelle sue concrete applicazioni. Ed allora si troverà che, particolarmente in età risalente, una contrapposizione tra l'ambito privatistico e quello internazionale non ha senso. Le fonti di cui disponiamo lasciano piuttosto intuire un percorso in cui, da una originaria nozione giuridico-religiosa, al tempo stesso «normativa» e «teorica» in senso universalistico — una nozione, cioè, in cui si postula un sistema normativo omogeneo sia nei rapporti interni, sia in quelli internazionali, facente capo a *Iuppiter*¹¹⁶ — si è passati ad una sorta di sdoppiamento. Da un lato, una nozione di *ius gentium* strettamente «giuridica», nella quale è venuta meno la componente religiosa ma sono state conservate le caratteristiche di normatività del concetto. Dall'altro, una nozione puramente «teorica»¹¹⁷ — che parrebbe non aver influito particolarmente sulla natura e sull'estensione del *ius gentium* «normativo»¹¹⁸ — nella quale, in seguito all'influenza del pensiero greco, la tendenza universalistica del concetto più antico è stata riletta, soprattutto nelle costruzioni dei giuristi del II-III sec. d.C., in termini filosofici.

Al riguardo mi sembra particolarmente utile la testimonianza di Cicerone: nel *De officiis* convergono infatti tutte le linee, passate e future, attraverso le quali si è dipanata nel tempo la nozione di *ius gentium*.

La catena di *exempla* contenuta nel terzo libro¹¹⁹, relativo al conflitto tra l'utile e l'onesto, giustappone — per la verità, in modo un po' rapsodico¹²⁰ — episodi del diritto privato e del diritto internazionale. La nascita dell'*actio de dolo* e dei *iudicia bonae fidei* è collocata accanto alle vicende di Attilio Regolo (Cic. *off.* 3, 99-108) e di tutta una serie di comandanti *dediti* al nemico per aver violato le regole del *ius fetiale* (Cic. *off.* 3, 109-110); ed il giuramento di questi ultimi è avvicinato alle XII Tavole, alle *leges sacratae*, ai *foedera* (Cic. *off.* 3, 111).

La distinzione tra le diverse fattispecie non viene avvertita, perché a fondamento di tutte è la *fides*, un principio che non è solo del *ius civile* (inteso

¹¹⁶ Cfr. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, *passim*.

¹¹⁷ O, come anche è stato definito, «sociologico-descrittivo» (cfr. per tutti M. TALAMANCA, in «Iura», XLIV, 1993, 274 e nt. 5).

¹¹⁸ Cfr. M. TALAMANCA, *'Ius gentium' da Adriano ai Severi*, in AA. VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 210 ss.

¹¹⁹ Nella quale, a casi verisimilmente già presenti in Panezio, probabile strumento di esercitazioni scolastiche stoiche, Cicerone aggiunge un copioso numero di episodi tratti dalla realtà romana: cfr. per tutti M. POHLENZ, *Antikes Führertum. Cicero de officiis und das Lebensideal des Painaitios*, Leipzig-Berlin, 1934, 3; 27; 30 ss.

¹²⁰ Sui limiti formali del *De officiis* e sulla questione delle cd. interpolazioni, cfr. per tutti P. FEDELI, *Il de officiis di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, in «ANRW», I.4, Berlin-New York, 1973, 389 ss.

come *ius proprium Romanorum*), ma del *ius gentium* e addirittura della *lex naturae* (Cic. *off.* 3, 69).

Allo stesso modo, Cicerone non vede contraddizione alcuna tra i principi dello stoicismo che informano il comportamento del *bonus vir* e le regole di condotta dei *maiores*, in particolare in materia di giuramento. Chi preferisce l'*honestum* all'*utile*, infatti, agisce non solo in conformità dei precetti dei filosofi, ma spesso anche in accordo con le regole del diritto: così, ad esempio, quando nei negozi tra privati ci si astiene dal *dolus malus* (Cic. *off.* 3, 60; 64) e si rispetta la *fides* sottesa ai *iudicia bonae fidei* (Cic. *off.* 3, 61; 70); o quando, nei rapporti internazionali, si è obbligati dal *ius iurandum* a non violare la *fides* (Cic. *off.* 3, 102-115).

È chiaro che nel discorso ciceroniano questa concezione è influenzata da convinzioni filosofiche, così come la connessa teorizzazione dei tre gradi della società: universale, della medesima *gens*, della medesima *civitas*¹²¹. E tuttavia anche quella parte della dottrina che, come il Pohlenz, tende a ridimensionare l'originalità dell'apporto ciceroniano ipotizzando una pedissequa dipendenza da Panezio, è costretta a riconoscere che si tratta quasi sempre di una rilettura filosofica di concezioni tradizionali romane¹²².

La resa di *κατήκον* con *officium*, ad esempio, determina una quantità di rinvii, più o meno impliciti, alla realtà etica, sociale e giuridica di Roma. Ed ancora più pregnata di significato è la traduzione di *καλόν* con *honestum*, ossia con un termine che rinvia immediatamente alla gerarchia di valori espressa dalla nozione romana di *honor*¹²³. Ancora, se è possibile che il filosofo greco abbia parlato di *ἀνὴρ ἀγαθός*, è certo che, quando Cicerone scrive *vir bonus*, rinvia ad un immaginario, anche giuridico, che gli è proprio¹²⁴. Se poi passiamo specificamente al libro terzo — che, come è noto, riguarda una materia assente nell'opera di Panezio — l'autonomia di pensiero dell'oratore diviene ancora più evidente¹²⁵, tanto che lo stesso Pohlenz giudica quasi del tutto ciceroniani i §§ 58-88¹²⁶. Pertanto, possiamo anche supporre che la *fides* richiamata da Cicerone voglia tradurre il greco *πίστις*; ma nella resa latina l'espressione si connette necessariamente ed esplicitamente al concetto tradizionale romano¹²⁷, tanto che lo stesso Cicerone ricorda come *Fides* sieda, divi-

¹²¹ Su questa visione di Cicerone, in particolare nel *De legibus*, cfr. per tutti K. M. GIRARDET, *Die Ordnung der Welt. Ein Beitrag zur philosophischen und politischen Interpretation von Ciceros Schrift de legibus*, Wiesbaden, 1983, *passim*.

¹²² Cfr., oltre ai luoghi citati *infra*, nelle note seguenti, POHLENZ, *Antikes Führertum*, cit., 2 ss.

¹²³ POHLENZ, *Antikes Führertum*, cit., 12 ss.: v. anche *supra*, nt. 79.

¹²⁴ POHLENZ, *Antikes Führertum*, cit., 102; *Cicero de officiis III* (1934), ora in *Kleine Schriften*, I, Hildesheim, 1965, 274 ss.

¹²⁵ Su tutta la questione, mi limito a rinviare a FEDELI, *Il de officiis di Cicerone*, cit., 367 ss.

¹²⁶ POHLENZ, *Cicero de officiis III*, cit., 277. L'a. ipotizza per i §§ 100-110 l'influsso del Πλεπ τοῦ καθήκοντος di Posidonio, letto nell'epitome di Atenodoro (*op. ult. cit.*, 283); ma mi sembra che i riferimenti al diritto ed alla religione romana — ossia i passi che a noi interessano — debbano essere considerati come apporto originale di Cicerone.

¹²⁷ POHLENZ, *Antikes Führertum*, cit., 27.

nizzata, in *Capitolio*, accanto a *Iuppiter Optimus Maximus* (Cic. *off.* 3, 104). Allo stesso modo, la *lex naturae* del *De officiis*, pur se all'interno di una in-dubbia rilettura filosofica¹²⁸, si connette direttamente – e nel *De legibus* esplicitamente (Cic. *leg.* 2, 10) – con la tradizione romana di un ordine giuridico-religioso facente capo a Giove. E lo stesso concetto di *ius gentium*, che per Cicerone deve rientrare nel *ius civile* (Cic. *off.* 3, 69), anche se inserito in una visuale universalistica certamente reinterpretata in chiave stoica, non può essere letto come nozione vagamente «filosofica», ma deve essere inteso, in armonia con le concezioni romane tradizionali, come quella branca del diritto che è sì distinta dal *ius Quiritium*¹²⁹, ma che i romani percepiscono comunque quale *ius* vincolante anche per i *cives*, ossia come *ius civile*.

Comprendiamo allora – e una più ampia analisi lo confermerebbe – che nella prospettiva romana, particolarmente in età arcaica, la distinzione tra i diversi ambiti – privato e internazionale – è, per così dire, più quantitativa che qualitativa. Il vincolo di *fides* nato attraverso la *sponsio*, l'estromissione del reo dalla comunità (nelle forme della *deditio* o della *sacratio*) come sanzione per la violazione del giuramento, i principi che informano la *clientela* e l'*amicitia* in ambito privato ed internazionale, il rapporto tra *fides* e *maiestas*, addirittura le forme sacrificali in cui si estrinsecano gli atti di riaffermazione dell'ordine creato con la *fides*¹³⁰, sono ispirati, in qualunque contesto giuridico siano utilizzati, ai medesimi valori ed alle medesime regole, in una coerenza di principi cui forse non è estranea, come portato di un'epoca precedente la distinzione tra «pubblico» e «privato», l'origine storica della comunità dei *cives* da una federazione di *gentes* e di *familiae* gelose della propria autonomia.

Se quanto sin qui sostenuto è vero, occorrerà concludere che il *ius gentium* è radicalmente, ontologicamente diverso dal *ius honorarium*. Almeno fino al II sec. d.C.¹³¹, il secondo non ha, inteso in senso proprio, rilievo di «diritto sostanziale», nel senso che l'editto del pretore ha valore normativo in quanto crea, attraverso la clausola *iudicium dabo*, azioni (onorarie), ossia strumenti di tutela per realtà economico-sociali che – pur essendo protette in giudizio e dunque vincolanti per i privati, pur costituendo, cioè, «diritto» nella pro-

¹²⁸ POHLENZ, *Cicero de officiis III*, cit., 274 (deriverebbe da Atenodoro).

¹²⁹ Coticché non si può obiettare, con il KASER, *Ius gentium*, cit., 15, che l'affermazione non sarebbe condivisibile da un giurista, in quanto, ad es., la *traditio ex iusta causa* di una *res Mancipi* non determina *dominium ex iure Quiritium*. Per giungere a tanto, il *ius gentium* non dovrebbe coincidere con il *ius civile*, ossia con il diritto percepito come *ius* vigente (anche) tra i *cives*, ma con il *ius Quiritium*, il che non è affermato da alcuno.

¹³⁰ Mi limito a rinviare a quanto scritto in R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 148 ss. (in generale sulla *fides* come strumento normativo); 153 ss. (rapporto con il *ius iurandum*); 155 ss. (*Fides* e *Iuppiter*), 160 ss. (*fides* e *maiestas*), 209 ss. (giuramento e *sacratio*), 264 ss. (*fides*, *sponsio*, *deditio* internazionale), 256 ss. (*fides*, sacrifici pubblici e privati, *addictio* e divisione delle carni).

¹³¹ Non è questa la sede per approfondire il problema: cfr. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 1 ss.; 63 ss., e KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 207 e nt. 16.

spettiva moderna — non compongono un *ius* analogo al *ius civile*, un diritto (per i romani) autenticamente «sostanziale» che sia premessa, e non conseguenza, dell'azione: come si suol dire, l'*actio civilis (legitima) competit*, l'*actio honoraria a praetore datur*¹³².

Il *ius gentium*, invece, è propriamente «diritto sostanziale». Non è *ius Quiritium*, perché non è limitato ai cittadini romani, ma è *ius civile* perché è avvertito dai *cives* come vincolante sia nei rapporti con e tra gli stranieri, sia in quelli tra cittadini. Conseguentemente, le azioni che tutelano i rapporti in esso rientranti non sono mezzi processuali concessi dal pretore a difesa di interessi economico-sociali che di per sé non costituiscono diritto, ma sono *actiones civiles* nel senso che l'azione «spetta» all'attore. Un quadro, questo, che a mio avviso, in assenza di elementi di prova contrari per l'età più risalente ed anzi disponendo di testimonianze a favore per l'epoca classica, è legittimo ritenere originario.

Sorge il dubbio, a questo punto, che l'ipotesi della «recezione» dei *iudicia bonae fidei* nel *ius civile* si fondi, in realtà, su una sorta di circolo vizioso: la teoria della «recezione» dei *iudicia bonae fidei* muove da una concezione del *ius gentium* come il prodotto dell'incontro tra istituti del *ius honorarium* «civilizzati» ed istituti del *ius Quiritium* estesi agli stranieri; e la prova della civilizzazione del *ius honorarium* viene trovata proprio nella recezione dei *iudicia bonae fidei*.

14. Più in generale, sembra che la dottrina tenda, forse inconsapevolmente, a creare connessioni necessarie tra fenomeni in realtà distinti e autonomi.

Di sicuro, il processo formulare ha creato per la prima volta una tutela di istituti nuovi; è verisimile che un ruolo fondamentale in questo sviluppo abbia avuto la *iurisdictio inter peregrinos*; infine, la stessa struttura della *litis contestatio* rende probabile l'ipotesi che una simile tutela sia nata mediante la predisposizione di *formulae in factum*¹³³. Nulla di tutto ciò impone, però, di ritenere che i romani percepissero tutti i rapporti tutelati per la prima volta dal processo formulare come aventi fondamento onorario.

Io non voglio far riferimento, in questa sede, alle mie personali convinzioni sulla storia del processo formulare, ossia sulla possibile esistenza, in età repubblicana, di due «modelli» di processo *per formulas*. L'uno avente effetti unicamente pretori fino alla *lex Aebutia*, predisposto per tutelare fattispecie estranee al *ius* esprimibili solo in termini di *factum*, e incardinato mediante formule costruite sull'alternativa *si paret ... si non paret*. L'altro finalizzato alla tutela di fattispecie di *ius civile* che non erano protette dalle *legis actiones*¹³⁴, instaurato mediante formule con *demonstratio* e con effetti civilistici

¹³² Cfr. Gai 4, 112, su cui per tutti Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, cit., I, 45 ss.; Kaser, *Ius honorarium und ius civile*, cit., 80 ss.

¹³³ Cfr. Fiori, *Ea res agatur*, cit., 195 ss.

¹³⁴ Fiori, *Ea res agatur*, cit., *passim*.

anche prima della *lex Aebutia*. È chiaro che, accogliendo una simile ricostruzione, un problema di «recezione» non andrebbe neanche posto. Ma non mi pare sia necessario giungere a tanto: ai medesimi risultati (negativi) si può pervenire anche seguendo la dottrina dominante.

Occorre ricordare, in primo luogo, che non solo gli istituti che costituivano evidentemente «modernizzazioni» di figure arcaiche, ma anche quei rapporti fondati sulla *bona fides* che assumono una veste completamente nuova, come i contratti consensuali, esistevano già — dal punto di vista economico e terminologico — nel diritto antichissimo: le XII Tavole parlano di *emere, vendere, locare*, e conosciamo bene il legame tra *consortium ercto non cito* e *societas*¹³⁵. Si trattava, naturalmente, di assetti di interessi che nel sistema delle *legis actiones* non erano tutelati in sé, bensì solo in quanto versati in un negozio formale, come una *mancipatio* o una *stipulatio*¹³⁶, ma che — come ha suggerito Alessandro Corbino¹³⁷ — erano percepiti come aventi esistenza autonoma rispetto al negozio formale. A tali assetti d'interessi l'avvento del processo formulare ha permesso di attribuire una tutela anche in assenza di formalizzazione; ma se ciò ha liberato i *cives* dal vincolo del formalismo ed ha consentito una protezione anche per i *peregrini*, esclusi dalle forme del *ius Quiritium*, tuttavia non ha determinato la «nascita» dell'*emere, vendere, locare*, ecc., bensì semplicemente l'affermazione del principio che l'*oportere* può nascere anche dal solo consenso. In altre parole, in quest'epoca non sono nate la compravendita, la locazione o la società: sono nati i contratti consensuali, ossia un nuovo modo in cui l'*obligatio* può essere *contracta*. Non deve perciò stupire se nei testi in cui ancora compare un concorso delle forme arcaiche con le nuove — penso, ad esempio, ai formulari catoniani — le une sono affiancate alle altre, in una sostanziale omogeneità di strutture economiche e soluzioni giuridiche¹³⁸: i romani non vedevano un rapporto radicalmente diverso nelle compravendite, locazioni ecc. versate in una *stipulatio*, e quelle *consensu contractae*, ma solo due differenti modalità di *contrahere obligationem*.

In secondo luogo — è bene sottolinearlo — la circostanza che i rapporti del *ius gentium* fossero percepiti da sempre come «diritto sostanziale» non si pone minimamente in contrasto con il fatto che la tutela predisposta dal pretore potesse essere basata — secondo la ricostruzione generalmente accolta che, come ho detto, non condivido — sull'*imperium* e possa aver avuto, inizialmente, effetti limitati al *ius honorarium*: in età classica un'*actio civilis* restava tale

¹³⁵ Su *emere, vendere e locare* cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 14 ss.; su *consortium ercto non cito* e *societas*, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Società (diritto romano)*, in «ED», XLII, Milano, 1990, 817 ss.

¹³⁶ Come ad esempio è presumibile avvenga quando Plauto parla di *lege agere* rispetto alla *locatio conductio*: cfr. FIORI, *La definizione*, cit., 19 s.

¹³⁷ *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994, 34 ss.; *Negozio e forma in età decemvirale. Una lezione*, in «Opuscula», III, 1995, 3 ss.

¹³⁸ FIORI, *La definizione*, cit., 32 ss.

anche se il *iudicium* aveva effetti meramente pretori (*iudicium imperio continens*), e non vi sono ragioni per ipotizzare un regime diverso per le origini¹³⁹.

Ma non basta. In età classica il magistrato poteva chiedere al giudice di decidere secondo il *ius*, proponendogli una *formula in ius concepta*, anche quando il *iudicium* avesse effetti pretori, ed anche in un processo che coinvolgesse *peregrini* (è assai probabile, infatti, che in quest'ultima ipotesi le *formulae in ius* restassero invariate¹⁴⁰). Ora, poiché non vi sono elementi per affermare che questo regime non potesse essere originario, dobbiamo concludere che l'ipotesi secondo la quale tutte le azioni non rientranti nel *ius civile* arcaico sarebbero state inizialmente tutelate mediante formule *in factum* è — a prescindere da ogni altro rilievo — una complicazione non necessaria.

Insomma, anche per le origini possiamo immaginare un *iudicium* pretorio su *actiones civiles* e con *formulae in ius conceptae*. E questa è una possibilità che rende inutili — in assenza di testimonianze positive al riguardo — sia la teoria di una «recezione di azioni» dal diritto pretorio al diritto civile, sia l'ipotesi di una «sostituzione di formule» *in factum* con formule *in ius*: l'unica «civiltizzazione» rilevante, in materia, sarà quella del *iudicium*, a partire dalla *lex Aebutia*.

¹³⁹ Per questo stesso motivo non mi pare si possa accogliere l'ipotesi del MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., 125 ss., di una «civiltizzazione» dell'*oportere ex fide bona* a seguito della *lex Iulia*: non si vede come la civiltizzazione del *iudicium* potesse determinare la civiltizzazione dell'*actio*.

¹⁴⁰ KASER, *Oportere und ius civile*, cit., 1 ss.