

Javier Paricio

Genesi e natura dei «bonae fidei iudicia»

Carissimi professori ed egregi colleghi,

qualche mese fa, allorché ricevetti l'invito di Remo Martini, Bernardo Santalucia e Carlo Venturini a prendere parte a questo convegno processuale in memoria di Arnaldo Biscardi, il quale funse da maestro nei riguardi di molti di noi, esitai nello scegliere il tema del mio intervento. Ebbi la tentazione di ricontrollare alcune fra le questioni di diritto processuale su cui avevo lavorato assieme ad Arnaldo Biscardi ma, alla fine, ritenni preferibile l'esposizione in italiano di un piccolo articolo appena pubblicato al momento in spagnolo¹ e che, come nella sua stesura spiegavo, era stato da me redatto in soli quattro giorni, a Colonia, durante l'estate del 1999. Facevo presente nella prefazione che lo scritto corrispondeva ad una discussione nata in un concorso madrilenno di cattedre a proposito dell'intervento di uno dei candidati; nell'aver espresso allora pubblicamente la mia propria opinione – non certamente improvvisata – avevo potuto percepire la distanza esistente tra di essa ed altre ivi esposte, in modo particolare tra i membri della commissione d'esame. Dato che non era questo il momento giusto per il dibattito, non avevo neanche voluto insistere per la discussione, anche se avevo comunicato che avrei redatto non appena possibile una nota sul particolare. La discussione riguardava la genesi e natura dei *bonae fidei iudicia*, materia su cui Arnaldo Biscardi si era pronunciato² – come quasi su qualunque altro aspetto processuale –, e che io avevo avuto la possibilità di commentare assieme a lui a Firenze, sia mentre lavoravo al mio libro sulle *actiones in aequum conceptae*³, sia allorché ero impegnato a tradurre una sua conferenza spagnola su '*El proceso civil romano y las piedras angulares de su historia*'⁴. Questo mio articolo è anche in debito con un soggiorno di lavoro insieme ad André Magdelain a Parigi, nella primavera del 1992, che sostanzialmente mi aveva riconfermato, e penso in modo ancora maggiormente argomentato, nella spiegazione già da me esposta sul libro circa le *actiones in aequum conceptae*; sul che non aggiunsi più nulla a seguito di quel soggiorno parigino, ed avrei continuato a non farlo se non si fosse verificata la predetta occasione madrilenna.

Pochi mesi or sono, Mario Talamanca ha avuto il pensiero di farmi pervenire il suo recente articolo-libro *Il riordinamento augusteo del processo privato*, pubblicato in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale»⁵. Tra le tante questioni da lui trattate in questo studio, c'è anche quella qui richiamata. Chiunque mi conosce è consapevole della mia ammirazione per le conoscenze romanistiche e giuridiche in generale e per la straordinaria capacità di lavoro di Mario Talamanca; ciò nonostante, per quanto riguarda la materia qui trattata, la sua impostazione presenta una differenza, già in partenza, riguardo alla mia – che non è peraltro solo mia. Dopo l'accurata lettura del suo lavoro, che

1) J. PARICIO, *Sobre el origen y naturaleza civil de los «bonae fidei iudicia»*, in «Estudios R. Yanes», II, Burgos, 2000, p. 187 ss. In questa versione italiana, tranne che per la prefazione, vengono soltanto introdotte alcune modifiche formali.

2) Il luogo in cui Arnaldo Biscardi esprime nel modo più chiaro ed ampio il proprio parere è, se non sbaglio, in *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 116 ss.

3) J. PARICIO, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano, 1986, p. 25 ss.; in modo abbreviato appare la medesima opinione in J. PARICIO, A. FERNANDEZ BARREIRO, *Fundamentos de derecho privado romano*⁴, Madrid, 2000, p. 65 s.

4) Pubblicata in A. BISCARDI, *Temas de derecho romano*, Barcelona, 1986, p. 15 ss.

5) Napoli, 1999, p. 63 ss.

presenta su altri aspetti alcune conclusioni da me condivise, continuo a reputare preferibile la spiegazione sull'origine e natura dei giudizi di buona fede qui espressa, il che ovviamente non significa che la ragione mi assista. In ogni caso, ciò che non sembra possibile è l'approccio, almeno in questa sede, ad una discussione approfondita con lui, perché si parte da concezioni di base diverse e si entrerebbe inevitabilmente anche in inesauribili polemiche circa questioni che eccedono di molto quella dei giudizi di buona fede, ma che sono inesorabilmente ad essi collegate.

Sebbene la letteratura su questa materia sia copiosa (e contraddittoria)⁶, come palesemente indicato nel ricordato libro sulle *actiones in aequum conceptae*⁷ la mia interpretazione era dovuta a due importanti lavori – a dire il vero, tre – che, a mio avviso, erano e sono ancora fondamentali, anche se non unici. Tutti e tre furono pubblicati in un brevissimo arco di tempo, tra il 1957 e il 1963, anni compresi in un periodo della odierna romanistica europea che, osservata ormai con una relativa prospettiva, si manifesta sempre più chiaramente come particolarmente brillante.

Il primo di questi lavori era il libro *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, di Gerardo Brogginì, pubblicato nel 1957 e in cui, tra le altre questioni, veniva analizzata questa⁸. Il secondo, apparso nel 1961, era il libro *Dalla «fides» alla «bona fides»*, scritto da un al momento giovanissimo romanista italiano – che si sarebbe presto volto alla filosofia del diritto – Luigi Lombardi Vallauri⁹, nel quale, malgrado la sua giovane età, l'autore evidenziava una sorprendente maturità intellettuale; nel corso dell'elaborazione del libro Luigi Lombardi si era avvalso della consulenza, tra gli altri, di Franz Wieacker¹⁰. Il terzo lavoro era di quest'ultimo autore: si tratta di un denso articolo proprio intitolato *Zum Ursprung der «bonae fidei iudicia»*, pubblicato nel 1963¹¹ e motivato dal libro di Luigi Lombardi. Tutti e tre i lavori – che hanno riscosso un notevole successo, in modo particolare quello di Franz Wieacker, data l'autorevolezza del suo autore nonché l'appoggio immediatamente riscosso da parte di alcuni notevoli colleghi, in maggioranza tedeschi – sono ancor oggi alla base di queste pagine, così come anche uno tra gli ultimi scritti di André Magdelain, pubblicato nel 1991¹²; seppur contenente opinioni discutibili¹³, è, a mio avviso, un lavoro alquanto interessante la cui ripercussione è stata inversamente proporzionale alla sua importanza intrinseca.

La questione dell'origine dei *iudicia* (meglio, *arbitria*) *bonae fidei* è oscura, come capita spesso alle questioni riguardanti genesi, dato che le fonti, dopo averci aiutati a risalire fino ad un certo stadio, non apportano altri dati che ci consentano di inoltrarci più in là con sicurezza; il che a volte non impedisce, come nella fattispecie, di fornire alcuni indizi tramite i quali poter ricostruire i precedenti stadi con probabilità ragionevole. Sia chiaro, ciò nonostante, che la storia della genesi ed evoluzione più

⁶) Oltre all'esposizione generale, in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*². München, 1996, p. 153 s., si include un'ampia letteratura alle nt. 20 ss. Nella letteratura spagnola, al diritto processuale di J.L. MURGA, citato nell'opera precedente (*Derecho romano clásico*, II, *El proceso*, Zaragoza, 1980), bisogna aggiungere I. CREMADES, *El «officium» en el derecho privado romano* (León, 1988), J. IGLESIAS, *Las fuentes del derecho romano* (Madrid, 1989), e A. CASTRESANA, *«Fides», «bona fides»: un concepto para la creación del derecho* (Madrid, 1991). Sulla *fides* nelle relazioni internazionali, cfr. D. NÖRR, *Die Fides im römischen Völkerrecht* (Heidelberg, 1991): ne esiste una traduzione spagnola di R. Domingo (Madrid, 1996). Bisogna adesso aggiungervi lo studio di M. TALAMANCA di cui al § 1 e nt. 5.

⁷) PARICIO, *Estudio*, cit., p. 32 ss.

⁸) G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Köln-Graz, 1957).

⁹) L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* (Milano, 1961).

¹⁰) A questi si deve un'ampia ed elogiativa recensione in «ZSS.», LXXIX, 1962, p. 407 ss.

¹¹) F. WIEACKER, *Zum Ursprung der «bonae fidei iudicia»*, in «ZSS.», LXXX, 1963, p. 1 ss.

¹²) A. MAGDELAIN, *Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulaire*, in «T.», LIX, 1991, p. 239 ss.

¹³) Ad alcune di esse mi riferisco più avanti in queste pagine. Non ci vedo del tutto chiaro, per esempio, il fondamento che conferisce l'autore (p. 251) all'*actio incerti ex testamento*. E' anche discutibile la sua affermazione, basata sul *cap. 20 della lex Rubria*, che l'*actio incerti ex stipulatu* fosse di buona fede nella Repubblica, mentre avrebbe poi perso questo carattere nel Principato (p. 251 s.); mi sembra più probabile l'interpretazione che fa adesso M. KASER, *«Lus gentium»*, Köln-Wien-Graz, 1993, p. 146 ss., secondo la quale l'aggiunta *ex fide bona* nella formula dell'*actio ex stipulatu* si poté verificare in alcuni casi, anche nel Principato, per ampliare l'*arbitrium iudicis*.

antica dei giudizi di buona fede non è ricostruibile se non cautamente e soltanto nei tratti generali ed approssimativi.

Secondo un'interpretazione tradizionale, in gran parte intuitiva, ancor oggi seguita da una gran parte della dottrina romanistica, le azioni di buona fede avrebbero origine strettamente pretoria. Infatti, i *bonae fidei iudicia* sarebbero nati nell'ambito del diritto onorario, sotto l'*imperium* del magistrato, ed è possibile, secondo alcuni autori, concretizzare la loro origine nell'ambito giurisdizionale del pretore peregrino, con successiva ricezione nell'Editto del pretore urbano. In favore di quest'ipotesi peserebbe essenzialmente, al di fuori dell'ampia diffusione della *fides* nell'ambito dei rapporti tra cittadini e stranieri, il fatto che i più importanti *negotia* del commercio «internazionale» (compravendita e locazione) erano tutelati dal pretore peregrino, e il fatto che sappiamo certamente che sia il deposito che il comodato¹⁴ – meno sicuro è il caso del *pignus*¹⁵ e maggiormente complesso quello della *negotiorum gestio*¹⁶ – furono tutelati da azioni pretorie con formule *in factum conceptae* prima di aggiungere quelle civili di buona fede, e qualcosa di simile si sarebbe avverato, ad avviso dei difensori di questa ipotesi, nei casi rimanenti.

Ma tale interpretazione appare oggi, alla luce dei risultati delle più recenti ricerche, difficile a sostenersi, poiché: i) in nessun modo si può pretendere di riscontrare nei principali *negotia* del traffico commerciale (e ancor di meno in quelli tra cittadini e stranieri) l'inizio della storia dei *bonae fidei iudicia*; e così anche ii) appare gratuito parlare di una ricezione degli stessi nell'ambito cittadino a partire dall'Editto del pretore peregrino; pare nello stesso modo evidente che iii) la consensualità di alcuni dei negozi di buona fede non abbia niente a che vedere con l'origine dei *bonae fidei iudicia*; e, in ultimo, che iv) quanto accaduto nei casi di deposito e nel comodato in nessun senso pregiudica gli altri, dato che l'incorporazione dei due citati *negotia* nel *ius civile* è alquanto tardiva – secondo tutte le tracce risalendo già al Principato –, mentre, per i rimanenti giudizi di buona fede, alquanto anteriori nel tempo, non risulta dalle fonti una azione *in factum* precedente a quella civile di buona fede, né appare da nessuna parte un editto pretorio introduttivo, né, ovviamente, risulta che entrambe le congetturali azioni fossero coesistite, come risulta invece riguardo al deposito e al comodato.

E' incontestabile il fatto che i giudizi di buona fede mancavano di fondamento legale: Cicerone stesso lo dichiara espressamente (*de off.* 3.15.61: '*et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona*'). Ma non per questo debbono necessariamente trovare il proprio fondamento, come si è frequentemente pensato, nell'*imperium* del magistrato.

Gerardo Brogginì ribadiva¹⁷, insieme ad altri argomenti, il verso 580 dei *Menaechmi* di Plauto: '*Qui nec leges necque aequum bonum usquam colunt ...*' – che io paragonavo¹⁸ al verso 652 dell'*Heautontimorumenos* di Terenzio ('*Quid cum illis agas, qui neque ius neque bonum atque aequum sciunt?*'), anche se in questo, invece che di '*leges*', si parla di '*ius*' –, e a modo suo egli parlava di un duplice livello nell'ordine giuridico (civile) romano antico. Da una parte apparirebbero le leggi, che fungevano da fondamento alle *legis actiones*, fornendo una specifica protezione processuale, e invece, da un'altra parte, starebbe l'ambito dell'*aequum bonum*, fuori della protezione processuale ufficiale, ma che, tra-

¹⁴) Cfr. Gai., *inst.* 4.47; i dubbi mantenuti da alcuni autori sulla *formula commodati in ius ex fide bona*, che anch'io ebbi in passato, penso che siano ingiustificati: si veda *infra*, nt. 15.

¹⁵) La dottrina moderna pone sempre più in discussione, giustamente, che il pegno avesse potuto disporre di una formula *in ius ex fide bona* nell'Editto; vide ora J. DE CHURRUCA, «*Pignus*», in «*Derecho romano de obligaciones*. Estudios J.L. Murga», Madrid, 1994, p. 369 ss., con letteratura.

¹⁶) Anche se non si può dubitare che la gestione di negozi altrui fosse tutelata da due formule: *in ius ex fide bona* e *in factum*, il problema nasce perché non è sicuro quale delle due sia storicamente precedente (anche se si stima più probabile che sia la seconda) e perché si dubita anche che entrambe le formule tutelassero la medesima situazione. Analizzare questa questione e la sua probabile evoluzione storica eccede in assoluto il compito di queste pagine. In ogni caso, non appare discutibile che entrambe queste formule esistessero già nel secolo I a.C. Sul problema, si veda adesso G. FINAZZI, *Ricerche in tema di «negotiorum gestio»*, I. *Azione pretoria ed azione civile* (Napoli, 1999).

¹⁷) BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., p. 124.

¹⁸) PARICIO, *Estudio*, cit., p. 32 s.

mite gli arbitrati privati esistenti nella prassi, finì con l'entrare nella «sfera processuale statale».

Per Gerardo Brogginì¹⁹, l'inclusione dell'*aequum bonum*, della *fides bona* (cui lui la equipara), nell'ordine processuale ufficiale, comportò una seconda ricezione della figura dell'*arbiter* nella procedura ufficiale. La prima ricezione sarebbe avvenuta all'epoca delle XII Tavole; questa seconda si sarebbe avverata, per l'autore, nel III secolo a.C. La chiave per l'introduzione delle azioni di buona fede nella sfera ufficiale sarebbe stata, a suo avviso, l'*imperium* del magistrato, ma occorre avvertire che non per questo sarebbero diventate necessariamente pretorie, giacché il pretore si sarebbe limitato a ricevere e dar forma, con la consulenza dei giuristi²⁰, a un qualcosa di preesistente nel seno della comunità cittadina, a un qualcosa che aveva già la natura di *ius*.

Luigi Lombardi, dal canto suo, raggiunge, da un'impostazione diversa²¹, conclusioni simili a quelle di Gerardo Brogginì. L'origine dei *negotia* e delle azioni di buona fede si troverebbe nei rapporti più tipicamente romani basati sulla *fides* (*tutela, fiducia, societas, mandatum*)²², che imponeva un insieme di obblighi morali esigibili alle parti. Allorché nasceva il confronto, si richiamava un criterio tipico, supraindividuale ed obiettivo, per superare i contrasti tra le diverse interpretazioni della *fides*: la *fides del bonus vir*; la *fides bona* è la *fides del bonus vir*²³.

Nella sua interpretazione, le formule di buona fede sarebbero nate nella prassi nel seno comunitario attraverso arbitrati privati (al di fuori della sfera ufficiale), e la ricezione pretoria sarebbe avvenuta quando tali formule erano probabilmente già consolidate nell'uso corrente²⁴. I principali *negotia* del traffico commerciale tra cittadini e stranieri – compravendita e locazione (che, in modo alquanto significativo, appaiono alla fine degli elenchi dei giudizi di buona fede nei più antichi cataloghi e ancora nell'Editto adrianeo) – si aggiunsero ai *negotia* più tipicamente romani basati sulla *fides*²⁵.

Nella medesima linea, anche se espressosi con sfumature diverse, si trova Franz Wieacker²⁶. A suo avviso, appare indiscutibile che le azioni di buona fede siano azioni *sine lege*, e cioè non create da una legge né da altra norma «statale». L'origine dei *bonae fidei iudicia* sarebbe formalmente attribuita al pretore urbano, che li introdusse allo scopo di poter dare un contenuto propriamente giuridico ad esigenze non ben definite sorte in rapporti complessi. La maggior parte di questi rapporti avevano origine civile (*societas iure proprio Romanorum, mandatum, fiducia*), e la protezione pretoria non fece altro che rinnovarli e rifinirli²⁷. Pochi altri avevano la loro origine in rapporti di interscambio consensuale (*emptio venditio, locatio conductio* e, forse, la nuova *societas*), i quali non mostrano relazione con l'antica *fides* romana, ma finirono con l'essere equiparati agli altri²⁸.

Secondo lui, prima della fine della Repubblica i *bonae fidei iudicia* sarebbero stati ritenuti finalmente azioni civili (trattasi del fenomeno della ricezione di tali giudizi nel *ius civile*)²⁹ proprio per il loro rapporto intrinseco con istituzioni civili. In ogni caso, dalla lettura dell'articolo di Franz Wieacker si desume chiaramente che egli non ritiene che le azioni di buona fede siano propriamente una creazione pretoria.

Tutti i precitati costrutti rendono evidente, a mio avviso in modo giusto, lo sfondo e carattere civile originario delle azioni di buona fede, che, sebbene non siano fondate su alcuna legge, si assestano

¹⁹) BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., p. 124 s.

²⁰) CREMADES, *Et officium*, cit., p. 125, afferma testualmente che la giurisprudenza «obbligò» il pretore alla sua ricezione formale nel diritto.

²¹) LOMBARDI, *Dalla «fides»*, cit., p. 165 ss.

²²) LOMBARDI, *Dalla «fides»*, cit., p. 174 ss.

²³) LOMBARDI, *Dalla «fides»*, cit., p. 181.

²⁴) LOMBARDI, *Dalla «fides»*, cit., p. 191.

²⁵) LOMBARDI, *Dalla «fides»*, cit., p. 165 ss.

²⁶) WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 1 ss., e in sintesi p. 40 s.

²⁷) WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 29 ss.

²⁸) WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 31 s.

²⁹) WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 37 ss.

sulla coscienza sociale e giuridica romana tradizionale che ritiene che in detti rapporti sia esigibile dalle parti un dato comportamento in quanto imposto dalla *fides*. Il loro riconoscimento sarebbe avvenuto prima in ambito cittadino, ed allargatosi in un secondo tempo al di là di esso, dato che la *fides* impone dati comportamenti esigibili a chiunque, indipendentemente dalla cittadinanza.

Ma tali interpretazioni presentano la difficoltà di ciò che potremmo forse chiamare «la mai superata fase pretoria». Con l'introduzione editale da parte del magistrato, divennero pretorie?, ebbero un editto annunciativo?, perché non sarebbe rimasta neanche una traccia di questi editti annunciativi per la tutela, il mandato, la società, la compravendita, etc.? Per superare questa difficoltà si argomentava, come abbiamo visto, dal fatto che in realtà le predette azioni non sarebbero mai state propriamente pretorie, poiché anche se introdotte in un momento dato nella sfera processuale dal pretore, si trattava di qualcosa a lui estranea: erano, in altre parole, materialmente civili. Nonostante ciò, penso che Cic., *de off.* 3.17.70, e Gai., *inst.* 4.33, siano utili al fine di chiarire notevolmente la questione.

In Gai., *inst.* 4.10, appare una distinzione fondamentale, che era rimasta quasi ignorata nella dottrina fino a che Arnaldo Biscardi non ebbe richiamato l'attenzione su di essa³⁰, quella tra le azioni formulari '*quae ad legis actionem exprimuntur*' e le azioni '*quae sua vi ac potestate constant*'; la suddetta distinzione sarà ribadita dal giurista più avanti, dopo aver trattato delle *legis actiones* (Gai., *inst.* 4.11-29) e la loro decadenza (4.30): Gai., *inst.* 4.31-33 (con ventiquattro righe andati persi nel § 31).

Gaio contrappone, quindi, con la massima chiarezza, e secondo una divisione che necessariamente fa risalire la loro genesi al periodo repubblicano, le '*actiones quae ad legis actionem exprimuntur*' e le '*actiones quae sua vi ac potestate constant*'. Le prime si basano sulla finzione civile³¹ che si fosse verificata la dichiarazione orale della *legis actio* relativa. Invece, la *condictio* (ovvero le *condictiones*), e alcune altre azioni che di seguito riferiremo, non hanno niente a che fare con una finzione di *legis actio*, ma valgono per la loro sola *vis ac potestas*.

Anche se è irrefutabile che la *legis actio per condictioem* sia stata creata dalle *leges Siliae et Calpurniae*, appare ugualmente chiaro alla maggior parte della romanistica moderna³² che la legittimazione delle formule della *condictio* si sia avverata tramite la *lex Aebutia*, dato che questa legge avrebbe coinvolto soltanto la più moderna tra le *legis actiones*, non le altre, e, dunque, non sarebbe stato necessario in alcun modo ricorrere alla finzione che fosse avvenuta la dichiarazione orale della *legis actio per condictioem*. Per cui la forza delle *condictiones* formularie non proveniva dalla *legis actio per condictioem*.

Assieme alla *condictio*, Gaio cita anche (*inst.* 4.33) le azioni di comodato, di fiducia e di gestione di *negotia* altrui, '*et aliae innumerabiles*', tutte le quali '*sua vis ac potestas valent*'.

Trattasi, come abbiamo visto, di tre esempi, assieme ad altri possibili³³, ma si deve evidenziare che tutti riportano azioni civili di buona fede. Questo, che da una parte è qualcosa che André Magdelain non trascurava di intravedere³⁴, per altro verso desta in lui un certo timore nel portarlo alle sue ultime conseguenze, per due ragioni: una, per afferrarsi alla vecchia idea che la formula della *actio fiduciae* fosse *in factum* (su questo, *infra*), anche se appare molto più congruo nonché probabile il pensiero che fosse stata da sempre *in ius*; l'altra, per le esitazioni che, precisamente alla fine della sua vita, destano in lui le formule di comodato, poiché, anche se ammette l'esistenza della *formula com-*

³⁰) A. BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires «quae ad legis actionem exprimuntur»*, in «T.», XXI, 1953, p. 310 ss.

³¹) Su questo particolare, si veda MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 242 ss.

³²) Rinvio in questo senso, per tutti (e faccio così per l'importante ruolo che Max Kaser ed Arnaldo Biscardi ebbero al loro tempo nella generalizzazione di questa tesi), ad A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 146 ss. e all'ampia nota bibliografica commentata di p. 420 ss., ed a KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 159, con abbondante letteratura. Contro quest'opinione, oggi in maggioranza, M. TALAMANCA, '*Processo civile (Diritto romano)*', in «ED.», XXXVI, Milano, 1987, p. 32 s.

³³) L' '*et aliae innumerabiles*', frequente nell'espressione gaiana, ha in questo caso un senso molto più ristretto che, per esempio, in Gai., *inst.* 4.46.

³⁴) Cfr. MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 247.

modati in ius, dubita che fosse di buona fede³⁵: quando invece io penso che si possa dare per scontato – ed affermo ciò libero da ogni sospetto dopo aver preso le difese *ex professo* dell'inesistenza di una formula di buona fede per il comodato nell'Editto pretorio – che la *actio commodati* avesse anche una formula *in ius ex fide bona* all'epoca di Gaio³⁶.

In ogni caso, la *vis ac potestas* cui allude Gaio a proposito delle predette azioni, viene collegata da André Magdelain, giustamente, con la *summa vis* di cui aveva già parlato Quinto Mucio relativamente agli *arbitria* in cui apparivano i termini '*ex fide bona*' (Cic., *de off.* 3.19.70: '*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona'*').

Le azioni in buona fede non sono pretorie od onorarie, non hanno la loro origine dal pretore. Lo stesso André Magdelain indica, contro un parere diffuso, e manifestando che la sua opinione era quella di Moriz Wlassak³⁷, che, quando, nel noto passaggio della *pro Q. Roscio com.* 5.15, Cicerone parla di '*arbitria honoraria*', non si riferisce ai '*iudicia*' (o '*arbitria*') '*bonae fidei*', ma agli '*arbitria ex compromisso*'³⁸. Le azioni di buona fede non hanno niente a che vedere con l'imperio del magistrato; la presenza del termine '*oportere*' nella sua *intentio* e la mancanza di un editto introduttivo non permettono di affermare che esse fossero azioni pretorie. Come dice il Magdelain, «Pour elles un *edictum* n'a pas été plus nécessaire qu'une loi. La *fides* qui les anime remonte au vieux fond, typiquement romain, de la tutelle, du mandat, de la fiducie, de la société; elle s'est étendue ensuite à d'autres rapports. Quand le prêteur a délivré ces actions sans loi et sans *edictum*, il n'a rien fait de plus extraordinaire qu'auparavant quand il avait commencé à délivrer, sans aucune habilitation, les formules *ad l.a. expressae* sur la seule base d'une fiction de *legis actio*. Le vieux droit romain suivait son cours sous de nouvelles formes. [...] Les formules *ad l.a. expressae* prolongent la *legis actio* qu'elles copient; à cela a suffi le vieil artifice de la fiction. La formule une fois crée, la *summa vis* de la *fides* ancestrale a justifié une nouvelle gamme d'actions, qui s'est étendue ensuite à la vente et au louage»³⁹.

André Magdelain evidenzia, ciò nonostante⁴⁰, che sarebbe un errore affermare che sotto la Repubblica queste azioni fossero civili, poiché la terminologia '*actio civilis*' non si generalizza fino all'epoca di Adriano⁴¹. Ma, ammesso ciò, non penso che esista alcun importante problema che impedisca di utilizzare questa espressione per il periodo repubblicano, poiché resta chiaro di che cosa si parli; trattasi di un fenomeno molto frequente, dato che ci serviamo di continuo di termini riferiti a momenti storici in cui questi vocaboli non si erano ancora consolidati. In ogni caso, a mio avviso, non c'è niente da obiettare alla sua impostazione⁴² in ordine al fatto che le azioni che nel Principato saranno denominate '*actiones civiles*' provenissero da due grandi gruppi: le '*actiones quae ad legis actionem exprimuntur*' e le '*actiones quae sua vi ac potestate valent*', e che quelle di buona fede facciano parte del secondo. Nessuna di esse ha niente a che fare con le azioni nate nell'ambito della giurisdizione pretoria.

Occorre evidenziare che la suddetta impostazione ha come premessa che André Magdelain si discosta dalla sua precedente opinione⁴³ – condivisa, questa, da non pochi autori, ancora oggi! –, secondo la quale non c'era stato un gruppo di azioni al di fuori delle azioni *ex lege* e delle azioni onorarie, a cui, come dal precedente pensiero di tale studioso, sarebbero appartenute quelle di buona fede.

Da quest'angolatura, occorre non solo escludere la natura pretoria dei *bonae fidei iudicia*, ma anche ridurre in pratica a nulla l'importanza che di solito si attribuisce al magistrato nell'origine degli stessi. Trattasi di azioni non provenienti dalla giurisdizione pretoria. Mentre le '*actiones quae ad legis actionem*

³⁵) Si veda MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 247 e nt. 33.

³⁶) Su questo vid. adesso J. PARICIO, «*Formulae commodati*», in corso di stampa negli Studi dedicati a Mario Talamanca.

³⁷) Cfr. M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in «ZSS.», XXVIII, 1907, p. 110 nt. 2.

³⁸) Si veda MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 248.

³⁹) MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 249.

⁴⁰) Cfr. MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 248 s.

⁴¹) Si veda già A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 8.

⁴²) MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 249.

⁴³) Cfr. MAGDELAIN, *Actions civiles*, cit., p. 44 ss.

exprimuntur' riportavano nella *intentio* della loro formula le parole tipiche delle *legis actiones* antiche, e per conferire forza alla formula si ricorreva alla finzione che le parole orali della *legis actio* relativa fossero state pronunciate, nelle azioni di buona fede la forza e fondamento si assestano sulla *fides* ancestrale romana. Come detto da André Magdelain, parafrasando Quinto Mucio e Gaio, «leur propre *vis ac potestas* suffit»⁴⁴. La configurazione definitiva delle formule di queste azioni sarebbe avvenuta per via giurisprudenziale con perfetta aderenza alla previa prassi arbitrale privata, a cui non potevano rimanere estranei i giuristi, ed il pretore non aveva molto da dire in particolare, come anche poco da dire aveva nei riguardi delle azioni di fondamento legale.

A mio avviso, niente ci sarebbe da opporre alla diffusa opinione secondo la quale l' *'oportere ex fide bona'* – terminologia precisa in ambito giuridico – della *intentio* delle formule di buona fede sia stato tecnicamente configurato dai giuristi del II secolo a.C.; ciò nonostante, occorre ribadire che due azioni di buona fede non presentavano nella loro *intentio* il tipico *'oportere ex fide bona'*, e recavano, invece, clausole equipollenti che, come prima già da me affermato in qualche altra occasione⁴⁵, hanno tutta l'aria di conservare una formulazione più arcaica: la *actio fiduciae* e la *actio rei uxoriae*. Mi sono occupato della seconda abbastanza ampiamente tempo addietro – allorché lavoravo assieme ad Arnaldo Biscardi –, e richiamo in questa sede il mio parere di allora⁴⁶. Relativamente alla prima, temo che abbia avuto un grande peso specifico sulla romanistica del XX secolo l'opinione di Otto Lenel, che, dopo aver a lungo esitato, e dopo aver ammesso una duplicità formulare dell' *actio fiduciae*, con una formula *in factum* e un'altra *in ius* posteriore – ipotesi per lungo tempo seguita, e che ancor oggi suscita adesioni⁴⁷ –, optò nella terza edizione dell' *Edictum Perpetuum* per un'unica formula configurata *in factum*⁴⁸.

Non è qui possibile scendere nei particolari della discussione dottrinale circa il problema della protezione processuale della *fiducia*, che ha generato una letteratura inesauribile e che può ancora essere ritenuta questione aperta. In ogni caso, credo che si possa affermare che le ipotesi che sostengono la presunta protezione originaria della fiducia attraverso qualcuna tra le *legis actiones* conosciute (in modo speciale la *legis actio per sacramentum in rem* oppure la *legis actio per arbitri postulationem*, ma si è perfino pensato alla *legis actio per condictionem*), o tramite una specifica *legis actio fiduciae*, si appoggino ad argomenti alquanto deboli, o addirittura a semplici congetture⁴⁹.

A mio avviso, come, con motivazioni molto diverse fra di loro, sostengono alcuni autori⁵⁰, l' *actio fiduciae* non poteva essere stata che *in ius*, il che, come abbiamo visto, non costringe a pensare ad una protezione originaria tramite qualcuna tra le *legis actiones*. Questa azione, la più antica tra quelle in buona fede, la stessa che sarebbe servita da modello alle altre – come testualmente afferma Alvaro d'Ors⁵¹ –, non poteva aver avuto origine pretoria: affonda le proprie radici nell'ambito consuetudinario del *mos maiorum* e il suo fondamento si trova nella *fides*. La sua formula processuale tanto

⁴⁴) MAGDELAIN, *Naissance*, cit., p. 256

⁴⁵) PARICIO, *Estudio*, cit., p. 37; *Fundamentos*, cit., p. 64.

⁴⁶) Si veda PARICIO, *Estudio*, cit., p. 97 ss.: adesso anche J. PARICIO, *Sobre la formula de la «actio rei uxoriae»*, in «Status familiae. Festschrift A. Wacke», München, 2001, p. 365 ss.

⁴⁷) Si veda in questo senso adesso P. FUENTESECA, *Lineas generales de la «fiducia cum creditore»*, in «Derecho romano de obligaciones», cit., p. 396 ss., con proposta di ricostruzione di entrambe le formule.

⁴⁸) O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1927, p. 292; si veda adesso D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Milano, 1999, p. 66 s.

⁴⁹) Mi sono occupato della questione, ma non con l'accuratezza che avrei desiderato, in *Apuntes sobre la «actio fiduciae»*, in «Studi A. Burdese», in corso di stampa.

⁵⁰) Le opinioni di tutti quanti (Vincenzo Arangio-Ruiz, Giuseppe Grosso, Alberto Burdese, Luigi Lombardi, Alvaro d'Ors, Bert Noordraven, André Magdelain, etc.) si differenziano a loro volta talmente tanto fra di loro, che sarebbe parzialmente inesatto raggrupparle sotto un parere comune. L'ultima delle proposte formulate, dovuta a B. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, Arnhem, 1988, p. 366 ss. (sintesi in tedesco a p. 455 ss.), dobbiamo riconoscere che appare sconcertante, e trovo molto giusta la critica di MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 66 s. nt. 233: si veda PARICIO, *Apuntes*, cit.

⁵¹) A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁵, Pamplona, 1983, § 464; mi viene più difficile condividere oggi la sua opinione che, ipoteticamente, la fiducia sarebbe stata tutelata nell'antichità tramite la *legis actio per arbitri postulationem*.

particolare probabilmente proviene da antichi arbitrati privati, e non appare possibile che i giuristi siano estranei alla sua configurazione. Allorché la si integrò nell'Editto, lo si fece sulla base della sua *vis ac potestas*, e né pretore né giuristi l'avrebbero mai vista come sorta dalla giurisdizione pretoria.

I giudizi di buona fede sono, dunque, sempre stati «civili» (metto finalmente fra virgolette il vocabolo per riguardo verso André Magdelain). Nella loro nascita ebbe ben poco a che fare la legislazione, mentre invece fu essenziale la *summa vis* della *fides*; il ruolo del pretore consistette solo nel raccogliere qualcosa che era nel seno della comunità cittadina e ammesso dal *mos maiorum*. Le più antiche azioni di buona fede sono state l'*actio fiduciae* e (forse) l'*actio rei uxoriae*, nessuna delle quali presentava il tipico *oportere ex fide bona* nella sua *intentio*, ma invece parole equipollenti ('*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*', '*melius aequius*') e di formulazione più arcaica. Le predette azioni nacquero nell'ambito consuetudinario romano ed hanno il proprio fondamento nella *fides* ancestrale, come lo hanno pure l'*actio tutelae*, l'*actio pro socio*, l'*actio mandati* o la (simile) *actio negotiorum gestorum*. Ad esse si aggrediranno, più tardi, quelle di compravendita e di locazione (che appaiono, significativamente, alla fine degli elenchi ciceroniani dei giudizi di buona fede⁵², ed ancora, per resistenza della tradizione, nell'Editto adrianeo⁵³), proprie dei rapporti giuridici non più sorti in un ambito di piena fiducia tra le parti (di famiglia, di amicizia, di vicinato, etc.), ma nel traffico commerciale, in cui si suppone però identicamente esigibile un comportamento onesto ed ineccepibile. Nate in ambito cittadino e fondate sulle *fides*, niente impediva loro (almeno per quanto riguarda la maggior parte di esse)⁵⁴ di estendersi ai peregrini, poiché i doveri ed obblighi imposti dalla *fides* sono esigibili da chiunque, indipendentemente dalla sua cittadinanza. Questo suppone, ovviamente, che, in questi casi, allorché uno dei litiganti fosse straniero, non occorresse ricorrere alla finzione di cittadinanza.

Le azioni di buona fede di deposito e comodato (è assolutamente improbabile, come già indicato, che apparisse nell'Editto una azione di buona fede per il pegno) sono alquanto posteriori nel tempo e mancano completamente di rilievo agli effetti di individuare in esse l'origine dei *bonae fidei iudicia*; non appaiono nei cataloghi ciceroniani⁵⁵ e la loro ammissione nel *ius civile* non ebbe probabilmente luogo fino al Principato. In ogni modo, dopo che l'*actio depositi* e l'*actio commodati* furono entrate nel diritto civile, vennero trattate dai giuristi come le altre azioni di buona fede. Del resto, il fatto che queste azioni avessero avuto in un primo momento una *formula in factum concepta* prima della formula *in ius ex fide bona* – con la coesistenza di entrambe – non significa che fosse successa la stessa cosa molto tempo prima negli altri *bonae fidei iudicia*.

⁵²) Cic., *nat. deor.* 3.74, *top.* 17.66, *de off.* 3.17.70.

⁵³) Cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 288 ss.

⁵⁴) Poiché trattasi di istituzioni esclusive dei cittadini romani (e, pertanto, strettamente civili, estranee al *ius gentium*) non si potrebbe dare questa estensione nella *actio fiduciae* e nella *actio tutelae*.

⁵⁵) Non appaiono né in *pro Caec.* 3.7, né in *nat. deor.* 3.74, né in *top.* 17.66, né in *de off.* 3.17.70.