

L. Franchini, *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei. Questioni di metodo e di merito*, Napoli 2015, pp. 1-175, ISBN 9788824323574.

Franchini, nella sua monografia¹, affronta un tema assai impervio, che pur se studiato, *incidenter tantum*, in molte pagine della romanistica non ci pare abbia mai avuto una trattazione esauriente. In questo senso, la scelta della materia risulta feconda.

Il libro si snoda in sei capitoli, a cui fa da prologo una premessa critica e, ovviamente, da epilogo una accurata redazione degli indici degli autori e delle fonti.

Il lavoro si incentra sulle tematiche della recezione nel *ius civile* dei *iudicia* e degli *arbitria bonae fidei*, ponendosi sulla scia dei lavori di Wieacker e di Fiori² e riaffermando la tesi della natura pretoria dei *iudicia* – tesi che, se pur maggioritaria, non può ancora assurgere al rango di dominante.

Il volume è accompagnato da una prefazione a cura di Francesco Paolo Casavola, che sottolinea come, secondo l'autore, i fatti normativi da cui dipese la recezione fossero connessi piuttosto con la *receptio moribus*; tuttavia con questa espressione si è inteso riferirsi – sempre a seguire le parole dell'autore – ad un fenomeno eterogeneo connotato dalla diffusione di usi commerciali internazionali od anche di usi interni fondati su rapporti di intensa, reciproca solidarietà; all'intervento di organi giurisdizionali che avrebbero preso atto delle pratiche in esame, corredandole di adeguata tutela; all'avvio di un processo consuetudinario 'ufficiale' che consta di attività negoziali e di decisioni giudiziali, affiancate da una scienza del diritto vocata alle soluzioni pratiche; infine, alla presenza di una legislazione per certi versi integrativa del materiale prodotto in ambito processuale.

Nella premessa critica, Franchini rileva come, pur trovandoci innanzi ad una vicenda storica di importanza enorme, concernente le modalità con cui gli istituti fondati sulla buona fede, contrattuali e non, sarebbero stati ad un certo punto integrati nell'ambito del *ius civile*, di essa si rinvengano presso i giuristi romani ben poche tracce.

Tesi portante dell'indagine è la presenza di «una fase storica in cui l'*oportere* che si intendeva far valere nell'ambito di quei giudizi non aveva riconoscimento sul piano del diritto civile» (p. 5). Pertanto, la monografia appare in contrapposizione, garbata, ma lucida a quanti ritengono che le relative azioni avessero natura civile, in quanto fondate sui *mores* o sulla *interpretatio* (p. 19) (non certo sulla *lex*) (p. 19 nt. 42).

¹ Si v. fra i precedenti lavori dell'a., L. Franchini, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005; Id., *Voti di guerra e regime pontificale della condizione*, Milano 2006; Id., *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di P. Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008. Alcune delle asserzioni contenute nella monografia erano già state anticipate in Id., *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca 2, Padova 2011, 113-238.

² F. Wieacker, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in ZSS. 80, 1963, 37; R. Fiori, 'Ius civile, 'ius gentium' 'ius honorarium': il problema della 'recezione' dei 'iudicia bonae fidei', in BIDR. 101-102, 1998-99, 165 ss. Come tuttavia nota lo stesso Franchini, Fiori è tra coloro che non credono alla realtà storica della recezione di giudizi originariamente pretori e, dunque, non indaga le modalità con cui poté prodursi il passaggio dalla sfera del diritto onorario a quello del diritto civile.

Nel I capitolo (pp. 5-34), l'a. passa in rassegna le testimonianze ciceroniane concernenti i *bona fidei iudicia* (Cic. *pro Rosc. Com.* 5.15, Cic. *de off.* 3.15.61, Cic. *de or.* 1.37.168, Cic. *de off.* 3.17.70, Cic. *top.* 17.66, nonché, soprattutto, Gai 4.62 [p. 33]³). Lo studioso conchiude la sua esegesi scrivendo: «Nessuno degli elenchi ciceroniani può dirsi esaustivo, né in assoluto, di tutti i possibili *iudicia bonae fidei* – non essendovi in particolare compresi quelli che, con ogni probabilità, verranno introdotti solo in età imperiale, come le *actiones depositi* o *commodati*, delle quali daranno invece conto, naturalmente, le fonti di età successiva –, né, come si è visto, dei soli *iudicia bonae fidei* esistenti in età repubblicana. Ma dal complesso di detti elenchi può comunque evincersi che, in quell'epoca, erano già conosciuti ben otto giudizi di buona fede e che essi, comunque, formavano un gruppo piuttosto compatto (tutela, società, fiducia mandato, compravendita, locazione, *res uxoria* e gestione d'affari), ben identificato come tale al di là di qualche differenza che ancora si riscontra, come detto, nel tenore delle clausole, e che forse in parte risente della diversa origine, nel *ius gentium* o nella tradizione cittadina, dei singoli *iudicia*»⁴.

Specifica, altresì, l'a. che pur in un'epoca in cui la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* non era ancora realmente percepita, si può senz'altro affermare che le azioni di buona fede appartenevano alla sfera del secondo, anche se di lì a poco sarebbero rientrate nella sfera del primo, giacché secondo l'interpretazione dominante in dottrina, verso l'inizio dell'epoca classica, sia sotto l'apporto del titolo dell'editto '*de bonae fidei iudiciis*', sia sotto altri titoli, sarebbero figurate le formule compiute dei giudizi, prive di clausola edittale e perciò indubitabilmente considerate espressione del *ius controversum* ad opera dei giureconsulti, che come tali le avrebbero poi studiate e commentate.

Il capitolo si chiude con il richiamo di I. 4.6.28⁵ che, contenendo l'elencazione dei *iudicia bonae fidei* di età giustiniana, solo indirettamente interessa l'ambito dell'indagine condotta da Franchini.

Nel II capitolo (pp. 35-41), date per presupposte le fasi attraverso le quali si svolse la vicenda storica che condusse alla integrazione nel *ius civile* dei *iudicia bonae fidei*, l'a. manifesta la volontà di concentrarsi, come detto più volte, sul problema di 'come' avvenne questo passaggio, cioè di quali 'fattori' giuridicamente rilevanti lo avessero sancito.

Nell'indagare il problema, passi importanti sono stati già intrapresi negli scritti di Filippo Gallo, che ha posto l'accento sulla circostanza che l'elaborazione di formule *in ius conceptae*, riguardo ai *iudicia bonae fidei* compresi nell'editto, implica che sul piano

³ Il frammento gaiano accanto al parimenti noto D. 17.2.38 pr., attribuito a Paolo, è riportato da Franchini per sottolineare come ormai la natura civile dei *iudicia bonae fidei* non fosse più oggetto di dispute. Tant'è che O. Behrends, *Dalla mediazione arbitraria alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. 'formulae in factum conceptae'*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a c. di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, 226, addirittura fa rimontare a Quinto Mucio la sistematica ivi espressa.

⁴ Pp. 27 s.

⁵ In realtà, il giudizio di Franchini sulla legislazione giustiniana, relativa ai *bonae fidei iudicia*, appare piuttosto severo. Infatti, egli scrive che l'elenco contenuto in I. 4.6.28 si fa notare per l'aggiunta di azioni, tra cui quelle divisorie ovvero la stessa *hereditatis petitio*, evidenziando così l'approccio «antistorico» allo studio di questi rimedi processuali. Inoltre lamenta l'autore che l'intenzione dei commissari era diretta esclusivamente a «far soltanto risaltare l'esistenza di un ampio potere discrezionale attribuito al giudice» (cfr. p. 44).

del diritto sostanziale tutta una serie di istituti sarebbe passata da una fase di inesistenza ad una di esistenza e che ciò non poteva essere avvenuto 'spontaneamente' ossia sotto l'influsso di fattori irrilevanti per il diritto.

Tuttavia, Franchini appare andare oltre tale posizione, ipotizzando che un istituto e la relativa obbligazione che in esso consiste siano già *ab origine* valide sul piano sostanziale; che tale istituto e la relativa obbligazione corrispondano ad un *prius* sul piano logico e cronologico rispetto alla concessione di una formula processuale, la quale – proprio perché *in ius concepta* – costituisce un *posterius* rispetto all'*oportere* tutelato e rispettato da un magistrato, che di quella situazione può solo prendere atto, senza libertà di astenersene. Epperò, l'a. ha cura di precisare, «l'esatto contrario vale, come noto, per le azioni cosiddette onorarie, comprese quelle munite di *formulae in factum conceptae*» (p. 39).

Una importante conseguenza di questo approccio è la comprensione dell'importanza della vicenda relativa al riconoscimento del processo formulare come processo privato ufficiale, poi esclusivo ed infine ordinario, in luogo delle *legis actiones*. È, infatti, di chiara evidenza che proprio la vicenda dei *iudicia bonae fidei* si svolse nell'ambito del riconoscimento della procedura *per formulas*, anche se oggetto della recezione presa in esame dall'a. fu il passaggio delle azioni di buona fede nel novero delle azioni *in ius conceptae*. Anzi, l'a. precisa che l'indagine attiene al tema del diritto sostanziale, giacché dal punto di vista formale tale recezione ebbe a svolgersi tramite legge, in virtù di quanto ricavabile da Gai 4.30, 4.104 (p. 41 nt. 19).

Il III capitolo è, per densità, il vero nucleo dell'opera (pp. 43-117). Esso prende in esame *Le fonti possibili della recezione*, scandendone il contenuto nella legge, nel senatoconsulto, nella costituzione imperiale, nella giurisdizione pretoria, nella giurisprudenza e, infine, nella consuetudine e nella prassi (giudiziaria e non). Nel paragrafo dedicato alla legge, lo studioso affronta il tema della riorganizzazione processuale augustea operata per il tramite della *lex Iulia iudiciorum privatorum* e della precedente *lex Aebutia*, più precisamente di come e se questi provvedimenti normativi avessero inciso sulla 'recezione' dei *iudicia bonae fidei*.

Franchini non ritiene di giungere alla conclusione che una legge processuale avesse 'direttamente' sancito la recezione dei *iudicia bonae fidei* nel *ius civile* o che, comunque, la recezione 'sostanziale' sia affatto coincisa con la recezione processuale, da tenersi, come detto, teoricamente distinta dalla prima. L'autore perviene a siffatta conclusione sostenendo che le azioni di buona fede sono, negli elenchi dei giuristi classici (cfr. Sabino-Paolo in D. 17.2.38), ma anche in Gaio (Gai 4.62, ma anche Gai 4.10, in cui rinveniamo la controversa categoria di azioni *quae sua vi ac potestate constant*), prive di fondamento legislativo e ciò anche se nell'età classica scompare quella netta contrapposizione con i giudizi fondati sulla legge che era stata tracciata, in precedenza, dall'Arpinate.

Quanto al senatoconsulto, pur se, *prima facie*, sembrano potersi condividere le affermazioni dianzi dette per la legge e cioè che né nelle Istituzioni gaiane, né in alcun frammento dei giuristi classici è direttamente attestato che tali azioni di buona fede fossero state introdotte con senatoconsulto – o che comunque un senatoconsulto ne avesse definitivamente sancito la prassi – merita di essere ricordato che l'editto perpetuo di Giuliano ottenne vigore proprio in forza di un provvedimento del senato e che, sotto

l'impero di Adriano, con un senatoconsulto, si stavano già introducendo riforme significative della disciplina degli istituti civilistici; in proposito, l'a. si domanda: «se in questo modo, a seguito cioè dell'inserimento sotto il titolo *De rebus creditis* o *De bonae fidei iudiciis* di una formula *in ius* di buona fede, si fosse teoricamente potuto dare riconoscimento, nell'ambito del diritto civile, ad istituti che per ipotesi ancora non ce l'avessero in modo pieno e sicuro, la risposta dovrebbe essere a nostro parere senz'altro positiva».

Tuttavia, l'a. ha cura di precisare che l'integrazione nel *ius civile* si sarebbe prodotta al tempo della codificazione edittale, giacché la codificazione giuliana segna il più ragionevole termine *ante quem* del processo di recezione, ciò in particolare con riferimento al deposito ed al comodato, cui, ad ogni buon conto, è dedicato, quasi per intero, il capitolo quarto.

Tra le costituzioni imperiali lo studioso seleziona *decreta*, *rescripta* ed *epistulae*, giacché destinate ad essere immesse come precedenti autorevoli nel circuito interpretativo; pertanto, se ne ritiene opportuna la trattazione congiunta con i paragrafi relativi alla giurisdizione pretoria ed alla giurisprudenza *tout court*.

Per ciò che riguarda la giurisdizione pretoria, il punto di partenza scelto da Franchini è D. 1.1.7.1, in cui vengono enunciati il ruolo di *adiuvare*, *supplere* e *corrigere* il *ius civile* che Papiniano attribuisce al *ius honorarium*.

Dal punto di vista dell'a. un possibile punto di partenza è l'analisi dell'impiego, nelle fonti, della locuzione *proponere (formulas)*, che egli descrive come intenzione del magistrato di 'proporre' egli stesso la concessione di un'*actio in ius*. In quest'ottica, il magistrato, elaborate le prime *formulae in ius*, secondo Franchini come azioni onorarie, avrebbe, poi, reiterato l'operazione, di cui aveva già vagliato l'accesso e creato, per assimilazione, altre *formulae in ius*, senza subire i condizionamenti della giurisprudenza.

Tuttavia, quanto agli *arbitria bonae fidei* di origine repubblicana bisogna domandarsi se anche per questi ultimi il magistrato avrebbe potuto offrire un contributo decisivo, precisando che in questa circostanza non si trattava di '*proponere*' altre *formulae in ius*, ma di interpretare come tali quelle già esistenti con riferimento al significato dell'*operare* contenuto nell'*intentio*.

Sul punto secondo l'a. è risultata sorprendente tanto la posizione di chi ha dato per scontata l'inesistenza di un *edictum* o comunque di *edicta* introduttivi dei vari *iudicia*, quanto di chi, come il Magdelain, ebbe a sostenere il contrario e cioè che il processo storico di 'civilizzazione' avrebbe avuto inizio proprio nel momento in cui il magistrato sottrasse i *iudicia bonae fidei* alla loro regimentazione all'interno dell'*edictum de pactis*, per inserirli in un loro titolo autonomo, con ciò, secondo lo studioso francese, gravemente nuocendo alla libera evoluzione del consensualismo⁶.

Ad ogni modo Franchini si mostra scettico nel ritenere che un isolato intervento del pretore potesse da solo avere contribuito alla recezione, non tanto perché 'eteroguidato' dalla giurisprudenza, ma perché sul substrato entro il quale il pretore era chiamato ad intervenire avevano già agito altri fattori connessi con la legislazione augustea.

Ma soprattutto un esempio di tale recezione viene individuato dall'autore nel testo di

⁶ A. Magdelain, *Le consensualism dans l'edict du preteur*, Paris 1958, 89-112.

D. 27.4.1 pr.⁷, in cui è posto in risalto sia il riferimento ad una obbligazione poi divenuta civile (*civiliter obligetur*), sia l'uso dell'espressione *receptum* con cui i giuristi romani erano soliti riferirsi a tale risultato. Evidenzia, però, Franchini che in questo frammento la recezione risulta essere il prodotto di un 'uso' che il pretore stesso avrebbe in precedenza innescato, con l'iniziativa consistente nel *proponere* l'azione. Siffatto *proponere*, si sarebbe risolto o in una affissione all'albo ovvero, se intesa in senso atecnico, ad essa potrebbe ricondursi la stessa attività diretta a proporre, a concedere le azioni per il caso concreto, tramite lo strumento del *decretum*.

In sostanza, l'autore pur non intendendo negare la rilevanza della diffusione delle prassi arbitrali, e neppure di quelle decretali, non sembra volere escludere l'esistenza di un *oportere* formulare, anche se – si badi – di natura onoraria, sancito dal pretore, attraverso i propri editti fin dalle origini del processo *per concepta verba*. Infatti, dagli elenchi ciceroniani – dianzi riportati – si segnala la presenza di un gruppo di *iudicia* compatto, dotato di un proprio *nomen*; il che significa che il processo di tipizzazione, sebbene non compiutosi al punto da consentire un immediato riconoscimento civilistico, aveva però raggiunto uno stadio molto avanzato incompatibile con una tutela decretale e con l'assenza di forme di tutela avanzate.

Riguardo, poi, agli istituti per cui era prevista una tutela con formula decretale, si avanza l'ipotesi che un'ulteriore tutela, rappresentata dai *iudicia bonae fidei*, fosse stata concessa dal pretore attraverso l'elaborazione delle *actiones in factum* sulla scorta dei modelli editali preesistenti. Pertanto, nel libro si esprime la convinzione della possibilità che esistessero azioni decretali munite di *intentio in ius ex fide bona*, coerentemente all'opinione prevalente nella dottrina⁸.

⁷ D. 27.4.1 pr. (Ulp. 36 ed.) «*Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet. Etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint*».

⁸ *Ex plurimis*: A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei contratti innominati*, in *Iura* 36, 1985, 24 s.; Id., *Sul concetto di contratto ed i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* 1, Milano 1988, 15 ss; M. Talamanca, sv. *Processo*, in *ED*. 36, Milano 1987, 59, 63; Id., *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. Milazzo (a c. di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti Copanello* 1996, Napoli 1999, 201; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999, 51 nt. 164; V. Marotta, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka. Rivista di antichità* 5 (1996) 125. Va registrata in senso difforme l'opinione del M. Sargenti, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI*. 72, 2006, 245 ss., il quale ha contestato che accanto alle *actiones in ius conceptae* ed a quelle in *factum conceptae* potesse rinvenirsi una sorta di *tertium genus*, cioè le *actiones in factum* strutturate con la formula *in ius ex fide bona* – anziché soltanto con formula *in factum* – perché oltretutto il pretore non aveva il potere di creare un nuovo diritto sostanziale, tanto meno a livello extraeditale. Tuttavia, tali considerazioni non trovano favorevole Franchini, il quale replica: «a tali considerazioni si potrebbe replicare, nella nostra ottica, che la tutela accordata dal magistrato per il caso concreto era di natura sicuramente onoraria, e non civile, dal momento che non esisteva, o non esisteva ancora, una situazione sostanziale da proteggere, e che quello di costruire l'azione decretale con l'inserimento di una clausola *ex fide bona* sulla falsariga di quelle editali era solo un espediente di tipo processuale, che non faceva automaticamente sì che la formula potesse,

A conclusione di queste osservazioni Franchini scrive che la decretazione pretoria era idonea a «dare impulso più che riscontro» a processi di recezione di istituti non ancora rilevati dal *ius civile*; di ciò si rinviene una conferma in *Rhet. Her.* 2.13.19, in cui il *decretum interpositum* di origine pretorile sembra aver assunto la funzione di giudicato, il quale all'interno di quel passo assume la connotazione di fonte del diritto, cioè di ingrediente essenziale della prassi integrante la *receptio moribus*.

Quanto al ruolo della giurisprudenza romana, l'asserzione di partenza è che dalle fonti si registra un «silenzio assordante» (p. 75). Infatti, nessun indizio, nessuna sia pur labile testimonianza circa un dibattito sorto tra i giuristi, circa un'opinione espressa, un responso dato, ci risulta in ordine alla questione se le figure, poi, certamente integrate nell'ambito del *ius civile*, meritassero ad un certo punto davvero di esserlo, mediante la concessione di *formulae in ius* o mediante il riconoscimento come civili di quelle esistenti.

Un punto di partenza dell'indagine è quello che vede i responsi dei giuristi come idonei a rivestire qualche rilievo in quanto unanimemente condivisi e in caso contrario le loro opinioni si sarebbero immerse nel flusso del *ius controversum*, per cui a seconda della loro plausibilità, ovvero dell'autorevolezza di coloro che le avessero espresse sarebbero state ritenute più o meno meritevoli di accoglimento. È verosimile che un qualche parere offerto al magistrato sarebbe stato sufficiente ai fini della concessione di un nuovo rimedio di natura onoraria o anche decretale, ma non ai fini dell'introduzione nell'ordinamento civile di istituti nuovi, di cui il magistrato dovesse necessariamente prendere atto, concedendo *formulae in ius conceptae* o modificando l'editto. Da respingere è, invece, l'ipotesi che vi fosse un'iniziativa del pretore autonomamente diretta a produrre *ius civile*.

Occorre soffermarsi sul momento in cui si sarebbe prodotta l'eterogenesi di significato consistente nella scissione fra il termine *oportere* e la locuzione *ex fide bona*. In proposito, Franchini tende a posticipare, rispetto alla tesi di Talamanca (che la collocava nel I secolo a.C.) il momento in cui siffatta scissione si sarebbe prodotta giacché: «in età tardo repubblicana i *iudicia bonae fidei* erano quasi certamente pretorii» (p. 81), per cui appare più probabile che un intervento di tal fatta, proprio per la sua ampia valenza tecnica, risalisse all'età protoclassica, allorché era già stata compiuta quella che l'autore chiama la recezione processuale della stessa *lex Iulia*.

Con riguardo al complesso tema della trattazione presso i *prudentes* della questione della recezione dei giudizi di buona fede, l'attenzione della letteratura si è concentrata sui commenti ai libri di diritto civile di Masurio Sabino e Cassio Longino, che avrebbero svolto la trattazione di istituti come la compravendita, la società, la *res uxoria*, la tutela, la fiducia, con un ruolo propulsivo, quando non di recezione, per assimilazione, con altre antiche figure giuridiche, quali il *consortium ercto non cito* e la *mancipatio*; in altri termini, l'inserimento di *enclaves* pretorie all'interno delle trattazioni di diritto

almeno sotto quel profilo, considerarsi *in ius*, anziché soltanto una formula, per così dire, *in fidem concepta*, conforme al modello originario proprio dei *iudicia bonae fidei*, in cui l'*oportere* non era ancora equiparato a quello civilistico (e qui certo non può esserlo)» (p. 71).

civile avrebbe favorito la ‘civilizzazione’ degli istituti in esame – avvenuta, secondo il Magdelain, in maniera inconsapevole.

Prescindendo dalla spinosa questione della ricostruzione della sistematica interna dei *libri iuris civilis*, l’a. nota come la trattazione degli istituti tutelati dai *iudicia bonae fidei* figure spesso in connessione con quella degli antichi istituti civilistici: tale connessione non potrebbe spingersi tuttavia sino a considerare tali istituti delle occasionali enclaves, quasi che ancora nel corso del I secolo esse non fossero dotati di una autonoma dignità scientifico-sistematica.

In particolare, sulla scorta di Cic. *de off.* 3.17.70, l’a. si spinge a dire che già Quinto Mucio aveva intrapreso la trattazione degli istituti fondati sulla buona fede, anche se in dottrina ancora si dibatte se Cicerone avesse escerpito il passo in questione dai *libri iuris civilis* o magari da qualche altra sua opera.

Tuttavia, anche a prescindere dalla questione se i giuristi romani avessero inserito la trattazione degli istituti pretori all’interno delle loro opere di commento al diritto civile, occorre ritenere che la relativa esposizione della disciplina dei *iudicia bonae fidei* difficilmente può aver contribuito alla loro recezione nel diritto civile; a sostegno di tale argomentazione Franchini adduce tre ordini di motivazioni: a) perché la ricostruzione di quelle opere di commento è tuttora incerta e discussa; b) perché, pur volendone individuare alcuni di più sicura trattazione, allora si dovrebbe ritenere che si tratta di quegli stessi già presi in esame da Quinto Mucio, che però visse ed operò in un’epoca che Franchini tende ad escludere fosse prossima alla recezione; c) perché «nessuna delle molte altre fonti rilevanti in materia ci consente di supporre che la cronologia della civilizzazione dei *iudicia* repubblicani non contemplati per ipotesi nei *libri iuris civilis* (si pensi, per esempio, alla locazione ed al mandato) sia stata diversa e più tarda rispetto a quella degli istituti che vi erano contemplati (si pensi alla compravendita ed alla società)» (p. 88).

Il lavoro della giurisprudenza si sarebbe concentrato in misura particolare sulla nozione di *bonus vir*, cioè su quale modello di individuo tale locuzione identificasse, su quali fossero i comportamenti che in concreto egli avrebbe dovuto intrattenere; alla risposta a queste domande ebbe a dedicarsi la giurisprudenza, dopo aver stabilito l’equivalenza della clausola *ex fide bona*, con quella ‘*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*’, che corredeva l’*actio fiduciae*, nonché la clausola ‘*quod aequis melius*’ che corredeva l’*actio rei uxoriae*; a titolo di esempio di *regulae* che la giurisprudenza ebbe ad enucleare l’autore identifica: l’obbligazione relativa al pagamento degli interessi, convenzionali, moratori o compensativi, la regola dell’*exceptio doli*, la regola dell’inerenza ai *iudicia bonae fidei* dell’*exceptio metus*, dell’attinenza dell’*exceptio pacti*, l’obbligo di rimborsare le spese, l’obbligo di restituire profitti non previsti, il regime in materia di *ius retentionis*, nonché più in generale tutte le regole intese a rafforzare la bilateralità del vincolo.

Chiude il capitolo il paragrafo sulla consuetudine, che riprende alcuni studi precedenti di Franchini, riproponendo la tesi per cui le fonti in nostro possesso – l’autore riporta sia D. 1.3.32, sul *ius morbus receptum* o *inductum*, sia fonti letterarie come Cic. *inv.* 2.22.65; 2.22.67; 2.54.162, Cic. *top.* 5.28, ma anche Quint. *inst.* 3.6.84; 5.10.12-13; 7.4.6; 12.3.6-7, e a ben guardare molte altre sono quelle citate – attestano ancora l’efficacia dei processi consuetudinari di creazione delle norme, nonché che era la stessa na-

tura di *ius controversum* ad esigere che un determinato orientamento interpretativo, per tramutarsi davvero in *ius receptum*, richiedesse conferma attraverso una prassi diffusa⁹.

In proposito, e senza perdere il filo conduttore del discorso Franchini ritiene che la vicenda della recezione dei *iudicia bonae fidei* nel *ius civile* fosse generalmente riconducibile ad una prassi consuetudinaria; ciò per due ordini di considerazioni: innanzitutto perché mancano del tutto testimonianze a sostegno di altri fattori di produzione normativa, cioè di *ius ex scripto*, sia per il fatto che alcune sparute testimonianze sono rintracciate dall'a. che testimoniano l'importanza che ai fini della recezione ebbero il *mos* e la consuetudine. Si tratta di D. 27.4.1 pr. e D. 21.1.31.20.

Nel primo passo si fa riferimento all'uso del *iudicium contrarium tutelae*, dalla cui reiterazione sarebbe derivata la recezione, che sarebbe stata riconnessa all'indubbia utilità della sua diffusione e avrebbe dato luogo all'insorgere di una obbligazione valida per il *ius civile* a carico del pupillo verso il tutore.

Nel secondo frammento, Ulpiano si sarebbe occupato dell'*adsiduitas* della *stipulatio duplae*. Nel passo Ulpiano attesta che proprio in ragione dell'*adsiduitas* della *stipulatio duplae* si fece strada l'idea che la garanzia prestata in conformità alla formula proposta dagli edili fosse da ritenersi un effetto naturale della *emptio venditio* e che, dunque, fosse esigibile mediante l'esperimento dell'azione civile. In particolare, l'attenzione al frammento è suscitata dalla proposizione: *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*, in cui il termine *venire* induce a ritenere ivi espresso un riferimento alle regole enunciate nella prassi a trasformarsi nell'assetto normativo dei negozi tutelati dai *iudicia bonae fidei*.

Dall'esegesi di D. 27.4.1 pr. e di D. 21.1.31.20, che pur non si riferiscono a situazioni del tutto omogenee, Franchini trae spunti univocamente diretti a conformare la fondatezza dell'ipotesi del rilievo della prassi consuetudinaria in materia, e soprattutto riguardo alla consistenza, alla natura dei comportamenti che, in quanto reiterati, formavano la prassi stessa. Pertanto, tale prassi consuetudinaria risulta composta di condotte pacificamente tenute dai *cives*, dei giudicati che abbiano dato conferma della impegnatività di queste condotte, dei pareri espressi dai giuristi, che abbiano inteso seguire l'*oportere ex fide bona*.

Una qualche rilevanza l'a. riconosce anche all'attività giurisdizionale dei pretori in relazione al *mos* che ci riguarda e che sembra tralucere dal celebre passo ciceroniano in cui è detto '*quae praetores edicere consuerunt*'¹⁰.

Il IV capitolo formula *Osservazioni in merito ai singoli iudicia bonae fidei. In particolare, la duplicità di azioni a tutela del deposito e del comodato* (pp. 119-141). In questo capitolo l'a. intende ripercorrere, in forma dichiaratamente sintetica, le tappe attraverso le quali si svolse il processo di recezione per ciascuno degli istituti tutelati con

⁹ La prospettiva dello studioso appare prossima a quella di Gallo, che in più scritti – non sempre adeguatamente valorizzati in dottrina – ha tentato un recupero ed una corretta decodificazione del *ius moribus receptum*, dei suoi rapporti con il *mos* arcaico e la *consuetudo* in generale. *Ex plurimis*: F. Gallo, *Consuetudine e nuovi contratti*, Torino 2012, specialmente 27 ss., 40 ss., 69 ss., 86 ss., 99 ss., 108, 142 s: Id., *La consuetudine grande sconosciuta*, in *RDR*, 13, 2013, 1 ss.

¹⁰ Da ultimo G. Zarro, *Cic. de inv. 2.65 e Cic. top. 5.28. Il ruolo della consuetudine nella formazione dello ius honorarium*, in *TSDP*, 9, 2016.

iudicia bonae fidei. Vengono così analizzate le vicende della civilizzazione di *emptio venditio*, *locatio conductio*, società, mandato, fiducia, tutela, *actio rei uxoriae*, *negotiorum gestio*, nonché le tappe della *receptio* del deposito, del comodato e del pegno.

Proseguendo su questo crinale l'a. affronta, sia pur con una formulazione necessariamente sintetica, il problema della sopravvivenza dell'*actio in factum concepta*, una volta che fosse stata introdotta l'azione *in ius* di buona fede a tutela del deposito e del comodato. In questo senso, egli mostra di aderire all'antica tesi¹¹, secondo la quale l'originaria azione onoraria sarebbe sopravvissuta per mero tradizionalismo, per ossequio a quella tendenza romana a non abolire i vecchi istituti col sopraggiungere di nuovi, aspettando che i primi cadessero lentamente in desuetudine «tanto più in un caso come il nostro, in cui l'elaborazione giurisprudenziale dell'uno e dell'altro istituto si era formalmente strutturata sullo schema delle *formulae in factum*» (p. 138).

Alla base dell'adesione a questa teoria vi è la considerazione che il magistrato romano, per quanto potesse essere intraprendente, non poteva di certo introdurre *ex novo actiones in ius*, che venivano, invece, concesse solo quando l'istituto cui esse offrivano protezione era stato assorbito nel diritto civile. Alle origini di questo processo vi erano, aggiunge Franchini, *iudicia bonae fidei* decretali, concessi dal pretore di volta in volta quando la lite vertesse non sull'avvenuta consegna, né sulla mancata restituzione, ma sul rispetto di altri obblighi da ritenersi rilevanti sulla base degli accordi raggiunti dalle parti e comunque in virtù dell'operatività della buona fede oggettiva.

Nel V capitolo (pp. 143-149), *Sintesi dell'indagine*, l'a. traccia le linee essenziali del denso percorso intrapreso, scomponendole in due periodi storici: l'età repubblicana e quella imperiale. Egli, tuttavia, preannuncia che «l'integrazione dei nostri giudizi nel *ius civile* fu essenzialmente il portato di un processo consuetudinario, di una *moribus receptio*, di cui si ammette storicamente il rilievo anche in ordine alla produzione di altre norme ed istituti».

La *receptio* di età repubblicana non fu, dunque, sancita dalla giurisprudenza, ma dal magistrato, forse precorso da qualche giurista; infatti, il pretore prenderà atto della avvenuta civilizzazione dei *iudicia bonae fidei* attraverso iniziative di tipo ricognitivo, non già creative del nuovo *ius*. Il ruolo del magistrato sarà presumibilmente consistito in una qualche modifica apportata al testo dell'editto o, comunque, in atti di esercizio della sua giurisdizione dalla portata, ai nostri fini, equivalente.

Quanto all'età imperiale, non si poteva chiedere al pretore di inserire nell'editto la formula di un'*actio in ius*, per cui era da ritenersi probabile che i primi *iudicia bonae fidei* fossero stati concessi in forma decretale, in accoglimento del parere di qualche giurista (estremamente paradigmatico, per chi scrive, è che Franchini riporti l'esempio dell'*agere praescriptis verbis*). Il successo dell'operazione comportò la conseguenza che i pretori continuarono a decretare, così innescando una prassi molto simile a quella descritta per l'età repubblicana, rivolta a definire il contenuto dell'*oportere ex fide bona*. Pertanto, anche in questa circostanza, l'iniziativa del magistrato fu preceduta da una

¹¹ C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato in diritto romano*, in AG 52, 1894, 475. Cfr. F. Bonifacio, sv. *Deposito*, in NNDI. 5, Torino 1960, 496.

receptio moribus, anche se ormai il successo dell'operazione risultò favorito dalla civilizzazione dei precedenti 'iudicia'.

Quanto all'ultimo capitolo (pp. 151-157) in esso sono contenute *Considerazioni conclusive e prospettive problematiche attuali*.

Nel primo paragrafo si offre una ricapitolazione dei momenti salienti, delle tappe della recezione ed in questo senso ci sembra significativo che si scriva che gli esiti dell'indagine inducono ad una rivalutazione delle testimonianze relative alle *partitiones iuris*, pur se contenute nelle opere letterarie, «soprattutto laddove tra le fonti si annoverino fatti come il *par* ed il *pactum* (prassi pattizia) o il *iudicatum*, tutti ingredienti essenziali, dal nostro punto di vista, di una trama consuetudinaria rilevante dal *ius civile*» (p. 152).

Quanto al secondo paragrafo, in esso vengono ricompresi tutta una serie di istituti, dal trust ai contratti commerciali, ai contratti di esternalizzazione di funzioni aziendali (il cd. 'outsourcing'), ai contratti di consumo di massa (es. la sponsorizzazione) in cui il processo di tipizzazione muove da schemi elaborati nella prassi, per cui si è immaginato di poter parlare di una *lex mercatoria*, su scala internazionale, secondo fenomenologie che richiamano la *receptio moribus* di Gallo¹².

La ricerca affronta alcuni tra i temi più controversi della romanistica, muovendo, con originalità, dal tema sommerso del passaggio di alcune fattispecie dal diritto onorario al diritto civile ed in particolare contribuendo a sfrondare il campo da quella impostazione di fondo secondo cui i *iudicia bonae fidei* avrebbero avuto sin dall'origine natura civilistica; ciò senza rinnegare l'approccio consuetudinario, ma agganciando plausibilmente (cfr. D. 21.1.31.20 e D. 27.4.1 pr. entrambi riconducibili ad Ulpiano) il *ius moribus receptum* all'operato del pretore, senza sopravvalutare il ruolo della giurisprudenza romana.

Gianluca Zarro
gianluca.zarro@gmail.com

¹² Gallo, *Consuetudine e nuovi contratti* cit. part. 28, 58, 61 ss., 80 s., 97, 118 ss., 124 ss.; Id., *La consuetudine grande sconosciuta* cit. 10, 12. Adde L. Vacca, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in L. Vacca, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006, 268 ss.; V. Giuffrè, *Prefazione a G. Zarro, Aspetti dell'autonomia negoziale dei romani. Dalla 'fides' ai 'nova negotia'*, Napoli 2015, XI-XV.