

PIETRO CERAMI

ECCEZIONE DI DOLO GENERALE IN MATERIA DI PERSONE E FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Problematicità d'inquadramento della pluralità d'impieghi dell'eccezione di dolo generale nelle odierne partizioni dogmatiche del diritto privato: stato della dottrina..- 2. Selezione e sistemazione della "casistica giurisprudenziale" in materia di persone e famiglia: criteri metodologici. - 3. Fattispecie contraddistinte dalla rilevanza della *condicio hominum* e dei connessi rapporti potestativo-familiari ai fini dell'operatività dell'eccezione di dolo generale: a) la *condicio servorum*. – 4. Continua: la *condicio* dei *fili familias*. – 5. Continua: pupilli, minori di 25 anni, furiosi e *capite deminuti (adrogati)*. – 6. L'operatività dell'eccezione di dolo generale in materia matrimoniale. – 7. L'operatività dell'eccezione di dolo generale in materia dotale. – Riflessioni conclusive.

1 - *Problematicità d'inquadramento della pluralità d'impieghi dell'eccezione di dolo generale nelle odierne partizioni dogmatiche del diritto privato: stato della dottrina.*

Inquadrare la ricca e variegata casistica giurisprudenziale romana afferente all'operatività dell'*exceptio doli generalis* negli odierni schemi dogmatici del "diritto delle persone e di famiglia", dei "diritti reali", dei "diritti di successione", e del "diritto delle obbligazioni" è compito tutt'altro che semplice ed agevole, se non del tutto improprio ed inopportuno, tenuto conto anche – e soprattutto – del generalizzato impiego, in età severiana – nel contesto del progressivo mutamento dei modelli processuali -, dell'*exceptio doli generalis* «come strumento di controllo (in generale) dell'equità dell'azione»¹.

Non pochi casi potrebbero essere, infatti, inquadrati in più settori, in base ai profili soggettivi ed oggettivi della *res in iudicium deducta*.

Ne è prova il fatto che nella moderna romanistica sono emerse, dagli ultimi decenni del XIX° secolo ai giorni nostri, non poche difficoltà ed incertezze in sede di analisi e valutazione delle diverse applicazioni dell'*exceptio doli*, che si è cercato di organizzare alla stregua dei consueti schemi dogmatici in tema di rapporti ed istituti di diritto privato sostanziale.

Sotto il profilo sistematico, un primo rilevante tentativo di esposizione organica della casistica giurisprudenziale è stato, invero, effettuato da Ugo Donello (Hugues Doneau, 1527-1591) nei suoi "*Commentarii iuris civilis*", e segnatamente nel Cap. VI del libro XII (*Tomus Quintus*), la cui rubrica recita appunto "*De doli mali*

¹ Così M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 722, nt. 153.

*exceptione, qua ex causa, quibus, adversos quos, qua de re competat*². Si tratta di uno schema organizzativo che mira ad inquadrare le diverse applicazioni dell'eccezione di dolo generale in “categorie”, muovendo, in conformità all'articolazione tipica dei *Commentarii*, da spunti offerti dagli stessi brani giurisprudenziali accolti nel titolo “*De doli mali et metus exceptione*” dei *Digesta* (D. 44.4), e, segnatamente, dal frammento di apertura, escerpito dai Commissari giustiniani dal libro 71 *ad edictum* di Paolo, volto ad evidenziare i profili soggettivi – ‘*adversus quas personas locum habet*’ (D. 44.4.1 pr.) – ed oggettivi – ‘*dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus*’ (D. 44.4.1.3) – dell'*exceptio doli*. Da qui il preminente, se non esclusivo, rilievo attribuito, in sede di sistemazione dei dati testuali al settore delle obbligazioni e dei contratti³ (lib. XII, Cap.VI, nn. XX-XXVIII).

La svolta verso una “sistemazione” della materia sulla base delle partizioni dogmatiche degli istituti e dei rapporti di diritto privato è data dalla pubblicazione, nel 1882, della monografia “*La exceptio doli (generalis)*” di Filippo Milone, il quale prospetta ed esamina le molteplici applicazioni dell'eccezione di dolo generale con specifico riferimento alle varie parti del diritto privato ed ai vari istituti che ciascuna parte comprende: diritto di ritenzione, diritti reali, diritto di famiglia, diritto di successione, diritto delle obbligazioni⁴, pur non mancando di evidenziare l'interferenza di tematiche e soluzioni prospettate in taluni brani con più settori del diritto privato⁵.

Sulla scia della monografia del Milone si colloca il noto volume “*L'exceptio doli*” di Emilio Costa, pubblicato nel 1897⁶, che differisce – come sottolinea esplicitamente lo stesso Autore – da quello del Milone «per la considerazione più specializzata dei singoli istituti e rapporti»⁷.

Successivamente alle suddette monografie non si riscontrano ulteriori contributi esplicitamente concepiti ed articolati in funzione di una programmata organizzazione per categorie delle diverse applicazioni dell'eccezione di dolo generale. Non mancano, tuttavia, proposte e tentativi di accorpamento delle diverse applicazioni dell'*exceptio doli generalis*, appositamente enunciati, sia pure in base a criteri non sempre omogenei, tanto in ricerche concernenti *ex professo* il tema dell' *exceptio doli*, quanto in scritti di più ampio impianto⁸.

² H. DONELLUS, *Opera omnia. Commentariorum de iure civili Tomus Quintus cum notis Osualdi Hilligeri*, Firenze, 1844, cl. 1507-1538.

³ Sul punto F. MILONE, *La exceptio doli (generalis). Studio di diritto romano*, Napoli, 1882, 91 ss.

⁴ F. MILONE, *La exceptio*, cit., Capo III «Le applicazioni dell'*exceptio doli (generalis)*», pp. 91-206.

⁵ Così, in particolare, per quanto attiene ad alcuni brani esaminati rispettivamente nei §§ 15 (l'*exceptio doli* nei diritti reali) e 16 (l'*exceptio doli* nel diritto di famiglia) del Capo III.

⁶ E. COSTA, *L'exceptio doli*, Bologna, 1997, rist. anastatica, Roma, 1970.

⁷ E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 5. Specificamente, per quanto attiene al settore del diritto delle persone e della famiglia, l'A. tratta nel Cap. I della capacità del sottoposto a *potestas*; nel Cap. II della personalità del figlio/famiglia fuori dell'unità familiare; nel Cap. III della *capitis deminutio* riguardo al testamento del *deminutus*; nel Cap. IV dei negozi degli incapaci per età o per salute; nel Cap. XX della dote.

⁸ Mi riferisco, in particolare:

a) allo schema formulato da S. RICCOBONO, in un § del suo noto scritto “*Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di: 10.3.14 [Paul. 3 ad Plautium])*”, pubblicato negli “*Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*”, vol. III/IV (1917), 165 ss., e ripubblicato in *Scritti di Diritto Romano II*, Palermo, 1964, dedicato alla *exceptio doli*, nel quale i diversi esempi della coercizione esercitata dalla *exceptio doli* nel

riferisco, in particolare:

2 - Selezione e sistemazione della “casistica giurisprudenziale” in materia di persone e famiglia: criteri metodologici.

Alla luce dei rilievi sopra svolti, mi sembra opportuno e necessario – tenuto conto della diversità delle proposte e delle sottese opzioni metodologiche – enunciare ed esplicitare, in via preliminare, i criteri metodologici che saranno utilizzati, in questa sede, ai fini della selezione e della sistemazione dei dati testuali.

In questa specifica prospettiva, utili spunti possono essere desunti dalle stesse fonti giurisprudenziali e, segnatamente, da alcuni brani di Paolo ed Ulpiano accolti nel titolo ‘*De doli mali et metus exceptione*’ dei *Digesta*’ (*supra*, § 1), nei quali si sottolinea espressamente il rilievo dei profili soggettivi (Paul. D.44.4.1 pr.: *adversus quas personas locum habeat*; Ulp. D.44.4.2.1: *et quibus personis obiciatur*) ed oggettivi (Paul. D.44.4.1.3: *in contractibus, in testamentis, in legibus*; Ulp. D.44.4.2.1: *in quibus causis locum habeat*) sottesi all’operatività dell’*exceptio doli*; profili che occorre, però, accertare e valutare, non già in astratto, sibbene - come attestano talune significative motivazioni contenute in brani giurisprudenziali - caso per caso. Depongono in tal senso, in particolare, due interessantissimi frammenti, l’uno di Africano (D.28.5.47), l’altro di Papiniano (D.37.11.11.2), concernenti entrambi fattispecie testamentarie.

campo del diritto privato vengono così accorpati : - di fronte alla *rei vindicatio* per far conseguire il rimborso di spese fatte al possessore di buona fede; - ovvero per paralizzare il dominio *ex iure Quiritium* di colui che avesse venduta (o donata) e consegnata la cosa senza la forma idonea al trasferimento del dominio quiritario; - di fronte all’*actio certae pecuniae* per far valere un *pactum* concluso a favore del debitore; - di fronte alla *stipulatio*, e a qualsiasi negozio solenne, obbligatorio o liberatorio, per vizio della *causa*; - di fronte all’esercizio medesimo della *patria potestas*, qualora i cattivi costumi dell’avente potestà potrebbero offendere o pregiudicare l’educazione o anche la dignità dei figli; - di fronte all’autorità della *res iudicata*, rivelatasi iniqua per ignoranza del giudice.

b) ai campi di applicazione dell’*exceptio doli* enucleati da A. PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956, 131, nt. 2 : - rapporti sorti quando uno dei soggetti fosse stato incapace a contrarre; - acquisti della proprietà civilmente viziati; - negozi viziati per mancanza di causa: costitutivi di rapporti obbligatori.

c) ai campi di applicazione individuati da A. BURDESE, voce “*Exceptio doli*”(diritto romano), in *Nov.DI*, Torino, 1964, 1074: “per paralizzare il *dominium ex iure Quiritium*, a favore di chi avesse acquistato la *res Mancipi* senza la forma idonea al trasferimento di quello; contro l’erede civile, a favore del *bonorum possessor*; per far valere convenzioni aggiunte nella costituzione di servitù o nella *stipulatio* che fossero incompatibili con i principi del *ius civile*; per far valere convenzioni concluse a favore del debitore; per far valere la mancanza o la illiceità della causa nei negozi solenni; per far valere la revoca del legato; a scopo di ritenzione; a scopo di compensazione; contro l’esercizio medesimo della *patria potestas*, in funzione protettiva dei figli; contro l’autorità di una sentenza viziata da errore di diritto; in generale a sanzione dell’illecito arricchimento”.

d) allo schema ordinatorio formulato da B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto romano*, Palermo, 1982, 200 s.: “neutralizzazione di pretese nascenti da negozi giuridici formali con causa turpe o senza causa; conferimento di rilevanza a condizione risolutiva o termine finale, in casi nei quali siffatte cause non erano ammesse dal *ius civile*; neutralizzazione di pretese del pupillo che fosse già stato pagato senza *auctoritas* del tutore; salvaguardia delle spese fatte, da un possessore, soccombente nella *rei vindicatio*, su cosa altrui; tutela del debitore contro le pretese del creditore responsabile di *mora accipiendi*; tutela del debitore che avesse realizzato una *datio in solutum*, e non la regolare *solutio*; tutela del *bonorum possessor* pretorio contro le pretese dell’erede civile; etc.”.

Non prospetta, per contro, specifici schemi ordinatori M. BRUTTI, *La problematica*, cit., il quale, nel Capitolo V, dedicato alle applicazioni ed agli sviluppi dell’*exceptio doli* riferita al presente, si limita opportunamente a configurare, nel complesso contesto storico-evolutivo dei comportamenti processuali, l’eccezione di dolo generale come tipico mezzo di tutela dell’equità e come funzionale strumento volto ad avvicinare ogni tipo di procedimento al modello del *iudicium bonae fidei* (p. 741 s.).

Il primo frammento è stato escerpito dal secondo libro delle ‘*quaestiones*’ di Africano, ma la soluzione ivi prospettata risale verosimilmente a Salvio Giuliano⁹:

Afr. 2 *quaest.* D.28.5.47(46): *Quidam cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio : filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ne sub condicione ‘si a patre emancipatus esset’ heredem eum institueret, et impetravit ab eo, ut amicum suum heredem institueret : atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est nec quicquam ab eo petitum est. Quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus eum esset et utrum patri an filio competeret. Respondit, etiamsi manifestum sit scriptum heredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse, quam si et ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur. Si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram : et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex fide bona id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit : sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.*

La complessa fattispecie, in cui si intersecano profili successori e convenzionali, è la seguente: un tale manifesta ad un *filiusfamilias* il proprio intento di istituirlo erede, ma a condizione che *ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret*; il figlio, non volendo offendere il padre, chiede al testatore di non istituirlo sotto condizione ‘*si a patre emancipatus esset*’. Si concorda fra i due di utilizzare come erede fiduciario gravato di fedecommissio un amico del *filius*, ‘*ignotus testatori*’. L’amico, però, *aut adire nollet aut aditam nollet restituere hereditatem*.

Si chiede se il fedecommissario possa far valere la sua pretesa con una *petitio fideicommissi*¹⁰ o se sia, comunque, esperibile contro l’onerato inadempiente un’altra azione da parte del padre o del figlio.

Africano, sulla scia di Giuliano, si pronunzia – sia pure con consapevole ed evidente forzatura: *non absurde dici possit*¹¹ - per la configurabilità, in via di

⁹ Il ‘*respondit*’, al posto di ‘*respondi*’, non è, di per sé, decisivo ai fini dell’imputazione della soluzione ad Africano o al suo maestro. Tenuto conto, tuttavia, non soltanto della “arditezza della soluzione” (così M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 203, nt. 570), ma anche del cospicuo contributo fornito da Giuliano tanto alla problematica degli effetti personali della *patria potestas* (A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas: I. Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, 162 ss.), quanto a quella dell’eccezione di dolo generale (in proposito M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 625 ss.), mi sembra plausibile l’attribuzione del responso a Giuliano, piuttosto che ad Africano. Sul brano v. da ultimo E. STOLFI, ‘*Bonae fidei interpretatio*’. *Ricerche sull’interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, 85, nt. 4.

¹⁰ Sul binomio *petitio-actio* nel contesto del processo fedecommissario v., in particolare, A. METRO, *Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi (Denegatio actionis e processo fedecommissario)*, in *BIDR.*, LXXV, 1972, 144 s. ; V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, 189 ss.

¹¹ Sul punto M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 204:

principio, di un'*actio mandati* contro l'amico che aveva accettato l'incarico conferitogli dal *filiusfamilias*, ma ha cura di precisare, al tempo stesso, che, nel caso di specie, la legittimazione attiva all'*actio mandati directa* non può essere tecnicamente riconosciuta né al padre, né al figlio. Non al padre, in quanto l'*exceptio doli* avrebbe vanificato *ipso iure* – è esattamente questo il senso dell'espressione '*eam actionem patri inutile fore*' – l'azione volta a conseguire, in palese contrasto con i principi della buona fede, un risultato antitetico alla *voluntas testatoris: quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit*. Non al figlio, perché l'effettivo esercizio dell'azione si porrebbe in aperto contrasto con i principi dell'ordinamento familiare in tema di acquisti degli *alieni iuris*: da qui il suggerimento di un'*actio utilis* volta a rendere compatibili il rispetto dei principi dell'ordinamento familiare con il principio dell'equità.

Orbene, la *ratio decidendi* prova inequivocabilmente che, nel caso in questione, l'*exceptio doli generalis* mira a far valere la *voluntas testatoris*¹² e non già l'intento perseguito dal soggetto in potestà.

A criteri ben diversi appare, per contro, improntata la soluzione (e la correlata motivazione) prospettata da Papiniano in un brano escerpito dal libro 13 *quaestionum*:

Pap.13 *quaest.* D.37.11.11.2: *Testamento facto Titius adrogandum se praeiuit ac postea sui iuris effectus vita decessit. Scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis. Quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur.*

Il caso esaminato da Papiniano verte sull'efficacia del testamento fatto da Tizio, il quale, divenuto *alieni iuris* in conseguenza della sua decisione di farsi adrogare, e poi ritornato *sui iuris*, muore lasciando inalterato l'originario testamento.

Come attesta espressamente Gaio i *testamenta iure facta infirmantur, veluti cum is qui fecerit testamentum capitis deminutus sit* (Gai 2.145). Il pretore, però, concede agli eredi istituiti nel testamento la *bonorum possessio secundum tabulas*, purché il

¹² Al canone ermeneutico della *voluntas testatoris* appare chiaramente improntata la soluzione prospettata da Papiniano in ordine ad una fattispecie afferente alla disciplina dotale: 8 *resp.* D.31.75.5. Un marito, dopo aver venduto un fondo dotale in violazione della *lex Iulia*, lascia alla moglie un legato e *committit fidei emptoris* che il prezzo, non ancora pagato, sia versato alla moglie. L'acquirente – precisa Papiniano – non sarebbe obbligato al fedecommesso (*emptorem fideicommissi non teneri constabat*). Ma, se la moglie *accepto legato venditionem irritam faceret, eam oblato pretio, doli placuit exceptione summovei*. Risulta così confermata, tramite l'*exceptio*, in conformità alla *voluntas testatoris*, la vendita del *dotale praedium contra legem Iuliam*. Sul testo A. WACKE, "La 'exceptio doli' lo rende possibile": *fedecommesso in favore di terzi e fedecommissaria liberazione dall'obbligo di restituzione della dote*, in *Iura* XLVI, 1995, 35 ss.

testatore abbia avuto la *testamenti factio* nel momento della confezione del testamento ed in quello della morte.

Poiché entrambi i presupposti ricorrono nel caso di specie, l'*heres scriptus* dovrebbe essere ammesso alla *bonorum possessio secundum tabulas*. Papiniano, però, muovendo dalla circostanza che la *capitis deminutio* conseguente all'*adrogatio*, costituisce l'effetto di una libera determinazione dell'adrogato, il quale *fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat* – trasferimento che depone, in quanto tale, per l'implicita revoca del testamento – ritiene che il terzo possessore¹³ possa respingere efficacemente la *petitio* dell'*heres scriptus* con l'*exceptio doli*.

Se, invece, l'adrogato, ritornato *sui iuris*, manifesta la volontà di confermare il testamento, il terzo possessore non potrà neutralizzare le *petitio* dell'*heres scriptus* con l'*exceptio doli*.

Ai nostri fini – prescindendo qui dall'inciso '*non secus . . . relinqueret*' in cui si contempla il caso di Tizio, il quale, dopo aver fatto un primo testamento e poi un secondo, distrugge quest'ultimo, facendo rivivere il primo – assume particolare rilievo la parte finale del frammento, in cui Papiniano così motiva il proprio punto di vista: '*non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis. Quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur*'. Papiniano intende sottolineare, in ultima analisi, che, nel caso di specie (*in hoc iudicio*), non si tratta di argomentare esclusivamente (*maxime*) in base alle disposizioni ed ai principi di diritto pretorio operanti in campo testamentario (*de iure testamenti*) – al fine di stabilire se il testamento possa riacquistare o meno efficacia *nuda voluntate testantis* -, ma anche e soprattutto in base alla natura ed alla efficacia dell'*exceptio doli* (*viribus exceptionis*), che, pur essendo di norma opposta all'attore (*actori opponatur*: qui il terzo possessore) – allo scopo di accertare se la sua condotta processuale sia o non sia corretta -, deve essere valutata, in questo caso, *ex persona eius qui opponit*.

La valutazione dell'*exceptio doli ex persona eius qui opponit* comporta che il terzo possessore potrà neutralizzare la *petitio* dell'*heres scriptus* soltanto se la revoca del testamento, insita nell'*adrogatio*, risulti univocamente esclusa da una successiva ed opposta manifestazione di volontà dell'adrogato ritornato *sui iuris*.

La motivazione papiniana coglie e sottende, in definitiva, l'effettiva incidenza, nel caso di specie, della *capitis deminutio* conseguente all'*adrogatio*, sull'operatività dell'eccezione di dolo generale.

Su queste basi, cercherò ora di delineare un quadro d'insieme della operatività dell'eccezione di dolo generale in tema di persone e famiglia, alla luce, appunto, delle esplicite o implicite motivazioni contenute nei testi giurisprudenziali.

¹³ Da identificare probabilmente con un estraneo e non già con con l'erede *ab intestato*, dato che la *bonorum possessio* è *sine re*. In tal senso P. VOGLI, *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale*, 2° ed., Milano, 1963, 520 s. Parla, invece di erede legittimo E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 17.

3 – *Fattispecie contraddistinte dalla rilevanza della condicio hominum e dei connessi rapporti potestativo-familiari ai fini dell'operatività dell'eccezione di dolo generale:*
a) la *condicio servorum*.

Per quanto attiene alla *condicio servorum* – ed ai correlati rapporti potestativi -, l'operatività dell'eccezione di dolo generale mi sembra possa essere ravvisata in alcune fattispecie in tema rispettivamente:

- a) di *pactio pro libertate* fra il *servus* ed il proprio *dominus* (Ulp.D.4.3.7.8);
- b) di *pacta de non petendo* conclusi da un servo nel proprio interesse (Ulp.D.2.14.7.18; Paul. D.2.14.21.1);
- c) di fedecommesso di libertà a carico del debitore pignoratizio (Ulp.D.10.5.45 pr.);
- d) di azione nossale contro il possessore di buona fede di uno schiavo (Afr. D.9.4.28 pr.; Gai. D.9.4.27.1; Ulp.D.9.4.11) e di azione contro il *dominus, sine noxae deditio* (Iul.D.9.4.39.2-3; Paul.D.9.4.24).

In tema di *pactio pro libertate* è particolarmente rilevante il seguente brano ulpiano:

Ulp.11 *ad ed.* D.4.3.7.8: *Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem. Sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur dicendum ait patronum exceptione a reo submovendum. Ego moveor : quemadmodum de dolo actio dabitur, cum sit alia actio? Nisi forte quis dicat quoniam exceptione patronum submoveri potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam: atquin patronus tunc submovetur si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere. Expromissori plane adversus manumissum dari debebit de dolo : aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur.*

Il testo, che ha suscitato una cospicua letteratura¹⁴, costituisce un maldestro sunto compilatorio della versione originale, come prova, in particolare, il fatto che i problemi e le considerazioni (sussidiarietà; insolvibilità) abbozzati nella seconda parte, da 'ego moveor' a 'domino dabitur', non coincidono esattamente con le soluzioni prospettate nella prima parte in ordine alle due varianti (*manumissus non patitur; per dominum stabit*) del caso.

La prima parte contiene la descrizione della *pactio* e la previsione di due eventuali e possibili comportamenti dolosi delle parti, in momenti successivi alla conclusione della *pactio*. Il caso, già prospettato da Pomponio, è questo: un servo effettua con il proprio *dominus* una *pactio*, in forza della quale il *dominus* promette di manomettere il servo e quest'ultimo offre al *dominus* un terzo, il quale si obbliga nei confronti del

¹⁴ V., in particolare, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in *Annali del Sem. Giuridico di Palermo*, XXVIII, Palermo, 1961, 51 ss., con lett. Adde R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annulabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, 61 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 264 ss., con ulteriore lett.

dominus ad una controprestazione. Con la stessa *pactio* il servo s'impegna altresì a novare, *post libertatem*, il rapporto obbligatorio con il terzo, sostituendolo – s'intende sull'ovvio ed evidente presupposto di un parallelo e contestuale accordo con il terzo - con una personale assunzione dell'obbligazione verso il patrono. Gli eventuali comportamenti dolosi che il liberto ed il patrono possono tenere, dopo la manomissione, attengono al rifiuto di cooperare alla novazione.

L'eventuale rifiuto del liberto si risolve in un grave pregiudizio per il terzo, che rimane esposto così all'*actio ex stipulatu* del patrono, contrariamente a quanto era stato, a suo tempo, concordato con l'ex servo. Da qui l'ovvia decisione di Pomponio di concedere al terzo l'*actio doli* contro il liberto. Ma, in effetti, il rifiuto del liberto può tradursi anche in un pregiudizio del *dominus*, nel caso in cui il terzo risulti, in tutto o in parte, insolvente. A questa eventualità allude, appunto, la frase finale del testo '*aut si . . . domino dabitur*', comunemente espunta dall'ipercritica.

L'eventuale rifiuto del *dominus* reca, invece, pregiudizio al solo terzo, il quale potrà neutralizzare, secondo Pomponio, l'*actio ex stipulatu* del patrono con l'*exceptio doli*. E' questo, ovviamente, il punto che più rileva ai nostri fini. A mio avviso, l'espressione pomponiana '*si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur*' non allude genericamente all'esercizio doloso dell'azione da parte dell'attore, ma stigmatizza piuttosto specificamente il malevolo intento di quest'ultimo, il quale, sfruttando il suo ruolo di *patronus*, impedisce la novazione o perché diffida della solvibilità dell'ex servo o perché preferisce – d'intesa, probabilmente, con lo stesso liberto - convenire in giudizio il terzo, nella verosimile prospettiva di integrare i futuri vantaggi economici derivanti dai *iura patronatus* con l'immediata riscossione del credito acquisito nei confronti del terzo, che rimane l'unico ed effettivo danneggiato nel complesso intreccio delle relazioni potestativo-familiari.. Sotto questo profilo, mi sembra che D.4.3.7.8 deponga per l'incidenza della *condicio hominum* e dei connessi rapporti potestativo-familiari sull'operatività dell'eccezione di dolo generale.

In tema di *pacta de non petendo* sono particolarmente significativi i due brani, sopra richiamati, *sub b*): Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.18 e Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.21.1.

Il primo concerne un *pactum de non petendo* intercorso, in pendenza della condizione, fra un servo, istituito erede *cum libertate sub condicione*, ed i creditori ereditari.

Ulpiano, dopo avere ricordato un parere di Marcello, secondo cui il patto non giova al servo, *quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem*, osserva subito dopo che: '*sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur*'. In proposito Ulpiano sottolinea che lo stesso Marcello si era espresso a favore della operatività dell'eccezione di dolo generale in casi simili, e, precisamente, in rapporto a patti conclusi da un *filius familias*: '*Marcellus in similibus speciebus licet ante dubitavit, tamen admisit: ut puta filius familias heres institutus pactus est cum creditoribus et emancipatus adiit hereditatem. Et dicit doli eum posse uti exceptione. Idem probat, et si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit : nam et hic doli exceptionem profuturam*'.

Il ragionamento di Marcello s'innesta nella teoria giuliana della «funzione sostitutiva dell'*exceptio doli* rispetto all'*exceptio pacti*»¹⁵ ed è incentrato, ovviamente – come è stato, peraltro, già osservato¹⁶ - sul riconoscimento della capacità naturale del figlio in potestà.

Nella medesima prospettiva giuliana e sulla base del principio marcelliano del riconoscimento della capacità naturale, Ulpiano si pronuncia a favore della concedibilità dell'eccezione di dolo generale anche al servo. La frase finale del brano ulpiano: '*immo et tamen in servo doli exceptio non est respuenda*', espunta dall'ipercrita, vista e valutata - come è stato, a ragione osservato - «sullo sfondo dei mutamenti intervenuti nell'organizzazione familiare e nelle relative idee giuridiche»¹⁷, non è affatto incompatibile con gli orientamenti di politica del diritto professati e perseguiti dalla giurisprudenza dell'età dei Severi.

Considerazioni non dissimili possono essere formulate per il brano paolino D.2.14.21, concernente il caso di un servo che '*ne a se peteretur, pactus fuerit*'. Paolo, dopo aver richiamato la regola secondo cui '*nihil valebit pactum*', solleva, nell'ottica di un indirizzo ormai consolidato, il quesito dell'ammissibilità dell'eccezione di dolo generale: '*de doli exceptione videamus*'; quesito, questo, che attesta e conferma «il nesso tra invalidità dei *pacta* ed uso dell'*exceptio doli* al presente»¹⁸.

La fattispecie del fedecommesso di libertà a carico di un debitore pignoratizio è contemplata in Ulp. 5 *disput.* D.40.5.45 pr.

Il caso è il seguente: un creditore pignoratizio dispone un fedecommesso a carico del proprio debitore, avente ad oggetto la manumissione di una schiava a lui oppignorata. Secondo Ulpiano il fedecommesso deve ritenersi validamente disposto: *dicendum est fideicommissariam libertatem utiliter relictam*. Il debitore, infatti, sarà costretto a manomettere la schiava – a prescindere dal fatto che il valore di quest'ultima sia superiore o inferiore al suo debito (*sive plus sit in pretio sive minus*) - , sempre che egli si sia attenuto alle ultime volontà del creditore. E', questo, il caso in cui il debitore, convenuto dall'erede del creditore, si sia valso dell'*exceptio doli*: *si modo semel adgnovit voluntatem creditoris. Adgnovisse autem sic accipimus, si forte, cum conveniretur ab herede, usus est exceptione . . . nam si conveniatur debitor ab herede creditoris, doli exceptione uti potest in id, quod intererit debitoris ancillam suam habere*¹⁹.

L'eccezione di dolo generale svolge, nel caso di specie, due distinte, ma complementari funzioni: l'una volta a favorire la manumissione; l'altra volta a consentire al debitore pignoratizio, convenuto dall'erede del creditore pignoratizio

¹⁵ Così M. BRUTTI, *La problematica*, cit., II, 625 ss., e *praecipue* per D.2.14.7.8, 656 nt. 40. Per il diverso orientamento di Celso, volto a propugnare una più libera applicazione dell'*exceptio pacti*, rinvio a quanto ho precisato in *La concezione celsina del "ius"*. *Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in *Annali del Sem. Giuridico di Palermo*, XXXVIII, Palermo, 1985, 210 ss.

¹⁶ E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 10.

¹⁷ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 656 nt. 40.

¹⁸ V., in tal senso, M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 656 nt.40.

¹⁹ Sul fr. ulpiano v. F. MILONE, *La exceptio doli*, cit., 143 s ; A. WACKE, "*La 'exceptio doli' lo rende possibile*", 31 ss.; A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003, 264 nt. 144, con lett.

per l'intero debito, di chiedere ed ottenere, in sede di determinazione dell'ammontare della condanna, il computo dell'eventuale eccedenza fra *libertatem praestare* ed *ancillam suam habere: doli exceptionis uti potest in id, quod intererit debitoris, ancillam suam habere*.

Attengono, altresì, alla *condicio servorum* ed ai connessi rapporti potestativi, due gruppi di testi giurisprudenziali in materia di responsabilità del *dominus* per gli illeciti privati commessi dal servo in potestà: l'uno afferente al regime ordinario delle azioni nossali; l'altro a quello del *iudicium sine noxae deditio*.

Specificamente, tre brani, escerpiti rispettivamente dal libro 6 *quaest.* di Africano (D.9.4.28 pr.), dal libro 6 *ad ed. prov.* di Gaio (D.9.4.27.1) e dal libro 7 *ad ed.*, attengono alla *noxae deditio* di uno schiavo effettuata da un possessore di buona fede, convenuto dal terzo danneggiato dall'illecito privato commesso dal servo.

Orbene, poiché – come annota puntualmente Ulpiano (D.9.4.11) – il possessore di buona fede *noxae dedendo, non facit quidem actoris*, il vero proprietario può agire in rivendica contro il terzo danneggiato. Questi può, però, respingere la *rei vindicatio* con l'*exceptio doli*, qualora il *dominus litis aestimationem non offerat* (D.9.4.21.1; D.9.4.28).

In questo caso, l'eccezione di dolo generale, se è funzionale, da un lato, all'esercizio del diritto di ritenzione²⁰ da parte del terzo, trova, dall'altro, la sua specifica ragion d'essere proprio nella natura delle azioni nossali, la cui *vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem* (Gai D.9.4.1)²¹, sì da impedire che la '*nequitia*' dei soggetti in potestà risulti, per l'avente potestà, *damnosa ultra ipsorum corpora* (Gai 4.75). Ma questa peculiare finalità dell'azione nossale non può certo risolversi in un grave ed ingiusto pregiudizio del terzo danneggiato, il quale, avendo legittimamente ottenuto dal possessore di buona fede²², in alternativa alla *litis aestimatio*, la *noxae deditio* del servo, sarà tenuto a restituirlo all'effettivo *dominus*, solo se ed in quanto gli venga corrisposta da quest'ultimo la *litis aestimatio*.

Al *iudicium sine noxae deditio*, che trova applicazione nelle ipotesi cui il *dominus* neghi falsamente di avere in potestà il servo o ne abbia perduto dolosamente la *potestas* (per alienazione o manumissione) ovvero risulti irreperibile lo schiavo colpevole, si riferiscono due frammenti, l'uno di Giuliano (D.9.4.39.2-3), l'altro di Paolo, con citazione dello stesso Giuliano (D.9.4.24).

Orbene, qualora, *post iudicium acceptum*, ricompaia il servo (D.9.4.39.3) o l'acquirente sia disposto a concludere la *litis contestatio* (D.9.4.39.3) o il manumesso *paratus sit se defendere* (D.9.4.24), Giuliano, nell'ottica di una progressiva estensione della difesa del convenuto²³, sostiene che il *iudicium sine noxae deditio*

²⁰ Sul punto F. MILONE, *La exceptio*, cit., 110 s.; E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 64:

²¹ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 130 e nt. 565.

²² L'editto pretorio parlava, infatti, genericamente di '*is in cuius potestate esse dicitur*' (Ulp. D.9.4.21.2). V., in proposito, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 131 e nt. 567.

²³ V., in proposito, M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 735 ss., con lett.

possa essere paralizzato e che, conseguentemente, il *dominus, exceptioe doli mali posita* (D.9.4.39.3), possa essere assolto.

Dal ragionamento di Giuliano possiamo dedurre che, nel caso di specie, l'eccezione di dolo generale, se, da un lato, è finalizzata alla tutela del *dominus*-convenuto, è specularmente rivolta, dall'altro, ad affermare ed a sanzionare la personalità e la responsabilità umana del servo.

4 – *Continua: la condicio dei filii familias.*

In rapporto alla *condicio dei filii familias*, l'operatività dell'eccezione di dolo generale risulta attestata sia a favore, sia contro i figli in potestà.

A favore dei figli, l'eccezione di dolo generale ricorre in un duplice ruolo:

- a) come strumento di neutralizzazione di inique modalità di esercizio della *patria potestas* (Ulp. D.43,30.1.3; 5; D.43.30.5); nonché di iniziative processuali del padre volte ad ottenere liberalità testamentarie a favore di figli in potestà (Ulp. D.36.2.14.2; D.36.3.1.20); di pretese del *parens manumissor* (Ulp.D.37.12.1.3);
- b) come *subsidium* dell'*exceptio pacti* rispetto a patti, di per sè invalidi, conchiusi dal padre a favore del figlio (Ulp. D.2.14.7.18; Paul. D.2.14.21.2).

Contro i figli, l'eccezione di dolo generale è attestata come:

- a) strumento di neutralizzazione della *vindicatio nummorum* del figlio, il quale, *heres effectus*, agisca per ottenere la restituzione del denaro versato al mutuante in adempimento del mutuo contratto, contro il divieto del *S. C. Macedonianum* (Ulp. D.12.6.26.9), quando si trovava ancora *in potestate patris*;
- b) strumento di compensazione delle spese fatte dal padre nell'interesse dei figli (Scaev. D.5.3.58).

In particolare, l'*exceptio doli generalis* opera come strumento di neutralizzazione di ingiuste estrinsecazioni della *patria potestas* in talune fattispecie di iniquo esercizio dell'*interdictum de liberis exhibendis, item ducendis*. Mi sembra opportuno, in proposito, trascrivere i già menzionati brani di Ulpiano, escerpiti dal libro 71 del suo commentario *ad edictum*:

D.43.30.1.3: *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequè subveniendum ei erit per exceptionem;*

D.43.30.3.5: *Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur;*

D.43.30.1.5: *Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadatur, ne acerbe patriam potestate exercent.*

Ai sensi dell'enunciato edittale (Ulp.D.43.30.1 pr.), il padre può esperire l'*interdictum* in questione contro i terzi che tenevano indebitamente, *dolo malo*, il figlio²⁴. L'*interdictum* può essere, però, neutralizzato - in base ad un orientamento affermatosi con Antonino Pio, Marco Aurelio e Settimio Severo - a favore della madre (D.43.30.1.3; 3.5) o del genero (D.43.30.1.5), nei casi cui la permanenza presso di loro risulti vantaggiosa per la dignità e per la serenità psichica dei figli, sottraendoli all'esercizio aberrante della potestà paterna: '*ob nequitiam patris*' (D.43.30.i.3); '*ne acerbe patriam potestatem exercent*' (D.43.30.1.5)²⁵. Specificamente, la madre, in forza dell'eccezione di dolo generale può, *causa cognita*, ottenere '*ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*'. Il genero può neutralizzare l'interdetto nel caso in cui risulti accertato, *causa cognita*, che il padre '*concordans matrimonium velit dissolvere*', in aperto contrasto con un consolidato principio di politica del diritto, affermatosi nel corso del II e III secolo d. C.²⁶, secondo cui '*ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis tubentur*'.

L'eccezione di dolo generale opera, altresì, come strumento di neutralizzazione di iniziative processuali del padre volte ad ottenere liberalità disposte a favore di figli in potestà. Depongono in tal senso due brani di Ulpiano, risalenti rispettivamente al libro 24 *ad Sabinum* ed al libro 79 *ad edictum*.

Il primo brano (D.36.2.14.2) concerne un legato disposto a favore di un *filius familias* con l'espressa formulazione '*ita ut filio solvat*'. Osserva, in proposito, Ulpiano: '*certe si pater petat, exceptione erit repellendus*'. L'*exceptio doli* sancisce in questo caso - volendo adoperare qui una formulazione di Emilio Costa²⁷ - la personalità del *filius familias* fuori dell'unità familiare in materia di liberalità testamentarie nominativamente disposte a favore dello stesso figlio, senza riferimento alcuno alla famiglia di appartenenza.

Il secondo brano (D.36.3.1.20) verte su un legato con termine incerto, disposto a favore di un *alieni iuris*. L'erede presta una *cautio* all'avente potestà, condizionata alla circostanza '*si, cum eius legati dies cedit, in potestate sit*'. Se, alla scadenza del termine, il padre reclama, anche nel caso in cui il figlio sia divenuto *sui iuris*, l'adempimento della *cautio*, potrà essere respinto con l'eccezione di dolo generale, in considerazione del fatto che il legato, garantito dalla *cautio*, era stato disposto a favore del figlio²⁸.

L'eccezione di dolo generale opera, infine - lo si è già anticipato -, come strumento di neutralizzazione di pretese ereditarie del *parens manumissor*, nel caso in cui quest'ultimo '*accepit pecuniam, ut emanciparet*', ovvero abbia ricevuto dal figlio corrispondente prestazione '*ne iudicia eius inquietet*'. Osserva, in proposito, Ulpiano [D.37.12.1.3 (45 *ad ed.*)] che il *parens*, il quale intenda, morto il figlio, ripetere la *dimidia pars*, pur non avendo più diritto alla *bonorum possessio contra tabulas*,

²⁴ B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 253 e nt. 213.

²⁵ S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, cit., 379 e nt. 129; 380 s. e ntt. 157 e 158.

²⁶ V., in tal senso, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, 2° ed., Padova, 2002, 100 e nt. 253; 397.

²⁷ E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 12.

²⁸ Sul testo E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 12 s.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 325, nt. 324.

‘*exceptione doli repellatur*’²⁹. Anche in questo caso i principi dell’ordinamento familiare e le conseguenze del mutamento dei profili potestativi connessi alla *condicio hominum*, incidono sensibilmente e prevalgono sui profili di diritto successorio.

Per quanto attiene all’eccezione di dolo generale come *subsidium* dell’*exceptio pacti*, nel contesto della già ricordata dottrina giuliana (*supra*, § 3, nt.14), in base alla quale ‘*qui exceptione pacti uti non possunt doli exceptione usuros*’ (Ulp.D.2.14.10.2), assumono notevole rilievo due frammenti, l’uno di Ulpiano: 4 *ad ed.* D.2.14.7.18, l’altro di Paolo: 3 *ad ed.* D.2.14.21.2.

Del primo testo interessa qui soltanto la seconda parte, nella quale Ulpiano, dopo aver riferito il parere di Marcello contrario alla concessione dell’eccezione di dolo generale al servo, *quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem*, precisa, con riferimento appunto al *filius familias*, che ‘*Marcellus in similibus speciebus, licet antea dubitavit, tamen admisit*’.

Nel secondo testo, Paolo, dopo aver ricordato il principio generale secondo cui ‘*nos autem his, qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus*’, sostiene, sulla scia di Giuliano, in presenza di un patto ‘*ne a se neve a filio petatur*’, conchiuso dal padre, che ‘*magis est ut pacti exceptio filio familias danda non sit, sed doli prosit*’.

Come è stato, a ragione, osservato, siamo in presenza di casi che «devono vedersi sullo sfondo dei mutamenti intervenuti nell’organizzazione familiare e nelle relative idee giuridiche»³⁰.

Passo ora alle fattispecie, già sopra richiamate, in cui l’eccezione di dolo generale opera come strumento di neutralizzazione di dolose iniziative processuali intraprese dal figlio, una volta divenuto *sui iuris*.

Nel caso della *vindicatio nummorum ex S.C. Macedoniano*, il *dolus praesens* del figlio divenuto *sui iuris* ed erede del padre consiste, ovviamente, nel tentativo di riottenere, contro i principi dell’equità, il denaro paterno che egli stesso aveva versato al mutuante in esecuzione di un’obbligazione naturale³¹.

Nel caso delle spese fatte dal padre nell’interesse del figlio, il *dolus praesens* del figlio emancipato dal padre consiste nell’iniqua pretesa di ottenere la restituzione integrale dell’eredità materna senza computare le spese sostenute dal padre nell’interesse esclusivo dello stesso figlio. Il caso esaminato da Cervidio Scevola nel libro terzo dei suoi *Digesta* (D.5.3.58) è il seguente: un padre, al fine di assicurare al figlio emancipato una decorosa gestione della carica di senatore, ha utilizzato cespiti dell’eredità che la madre ha lasciato al figlio *sub condicione emancipationis*³². Quest’ultimo esperisce contro il padre l’*hereditatis petitio*. Si chiede se il padre, il quale è disposto a ‘*restituere hereditatem habita rationem eorum, quae in eum*

²⁹ Cfr. COSTA, *L’exceptio*, cit., 14, il quale ravvisa nel testo il segno «dell’intenso indebolimento dell’unità familiare allora verificatosi»; v. pure B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 66, nt.226.

³⁰ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 656, nt. 40.

³¹ Ulp. 26 *ad ed.* D.12.6.26.9: *Filius familias contra Macedonianum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus velit vindicare nummos exceptione summovebitur a vindicatione nummorum*. Sul testo E. COSTA, *L’exceptio*, cit., 10 s.; F. MILONE, *La exceptio*, cit., 159 s.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 281 nt. 333.

³² Sul punto D. DALLA, *Praemium emancipationis*, Milano, 1983, 44 s., con lett.

erogavit, possa opporre l'*exceptio doli mali* al figlio, *perseverans petere hereditatem*. Nella versione dei *Digesta* la risposta è la seguente: '*etsi non exciperetur, satis esse officium iudicis consuli*'³³. E' assai verosimile, però, che nella versione originale Scevola si sia limitato, in conformità ad un indirizzo consolidato, alla sola risposta positiva al quesito sollevato.

Quel che, in ogni caso, mi sembra opportuno sottolineare è che l'operatività dell'eccezione di dolo generale appare strettamente connessa alla *condicio emancipationis* ed ai correlati mutamenti dei rapporti familiari-patrimoniali fra padre e figlio.

Occorre ricordare, infine, che, in base ad un rescritto di Diocleziano e Massimiliano del 294 (C.6.4.25), da collocare nel solco della giurisprudenza severiana, era inopponibile al figlio emancipato da parte dell'erede l'eccezione di dolo generale in conseguenza di rinuncia paterna a liberalità fedecommissarie disposte a favore del figlio in potestà: '*unde cum hoc (repudiatio fideicommissi) non te, sed patrem fecisse adseveras, qui tibi nocere non potuit, nihil tibi obesse potest*'. Motivazione, questa, che sottende e sottolinea – come è stato osservato³⁴ – la «personalità del figlio, considerata distintamente dalla paterna».

5 – *Continua: pupilli, minori di 25 anni, furiosi e capite deminuti (adrogati)* .

Per quanto attiene, in particolare, alla *condicio* dei pupilli, l'eccezione di dolo generale opera, al tempo stesso, come strumento di equilibrio nei rapporti fra tutore-pupillo-terzi e «come strumento di controllo (in generale) dell'equità dell'azione»³⁵.

Possiamo distinguere, in proposito, tre gruppi di testi. Un primo gruppo concerne alienazioni effettuate dal tutore *sine decreto praetoris*; un secondo gruppo attiene ad alienazioni ed accettazioni di pagamenti o delegazioni di propri creditori a propri debitori, effettuate da pupilli *sine tutoris auctoritate*; un terzo gruppo attiene a comportamenti dolosi del tutore.

Con riferimento al primo gruppo assume notevole rilievo l'*oratio Severi* del 195 d.C.³⁶, che vietò ai tutori di *alienare obligareve* fondi rustici e suburbani (Ulp.D.27.9.1 pr.-2), eccezion fatta per casi eccezionali, contraddistinti da una grave situazione debitoria del pupillo, accertata dal pretore con proprio decreto.

In proposito è particolarmente significativo un brano escerpito dal *liber singularis ad orationem divi Severi* di Paolo (D.27.9.13.1). Il caso è il seguente: un tutore vende, *errore lapsus, sine decreto praetoris*, un fondo pupillare, e ne impiega il prezzo per soddisfare i creditori paterni. Si chiede se al pupillo, divenuto *dominus*, che agisca in rivendica, possa essere opposta l'eccezione di dolo generale. Papiniano, citato da Paolo, ritiene opponibile l'*exceptio*, purchè ricorrano due essenziali presupposti: a) la mancanza, al tempo della vendita, di altre risorse idonee a soddisfare

³³ B. BIONDI, *Bonae fidei iudicia*, in *Annali del Sem. giuridico dell'Univ. di Palermo*, VII, Palermo, 1918, 248 s., giudica l'inciso finale frutto d'interpolazione. Sul testo cfr. pure, con diversa diagnosi, F. MILONE, *La exceptio*, cit., 89, 112 s.

³⁴ E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 13.

³⁵ L'espressione è di M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 722, nt. 153.

³⁶ Sull'*oratio Severi* v. U. BRASIELLO, "Auctoritas praetoris". I. "Auctoritas praetoris" ed alienazione dei beni pupillari, in *Studi Solazzi*, 1948, 691 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 490 e nt. 294

i creditori (*si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non poterit*); b) il rifiuto dell'ex pupillo di restituire il prezzo della vendita, incrementato dagli interessi che egli avrebbe dovuto pagare ai creditori (*pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur non offerenti*). L'opposta soluzione (inopponibilità dell'*exceptio*, sul presupposto della irregolarità della vendita), si risolverebbe in un ingiusto vantaggio dell'ex pupillo, che, profittando del mutamento del suo *status*, si arricchirebbe a danno del compratore. Paolo ritiene, invece, che *doli exceptionem obstare* in tutti i casi in cui l'ex pupillo *lucrum captet ex damno alieno*, ancorchè *solvi potuerit*³⁷.

In tema di alienazioni ed accettazioni di pagamenti o delegazioni di propri creditori a propri debitori *sine auctoritate tutoris*, l'eccezione di dolo generale ricorre in funzione equitativa e riequilibrativa nei rapporti fra pupillo e terzi, in tutti i casi in cui si possa profilare un ingiusto arricchimento del pupillo a danno altrui (Paul.D.44.1.4;Ulp.D.44.4.4;Paul.D.46.3.15; Marc. D.46.3.47; Pomp.D.46.3.66; Gai 2.84; Inst. 2.8.2).

Anche in tema di comportamenti dolosi del tutore, l'eccezione di dolo generale risulta impiegata in funzione riequilibrativa sia dei rapporti patrimoniali fra terzi e pupillo, nei casi in cui quest'ultimo *factus est locuplitor* (Ulp.D.4.3.15 pr.; D.44.4.23), sia dei rapporti fra tutore e pupillo, nel caso specifico in cui quest'ultimo non abbia esperito l'*actio tutelae*, sibbene – come è possibile dedurre da una costituzione di Caracalla [C.8.35(36).3] – l'*actio ex stipulatu* correlata alla *cautio rem pupilli salvam fore*³⁸.

Ad analoghi obiettivi di riequilibrio patrimoniale (evitare ingiusti arricchimenti) appare altresì improntata l'operatività dell'azione di dolo generale in tema di rapporti fra terzi e minori di 25 anni (Ulp.D.44.4.4.9; D.44.4.4.26, prima parte) e fra terzi e furioso, nel caso in cui quest'ultimo, dopo aver delegato il proprio debitore - che lo riteneva *compos mentis* - a pagare al proprio creditore, agisce poi, recuperata la ragione, contro il debitore senza tener conto del vantaggio economico che gli deriva dall'effettuato pagamento (Hermog. D.44.4.16; Ulp.D.44.4.4.26, parte finale).

Per quanto attiene, infine, all'operatività dell'eccezione di dolo generale in tema di atti giuridici posti in essere da *capiti deminuti*, in seguito ad *adrogatio*, non mi resta che rinviare a quanto ho avuto già modo di precisare in ordine alla fattispecie testamentaria esaminata da Papiniano in D.37.11.11.2 (*supra*, § 2).

6 – L'operatività dell'eccezione di dolo generale in materia matrimoniale.

In materia matrimoniale l'eccezione di dolo generale viene adoperata come rimedio processuale specificamente finalizzato, da un lato, a neutralizzare iniziative processuali del padre volte a turbare, *iure patriae potestatis*, unioni matrimoniali bene avviate (*bene concordantia matrimonia*); dall'altro, a neutralizzare convenzioni

³⁷ Sul testo U. BRASIELLO, "Auctoritas praetoris", cit., 689 ss.; F. MILONE, *La exceptio*, cit., 104; problemi analoghi ricorrono in caso di pignoramento di *res pupillaris*: D.27.9.7.5 (Ulp. 35 *ad ed.*).

³⁸ E' esattamente questa la persuasiva ipotesi di M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 207 nt.16, secondo il quale l'inserimento di un'*exceptio doli* nella formula si tradurrebbe, in questo caso, nell'ampliamento dell'ambito di accertamento del giudice «fino a fargli raggiungere la stessa latitudine che esso ha nei *iudicia donae fidei*»; v pure 722 nt. I53.

prematrimoniali dei genitori potenzialmente idonee a coartare, ‘*vinculo poenae*’, la libertà di scelta matrimoniale dei rispettivi figli.

Con riferimento al primo punto (neutralizzazione di iniziative processuali paterne) rinvio a quanto ho avuto già modo di precisare in ordine al brano ulpiano D.43.30.1.5, in tema di esercizio iniquo dell’*interdictum de liberis exhibendis, item ducendis* (*supra*, § 4). In questa sede mi sembra opportuno precisare, ad integrazione dei rilievi a suo tempo formulati, che, nel contesto della motivazione ulpiana, l’eccezione di dolo generale esplica una duplice funzione: l’una volta ad impedire che il padre ‘*ne acerbe patriam potestatem exercent*’; l’altra volta a preservare la stabilità di matrimoni ben riusciti (*bene concordantia matrimonia*).

Con riferimento al secondo punto (coartazione della libertà di scelta matrimoniale), è di grande interesse il seguente brano di Paolo, inserito dai compilatori nel titolo ‘*De verborum obligationibus*’ di *Digesta*:

Paul.15 resp. D.45.1.134 pr.: *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Caio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*

Tizia e Gaio Seio, al momento delle nozze, s’impegnano, con una reciproca *stipulatio poenae*, a fidanzare i rispettivi figli, nati da precedenti matrimoni. Morto, *constante matrimonio*, Gaio Seio, sua figlia ‘*noluit nubere*’. Si chiede se gli eredi di G. Seio siano o meno responsabili *ex stipulatione*. Secondo Paolo, posto che la *stipulatio poenae* non può essere considerata valida, perché non è stata interposta *secundum bonos mores*, gli eredi potranno efficacemente respingere l’eventuale *actio ex stipulatu* della controparte con l’*exceptio doli mali*. Particolarmente significativa appare, ai nostri fini, la motivazione – a torto sospettata³⁹ – della *decisio* paolina: ‘*quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura sive iam contracta*’. Con questa motivazione Paolo intende sottolineare che, nel caso di specie, l’operatività dell’eccezione di dolo generale non è fondata esclusivamente e genericamente sulla pura e semplice invalidità della *stipulatio poenae*, ma trae la sua più specifica ed intima giustificazione da un principio cardine del diritto matrimoniale dell’età classica: ‘*sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt*’ (Iul.D.23.1.11); da qui, appunto, la deduzione che ‘*inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*’⁴⁰.

³⁹ Così P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell’obligatio*, Milano, 1969, 174, secondo il quale la frase finale potrebbe essere interpolata. In senso contrario R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, 3° ed., Padova, 1994, 44, nt. 82, secondo cui la frase finale, se è interpolata, «lo è per ragioni formali»; A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI*, LXVI, Roma, 2000, 153, nt. 19.

⁴⁰ Sul brano paolino v. pure P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, 23 s, con lett. (ntt. 11-13); A. S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale*, cit., 152 e nt. 18.

7 – L’operatività dell’eccezione di dolo generale in materia dotale.

In materia dotale l’eccezione di dolo generale rileva, alla luce delle soluzioni giurisprudenziali, ai seguenti specifici fini:

- a) per far valere il diritto di ritenzione⁴¹ del marito nel caso in cui ‘*quid in eam dotem impensum est ne a muliere reddetur*’ (Ulp.D.24.3.23), ovvero per ottenere lo scomputo dalla dote di cespiti impiegati dal marito per *officia* personali della *mulier* (*ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem*: Ulp.D.24.3.21);
- b) per far valere la destinazione della dote *matrimonii causa* (Ulp.D.23.3.7.3; Pap.D.24.3.40; Pomp.D.24.3.4), ovvero la sua costituzione *mulieris causa* (Paul.D.24.3.49.1; Vat. Frag. 94);
- c) per far valere l’*ipsum ius* dei coniugi in caso di eventuali e concorrenti iniziative processuali degli stessi nei confronti di terzi (Iul.D.30.84.6; Ulp.D.23.3.29).

Per quanto attiene, in particolare, al punto b), occorre precisare che la destinazione della dote al matrimonio ai fini dell’operatività dell’eccezione di dolo generale viene esplicitamente richiamata da Ulpiano nel brano D.23.3.7.3⁴², nel punto in cui giustifica l’opponibilità dell’*exceptio doli* alla fidanzata che, *ante nuntium remissum*, ripeta i beni consegnati in dote *ante matrimonium*, sottolineando, appunto, che ‘*doti enim destinata non debebunt vindicari*’. La destinazione della dote al matrimonio può essere, inoltre, considerata implicita nella affermazione ‘*viva autem filia si agere vult (pater), exceptionem summovendum erit*’, con cui Papiniano giustifica l’opponibilità dell’*exceptio doli* al suocero che convenga in giudizio il genero in base alla *stipulatio* ‘*divortio facto dotem dari*’, effettuata *non ex filiae voluntate* (D.24.3.40): affermazione, questa, che costituisce – come è stato osservato⁴³ – un’applicazione della regola secondo cui il padre ‘*deteriorem condicionem in dote filiae facere non potest nisi consentiat*’ (Ulp. D.24.3 29).

Per quanto attiene al rilievo della costituzione della dote ‘*mulieris causa*’, ai fini dell’operatività dell’eccezione di dolo generale, è interessante e particolarmente significativa la fattispecie di cui si occupava Paolo in un brano del libro 7 *responsorum*, accolto (con qualche variante⁴⁴) sia nei *Digesta* giustiniane (D.24.3.49.1), che nei *Vaticana Fragmenta* (§ 94), di seguito riprodotto nella versione pregiustiniana:

⁴¹ Come è noto, il sistema delle *retentiones* è stato elaborato dalla giurisprudenza proprio in rapporto alla materia dotale. V., in proposito, S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, cit., 380; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1963, 492 ss.

⁴² Sul testo E. COSTA, *L’exceptio*, cit., 123 s.; P. BONFANTE, *Corso*, cit., 422 ss. ; P. FERRETTI, *Le donazioni*, cit., 75 s., con lett.

⁴³ Così E. COSTA, *L’exceptio*, cit., 124.

⁴⁴ Sul punto e sulla sostanziale genuinità della versione dei *Vat. Frag.* v. G. GROSSO, *Ricerche intorno all’elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, in *RISG.* II,1 (1928), 39-46, ora in *Scritti storico giuridici, III. Diritto privato Persone Obbligazioni Successioni*, Torino, 2001, 154 ss., seguito da A. BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, 188 ss.

Vat. Frag. 94: *‘Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablatu est; quaero, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione submovenda sit; ait enim se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extitit. Paulus respondit pro praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse, quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur*⁴⁵. *Poterit mulieri prodesse hoc quod ait se patri heredem non extitisse, si conveniretur; amplius autem et consequi eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.*

Posto che il *periculum*, trattandosi di *dos aestimata*, ricade sul marito, occorre stabilire se la donna, che non è erede (*se patri heredem non extitisse*), possa pretendere, allo scioglimento del matrimonio, la prestazione dell'*aestimatio*. Paolo motiva il suo parere decisamente contrario con il rilievo che, in assenza di dolo o colpa del marito, il dolo del padre (*pro praedio evicto a creditore antecedente ex causa fiduciae*) non può che ricadere sulla figlia, nel cui interesse l'*aestimatio dotis* è stata appunto costituita (*dotem pro se dedit*). Condurrebbe, infatti, ad una evidente iniquità il consentire alla donna di potere ottenere il *pretium fundi evicti*⁴⁶.

Per quanto attiene, infine, al punto c), sono di grande interesse le fattispecie esaminate da Giuliano, Ulpiano nei brani sopra menzionati.

In particolare, il brano giuliano (D.30.84.6), escerpito dal libro 33 *digestorum*, dedicato alla materia dei legati, prospetta il caso di un padre che, dopo aver promesso al genero, *dotis nomine, centum pro filia sua*, dispone poi, a favore della stessa, un legato di *centum*. Secondo Giuliano, l'erede *'doli mali exceptione tutus erit, si et gener ex promissione et puella ex testamento agere instituerit'*⁴⁷.

Ai nostri fini risulta particolarmente significativa la motivazione della *decisio*: *'convenire enim inter eos oportet, ut alterutra actione contenti sint'*. Si tratta di una motivazione che presuppone e sottende appunto l'*ipsum ius*⁴⁸, insito nella *'iuris communicatio'* (Mod. D.23.2.1), che permea e contraddistingue, *constante matrimonio*⁴⁹, i rapporti fra i coniugi.

8 – Riflessioni conclusive.

⁴⁵ Secondo B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 210, la proposizione *'quae tamen officio rei uxoriae continetur'*, non presente nella versione dei *Digesta*, «ha tutto il sapore di un'aggiunta introdotta da una mano estranea sia per la forma che per la sostanza». Diversamente G. GROSSO, *Ricerche*, cit., 155, secondo il quale la proposizione in questione «non ha altro significato che questo: essa vuole indicare che la valutazione dell'ammissibilità o meno della *exceptio doli*, che qui significa mancanza o esistenza del *"melius aequius esse"*, rientra nel potere del giudice, nel giudizio che questi è chiamato a fare sul rapporto da cui sorge l'obbligo di restituzione».

⁴⁶ Sul punto v. pure E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 126 s.

⁴⁷ Come attesta Ulpiano (D.32.3.9), *'si mulier legatum petat, opposita doli exceptione non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agentem. Sed si maritus agat, nihil de indemnitate eum cavere oportebit, verum mulier post eum agens exceptione repellatur, quia semel dos praestita est'*.

⁴⁸ Sulla configurazione dei coniugi come «una vera unità di persone» v. E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 124 ss.

⁴⁹ *Solutio matrimonii*, l'*exceptio doli* giova all'erede nella fattispecie prospettata da Pap. D.33.4.7 pr.: *'Pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit: heres patris opposita doli exceptione non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio'*. Sul brano, E. COSTA, *L'exceptio*, cit., 125; MILONE, *La exceptio*, cit., 146; N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano, 1968, 89.

Al termine del quadro d'insieme, delineato nei §§ 3-7, mi sembra opportuno procedere alla formulazione di alcune brevi riflessioni conclusive ad integrazione di quanto ho già premesso e precisato nei primi due paragrafi, dedicati rispettivamente allo stato della dottrina ed ai criteri metodologici.

Ho sottolineato, a suo tempo, la difficoltà – e, per certi aspetti, anche l'inopportunità – di procedere ad un inquadramento sistematico della casistica giurisprudenziale romana in tema di *exceptio doli generalis* sulla base delle odierne partizioni del diritto privato. Un siffatto inquadramento risulta poi particolarmente arduo in materia di persone e famiglia, in considerazione del fatto che non pochi “casi” relativi a rapporti successori, reali ed obbligatori coinvolgono – come si è potuto constatare - posizioni soggettive e correlati rapporti di natura endofamiliare. Circostanza, questa, che potrebbe indurre a supporre, in via di principio, che l'unico ed effettivo discrimine sia forse da ravvisare nel binomio rapporti “potestativo-familiari” – rapporti “patrimoniali”. Ma si tratterebbe, a ben riflettere, di una deduzione eccessivamente riduttiva e, per certi aspetti, non coerente con la *ratio decidendi* di non pochi testi: eccessivamente riduttiva, perché indurrebbe a circoscrivere l'ambito di operatività dell'eccezione di dolo generale, in materia di persone e famiglia, soltanto ai casi di neutralizzazione di inique modalità di esercizio della *patria potestas* tramite l'*interdictum de liberis exhibendis* (*supra*, § 4); non coerente con la stessa *ratio decidendi* di alcune soluzioni giurisprudenziali, che, pur coinvolgendo aspetti patrimoniali, sono esplicitamente incentrate – come si è potuto constatare – sul determinante rilievo di specifiche situazioni personali (*praecipue* Pap.D.37.11.11.2: *supra*, § 2) e dei rapporti endofamiliari (matrimonio e dote: §§ 6-7).

Si è potuto altresì constatare (§§ 3-7) che il principio-guida del brano papiniano D.37.11.11.2, addotto come esempio in sede di determinazione dei criteri metodologici (§ 2), trova riscontro in altre soluzioni giurisprudenziali, espressamente motivate con la prevalenza dei profili potestativi e dei principi dell'ordinamento familiare su aspetti e problemi di ordine eminentemente patrimoniale: così Ulp.D.40.5.45 pr., in tema di manumissione (§ 3); Ulp.D.43.30.1.5, e Paul.D.45.1.134 pr., in materia matrimoniale (§ 6); Ulp.D.23.3.7.3 e Paul. Vat. Frag. 94, in materia dotale (§ 7).

In altri casi la motivazione, pur essendo soltanto implicita, è plausibilmente desumibile, a mio avviso, dalla peculiarità di taluni assetti d'interessi, nel cui contesto i profili patrimoniali risultano condizionati, in termini inequivoci, dai connessi profili soggettivo-potestativi e dai correlati mutamenti intervenuti nell'organizzazione familiare (§ 4).

Il quadro d'insieme dell'operatività dell'eccezione generale in materia di persone e famiglia che ho cercato qui di delineare sulla base dei predetti criteri metodologici ha uno scopo esclusivamente orientativo e non pretende affatto di essere esaustivo. Si tratta, in ultima analisi, di uno schema, orientivo appunto, scaturito dall'esigenza di procedere, da un lato, ad una rimediazione di risalenti e spesso artificiosi tentativi (di Milone e Costa, in particolare) di “sistemazione” delle diverse applicazioni dell'eccezione di dolo generale sulla base delle moderne partizioni dogmatiche di

diritto privato, e, dall'altro, alla ricognizione della complessa e variegata casistica giurisprudenziale per cercare di enuclearne, alla luce di esplicite o implicite motivazioni e/o dell'intreccio fra profili patrimoniali e profili potestativi, le testimonianze riferibili, con sufficiente attendibilità, alla materia delle persone e della famiglia.

Il prente contributo costituisce l'oggetto di una relazione tenuta a Venezia nell'aprile del 2005, in occasione del Convegno sulla "Eccezione di dolo generale", i cui Atti sono in corso di pubblicazione.