

MATTEO MARRONE

ECCEZIONE DI DOLO GENERALE ED EVENTI SOPRAVVENUTI ALLA *LITIS CONTESTATIO*

1. L'argomento di questa mia conversazione è quello indicato nel titolo.

Quel che mi propongo è rilevare, in definitiva, quali erano le specificità della eccezione di dolo generale per eventi, appunto, che si verificavano dopo la *litis contestatio*.

Il mio discorso sarà prevalentemente esegetico.

I testi che vengono in considerazione sono pochi, sono pressoché tutti giurisprudenziali e riguardano – o quanto meno riguardavano nella stesura originale – il processo formulare. Per questo, e perché nella stessa direzione mi spinge già il titolo della relazione, che mostra di considerare la *litis contestatio* uno spartiacque fondamentale del processo, farò riferimento soprattutto al processo formulare.

2. Cominciamo da

Ulpianus 43 *ad Sab.* D.12.6.23.3: *Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet. Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem: sed si post litem contestatam transactum est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. Ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio.*

Il testo è assai problematico, tra i più discussi delle nostre fonti¹. Le questioni cui dà luogo sono tante.

Anzitutto questa. In relazione a una transazione intervenuta tra le parti si parla prima di *exceptio doli* e, in fine, senza mostrare di volersi riferire a cosa diversa, di *exceptio transactionis*.

¹ V., almeno, H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I, Halle 1982, 216; G. BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, Leipzig, 1907, 79 nt. 2; A. GUARNERI CITATI, *Exceptio omissa initio - in integrum restitutio - appellatio*, in *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo, 1925, 248; M. E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, 257 ss.; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, 161 s., 257 s.; G. BROGGINI, *D.12.6.23.3: transactio post litem contestatam*, in *ZSS*, 73, 1956, 356 ss. (ora in G. BROGGINI, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 287 ss.); M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 715 ss., 738 ss.; L. AMIRANTE, *Dubbi e riflessioni in tema di «iusiurandum in iudicio»*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1969, 27 s.; M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*², München, 1968, 116, 176; art. *transactio*, in *RE*, II Reihe, 12^o Hanlband, Stuttgart, 1937 (rist. 1958), 2144; *Ius gentium*, Köln Weimar-Wien, 1993, 44; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 298 nt. 20.

Si trattava in effetti della stessa eccezione o di due eccezioni diverse? Altrove, quale strumento per l'attuazione della transazione, ricorre ora l'eccezione di dolo ora l'eccezione di patto. Dato per scontato che nell'*exceptio pacti* rientrava anche l'*exceptio transactionis*, si pensa oggi comunemente, e con buon fondamento, ad uno sviluppo, maturatosi già in età classica, che va dall'eccezione di dolo considerata come sussidiaria rispetto all'*exceptio pacti* – per i casi dubbi se esistesse o meno una eccezione adatta alla specie – all'impiego indifferentemente dell'una o dell'altra delle due eccezioni; tant'è che, in C.2.3.5 (a. 213), la cancelleria imperiale di Antonino Caracalla poté parlare, per una situazione analoga a quella della transazione, di *exceptio doli vel pacti*.

Il nostro testo appare pertanto, sotto questo profilo, sostanzialmente affidante.

E poiché l'eccezione di dolo in funzione di eccezione di transazione va inquadrata, come nessuno dubita, tra le eccezioni di dolo c. d. generale, il testo appare anche pertinente al tema del convegno.

2.1. Un altro punto. Il passo appartiene al titolo D.12.6 *de condictione indebiti*. E della *condictio* Ulpiano trattava non solo nel resto del fr. 23 ma anche nel l. 43 *ad Sabinum* da cui l'opera del giurista è tratta.

Dovette essere pertanto la *condictio* a dare l'avvio del discorso nell'opera di Sabino. È quindi certamente sabiniana sia la fattispecie – condanna nonostante la transazione (*Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit*) – sia la soluzione, che si legge più avanti, circa la spettanza dell'azione di ripetizione *ex causa transactionis* (*condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit*). Ulpiano quindi prendeva le mosse da un testo di Sabino in buona sostanza così concepito: *Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit [-], condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit*.

Ma, chi separò la posizione della fattispecie dalla soluzione sabiniana? I compilatori o lo stesso Ulpiano? In mancanza di gravi indizi contrari, si può ritenere più probabile che sia stato lo stesso Ulpiano.

Certo è, ad ogni modo, che la concessione della *condictio* non poteva – con *ideo* – essere motivata con la considerazione che '*dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit*': il fondamento della *condictio* non era il dolo dell'*accipiens*! Si deve quindi convenire, quanto meno, che il testo ulpiano è stato rimaneggiato, e che la soluzione favorevole alla concessione della *condictio* è stata spostata dalla sua posizione originaria.

2.2. Qual era, più precisamente, la fattispecie proposta alla quale si riferì Sabino, e quale il senso più pieno della sua decisione?

Si parla di *condemnatio* nonostante la transazione. Non si precisa se la sentenza sia stata eseguita o non. In realtà, la questione non rileva perché, in ogni caso, Sabino non avrebbe potuto prospettare altra soluzione: eseguita la sentenza, la *condictio* per la ripetizione del *solutum ex causa iudicati* non poteva essere data per ragioni a tutti note (irripetibilità del *solutum* per cause per le quali si dava litiscrescenza); e neppure poteva essere concessa una *in integrum restitutio* del tipo di quella testimoniata da

Gai 4.125 – che certamente Sabino conosceva² – perché questa, come vedremo (più avanti, § 7), doveva, per essere operativa, essere chiesta prima della sentenza, non oltre. Si deve pure escludere che Sabino abbia suggerito di opporre l'*exceptio doli* contro l'*actio iudicati*, perché in questa applicazione l'eccezione di dolo – anche di ciò diremo più avanti (§ 7) – era un rimedio molto grave che presupponeva che il convenuto non avesse avuto prima altra possibile difesa: presupponeva, cioè, un convenuto non colpevole di trascuratezza nelle sue difese; ma nella specie, ne ho fatto cenno or ora, lo stesso convenuto avrebbe potuto, prima della sentenza, chiedere la *in integrum restitutio*.

Sabino decise pertanto che il solo rimedio in favore del convenuto *nihilo minus condemnatus* era la *condictio* del *solutum ex causa transactionis*. Chi ha pagato per una *causa* – è detto subito dopo – non può ripetere ma, nel caso in esame, la *causa* non è *secuta* perché l'altra parte non ha tenuto fede alla transazione³.

2.3. Questa soluzione, però, non era del tutto soddisfacente perché avrebbe significato, nel risultato, azzerare la transazione: il convenuto avrebbe recuperato quanto *solutum ex causa transactionis* ma avrebbe dovuto pagare la verosimilmente maggiore prestazione rappresentata dal debito originario assorbito nella condanna: appunto, come se nessuna transazione avesse avuto luogo.

Si pensò quindi a una diversa soluzione, che potesse fare valere la transazione, con un risultato, pertanto, sostanzialmente corrispondente a quello che si sarebbe avuto se l'attore avesse abbandonato il giudizio (*discedere a lite*)⁴, come avrebbe dovuto fare in base alla *transactio*. Fu con questo intendimento che Ulpiano precisò: se la transazione ha avuto luogo *ante litem contestatam*, *nulla quaestio*, potendo il convenuto opporre l'eccezione di dolo (o di patto). Ma pure se la transazione ha avuto luogo *post litem contestatam*, ciò non di meno (*nihilo minus*) il convenuto potrà avvalersi – *uti* – della *exceptio doli post secuti*. Possiamo tradurre, 'eccezione di dolo sopravvenuto'.

² Cfr. G. BROGGINI, *D.12.6.23.3*, cit., 359 (ora in G. BROGGINI, *Coniectanea*, cit., 290 s.): la *restitutio litis* è testimoniata ampiamente da Cicerone; e Svetonio, *Claudius* 14, ci dice che ad essa faceva ricorso l'imperatore Claudio, che era contemporaneo di Sabino (che viveva ancora sotto Nerone: cfr. Gai 2.218).

³ Per tener fede alla transazione, infatti, l'attore del fr. 23.3 non avrebbe dovuto comportarsi come se la transazione non ci fosse stata. Non avrebbe dovuto, pertanto, esercitare l'azione; oppure, nel caso di *transactio post litem contestatam* – che assai verosimilmente era quello tenuto presente da Sabino – avrebbe dovuto *discedere a lite*: su ciò, i testi richiamati da M. KASER, art. *transactio*, cit., 2144. Brogginì suppone ulteriormente che, secondo Sabino, il giudice della lite transatta *post litem contestatam* e tuttavia proseguita sino alla sentenza avrebbe dovuto assolvere; così come nel caso di *satisfactio post litem contestatam* (giusta la nota teoria sabiniana per cui *omnia iudicia absolutoria esse*: Gai 4.114). Ma era accaduto che il giudice, proculiano, aveva condannato. Di fronte al fatto compiuto Sabino indicò alla parte soccombente la via della *condictio ex causa transactionis*. In effetti, *solutio* e transazione in corso del giudizio sono fenomeni simili: nei due casi, solitamente, le parti di comune accordo compongono la lite; generalmente la abbandonano determinandone l'estinzione per *mors litis* (cfr. Paul. 11 *ad ed.* D.4.3.20.1 e 25). È però difficile ammettere che la transazione sia stata considerata alla stregua della *satisfactio* di Gai 4.114 cit.: così L. AMIRANTE, *Dubbi e riflessioni*, cit., 27 s. Brogginì invoca Cic. *pro Roscio com.* Ma v. contro L. AMIRANTE, cit., 32 ss. Sulla *pro Roscio com.* si è molto discusso: v. già, ad es., F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 259; per ultimo, ma da punti di vista diversi: M. A. FINO, *L'origine della transactio*, Milano, 2003, 120 ss.

⁴ V. la nota precedente.

Di che si tratta? Si ritiene comunemente che il significato sia questo, che il convenuto avrebbe opposto *ex novo* l'eccezione di dolo, qui qualificata *post secuti*. E poiché nel processo formulare, al quale il giurista doveva riferirsi, ogni eccezione doveva essere '*adiecta*', aggiunta, nella formula, e quindi veniva in considerazione all'atto della *litis contestatio*, il testo, sul punto, una volta avviata la critica testuale, è stato ritenuto pressoché unanimemente spurio. Alcuni Autori, i meno radicali, lo ritennero alterato nel senso che il testo originario prevedesse sì l'*exceptio doli* ma previo ricorso alla *in integrum restitutio* (così come nel caso del convenuto che per errore non avesse opposto tempestivamente una eccezione perentoria: Gai 4,125); per qualche altro autore, il testo originario avrebbe fatto rinvio all'*exceptio doli* opponibile all'*actio iudicati*.

Io dico: certamente il testo così com'è non può essere inteso in linea con i principi e le tecniche classico-formulari. Né mancano gli indizi formali di alterazione: soprattutto, come già notato, il periodo dove si dice dell'azione di ripetizione è fuori posto, e male introdotto da *ideo*. L'affermazione per cui la sentenza è valida – *valet* – non è collegata con quanto segue: '*potuit etc.*'.

Le soluzioni proposte in merito al presunto contenuto classico del fr., però, a parte talune possibili specifiche obiezioni⁵, suppongono interventi molto radicali sul testo originario. Che interventi di questo tipo ci siano stati è di per sé possibile. Ma è metodo più corretto, prima di supporre ipotesi del genere, tentare una interpretazione del dettato testuale che consenta di intendere il passo, almeno per la sostanza, in maniera accettabile e conciliabile con la tecnica e i principi classici, e per cui non sia necessario supporre forti interventi.

2.4. Certamente assai meno demolitoria è la soluzione a suo tempo suggerita da Arangio-Ruiz⁶, e che mi convince. Se l'*exceptio doli* è stata opposta tempestivamente, il convenuto, *in iudicio*, se ne potrà giovare anche in relazione a dolo *post litem contestatam*. Il *neque fiat* non deve essere inteso restrittivamente con riguardo al tempo dell'esercizio dell'azione (come comportamento iniquo per il fatto in sé di esercitare l'azione); va tenuto conto che «la possibilità di un contegno doloso – cito testualmente Arangio-Ruiz – non cessa con la *litis contestatio*, anzi permane sino alla sentenza, e se l'*exceptio* sia stata inserita nella formula il convenuto può denunciarlo in qualunque momento, invitando l'attore a purgarsene».

⁵ Contro l'ipotesi per cui l'originario del fr. 23.3 avrebbe previsto, al posto dell'attuale *exceptio doli post secuti*, l'eccezione di dolo opponibile all'azione di giudicato si può osservare che questo era un rimedio molto grave, che presupponeva un convenuto 'colpevole' (v. più avanti, § 8, e già *supra*, § 2.3). È poi improbabile (lo ha notato Brutti a proposito di D.44.4.11 pr.) che i compilatori abbiano soppresso una soluzione – *exceptio doli* contro *actio iudicati* – chiaramente contemplata in molti altri passi che gli stessi compilatori accolsero nel Digesto (v. § 7). All'altra ipotesi – per cui il testo classico di D.12.6.23.3 avrebbe fatto riferimento all'impiego di una *in integrum restitutio* della *exceptio doli* – è stato opposto che un provvedimento di restituzione dell'*exceptio* era previsto (da Gai 4.125) soltanto in favore del convenuto che avesse ommesso di opporre l'eccezione per errore. Ma questa obiezione è in sé superabile: v. più avanti, § 7.

⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *L'eccezione in diminuzione della condanna*, Modena, 1930, 5 (ora in V. ARANGIO-RUIZ, *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 265). L'A., per vero, non fece riferimento a D.12.6.23.3, ma a D.44.4.11 pr. e D.44.4.4.18, che vedremo (§§ 3 e 4).

La lettura proposta di D.12.6.23.3 è confortata dagli altri testi che vedremo nei paragrafi seguenti. Aggiungo che si tratta di esegesi tutt'altro che azzardata, essendo fuori discussione che il giudice formulare poteva talvolta tenere conto di fatti successivi alla *litis contestatio*; e non solo nei casi di *satisfactio* nel corso della fase *in iudicio* (Gai 114), ma anche in altre situazioni. Di specifico interesse, per noi, il caso dell'eccezione di dolo opposta alla rivendica in funzione di rimborso delle spese erogate sulla cosa: è infatti comunemente ammesso che, se l'attore le avesse rimborsate prima della sentenza, il giudice avrebbe ordinato al convenuto di *restituere*⁷. Un evento *post litem contestatam* (rimborso delle spese) toglieva pertanto fondamento all'eccezione. Affatto credibile è che un evento *post litem contestatam* (la transazione) potesse darvi invece fondamento. Nell'un caso come nell'altro il giudice avrebbe ritenuto rilevante, ai fini del dolo della clausola *neque fiat*, avvenimenti *post litem contestatam*.

Come si vede, il rimedio suggerito da Ulpiano era un rimedio preventivo. Il che può fare pensare – è solo una congettura sulla quale mi riservo di riflettere – che, nella prassi, fosse uso frequente opporre eccezione di dolo a scopo cautelativo.

2.5. Interessa meno dal nostro punto di vista la chiusa del passo⁸, che afferma essere alternative l'eccezione di dolo e l'azione di ripetizione del *solutum ex causa transactionis*. Possiamo quindi andare oltre, e procedere all'esame degli altri testi che vengono in considerazione per il nostro tema.

3. Giova esaminare

Neratius 4 *membr.* D.44.4.11 pr.: *Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolus nocere alteri debet. Si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit, dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur. Et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est.*

Anche questo testo non è limpido. Anzitutto, il senso letterale: se agisce il procuratore, non gli si può opporre l'eccezione di dolo, perché la lite gli è estranea e il dolo altrui non deve nuocere ad altri. Si intende: il dolo del procuratore non deve nuocere al *dominus litis*. Il testo continua: se il procuratore è incorso in dolo dopo la *litis contestatio*, si può opporre *in iudicium* l'eccezione a nome di lui? Della cosa si può dubitare, perché con la *litis contestatio* la *res* diventa sua e in certo qual modo la esegue a suo nome. Si ritiene che possa essere opposta eccezione per dolo del procuratore. La stessa cosa si deve dire per il tutore che agisca a nome del pupillo.

⁷ In realtà, tutto si sarebbe risolto più ragionevolmente prima, perché il convenuto, accettato il rimborso delle spese, avrebbe desistito e restituito (salvo il compito del giudice di definire l'oggetto della *restitutio*). Le soluzioni giurisprudenziali, prese alla lettera, fanno pensare ad avversari irriducibili; come i 'duellanti' del romanzo di Conrad.

⁸ Peraltro generamene trascurata dalla dottrina: v., ad ogni modo: G. BROGGINI, *D.12.6.23.3*, cit., 368, e ivi nt. 49 (ora in G. BROGGINI, *Coniectanea*, 303, e ivi nt. 49); M. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 740.

3.1. Le mende, notate soprattutto dagli antichi interpolazionisti, sono tante⁹. Per l'aspetto formale è stato osservato almeno questo: che dopo *debet* ci si sarebbe aspettati *sed* (per l'evidente contrapposizione tra dolo del procuratore *tout court* e dolo del procuratore *post litem contestatam*); che *in iudicium* sta al posto di *in iudicio* (comunque si intenda *iudicium*); che la soluzione *et placet* etc. è troppo brusca e generale per essere limitata, come in effetti è, al dolo del procuratore *post litem contestatam*.

Per la sostanza, ha lasciato perplessi *quodammodo*, 'in certo qual modo'¹⁰, ma ancor più ha lasciato perplessi l'idea della eccezione di dolo *in iudicium*, opponibile – come sembrerebbe – dopo la *litis contestatio*.

3.2. Anche per ciò, in passato, ha avuto molto seguito l'esegesi di Schulz, per cui il testo originale avrebbe riguardato soltanto la comune applicazione della eccezione di dolo, per dolo quindi precedente o contestuale alla *litis contestatio*: Nerazio avrebbe contrapposto non tanto dolo *ante* e dolo *post litem contestatam* quanto *cognitor a procurator*; l'eccezione di dolo per dolo del *cognitor* sarebbe stata negata perché, assolto l'avversario per effetto dell'*exceptio* il *dominus litis* non avrebbe potuto riproporre l'azione. Invece, quanto meno ai tempi di Nerazio, l'azione del *procurator* non precludeva la ripetizione della lite da parte del *dominus litis* (Gai 4.98). L'*exceptio doli* per dolo del procuratore – che il testo avrebbe considerato nella seconda parte – poteva essere pertanto opposta allo stesso procuratore perché non sarebbe stata pregiudizievole per il *dominus litis*.

Questa tesi di Schulz riscosse consensi. Ma è stata poi disattesa. In realtà, sostenere che il testo originario contrapponesse *cognitor a procurator* e non dolo *ante* a dolo *post litem contestatam* vuol dire riconoscere che il passo è stato totalmente stravolto, piegato a dire cose affatto diverse rispetto all'originale. Ciò è astrattamente possibile, ma bisogna prima verificare se il testo, a parte la forma, abbreviata o comunque rifatta, possa essere inteso in modo compatibile con i principi e le tecniche classiche.

Io credo di sì, sia per quanto riguarda il riferimento al *procurator* – che al tempo di Nerazio non consumava l'azione del *dominus litis* (ma esercitava l'azione di

⁹ Sul testo: G. BESELER, *Das Edictum*, cit., 79 nt. 2; F. SCHULZ, *Scientia, Dolus und Error bei der Stellvertretung nach klassischem römischem Recht*, in ZSS, 33, 1914, 67 ss.; M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel. Beiträge zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, Wien u. Leipzig, 1924, 154; A. GUARNERI CITATI, *Exceptio omissa*, cit., 248 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio*, cit., 5 (ora in V. ARANGIO-RUIZ, *Scritti* cit., II, 265); F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, 53 ss.; H.-P. BENHÖR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte*, in ZSS, 87, 1970, 134 ss.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., II, 726 ss.; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in ZSS, 100, 1983, 360 s.

¹⁰ È stato notato (ad es., da Guarneri Citati) che, se *litis contestatione res procuratoris fit*, il procuratore, in realtà, *suo nomine exequitur* nel senso pieno, non 'in certo qual modo'. La forza dell'osservazione dipende dal riferimento che si dà a *exequitur*. Se si riferisce il termine all'azione di giudicato – che viene esercitata dal procuratore (Vat. Fragm. 317) – l'osservazione è esatta. Ma se si fa leva sull'affermazione per cui 'è *litis contestatione* che *res procuratoris fit*', e si riferisce quindi *exequitur* a ciò che viene subito dopo la *litis contestatio*, e cioè alla prosecuzione del giudizio («il giudizio è proseguito dal procuratore *suo nomine*»), ecco che il *quodammodo* appare giustificato (così Benhör), perché la formula del giudizio promosso dal procuratore fa riferimento, nella *intentio*, al *dominus litis*, ed è solo nella *condemnatio* che compare il nome del procuratore.

giudicato) –, sia per quanto riguarda l'*exceptio* per dolo futuro (*exceptio in iudicium*, nel testo del Digesto).

Circa il primo punto, è vero che il *dominus litis*, pure se il *procurator* fosse stato assolto, avrebbe potuto ripetere l'azione (così, almeno, ancora ai tempi di Nerazio), ma è pure vero che, a parte l'onere di dovere ricominciare, un pregiudizio il *dominus litis* l'avrebbe potuto comunque subire: nelle azioni temporali, ad es., per decorso dei termini; nelle azioni nossali, perché il servo colpevole avrebbe potuto cambiare padrone, etc.¹¹. Basta questo per dar conto del fatto che Nerazio negava l'*exceptio doli* per dolo del procuratore, mentre non si dava problema per il fatto che l'ammettesse per il dolo futuro perché, come è detto, *litis contestatione res procuratoris fit* e la lite prosegue 'in certo qual modo' (*quodammodo*) a suo nome¹²; onde la soluzione positiva (opponibilità dell'eccezione) si impone.

3.3. In merito al secondo punto – *exceptio in iudicium* – è certamente impossibile intenderla (come il testo attuale può fare pensare) quale eccezione opponibile per la prima volta *in iudicio*, perché incompatibile con i principi classici.

Si è pertanto pensato (come nel già esaminato D.12.6.23.3) che il testo è stato alterato: secondo alcuni autori, per oscurarvi l'originario riferimento alla *in integrum restitutio* (una *in integrum restitutio* del tipo di quella testimoniata da Gai 4.125: *infra*, § 7), secondo altri, per sopprimervi l'originario riferimento a una eccezione di dolo rimandata alla fase esecutiva, opponibile cioè dalla parte soccombente all'*actio iudicati* esercitata dal procuratore¹³.

Le considerazioni che in proposito possono essere fatte sono affatto analoghe a quelle svolte in relazione a D.12.6.23.3, e cioè che, prima di ammettere che il testo sia stato alterato profondamente, bisogna vedere se c'è una soluzione più rispettosa del testo attuale.

La tesi che richiede minori sacrifici è anche qui quella di Arangio-Ruiz. Il testo originario – certamente alterato per ragioni di procedura – doveva fare riferimento all'eccezione di dolo tempestivamente inserita nella formula (nel *iudicium*, nel senso di formula, di cui l'attuale fr. 11 pr. conserva traccia) e alla quale il convenuto doveva potersi richiamare anche per eventi successivi alla *litis contestatio*.

Quel che il testo originale doveva precisare è che l'eccezione di dolo doveva essere opposta non solo tempestivamente, ma anche nella forma appropriata, cioè a nome del procuratore che *dolo quid fecerit* ('*eo nomine in iudicium obicienda*', si

¹¹ Cfr. R. KNÜTEL, *loc. cit.*

¹² Cfr. più in alto, nt.10.

¹³ In realtà, lo stesso Nerazio, in D.24.3.17.1, dava l'eccezione di dolo contro l'*actio iudicati* per un'ipotesi di dolo *post litem contestatam*. Ma si trattava, come vedremo, di rimedio estremo, opponibile da parte di un convenuto 'incolpevole': v. più avanti, § 8. Invece nel fr. 11 pr. il convenuto avrebbe potuto già prima della sentenza (*in iudicio*) difendersi: o con eccezione di dolo preventiva (alla quale si deve supporre che facesse riferimento il testo originario), o con *in integrum restitutio* (§ 7); se non l'avesse fatto, non sarebbe stato un convenuto 'incolpevole'; e quindi non avrebbe potuto opporre eccezione di dolo all'azione del giudicato. Contro l'ipotesi dell'originario riferimento di D.44.4.11 pr. all'*exceptio doli* opponibile all'*actio iudicati* v. peraltro quanto osserva M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 728 s. Ancor meno gioverebbe, a favore della stessa ipotesi, richiamare Paul. 32 *ad ed.* D.44.4.9 (su cui più avanti, § 8), perché la fattispecie è altra: qui si tratta di dolo del procuratore del convenuto (che nuoce al *dominus litis*), nel testo in esame, di dolo del procuratore dell'attore (che nuoce all'avversario).

legge ancora nel nostro fr. 11 pr., lì dove *iudicium* doveva avere il significato di ‘formula’).

Questa avvertenza era necessaria perché l’eccezione di dolo è, come detto nelle fonti, *in rem scripta*, senza indicazione della parte soltanto *a latere rei*, dalla parte del convenuto, mentre non era tale *a latere actoris*; ché il nome dell’autore del dolo andava precisato (Ulp. 76 *ad ed.* D.44.4.2.1). Quindi, nella specie del nostro fr. 11, il rimedio che si indicava era subordinato al fatto che l’eccezione di dolo fosse stata così concepita: *si in ea re nihil dolo malo domini L. Titii factum sit neque dolo malo Lucii Titii aut procuratoris fiat*; ‘che non via sia stato dolo da parte del *dominus litis*; né che vi sia dolo da parte del *dominus litis* o da parte del procuratore’.

3.4. Va da sé che questa ipotesi si sostiene anche in base al confronto con D.12.6.23.3 e con gli altri due testi che vedremo; tenuto conto, soprattutto, del potere del giudice – che mi sembra innegabile – di considerare eventi *post litem contestatam* non solo nei *iudicia bonae fidei* ma anche (in forza, oltre tutto, dell’eccezione di dolo) negli altri *iudicia*.

Il rimedio suggerito da Nerazio era quindi, qui come in D.12.6.23.3 e nei testi che vedremo, un rimedio anche preventivo.

4. Altro testo che viene in considerazione è

Ulpianus 76 *ad ed.* D.44.4.4.18: *Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit. Et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito eius dolo, hoc est si ante acceptum iudicium dolo quid fecerit, esse excipiendum, si vero non in rem suam, dolum praesentem in exceptionem conferendum. Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit.*

Anche qui, anzitutto, il senso letterale. Abbiamo visto or ora il testo di Nerazio: niente eccezione di dolo contro il procuratore, salvo che non si tratti di dolo *post litem contestatam*. Nel testo in esame Ulpiano sviluppa la posizione di Nerazio (che evidentemente tiene presente: Nerazio è infatti citato in fine di questo § 18). D’accordo con Nerazio: al procuratore non si può opporre, in generale, il dolo *ante litem contestatam*: si può solo opporre il dolo *post litem contestatam*. Ma se si tratta di *procurator in rem suam*, si potrà opporre sia il dolo *ante* sia il dolo *post litem contestatam*. Così come, si dice infine, nel caso di un procuratore generale. Da notare che, nel testo, il dolo *post litem contestatam* è denominato ‘dolo presente’, contrapposto esplicitamente al dolo *ante litem contestatam*, che è detto ‘preterito’.

Pure questo passo ha attirato l’attenzione della critica¹⁴. Soprattutto non è piaciuta la costruzione ‘*dolum in exceptione(m) conferendum*’, che non ha riscontro in alcun altro luogo del Digesto. Né si è mancato di notare – ma vi si è dato assai minor peso – che *in exceptionem* sta al posto di *in exceptione*. Per la sostanza, ha

¹⁴ V. presso gli stessi autori richiamati a proposito di D.44.4.11 pr. (nt. 9).

sollevato forti perplessità la eccezione di dolo *post litem contestatam*, identificata, come negli altri testi esaminati, come eccezione opponibile per la prima volta dopo la *litis contestatio*; per una ipotesi di dolo, oltre tutto, detto ‘presente’, sebbene intervenuto dopo la *litis contestatio*¹⁵. Sono state pertanto proposte, per la restituzione del preteso testo classico, soluzioni analoghe a quelle prospettate in ordine ai due testi esaminati prima.

Ora io non metto in dubbio che il testo sia stato formalmente rielaborato. Ritengo però che la sostanza sia fondamentalmente classica. Quanto alle proposte di restituzione, rinvio a quanto osservato a proposito di D.12.6.23.3 e D.44.4.11 pr.

In merito al ‘dolo presente’, osservo poi che si tratta di una espressione che non ha riscontro in nessun altro luogo giurisprudenziale, e che deve ritenersi essere stata adoperata nel nostro testo senza alcun intento di attribuirvi significato tecnico. È contrapposta a dolo preterito¹⁶, che viene definito come il dolo precedente alla *litis contestatio* (*de praeterito eius dolo, hoc est si ante acceptum iudicium dolo quid fecerit*). Dolo presente è quindi nel nostro testo il dolo successivo alla *litis contestatio*: ‘presente’ in relazione al momento in cui se ne discute. Secondo quanto osservato a proposito di D.12.6.23.3 e D.44.4.18 il convenuto avrebbe potuto opporlo *apud iudicem* facendo riferimento al *neque fiat* del testo dell’eccezione di dolo già inserita nella formula.

Se pertanto il passo in esame è stato rielaborato, ciò è accaduto non perché vi è stato eliminato il riferimento alla *in integrum restitutio* (che avrebbe comportato più ampia rielaborazione) ma perché, come nel fr. 11 pr., vi è stata soppressa l’avvertenza che, nella fattispecie, il testo della *exceptio* avrebbe dovuto fare riferimento alla persona del procuratore, sì da consentire una difesa del convenuto anche per il dolo del procuratore dopo la *litis contestatio*.

Anche con riguardo al nostro passo, infine, può valere la considerazione per cui, con l’*exceptio doli*, il giurista suggeriva un rimedio da opporre preventivamente a scopo cautelativo.

5. Resta da esaminare, tra i testi che più direttamente qui interessano,

Iulianus 9 *dig* D.9.4.39.3: *Sed et si post iudicium acceptum cum domino servus apparuerit et, quia non defendebatur, ductus sit, exceptione doli mali posita dominus absolvetur*¹⁷.

¹⁵ L’espressione era spiaciuta già ai bizantini. Si veda Bas. 51.4.4.18 (Heimb. 5.96): *sed in litem dati procuratoris solus dolus post litem contestatam commissus nocet*. Si intendeva con ciò implicitamente negare che fosse opponibile il dolo presente

¹⁶ Anche questa è una espressione a cui i giuristi, almeno con riguardo all’eccezione di dolo, non sembra abbiano dato valore tecnico. Oltre che in D.44.4.18 *dolus praeteritus* si incontra in pochi altri testi, con riguardo però non all’eccezione di dolo ma al dolo (*ante litem contestatam*) rilevante per la responsabilità del convenuto: nella petizione di eredità, nella rivendica, nell’azione di deposito. Si vedano: Ulp. 15 *ad ed.* D.5.3.13.2, D.5.3.20.6, D.5.3.25.2 e 7, Paul. 21 *ad ed.* D.6.1.27.3, Ulp. 30 *ad ed.* D.16.3.1.20 (qui, in materia di deposito, il dolo preterito è contrapposto al dolo futuro, *post litem contestatam*), Pap. 28 *quaest.* D.46.3.95.9,

¹⁷ Il testo è poco trattato dalla letteratura romanistica. Su di esso: B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA*, 10, 1925, 354 nt. 2; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 735 ss.; T. GIMENEZ CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, 150; in precedenza, criticamente: E. LEVY, *Die Konkurrenz*

Letteralmente: ma anche se, una volta contestato il giudizio con il *dominus*, il servo compare e, poiché non veniva difeso, è stato *ductus*, il *dominus*, opposta la eccezione di dolo, dovrà essere assolto.

Di che si tratta? Il contesto lo mostra chiaramente: si tratta del *iudicium sine noxae deditioe*, che si dava contro il *dominus* che, chiamato in giudizio dalla vittima di un delitto, negasse falsamente di avere in potestà il servo colpevole, o che tale potestà avesse perduto dolosamente¹⁸.

Si dice che il servo è stato *ductus*. Ma la *ductio servi* – come è generalmente ammesso sulla base di testi sicuri – aveva luogo a fronte del *non dominus*¹⁹. Il caso, pertanto, deve essere ricostruito come segue²⁰: il *dominus* nega di avere in potestà il servo ma l'attore, o non crede, oppure ritiene che il convenuto-*dominus* quella potestà abbia perduto dolosamente, ed esercita contro di lui il *iudicium pretorio sine noxae deditioe*. Viene contestata la lite. In realtà, il *dominus* aveva perduto dolosamente la potestà sul servo. Avrebbe potuto perderla, o manomettendo il servo, o uccidendolo, o alienandolo, o lasciandolo fuggire²¹. Ma poiché nel nostro passo il *dominus* è ancora rimasto tale (viene, infatti, ripetutamente qualificato *dominus*), si deve ritenere che la perdita dolosa della potestà sia consistita nell'aver fatto fuggire il servo.

In pendenza del *iudicium sine noxae deditioe* il servo 'compare' (*servus apparuerit*). Evidentemente compare davanti al pretore. È possibile, ma assai improbabile, che compaia spontaneamente. Più probabile che i fatti siano andati a questo modo: nel corso del *iudicium sine noxae deditioe* l'attore 'scopre' che il servo si trova presso altri; conviene in separato giudizio il possessore, questi non difende il servo presente, il servo viene *ductus* dall'attore che è vittima del delitto²².

Se tutto questo fosse avvenuto prima, la precedente azione *sine noxae deditioe* non sarebbe spettata, o comunque il *dominus* convenuto avrebbe potuto opporre l'*exceptio doli*, perché il *iudicium sine noxae deditioe* contro il *dominus* perdeva la sua funzione non solo quando il servo moriva prima del giudizio (in tal caso cessava

der Personen und Aktionen im klassischen römischen Recht, I, Berlin, 1918, 325; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 1926, 120.

¹⁸ Ulp. 23 *ad ed.* D.9.4.21.2; cfr. Iul. 22 *dig.* D.9.4.16; O. LENEL *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, 159 ss.; sull'argomento, tra gli ultimi, T. GIMENEZ CANDELA, *El régimen*, cit., 231 ss. In realtà, l'editto comminava il *iudicium sine noxae deditioe* non tanto contro il *dominus* che avesse perduto dolosamente la potestà sul servo colpevole, quanto contro il *dominus* che tale potestà avesse dolosamente fatto in modo di non avere: l'editto sanzionava pertanto non soltanto la perdita ma anche il mancato acquisto: '*dolo malo fecit quo minus is (scil. servus) in potestate esset*'. Sta di fatto, però, che tutte le fattispecie testuali in materia riguardano perdita del possesso. Cfr. M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 191 (ora in M. MARRONE, *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, 363).

¹⁹ Cfr. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26, 1958, 502, e fonti e lett. cit. *ivi*, nt. 156.

²⁰ E non, come pure è stato da taluno ritenuto, supponendo che il giurista pensasse al ravvedimento del *dominus* che, dopo avere negato di avere il servo in potestà, riapparso il servo, non lo difende sì che il pretore ne ordina la *ductio*. Ciò avrebbe, oltre tutto, richiesto un procedimento – diciamo pure, magari uno straccio di procedimento – proprio; impensabile in corso del *iudicium sine noxae deditioe*; al limite, il *dominus* avrebbe dovuto fare *noxae deditio*. La ricostruzione della fattispecie di D.9.4.39.3 che propongo è la stessa implicitamente ammessa da G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, 133 (ora in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 469); e, a parte le formalità del giudizio nossale, corrisponde alla fattispecie così come ricostruita dalla Glossa.

²¹ Cfr. M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa*, cit., 192 s. (ora in M. MARRONE, *Scritti*, cit., I, 364 s.).

²² Si potrebbe pure supporre – ma è meno probabile – che l'attore 'incontri' il servo, lo catturi e lo trascini dinanzi al magistrato ai fini della *ductio*. Ai nostri fini non cambia nulla

anche l'azione nossale: Iul. 9 *dig.* D.9.4.39.4) ma anche quando la vittima fosse stata comunque nelle condizioni di perseguire il servo (come nel caso che il servo manomesso fosse disposto a *se defendere*, o a difenderlo fosse disposto l'acquirente)²³.

Giova tenere presente il § 2 che precede immediatamente il nostro passo:

Iulianus 9 *dig.* D.9.4.39.2: *Si quis dicet dominum dolo fecisse, quo minus in potestate eius servus esset, ille autem contendat eum servum ab alio defendi cum satisdatione, doli mali exceptioni locus erit.*

Anche qui si tratta perdita dolosa della potestà e di *iudicium sine noxae deditio*. Il caso è quello del *dominus* convenuto il quale sostiene che il servo è difeso da altri (evidentemente *non dominus*) *cum satisdatione*²⁴: potrà opporre l'*exceptio doli*.

È subito dopo aver detto questo che Giuliano soggiunge (nel nostro § 3) che, anche se il servo 'appare' dopo la *litis contestatio*, anche in questo caso, se il servo non viene difeso – s'intende, da chi lo possiede – e per ciò viene *ductus*, il *dominus* che è stato già convenuto col *iudicium sine noxae deditio* potrà difendersi con l'*exceptio doli mali*.

Questo vuol dire che l'*exceptio doli* gli gioverà sia che egli opponga subito che il servo viene difeso da altri sia che, essendo il servo riapparso in pendenza del giudizio, opponga che il servo non è stato difeso dal possessore e per ciò è stato *ductus*.

Così inteso il testo, in stretta connessione col precedente § 2, viene spontaneo, o quanto meno non è arbitrario intendere '*exceptione doli mali posita*' come 'essendo stata opposta l'eccezione di dolo', nel senso cioè che il convenuto potrà giovare dell'eccezione di dolo già tempestivamente opposta, in forza delle parole *neque fiat* del testo della stessa *exceptio*. Siamo così dinanzi a una *exceptio doli praesentis* nel senso che a questa espressione è dato in D.44.4.4.18.

Per questi motivi non sono d'accordo né con chi suppone che nell'originale classico di D.9.4.39.3 sia stato soppresso il riferimento a una *in integrum restituito* né, tanto meno, con chi ritiene il rimedio suggerito dal giurista fosse quello della eccezione di dolo opponibile all'azione del giudicato. Il passo del Digesto, oltre tutto – e non è osservazione di poco conto –, è formalmente corretto.

6. Mette appena conto notare, a questo punto, che diverso è il significato che i passi esaminati assumono per diritto della compilazione. Per esso, almeno i primi tre testi non si possono leggere diversamente che nel senso – voluto da chi li ha alterati – della opponibilità dell'eccezione nel corso della lite, una volta verificato l'evento per

²³ Cfr. Paul 18 *ad ed.* D.9.4.24, Gai. 6 *ad ed. prov.* D.9.4.25, Iul. 9 *dig.* D.9.4.39.2; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa*, cit., 191 ss. (ora in M. MARRONE, *Scritti*, I, cit., 363 ss.).

²⁴ Sulla necessità che il *non dominus defensor* prestasse *satisdatio*: G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., 154 s. (ora in G. PUGLIESE, *Scritti*, I, cit., 490 s.).

cui si configura il dolo; e anche il quarto testo (D.9.4.39.3) assume lo stesso significato. La ragione è chiara: nel processo giustiniano le eccezioni perentorie potevano essere opposte anche dopo la *litis contestatio*, e persino in appello²⁵.

Questa normativa sembra essere stata anticipata nella *cognitio extra ordinem*. Lo attesterebbe, se genuina, la notissima²⁶

Impm. Dioceltanus et Maximianus AA. et CC. Alexandriae C.7.50.2 pr. (a. 294: Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat.

La c. 2 richiama l'editto pretorio (*perpetuum*), che avrebbe consentito l'opponibilità delle eccezioni perentorie sino alla sentenza. Ma noi sappiamo, da Gai 4.125, che in realtà le cose stavano diversamente: il convenuto il quale non avesse per errore tempestivamente opposto una eccezione perentoria avrebbe potuto invocare la *in integrum restitutio* (ne ho già fatto cenno; sul punto torneremo ancora, § 7). Forse si trattava solo di una prassi formulare e non di specifica clausola edittale²⁷. In ogni caso, la citazione della c. 2 è evidentemente sbagliata. Per questo motivo – ma anche per le non minori difficoltà che solleva il seguito (§ 1) – una più antica dottrina ha ritenuto la c. diocleziana profondamente e irrimediabilmente alterata.

Ma tende adesso a prevalere l'idea (che è stata sostenuta anzitutto da Raggi) che almeno il pr. – che è quello poco più su riprodotto – possa essere genuino: ché la cancelleria diocleziana avrebbe richiamato l'editto pretorio o, se si preferisce, la prassi formulare che nell'editto pretorio trovava la sua radice, nella maniera distorta in cui l'uno o l'altra venivano applicati nella *cognitio extra ordinem* dei suoi tempi.

Comunque sia, dei quattro testi del Digesto che abbiamo esaminati, i primi tre (D.12.6.23.3, D.44.4.11 pr. e 4.18) rispecchiano la normativa del tempo di Giustiniano (che aveva verosimilmente precedenti nella normativa della *cognitio* classica; forse derivata a sua volta, sia pure in maniera distorta, dalla normativa edittale); per il quarto testo (D.9.4.39.3) soccorre una *duplex interpretatio*: per diritto classico, il convenuto avrebbe fatto riferimento alla eccezione di dolo già tempestivamente opposta; per diritto della compilazione, il convenuto avrebbe opposto *ex novo* l'eccezione di dolo.

7. S'è avuto modo di accennare più volte a

²⁵Cfr. M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 585.

²⁶ La letteratura sulla c. 2 è vastissima: v. almeno F. L. KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les Romains* (trad. franc. C. Capmas), Paris, 1870, 151 nt. 388; O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg, 1876, 60 nt. 2 (ora in O. LENEL, *Gesammelte Schriften*, I, Napoli, 1990, 70 nt. 2); ID., *Das Edictum*³, cit., 125; T. KIPP, *Über dilatorische und perentorische Exceptionen*, in *ZSS*, 42, 1921, 337 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Exceptio*, cit. (nt. 1), 250 ss.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, 1930, 100 nt. 27; S. SOLAZZI, *Sulla classificazione delle exceptiones*, in *AG*, 137, 1, 1949 (ora in S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 142 s.); G. BROGGINI, *D.12.6.23.3*, cit. (nt. 1), 367 (ora in G. BROGGINI, *Coniectanea*, cit., 301); M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 80 ss.; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 170 s.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, 171ss.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit. (nt. 1), 730 s.; M. LEMOSSE, *À propos du régime M. KASER – K. HACKL, Das röm. Zivilprozessrecht.*, cit., 489 nt. 41; presso questi autori, altra letteratura.

²⁷ Cfr. M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 730 s.

Gai 4.125: *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia; dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur.*

Il convenuto che non oppone tempestivamente una eccezione perentoria può chiedere la *in integrum restitutio adiciendae exceptionis gratia*. Si chiede se debba esser data *in integrum restitutio* anche nel caso di eccezioni dilatorie.

Sul meccanismo di questa *in integrum restitutio post litem contestatam* per omessa opposizione di *exceptio* la dottrina non si è molto soffermata²⁸. Conviene riprendere il discorso.

La *in integrum restitutio* in favore dell'attore – ad es., per neutralizzare gli effetti della consumazione dell'azione – avrebbe comportato la ripetizione della lite, con *formula ficticia*, su iniziativa dello stesso attore che alla ripetizione della lite aveva interesse²⁹.

La *in integrum restitutio* in favore del convenuto per avere questi, per errore, omesso di opporre una eccezione perentoria richiede un discorso più complesso. Che cosa avrebbe comportato l'accoglimento della relativa istanza?

Certamente il pretore avrebbe anzitutto 'restituito' l'azione. L'obiettivo era che l'attore abbandonasse il giudizio in corso e ripetesse la lite sì da dare modo al convenuto di opporre l'eccezione (*adiciendae exceptionis gratia*). Evidentemente, nella prassi, l'esito più naturale doveva essere che l'attore abbandonasse il giudizio senza ripetere l'azione (*discedere a lite*), e il giudizio in corso si estinguesse per decorso dei termini.

Ma il sistema doveva prevedere che l'attore non si desse per vinto, e insistesse nel portare avanti il giudizio in corso: non si poteva pretendere che, spontaneamente, potendo insistere nel giudizio pendente, egli ripetesse invece la lite esponendosi al rischio dell'eccezione.

Ecco quindi che, per evitare che il processo *apud iudicem* continuasse sino alla sentenza, è necessario supporre che il provvedimento di *restitutio* in favore del convenuto contemplasse anche il divieto al giudice di *iudicare*: un *iudicare vetare*. In tal modo l'unica possibilità di fronte a un attore irriducibile sarebbe stata di ripetere l'azione che era stata *restituta*; alla quale, però, il convenuto avrebbe opposto l'eccezione.

Questo vuol dire che la *in integrum restitutio* di Gai 4.125 doveva essere chiesta prima della sentenza, mentre era ancora in corso il processo *apud iudicem*.

Questo risultato ci consente di supporre in maniera affatto ragionevole che il rimedio per il dolo *post litem contestatam* in favore del convenuto che non avesse già *in iure*, a scopo cautelativo o per altro motivo, opposto l'eccezione di dolo, fosse appunto una *in integrum restitutio* del tipo di quella testimoniata da Gai 4.125.

²⁸ Sull'argomento: T. KIPP, *Über dilatorische und perentorische Exceptionen*, cit., 333 ss.; M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel*, cit. (nt. 9), 151 ss.; G. BROGGINI, *D.12.6.23.3*, cit., 358 ss. (ora in G. BROGGINI, *Coniectanea*, cit., 289 ss); M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 730 s.; M. KASER – K. HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht.*, cit., 264, 351.

²⁹ Cfr. M. KASER – K. HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht.*, cit., 351.

Il caso attestato in questo testo è diverso, lo so: è di non avere il convenuto opposto l'eccezione per errore³⁰. Il pretore soccorreva quindi il convenuto negligente, non accorto, e quindi, in qualche modo 'colpevole'. Come non pensare che la stessa *in integrum restitutio* giovasse pure a un convenuto assai meno 'colpevole', a un convenuto, specificamente, che non avesse avuto l'opportunità di opporre tempestivamente l'eccezione di dolo perché, all'atto della *litis contestatio*, non se ne davano i presupposti e, comunque, non v'era nulla che potesse suggerire un rimedio anche solo in via cautelativa?

Si può pertanto bene ritenere, pure in assenza di specifiche sicure testimonianze, che nel processo formulare il rimedio per dolo *post litem contestatam*, quando non era stata opposta tempestivamente, magari in via cautelativa, l'eccezione di dolo, fosse una *in integrum restitutio* come quella testimoniata da Gai 4.125.

Siamo quindi, pur sempre, in presenza di una eccezione di dolo c. d. generale – e rilevante in forza delle parole *neque fiat* del testo dell'eccezione – per eventi formalmente verificatisi nell'ambito dello stesso giudizio, anche se rinnovato (*restitutum*).

8. E se il dolo si fosse verificato non tanto dopo la *litis contestatio*, ma in virtù della stessa sentenza, o comunque in dipendenza di eventi di cui il convenuto fosse venuto a conoscenza dopo la sentenza di condanna? La risposta delle fonti è che la parte che aveva subito la condanna potesse opporre *exceptio doli* all'azione di giudicato.

I testi sono: Paul. 7 *ad Sab.* D.24.3.17.2; Paul. 32 *ad ed.* D.44.4.9; *Imp. Antoninus A. Stellatori* C.7.52.1 (a. 213).

Paul. 7 *ad Sab.* D.24.3.17.2: *Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tutum fore*³¹.

Il giudice, per ignoranza del *beneficium* del quale godeva il marito, lo ha condannato *in solidum* anziché nell'*id quod facere potest*. All'azione di giudicato il marito opporrà l'eccezione di dolo.

Come si vede, il testo riguarda pur sempre una eccezione di dolo generale; solo che è possibile dubitare se, trattandosi di *beneficium competentiae* in favore del

³⁰ L'argomentazione che mi accingo a proporre acquisterebbe maggior forza se le parole *per errorem* nel testo di Gai 4.125 fossero una glossa. Lo sostenne S. SOLAZZI, *Sulla classificazione*, cit. (ora in S. SOLAZZI, *Scritti*, cit., V, 146); dello stesso A., *Studi romanistici. 7. Omissione di exceptiones*, in *RISG*, 3, 1949 (ora in S. SOLAZZI, *Scritti*, cit., V, 210 ss.).

³¹ Sul testo, ampia letteratura. Tra gli altri: L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz, 1901, 51 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio*, cit., 12 ss. (ora in V. ARANGIO-RUIZ, *Scritti*, cit., II, 260 s.); S. SOLAZZI, *Sull'«exceptio» in diminuzione della condanna*, in *BIDR*, 42, 1934, 273 ss. (ora in S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 467 ss.); F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico*, Milano 1963, 118 s.; D. MEDICUS, *Zur Urteilsberechtigung in der actio iudicati des Formularprozesses*, in *ZSS*, 81, 1964, 249 ss.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 468; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1975, 117 s.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986, 78 ss.; S. DI SALVO, *Ignorantia iuris, Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, 1421 ss.; C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, 93s.; W. LITEWSKI, *Zu D.24.3.17.2*, in *ZSS*, 115, 1998, 409 ss.

marito, l'eccezione fosse ad esclusione o a diminuzione della condanna. Non possiamo discuterne qui³².

Paul. 32 *ad ed.* D.44.4.9: *Si procurator rei pecunia accepta damnari se passus sit et cum domino iudicati agatur, tuebitur se doli mali exceptione. Nec hoc, quod acceperit procurator, auferri ab eo potest: nam turpiter accepta pecunia iustius penes eum est qui deceptus sit quam qui decepit*³³.

Si tratta del caso di un *procurator* – nel testo genuino certamente un *cognitor*³⁴ – che si è fatto corrompere, e per ciò ha subito condanna. Trattandosi di *cognitor*, era data l'*actio iudicati* direttamente contro il *dominus litis*, il quale avrebbe potuto difendersi con *exceptio doli*. La seconda parte del testo (*nec hoc - fin.*) – che sembra fuori luogo – qui non interessa.

Imp. Antoninus A. Stellatori C.7.52.1 (a. 213): Rebus quidem iudicatis standum est. Sed si probare poteris eum cui condemnatus es id quod furto amisisse videbatur recepisse, adversus iudicati agentem doli exceptione opposita tueri te poteris.

La fattispecie di questa c. 1 – la prima del titolo 7.52 *de re iudicata* del *Codex Iustinianus* – è stata bene e persuasivamente ricostruita dalla Glossa, in ciò generalmente seguita dagli autori che del passo si sono poi occupati³⁵, a questo modo: il comodatario subisce furto; di ciò egli è responsabile di fronte al comodante; il quale esercita contro di lui l'azione di comodato; il comodatario viene condannato per un importo corrispondente al valore della cosa rubata. Ma il comodante, all'insaputa del comodatario, l'ha recuperata. Ebbene, all'azione di giudicato il comodatario opporrà l'eccezione di dolo.

È stato acutamente osservato, a proposito dei tre testi richiamati per ultimi³⁶, che non è impossibile che in essi l'eccezione di dolo fosse, in realtà, nient'altro che una *in integrum restitutio*; la quale – come sappiamo – si poteva realizzare mediante la diretta concessione dello strumento processuale sostanzialmente atto a *restituere*: nel nostro caso, atto a paralizzare il *iudicatum*.

³² Sull'argomento, v. presso gli Autori richiamati nella nota precedente; *adde*: M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c. d. beneficium competentiae*, in *Studi in onore di A. Arena*, III, Padova, 1981, 1339 ss., e in *AUPA*, 36, 1976, 43 ss. (ora in M. MARRONE, *Scritti*, I, cit., 325 ss.). A me sembra, adesso, che non debba essere trascurata, a proposito di D.24.3.17.2, la spiegazione che del testo diede Arangio-Ruiz nel 1930, in quel prezioso opuscolo al quale ho già avuto modo di fare più volte riferimento – «L'eccezione in diminuzione della condanna» –, una spiegazione generalmente trascurata o male intesa dagli Autori che da allora si sono occupati di questo passo. Sul problema della eccezione in diminuzione della condanna v., ad ogni modo: M. KASER – K. HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht.*, cit., 262 s.

³³ Sul testo: F. SCHULZ, *Scientia*, cit. (nt. 9), 73 ss.; F. LA ROSA, *L'«actio iudicati»*, cit., 117; H-P. BENHÖR, *Arglist und Kenntnis*, cit. (nt. 9), 138 s.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 468 ss.; C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit., 96 ss.

³⁴ Tant'è che l'*actio iudicati* è data direttamente contro il *dominus litis*: cfr. Vat. Fragm. 317.

³⁵ Cfr. L. WENGER, *Zur Lehre*, cit., 80 s.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24, 1955, 189; D. MEDICUS, *Zur Urteilsberechtigung*, cit., 256; F. LA ROSA, *L'«actio iudicati»*, cit., 117 s.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 470 ss.; C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit., 99.

³⁶ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 468 ss.

Un'altra osservazione. I casi dei testi richiamati, in effetti, sono tutte fattispecie di convenuto assolutamente 'incolpevole': in questo senso, che non avrebbe comunque avuto modo di avvalersi della *in integrum restitutio* di Gai 4.125 (né, tanto meno dell'eccezione di dolo tempestivamente opposta nel primo giudizio).

Sì, perché l'evento doloso – per cui si dà al convenuto la difesa dell'eccezione di dolo – consiste nei primi due testi nella stessa sentenza di condanna (stante l'ignoranza del giudice o il dolo del *cognitor* che si è lasciato corrompere), nel terzo testo, in un evento (recupero della cosa rubata) di cui il convenuto è venuto a conoscenza dopo la sentenza di condanna.

D'altro canto, non sarebbe difficile trovare una ragione per cui la concessione dell'eccezione di dolo contro l'azione di giudicato sarebbe stata limitata ai soli casi di convenuto incolpevole. La ragione può essere questa, che l'eccezione contro l'*actio iudicati* sarebbe stata un rimedio grave per la stabilità, la fermezza, forse anche l'*auctoritas* che, come è noto, i classici mostravano di volere riconoscere alla sentenza; e che trovò espressione nella cit. c. 1 (anche se in una frase – *rebus iudicatis standum est* – che ancora a me appare sospetta di non genuinità³⁷). Onde la limitazione ai soli casi gravi. Su ciò non dico altro: questo, del rispetto della stabilità del *iudicatum*, è un settore nel quale convergono testimonianze numerose, che pongono problemi complessi e delicati di *exceptio*, *actio doli*, *restitutio litis*, appello, su cui qui non posso addentrarmi³⁸.

Infine, ed è un rilievo fondamentale dal punto di vista dal quale ci siamo posti, l'eccezione di dolo opponibile all'*actio iudicati* riguardava eventi successivi sì alla *litis contestatio* ma ad una *litis contestatio* di altro giudizio, non del giudizio in corso (che era quello dell'*actio iudicati*)³⁹.

9. Possiamo concludere.

Quali le specificità dell'eccezione di dolo (c. d. generale) per eventi *post litem contestatam*?

A parte ciò che risulta già dalla enunciazione (il fatto che si faccia riferimento ad eventi che si sono verificati dopo l'istituzione del giudizio; anzi, specificamente, nel corso del giudizio), non mi sembra che le relative fattispecie abbiano in sé qualcosa di proprio; tanto più che in alcuni passi – l'abbiamo visto – si parla solo di dolo senza specificare in che cosa il dolo consista.

Affatto particolari erano invece – ma per diritto classico soltanto, e non più nella *cognitio extra ordinem*, e tanto meno dopo – erano i modi processuali come l'eccezione era fatta funzionare, distinguendosi a seconda che il convenuto avesse o non opposto tempestivamente, magari in via cautelativa, l'eccezione di dolo: nel

³⁷ Mi lascia ancora perplesso il fatto che si proclami solennemente un principio – «*rebus iudicatis standum est*» – per derogarvi immediatamente dopo nella soluzione della fattispecie. «Si tratta di una di quelle interpolazioni di natura programmatica, che i compilatori del Cod. operarono spesso nelle prime cc. di alcuni titoli per additare all'interprete lo spirito cui doveva informarsi l'interpretazione del titolo». Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 189.

³⁸ Sull'argomento, con ampiezza e profondità d'indagine: M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 327 ss.

³⁹ Secondo qualche Autore, C.7.52.1 cit. riguarderebbe un evento successivo alla sentenza. A me sembra che l'uso dell'imperfetto *videbatur* ci rinvii a un evento precedente, del quale tuttavia il convenuto sia venuto a conoscenza dopo la sentenza.

primo caso il convenuto avrebbe potuto avvalersi dell'*exceptio* anche per il dolo *post litem contestatam*; nel secondo caso il convenuto avrebbe potuto chiedere una *in integrum restitutio* del tipo di quella di Gai 4.125; col risultato che, solitamente, l'altra parte non avrebbe insistito nel portare avanti il processo (né avrebbe potuto, perché al giudice veniva intimato di non *iudicare*), e quindi avrebbe abbandonato il giudizio. L'attore avrebbe potuto rinnovarlo (perché la lite era stata *restituta*), ma il convenuto avrebbe 'aggiunto' alla formula quella eccezione di dolo che gli sarebbe valsa per il rigetto dell'azione.

Se poi il dolo fosse emerso dopo la sentenza, ma prima dell'esecuzione, il convenuto avrebbe anche questa volta opposto eccezione di dolo generale (forse, essa stessa una *in integrum restitutio*), che non sarebbe stata più, però, per eventi *post litem contestatam*, perché l'evento doloso si era verificato prima dell'esercizio dell'azione (*actio iudicati*).

Prescindiamo da quest'ultima ipotesi. Negli altri casi, l'*exceptio doli* era certamente una eccezione di 'dolo futuro': futuro, rispetto alla *litis contestatio* istitutiva del giudizio. Rende in qualche modo il concetto l'*exceptio doli post secuti* di D.12.6.23.3 (§ 2.3-4). L'espressione 'eccezione di dolo futuro' non è nelle fonti, dove anzi, sempre con riguardo all'*exceptio doli* per dolo *post litem contestatam*, si parla di 'dolo presente' (così, in D.4.4.4.18: se n'è già detto al § 4). Un appiglio per discorrere di *exceptio doli futuri* nel senso che qui interessa – ma solo un appiglio, alla maniera di procedere degli antichi interpreti – potrebbe darlo Ulp. 30 *ad ed.* D.16.3.1.20: vi si parla di *dolus praeteritus* e *dolus futurus*, *id est post litem contestatam*⁴⁰. Il contesto, però, non è quello dell'*exceptio doli* ma quello della responsabilità del depositario convenuto con l'azione di deposito.

⁴⁰ Ulp. 30 *ad ed.* D.16.3.1.20: *Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam*. Sul testo, un cenno *supra*, nt. 16.