

## ANTONINO METRO

### *EXCEPTIO DOLI E IUDICIA BONAE FIDEI \**

1. In alcuni passi delle fonti si afferma che l'*exceptio doli* si considera implicitamente inerente ai *iudicia bonae fidei*, dati gli ampi poteri attribuiti al giudice in tali giudizi, che gli consentono la valutazione del comportamento non solo del convenuto, ma anche dell'attore, senza alcun bisogno di un'esplicita sollecitazione in questo senso.

Basta leggere:

D. 24.3.21 (Ulp., 3 disp.) *Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedi: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actione ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.*

D. 30.84.5 (Iul., 33 dig.) *Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem rell.*

Frag.Vat. 94 *Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablati 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.<sup>1</sup>*

D. 5.3.38 (Paul., 20 ad ed.) *Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur.*

---

\* Il presente lavoro, già consegnato nel luglio 2005, è destinato agli *Studi in memoria di Gennaro Franciosi*.

<sup>1</sup> Questo testo si rivela di notevole importanza per il nostro problema, alla luce del confronto che è possibile instaurare con D. 24.3.49.1 (v. *infra*, § 5).

D. 10.3.14.1 (Paul., 3 *ad Plaut.*) *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividendo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicis retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividendo.*

In realtà, potrebbe avanzarsi il dubbio che questi testi riguardino tutti *iudicia bonae fidei*, essendo, com'è noto, controversa la precisa delimitazione di tale categoria nelle varie fasi evolutive del diritto romano, in presenza, nelle fonti, di tre elenchi diversi, risalenti rispettivamente a Cicerone<sup>2</sup>, Gaio<sup>3</sup> e Giustiniano<sup>4</sup>.

Tuttavia, fondandosi sul complesso delle suddette testimonianze, il Biondi ha dedicato alla regola dell'inerenza dell'*exceptio doli mali* ai *bonae fidei iudicia* (analogamente, del resto, a quella formulata da vari testi a proposito dell'*exceptio pacti conventi*<sup>5</sup>) un importante studio<sup>6</sup>, nel quale ne ha affermato con vigore la classicità, traendo conferma anche da altri testi<sup>7</sup> che, pur non menzionandola esplicitamente, presentano (a suo avviso) soluzioni spiegabili solo dando per presupposta la vigenza del principio.

Lo scritto del Biondi è divenuto patrimonio comune della dottrina; nella letteratura romanistica, pertanto, si legge frequentemente<sup>8</sup> che il convenuto, volendo invocare il dolo della controparte, dovesse chiedere l'inserimento nella formula della relativa *exceptio* solo nelle azioni *stricti iuris*, mentre non avrebbe avuto bisogno di alcuna richiesta specifica nei *iudicia bonae fidei*, essendo tale eccezione ad essi inerente.

---

<sup>2</sup> Cic., *de off.* 3.17.70 *Q. quidem Scaevola pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur.*

<sup>3</sup> Gai 4.62 *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.* Il passo, fra l'altro, è caratterizzato da una cattiva leggibilità: cfr. A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (Milano 1966) 158 nt. 174.

<sup>4</sup> Inst. 4.6.28 *Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividendo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. 29. Fuerit antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis....* Sulla prospettiva giustiniana, cfr. le osservazioni di P. GARBARINO, *Brevi osservazioni in tema di azioni di buona fede in diritto giustiniano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno int. in onore di A. Burdese)* 2 (Padova 2003) 191ss.

<sup>5</sup> Basta citare D. 18.5.3 (Paul., 33 *ad ed.*) *...Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt...* La classicità della regola, tuttavia, è stata negata da G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, in *Studi Urbinati* 1 (1927) 29 ss. e 2 (1928) 1 ss. [ora in *Scritti storico giuridici* 3 (Torino 2001) 1 ss.]; ID., *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*. *Patti e contratti*, in *Mem. Ist. Giur. R.Univ.di Torino* 3 (1928) 3 ss. [*ibidem* 3, cit., 84 ss.]. V. ancora R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS.* 97 (1967) 133 ss.

<sup>6</sup> B. BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA* 7 (1918) 1 ss.

<sup>7</sup> D. 19.1.28; D. 17.2.3.3; D. 4.4.16.1; D. 47.2.72(71) pr.; C. 6.2.1.

<sup>8</sup> Cfr. per tutti A. BURDESE, v. *Exceptio doli (diritto romano)*, in *NNDI.* 6 (Torino 1960) 1074, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966) 194 e, nella manualistica, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 237.

Esistono, peraltro, numerosi passi<sup>9</sup>, relativi a *iudicia bonae fidei*, nei quali si menziona esplicitamente una precisa utilizzazione dell'*exceptio doli mali*.

Certo, anche qui sorge il problema - date le difficoltà di cui si è detto - di attribuire natura di giudizio di buona fede alle azioni di cui in tali frammenti si parla; ciò non vale, tuttavia (in presenza di alcuni casi incontrovertibili), ad eliminare il valore probatorio di tali testimonianze.

Il Biondi<sup>10</sup>, al contrario, ha perseguito l'intento di non tenerne conto, affermando che ai testi in apparente contraddizione con la regola dell'inerenza dell'*exceptio doli mali* ai *bonae fidei iudicia* non si può dare credito. A tal fine, l'a. ha diviso tali testi in tre gruppi, sostenendo che: in un primo gruppo di essi la menzione dell'*exceptio doli mali* va attribuita ai Compilatori, in un secondo gruppo, pur se la menzione dell'*exceptio* va ritenuta genuina, l'azione contemplata non era in diritto classico di buona fede, in altri casi, infine, «i compilatori sostituirono la menzione del 'iudicium b.f.' ad un'azione, scomparsa ai loro tempi, ma che nel diritto classico non era 'b.f.'». <sup>11</sup>

Non è inopportuna, dunque, una rassegna di tali testi, che ci consentirà non solo di constatare che le conclusioni del Biondi non sono sempre condivisibili, ma anche di estendere l'esame ad altri testi, ignorati dallo studioso siciliano e viceversa probanti nel senso di un esplicito inserimento dell'*exceptio doli mali* in casi di *bonae fidei iudicia*.

2. Per dare ordine alla trattazione, prendiamo in considerazione i testi sulla base della loro appartenenza ai tre gruppi delineati dal Biondi, iniziando da quelli ritenuti inaffidabili perché alterati.

a) D. 19.1.5.1 (Paul., 3 *ad Sab.*) *Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoverti potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summovertet*<sup>12</sup>.

Il testo contempla due distinte ipotesi, che riguardano rispettivamente chi ha venduto *falso existimans se damnatum vendere* e chi ha dato *falso existimans se damnatum dare*. In entrambi i casi, si concede al soggetto, eventualmente convenuto, l'*exceptio doli mali*, che nel primo caso (quello che a noi interessa) viene dunque a contrapporsi all'*actio empti*. Il testo non è certamente "in ordine", come si diceva una volta. Impressiona in particolare il contrasto logico (tipico di testi alterati, alla luce

---

<sup>9</sup> Il loro numero non è affatto 'esiguo', come lo definisce Biondi (op.cit., 9).

<sup>10</sup> Op. cit., 10 ss.

<sup>11</sup> Op. cit., 10.

<sup>12</sup> Il Biondi (op. cit., 10 s.) esamina questo testo in parallelo con:

D. 44.4.4.5 (Scaev., 5 *resp.*) *Item Labeo scribit, si quis fugitivum esse sciens emerit servum et si stipulatus fuerit fugitivum non esse, deinde agat ex stipulatu, non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc convenit quamvis ex empto actionem non haberet: sed si non convenisset, exceptione repellatur.*

Il frammento di Scevola, tuttavia, viene frainteso dal Biondi, il quale, nel riportarlo, omette la frase "deinde agat ex stipulatu". Pur restando ammissibile, dunque, l'ipotesi di un'alterazione del passo (che si presenta poco chiaro e contraddittorio), è certo che l'*exceptio* di cui si parla viene contrapposta ad un'*actio ex stipulatu* e dunque nulla ha a che vedere con la problematica da noi trattata.

della nuova concezione postclassica) fra “*agi non posse*” ed “*exceptione summoverti*”. Tuttavia ciò non deve consigliare un’operazione chirurgica mirata, come quella effettuata dal Biondi<sup>13</sup>, che si limita ad espungere la frase “*quoniam – potest*”, senza accorgersi che ciò fa venir meno tutta l’impalcatura del testo, fondata appunto sull’analogia fra le due ipotesi (resa manifesta dal *quemadmodum*). Alla luce di questa considerazione, appare più logico considerare spuria la frase “*agi cum eo ex empto non posse*”, che meglio risponde alle vedute giustinianee, mentre non avrebbe molto senso ritenere che risalga ai compilatori il richiamo all’inserimento di un’*exceptio* – di questo si tratta, come suggerisce il *quemadmodum* - che per essi invece nella fattispecie non era necessaria.

Né mi sembra più convincente l’affermazione<sup>14</sup> che la previsione dell’*exceptio doli mali* a proposito dell’*actio empti*, tipico esempio di *iudicium bonae fidei*, è inammissibile perché ...tale *exceptio* sarebbe inutile, essendo inerente a tali giudizi! La petizione di principio è evidente. Il dolo risulta invece chiaro in entrambi i casi, intendendo l’attore approfittare dell’errore della controparte e non si vede perché il rimedio concesso non debba essere identico nei due casi.

b) D. 19.2.61 pr. (Scaev., 7 dig.) *Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilo minus in fundo vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus istum colonum fundi eiectum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione. Respondit vel expensas consecuturum vel nihil alius praestaturum.*

Qui i sospetti del Biondi<sup>15</sup> si appuntano sulla frase *opposita doli mali exceptione*, ritenuta «intrusa», sulla base di D. 43.10.1.3<sup>16</sup> che farebbe pensare ad una compensazione automatica. Nei *iudicia bonae fidei*, tuttavia, la compensazione non era tale, alla luce della più recente dottrina<sup>17</sup>, sicché l’argomento non appare decisivo. Lo stesso dicasi per quegli autori<sup>18</sup> che hanno sospettato la medesima frase, attraverso la “solita” petizione di principio: il riferimento all’*exceptio doli* non è genuino, data l’inerenza di essa ai giudizi di buona fede. Liberandosi da questo pregiudizio, anche la frase in questione può essere ritenuta genuina, essendo notorio che «il possessore può far valere mediante *exceptio doli* talune pretese contro l’attore, soprattutto per spese fatte sulla cosa»<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Op. cit., 10 s.

<sup>14</sup> J.A.C. THOMAS, *Sale Actions and other Actions*, in *RIDA*. 26 (1979) 428.

<sup>15</sup> Op. cit., 11 s.

<sup>16</sup> D. 43.10.1.3 (Pap., l.s. *çstunomikoà*) ...*Ósoi d□ misqws£menoi o,,koàsin, TM<sup>n</sup> m<sup>3</sup>/<sub>4</sub> TM<sup>p</sup>iskeu£sante\$ Øpologizšsqwsan tÕ çn£lwma kat’ tÕn misqÒn* (*Qui in conducto habitant, si dominus non reficit, ipsi reficiunto et quod impenderint a mercede deducunto*).

<sup>17</sup> P. PICHONNAZ, *La compensation* (Fribourg 2001) spec. 70 s.

<sup>18</sup> TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* (Wien-München 1956) 170 s.; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Schadenersatzrecht* (Köln-Graz 1962) 160 nt.10; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht* (München 1969) 137 s.

<sup>19</sup> Le parole sono dello stesso B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup> (Milano 1965) 278.

c) D. 44.4.15 (Scaev., 5 resp.) *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem exceptione ex causa iudicati doli mali summovere potest. Respondit exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.*

Il frammento solleva già *prima facie* notevoli dubbi sulle parole *ex causa iudicati*, malamente intromesse nel nome dell'*exceptio doli mali*<sup>20</sup>. Questa intrusione, che finisce con l'accavallare due distinte eccezioni, offre l'adito a due ricostruzioni ben diverse della fattispecie trattata dal testo. Un fideiussore, condannato per evizione, si dichiara pronto a pagare tutto ciò che deve; se dunque il compratore agisce nei suoi confronti, egli respingerà la pretesa con un'*exceptio*, definita appunto stranamente *ex causa iudicati doli mali*. Orbene, il Biondi<sup>21</sup> sostiene (eliminando con ciò qualunque rilevanza del testo ai fini del nostro problema) che «la 'exceptio doli' non può riferirsi all' 'actio empti', poiché al compratore che avesse già agito contro il garante si dovrebbe opporre la 'exceptio rei iudicatae' e non 'doli'...». Diversa, invece, è l'esegesi di Collinet<sup>22</sup>, il quale espunge le parole *ex causa iudicati* e trova viceversa giustificata l'utilizzazione dell'*exceptio doli*, considerando doloso il comportamento del compratore che abbia agito intempestivamente, cioè prima che il giudice abbia determinato l'ammontare del danno: ciò risulterebbe dalla frase finale (*iudicem autem ...fin.*) considerata dall'a. un'aggiunta giustiniana, ma dal carattere meramente esplicativo. Il dubbio, invero, rimane e pertanto il testo non può considerarsi decisivo ai nostri fini, anche se, a mio modesto avviso, pare più vicina al vero l'esegesi del Collinet, che trae in fondo giustificazione dal noto principio "*dolo facit, qui petit quod redditurus est*" (Paul., 6 ad Plaut., D. 44.4.8 pr.).

Fra i testi di questo gruppo, quello per il quale i sospetti del Biondi appaiono a mio avviso più fondati è

d) C. 8.44(45).5 (*Imp. Anton. A. Patroinae*, a.212) *Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto auctione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.*

Il Biondi<sup>23</sup> espunge l'intera ultima frase del testo (da *id enim* in poi) sulla base di diverse considerazioni, in verità non tutte attendibili. Così, ad esempio, non mi pare possibile sostenere l'assurdità dell'ipotesi prevista in tale frase (che il venditore

---

<sup>20</sup> In un'ottica conservativa, una soluzione potrebbe trovarsi nell'anteporre queste parole e leggere pertanto *ex causa iudicati exceptione doli mali*: così H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*<sup>2</sup>, Heidelberg 1868, 183.

<sup>21</sup> Op. cit., 20.

<sup>22</sup> P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien* (Nemours 1947) 511.

<sup>23</sup> Op. cit., 16 s.

agisca per il *pretium*, benché le cose vendute non siano state tutte consegnate) sulla base di alcune testimonianze<sup>24</sup>, quando da altri frammenti – che il Biondi utilizza, a sostegno di un altro argomento di critica – si ammette in tal caso l'*actio empti*, pur accordando una *exceptio* in senso contrario.

Più persuasivo invece – e quindi tale da lasciare fondati dubbi sull'utilizzabilità della testimonianza – è un altro argomento avanzato dal Biondi. In effetti, le due parti del testo riguardano due fattispecie diverse ed è strano che ciò avvenga in un rescritto, nel quale l'imperatore era chiamato a fornire una soluzione ad un preciso quesito, verosimilmente il primo dei due prospettati. Non è dunque da escludere che l'equiparazione della seconda fattispecie alla prima sia il frutto di un'alterazione testuale, a proposito della quale quindi, in questo caso, si può convenire con il romanista siciliano.

3. Un secondo gruppo di testi ritenuti inaffidabili dal Biondi concerne azioni da lui non ritenute di buona fede, che sarebbero quindi irrilevanti ai fini della questione. Ciò vale, in particolare, per i testi in materia di *actio rei uxoriae*, come ad esempio

D. 24.3.4 (Pomp., 15 *ad Sab.*) *Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset et eandem alii viro eius filiae nomine dedisset et mortuo patre filia cum priore viro ageret, doli mali exceptione repellitur.*

D. 24.3.23 (Paul., 36 *ad ed.*) *Et si quid in eam dotem impensum est nec a muliere reddetur, per doli mali exceptione servabitur.*

Il motivo del disinteresse del Biondi per questi testi sta nella premessa dalla quale egli parte, la negazione della natura di buona fede del *iudicium rei uxoriae*<sup>25</sup>.

Ma è proprio questa premessa che non può essere accolta. Gli argomenti addotti dal Biondi, di carattere sia paleografico (data la difficile leggibilità di Gai 4.62), sia sostanziale, sono stati ampiamente e convincentemente contraddetti dal Grosso<sup>26</sup>, il quale è pervenuto in materia a risultati pressoché definitivi<sup>27</sup>.

C'è di più. L'argomento che, a mio modesto avviso, consente di criticare in modo incontrovertibile l'affermazione del Biondi è desumibile da un passo delle Istituzioni giustiniane<sup>28</sup>:

---

<sup>24</sup> Op. cit., 17 nt. 1.

<sup>25</sup> Op. cit., 178 ss.

<sup>26</sup> G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, in *RISG.* 3,1 (1928) 39 ss. [ora in *Scritti storico giuridici* 3, cit., 124 ss., da cui saranno tratte le successive citazioni]. V. letteratura in G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano* (Milano 1996) 539 s. nt. 101.

<sup>27</sup> Il Grosso, infatti, parte dalle più recenti ricerche paleografiche su Gai 4.62, che confermano la presenza nel passo incriminato del Veronese delle lettere *r.u.*, per passare agli argomenti di natura sostanziale, chiarendo (146 ss.) come la nostra azione deve senz'altro essere inserita fra i *iudicia bonae fidei*, pur non contenendo nella formula le parole *ex fide bona* (cfr. in argomento da ultimo J. PARICIO, *Sobre la formula de la «actio rei uxoriae»*, in *Status familiae. Festschrift Wacke* (München 2001) 365 ss. Contro l'opinione di Biondi, cfr. da ultimo M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote nel diritto romano. I. Sulla formula dell'actio rei uxoriae* (Alcamo 2003) 93 s.

<sup>28</sup> Cfr. sul testo G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., 539 ss.

Inst. 4.6.29 *Fuerit antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem inuenientes omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit.*

Dopo aver elencato nel paragrafo precedente (4.6.28) i giudizi di buona fede, l'imperatore aggiunge che in precedenza rientrava fra tali giudizi anche l'*actio rei uxoriae*<sup>29</sup>, da lui peraltro abolita, e sostituita con l'*actio ex stipulatu*, con una costituzione del 530<sup>30</sup>. Precisa tuttavia che la natura di giudizio di buona fede, spettante all'azione rivolta alla restituzione della dote, non era venuta meno con l'abolizione dell'*actio rei uxoriae*, ma era divenuta propria (sia pure limitatamente a tale funzione) dell'*actio ex stipulatu*<sup>31</sup>.

Ora, è evidente che tutto questo discorso, alla luce della teoria del Biondi, diviene assolutamente incomprensibile, in quanto non può certo ritenersi che l'imperatore si sia inventato tutto o fosse male informato. Ma c'è di più. Se Giustiniano ritiene addirittura di estendere le caratteristiche dei giudizi di buona fede all'*actio ex stipulatu* – che, com'è noto, è la più tipica azione *stricti iuris* – nella sua specifica applicazione di azione rivolta alla restituzione della dote, ciò non può spiegarsi se non in quanto l'imperatore intende conservare la natura che la corrispondente azione aveva avuto nel diritto classico.

I due testi sopra riportati in tema di *actio rei uxoriae* rappresentano dunque per noi importanti testimonianze contrarie alle conclusioni del Biondi. Si potrebbe, è vero, dubitare della loro genuinità, ed in particolare dei riferimenti all'*exceptio* in essi contenuti<sup>32</sup>. C'è da dire, tuttavia, che tali sospetti appaiono generici ed immotivati<sup>33</sup>.

In realtà, molti anni dopo<sup>34</sup>, al Biondi .... è sfuggita una confessione particolarmente significativa, circa il vero motivo che lo aveva portato ad escludere la natura di buona fede del *iudicium rei uxoriae*. «Il principio (*scil.*: dell'inerenza automatica dell'*exceptio doli* ai giudizi di buona fede) – scrive l'autore – mi sembra

---

<sup>29</sup> Lo conferma il fatto che, come risulta dalla palinogenesi leneliana delle principali opere giurisprudenziali ricalcate sulla sistematica editale (i commentari *ad edictum* di Paolo e Ulpiano, il commentario *ad edictum provinciale* di Gaio e i *digesta* di Giuliano), nell'editto pretorio l'*actio rei uxoriae* era trattata subito dopo gli altri *iudicia bonae fidei*, in particolare le azioni nascenti dalla compravendita e dalla locazione.

<sup>30</sup> C. 5.13.1.1 (Imp. Iust., a. 530) *Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta.* Per un recente, approfondito esame del testo e dei suoi rapporti con la precedente disciplina classica, cfr. da ultimo F. GORJA, *Bona fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* 2, cit., 241 ss.

<sup>31</sup> Interessanti osservazioni, su questo profilo, in E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica* (Napoli 2004) 162 ss.

<sup>32</sup> E', ad esempio, quello che fa il Grosso (op. cit., 156 s.), il quale mostra di non credere al riferimento all'*exceptio doli mali* nei due testi sopra riportati, ritenendo il primo interpolato ed il secondo non sicuro, perché potrebbe anche riferirsi ad una *dos stipulata*.

<sup>33</sup> Sulla genuinità di D. 24.3.4, ad esempio, si è autorevolmente pronunziato M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, in *RIDA*. 2 (1949) (= *Mélanges F. de Visscher I*) 516 s. [= *Ausgewählte Schriften* 1 (Napoli 1976) 300 s.].

<sup>34</sup> In una recensione al volume di CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, in *Iura* 16 (1965) 261.

tanto sicuro che ...circa quarant'anni fa ho creduto di escludere che il *iudicium rei uxoriae* fosse di buona fede perché i testi escludono quella inerenza». E' evidente la petizione di principio che sta alla base di tale ragionamento!...

4. Passiamo ora ad alcuni testi che contemplano la possibilità di opporre un'*exceptio doli* in materia di compravendita, e precisamente nei confronti dell'*actio empti*. Di questi passi, senz'altro scomodi ai fini della sua teoria, il Biondi si libera facilmente, affermando<sup>35</sup> che «essi nella loro connessione genuina si riferivano ad una delle due azioni 'de modo agri' ed 'auctoritatis' nascenti dalla 'mancipatio', che ormai sono scomparse nel diritto giustiniano, ma che per i classici non erano certamente 'bonae fidei'».

Leggiamoli, dunque, iniziando da

a) D. 19.1.42 (Paul., 2 *quaest.*) *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alter aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum centum iugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatam est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari, utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quem repromissum est. An non facit dolo, qui iure perpetuo utitur? Nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet: et tunc tenetur venditor, cum minor modus constat. Similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duobus statuliberos uno pretio vendat et dicat unum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat: nam et hic tenebitur ex empto actione, quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri.*

Il Biondi<sup>36</sup> liquida il testo in poche parole, affermando che esso va sicuramente riferito all'*actio de modo agri*. Ma, con ciò, la questione non è chiusa. Come ha affermato il Frezza<sup>37</sup>, che ha avuto modo di dedicare al testo un ampio commento (che mi pare opportuno riportare testualmente) «...alla azione *de modo agri* si riferisce la sentenza di Labeone (autore ben noto a Paolo) da cui muove il discorso della *quaestio*.... Ma l'*actio de modo agri* è connessa con la *mancipatio*: il venditore ha fatto due *mancipationes* (una per ciascun fondo), ma ha pattuito un unico prezzo....L'*exceptio doli*, che veniva prospettata contro l'*actio de modo agri*, colloca la responsabilità da *mancipatio* nell'ottica della responsabilità *ex empto*, rendendo,

---

<sup>35</sup> Op. cit., 17.

<sup>36</sup> Op. loc. ult. cit.

<sup>37</sup> P. FREZZA, 'Responsa' e 'quaestiones'. *Storia e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*. 43 (1977) 236 s.

per così dire, di buona fede, la responsabilità *de modo agri*, e con ciò aggiornando alla più recente giurisprudenza il rigore della giurisprudenza labeoniana».

b) D. 19.1.13.9 (Ulp., 32 *ad ed.*) *Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? Et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem.*

Secondo il Biondi<sup>38</sup>, il testo, rimaneggiato, può avere un senso solo se lo si riferisce all'*actio auctoritatis*. «Infatti – soggiunge l'autore – in tema di 'actio ex empto' non avrebbe significato discutere se venga in giudizio il 'pretium integrum' oppure soltanto la parte di esso che si è pagato, dal momento che coll' 'actio empti' il compratore evitto ottiene non il prezzo ma l' 'id quod interest'». Di conseguenza, avendo l'*actio auctoritatis* per oggetto il doppio del prezzo pagato, la questione posta dal testo sarebbe se tale *duplum* dovesse computarsi sul prezzo integrale o solo su quello pagato.

Tale ricostruzione, tuttavia, non persuade. Il testo, infatti, va letto in immediata successione al paragrafo precedente, che contiene un inequivoco riferimento all'*actio empti*<sup>39</sup>. Premesso che il compratore, che intenda agire *ex empto*, deve aver pagato il prezzo anche parzialmente, il quesito posto è il seguente: se egli, avendo pagato parzialmente il prezzo, viene evitto, potrà riavere indietro il prezzo intero o solo ciò che ha pagato? Solo ciò che ha pagato, risponde il giurista, in quanto una sua pretesa eccedente tale misura potrà essere paralizzata in forza dell'*exceptio doli*, secondo il principio sopra citato *dolo facit, qui petit quod redditurus est* (D. 44.4.8 pr.)<sup>40</sup>.

Nel testo, dunque, non c'è alcuna traccia del *duplum* di cui parla Biondi. D'altra parte, anche la collocazione palinogenetica del testo dà torto al romanista siciliano: il 32° libro *ad edictum* di Ulpiano, da cui il brano è escerpito, trattava proprio, secondo la ricostruzione di Lenel<sup>41</sup>, *de bonae fidei contractibus*, e in particolare delle azioni nascenti dalla compravendita e dalla locazione conduzione.

Ma non basta. Il tenore di questo passo consente di criticare un'altra affermazione del Biondi<sup>42</sup>, con la quale egli si libera affrettatamente di un altro passo, molto importante, invece, per contraddire la sua teoria. Si tratta di:

D. 2.14.16.1 (Ulp. 4 *ad ed.*) *Sed et si inter dominum rei venditae et emptorem convenisset, ut homo qui emptus erat redderetur, ei qui pro domino rem vendidit petenti pretium doli exceptio nocebit.*

---

<sup>38</sup> Op. cit., 18.

<sup>39</sup> D. 19.1.13.8 *Offeri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

<sup>40</sup> Si tratta di un caso di dolo "tipizzato", determinato cioè valutando la condotta del soggetto secondo un modello astratto: cfr. sul punto C.A.CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IVRA* 43 (1992) 31 s.

<sup>41</sup> Pal. *Ulp.* 930 ss.

<sup>42</sup> Op. cit., 19.

L'autore siciliano nega che qui si tratti dell'*actio empti*, affermando che l'azione di cui si parla nel testo<sup>43</sup> è «l'azione nascente dalla 'stipulatio pretii'». Ma, come si diceva, proprio il testo precedente prova in senso contrario, là dove chi agisce per ottenere il prezzo viene definito "*ex empto agens*". Siamo qui dunque di fronte ad un caso lampante in cui nei confronti di un'azione indiscutibilmente di buona fede (l'*actio empti*) si fa esplicito riferimento ad un'utilizzazione dell'*exceptio doli*.

5. Il tentativo del Biondi di eliminare, per un verso o per l'altro, tutto il materiale testuale contrastante col principio dell'inerenza automatica dell'*exceptio doli mali* ai *iudicia bonae fidei* non appare dunque riuscito.

Ma c'è di più. Se la regola da un punto di vista sostanziale appare pienamente giustificabile (essendo il dolo evidentemente compreso fra quei comportamenti la cui valutazione è affidata al giudice di un *iudicium bonae fidei*), non va sottaciuto che sotto il profilo formale essa appare difficilmente inquadrabile nella dinamica del processo formulare.

L'*exceptio*, infatti, altro non è in tale processo se non una parte (eventuale) della formula, inserita su esplicita richiesta del convenuto (Gai 4.119), sicché l'alternativa è molto semplice: o il giudice è chiamato a valutare certe circostanze, perché ciò è stato esplicitamente richiesto dal convenuto, con l'inserimento nella formula dell'*exceptio*, ovvero non può tenerne alcun conto. *Tertium non datur*: l'inerenza implicita di un'*exceptio* nella formula è una contraddizione in termini. Questa considerazione ha indotto illustri studiosi<sup>44</sup> a ritenere la regola di fattura postclassica, ricollegandola all'epoca in cui l'*exceptio* aveva acquistato un significato sostanziale, divenendo una contropotesa del convenuto. Si tratta, tuttavia, di affermazioni incidentali, poiché nessun autore si è assunto il compito di dimostrare *per tabulas* la fondatezza di questa affermazione.

Eppure, che la regola dell'inerenza automatica dell'*exceptio doli mali* ai *iudicia bonae fidei* rappresenti il frutto di una sovrapposizione posteriore ad un'originaria applicabilità dell'*exceptio* può essere dimostrato (oltre che da questa incompatibilità di principio con il regime formulare) anche da altre circostanze.

Particolarmente illuminante, ad esempio, si rivela il confronto fra le due versioni di un testo di Paolo (in tema di *actio rei uxoriae*), a noi pervenute rispettivamente attraverso i *Fragmenta Vaticana* ed il Digesto:

Frag.Vat. 94 *Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablatus 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.*

---

<sup>43</sup> Erroneamente citato fr. 18,1 D. 2,14.

<sup>44</sup> F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (München 1934) 64 nt. 44; E. BETTI, *Diritto romano* (Padova 1935) 573 s.

D. 24.3.49.1 (Paul., 7 resp.) *Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est; quaesitum est, 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 exstiterit. Paulus respondit praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolo patris ipsi nocere debeat.*

Qui siamo di fronte ad un caso che smentisce l'intuitiva regola per cui, di fronte a due versioni discordanti del medesimo testo, una postclassica ed una giustiniana, si tende normalmente a preferire la prima<sup>45</sup>. A parte, infatti, la consueta alterazione [*fiduciae*] <*pignoris*>, appare chiaro che, nel nostro caso, è il testo giustiniano a riportare il responso di Paolo nei suoi termini esatti e completi<sup>46</sup>: alla motivazione di tale decisione, nel testo postclassico risulta invece sostituita la frase *quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur*, che nella sostanza contraddice quanto precede, rappresentando il frutto di una diversa visione del problema<sup>47</sup>.

Un altro argomento che, sia pure in modo indiretto, contrasta la tesi di Biondi può essere tratto da un testo che, in materia di compravendita (quindi a proposito di un tipico *iudicium bonae fidei*) fa riferimento alla possibilità di opporre ad un' *exceptio* proposta *ex adverso* la *replicatio doli mali*:

D. 41.4.7.6 (Iul., 44 dig.) *Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut de damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor [longo tempore] <usu> capiat: nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur [longa possessio] <usucapio>. Quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corruptit, quo vilius mercaretur, non intellegetur bonae fidei emptor nec [longo tempore] <capiet>: et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.*

Un *procurator* ha venduto un fondo, facendolo pagare trenta, mentre avrebbe potuto chiedere cento. Orbene, se ha fatto ciò solo per danneggiare il rappresentato, senza che il compratore sappia nulla, questi è considerato in buona fede e quindi può usucapire la cosa; se invece la vendita a prezzo inferiore è scaturita da un accordo fra *procurator* ed acquirente, questi non può evidentemente usucapire, proprio per la mancanza del requisito essenziale della buona fede. Inoltre, se il *dominus negotii*

---

<sup>45</sup> Cfr. per tutti L. CHIAZZESE, *Confronti testuali*, in *AUPA*. 16 (1931) 83 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, cit., 517. Ma lo stesso B. BIONDI, op. cit., 220 s. si mostra di quest'avviso, pur nell'ambito della sua diversa visione (sopra criticata) che non considera classica la natura di buona fede del *iudicium rei uxoriae*.

<sup>47</sup> Anche su questo punto, il BIONDI, op. cit., 220 e specialmente 210 s. manifesta la medesima opinione.

agisce nei confronti dell'acquirente per farsi restituire la cosa e questi eccepisce che la vendita è valida, perché compiuta dal procuratore dell'attore, quest'ultimo ha a disposizione la *replicatio doli*<sup>48</sup>.

La concessione di tale rimedio non sarebbe giustificabile in presenza della regola di portata generale sostenuta dal Biondi. Se si ammette l'inerenza automatica dell'*exceptio doli* al *iudicium bonae fidei* (e quindi l'inutilità dell'esplicito inserimento nella formula di tale rimedio), poiché la valutazione del dolo andrebbe comunque fatta dal giudice, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, è evidente che lo stesso argomento dovrebbe valere per la *replicatio*. Anche questo testo sarebbe dunque inspiegabile, al pari di quelli sopra riportati nei quali si menziona l'inserimento dell'*exceptio*.

6. E' venuto allora il momento di guardare alla sostanza del problema e di chiedersi: ma era veramente superfluo l'inserimento dell'*exceptio doli* nella formula di un giudizio di buona fede? Questa domanda acquista un senso fondamentale nel momento in cui la si pone in prospettiva storica, cioè riferita ad un arco di tempo compreso (grosso modo) fra il II sec. a.C. ed il III d.C, e pertanto si tramuta in quest'altra: il concetto di buona fede e quindi il contenuto dei giudizi che da questa prendevano nome sono rimasti inalterati nel corso dei secoli o hanno subito un processo evolutivo? A mio avviso, il principale difetto dell'impostazione data al problema dal Biondi sta proprio nell'aver trascurato quest'aspetto, che invece la dottrina più recente ha ampiamente messo in luce<sup>49</sup>.

E proprio fra i contributi più recenti, particolarmente illuminante, ai nostri fini, si rivela un ampio studio del Talamanca<sup>50</sup>, che ha tracciato un ampio *excursus* sulla rilevanza della *bona fides* nell'ordinamento romano, partendo proprio dalla suddetta premessa: «...quelle "Leerformeln" – scrive l'Autore - fra le quali si annovera anche la *bona fides* dei romani .... vanno riempite di valori, che non sono però fissati *ab aeterno* ed *in aeternum*, come non pochi credono...»<sup>51</sup>.

Di conseguenza, la rilevanza del dolo (com'è noto, il rovescio della medaglia rispetto alla *bona fides* oggettiva) ed il contenuto dell'*exceptio doli* non possono non aver avuto nel corso dei secoli un contenuto diverso, la cui evoluzione non può essere ovviamente determinata nei particolari, ma di cui è possibile individuare, con l'ausilio del citato studio di Talamanca, le tappe fondamentali.

---

<sup>48</sup> Il testo, a parte le ovvie correzioni segnate (v. per tutti P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* [Milano 1952] 172 s.), non merita altre censure, in particolare per ciò che riguarda la frase finale (da *et si* in poi), quella che a noi interessa. Contro i sospetti avanzati dalla dottrina più antica (cfr. *Index itp. ad h.l.*) e ripresi da A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* (Torino 1950) 53 s., v. da ultimo F. SAMPER, *Tres textos sobre possessio ex bona fide*, in *Estudios A. D'Ors* 2 (Pamplona 1987) 1030 ss.

<sup>49</sup> Basti ricordare i numerosi studi contenuti nei quattro densi volumi degli Atti del Convegno in onore di A. Burdese, tenutosi a Padova, Venezia e Treviso nel 2002, pubblicati col titolo *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Padova 2003).

<sup>50</sup> Costituente la versione pubblicata della relazione di sintesi del Convegno citato alla nt. precedente: cfr. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., 4, 1 ss.

<sup>51</sup> M. TALAMANCA, op. cit., 4.

Volendo evitare la difficoltà di fissare un preciso *terminus a quo* per la nascita dei *iudicia bonae fidei*, e quindi prendendo genericamente le mosse dal II sec.a.C., è ormai noto da tempo<sup>52</sup> che originariamente contenuto della *bona fides* è una lealtà di condotta che nei rapporti contrattuali si traduce nel rispetto della parola data.

Quanto all'evoluzione successiva, le poche fonti a nostra disposizione<sup>53</sup> ci permettono di affermare che «tra la fine del II e gli inizi del I sec. a.C.<sup>54</sup>, i problemi dei *iudicia bonae fidei*, praticamente delle azioni nascenti dalla compravendita, e soprattutto dell'identificazione di che cosa comportasse l'*oportere ex fide bona* erano tuttora in fase di assestamento» e che «sembra concentrarsi verso il 60-50 a.C. l'emersione di notizie sulla rilevanza, oltre che dell'*actio de dolo*, dell'*exceptio doli*, almeno come noi la conosciamo»<sup>55</sup>.

Nessuna meraviglia può dunque destare il fatto che in molti casi<sup>56</sup> i giuristi abbiano suggerito l'utilizzazione dell'*exceptio doli* anche nell'ambito di un processo scaturente dall'esperimento di un'azione di buona fede; lo scopo era evidentemente quello di segnalare espressamente all'attenzione del giudice un comportamento malizioso che rischiava di non essere preso in considerazione se si fosse adottata un'interpretazione più restrittiva del concetto di buona fede.

7. A questo punto, però, la metodologia dell'indagine va completamente ribaltata rispetto a quella a suo tempo adottata dal Biondi. Quest'autore, infatti, partendo dall'accettazione incondizionata della regola dell'inerenza automatica dell'*exceptio doli* ai giudizi di buona fede, ha preso in esame le testimonianze contrarie, allo scopo di negarne la forza probante; viceversa, una volta constatato, per le considerazioni fin qui svolte, il fallimento di questo tentativo, può essere opportuno procedere in senso inverso: dare credito, cioè, alle fonti (viste nel loro complesso, a prescindere cioè dall'attendibilità di questo o quel testo) che attestano l'esplicita utilizzazione dell'*exceptio doli* in contrapposizione ad un'azione di buona fede e mettere invece in dubbio l'autenticità di quei testi che affermano la regola dell'inerenza automatica.

Ebbene, mi sembra possibile anticipare che questa strada si rivela fruttuosa; infatti, l'esegesi dei frammenti che menzionano la regola dell'inerenza automatica<sup>57</sup> solleva notevoli dubbi sulla loro autenticità ed avvalora quindi la tesi di quegli autori che, pur trattando il problema solo incidentalmente e quindi in modo necessariamente superficiale, ne avevano contestato la validità<sup>58</sup>. D'altronde già in passato tali testi, se pur presi singolarmente, avevano dato occasione alla dottrina di esprimere perplessità di varia natura.

---

<sup>52</sup> Cfr. M. HORVAT, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi Arangio-Ruiz* 1 (Napoli 1953) 423 ss.; M. TALAMANCA, op. cit., *passim*.

<sup>53</sup> Si tratta soprattutto di alcuni testi ciceroniani: cfr. M. TALAMANCA, op. cit., 131 ss.

<sup>54</sup> Allo stesso torno di tempo conduce l'antico studio di H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS*. 11 (1890) 165 ss.

<sup>55</sup> M. TALAMANCA, op. cit., rispettivamente 150 e 158.

<sup>56</sup> V. in particolare i testi discussi nei §§ 2-4, che il Biondi, come si è visto, aveva invece cercato di screditare per vari motivi.

<sup>57</sup> Sono i testi riportati *supra*, nel § 1.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*, nt. 44.

Passiamoli dunque in rassegna (prescindendo da Frag.Vat. 94, della cui alterazione, risultante dal confronto con D. 24.3.49.1, si è già detto<sup>59</sup>):

a) D. 10.3.14.1 (Paul., 3 *ad Plaut.*) *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicis retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo.*

Sull'alterazione della frase finale non dovrebbero sussistere dubbi. L'*actio communi dividundo* non era infatti compresa nell'elenco classico dei giudizi di buona fede<sup>60</sup> e tale natura le era ancora estranea in epoca postclassica, mentre la si può far risalire a Giustiniano<sup>61</sup>, come mostra il confronto fra il testo di un rescritto di Diocleziano e Massimiano, contenuto nella *Consultatio*, e una sua versione generalizzata, inserita nel Codice giustiniano:

Cons. 2.6 (*Diocl. et Maxim. AA. Aureliae Severae*) *An divisio, quam iam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae presente parte diversa diligenter examinabit: et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit (a. 290).*

C. 3.38.3 (*Diocl. et Maxim. AA. Aureliae Severae*) *Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur (a. 290).*

Discorso analogo è possibile fare per

b) D. 5.3.38 (Paul., 20 *ad ed.*) *Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur.*

---

<sup>59</sup> *Supra*, § 5.

<sup>60</sup> *V. supra*, nt. 3.

<sup>61</sup> Mi sembra giusto avvertire, peraltro, che quest'opinione non è unanimemente condivisa (cfr. ad es., con altra letteratura, G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale. I. Divisio e vindicatio*, in *AUPA*. 42 [1992] 416 s. nt. 102), pur potendosi considerare senz'altro dominante, come attestato anche dalla manualistica corrente (cfr. per tutti M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> [Palermo 1994] 367 nt. 147; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup> [Napoli 2001] 192 in nt.).

Anche qui siamo di fronte ad un'azione, alla quale solo Giustiniano<sup>62</sup> riconosce la natura di buona fede: il riferimento alla nostra regola è dunque frutto di un'alterazione compilatoria<sup>63</sup>.

Non può considerarsi probante neppure

c) D. 24.3.21 (Ulp., 3 disp.) *Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedi: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actione ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.*

Qui, l'alterazione della frase recante la regola di cui ci stiamo occupando è stata da tempo dimostrata dalla migliore dottrina<sup>64</sup>.

Resta dunque da leggere nella sua interezza (quindi non solo nella parte contenente la regola che ci interessa)

e) D. 30.84.5 (Iul., 33 dig.) *Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. Quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium recipere, quemadmodum reciperet, si homo evictus fuisset. Quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.*

Si tratta di un testo piuttosto complesso, sul quale esiste un'ampia letteratura<sup>65</sup>. Un legatario, ignorando l'esistenza della disposizione a suo favore, ha comprato dall'erede lo schiavo oggetto del legato. A questo punto il giurista presenta tre possibili ipotesi: 1) il legatario, conosciuta l'esistenza del legato, ottiene lo schiavo mediante l'*actio ex testamento* e, se convenuto per il pagamento del prezzo della

---

<sup>62</sup> Cfr. C. 3.31.12.3 (*Imp. Iust. A. Iohanni pp.*) *Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur* (a. 531) e l'elenco dei giudizi di buona fede contenuto in Inst. 4.6.28 (*supra*, nt. 4).

<sup>63</sup> Lo riconosce lo stesso B. BIONDI, op. cit., 248.

<sup>64</sup> V. M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae* (cit. nt. 33) 518 ss. Anche qui, l'alterazione è riconosciuta dallo stesso B. BIONDI, op. cit., 208.

<sup>65</sup> V. da ultima l'accurata esegesi di P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum* (Padova 2000) 116 ss.

compravendita, non potrà che essere assolto; 2) il legatario ha già pagato il prezzo, nel qual caso avrà la possibilità di recuperarlo mediante l'*actio empti*; 3) il legatario apprende l'esistenza del testamento solo dopo aver agito *ex empto*, sicché, qualora egli agisca successivamente *ex testamento*, il venditore dovrà essere assolto<sup>66</sup>. Orbene, nella prima ipotesi, l'assoluzione del legatario nel caso di esperimento nei suoi confronti dell'*actio venditi* per il pagamento del prezzo viene motivata con la natura di buona fede di tale giudizio e quindi con l'automatica inerenza ad esso dell'*exceptio doli mali*.

La problematica agitata dal testo si ritrova, peraltro, in numerosi altri luoghi delle fonti, nei quali vengono trattati svariati casi di soggetti che, dopo aver comprato una cosa, la ricevono in forza di un differente titolo<sup>67</sup>. In tutti questi casi, troviamo affermata la regola che il prezzo della compravendita non va corrisposto o, se è stato già pagato, può essere ripetuto. Tale regola (che può considerarsi frutto di un'inversione di tendenza, operatasi nella giurisprudenza a partire da Celso<sup>68</sup>) "si giustifica adeguatamente in considerazione del fatto che, a seguito dell'acquisto basato su un titolo diverso dalla compravendita, lo spostamento patrimoniale consistente nel pagamento del prezzo viene a trovarsi privo di titolo che ne giustifichi la conservazione a favore del venditore"<sup>69</sup>.

Il venir meno dell'obbligo di pagare il prezzo e il diritto alla sua restituzione hanno dunque una motivazione costante ed identica nei vari casi, che prescinde, cioè, dall'azione utilizzata e, in particolare, dalla sua natura di *iudicium bonae fidei*. Quest'affermazione trova conferma nel nostro testo, in cui si parla di assoluzione del convenuto sia nella prima ipotesi (nella quale si utilizza l'*actio venditi*) sia nella terza, nella quale l'attore esperisce l'*actio ex testamento*. La motivazione particolare data alla soluzione del primo caso appare dunque un fuor d'opera, non tanto nel riferimento alla buona fede, che anzi può essere giustificabile (anche Celso in D. 21.2.29 pr. afferma che «*nec bonae fidei conveniret*»<sup>70</sup>), quanto nell'affermata inerenza dell'*exceptio doli mali*, che viene inopinatamente tirata in ballo.

La verità è che questo, come gli altri riferimenti all'inerenza automatica dell'*exceptio doli mali* alle azioni di buona fede trova una precisa giustificazione solo nell'ambito di una concezione del meccanismo processuale che non è quella dei giuristi classici e sulla quale è necessario dunque soffermarsi.

---

<sup>66</sup> Il discorso relativo a quest'ultima ipotesi risulta, in questi termini, eccessivamente semplificato, laddove esso si presenta invece senz'altro più complesso, potendosi prestare ad una duplice interpretazione (cfr. P. LAMBRINI, op. cit., 122 ss., nonché L. VACCA, *Sulla responsabilità «ex empto» del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 7 [1995] 302 ss.). Ai nostri fini, tuttavia, tale approfondimento risulta irrilevante.

<sup>67</sup> Cfr. l'ampia rassegna di P. LAMBRINI, op. cit., 109 ss.

<sup>68</sup> L'evoluzione storica emerge da un frammento di Pomponio: D. 21.2.29 pr. (Pomp., 11 *ad Sab.*) *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redimerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem heberem* (cfr. ancora P. LAMBRINI, op. cit., 141 ss.).

<sup>69</sup> P. LAMBRINI, op. cit., 152.

<sup>70</sup> Avvicina le due fattispecie già H. ANKUM, *Concursus causarum*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 8 (1996) 87.

8. E' noto che, con la progressiva sostituzione delle *cognitiones extra ordinem* alla procedura formulare, lo svolgimento del processo viene completamente modificato, anche se spesso si continuano ad utilizzare termini tradizionali, propri della più antica procedura.

Un testo che ci consente di fissare un *terminus a quo* nell'accertamento di questo processo è una costituzione di età diocleziana:

C. 8.35(36).6 (*Diocl. et Max. AA. et CC. Helenae*, a. 293) *Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicari potest.*

Il rescritto (è verosimilmente questa la natura della costituzione) allude ad una situazione rappresentata anche da altre fonti: alla pretesa dell'attore viene contrapposta un'*exceptio pacti*, cui tuttavia l'attore oppone a sua volta una *replicatio doli*. Orbene, questo discorso, che nella procedura formulare non poteva realizzarsi se non con l'inserimento nella formula delle rispettive pretese, qui viene "sostanzializzato" e sganciato dal documento formulare. Ciò risulta con tutta evidenza dalle parole *sine temporis praefinitione*, che sarebbero prive di senso se l'*exceptio* e la *replicatio* si volessero intendere come parti della formula; è chiaro, infatti, che se l'attore avesse voluto far valere la circostanza del dolo della controparte, utilizzando la *replicatio*, avrebbe dovuto farlo all'atto della redazione della formula e non in qualsiasi momento. Il testo, dunque, così com'è formulato, non può essere inteso se non nel senso che entrambe le parti possono far valere le rispettive pretese in tutto il corso del processo.

Un altro significativo esempio della progressiva perdita di valore dei singoli momenti formali del processo viene dalle vicende subite da un testo delle *Pauli Sententiae*, riportato nella *Consultatio* in questi termini:

P. Sent. 1.1.2 (ex Cons. 4.4) *In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur: et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur.*

Il frammento<sup>71</sup>, che fa riferimento a precisi momenti formulari (proposizione di un'*exceptio* e di una successiva *replicatio*), deriva a sua volta, verosimilmente<sup>72</sup> da un passo ancor più dettagliato del commentario pauliano all'editto, a noi noto attraverso

D. 2.14.27.2 (Paul., 3 ad ed.) *Pactum, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem. Si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur.*

---

<sup>71</sup> Sul quale esiste un'ampia letteratura: cfr. fra gli altri, R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in ZSS. 84 (1967) 150 ss. e A. D'ORS, *De nuevo sobre los estratos de las 'Pauli Sententiae'*, in BIDR. 98-99 (1995-96) 8 ss.

<sup>72</sup> In questo senso, cfr. R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana* (Napoli 1983) 88, con altra lett.

Orbene, nella versione contenuta nella *Lex Romana Wisigothorum* il testo si presenta snellito, conservando solo il riferimento all'*exceptio*:

P.Sent. 1.1.2 (ex *Lege Romana Wis.*) *Omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat exceptionem.*

Un rovesciamento di prospettiva ancor più significativo è però quello che viene dalla relativa *interpretatio* visigotica, dalla quale scompare ogni riferimento alle parti della formula e «wirkt nun *ipso iure*, was früher eine *exceptio* verschaffte»<sup>73</sup>:

Int. Vis. ad P.Sent. 1.1.2 *Si de una re inter ipsas personas duae pactiones fiant, posterior valebit.*

Questa tendenza alla sostanzializzazione di concetti legati a precisi atti processuali emerge in modo ancor più marcato nella Compilazione giustiniana<sup>74</sup>. E' sufficiente citare due soli esempi, nei quali ciò risulta con piena evidenza.

Il titolo 44.5 dei *Digesta* reca la rubrica «*Quarum rerum actio non datur*», ma risulta inserito in una trattazione delle eccezioni<sup>75</sup> e contiene testi relativi appunto ad *exceptiones*. Ora, è chiaro che ciò implica una prospettiva completamente nuova: in epoca classica, sotto la procedura formulare, *actionem non dare* significava bloccare il processo sul nascere ed era dunque cosa ben diversa dall'inserimento nella formula di un'*exceptio*, la cui valutazione veniva demandata al giudice, nella seconda fase del processo.

La stessa identificazione appare in modo ancor più chiaro da un frammento inserito dai Compilatori del Digesto nel titolo 50.17, allo scopo evidente di rimarcarne il carattere di regola generale. Si tratta di

D. 50.17.112 (Paul., 8 *ad ed.*) *Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infermetur.*

Qui si è perduto ogni riferimento a precisi momenti processuali. Non aver azione significa in definitiva aver torto, importando poco il modo con cui si perviene a questo risultato: la prospettiva classica, legata all'inserimento nella formula delle circostanze sostenute dalle parti, è stata completamente stravolta<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> H. SCHELLENBERG, *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen* (Göttingen 1965) 70. Cfr. anche E. LEVY, *Pauli Sententiae* (New York 1945) 49 s.

<sup>74</sup> Sullo specifico tema della *denegatio actionis*, mi sia consentito di rinviare a A. METRO, *La denegatio actionis* (Milano 1972) 238 ss.; più in generale, cfr. U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano* (Milano 1965) 11 ss.

<sup>75</sup> D. 44.1: *De exceptionibus praescrptionibus et praeiudiciis*; 2: *De exceptione rei iudicatae*; 3: *De diversis temporalibus praescrptionibus et de accessionibus possessionum*; 4: *De doli mali et metus exceptione*.

<sup>76</sup> Cfr. in dettaglio, con altri riferimenti testuali, che mostrano la diversità della prospettiva classica, R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, cit., 101 ss., nonché G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano I-II* (Torino 1989) 408.

9. Sulla base dei dati, raccolti nel corso dell'indagine, credo possa affermarsi tranquillamente che esistono vari e fondati motivi per dubitare della consistenza della presunta regola dell'inerenza automatica dell'*exceptio doli mali* ai *iudicia bonae fidei*:

a) Da un lato, abbiamo infatti rilevato (§§ 2-4) l'esistenza di diverse testimonianze idonee a smentirla (nonostante il tentativo del Biondi di eliminarle o sminuirne la portata), in quanto concernenti casi di *iudicia bonae fidei* nei quali si accenna ad una esplicita utilizzazione dell'*exceptio* in questione.

b) D'altro canto, abbiamo osservato (§§ 5-6) la difficoltà di inserire la regola nel regime del processo formulare, anche in considerazione del fatto che la stessa *exceptio doli mali* ha assunto un contenuto variabile nel tempo, correlativamente alle trasformazioni che il concetto di *bona fides* ha subito nel periodo compreso fra il II sec. a.C. ed il III d.C.

c) A ciò si aggiunga (§ 7) la scarsa affidabilità (pur dovuta a diverse ragioni) dei pochi testi che menzionano la regola in questione.

Ne scaturisce una precisa conclusione: l'affermazione dell'inerenza automatica dell'*exceptio doli mali* ai *iudicia bonae fidei* non può essere ricondotta ai giuristi classici. Questa affermazione, tuttavia, va opportunamente precisata, allo scopo di evitare possibili equivoci. Essa, beninteso, non significa che ai giuristi classici fosse estranea l'idea che la valutazione del dolo rientrasse automaticamente nell'ambito di quella della buona fede. Questo non può assolutamente essere messo in dubbio, come può desumersi, al di là delle testimonianze offerte dalle fonti giuridiche, dal seguente brano ciceroniano:

Cic., *de off.* 3.15.61 *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

Che i *iudicia bonae fidei* comportassero una valutazione del comportamento delle parti, dalla quale era possibile rilevare l'atteggiamento doloso di una delle parti non può essere dunque posto in dubbio. Il punto, però, è un altro. Questo dato non è sufficiente ad escludere che in determinate ipotesi potesse essere interesse del convenuto eccepire esplicitamente il comportamento doloso della controparte, avvalendosi dell'inserimento nella formula della relativa *exceptio*, allo scopo di richiamare l'attenzione del giudice su determinati comportamenti, come attestano svariate fonti, che - come si è visto - non è opportuno, sulle orme del Biondi, giudicare inattendibili. Ciò che deve considerarsi connaturato al giudizio di buona fede era dunque la valutazione del dolo, non la relativa *exceptio*. La formulazione della regola con riferimento all'*exceptio*, viceversa, va considerata sicuramente successiva, e precisamente va riportata all'epoca in cui tutti i concetti propri della tecnica formulare erano stati reinterpretrati (§ 8) alla luce di una nuova concezione fondata su presupposti nuovi: l'unificazione del *ius civile* con il *ius honorarium*, l'abbandono del processo *per formulas* e quindi la riutilizzazione dei vecchi strumenti processuali in termini sostanziali.

In conclusione, come, a suo tempo, il Grosso<sup>77</sup> ha convincentemente (e direi, definitivamente) dimostrato l'estraneità al diritto classico della regola analoga dell'inerenza automatica ai giudizi di buona fede dell'*exceptio pacti conventi*, anche l'altra regola dell'inerenza dell'*exceptio doli mali* ai medesimi giudizi va espunta dai testi classici.

---

<sup>77</sup> V. *supra*, nt. 5.