

**IL GIURISTA EUROPEO**

Collana diretta da Luigi Garofalo

**PERCORSI FORMATIVI**

**TUTELE RIMEDIALI  
IN TEMA DI RAPPORTI OBBLIGATORI**

**ARCHETIPI ROMANI E MODELLI ATTUALI**

*a cura di*

**Luigi Garofalo**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

# **IL GIURISTA EUROPEO**

Collana diretta da Luigi Garofalo

PERCORSI FORMATIVI

---

14



TUTELE RIMEDIALI  
IN TEMA DI RAPPORTI OBBLIGATORI  
ARCHETIPI ROMANI E MODELLI ATTUALI

*a cura di*  
Luigi Garofalo



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0090-9

*Composizione:* Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEReDi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).



TOMMASO DALLA MASSARA

L'IMPIEGO DELL'AZIONE DI DOLO QUALE RIMEDIO  
RISARCITORIO A FRONTE DI UNA CONDOTTA MALIZIOSA:  
LA FIGURA DEL DOLO INCIDENTE \*

SOMMARIO: 1. Regole di validità e regole di correttezza: la figura del dolo incidente. – 2. I contorni della figura del dolo incidente. – 3. La ‘criticità’ del dolo incidente nei due ordini di regole. – 4. La ‘criticità’ del dolo incidente nella cornice della responsabilità precontrattuale. – 5. Le origini del dolo incidente. – 6. Le ‘contraddizioni’ di una ricerca sul dolo incidente nelle testimonianze classiche. – 7. La lettura di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr. – 8. Il significato del testo in una lettura ‘acritica’. – 9. Le alternative prospettate. – 10. Nel testo di D. 4.3.7 pr. la traccia per la distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente. – 11. L'impossibilità della *restitutio in integrum*. – 12. L'azione di dolo. – 13. I dubbi sulla genuinità del passo dal punto di vista dell'*actio doli*. – 14. Riepilogo ed evidenziazione dell'alternativa. – 15. La critica del passo nella parte in cui si afferma che la vendita è ‘nulla’. – 16. Il senso dell'affermazione secondo cui la vendita è ‘nulla’. – 17. Precisazioni sulla ‘nullità’ della *venditio*. – 18. I diversi piani dell'argomentazione in D. 4.3.7 pr. – 19. La figura del dolo che conduce alla sola condanna pecuniaria. – 20. Considerazioni conclusive.

1. *Regole di validità e regole di correttezza: la figura del dolo incidente.*

Proprio mentre il ‘cantiere’ del diritto privato europeo mostra una marcata linea di tendenza verso la ristrutturazione delle sue categorie fondamentali in chiave rimediale (tanto negli atti normativi, direttive e regolamenti *in primis*, quanto pure nell'insostituibile ruolo creativo di dottrina e giurisprudenza), sembra ancor più prezioso il contributo che può scaturire allorché si mettano a confronto le strutture dogmatiche della Pandettistica

---

\* Il testo riproduce, con minimi adattamenti di forma, quello pubblicato in ‘*Actio in rem*’ e ‘*actio in personam*’. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 609 ss., sotto il titolo *Tra regole di validità e regole di correttezza. La sanzione processuale del dolo incidente*.

– strutture elaborate, com'è noto, sulla base del diritto romano – direttamente con le testimonianze dei *prudentes*.

Ciò consente, per un verso, di saggiare con piena consapevolezza la 'tenuta concettuale' nel tempo di quelle categorie e, per altro verso, di recuperare appieno la dimensione rimediale che era propria del ragionamento giuridico romano.

In questa chiave, cui corrisponde un'opzione metodologica in ordine allo studio delle fonti romane, mi propongo di trattare della figura del dolo incidente e della sua sanzione processuale, nello scenario segnato dalla bipartizione tra regole di validità e regole di correttezza.

Ebbene, stando alla – assai nota – ricostruzione tradizionale, la violazione della prima tipologia di regole espone il negozio alle conseguenze dell'invalidità, assuma quest'ultima le forme – per restare aderenti alla struttura del nostro codice civile – della nullità e dell'annullabilità (nonché della rescindibilità, pur essendo quest'ultima una figura dallo statuto più discusso); la seconda tipologia di regole, invece, prevede a carico di chi le abbia violate una responsabilità risarcitoria, senza che sia messa in discussione la validità dell'atto negoziale<sup>1</sup>.

Efficace, per un'*actio finium regundorum* sotto il profilo teleologico tra le une e le altre, la messa a fuoco di Vittorino Pietrobon: «i due gruppi di norme si trovano sullo stesso piano e si distinguono solamente per la diversa funzione: le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici, e solo mediatamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buon fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sulla distinzione A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 105 ss. (siamo ancora nel vigore del vecchio codice); quindi, tra molti, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 365 ss.; ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 9; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 2001, 171; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 458; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 118 s.; G. D'AMICO, 'Regole di validità' e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, *passim*, ma in specie 44 ss. e 350; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 599 ss.; C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrabendo': invalidità responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 4 s. e 26 s.

<sup>2</sup> Così V. PIETROBON, *Errore*, cit., 118.

Altra dottrina ha poi soggiunto, sotto diverso profilo, che le regole di validità sono formali, in quanto esplicitamente poste dal legislatore (ma allora occorre tenere eccettuato il discorso per la nullità), mentre quelle di correttezza sono virtuali, in quanto desumibili dall'ordinamento<sup>3</sup>.

Molto si è discusso in merito alla fondatezza della distinzione tra i due ordini di regole; tutt'oggi ci si chiede se tale distinzione (che, com'è noto, non è esplicitata nel codice) meriti riconoscimento all'interno del nostro sistema: non manca la voce di chi, da tempo, la ritiene obliterata<sup>4</sup>.

Sul finire del 2007, un'assai nota presa di posizione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha suscitato nuova attenzione su tali questioni, risolvendo in senso affermativo il dilemma circa la fondatezza della distinzione. E così la Corte ha, più precisamente, ribadito il principio per cui la violazione di una regola di correttezza – nel caso all'attenzione dei Supremi Giudici, quella che avrebbe imposto oneri informativi nella fase precontrattuale in capo a chi opera professionalmente sui mercati finanziari – non può essere invocata allo scopo di invalidare il contratto<sup>5</sup>.

Non è però mia intenzione affrontare, per così dire, 'su tutta la linea' il tema della distinzione tra regole di validità e regole di correttezza. Come ho detto, preferisco invece limitare il discorso al dolo incidente e alla sua sanzione processuale; intendo in specie concentrarmi sulle origini di una figura, quella del dolo, che comporta soltanto conseguenze risarcitorie, la quale nasce come ipotesi 'di confine' – presto si vedrà meglio in qual senso – tra le due tipologie di regole: in effetti, fissando lo sguardo su questa figura si ha modo di cogliere, da un punto di osservazione privilegiato, i profili del più vasto tema sottostante.

---

<sup>3</sup> G. D'AMICO, *'Regole di validità' e principio*, cit., 9 s.

<sup>4</sup> Già nel 1959 SALV. ROMANO riteneva vi fossero buone ragioni per il superamento della rigida distinzione tra i due ordini di regole, almeno di fronte ai casi più gravi di comportamento contrario a buona fede: si legga la voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 687. In posizione di netta critica alla distinzione, in seguito, G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 112 ss.

<sup>5</sup> Si tratta di posizione assunta con la 'coppia' delle sentenze nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, ove si afferma che «in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma è fonte di responsabilità per danni»: tra i molti commenti, si segnalano quelli di V. MARCONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 230 s., nonché di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1 ss.

## 2. I contorni della figura del dolo incidente.

È utile rammentare che l'art. 1440 del nostro codice civile recita: «se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni».

Può darsi per pacifico che sia qui dettata una regola di correttezza<sup>6</sup>. In effetti con l'art. 1440 cod. civ. è posta una regola di tal genere, nella misura in cui il dolo incidente si colloca all'interno del terreno della responsabilità precontrattuale, alla quale sono riferibili regole di correttezza<sup>7</sup>.

Subito ci si avvede che, evocando la *culpa in contrahendo*, si apre uno squarcio su un'altra grande categoria pandettistica; e si tratta di una categoria tanto fortunata quanto tormentata<sup>8</sup>.

Quello della responsabilità precontrattuale è un terreno segnato – com'è noto – dall'impronta del pensiero jheringhiano<sup>9</sup>. Sull'edificio concettuale

<sup>6</sup>Cfr. M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 16 ss. Discute del dolo incidente guardando alla «nota distinzione fra atti e/o comportamenti (e correlative regole) attinenti unicamente alla mera fase procedimentale negoziale e come tali estranei all'accordo contrattuale; ed atti e/o comportamenti viceversa assorbiti come "elementi componenti" nel contratto, quale fattispecie finale del relativo procedimento formativo», C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 700 ss.

<sup>7</sup>In giurisprudenza, nel senso della riconduzione del dolo incidente alla responsabilità precontrattuale si può vedere, per esempio, Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss., di recente richiamata anche da C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrahendo'*, cit., 4, nt. 5. Per la dottrina, G. D'AMICO, *'Regole di validità' e principio*, cit., 114 ss., ove ulteriori indicazioni (in specie *ibidem*, nt. 39).

<sup>8</sup>Per un primo inquadramento dei tanti problemi, di recente, P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 295 ss. Sul profilo della risarcibilità del danno, G. AFFERNI, *Il 'quantum' del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

<sup>9</sup>Cfr. R. VON JHERING, *'Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, Jena, 1861, 1 ss., di cui ora si può leggere la traduzione italiana curata da F. Procchi per la collana *Antiqua*, Napoli, 2005. Da quell'opera del 1861 (sulla cui analisi, tra molti, D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der 'culpa in contrahendo'*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, a cura di D. Medicus - H.H. Seiler, München, 1986, 169 ss., nonché, più di recente, N. KUONEN, *La 'culpa in contrahendo': un colosse aux pieds d'argile?*, in *RHD*, LXXIII, 2005, 267 ss., incentrato sul passo di Modestino D. 18.1.62.1, fondamentale per la ricostruzione jheringhiana) emerge un modello concettuale tra i più fortunati all'interno della cultura civilistica europea tra Otto e Novecento, sebbene le sue ricadute sul piano normativo dei singoli Stati siano state assai differenti (com'è noto il *Code* francese, per fare un esempio, non contempla una disposizione sulla responsabilità precontrattuale); per una panoramica che giunge fino al *Draft Common Fra-*

del grande tedesco, ancor oggi campeggiante nello scenario della dogmatica giuridica europea, seppur poi plasmatosi in forme assai differenti nei singoli ordinamenti (e con esiti peculiari nel codice italiano del 1942, ove ha dato luogo all'abbinata degli artt. 1337 e 1338 cod. civ.<sup>10</sup>), una dottrina foltissima – e non compendiabile – si è soffermata e altra ancora lo sta facendo in questi ultimi anni, anche con specifica attenzione alle fonti romane<sup>11</sup>.

Ma, anche sotto questo riguardo, è urgente che si ponga un argine al discorso. Salvo pochi rilievi che farò tra breve (essenzialmente per evidenziare che anche all'interno della responsabilità precontrattuale il dolo incidente assume una posizione per molti versi 'liminare')<sup>12</sup>, il tema della *culpa in contrabendo* rimarrà del tutto sullo sfondo nelle riflessioni che seguiranno. Mi basta invece qui dire, a mo' di sillogismo: che il dolo incidente è riconducibile alla responsabilità precontrattuale; che la responsabilità precontrattuale è presidiata da regole di correttezza; che il dolo incidente riceve protezione da regole di correttezza.

---

*me of Reference*, cfr. M. LEHMANN, *Die Zukunft der 'culpa in contrabendo' im Europäischen Privatrecht*, in *Zeup*, 2009, 693 ss.

<sup>10</sup> Nell'assenza di una disposizione che, nel codice del 1865, contemplasse la responsabilità precontrattuale (come si è visto, l'opera di Rudolf von Jhering è del 1861, dunque troppo ravvicinata), fondamentale risulta, per l'Italia, l'elaborazione del tema di G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur.*, LXXXII, 1909, 128 ss. Con l'art. 1337 del codice del 1942 si dà luogo poi a una norma che non ha precedenti, né trova precise corrispondenze negli ordinamenti limitrofi (basti pensare che l'analisi tedesca del tema, che pure giunge a svolgimenti ancor più ampi rispetto a quelli riconoscibili nel nostro sistema, è sviluppata tutta all'interno del 'königliche Paragraph', § 242 BGB); per una ricostruzione dei problemi con attenzione alla civilistica ottonevicesca, G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 1 ss. (su Faggella, in specie, 16 ss.; sugli ordinamenti francese e tedesco, 64 ss., a proposito dei quali si veda, inoltre, G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999).

<sup>11</sup> Penso in particolare ai lavori di L. SOLIDORO, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007; F. PROCCHI, 'Dolus' e 'culpa in contrabendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di 'sinallagma genetico', ne *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 181 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, in specie 157 ss.

<sup>12</sup> Rilievi senza i quali il mio discorso apparirebbe davvero incompleto. Si veda *infra*, § 3.

### 3. La 'criticità' del dolo incidente nei due ordini di regole.

Si è detto che il dolo incidente si presta a essere eletto quale campo di analisi privilegiato per un vaglio di 'tenuta concettuale' della distinzione tra regole di validità e regole di correttezza.

La 'criticità' della figura del dolo incidente si coglie fin già rileggendo il citato art. 1440 cod. civ.: la disposizione (che individua 'in negativo' la fattispecie oggetto di disciplina, giacché il riferimento è ai raggiri che «*non* sono stati tali da determinare il consenso») presuppone, anche a livello testuale, la nozione di dolo richiamata nell'art. 1439 cod. civ., ossia il dolo quale vizio della volontà negoziale.

La condotta maliziosa in sé considerata – che per tradizionale definizione si dice integrata dalla messa in atto di artifici e raggiri i quali inducono a una falsa rappresentazione della realtà – è dunque della medesima natura per ciascuna delle due articolazioni del dolo, quello essenziale (o determinante o *causam dans*) e quello incidente, rispettivamente rappresentate negli artt. 1439 e 1440 cod. civ.<sup>13</sup>.

Però, mentre nel caso dell'art. 1439 cod. civ. gli artifici sono ritenuti «tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe concluso il contratto» e dunque conducono all'annullabilità di quest'ultimo, l'art. 1440 cod. civ. prevede che in capo al contraente di malafede insorga una responsabilità risarcitoria, commisurata alle «condizioni diverse» cui il contratto sarebbe stato concluso in assenza della malizia.

Il punto fondamentale che si intende evidenziare è dunque il seguente: identica è la sostanza giuridica della condotta dolosa (pena, l'inaccettabile

---

<sup>13</sup> Secondo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>41</sup>, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2004, 122, «il dolo può essere anche oggi definito con Labeone *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*. Consiste in quei raggiri e artifici che vengono adoperati per ingannare una persona e per approfittare dell'errore nel quale, in conseguenza di questi, essa è caduta, allo scopo di farle compiere un negozio». Sulla nozione di dolo, cfr. inoltre ID., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 149 ss.; C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 738 ss. Quanto all'identità degli elementi della fattispecie nei casi del dolo determinante e del dolo incidente, per tutti, M. MANTOVANI, '*Vizi incompleti*', cit., 129: «la figura del dolo incidente [...] in nulla differisce, sotto il profilo strutturale, rispetto al dolo c.d. determinante. Non diversa, infatti, è la qualificazione dell'attività ingannatoria; non diversa è l'intensità del raggirio. Ciò che muta – comunemente si afferma – è la *direzione* dell'inganno che, in questo caso, non mette in discussione il profilo del *se* addivenire o meno al contratto ("... sarebbe stato concluso"), bensì incide sul *quomodo*, sulle modalità e, in definitiva, sul *contenuto* del regolamento di interessi (le "condizioni diverse")».

duplicazione della nozione di dolo), mentre differenti sono i profili rimediali che l'ordinamento riconduce a quella condotta. La diversità delle conseguenze dipende dal fatto che, dal punto di vista del raggirato, gli effetti della condotta dolosa siano tali da avere determinato la conclusione stessa del contratto (il quale altrimenti non sarebbe stato concluso), oppure tali soltanto da renderne le condizioni per lui più svantaggiose. In altri termini, si può dire che spetti al *deceptus* di compiere una scelta in ordine all'invocabilità dell'art. 1439 ovvero dell'art. 1440 cod. civ., in ragione dell'efficienza causale' del dolo di cui è stato vittima.

Se con riguardo agli artt. 1439 e 1440 cod. civ. trova un chiaro punto di emersione il confine che passa, per l'appunto, tra regole di validità e regole di correttezza, occorre d'altro canto rilevare che nell'art. 1440 cod. civ. è contenuta una regola di correttezza, la quale sanziona una condotta che per sua natura non differisce rispetto a quella cui sarebbe applicabile la regola di validità di cui all'art. 1439 cod. civ.; cosicché è contemplata una responsabilità risarcitoria a fronte di un comportamento in relazione al quale, in linea astratta, un'altra norma – sempre che il *deceptus* la invochi facendo leva sul fatto che senza il dolo non avrebbe affatto concluso l'accordo – prevede l'invalidazione del contratto.

Naturalmente, nessun equivoco potrà derivare dal fatto che in presenza della violazione di una regola di validità possa sorgere anche una responsabilità risarcitoria: il che accade, del tutto pacificamente, ogni qual volta il raggirato proponga, accanto alla domanda di annullamento del negozio per dolo, quella per il risarcimento del danno fondata sulla medesima ragione<sup>14</sup>. I due ordini di regole, distinti, sono quindi invocabili, l'uno accanto all'altro, senza reciproca esclusione.

#### 4. *La 'criticità' del dolo incidente nella cornice della responsabilità precontrattuale.*

Si è poc'anzi evidenziato che l'art. 1440 cod. civ. delinea una figura riconducibile all'ambito della responsabilità precontrattuale. L'art. 1440 cod. civ. si colloca all'interno del perimetro dell'art. 1337 («le parti, nello

---

<sup>14</sup> Come non ha mancato di mettere in luce la dottrina che già cinquant'anni fa proponeva un superamento della rigida distinzione tra le categorie di regole: cfr. SALV. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., 687. Eppure, non può essere questa la leva che, in sé sola, riesca a mettere in crisi la distinzione, come osserva M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 5, nt. 11.

svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede»), in quanto costituisce espressione di una mala fede che si esplica nella fase antecedente alla conclusione del contratto, tipicamente in sede di trattative<sup>15</sup>.

Ciò ora impone due ordini di considerazioni.

Per un verso, nella misura in cui la responsabilità per dolo incidente sia riconducibile a quella di natura precontrattuale, i dubbi che storicamente circondano quest'ultima si riverberano sulla prima: con tutte le conseguenze del caso. Alludo al 'classico' problema dell'assimilabilità della responsabilità precontrattuale alla contrattuale o, tutt'all'opposto, a quella extracontrattuale, con diverso regime in punto di risarcibilità del danno, di prescrizione, di onere della prova e via dicendo<sup>16</sup>.

Per altro verso, il dolo incidente, se osservato nella cornice della responsabilità precontrattuale (di cui può ritenersi una fattispecie legalmente tipizzata), introduce entro quest'ultima taluni ulteriori profili di 'criticità'.

<sup>15</sup> Si veda *supra*, § 2.

<sup>16</sup> In un panorama di letteratura davvero sconfinato, mi limito a richiamare, a titolo esemplificativo: nel senso della natura contrattuale, L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 365 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 139 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, 458 ss.; nel senso della natura extracontrattuale, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 80 ss. (pur con significative aperture all'idea, proveniente dalla dottrina tedesca, del 'contatto sociale': *ibidem*, 84 s.); F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1987, 736; R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, II, 255; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*<sup>2</sup>, Milano, 2000, 157; nel senso che l'art. 1337 cod. civ. non sia riconducibile ad alcuna delle due categorie, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 ss., in specie 148: impostazione in parte simile a quella di A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 803 ss.; in tal senso era anche il 'primo' pensiero di R. SACCO, *'Culpa in contrabendo' e 'culpa Aquilia', 'culpa in eligendo' e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 82 ss. Il ricco dibattito può essere ripercorso leggendo G. MERUZZI, *La trattativa*, cit., 35 ss. (il quale propende per la natura contrattuale). Non si può mancare di considerare l'indicazione che proviene dal piano internazionale nel senso della qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità precontrattuale dopo il vigore del regolamento 'Roma II': ivi, all'art. 12, § 2, si qualifica espressamente la *culpa in contrabendo* come responsabilità extracontrattuale (testualmente: «la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti dalle trattative precontrattuali ...»), per poi affermare – con qualche incongruenza logica, però – che la legge regolatrice è quella che si sarebbe applicata qualora il contratto fosse stato concluso. Per il precedente dibattito internazionalprivatistico, sviluppatosi soprattutto a margine della cd. sentenza Tacconi, P. MANKOWSKI, *Die Qualifikation der 'culpa in contrabendo'. Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR*, in *IPRax*, 2003, 127 ss.

Secondo quel che vale in generale per le regole di correttezza (ossia quelle regole che tendono – come si è visto – «direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte»<sup>17</sup>, senza intaccare la validità negoziale), l'art. 1440 cod. civ. prevede il sorgere di obblighi risarcitori in capo al *deceptor*.

Si è subito di seguito soggiunto che nel dolo incidente trova espressione una regola di correttezza, la quale però sanziona una condotta che, per sua natura, non differisce rispetto a quella cui sarebbe applicabile la regola di validità di cui all'art. 1439 cod. civ.

Ebbene, è allora possibile concludere nel senso che il dolo incidente costituisce un'ipotesi-limite' anche dal punto di vista dell'art. 1337 cod. civ., perché con l'art. 1140 cod. civ. sono sanzionati casi di *culpa in contrahendo* i quali presuppongono, di necessità, un negozio già concluso. Ecco dunque messa a fuoco l'anomalia del dolo incidente osservato dal punto di vista della responsabilità precontrattuale<sup>18</sup>: condizione essenziale perché possa configurarsi il dolo incidente è che le parti siano pervenute alla conclusione del contratto.

Nella sua apparente banalità, il dato merita di essere sottolineato. La mala fede che trova sanzione nell'art. 1440 cod. civ. è quella che si manifesta nella fase antecedente alla conclusione del contratto (dunque può appropriatamente dirsi 'pre'-contrattuale), però il contratto deve essere giunto a perfezionamento, affinché – tenuto conto che si lamentano le differenti condizioni contrattuali conseguenti alla malizia – possa darsi per integrata la fattispecie del dolo incidente.

Il fatto che con l'art. 1440 cod. civ. sia configurata una responsabilità precontrattuale, la quale però – per la definizione che ne dà il codice stesso – insorge soltanto a fronte di un contratto concluso, cozza con l'idea per lungo tempo dominante (seppur oggi abbandonata), secondo cui quella stessa responsabilità non si sarebbe potuta spingere oltre la fase delle trattative<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Le parole – già citate *supra*, § 1 – sono di V. PIETROBON, *Errore*, cit., 118.

<sup>18</sup> È un'anomalia sottolineata, da vari punti di vista, da L. MENGONI, '*Metus causam dans*' e '*metus incidens*', in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 27 s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità*, cit., 701; G. D'AMICO, '*Regole di validità*' e *principio*', cit., 114 ss.; G. e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti 'standard'*, ne *Il codice civile. Commentario P. Schlesinger* (artt. 1337-1342), Milano, 1993, *sub* art. 1337, 95 ss.; da ultimo, M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* (in *marginem a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*), in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 157.

<sup>19</sup> Si tratta di opinione il cui superamento in dottrina si deve essenzialmente a L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 365; in seguito, nello stesso senso, F. BENATTI, *La responsabilità*, cit., 13 s.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974,

Anzi, secondo quell'impostazione tradizionale, la responsabilità precontrattuale sarebbe stata radicalmente esclusa, addirittura per incompatibilità logica, proprio in ragione del fatto che il contratto fosse giunto a perfezionamento; in altre parole – si diceva – se v'è un contratto valido (e dunque fatta salva la sua eventuale 'patologia'), non può esservi *culpa in contrahendo*.

Una siffatta constatazione si completa e fa tutt'uno con quella evidenziata nel precedente §: la natura del comportamento doloso di cui all'art. 1440 cod. civ. è di per sé identica – come si è visto – a quella di cui all'art. 1439 cod. civ.; il comportamento doloso arriva a toccare, nell'uno come nell'altro caso, direttamente l'accordo contrattuale. Invece, la diversità tra le due figure di dolo emerge se si ha riguardo agli effetti, ritenuti – dal punto di vista del *deceptus* – determinanti del consenso nell'una prospettiva, ovvero soltanto incidenti sulle condizioni contrattuali nell'altra prospettiva.

Si nota dunque come la sovrapposizione tra regole di validità e regole di correttezza, che si realizza proprio in corrispondenza del dolo incidente, meriti di essere considerata tanto in sé quanto nella cornice della responsabilità precontrattuale.

##### 5. *Le origini del dolo incidente.*

Il groviglio di questioni che dal dolo incidente si dipana mi induce a un approfondimento dei presupposti storico-concettuali che hanno dato luogo al suo nascere.

Il filo che conduce alla riscoperta delle origini del dolo incidente mette in evidenza una vicenda legata a una fattispecie molto peculiare (anch'essa, come si vedrà, tutta 'in equilibrio' tra regole differenti). Il caso è quello descritto in un testo tratto dall'undicesimo libro di commento all'editto di Ulpiano e conservato in D. 4.3.7 pr.<sup>20</sup>.

Ivi si rappresenta un'ipotesi particolare di applicazione dell'*actio de dolo* (il discorso, dunque, deve essere impostato in prospettiva processuale).

Mi preme chiarire fin d'ora che il ritorno alle fonti classiche – in quest'indagine che muove 'a ritroso' – non autorizzerà affatto la conclusione che la figura del dolo incidente fosse stata concettualizzata dai *prudentes*. Ogni 'partigianeria romanistica' sarebbe fuori luogo.

---

19 ss. Sulla questione, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 152 ss.; P. GALLO, *Responsabilità*, cit., 295 ss.; C. TURCO, *L'interesse negativo nella 'culpa in contrahendo'*, cit., 165 ss.

<sup>20</sup> Di esso mi occuperò *infra*, § 7 ss.

Nella specie, soltanto alcuni presupposti dell'elaborazione del dolo incidente – così a me pare: ma ciò emergerà alla fine del discorso – sono ravvisabili già nel pensiero dei giuristi romani. Ben s'intende, dunque, che non v'è alcuna volontà di retrodatazione della figura.

La rilettura critica delle categorie dogmatiche dell'oggi che hanno una radice nella storia, se condotta al vaglio delle testimonianze dei *prudentes*, può ben realizzarsi procedendo all'indietro; e così muovendo dal presente per risalire alla scoperta dei preziosi giacimenti di pensiero che sono nel diritto romano, ma senza la pretesa di trovare nel passato le risposte alle domande dell'oggi.

Se è da evitare ogni forzatura attualizzante nelle risposte, al contempo non rinuncerò a pormi per obiettivo una ricerca sulle origini di quel che – non se ne farà ovviamente una questione nominalistica – chiamiamo dolo incidente.

#### 6. *Le 'contraddizioni' di una ricerca sul dolo incidente nelle testimonianze classiche.*

Prima di affrontare la lettura di D. 4.3.7 pr., merita di essere fatta un'osservazione generale.

Una ricerca sulle origini del dolo incidente condotta sui testi dei *prudentes* sembra scontrarsi con talune intrinseche e insuperabili contraddizioni.

In particolare, v'è un ostacolo concettuale che, se non adeguatamente contestualizzato, sembra sbarrare la strada *ab origine* alla configurabilità della distinzione tra dolo incidente e dolo essenziale nel diritto romano classico.

I termini della questione sono illustrati, nella maniera più efficace, dalle parole del Biondi: «in questo ordinamento [*i.e.* quello del diritto romano di epoca classica] non poteva affatto presentarsi ai romani quella distinzione fra dolo *causam dans* ed *incidens*. L'*actio doli*, come tutte le azioni romane, aveva un contenuto sempre fisso ed invariabile; l'effetto era, in ogni caso, identico: costringere, cioè, il reo a prestare all'ingannato una pena il cui ammontare era calcolato secondo l'*id quod interest*. Dunque, la questione fra dolo che intacca l'essenza stessa del negozio, e dolo che ne intacca solo gli elementi accidentali o secondari, non poteva proporsi: o l'agire di una persona non aveva i caratteri e la gravità del *dolus*, ed allora era inespugnabile l'*actio doli*, o si accordava l'esercizio di detta azione ed allora

l'effetto era sempre uno e costante, vale a dire attribuire all'offeso una pena equivalente all'*id quod interest*, mai però la nullità del negozio»<sup>21</sup>.

La schematizzazione appare assai rigida (e per questo è da ritenersi ancor più utile, almeno in questa fase di rappresentazione dei problemi), giacché lo studioso era persuaso che nell'*actio doli* classica non fosse presente la clausola arbitraria, essendo la «facoltà di restituire la cosa per evitare la condanna [...] completamente il prodotto di una innovazione giustiniana la quale riuscì a snaturare il carattere e la struttura classica dell'*actio doli*»<sup>22</sup> (la quale avrebbe invece comportato soltanto la condanna pecuniaria).

L'obiezione di Biondi coglie però un aspetto centrale, che attinge alla stessa proponibilità logica della distinzione tra le due tipologie di dolo. Ed è un'obiezione che muove dai principi fondamentali del processo formulare: non v'è dubbio infatti che la *condemnatio* non avrebbe potuto avere per oggetto altro che una somma di denaro; invece, sarebbe stata impensabile una pronuncia che oggi chiameremmo di natura costitutiva, ossia intesa a introdurre per via giudiziale una modificazione della situazione di diritto, tale per cui si pervenga – nell'ipotesi del dolo – all'effetto della caducazione contrattuale.

Adottate queste premesse, sembra doversi giocoforza concludere nel senso che, nel processo classico, non vi fosse spazio alcuno per il dolo incidente (configurato nei termini sopra descritti, al di là del *nomen*, ovvia-

---

<sup>21</sup> Così B. BIONDI, '*Dolus causam dans*' e '*incidens*', in nota ad App. Torino 27 dicembre 1910, ora in *Scritti giuridici*, III, *Diritto romano, diritto privato*, Milano, 1965, 301 ss.; cfr. inoltre Id., *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912 (rist. Roma, 1970), 91 s., nt. 4.

<sup>22</sup> B. BIONDI, *Studi*, cit., 8. La posizione dell'autore, sul punto senza dubbio superata, muove dall'idea che la *ratio* alla base della sussidiarietà dell'azione di dolo sia quello di risparmiare al condannato gli effetti dell'infamia; sicché, da questo punto di vista, l'*arbitratus de restituendo* potrebbe apparire una comoda quanto inspiegabile scorciatoia. Di qui la conclusione nel senso che la formula dell'azione di dolo non potesse essere arbitraria. Le tesi del Biondi – subito accolte da E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro transmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *BIDR*, XXVI, 1913, 90 ss., ma in specie 102 – sono discusse e riviste criticamente da G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, 71 ss. (si veda anche 249 ss.). D'altra parte, dava per pacifico che l'*actio doli* fosse arbitraria P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>8</sup>, Paris, 1929, 451. Per una sintetica rappresentazione della questione dell'arbitrarietà o meno dell'*actio doli*, J.G. CAMIÑAS, *La problemática del dolo en el derecho romano clásico*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 957 ss. Al di là degli eccessi interpolazionistici, è però fuori discussione che nel processo classico la condanna non avrebbe potuto avere per oggetto altro che una somma pecuniaria.

mente); oppure, tutt'al contrario, si potrebbe dire che il dolo fosse immaginabile esclusivamente nelle forme del dolo incidente.

L'apparente paradosso si spiega nel senso che la proposizione dell'*actio doli* avrebbe condotto al percorso rimediale rappresentato da una condanna pecuniaria nell'*id quod interest* e dunque a conseguenze – sia consentito dire, ancora con il linguaggio dell'oggi – in sostanza risarcitorie (giacché la somma sarebbe stata commisurata al valore economico del danno patito)<sup>23</sup>, proprio secondo il modello concettuale cui si ispira nel nostro ordinamento l'art. 1440 cod. civ. Viceversa, ignoto al sistema romano classico era il dolo che comporta conseguenze caducatorie, qual è oggi delineato nell'art. 1439 cod. civ., ossia il dolo che prende il nome di essenziale.

È risaputo poi – e lo si risconterà presto guardando al caso concretamente descritto in D. 4.3.7 pr. – che paragonabili a quelli dell'odierno dolo essenziale erano semmai gli effetti che si sarebbero potuti ottenere per l'operatività di un sistema rimediale complesso (potremmo dire 'bifasico'), basato sull'accostamento dell'*actio doli* e della *restitutio in integrum*, la quale ultima – a prescindere dagli innumerevoli dubbi che si sono appuntati sulla sua esistenza nonché sulla sua configurazione<sup>24</sup> – è da ritenere che si sarebbe potuta richiedere al pretore proprio in conseguenza del dolo. In virtù di questo particolare mezzo di origine stragiudiziale – la *restitutio* che appunto prende il nome di *propter dolum* – si sarebbe consentito al *deceptus* di ottenere gli effetti caducatori che l'*actio doli* di per sé non avrebbe prodotto<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> In questa prospettiva può dirsi impostato il recente lavoro di M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008: se nell'esperienza giuridica romana il dolo avrebbe ampiamente 'coperto' l'area extracontrattuale, solo in seguito questo si sarebbe focalizzato, mercé una sua generale ridefinizione dogmatica, sull'area negoziale; si veda inoltre EAD., *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche*, in AA.VV., *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, 2007, 254 ss. Per ulteriori riferimenti sull'*actio doli*, si veda *infra*, § 12.

<sup>24</sup> A livello manualistico, cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, 198; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 350 s.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, 237 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 615 s.

<sup>25</sup> Cfr. E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. 'actiones arbitrariae'*, in ZSS, XXXVI, 1915, 1 ss.; ID., *Zur nachklassischen 'in integrum restitutio'*, in ZSS, LXVIII, 1951, 410 ss. (l'uno e l'altro anche in *Gesammelte Schriften*, I, Köln - Graz, 1963, rispettivamente 321 ss. e 446 ss.); M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 479 ss.; E. CARRELLI, *L'intercessio della donna e la 'restitutio in integrum' del creditore*, in SDHI, III, 1937, 305 ss.; ID., *'Decretum' e 'sententia' nella 'restitutio in integrum'*, in AUBA, I, 1938, 129 ss.; ID.,

Certo, non si intende sottovalutare la dinamica, ben lumeggiata dalla dottrina (e già da qualche tempo), di ‘avvicinamento’ della *restitutio in integrum* al processo, senza dubbio giunta a compimento almeno con gli ultimi giuristi classici. Così, può dirsi abbandonata l’idea di una netta estraneità – nel processo formulare – della *restitutio* rispetto all’ambito delle *actiones*<sup>26</sup>, essendo viceversa recepita una ricostruzione nella quale si sottolinea «una certa connessione» tra *restitutio* e *actio*<sup>27</sup>, ovvero ancor più precisamente una «progressiva convergenza tra *imperium* e *iurisdictio*» che avrebbe posto le basi per una collocazione, stabile ormai nella cornice della *cognitio extra ordinem*, dell’«istituto restitutorio in un ampio concetto di attività giurisdizionale, significativo d’una nuova realtà processuale, che viene componendo sempre più ad unità la precedente distinzione – nelle strutture come nei concetti e nella terminologia – tra i due regimi processuali eterogenei»<sup>28</sup>.

Al contempo, però, occorre tener fermo il fatto che nel processo formulare la *restitutio in integrum* continuava a proporsi come un mezzo inserito dal pretore in editto per talune specifiche ipotesi e comunque, al di là della dinamica evidenziata, nella sua essenza pur sempre *magis imperii quam iurisditionis*<sup>29</sup>, dunque in certa misura strumento esterno e complementare

---

Sul ‘*beneficium restitutionis*’, in SDHI, IV, 1938, 5 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla ‘restitutio in integrum’*, Milano, 1965; L. RAGGI, *La ‘restitutio in integrum’ nella ‘cognitio extra ordinem’*. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica, Milano, 1965; M. SARGENTI, *Studi sulla ‘restitutio in integrum’*, in BIDR, LXIX, 1966, 193 ss.; A. WACKE, *Kannte das Edikt eine ‘in integrum restitutio propter dolum’?*, in ZSS, LXXXVIII, 1971, 105 ss., ove riferimenti – in specie in nt. 2 – alla precedente letteratura; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, II, Milano, 1973, 327 ss.; B. KUPISCH, *‘In integrum restitutio’ und ‘vindicatio utilis’ bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974; M. KASER, *Zur ‘in integrum restitutio’, besonders wegen ‘metus’ und ‘dolum’*, in ZSS, XCIV, 1977, 101 ss., sulla *restitutio propter dolum* in particolare 143 ss.

<sup>26</sup> Idea che sorregge lo studio di E. LEVY, *Zur nachklassischen ‘in integrum restitutio’*, cit., *passim*.

<sup>27</sup> M. LAURIA, *‘Iurisdictio’*, cit., 481 ss.; si veda inoltre ID., *‘Contra constitutiones’*. Primi appunti, Napoli, 1927; ID., *Sull’‘appellatio’*, in Arch. giur., XCVII, 1927, 228 ss.

<sup>28</sup> L. RAGGI, *La ‘restitutio in integrum’*, cit., 114 s.

<sup>29</sup> Si allude alla celeberrima qualificazione funzionale della *restitutio* leggibile in Paul. 1 ad ed. D. 50.1.26 pr.: *ea, quae magis imperii sunt quam iurisditionis, magistratus municipalis facere non potest*; cfr. inoltre, Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.6: *idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere*. Su questa linea di pensiero, O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, Leipzig, 1927, 109 ss. Che la natura di rimedio *magis imperii quam iurisditionis* della *restitutio* fosse poi ancor più marcata per il fatto che tale strumento, pur generaliz-

rispetto alla sfera della giurisdizione. E ciò non può trascurarsi, sebbene la distanza tra la *restitutio* e la *iurisdictio* arrivi di fatto – ma non anche, direi, in linea teorica – ad annullarsi nella ricostruzione di chi, come Kupisch, ritiene che già nel processo classico sia da vedersi un'identificazione della *restitutio* con il *iudicium restitutorium* e dunque, in sostanza, con una comune *actio*<sup>30</sup>.

Inoltre occorre aggiungere che, in alternativa alla *restitutio in integrum propter dolum*, gli effetti caducatori potevano essere ottenuti nel processo classico in forza dell'*arbitratus de restituendo* (anche in tal caso, sempre che tra *restitutio* e *arbitratus* si voglia veder conservata la tradizionale distinzione<sup>31</sup>), nella misura in cui questa parte eventuale fosse inserita nella formula<sup>32</sup>. Si sarebbe così costruita con l'*actio de dolo* una formula – combinazione non usuale – *in personam* e arbitraria. Pertanto, se all'ordine di remissione in pristino contenuto nell'*arbitratus* il convenuto-*deceptor* si fosse adeguato, questi avrebbe allora evitato – com'è noto – la *condemnatio* pecuniaria.

Si nota che, in entrambi i casi, la caducazione del contratto rappresentava una conseguenza in sé non derivante – come nell'odierno processo civile – direttamente dalla sentenza: non si è a cospetto, per intenderci, di un giudizio costitutivo necessario. La caducazione derivava invece da un ordine pretorio (che si sarebbe espresso nei termini di un imperativo rivolto al giudice di 'non tenere conto' di un atto, pur esistente per *ius civile*) in ultima analisi pur sempre stragiudiziale – sebbene con tutte le opportune attenuazioni e le cautele di cui si è detto poc'anzi – nel caso della *restitutio*, oppure la caduca-

---

zato nella prassi, non fosse mai stato inserito in editto, si può ricavare dalle ricerche di M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., in specie 616 ss.

<sup>30</sup> Cfr. B. KUPISCH, '*In integrum restitutio*', cit., 98 ss.; in critica, si veda la recensione di G. CERVENCA, in *Labeo*, XXIV, 1978, 213 ss., con alcune obiezioni puntuali e una di carattere generale (in specie, 218): «pure in disaccordo con la tesi della pura e semplice identificazione *i.i.r.* = *actio* mi sembra la circostanza – da tempo nota alla dottrina – che la *restitutio in integrum* poteva trovare attuazione anche per mezzo di un rimedio diverso da un'*actio*: vale a dire attraverso la concessione di un'*exceptio* o di una *replicatio*».

<sup>31</sup> Non così, nuovamente, nella lettura delle fonti proposta da B. KUPISCH, '*In integrum restitutio*', cit., 9 ss., secondo il quale con richiamo alla *restitutio in integrum* sarebbe evocato non soltanto il mezzo pretorio e stragiudiziale, ma anche quello realizzato dal giudice attraverso il *iussum de restituendo* contemplato nelle azioni arbitrarie, nelle quali il convenuto che intenda evitare la condanna è tenuto a reintegrare l'attore nello *status* primitivo.

<sup>32</sup> Tale parte non era inserita in caso di impossibilità della restituzione: cfr. Paul. 11 *ad ed. D.* 4.3.18.1: *non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?*

zione sarebbe stata riconducibile alla volontà, sia pur 'indotta', del convenuto di sottrarsi alla condanna pecuniaria, nel caso dell'*arbitratus*.

Per l'uno o per l'altro verso, si può dire in altre parole che nessuna caducazione sarebbe stata imprescindibilmente collegata alla struttura essenziale dell'*actio doli*: pur con la differenza – è opportuno rimarcarlo – che nel caso dell'*arbitratus de restituendo* l'ordine di remissione in pristino era in effetti comunque inserito nella *conceptio verborum*, mentre più lontano (almeno in linea teorica, come sopra si è detto) dall'*actio* si sarebbe prospettato l'effetto caducatorio quando il raggirato avesse fatto ricorso alla *restitutio in integrum propter dolum*.

Ancora altri percorsi – ma che rimarranno estranei, di necessità, alla presente indagine – si sarebbero poi offerti al *deceptus* allo scopo di giungere ai medesimi esiti caducatori. Si pensi, così guardando al vasto ambito dei giudizi di buona fede, all'impiego dell'azione contrattuale piegata in funzione risolutoria (la mente va anzitutto all'azione nascente da contratto, ma diretta *ad resolvendam emptionem*): in tal caso, la *restitutio* sarebbe stata, per così dire, assorbita nella cornice del giudizio di buona fede<sup>33</sup>.

#### 7. La lettura di Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.7 pr.

Il testo nel quale sono ravvisabili le origini del dolo incidente è quello, varie volte evocato, di D. 4.3.7 pr. Si può dire che da qui prenda avvio la lunga storia di un concetto.

Leggendo questo passo, i civilisti più vicini alla Pandettistica non esitavano a ritenere che il dolo incidente fosse una figura propria già del diritto romano classico<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Su ciò si veda M. TALAMANCA, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione. Seminario Aristec per B. Kupisch (Roma, 20-22 giugno 2002)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2002, 5 ss. Inoltre, L. VACCA, in vari contributi, ma cfr. in specie quelli ora raccolti in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova, 2006. Di recente, poi, N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 203 ss.; ID., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio. Il problema di un giusto equilibrio tra le disposizioni delle parti*, ne *La compravendita e l'interdipendenza*, II, cit., in specie 510 ss., ove anche G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e 'risoluzione' della 'emptio venditio': alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, *ibidem*, in specie 32 ss.; nonché E. PARLAMENTO, *Labeone e l'estensione della 'redhibitio' all'actio empti'*, in *Riv. dir. rom.* ([www.ledonline.it/rivistadirittoromano.it](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano.it)), III, 2003, 1 ss.

<sup>34</sup> Basti vedere G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze,

In realtà, come già si è anticipato, la distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente emerge da quanto nel testo vollero scorgere i successivi interpreti. In esso la Glossa (ad D. 4.3.7 pr. *sed in hoc ipso*, in fine) e poi tutta la tradizione romanistica videro la traccia sulla quale disegnare, con tratti dapprima abbozzati e poi via via più definiti, la concettualizzazione giunta fino a noi<sup>35</sup>.

Ma è venuto finalmente il momento di dar voce a Ulpiano:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr.: *et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

La letteratura sul passo è – com'è facile attendersi, dati i cennati sviluppi – assai ampia<sup>36</sup>.

---

1891, IV, 114 s.; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1920, 248. Per J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, I, Paris, 1866, 145 ss., la distinzione – seppure non esplicitamente formulata – è ravvisabile nelle fonti romane; non differente l'impostazione di H. SAVATIER, *Étude sur le dol, de sa nature, de son influence sur les faits juridiques volontaires en droit romain et en droit français*, Paris, 1881, 84: «pour nous, le débat n'est pas une question de mots, il doit porter sur les idées. C'est un fait certain constaté par les textes [...] que le dol, en droit romain, produit deux effets: annulation totale du contrat, annulation partielle ou simple droit à des dommages-intérêts, le contrat étant par ailleurs maintenu. A cette différence, il faut trouver une raison. Nous croyons que l'on doit justement la chercher dans la distinction établie par les commentateurs entre le dol *causam dans* et le *dolus incidens*; distinction équitable, conforme à la nature des choses, qui s'est imposée peut-être inconsciemment mais très réellement aux jurisconsultes romains». Per A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, 415, nt. 32.5: «la identificazione del *dolus causam dans* in contrapposto al *dolus incidens* si ricava dai testi, ma la terminologia non è romana. Cfr., ad esempio, Paul. D. 17.2.3.3, Flor. D. 18.1.43.2, Paul.-Ulp. D. 19.1.43».

<sup>35</sup> Si veda *infra*, § 12.

<sup>36</sup> Per citare i principali contributi: [nome non indicato] SPRENGER, *Über 'dolus causam dans' und 'incidens'*, in *Acp*, LXXXVIII, 1898, 361 ss.; G. LONGO, *Contributi*, cit., 20 ss.; J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 273 ss.; P. STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh - London, 1958, 88 ss.; B. ALBANESE, *La sussidia-*

Il brano trova occasione nel commento alle parole edittali – riferite all'*actio doli* – *si alia actio non sit*, ma poi si snoda evidenziando, come risulta fin già a un primo sguardo, una tessitura piuttosto complessa. Provando a schematizzarne il contenuto, si nota che sono posti in successione: l'esplicazione delle parole in commento (*si alia actio non sit*), secondo quanto con *elegantia* aveva detto Pomponio; quindi, l'esemplificazione ricavata da una *sententia* di Giuliano, la quale a sua volta sembra non porsi in contrasto con la precedente esplicazione pomponiano-ulpiana.

Da sempre si sono espressi dubbi quanto alla sua autenticità.

Taluni hanno ritenuto che l'intero brano fosse spurio, concentrando in particolare i sospetti sul tratto da *hoc enim* sino a *in integrum restitutionem*<sup>37</sup>. Al suo interno, il passaggio *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* – peraltro fondamentale ai fini di quanto interesserà dire<sup>38</sup> – è forse quello su cui si appuntano le maggiori critiche.

Per esempio, le parole *aut ... circumscriptus est* sono ritenute inaffidabili dal Lenel<sup>39</sup>. Secondo il Biondi, il passo non avrebbe senso per diritto clas-

---

rietà dell'*a. de dolo*', in AUPA, XXVIII, 1961, 188 ss.; A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 140 ss.; M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 11 ss.; M.G. ZOZ, 'Restitutio in integrum' e manomissioni coatte, in SDHI, XXXIX, 1973, 125 ss.; B. KUPISCH, 'In integrum restitutio', cit., 250 ss.; A. WACKE, 'Circumscribere', *gerechter Preis und die Arten der List*, in ZSS, XCIV, 1977, 237 ss.; ID., *Kannte das Edikt*, cit., 111 ss.; M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio'*, cit., 144, nt. 158; A. D'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revisión de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in SDHI, XLVI, 1980, 31 ss.; G. MACCORMACK, 'Dolus' in *Decisions of the Mid-classical Jurists (Julian - Marcianus)*, in BIDR, XXXV-XXXVI, 1993-94, 88; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 260 ss.; M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 71 ss.

<sup>37</sup> Cfr. E. HUSCHKE, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, in ZSS, IX, 1888, 354 s.; S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio* (II), in BIDR, XVIII, 1906, 242, nt. 1; G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS, XLV, 1925, 435; K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, 17 (su cui è utile vedere la recensione di W. KUNKEL, in ZSS, XLVI, 1926, 433 ss.); G. LONGO, *Contributi*, cit., 21 ss. Una verifica condotta sulla *littera Florentina* non evidenzia alcun dato significativo; almeno, ritengo che tale non possa dirsi l'aggiunta al di sopra della linea del testo della parola *aut* tra il *non possit* che nell'edizione mommseniana è collocato entro la parentesi e il successivo *nullam esse venditionem*: cfr. *Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, I, a cura di A. Corbino e B. Santalucia, Firenze, 1988, 74v.

<sup>38</sup> Si veda *infra*, § 15.

<sup>39</sup> O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, c. 466, nt. 1, che sul punto segue le indicazioni del Noodt, le quali sono recepite anche dall'edizione mommseniana: cfr. *ad h.l.*, nt. 3. Il medesimo Lenel ritiene che D. 4.3.7 segua D. 4.3.3-5: *non habet hoc edictum locum, verum etiamsi adversus alium [...]: ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore concudente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tute-*

sico: la distinzione tra le due articolazioni del dolo «fu completamente estranea ai classici e venne formandosi nel diritto intermedio su questi spunti bizantini. Il diritto classico fu ben lungi dal concepire il dolo (e così pure la violenza) come un vizio del consenso; l'analisi psicologica diretta a determinare se il dolo sia stato *causam dans* o semplicemente incidentale non poteva quindi presentarsi ai classici né a proposito dell'*actio doli* né a proposito della *restitutio propter dolum*; il contenuto di entrambi questi mezzi giuridici era sempre uno e costante: col primo si domandava la pena, col secondo la reintegrazione del pristino stato»<sup>40</sup>.

Si tratta dunque di un giudizio assai severo, in realtà coerente con l'impostazione generale adottata dal medesimo autore per l'*actio de dolo* (anche se, *per incidens*, si potrebbe imputare al Biondi di aver un po' falsato i presupposti esatti della distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente, la quale – come sopra si è visto – non potrebbe affidarsi a un'indagine psicologica sull'intensità del dolo da parte del *deceptor*, ma si collega piuttosto alla valutazione degli effetti del dolo dal punto di vista del *deceptus*, secondo un giudizio di 'efficienza causale').

#### 8. *Il significato del testo in una lettura 'acritica'.*

Prima di tutto, proporrei una lettura che parta dal testo per come esso ci è giunto nell'edizione mommseniana sopra riprodotta.

In esordio, è rimarcata l'eleganza della parafrasi di Pomponio, secondo il quale le parole *si alia actio non sit* sarebbero state da riferirsi all'ipotesi in cui non si potesse salvaguardare in modo diverso la situazione del *deceptus*.

Nel seguito, si dice che non sembra contrastare con questa opinione quanto Giuliano scrive nel suo quarto libro, ove si afferma che, se un minore di venticinque anni, tratto in inganno dal suggerimento del servo, ha venduto quest'ultimo con il peculio e il compratore lo ha manomesso, debba essere concessa nei confronti del servo manomesso l'azione di dolo. La citazione di Giuliano è dunque riportata da Ulpiano con la preoccupazione che dalla sua lettura non risulti intaccata la regola generale subito prima espressa.

Quindi si osserva che è ritenuta valida la soluzione giuliana nel caso in

---

*lae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.* Cfr. O. LENEL, *Paligenesia*, II, cit., 466.

<sup>40</sup> Così B. BIONDI, *Studi*, cit., 91 s., nt. 4; si veda inoltre ID., '*Dolus causam dans*', cit., 301 ss.

cui il compratore non abbia posto in essere una condotta dolosa, di talché questi non possa essere convenuto attraverso l'azione nascente dal contratto di compravendita.

Infine, si afferma che la vendita è *nulla* se il minore è stato tratto in inganno per quanto concerne lo stesso proposito di vendere. Il fatto che il soggetto sia minore d'età non può portare all'applicazione del rimedio restitutorio; infatti, si dice, nessun rimedio restitutorio può trovare applicazione nei confronti di chi è stato manomesso.

Il passo evidenzia una stratificazione di pensiero giurisprudenziale rispetto a cui è opportuno ora cercare di mettere un po' d'ordine.

Si dice che l'opinione di Pomponio non è contraddetta dal responso di Giuliano. Il commento ulpiano collega poi i diversi segmenti di ragionamento in un quadro unitario, dal quale dovrebbe risultare chiaro che in un caso come quello rappresentato, in cui il minore dei venticinque anni avrebbe dovuto agire nei confronti dello schiavo manomesso (e non anche, almeno in mancanza di *collusio*, del compratore), non vi sarebbe stato altro modo per tutelare l'interesse dell'attore.

Il periodo d'esordio *et eleganter ... non poterit* chiama in causa l'ampissimo tema della sussidiarietà dell'azione di dolo: però, giacché l'oggetto diretto della nostra indagine è distinto (o relativamente distinto, come si avrà modo di meglio precisare nel seguito) rispetto a tale tratto caratterizzante dell'*actio doli*<sup>41</sup>, tralascero di affrontare i problemi a esso connessi.

### 9. *Le alternative prospettate.*

Interessa concentrarsi, per stare al tema del dolo incidente, sull'opinione di Giuliano.

Secondo il giurista classico, qualora venditore sia un minore e oggetto

---

<sup>41</sup> Mi riferisco qui alla sussidiarietà dell'*actio de dolo* rispetto alle altre azioni edittali: per indicazioni essenziali di letteratura in tema, si veda *infra*, nt. 53. Altro tema, assai più connesso alla lettura di D. 4.3.7 pr., è quello dell'eventuale sussidiarietà dell'azione di dolo rispetto alla *restitutio in integrum propter dolum*: ferma restando l'assenza di evidenze testuali in argomento, mi pare persuasiva la supposizione di M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 616 ss., secondo il quale – sul presupposto del carattere decretale e non edittale della *restitutio* – un siffatto rapporto non potrebbe dirsi sussistente, giacché, uscendo dall'ambito dell'editto, non si potrebbe che restare «nella sfera dell'opinabile». Di questa considerazione mi pare utile tener conto onde meglio precisare quanto si è in precedenza affermato in ordine all'esistenza di un sistema rimediale complesso, 'bifasico', costruito su *actio e restitutio*.

del contratto sia il servo con il peculio, posto che il compratore ha poi manomesso il servo, la soluzione del caso si articola intorno ai seguenti punti, che così schematizzo per maggiore chiarezza:

1) è data l'azione di dolo avverso il servo che ha indotto a concludere il negozio;

2) se il dolo fosse posto in essere anche dal compratore, quest'ultimo sarebbe convenibile con l'azione contrattuale;

3) il contratto di compravendita è *nullus* se il venditore è stato tratto in inganno «proprio il relazione alla volontà stessa di concludere la vendita».

Si prenda in considerazione, prima di tutto, l'ipotesi 2).

La compartecipazione dolosa del compratore rende quest'ultimo responsabile direttamente sul piano contrattuale.

Va detto che, nel caso in esame, la prospettazione della responsabilità contrattuale è affacciata 'in negativo': *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*. Nella fattispecie concreta, quindi, il dolo del compratore manca. In astratto, tuttavia, nell'eventualità di *collusio* si sarebbe potuta dare azione diretta nei confronti del soggetto avvantaggiatosi dall'affare.

Ciò che pacificamente rileva è che, comunque, non si porrebbe una questione di dolo. L'ipotesi 2) rimane pertanto estranea alla nostra indagine; essa merita ugualmente un'osservazione di ordine testuale, che può però contenersi in poche parole.

Qualche rimaneggiamento, ove si puntualizza la responsabilità contrattuale del compratore per l'ipotesi della collusione tra questi e il servo, dal testo emerge: macroscopicamente, si nota che, se il minore avesse agito nei confronti del compratore, l'avrebbe fatto con l'*actio venditi* e non con l'*actio empti* di cui si parla nel passo.

L'ampio e assai articolato studio esegetico sul testo condotto dal Van Oven (il quale mette tutto il proprio impegno nella ricostruzione delle 'vere parole' poi perdutesi nel tempo) ipotizza che il passaggio di cui si sta discutendo, compreso nell'inciso che nell'edizione mommseniana è evidenziato tra parentesi, sia il frutto di una cd. 'nota marginale' inserita da un autore successivo a Ulpiano<sup>42</sup>; in specie, secondo lo studioso, si potrebbe pensare a un autore del IV secolo, un professore o addirittura uno studente (considerata la banalità della svista nella quale è incorso colui che abbia scritto *actio empti* in luogo di *actio venditi*). Per Van Oven, il tratto *hoc enim ... possit* dovrebbe quindi essere espunto dal testo.

<sup>42</sup> Cfr. J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 276 ss.

In ogni caso, se anche si accedesse all'idea della presenza di una siffatta 'nota marginale', non risulterebbe modificata la logica generale del discorso che a noi interessa, riguardante il tema del dolo. Si tratterebbe di un inserimento innocuo, che anzi, proprio perché così estemporaneo e avulso dal contesto, potrebbe di per sé far pensare che non vi fossero più ampi rimaneggiamenti.

10. *Nel testo di D. 4.3.7 pr. la traccia per la distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente.*

L'attenzione merita ora di essere spostata sull'alternativa che – a questo punto, tolta di mezzo la prospettiva presentata *sub 2)* – si viene a creare tra quanto indicato *sub 1)* e *sub 3)*.

Vale la pena di riprendere il filo del discorso che si era iniziato: nel passo si afferma che, nei confronti del servo (il quale certamente non è parte contrattuale e quindi non risulta sanzionabile con l'azione contrattuale), è data l'azione di dolo, a meno che l'inganno non abbia inciso sulla stessa volontà di concludere il contratto (il quale altrimenti non sarebbe stato affatto concluso); in questa seconda ipotesi, infatti, si dice che la vendita è da ritenersi *nulla*.

È ormai evidente che proprio su questo snodo s'innesta la distinzione tra le due articolazioni del dolo, essenziale ed incidente.

Come si è detto, il dolo essenziale, essendo valutato dal *deceptus* come decisivo per il formarsi della volontà di concludere il contratto, conduce alla caducazione di quest'ultimo; il dolo incidente, invece, espone a una condanna pecuniaria.

Si rileggano le parole: *dandam in manumissum de dolo actionem ... aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*: quindi proprio nell'*aut* è identificabile il punto attraverso cui passa la linea di distinzione tra le due figure.

Prima di approfondire il senso e le implicazioni di tale distinzione, e così di percorrere le due strade che nel brano sono evocate con riferimento all'*actio de dolo* e alla *venditio nulla*, occorre però soffermarsi su un aspetto imprescindibile per l'intelligenza della fattispecie, legato ai limiti del funzionamento dell'*actio de dolo* di fronte alle specificità del caso.

11. *L'impossibilità della 'restitutio in integrum'.*

Si vedano ora le parole con cui si chiude il testo di D. 4.3.7 pr.:

*et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Si provi a immaginare, nella sua concretezza, la vicenda plausibilmente sottoposta all'attenzione di Giuliano.

Così, si pensi al giovane venditore che si era rivolto al giurista per ottenere un autorevole parere sul fatto occorsogli: lo schiavo lo aveva convinto a essere reso oggetto di vendita, confidando che il compratore lo avrebbe reso libero. Nel fare ciò, probabilmente, lo schiavo aveva persuaso il proprio padrone del fatto che il peculio – di per sé non costituente oggetto della vendita dello schiavo – fosse di valore inferiore a quello reale; l'acquirente avrebbe quindi realizzato un affare per sé vantaggioso liberando lo schiavo e trattandosi il *peculium*, di ammontare superiore al prezzo della vendita. L'alternativa, che però mi pare meno probabile, è di ritenere che l'inganno avesse avuto per oggetto l'inclusione stessa del peculio nella vendita.

Comunque, le parole sopra riportate mostrano chiaramente come, nella specie, non fosse proponibile alcuna *restitutio in integrum* (anzitutto quella collegabile all'età del *dominus*, a prescindere da quella eventualmente fondata direttamente sul dolo).

Ciò è da tenersi ben presente per comprendere come da un caso di peculiare applicazione dell'*actio de dolo* tragga origine, nei tratti essenziali della sua configurazione concettuale, il dolo incidente.

La ragione per la quale la *restitutio in integrum locum non habet* è presto detta: nel caso in esame, al ritorno dello schiavo liberato nella condizione servile si sarebbe opposto il *favor libertatis*.

Sul grado di 'rigidità' del divieto scaturente da tale *favor* si può discutere. A parere di Brutti, l'esclusione della *restitutio in integrum* non potrebbe considerarsi all'epoca di Giuliano «come applicazione meccanica di un principio tradizionale e indiscusso», bensì come il frutto di una scelta operata con riguardo al caso concreto «a favore del mantenimento della libertà del manomesso»<sup>43</sup>. Se ciò rileva ai fini dell'esatta configurazione del *favor*,

---

<sup>43</sup> Così M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 22 ss. Lo studioso vede nella soluzione giuliana di concedere l'azione di dolo, però senza la *restitutio in integrum adversus libertatem*, una scelta di temperamento di interessi adottata con preciso riferimento al caso di spe-

sta di fatto che, maggiore o minore che fosse il margine di valutazione del caso di specie, la *restitutio* era qui impedita.

Più precisamente, non sarebbe stato possibile porre nel nulla la *mancipatio* realizzata sperando nei confronti dello schiavo liberato una *vindicatio in servitutem* fittizia<sup>44</sup>.

Proprio quella dell'impossibilità della *restitutio* è la prospettiva di analisi del passo adottata da Kupisch, il quale porta l'attenzione su:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.9.6: *adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est.*

Osserva lo studioso tedesco: «insbesondere auf fr. 7 pr. und fr. 9,6 wird der Satz gestützt, dass es (wegen des *favor libertatis*) *i.i.r.* gegen Freilassungen (genauer: gegen den Freigelassenen) nicht gibt. Unter *i.i.r.* versteht man hier also den Rechtsbehelf als solchen, ohne Unterschied des Restitutionsgrundes. Die Tatsache, dass der *manumissus* hingegen der Dolusklage unterliegt (fr. 7 pr.), führt sodan zu dem Schluss, dass die Dolusklage keine *i.i.r.* ist»<sup>45</sup>.

Dunque si è detto che, in considerazione del *favor libertatis*, nel caso del giovane venditore raggirato dallo schiavo sul quale si pronunciava Giuliano, a seguito dell'esperimento dell'*actio doli* non avrebbe potuto trovar spazio alcuna *restitutio in integrum*<sup>46</sup>.

---

cie; sul punto, inoltre, si veda *infra*, § 17. Quanto all'ampio tema della vendita dello schiavo (nonché del suo peculio), F. REDUZZI MEROLA, 'Servo parere'. *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, 1990, 58 ss.

<sup>44</sup> Cfr. J.C. VAN OVEN, *D.* 4,3,7, *pr. Contribution*, cit., 276.

<sup>45</sup> Così B. KUPISCH, 'In *integrum restitutio*', cit., 251. Nella medesima prospettiva, H. ANKUM, *Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4.2.9.5-6 über die Abhilfen gegen 'metus'*, in *Festschrift für H. Hüber zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, a cura di G. Baumgärtel, E. Klingmüller, H.-J. Becker, A. Wacke, Berlin - New York, 1984, 7, nt. 20.

<sup>46</sup> Sulla compatibilità della risoluta affermazione, dal punto di vista di Ulpiano, con altre, più attenuate, di quest'ultimo giurista, nonché di Paolo, si veda L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum'*, cit., 187 ss., il quale guarda a D. 4.3.7 pr. dal particolare punto di vista della questione se «l'esclusione della *restitutio adversus libertatem* sia stata introdotta in relazione al problema dell'appellabilità dei provvedimenti giudiziari» [con riguardo inoltre alle costituzioni diocleziane conservate in C. 2.30(31).4 e C. 7.45.8, su cui si veda anche G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 285 s.]; e in proposito Raggi conclude: «ciò che, ai nostri fini, interessa rilevare è che nelle cause di libertà l'esclusione della *restitutio* – posta in maniera meno rigida e con varie distinzioni nell'età classica, tassativamente in quella giustiniana – e correlativamente l'affermazione dell'obbligo di appellare, sono in funzione non del problema dell'utilizzazione della *restitutio* come surrogatoria dell'appello,

Si ricorderà quel che, partendo dalle parole del Biondi, si era osservato in merito al meccanismo rimediale cd. 'bifasico', costruito sull'accostamento tra l'*actio doli* e lo strumento *magis imperii quam iurisdictionis* della *restitutio in integrum*<sup>47</sup>.

Ebbene, quello stesso meccanismo nella specie non poteva attuarsi: l'*actio doli* avrebbe funzionato in modo tale da condurre alla condanna pecuniaria del *deceptor*, senza che a ciò si agganciassero gli ulteriori effetti che lo strumento della *restitutio* avrebbe potuto perseguire a completamento dell'*actio*.

In considerazione della medesima *ratio*, ossia del *favor libertatis*, è da ritenere inoltre che nemmeno sarebbe stata ipotizzabile la remissione in pristino, in grado di evitare la condanna pecuniaria, conseguente all'inserimento nella formula dell'*actio doli* dell'*arbitratus de restituendo*.

Per l'una o per l'altra via, la conclusione è nel senso che, stante la particolare configurazione del caso, di fronte all'atto negoziale macchiato da dolo non si sarebbe comunque spiegato alcun effetto caducatorio-restitutorio, a ciò essendo inesorabilmente d'ostacolo il *favor libertatis*.

## 12. L'azione di dolo.

Prima di procedere nell'analisi dei problemi posti da D. 4.3.7 pr., è opportuna una breve digressione su taluni profili di funzionamento dell'azione di dolo.

Certo, non si intende allargare lo sguardo sulla tematica – davvero immensa – contrassegnata dal binomio 'dolo-buona fede'<sup>48</sup>, né affrontare i

---

bensi dell'intendimento di impedire quella revoca in servitù dello schiavo manomesso che sarebbe la diretta conseguenza della *restitutio*». In quest'ottica, cfr. inoltre N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 175 ss. e 193, nt. 175.

<sup>47</sup> Si veda *supra*, § 6, unitamente alla precisazione di cui alla nt. 41.

<sup>48</sup> A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Teil B, II.1, Halle, 1878 (rist. Aalen, 1963), 207 ss., nonché Teil C, II.1<sup>2</sup>, Halle, 1895 (rist. Aalen, 1963), 134 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 318 ss.; G. LONGO, *Contributi*, cit., *passim*; F. CASAVOLA, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1957, 147 ss.; G.I. LUZZATTO, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 712 ss.; H.P. BENÖHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte*, in *ZSS*, LVII, 1970, 123 ss.; A. CARCATERRA, '*Dolus bonus*', '*dolus malus*'. Egesi di D. 4.3.1.2-3, Napoli, 1970; A. WACKE, *Zum 'dolus'-Begriff der 'actio de dolo'*, in *RIDA*, XXVII, 1980, 349 ss. (in traduzione, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*,

non minori problemi sollevati specificamente dall'*actio doli* (su cui anche di recente si è soffermata la letteratura<sup>49</sup>), bensì soltanto rammentare i profili di quest'ultima che più direttamente vengono in gioco nel discorso che si sta svolgendo.

È risaputo che l'*actio de dolo* – azione che, per evocare la celebre definizione rimasta per sempre scolpita nelle parole ciceroniane, appariva in grado di spazzar via tutte le malizie: *omnis malitiae everriculum*<sup>50</sup> – fu introdotta in editto da Aquilio Gallo, in un momento del quale non si può essere certi<sup>51</sup>, ed era di natura penale; eppure, in esito a un'evoluzione ampiamente lumeggiata dalla dottrina<sup>52</sup>, divenne un'azione caratterizzata in sen-

---

in *Iura*, XXVIII, 1977, 10 ss.); ID., 'Circumscribere', cit., 184 ss.; G. MACCORMACK, 'Dolus' in the law of the early classical period (Labeo-Celsus), in *SDHI*, LII, 1986, 236 ss.; ID., 'Sciens dolo malo', in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1985, 1445 ss.; ID., 'Dolus' in Republican Law, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 1 ss.; ID., 'Dolus' in Decisions, cit., 83 ss.; J.G. CAMIÑAS, *La problemática*, cit., 945 ss.; M.J. SCHERMAIER, 'Bona fides' in Roman Contract Law, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann - S. Whittaker, Cambridge, 2000, 63 ss.; non ho potuto vedere invece L.J. BEEK, 'Dolus'. *Een semantisch-juridische studie*, Nijmegen, 1999, su cui però può leggersi la recensione di R. KNÜTEL, in *ZSS*, CXIX, 2002, 651 ss.; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento, ne Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 34 ss.; R. CARDILLI, 'Bona fides' tra storia e sistema, Torino, 2004; ID., *La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Roma e America*, XIII, 2002, 123 ss.; U. ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bâle, 2004. Sotto il profilo dell'eccezione di dolo, cfr. i vari contributi raccolti ne *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006; con attenzione al presente, poi, gli ulteriori contributi che compongono *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006.

<sup>49</sup> Mi riferisco in specie a M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., nonché a P. LAMBRINI, 'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale, in *Sem. compl.*, XXII, 2009, 225 ss.; EAD., *Labeone, l'azione di dolo e l'inadempimento: per una rilettura critica di D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 ad ed.)*, in *Iura*, LVII, 2009, 226 ss.

<sup>50</sup> *Cic. nat. deor.* 3.30.74.

<sup>51</sup> Intorno alla *vexata quaestio* della data in cui la *formula* dell'azione di dolo fu inserita in editto, oscillante in sostanza tra il 90 e il 66 a.C., si veda, per tutti, F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo*, XLI, 1995, 247 ss. (anche in 'Fraterna munera'. *Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, 161 ss.), nonché più di recente in ID., *Insidie manualistiche*, in *Index*, XXXII, 2004, 257 ss.: l'autore è indotto a supporre una retrodatazione a prima del 77 a.C., rispetto all'opinione tradizionale, che si concentrava sul 66 a.C., anno della pretura di Aquilio.

<sup>52</sup> Si vedano gli studi di G. LONGO, *Contributi*, cit., 145 ss., ma anche, anni dopo, come replica agli studi sulla sussidiarietà dell'*actio doli* di Albanese (si veda *supra*, nt. 36, oltreché in questa stessa nota), ID., *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, in *Studi in onore di G.*

so sostanzialmente reipersecutorio, almeno nel senso che con essa era perseguita, nella cornice di un regime che per il resto continuava a essere quello delittuale, una condanna pecuniaria il cui ammontare era limitato all'*id quod interest*. Dunque, la funzione originariamente afflittiva dell'*actio de dolo* come *actio poenalis* si sarebbe peculiarmente combinata con quella reipersecutoria, così su questo terreno misurandosi una forte attenuazione della possibilità di una netta riconduzione dello strumento processuale all'interno dei classici *genera actionum*.

Ulteriori aspetti degni di nota dell'azione di dolo sono rappresentati dal suo carattere infamante, nonché da quello – già evidenziato – della sussidiarietà rispetto al sistema di tipicità delle azioni<sup>53</sup>.

Ancora, è da dire che per mezzo dell'azione di dolo i *prudentes* giungevano a sanzionare vari casi di scorrettezza che, stando alla dogmatica moderna, qualificherebbero come di responsabilità precontrattuale<sup>54</sup>; e tutte le

---

Zingali, III, *Diritto privato e storia del diritto*, Milano, 1965, 459 ss., anche in ID., *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, 777 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte der 'exceptio doli' und der 'actio de dolo malo'*, in Eranion G.S. Maridakis I, Athenis, 1963, 184 ss.; B. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato a Roma*, in Syntelesia V. Arangio-Ruiz, a cura di A. Guarino e L. Labruna, I, Napoli, 1964, 104 ss.; inoltre, ID., *La sussidiarietà*, cit., 281 ss.; ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo*, IX, 1963, 42 ss.; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW, II.14, Berlin-New York, 1982, 702 ss.; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in BIDR, XCVI-XCLII, 1993-94, 342 ss.; ID., *'Actiones poenales' e 'actiones quibus rem persequimur'*, in *Iura*, XL, 1989, 45 ss.; B. KUPISCH, *'Actio famosa'. Zur Subsidiarität der 'actio de dolo' bei 'dolus' im Prozess*, in *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg, 1993, 1187 ss.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in SDHI, LXIV, 1998, 1 ss. (con maggior duttilità d'impianto nella distinzione tra azioni penali e reipersecutorie rispetto al precedente ID., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939); R. FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, I, Torino, 2004, 421 ss.; P. LAMBRINI, *'Actio de dolo'*, cit., 225 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.1: *quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*. In modo specifico, sul tema della sussidiarietà, celebre il confronto tra le opinioni di B. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 188 ss.; ID., *Ancora in tema di sussidiarietà*, cit., 42 ss., da un lato, e di A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo*, VIII, 1962, 270 ss. (ora in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, 281 ss.), dall'altro. Più recentemente, in argomento, B. KUPISCH, *'Actio famosa'*, cit., 1187 ss.; M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 39 ss.

<sup>54</sup> Comportamento emblematico delle scorrettezze rilevanti sul terreno precontrattuale è quello del banchiere siracusano Pizio ai danni del cavaliere romano Canio, descritto nel celebre brano di Cic. *off. 3.14.58-60*: [...] *quod cum percubisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promississet,*

scorrettezze – quindi i più vari comportamenti contrari a *bona fides*, non solo quelli che si traducano in artifici e raggiri<sup>55</sup> – collocabili nella fase antecedente alla conclusione del contratto avrebbero potuto trovare una sanzione nel rimedio generale dell'*actio doli*.

Ciò si può dire anche senza affrontare il tema, assai complesso, che per completezza del quadro meriterebbe di essere trattato lungo un binario parallelo, riguardante la possibilità di impiego dell'azione contrattuale (si pensi, in specie, a quella di *compera*) in funzione di sanzionamento della responsabilità precontrattuale.

Collocandosi per un istante in questo diverso scenario, un fondamentale

---

*tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempore venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur. (59) Tum Canius «quaeso», inquit, «quid est hoc, Pythi? Tantumne piscium? Tantumne cumbarum?» Et ille: «quid mirum?» inquit, «hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt.» Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? Impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit., negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. «Nullae, quod sciam» ille inquit, «sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset.» (60) Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitis inquinatum. Il testo è presentato, ormai per tradizione consolidata, come uno dei paradigmi dell'elaborazione stessa del concetto di responsabilità precontrattuale, anche se – com'è noto – all'epoca in cui Canio cadde vittima di Pizio, Aquilio Gallo non aveva ancora inserito nell'editto l'azione di dolo, sicché Pizio sarebbe rimasto senza tutela: pertanto quella vicenda è presentata da Cicerone come l'antecedente storico rispetto alla novità apportata dal suo *collega et familiaris*. Per un inquadramento dei problemi posti dal passo, L. SOLIDORO, *Gli obblighi*, cit., 57 ss. Sulla data di introduzione della formula dell'*actio de dolo*, si veda – come già detto – F. D'IPPOLITO, *Sulla data*, cit., 247 ss. Se, nel caso ciceroniano, Canio non avrebbe potuto ottenere giustizia, la situazione mutò invece dopo l'introduzione dell'azione di dolo: allora il *dolus in contrahendo* fu percepito anch'esso come antitesi della *bona fides*, come con chiarezza afferma M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 162 ss., nonché 173, il quale anzi puntualizza che le definizioni di dolo correnti nel I secolo a.C. avevano per oggetto il *dolus in contrahendo*, nel quale «praticamente si risolve in materia contrattuale il *dolus praeteritus*». In quali termini ciò potesse rilevare sul terreno della responsabilità contrattuale, in specie entro l'ambito dell'*emptio venditio*, emerge bene da N. DONADIO, *La tutela*, cit., 90 ss.*

<sup>55</sup> Quindi viene in rilievo la nozione più ampia di dolo – non solo propriamente inteso come dolo negoziale –, quale fu messa a fuoco soprattutto da L. MITTEIS, *Römisches Privat-recht*, cit., 318 ss.

testo 'di snodo' è quello – talora sospettato e comunque di assai problematica lettura – di Ulp. 44 *ad Sab.* D. 4.3.37<sup>56</sup>, nel quale Ulpiano riconosce, avverso il venditore che abbia magnificato la sua merce (sicché il suo scopo parrebbe proprio quello di frodare il compratore), non già l'azione nascente da *dictum promissumve*<sup>57</sup>, bensì l'azione di dolo.

Orbene, al di là dei dubbi che il testo lascia aperti in ordine alle ragioni per cui l'azione di dolo – di per sé sussidiaria – nella specie sia preferita ai rimedi contrattuali<sup>58</sup>, si può comunque ricavare, in linea del tutto generale, l'idea che l'*actio de dolo* continuò a essere, anche in piena epoca classica, un fondamentale mezzo di tutela avverso la condotta maliziosa tenuta in sede di trattative.

I due dati storici, l'impiegabilità dell'*actio de dolo* nonché dell'azione contrattuale, entrambe in sede di tutela precontrattuale, coesistono e convivono senza apparenti contraddizioni; osserva Talamanca che «l'esperibilità dell'azione contrattuale a proposito del *dolus in contrahendo* è sicura, sulla base dei testi giurisprudenziali, a partire dall'inizio del II sec. d.C.»<sup>59</sup>.

Su un ulteriore aspetto dell'*actio doli* degno di rilievo, poi, si è già ampiamente portata l'attenzione con riferimento a D. 4.3.7 pr.: dall'azione non sarebbero scaturiti effetti caducatori, giacché la *condemnatio* aveva per oggetto una somma di denaro. Il convenuto avrebbe potuto evitare quella condanna ottemperando all'ordine di remissione in pristino contenuto

<sup>56</sup> Ulp. 44 *ad Sab.* D. 4.3.37: *quod venditor ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aequè sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.*

<sup>57</sup> Suscita perplessità fin già la denominazione dello strumento così evocato: cfr., sul punto, M. KASER, *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, in *Festschrift für H. Demelius zum 80. Geburtstag*, hrsg. von G. Frotz und W. Ogris, Wien, 1973, 127 ss., 135 ss. (poi in *Ausgewählte Schriften*, Napoli, 1976, 324 ss.).

<sup>58</sup> Sul testo, tra molti, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup>, cit., 213 s.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 30 ss.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 285; D. MEDICUS, *'Id quod interest'*. *Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, 1962, 125, nt. 3; H. HONSELL, *'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'*. *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969, 79 nt. 63; G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, ora in ID., *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, 682 ss.; L. MANNA, *'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis'*, Milano, 1994, 119 ss.; N. DONADIO, *La tutela*, cit., 197 ss.; F. PROCCHI, *'Dolus'*, cit., 190; M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 114 ss.; EAD., *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili e tutela pretoria*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, II, Milano, 2010, 4 ss.

<sup>59</sup> Così M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 440.

nell'*arbitratus de restituendo*, in quanto fosse inserito nella formula<sup>60</sup>; oppure la caducazione sarebbe potuta derivare dall'impiego della *restitutio in integrum propter dolum*, mezzo – a prescindere dalle diverse letture proposte<sup>61</sup> – *magis imperii quam iurisdictionis*.

### 13. I dubbi sulla genuinità del passo dal punto di vista dell'*actio doli*'.

Nel corso della lettura di D. 4.3.7 pr., ho in precedenza messo in luce le perplessità che le parole *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit* – con le quali è evocata la prospettiva della responsabilità contrattuale, per il caso di *collusio* tra il servo e il compratore – hanno suscitato tra gli interpreti. E così ho dato conto dell'opinione secondo cui le medesime parole sarebbero il frutto di una 'nota marginale' di origine glossematica<sup>62</sup>.

Se una siffatta manipolazione del testo non comporterebbe scostamenti di particolare entità rispetto al senso altrimenti evincibile dalla lettura di D. 4.3.7 pr., almeno con riguardo al tema del dolo, ben diverso sarebbe il discorso, ovviamente, se si ritenesse non genuino proprio il riferimento che ivi compare all'azione di dolo.

Nel senso dell'inaffidabilità del testo in questo senso pesa in particolare l'opinione di Albanese: il problema – non foss'altro per l'autorevolezza di chi lo ha sollevato – merita di essere preso in esame.

La critica all'autenticità del passo condotta dallo studioso palermitano fa leva, prima di tutto, sul celebre passo delle Istituzioni giurine, 4.78, nel quale si prospetta un caso di inconfigurabilità della responsabilità nossale; per l'ipotesi in cui il delitto sia stato commesso dallo schiavo o dal figlio sottoposto alla potestà contro il *dominus* o l'avente potestà – si dice – mancherebbe di nascere l'obbligazione tra il soggetto a potestà e l'avente potestà, ragion per cui non sarebbe riconosciuta la relativa azione.

Ecco il testo di Gaio:

---

<sup>60</sup> Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., 114 s.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 70, ne ricostruisce così il tenore: *C. Aquilius iudex esto. Si paret dolo malo N. Negidii factum esse, ut A. Agerius N. Negidio fundum quo de agitur mancipio daret neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis restituatur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolutivo.*

<sup>61</sup> Si veda *supra*, § 6.

<sup>62</sup> Si veda *supra*, § 9.

*sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest [...].*

Accanto alla considerazione del principio qui esplicitato, la lettura di una costituzione di Gordiano del 241<sup>63</sup>, nella quale per una fattispecie analoga a quella descritta in D. 4.3.7 pr., in cui il minore di venticinque anni aveva subito un raggio dallo schiavo da lui liberato e non era stata concessa *actio de dolo* (prospettandosi invece soltanto un rimedio in sede di *cognitio* del funzionario imperiale), sospingeva Albanese a giudicare non affidabile il riferimento all'*actio de dolo* che compare in D. 4.3.7 pr.

In realtà, pare a me che convincentemente abbia dimostrato Brutti<sup>64</sup>, con argomenti di recente ripresi e approfonditi da Cursi<sup>65</sup>, come sia d'ostacolo alla conclusione demolitoria di Albanese la lettura di un altro testo ulpiano, D. 4.4.11 pr., anch'esso tratto dall'undicesimo libro di commento all'editto.

Lo si legga:

*verum vel de dolo vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti: proinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur. Sed et nomine earum rerum, quas dominicas servus manumissus supprimebat, competunt adversus eum actiones ad exhibendum et furti et condictio, videlicet quoniam et manumissus eas contrectabat. Ceterum ex delicto in servitutum facto domino adversus eum post libertatem actio non competit: et hoc rescripto divi Severi continetur.*

Nel passo è rappresentata una fattispecie analoga a quella di D. 4.3.7

<sup>63</sup> Conservata in C. 2.30.2 (*Imp. Gordianus A. Solanae*), ove si ravvisa una fattispecie analoga a quella di D. 4.3.7 pr., nella quale il minore di venticinque anni aveva subito il raggio dallo schiavo da lui liberato e non veniva concessa *actio de dolo*, bensì era prospettato un rimedio in sede di *cognitio* del funzionario imperiale. Secondo B. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 193, la fonte imperiale avrebbe fatto riferimento a un rimedio penale, la cui applicazione avrebbe escluso l'esperibilità dell'azione di dolo, come si evincerebbe da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.1: *secundum quae et si poenali actione indemnitati eius consuli possit, dicendum erit cessare de dolo actionem*: passo che – non sarà sfuggito – è collocato dai compilatori subito di seguito al nostro D. 4.3.7 pr. Segue Albanese, nel ricavare dal testo gaiano sopra menzionato argomenti nel senso della non autenticità di D. 4.3.7 pr., G. LONGO, *Sul regime*, cit., 466.

<sup>64</sup> M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 29 ss.

<sup>65</sup> M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 74 ss.

pr.: il minore di venticinque anni è rimasto vittima di un raggio da parte dello schiavo liberato, cosicché anche in tal caso non è percorribile la via della *restitutio in integrum*, sempre in ragione del *favor libertatis*.

Ebbene, qui però Ulpiano profila l'esperibilità dell'*actio de dolo* oppure di un'*actio utilis* (la quale, dunque, dovrebbe essere modellata su quella *de dolo*, sebbene ciò appaia in palese contrasto con il principio di sussidiarietà<sup>66</sup>), nonché addirittura di azioni *ad exhibendum*, *condictio* e *actio furti*, sempre però fatto salvo il limite che l'azione non sia rivolta contro il manomesso per delitti commessi in tempo di schiavitù.

Il fatto che nello stesso testo sia ricordato il principio di cui in Gai 4.78, secondo il quale – si è visto poc'anzi – sarebbe inconfigurabile l'azione nei confronti dello schiavo da parte dell'avente potestà, e ciò proprio accanto all'affermazione dell'esperibilità dell'*actio de dolo*, esige un tentativo di spiegazione.

Direi che si apre un'alternativa: o si ritiene, con Albanese, che neppure il testo di D. 4.4.11 pr. sia affidabile<sup>67</sup>, oppure non resta che avvicinarsi all'idea che il dolo non rientrasse tra i delitti per i quali avrebbe avuto vigore il divieto espresso da Gaio.

Si tenga conto peraltro che il medesimo divieto era stato conservato da Giustiniano, come si evince da I. 4.8.6 (ove si dice: *si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum qui in eius potestate est nulla obligatio nasci potest*): pertanto appare poco plausibile ipotizzare, sul punto, un intervento con finalità adeguatoria da parte dei compilatori.

Tenendo conto delle indicazioni ricavabili dai testi, la soluzione che mi sembra preferibile è allora quella di ritenere che il dolo, pur in linea generale qualificabile come figura delittuale, non rientrasse però nel campo di applicazione del rammentato principio gaiano.

La ragione fondamentale di questa esclusione è da vedersi nel fatto che – come osservato da Brutti – il dolo fosse sottratto «per certi suoi aspetti [...] alla disciplina comune delle azioni penali»<sup>68</sup>. Dunque è un delitto, ma piuttosto peculiare. Oltretutto, occorre considerare che, almeno in epoca classica (e senza dubbio per tutto il tempo in cui permase la distinzione tra

<sup>66</sup> Sull'idea di un'azione utile modellata su quella di dolo mi pare fondata la perplessità di M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 35; intorno a questi aspetti, A. WATSON, 'Actio de dolo' and 'actiones in factum', in ZSS, LXXVIII, 1961, 393 ss.

<sup>67</sup> B. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 196; però, in senso contrario, M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio'*, cit., 144 s. e nt. 158.

<sup>68</sup> M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 32. La medesima argomentazione è successivamente utilizzata – per la verità, senza riferimenti a Brutti – da A. D'ORS, *Una acción*, cit., 42.

*ius civile e ius honorarium*), il dolo era sanzionato attraverso un mezzo processuale «regolato unicamente dal diritto pretorio»<sup>69</sup>, rappresentando quindi anche sotto questo profilo una figura – per dir così – distinta e un po' scostata rispetto ai tradizionali *delicta*.

Brutti continua osservando, a conferma della medesima conclusione, che «dal punto di vista teorico, l'impossibilità di configurare un vincolo obbligatorio tra *dominus* e sottoposto, che è alla base della formulazione gaiana, non viene messa in discussione. Infatti, un vero e proprio vincolo obbligatorio – sia pure *sui generis* – nasce dal dolo soltanto dopo la *causae cognitio* del pretore, cioè, nel nostro caso, quando egli concede l'azione contro lo schiavo manomesso: può essere quindi considerato un vincolo tra liberi».

Dunque, per l'ampia riserva di valutazione che in presenza del dolo la clausola *si iusta causa esse videbitur* avrebbe lasciato al pretore<sup>70</sup>, era escluso che si potesse vedere la nascita del vincolo già al momento della messa in atto del comportamento *contra ius*.

Anche di questo, in effetti, occorre tenere conto.

Nella sostanza, pare a me che lo snodo centrale di qualsivoglia ragionamento teso a spiegare la compresenza di risultanze testuali che risulterebbero altrimenti inconciliabili sia da ravvisarsi nella valutazione del dolo, da parte dei *prudentes*, nei termini di una figura che mostra una natura latamente delittuale, ma – tenuto conto anche dell'uso piuttosto elastico che nelle fonti si riscontra del termine *delictum* – al contempo non in tutto assimilabile, e non di sicuro ai fini della regola enunciata in Gai 4.78, ai tipici *delicta* di *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*.

Proprio in questa prospettiva di valutazione peculiarmente delittuale del dolo, di certo gioca un ruolo non trascurabile il carattere della sussidiarietà dell'*actio de dolo*<sup>71</sup>: sicché, come si era preannunciato, quest'aspetto potrebbe ritenersi, a ben vedere, solo relativamente distinto dal tema in discussione.

Dunque si può dire che, rispetto al più ampio fenomeno che sospinse l'azione di dolo a un allontanamento dall'originaria natura penale, il carat-

<sup>69</sup> M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 32.

<sup>70</sup> Sulla cui configurazione, cfr. R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano, 1960, in specie 15 ss.; si veda anche G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, Milano, 1939 (rist. Napoli, 2006), 137 s.

<sup>71</sup> Come rileva M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 77. Per alcuni riferimenti essenziali in tema di sussidiarietà, si veda *supra*, nt. 53.

tere rappresentato dalla sussidiarietà dell'*actio* è da considerarsi un fattore e, al contempo, una conseguenza.

Ne sarebbe scaturita un'azione – come si è visto poc'anzi – infamante, ma al contempo reipersecutoria. E non v'è dubbio che tenda a mostrarsi refrattaria alle schematizzazioni l'azione che, conservando molti tratti derivanti dall'originaria natura penale, consente però al convenuto, una volta che sia inserito nella formula l'*arbitratus de restituendo*, di sottrarsi alla pena purché si proceda alla remissione in pristino. Pena e *restitutio* appaiono concetti difficilmente conciliabili, se non addirittura in aperta contraddizione. Solo se si tenga adeguatamente in conto il fenomeno storico di affievolimento della matrice *ab origine* delittuale del dolo, assieme alla progressiva torsione in senso reipersecutorio della corrispondente azione, può aprirsi la via per una sensata composizione dei due concetti.

#### 14. Riepilogo ed evidenziazione dell'alternativa.

Una volta riconosciuta la genuinità del riferimento all'azione di dolo che compare in D. 4.3.7 pr., l'intero testo merita di essere riletto con specifica attenzione alle parti dalle quali emerge l'alternativa su cui ci si è già sopra soffermati.

Più precisamente:

i) Prima si dice: ... *Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem* ...

ii) Quindi si afferma: ... *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* ...

Orbene, pare a me che si tratti, in entrambi i casi, di parole riferibili a Giuliano.

Si noti che se si ritenesse spuria l'affermazione *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit* (in specie, il frutto di una 'nota marginale', introdotta del IV secolo, secondo la lettura di Van Oven dianzi rappresentata<sup>72</sup>) e quindi interrottiva del discorso originario, sempreché si considerasse per il resto affidabile la costruzione del periodo che è retto da *Iulianus scribit*, non vi sarebbe ragione alcuna per cui dubitare della riferibilità di tale alternativa direttamente al pensiero del giurista adrianeo.

Se invece si opina che le parole con le quali si prospetta l'ipotesi della

<sup>72</sup> Si veda *supra*, § 9.

responsabilità contrattuale – proprio quelle che nell'edizione mommseniana sono poste tra parentesi – siano di Ulpiano, allora, una volta interrotta la continuità della frase, qualche dubbio in più potrebbe sorgere circa la possibilità che alla struttura originariamente giuliana del discorso si fosse sovrapposto un più massiccio intervento, almeno con funzione di completamento e raccordo, da parte del più tardo giurista.

Ciò detto, ritengo più probabile che, almeno nella sostanza, sia riconducibile al pensiero di Giuliano anche l'affermazione nel senso della *venditio nulla*.

Quanto all'alternativa nel suo complesso considerata (i cui corni ho evidenziato con 'i' e 'ii'), già si è visto che il senso è il seguente: nei confronti del servo, il quale non è parte contrattuale, è data l'azione di dolo, quindi ferma restando la stabilità del negozio concluso, salvo che l'inganno sia arrivato a incidere sulla stessa volontà di concludere il negozio, giacché in questo secondo caso la vendita è da reputarsi *nulla*.

Si tratta di un'affermazione, quest'ultima, che ha dato adito a ulteriori gravi sospetti d'interpolazione del passo. Proprio di questi è necessario ora occuparsi in modo specifico.

#### 15. *La critica del passo nella parte in cui si afferma che la vendita è 'nulla'.*

Anche la dottrina più cauta ha contestato la genuinità di D. 4.3.7 pr. nella parte in cui è ipotizzato che la vendita sia *nulla* qualora il venditore sia stato *circumscriptus* proprio *in hoc ipso ut venderet*<sup>73</sup>.

Occorre anzitutto sottolineare che la soluzione prospettata nel senso della *venditio nulla* sarebbe addirittura opposta rispetto a quella delineata poco sopra (stando alla quale era configurata la validità del contratto, seppure con esposizione del raggiratore-compratore alla responsabilità risarcitoria che l'*actio doli* avrebbe comportato).

L'alternativa apparirebbe, in altri termini, quella tra conservazione e caducazione del contratto.

Ebbene, proprio nella prospettazione di un'alternativa così netta sarebbe da vedersi, secondo Van Oven, la spia di una contraddizione tanto insanabile quanto plausibilmente non immaginabile nello stesso passo; una

<sup>73</sup> Si pensi a M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 22 s. (con indicazioni di ulteriore dottrina), pur per il resto cauto nel vedere interpolazioni nel passo; nello stesso senso anche A. D'ORS, *Una acción*, cit., 36.

contraddizione tale per cui l'intero testo risulterebbe addirittura oscuro e insensato<sup>74</sup>.

Quella tra il riconoscimento dell'esperibilità dell'azione di dolo e l'affermazione per cui la vendita è *nulla* viene giudicata, nella migliore delle ipotesi, un'inutile duplicazione. Partendo da questa prima critica, di carattere generale, Van Oven propone di integrare il quadro dei presupposti sulla base dei quali Giuliano si sarebbe pronunciato; e in particolare il giurista classico avrebbe risposto al suo giovane cliente in questi termini: «si ce que vous me dites là est vrai, alors votre vente est nulle et vous pouvez intenter contre l'acheteur, même s'il est de bonne fois, la *condictio* de l'esclave, puisque vous l'avez mancipé sans cause valable et si l'acheteur a affranchi l'esclave, il sera condamné au montant de sa valeur»<sup>75</sup>.

Merita una precisazione a margine il riferimento che nella risposta 'riscritta' dallo studioso è riservato alla proponibilità della *condictio* avverso il compratore e non invece della *vindicatio in servitatem* dello schiavo: come già si è avuto occasione di rilevare<sup>76</sup>, essendo la *venditio nulla*, non sarebbe rimasta intaccata la *mancipatio*, cosicché «la propriété était transférée à l'acheteur et l'esclave était devenu libre»<sup>77</sup>. Di qui la non esperibilità della *vindicatio*. Si sarebbe potuto invece far ricorso a un'azione *in personam*: ma non all'azione contrattuale – giacché la vendita era, per l'appunto, *nulla*, secondo il significato che si chiarirà nel seguito –; era bensì esperibile la *condictio*, a mio giudizio qui impiegabile in funzione di riequilibrio a fronte di un arricchimento privo di giusta causa.

Di seguito, Van Oven mette in discussione l'affermazione secondo cui la *venditio* è *nulla* muovendo una seconda critica. Dunque, dopo l'attacco al testo che fa leva sulla sua contraddittorietà/duplicazione, è avanzata una seconda contestazione, più circostanziata e stringente della prima.

In specie, è richiamato il principio classico dell'irrelevanza del dolo del terzo, comprovato dal seguente testo:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.1.2: *dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circum-*

<sup>74</sup>J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 278.

<sup>75</sup>J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 278.

<sup>76</sup>Si veda *supra*, § 11, con indicazioni di letteratura.

<sup>77</sup>Così J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 278, nt. 1. Nel senso dell'esperibilità della *condictio*, M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 80 s., nt. 40, con riferimenti di letteratura.

*veniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

Alla luce di tale principio, si dovrebbe ritenere che le parole *aut ... circumscriptus est* di D. 4.3.7 pr. fossero uscite dalla penna di un postclassico. Però – sempre stando alla ricostruzione di Van Oven – tale inciso non sarebbe il frutto di un inserimento del medesimo annotatore che si era reso responsabile della ‘nota marginale’ (si rammenti quanto detto sopra a proposito di *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*<sup>78</sup>).

L’errore di considerare che il dolo, sebbene posto in essere da un soggetto diverso dalla controparte contrattuale, risultasse nella specie rilevante e, per questo, di concludere che la *venditio* fosse *nulla*, appare allo studioso grave, ma ispirato probabilmente da un’impostazione eccessivamente rigida del ‘dogma della volontà’.

D’altra parte, sarebbe da escludere che il fraintendimento derivasse dai commissari triboniane, giacché questi conservarono nella Compilazione il principio classico dell’irrelevanza del dolo del terzo<sup>79</sup>.

L’ipotesi che all’autore appare allora più plausibile è che si tratti dell’intervento di un giurista postclassico, anteriore a Giustiniano, probabilmente un professore bizantino del IV o V secolo, nutrito di filosofia e di retorica, nonché «adhérent conveincu du dogme de la volonté»<sup>80</sup>. Siffatto intervento, responsabile di una mistificazione del vero senso del passo, e così rimasto a traviare la regola che esso esprime, viene chiamato ‘glossa bizantina’.

In definitiva, si suppone in D. 4.3.7 pr. l’esistenza tanto della ‘nota marginale’ quanto della ‘glossa bizantina’, entrambe colpevoli di un complessivo, pesante travisamento del pensiero classico. E non basta: oltre a ciò (anzi, proprio per ciò), è ipotizzata pure un’ulteriore manipolazione. Infatti, neppure la frase *et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem*, in quanto ripetitiva e ingombrante nel procedere del discorso, sarebbe degna di Ulpiano. La si dovrebbe quindi espungere, tenendo conto che il suo inserimento da parte del maestro bizantino autore della glossa

<sup>78</sup> Si veda *supra*, § 9.

<sup>79</sup> J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 279.

<sup>80</sup> J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 282 s.

appena vista, o forse da parte di un soggetto ancora differente, sarebbe spiegabile alla luce della necessità di rendere più chiaro un discorso che altrimenti, offuscato da questi numerosi e pesanti interventi, avrebbe finito per smarrire del tutto la sua logica.

A valle di una così serrata analisi, il plausibile tenore del passo, secondo Van Oven, sarebbe grosso modo il seguente:

*et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur hiuc sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Ben ci si avvede che, dopo tutte queste potature, davvero poco del testo a noi noto rimarrebbe in salvo.

#### 16. Il senso dell'affermazione secondo cui la vendita è 'nulla'.

A fronte delle critiche fin qui evidenziate, sono persuaso della genuinità del senso delle parole *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*. Se si può ammettere che nella forma qualcosa risulti guastato, la sostanza resta però, a mio giudizio, affidabile.

Si cominci con il considerare la critica che si è evidenziata per seconda: si è detto che alla conclusione per cui la *venditio* è *nulla* osterebbe il principio di irrilevanza del dolo del terzo.

Orbene, pare a me che i presupposti in presenza dei quali nella specie si afferma che la vendita è *nulla* siano radicalmente diversi rispetto a quelli che dovrebbero darsi per integrati perché venga in gioco tale principio.

Infatti, ritengo che con le parole *aut nullam ... circumscriptus est* non sia più nella prospettiva dell'*actio doli* che Giuliano si pronuncia. Così esprimendosi, il giurista ha già abbandonato il discorso – potremmo dire, condotto sul piano 'delittuale' – intorno all'azione di dolo. Egli invece qui guarda, precisamente, al problema se la fattispecie contrattuale possa o meno ritenersi perfezionata; e, proprio con attenzione a ciò, assume un senso l'affermazione secondo cui la vendita è *nulla*.

Insomma, mi sembra davvero che il principio dell'irrilevanza del dolo del terzo non venga in alcuna considerazione.

Ma a questo punto – per maggiore chiarezza – occorre già passare a esaminare l'altra obiezione, la quale si è evidenziata per prima.

Riferendo il pensiero di Van Oven, nel precedente § si è parlato della contraddittorietà/duplicazione che sarebbe ravvisabile tra il riconoscimento dell'azione di dolo e l'affermazione secondo cui la vendita è *nulla*; e, nella prospettiva illustrata, si tratterebbe di una contraddittorietà/duplicazione tale per cui il passo finirebbe per apparire insensato e oscuro.

Ebbene, la replica a quest'attacco – generale – mosso al testo si lega a doppio filo all'osservazione testé espressa: ritengo che al giurista interessasse qui affermare che la fattispecie contrattuale non si era affatto perfezionata.

Decisivo, insomma, è il fatto che non si fosse realizzato un accordo. E ciò è da ricondursi alla circostanza che l'attività raggiratoria, ancorché posta in essere dal servo, il quale non è parte contrattuale (e sempre nell'ipotesi che non vi sia stata *collusio* tra lui e il compratore, ché altrimenti scatterebbe a carico di quest'ultimo direttamente una responsabilità contrattuale<sup>81</sup>), ha impedito che un accordo si raggiungesse. Questo è quel che conta.

Lo sguardo del giurista si fissa direttamente sull'esito della vicenda (*id est*: non è venuto in essere un contratto), anziché sulla condotta dolosa che pure, a monte, è stata senza dubbio condizionante.

Per quanto detto, mi pare quindi si possa proporre una lettura del testo, essa pure orientata in senso conservativo, però – seppure nella sostanza certo non lontana, almeno – diversamente angolata rispetto a quella che di recente è stata avanzata da Corsi.

Secondo l'autrice, nel passo si distinguerebbe «un'incidenza parziale del dolo sulla vendita, nel primo caso, da un rilievo determinante, nel secondo», sicché si dovrebbe ritenere che «nel primo caso il consiglio fraudolento dello schiavo possa riguardare profili accessori quali [...] il trasferimento del peculio – elemento che nel passo è espressamente richiamato, con riflessi indiretti sul prezzo della vendita –; nel secondo, invece, possa aver determinato il minore a vendere lo schiavo»; e ancora «la differenza tra le due fattispecie giustifica, a questo punto, il diverso rimedio suggerito dal giurista, rendendo compatibile la nullità della vendita con la concessione dell'azione di dolo nei confronti dello schiavo»<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Si veda *supra*, §§ 9 e 14.

<sup>82</sup> Così M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 78 s. In precedenza, in termini non dissimili si esprimeva A. WACKE, *'Circumscribere'*, cit., 237: «*dolus causam dans* liegt vor, wenn der Betrug nur gewisse Modalitäten des Vertrags (insbesondere auch die Höhe der Gegenleistung) beeinflusste, der Getäuschte ohne ihn zwar kontrahiert hätte, aber zu anderen Bedingungen (Modalitätenbetrug)».

All'idea che la distinzione tra le due ipotesi trovi fondamento, nella logica del passo, nel fatto che la condotta raggiratoria tocchi i profili essenziali oppure accessori del contratto, mi pare preferibile l'ipotesi che la distinzione ivi si colga e mostri le sue forme solo se si guardi alla problematica sottoposta al giurista nella sovrapposizione delle due possibili 'lenti' di lettura: da un lato, quella che potremmo definire 'delittuale', legata al dolo (nell'insieme considerato, prima di ulteriori e più precise dogmatizzazioni) e, dall'altro lato, quella 'contrattuale', nel senso che mette in risalto il problema legato al processo di formazione dell'accordo.

In altri termini, credo che nel testo ancora manchi l'idea che ai due possibili esiti della vicenda corrispondano, a monte, due articolazioni 'sentite' come immediatamente riconducibili allo stesso fenomeno, il dolo (che dalla Glossa in poi chiameremmo l'uno essenziale e l'altro incidente)<sup>83</sup>: altrimenti, varrebbe la critica di chi invoca il principio di irrilevanza del dolo del terzo.

Beninteso, al contempo sono più che persuaso che in D. 4.3.7 pr. sia leggibile la traccia della distinzione tra i due tipi di dolo: però è una traccia 'di risulta'. Essa non presuppone la concettualizzazione delle due *species* identificabili all'interno del dolo, però certamente a tale concettualizzazione apre la strada.

In definitiva, ritengo che quando si afferma che la *venditio* è *nulla* la chiave del ragionamento sia la seguente: la vendita 'non c'è', perché le due volontà non si sono mai incontrate, ossia perché non può dirsi perfezionato alcun accordo.

#### 17. *Precisazioni sulla 'nullità' della 'venditio'.*

Quanto si è appena osservato con riguardo a D. 4.3.7 pr. nella prospettiva dei problemi di formazione del contratto offre l'occasione per una precisazione, che dal piano terminologico transita a quello concettuale.

Nei testi dei *prudentes* s'incontra con una certa frequenza l'affermazione secondo cui il contratto è, a seconda dei casi, *nullus*, *nullius momenti*, *inef-*

---

<sup>83</sup> Sempre fermo restando che mai la distinzione tra le due tipologie del dolo potrebbe essere fatta in ragione del 'livello di gravità' della condotta maliziosa: se non si voglia dar adito a una duplicazione della nozione di dolo, identica rimane la sostanza giuridica del comportamento sanzionato, mentre la distinzione fa leva sull'efficienza causale' del dolo dal punto di vista del *deceptus*: con riferimento all'oggi si veda *supra*, § 3.

*ficax, inanis, irritum, invalidum* (o altre espressioni equivalenti)<sup>84</sup>. La sostanza che s'intende significare è però essenzialmente la medesima: si afferma, in ultima analisi, che il contratto 'non è'.

Le differenti qualificazioni utilizzate in relazione alle singole fattispecie sono comunque volte a esprimere, di fondo, l'improduttività di effetti di un contratto, giacché – per usare le parole di Talamanca – «sul piano del diritto, l'esistenza coincide, e non può non coincidere, con l'integrazione della figura giuridica»<sup>85</sup>.

Stando all'opinione dell'autore, sul punto più che mai 'tranchant', dalle fonti non sarebbe lecito trarre alcuna altra informazione in ordine alle ragioni per cui sia nei diversi casi predicata una siffatta 'assenza'. Mancherebbe, in altre parole, ogni margine per più precise connotazioni dogmatiche all'interno della semplice constatazione di inesistenza del contratto e di improduttività di effetti<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Per un'esemplificazione, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 246 s. Cfr., su questa approssimazione terminologica, già G. RENARD, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge*, in *NRHD*, XVII, 1903, 217 s.

<sup>85</sup> Così M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-99, 4.

<sup>86</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 15 ss. (con indicazioni lessicografiche alla nt. 72). In precedenza, piuttosto restio riguardo alla proponibilità di distinzioni concettuali, con riferimento alle fonti romane, all'interno di ciò che 'non è', A. MASI, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in *RISG*, 1959-62, 21 ss.; per B. BIONDI, *'Interpretatio prudentium' e legislazione*, in *BIDR*, XLIII, 1935, 182: «secondo il *ius civile* il negozio o è valido o è nullo, o c'è l'*actio* o non c'è; nessuna situazione intermedia. Ma quando il pretore accorda contro la efficacia del *ius civile* una *exceptio* o *restitutio in integrum*, si viene a determinare solo una situazione processuale, la quale non implicava alcun concetto giuridico diverso da quello di *actio* ed *exceptio* nel giuoco della formula, giacché il negozio era annullato non in via generale ed astratta, ma nel caso concreto, in quanto la pretesa dell'attore era elisa dalla *exceptio* o revocata dalla *restitutio*». Invece per S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 13 ss. [cfr., prima, Id., *'Leges perfectae'*, in *Syntelesia*, II, cit., 1075 ss.; Id., *Considerazioni su Gai. 3.176 (novazione mediante 'stipulatio post mortem')*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 395 ss.; Id., *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, in *Studi in onore di G. Zingali*, III, cit., 639 ss.], si potrebbe riconoscere un più ristretto e peculiare significato di fronte alla predicazione di 'nullità' di un contratto. Per L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum'*, cit., 247, «nella logica dello *ius civile* [...] l'atto o è nullo (*nullus*) nel senso di inesistente (*non ullus*), oppure è pienamente valido». Invero il Masi si era un poco avvicinato alle posizioni del Di Paola in un successivo lavoro: cfr. A. MASI, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, in *AA.VV.*, *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese in onore di S. Romano*, Milano, 1981, 129 ss. Un quadro equilibrato delle questioni mi pare emergere da S. TONDO, voce *Invalità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, VIII, Torino,

Anche senza giungere all'esito di negare ogni possibilità di differenziazione al di là del giudizio complessivo di mancata integrazione della fattispecie, mi sembra comunque chiaro che il significato dell'affermazione leggibile in D. 4.3.7 pr., secondo cui la *venditio* è *nulla*, non può essere colto alla luce dell'elaborazione della tematica dell'invalidità, la quale rimane affatto estranea al diritto romano classico<sup>87</sup>.

Com'è noto, le categorie della nullità e dell'annullabilità, non meno che la più ampia teorica dell'invalidità, furono messe a fuoco nel lento lavoro di un pensiero giuridico – sviluppatosi, con il decisivo apporto della dottrina canonistica, tra l'età di mezzo e le codificazioni<sup>88</sup> – che muoveva da presupposti, soprattutto processuali, intrinsecamente diversi da quelli propri del sistema romano-classico.

---

1968, 994 ss., nonché da M. BRUTTI, voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 559 ss. Sulle strutture concettuali dell'invalidità, E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 321 ss. (ove riferimenti bibliografici, in specie alla nt. 1). Per una ricostruzione sintetica del tema, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*<sup>2</sup>, Oxford, 1996, 678 ss.

<sup>87</sup> Muovendo dalle fonti romane (e in specie da Gai 3.176 e 179), si soffermava sulla distinzione tra «nicht-existierende» ed «existierende Geschäfte», all'interno degli «unwirksame Geschäfte», L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 249 ss., il cui impianto concettuale si ritrova in E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 327 ss. A monte di entrambi, si vedano le riflessioni, che rispecchiano le tendenze dogmatizzanti del tempo, di O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877. Con la ricostruzione del significato delle fonti si cimenta F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in *ZSS*, XXIII, 1902, 380 ss.; ID., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914, in specie 11 ss.; in seguito, classico lo studio di G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *RISG*, 1927, suddiviso in tre parti: I, 335 ss., II, 351 ss. e III, 487 ss. Cfr. poi U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 11 ss.; A. BURDESE, *Atti delle persone: i vizi dell'atto giuridico in diritto romano*, in *'Utrumque ius'*. *Atti del Colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*, Roma, 1979, 235 ss., in specie 246 s., per il quale «va rilevato altresì che la terminologia in questione oscilla tra le opposte tendenze concettuali a una qualificazione delle fattispecie siccome inesistenti o non conformi a diritto o viziate, e rispettivamente alla mera considerazione della loro non produttività di effetti»; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. 'Quasi nullus' nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, 7 ss.; M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 1 ss. Partendo da una ricerca sul diritto vigente, risale all'origine delle categorie M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 37 ss.

<sup>88</sup> Solo per gettare uno sguardo sulla prospettiva della Glossa ordinaria, si veda gl. *contra tabulas* (ad I. 3.9.3): *sed quare datur sui contra tabulas, cum ipso iure nullum sit testamentum? ... Respondeo: duas habet vias: unam de iure civili, per quam potest dicere nullum, aliam de iure pretorio, per quam non dicit nullum, sed annullandum: cum nec fieri, nec desinere possit heres de iure pretorio.*

Di base, a una ricostruzione del dolo in termini di vizio invalidante si opponeva l'idea secondo cui ciò che era fatto *iure civili* non era infirmabile, nel senso che la situazione non poteva essere riportata allo stato antecedente<sup>89</sup>. Alla luce di quest'idea peculiare della mentalità giuridica romana è da valutarsi l'assenza, nel sistema *per formulas*, di un'azione che producesse effetti costitutivi (stante la vigenza di quello che, manualisticamente, si usa chiamare principio della condanna pecuniaria<sup>90</sup>).

Osserva ancora Talamanca che «sono rarissimi – forse due – i casi in cui si può constatare, sul piano del *ius civile*, un pratico funzionamento delle fattispecie nel senso dell'eliminazione, in via giudiziale, degli effetti di un negozio altrimenti efficace. Si tratta del *praeiudicium ex lege Cicereia* e della *querela inofficiosi testamenti*»<sup>91</sup>.

Quindi, al di là di pochi casi isolati, non era ancora compiuto quel tratto di strada che avrebbe portato all'idea che un contratto, di per sé efficace, fosse posto nel nulla per il tramite di un'azione avente per obiettivo la sua caducazione e, più in generale, la remissione in pristino della situazione antecedente.

Detto ciò, non si può peraltro dimenticare che all'interno dei *iudicia bonae fidei* la medesima domanda impiegata in funzione di adempimento avrebbe potuto portare «dal nostro punto di vista, all'inefficacia od alla caducazione degli effetti del contratto»<sup>92</sup>. Sicché, nella cornice di questo genere di giudizi, non avrebbe ragion d'essere la configurazione di una cate-

<sup>89</sup> Significativo in proposito Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.4: *si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest [...]*; in *Frag. Aug.* 111 si trova l'affermazione *quod factum est infectum fieri non potest*, poi tramandatasi a livello di brocardo. Cfr. G. CERVENCA, *Studi*, cit., 267 ss.; sui meccanismi di 'invalidazione restitutoria' nelle fonti classiche, più di recente, R. CARDILLI, 'Bona fides', cit., 143 ss.

<sup>90</sup> Su cui, con specifico riguardo all'*actio doli*, si veda *supra*, § 12.

<sup>91</sup> Così M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 11. Si veda su questi problemi, inoltre, ID., *La risoluzione*, cit., 5 ss., nonché ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 351.

<sup>92</sup> M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 8 s.: «si può, in definitiva, dire che i *prudentes* non avevano in alcun modo fatto attenzione alla differenza fra l'azione contrattuale usata per ottenere l'adempimento o per far valere il semplice interesse a non aver concluso quel contratto, nel caso almeno del *dolus in contrabendo*. Ciò dipende anche dalla circostanza che – al di là dei *praeiudicia* come azioni di accertamento – nell'esperienza romana si conoscevano soltanto azioni che tendevano alla condanna del convenuto, la quale aveva fra l'altro contenuto essenzialmente pecuniario e che, d'altra parte, i *iudicia bonae fidei* erano, all'origine, azioni essenzialmente indirizzate all'adempimento della prestazione dovuta, nel senso di ottenere il risarcimento del danno causato dall'inadempimento». Si veda quanto osservato *supra*, § 6, con riferimenti di letteratura alla nt. 33.

goria di azioni con effetti costitutivi, distinta da quella delle normali azioni di condanna.

L'esito rappresentato dalla concettualizzazione di un negozio che sia produttivo di effetti, ma al contempo 'viziato' e dunque caducabile, appare invece acquisito dai giuristi medievali.

Nella *Summa* azoniana, all'interno di un discorso sui giudizi di buona fede, si legge (nella rubrica *de dolo malo*):

*de dolo malo dat causam contractui bonae fidei hoc est quia alias non erat contracturus nisi esset dolo inductus non tenet ipso iure contractus. Ubi autem deceptus erat alias contracturus ... tenet venditio, sed purgatur dolo per actionem ex eo contractu.*

Osserva Zimmermann, con riguardo a questo passo, che la distinzione in esso evidenziata viene derivata dai Glossatori sulla base di un «intricate and puzzling Digest fragment, attributed to Ulpian, which contained the phrase *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet [minor annis viginti quinque] circumscriptus est*»; quindi il testo di D. 4.3.7 pr. sarebbe stato inteso nel senso che, se il dolo avesse indotto il venditore a vendere, il contratto sarebbe stato *ipso iure* invalido. Orbene, «*e contrario*, then, the sale remained valid where the vendor had indeed intended to sell (in this instance:) the slave, but (again, in the example discussed in D. 4.3.7 pr.) without *peculium*»<sup>93</sup>.

Se in forza della ricostruzione dei giuristi dell'età di mezzo si accede all'idea di un'azione produttiva di effetti caducatori – *id est*, nella terminologia moderna, di natura costitutiva –, risulta in tal modo aperta anche la strada alla generale conseguenza delle restituzioni (portando a compimento un percorso che già nell'alveo della *cognitio extra ordinem* aveva condotto all'assorbimento della *restitutio in integrum* all'interno dell'azione di dolo<sup>94</sup>). Quindi nell'*actio de dolo* (rimedio generale e sussidiario: *de dolo actione agitur, quando alia civilis vel praetoria actio non competit*<sup>95</sup>) si sarebbero fuse tanto la funzione rescindente quanto quella rescissoria: nelle pa-

<sup>93</sup> Così R. ZIMMERMANN, *The Law*, cit., 671 s.

<sup>94</sup> Si veda *supra*, § 6.

<sup>95</sup> BULGARO, *Summula 'de dolo'* (ed. a cura di H.U. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938), § 3; *Summa trecentis*, C. 2.11, *de dolo malo*, n. 1 (ed. H. Fitting, *Summa codicis des Imerius*, Berlin, 1894). Più ampiamente, M. BELLOMO, voce *Dolo (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 729 s.

role di Bulgaro, *si praecessit venditio ut infirma, sequitur traditio ut infirmamanda*<sup>96</sup>.

18. *I diversi piani dell'argomentazione in D. 4.3.7 pr.*

Tornando a concentrare lo sguardo su D. 4.3.7 pr., mi sembra che, alla luce delle osservazioni finora svolte, si possano ben cogliere i passaggi dell'argomentazione ivi sottesa.

Non si palesa alcuna contraddizione, né alcuna inutile duplicazione – come invece aveva pensato Van Oven – nel ragionamento giuliano: su un primo piano argomentativo sono considerati i profili di applicabilità dell'azione di dolo; su un differente piano argomentativo si colloca l'affermazione secondo cui la vendita è *nulla*.

Se la prospettiva adottata è quella dell'azione di dolo, è logico credere che la pretesa debba essere rivolta nei confronti di colui che quel dolo abbia commesso: e costui è il servo (come si è più volte detto, poi, se il compratore fosse compartecipe del dolo, quest'ultimo risponderebbe a titolo contrattuale<sup>97</sup>).

Quando invece si prospetta l'idea che la *venditio* sia *nulla*, il ragionamento s'inserisce in una prospettiva che muove da presupposti del tutto differenti. A questo punto, rileva unicamente il fatto che non si sia pervenuti a un accordo. Rispetto a ciò, poco importa che la 'causa impediante' sia ravvisabile nell'attività della controparte oppure in quella del terzo. In questo passaggio non è (già più) in termini di azione di dolo che si sviluppa il discorso.

Nel dire che la vendita è *nulla*, s'intende esprimere semplicemente che la vendita 'non c'è': si dice *nullus contractus* proprio in un senso corrispondente a quello del tedesco 'kein Vertrag'. E la vendita non è venuta a esistenza perché le due volontà non si sono mai incontrate in un accordo.

Nel passaggio dall'uno all'altro piano si registra uno spostamento dell'attenzione dalla prospettiva che potremmo definire 'esterna' al contratto, ossia quella dell'azione di dolo, a quella 'interna' al contratto: il dolo viene in considerazione quale elemento ablativo della volontà contrattuale.

Si può aggiungere che tenendo in considerazione le difficoltà della prima prospettiva, Giuliano è indotto a percorrere la seconda.

In questo doppio piano argomentativo si avverte lo sforzo di assicurare

---

<sup>96</sup> BULGARO, *Summula*, cit., § 4.

<sup>97</sup> Si veda *supra*, § 9.

al venditore la massima protezione possibile, pur sempre a fronte dell'esigenza inderogabile di mantenere in condizione di libertà lo schiavo manomesso.

Se prevalente è l'interesse dello schiavo, a vantaggio del quale è riconosciuto il *favor libertatis*, non negletta – seppur posta in subordine – è l'istanza del venditore rimasto vittima del comportamento malizioso. Si vede allora come, in concreto, sia realizzato il miglior temperamento degli interessi in conflitto<sup>98</sup>. Aggiungerei che siffatto temperamento non proviene da forzature imposte per dar soluzione a un caso particolarmente complesso, bensì deriva dalla combinazione delle diverse regole.

19. *La figura del dolo che conduce alla sola condanna pecuniaria.*

Appare ora possibile tornare a focalizzare l'attenzione sul nodo concettuale da cui ha preso sviluppo l'intero nostro discorso: la distinzione tra due tipologie del dolo, l'uno che espone il *deceptus* alla condanna pecuniaria, l'altro che invece comporta la caducazione del contratto.

Come si è visto, nella chiusa di D. 4.3.7 pr. si precisa: *et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

È in effetti da tenersi in decisiva considerazione il fatto che al venditore che agisse con azione di dolo non sarebbe stato disponibile, nella specie, il rimedio della *restitutio in integrum*, giacché il *favor libertatis* impediva di ricondurre lo schiavo manomesso nella condizione servile; e per lo stesso motivo la caducazione non si sarebbe potuta ottenere mediante l'inserimento nella formula dell'*arbitratus de restituendo*.

Dunque non era disponibile alcun meccanismo rimediale di tipo caducatorio, in combinazione con l'effetto propriamente derivante dall'*actio doli*, ossia quello della condanna pecuniaria.

Ecco dunque la prospettiva generale nella quale meritano di essere colte le linee essenziali su cui la tradizione romanistica costruisce l'alternativa tra le due articolazioni del dolo, l'uno che espone a una condanna pecuniaria, l'altro invece che conduce alla caducazione del contratto.

L'affermazione secondo cui il contratto è *nullus*, quando sia radicalmente assente la volontà di concluderlo, appare l'unica strada attraverso la quale al giurista sembra possibile demolire la sua struttura.

<sup>98</sup> Si vedano, in tal senso, le osservazioni di M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 33.

A una simile conclusione Giuliano è senza dubbio spinto dalla constatazione del fatto che, nella specie, non era percorribile la via della caducazione – si dica ora, genericamente – *iure praetorio*<sup>99</sup>: come si è visto, il *favor libertatis* fa sì che il *deceptor* si sarebbe trovato a subire soltanto la ‘metà’ degli effetti in astratto ricollegabili al dolo. Manca di realizzarsi, nella specie, la normale complementarità tra diritto pretorio e diritto civile.

Oltretutto, siccome il contratto aveva già avuto esecuzione (si rilegga la descrizione dei fatti: *si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit*), al venditore raggirato neppure l’eccezione di dolo sarebbe potuta venire in ausilio.

È da ritenere che, proprio ponendo mente a questo difficile quadro d’insieme, il giurista avesse trovato la spinta per suggerire un percorso rimediale nuovo e per taluni versi sorprendente, giungendo a negare l’esistenza del contatto. Era in tal modo individuata una strada utile a ottenere un risultato finale adeguato e sostanzialmente corrispondente a quello cui avrebbe condotto, *iure praetorio*, l’esperimento della *restitutio*.

Non v’è dubbio che la riflessione compiuta dai *prudentes* sul sostrato consensuale del contratto, sviluppatasi con intensità nei primi secoli del Principato, e in specie a partire da Labeone, si prestasse a costituire una base solida per un’argomentazione come quella svolta da Giuliano in D. 4.3.7 pr.<sup>100</sup>: l’esito del ragionamento appare perfettamente in linea con

---

<sup>99</sup> L’annullabilità viene letta nelle fonti romane in termini di infirmabilità dell’atto sotto il profilo del diritto pretorio, in contrapposto a quello civile, come si può evincere dalla Glossa *contra tabulas* (ad I. 3.9.3), citata *supra*, nt. 88. Le linee dell’evoluzione meritano di essere descritte con le parole di L. RAGGI, *La ‘restitutio in integrum’*, cit., 246 s.: «l’annullabilità è infatti intesa dagli interpreti medievali come *ius rescindens*, mentre la nullità viene configurata come *ius dicendi nullum*; ancorata a mezzi procedurali diversi, la cui evoluzione storica si è sviluppata seguendo, per ciascuno di essi, prospettive autonome, tale distinzione è venuta sempre meglio precisandosi e specificandosi come espressiva della contrapposizione tra nullità *ipso iure* e annullamento *ex post facto*, raggruppando sotto questa seconda categoria due serie di rimedi (*restitutiones iure actionis* e *officio iudicis*). Siamo dunque di fronte ad un insieme di concezioni del tutto estranee alla semplicità e radicalità dell’alternativa romana tra inesistenza e validità, alternativa che esclude qualsiasi posizione intermedia. Nella logica dello *ius civile*, infatti, l’atto o è nullo (*nullus*) nel senso di inesistente (*non ullus*), oppure è pienamente valido; solamente in maniera indiretta – cioè senza affatto modificare tale condizione di perfetta validità – è possibile paralizzare l’efficacia dell’atto valido, attraverso l’intervento moderatore ed equilibratore del diritto pretorio (ad esempio con *exceptiones*, *restitutiones in integrum*, ecc.)».

<sup>100</sup> Si veda la panoramica di C. CASCIONE, ‘*Consensus*’. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 399 ss. Possono essere evocati, assai latamente, a riprova di un’attenzione giuliana per il ‘consensualismo’: Iul. 35 *dig.* D. 7.1.34 pr.; Iul. 16

l'evoluzione del pensiero della giurisprudenza classica sulla problematica contrattuale.

Solo per citare un notissimo punto di emersione di una riflessione che attraversa tutta la giurisprudenza classica, si può pensare alla celebre affermazione di Pedio contenuta in D. 2.14.1.3, secondo cui *nullum contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* (si noti, a margine, che anche qui si fa uso dell'aggettivo *nullus*, proprio per significare il 'non essere' del contratto e dell'obbligazione).

Al di là della discussa portata – concettuale e di regime – del *dictum Pedii*<sup>101</sup>, non si può comunque dubitare del fatto che al tempo di Giuliano fosse acquisita non solo, 'in positivo', la necessità dell'accordo per l'esistenza e l'efficacia del contratto, ma anche, nella prospettiva 'in negativo', che fossero colte appieno le conseguenze dell'assenza dell'accordo medesimo.

Come si è visto, le categorie della nullità e dell'annullabilità (poi nella cornice teorica dell'invalidità) furono messe a fuoco per opera di un pensiero – sviluppatosi, con il decisivo apporto della dottrina canonistica, tra l'età di mezzo e le codificazioni – che muoveva da presupposti, soprattutto processuali, intrinsecamente differenti rispetto a quelli del diritto romano-classico<sup>102</sup>.

Mi pare però che non sia necessario attendere una riflessione assai più compiutamente sviluppata – e senz'altro di là da venire al tempo dei *prudentes* – intorno alla teorica dei 'vizi del consenso' (la quale è da mettersi in relazione con una maggiore sensibilità culturale verso il tema della libertà

---

*dig.* D. 23.1.11; *Iul.* 33 *dig.* D. 30.84.13. Ma si veda inoltre *Iul.* 84 *dig.* D. 1.3.32.1; *Paul.* 35 *ad ed.* D. 1.7.6; *Ulp.* 13 *ad ed.* D. 4.8.27.3; *Ulp.* 3 *ad ed.* D. 5.1.2 pr.; *Paul.* 35 *ad ed.* D. 23.1.7.1. Alla teoria dell'errore (in specie all'*error in ipsa emptio*) appare riconducibile l'espressione *emptio nulla est* (che richiama *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* di cui in D. 4.3.7 pr.) che compare in *Ulp.* 28 *ad Sab.* D. 18.1.9 pr.: nella prospettiva della regola *errantis voluntas nulla est* si collocano le indagini di J.G. WOLF, 'Error' in *römischen Vertragsrecht*, Köln - Graz, 1961, nonché più recentemente di J.D. HARKE, 'Si error aliquis intervenerit'. *Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin, 2005.

<sup>101</sup> Su cui, con originalità d'impostazione, L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, ne *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 339 ss. In precedenza, A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 2000)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 102 s.; A. ROMANO, 'Conventio' e 'consensus' (a proposito di *Ulp.* 4 'ad ed.' D. 2.14.1.3), in *AUPA*, XLVIII, 2003, 239 ss., nonché 314, con riferimenti bibliografici in nt. 195.

<sup>102</sup> Si veda *supra*, § 17.

del volere<sup>103</sup>), per giungere all'esito rappresentato dalla constatazione che, senza accordo, un contratto 'non esiste'.

## 20. Considerazioni conclusive.

È giunto il momento di ricavare alcune riflessioni conclusive.

La fattispecie descritta in D. 4.3.7 pr., nella quale il *favor libertatis* impediva al *deceptus* di avvantaggiarsi della *restitutio* – così lasciando che dall'*actio de dolo* scaturisse soltanto la condanna pecuniaria –, offre a Giuliano l'occasione per un'intuizione anticipatrice: il *deceptus* avrebbe potuto ritenersi sottratto agli effetti del contratto (in forza della constatazione che la *venditio* è *nulla*), perché il dolo aveva impedito che un accordo si perfezionasse.

Nella testimonianza si intravedono le linee di struttura della distinzione tra dolo incidente e dolo essenziale.

La soluzione giuliana appare propiziata da una riconsiderazione del contratto in chiave consensualistica: se la volontà è distorta in conseguenza del dolo, è come se quella volontà fosse assente e, dunque, è come se il contratto non si fosse mai concluso.

Accanto a (e in combinazione con) questo motivo concettuale – sul quale ci si è soffermati nelle pagine che precedono<sup>104</sup> –, ve n'è un altro degno di nota, che spinge verso la medesima conclusione: assume decisivo rilievo il processo – esso pure già evocato<sup>105</sup> – di progressivo affievolimento della natura delittuale del dolo.

Proprio quest'ultimo fenomeno consente che tra la tematica del dolo e

<sup>103</sup> Sensibilità che fu certamente sollecitata dall'influenza del Cristianesimo. Rispetto all'elaborazione del tema della libertà del volere giocò un ruolo decisivo il diritto canonico: cfr. G. RENARD, *L'idée*, cit., 214 ss., nonché 327 ss.; A. COSTA, *La nullità della sentenza e la 'querela nullitatis' nella storia del processo italiano*, in *RISG*, 1916, 219 ss.; G. FRANSEN, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du moyen age*, in *Ephémérides Theologicae Lovaniensis*, XXI, 1944-45, 61 ss.; ID., *Le dol dans la conclusion des actes juridiques. Evolution des doctrines et système du code canonique*, Gembloux, 1946; O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, Roma, 1964 (con attenzione ai codici europei e al diritto canonico). Sulla struttura di pensiero che si basa su libertà del volere e sul negozio come manifestazione di tale volontà, cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur.*, XV, 1928, 129 ss.; ID., *Diritto romano*, I, cit., 420 ss. (su cui, in critica, si veda anche G. GROSSO, *Recensione a E. Betti, Diritto romano*, I, cit., in *SDHI*, II, 1936, 190 ss.). Per una discussione delle categorie dogmatiche rientranti nella scansione 'invalidità, nullità, annullabilità', M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973 (con riferimenti di letteratura); più recentemente, M. GIROLAMI, *Le nullità*, cit., in specie 185 ss.

<sup>104</sup> Si veda *supra*, § 19.

<sup>105</sup> Si veda *supra*, § 12.

l'ambito concettuale del contratto si apra un 'canale di comunicazione': in altre parole, il dolo viene ad assumere una sua collocazione all'interno della cornice dei problemi contrattuali.

Sullo sfondo, s'intravede l'esito cui condurrà un altro segmento di pensiero che, sempre sulla base delle fonti romane, è sviluppato dalla Glossa. L'elaborazione del dolo come vizio della volontà va a integrarsi in un sistema di invalidità, articolato (*in primis*, storicamente) tra nullità e annullabilità. Quindi, nella classica sequenza di matrice pandettistica, il dolo si posiziona accanto all'errore e alla violenza.

Nel codice civile del 1942, per esempio, si vede perfettamente compiuta quella torsione concettuale che ha consentito la trasposizione del dolo, dall'ambito delittuale, a quello delle invalidità (dunque, dentro il terreno della 'patologia' del contratto).

L'idea che la volontà viziata conduca alla particolare forma di invalidità che è rappresentata dall'annullabilità restò invece sempre radicalmente estranea al pensiero classico romano<sup>106</sup>.

Giunti a conclusione di questo percorso di ricerca – quasi 'stratigrafica' – sulle origini del dolo incidente, tornano alla mente le parole di Biondo Biondi richiamate quasi in esordio, sull'inconfigurabilità per diritto romano della distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente<sup>107</sup>.

Si potrebbe arrivare a dire che per diritto romano il dolo 'è' il dolo incidente: l'*actio doli* comporta una condanna espressa in una somma di denaro nella misura dell'*id quod interest*. Da questo punto di vista, nell'art. 1440 cod. civ. si ritrova un'eredità autentica e assai preziosa dell'*actio doli*.

V'è però la difficoltà, oggi, di riconoscere questa linea di collegamento tra l'*actio doli* e il dolo incidente di cui all'art. 1440 cod. civ.

Recepita nell'attuale codice la costruzione dogmatica dell'invalidità, la disposizione sul dolo incidente, con la quale si consente di accedere a un rimedio risarcitorio per l'ipotesi di una condotta maliziosa, rimane piuttosto isolata tra gli articoli dedicati alla 'patologia' del contratto; come si è detto<sup>108</sup>, l'art. 1440 cod. civ. segna la linea di confine delle regole di correttezza, a fronte di quelle di validità. Sicché all'interno di un sistema di regole – quello della Sezione II, intitolata 'dei vizi del consenso' – riguardanti l'invalidità negoziale, il dolo incidente rimane quasi a galleggiare isolato, come un relitto proveniente da una storia lontana.

---

<sup>106</sup> Si veda *supra*, § 17.

<sup>107</sup> Si veda *supra*, § 6.

<sup>108</sup> Si veda *supra*, §§ 1-3.



