

L'EFFICACIA DEI PATTI NEI "BONAE FIDEI IUDICIA"

CAPO TERZO

RAPPORTO FRA EXCEPTIO PACTI ED EXCEPTIO DOLI NEL DIRITTO CLASSICO ED IN QUELLO POSTERIORE

1. Il principio della possibilità indifferente di scelta fra le due eccezioni e la sua origine giustinianea. - 2. Carattere postclassico del principio generale della sussidiarietà dell'exceptio doli rispetto all'exceptio pacti. - 3. Ipotesi particolari in cui già per diritto classico, mancando l'exceptio pacti, soccorreva l'exceptio doli. - 4. Estensioni e generalizzazioni giustinianee. - 5. Conclusione.

1. — Il principio generale dell'inerenza dell'exceptio pacti ai bonae fidei iudicia si è affermato nell'epoca postclassica e nella compilazione, ad analogia di quello classico riguardante l'exceptio doli, da un lato per le notevoli estensioni che subirono gli antichi concetti relativi all'efficacia dei patti, dall'altro per la generalizzazione dell'exceptio doli praesentis o generalis (1). Questa eccezione, che serviva già alla giurisprudenza romana per far trionfare le esigenze dell'equità di fronte al rigore dello stretto diritto, doveva, per la sua natura, piacere immensamente ai bizantini,

(1) Cfr. *Beseler, Miscell. cit., Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.*, 45 p. 191 n. 3.

che se ne servirono per l'introduzione dei nuovi principi; talora essi se ne valsero direttamente per alterare le sentenze dei giureconsulti classici, talora invece si limitarono a creare principii generali dove quelli procedevano solo per casistica. Non posso ora esaminare ampiamente il vasto problema e mi limiterò al punto che interessa il mio lavoro: qualunque eccezione per i giustiniani implica l'*exceptio doli*, poichè « *dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit* ». La proclamazione di questa regola generale è preceduta dalla dichiarazione particolare per l'*exceptio pacti* e in factum (fr. 2 §§ 4, 5 D. 44, 4: Ulp. l. 76 ad ed.):

Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, quia hoc actum sit, sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat *exceptio doli*. et quidem et de pacto convento excipi posse nequaquam ambigendum est: sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilo minus poterit: dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.

Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

La completa derivazione giustiniana del § 5 è già stata dimostrata (1). Ma neppure il principio generale del § 4 risale al diritto classico. Sulla sua genuinità si sono recentemente sollevati gravi dubbi (2), e con buon fondamento. Il Beseler dapprima (3) ha avanzato l'ipotesi che nel brano finale le parole « *contra pactum* » (e forse tutto da « *dolo enim* » a « *potest* ») fossero compilatorie e che il passo nel suo testo originario si riferisse ad un caso di « *aliter actum, aliter obligatus* » (4),

(1) Beseler, *Beiträge*, I pag. 108, III p. 39; Biondi, *Iud. b. fidei*, p. 44 segg.; P. Krüger, ad h. fr.

(2) Una volta si credeva comunemente ch'esso si fosse formato nel diritto classico più tardo (V. H. Krüger, *Zur Lehre der Exceptio doli*, p. 94; Pernice, *Labeo II*, 1 p. 241 segg.); contro questa opinione dominante, il Costa, (*L'exceptio doli*, p. 131 segg.) volle sostenere l'alta antichità pel principio, con argomenti però che non reggono (v. infra).

(3) *Beiträge*, I p. 107 seg.

(4) È questo uno dei campi in cui l'*exceptio doli praesentis* si è già generalizzata nel diritto classico; quando un atto formale portava a conseguenze diverse da quelle che secondo la volontà delle parti dovevano discenderne, la condotta di colui che agiva in base ad esso era ritenuta contraria ai boni mores, alla fides, e quindi si concedeva al convenuto l'*exceptio doli* (v. per

in cui la vera volontà delle parti era rivelata dal patto posteriore intervenuto a mo' di rettifica; i giustinianeî quindi avrebbero trasportato il « quia hoc actum sit » che originariamente doveva seguira a « petatur »; e forse nell'opera classica, da cui fu attinto, il brano sarebbe stato preceduto da una dichiarazione più generica simile a quella del fr. 36 D. 45, 1 (anzi, secondo Beseler, da questo). Il Beseler in seguito (1), mantenendo ferma la sua ipotesi sul contenuto originario del passo, ha esteso l'interpolazione cancellando tutto il brano finale a partire da « et quidem et de pacto ecc. » e sostituendovi « magis dicendum est de pacto excipi posse ». Gli argomenti addotti (ambigere (2), nequaquam (3)) non sono decisivi, ma hanno un certo valore; si aggiunga ad essi la scorrettezza della risposta nel suo complesso, di fronte alla domanda tassativa (« an noceat exceptio doli ») (4). Tutto sommato dunque, questa interpolazione mi pare probabile; ma, pur prescindendo da essa, che non ha in fondo per me molta importanza, ritengo fondata la parte sostanziale della tesi del Beseler, già da lui affermata nella prima esegesi del passo. Il « quia hoc actum sit » si potrebbe, è vero, senz'altro cancellare, come propone P. Krüger (5), credo però sempre più verosimile una trasposizione. Inoltre l'ipotesi del Beseler trova una brillante conferma nelle parole con cui il caso è esposto nel passo; l'espressione « post stipulationem interpositam », invece di un generico « postea », sembrerebbe volere indicare che il patto, benchè posteriore ai verba, fu conchiuso subito dopo, quasi nello stesso tempo, ad interpretazione di ciò che effettivamente si voleva colla stipu-

tutti fr. 36 D. 45,1: Ulp. l. 48 ad Sab.). Nei giudizi di buona fede, in cui il criterio di valutazione è dato dall'oportere ex fide bona, che è escluso senz'altro dall'esistenza di dolus nell'attore, ciò che viene in giudizio è l'« id quod actum est »; ed i patti conchiusi in continenti ineriscono al contratto. Ciò sia però qui detto solo per incidenza.

(1) *Beiträge*, II, 31.

(2) V. sul carattere compilatorio di questa parola, concorde con **Beseler**, *Mitteis Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.*, 33 p. 196; ma cfr. **Albertario**, *Rec. del II Vol. di Beiträge di Beseler (Bull. 25 p. 240)*.

(3) **Beseler**, *Beiträge* III, 139 segg.; cfr. **Pringsheim**, *Animus donandi Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.* 42, p. 320 n. 1.

(4) Si noti anche, benchè non decisiva, la forma « quidem.... sed » cara ai bizantini (v. **Di Marzo**, *Postille critiche ed esegetiche, Arch. giur.*, 70 (1903) p. 527 segg.).

(5) Ad h. fr.

lazione (1). Il « quia hoc actum sit », dopo « petatur », spiegherebbe appunto questo concetto: ma, anche se questa frase fosse mancata nel testo classico, il senso resterebbe sempre il medesimo. D'altra parte la collocazione di essa dove ora si trova da parte dei compilatori, risponde alle tendenze ed ai concetti dominanti nella nuova epoca. Per i bizantini ciò che si è convenuto subito prima o subito dopo la stipulatio inerisce al contratto, non c'è quindi bisogno di exceptio, nè pacti, nè doli (cfr. l. 27 C. 2, 3); perchè si parli di efficacia del patto ope exceptionis, occorre che non solo dai verba della stipulazione risulti l'obbligazione pura, ma tale sia stata la volontà delle parti, manifestatasi nelle convenzioni accessorie concluse in continenti, in altre parole che così « actum sit » (2).

L'attribuzione ai giustinianeî del principio della libera scelta e dell'indifferenza fra exceptio pacti ed exceptio doli è confermata dall'esame

(1) Se poi la risposta fosse genuina, una nuova conferma si avrebbe nella frase « et quidem - ambigendum est »; che bisogno avrebbe avuto Ulpiano di notare che non v'è dubbio sulla concessione dell'exceptio pacti per un comune pactum de non petendo? Invece l'osservazione del giureconsulto si capisce pensando ad un'ipotesi speciale come quella supposta dal Beseler; a mo' di premessa si osserverebbe che il patto, per quanto riveli l'id quod actum est e dia luogo all'exceptio doli, è sempre un patto e quindi genera la sua eccezione specifica. Se invece la frase è giustiniana ed è stata sostituita alla sentenza classica che concedeva solo l'exceptio pacti, questo ragionamento non vale più perchè i compilatori non andavano tanto pel sottile preferendo sempre ed ovunque sottintendere il meno possibile; quindi, pur generalizzando il caso ad un comune pactum de non petendo ad tempus, essi dichiararono che dell'exceptio pacti non si dubitava; ciò forse anche perchè avevano davanti il testo classico, che appunto a tale eccezione si riferiva.

Sempre a sostegno della tesi del Beseler, si può ancora osservare come Ulpiano, se avesse voluto affermare il principio generale della concorrenza dell'exceptio doli coll'exceptio pacti, avrebbe parlato della forma tipica del patto, cioè genericamente « ne petatur »; egli invece tratta di un pactum « ne interim usque ad certum diem petatur », che trasforma cioè l'obbligazione pura in un'obbligazione a termine, e che si adatta col concetto della rettifica ed interpretazione della volontà delle parti nella conclusione della stipulatio.

(2) Il carattere compilatorio del principio generale contenuto nel fr. 2 § 4 D. 44,4 è stato recentemente riaffermato dal Koschaker (*Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht*, in *Festschrift für Hanaušek*, estr. p. 28 segg.), il quale però non concorda nella ricostruzione proposta dal Beseler, e si limita ad osservare che, se anche si ritiene classica la domanda circa l'exceptio doli si deve però ammettere che ci fossero nel caso altre circostanze che fondassero l'exceptio doli; egli sospetta quindi genericamente che i giustinianeî abbiano alterato il caso propostosi dal giureconsulto classico, ma non tenta di ricostruirlo.

dei passi concernenti questa materia. La tesi del Costa (1), che tale principio non solo sia classico, ma risalga ai giureconsulti più antichi, è senz'altro smentita (come del resto già fu da altri (2) messo in evidenza) dalla netta separazione fra le due exceptiones operata da Gaio (IV, 116 a, b; l. sing. ad form. hyp: fr. 7 § 2 D. 20, 6). Che questa separazione non sia stata obliterata e si sia mantenuta viva per tutta l'epoca classica risulta poi, sia pure per una prova negativa, dal fatto che tutti i testi da cui sembrerebbe risultare l'assimilazione delle due eccezioni recano tracce di manipolazione postclassica. Un'indagine acuta intorno ad essi ha fatto il Koschaker (3), cercando di dimostrare che sempre, ove direttamente da un patto sorge l'exceptio doli, questa è interpolata e, dove c'è scelta fra exceptio pacti ed exceptio doli, lo è o l'una o l'altra. Pur convenendo nella conclusione di queste ricerche, io non sempre concordo col loro autore nella critica esegetica dei singoli frammenti. Non mi pare quindi fuor di luogo riassumere in brevi tratti i punti che approvo e quelli in cui mi distacco da essa, giungendo allo stesso risultato, per poter poi determinare, coll'aiuto di un'altra serie di passi, il rapporto fra le due eccezioni nel diritto classico.

Sicura è l'interpolazione del brano « sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria » nel fr. 13 pr. D. 8, 3 (Iav. l. 10 ex Cassio) (4).

Nota è pure l'alterazione del fr. 4 pr. D. 8, 1. (Pap. l. 7 quaest): Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia: « quamdiu volam ») constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutum vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

L'« ipso quidem iure » ed il brano « sed tamen - vindicanti » sono stati sospettati d'interpolazione (5). Ma, se anche non si vuole

(1) Vedi supra.

(2) Koschaker, *op. cit.* p. 29 estr.

(3) *Op. cit.* p. 29 segg. estr.

(4) Pernice, *Parerga, Zeitschr. d. Sav. Stift R. A.*, 9 p. 197 n. 2; H. Krüger, *Exc. doli, cit.* p. 184; Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus, Scritti giuridici*, III p. 109 n. 2; cfr. però Riccobono, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù, Revue d'Hist. du droit*, III p. 346 segg.; ma da ultimo Koschaker, *op. cit.* p. 29 estr.

(5) Bonfante, *Istituzioni*, 8° ed. p. 334, n. 2; Di Marzo, *Postille critiche cit.* p. 530.

attribuirli senz'altro ai giustinianeî (1) si deve ammettere che Papiniano non poteva parlare di « exceptio pacti vel doli », presupponendo la generale libertà di scelta fra le due eccezioni in base ad un comune patto, poichè egli riferiva l'opinione di Sabino e Cassio, cui un simile principio era certo ignoto (2). Nè persuade l'acuta osservazione del Pernice (3), che qui l'adesione di Sabino « bezieht sich natürlich nicht auf die Wahlweise Zulassung der Einreden, sondern nur auf die Anerkennung einer Servitutenbestellung ad diem ». « Idque » abbraccia tutto quanto precede; è quindi probabile che almeno l'« exceptio doli » sia stata aggiunta dai compilatori (4).

Giustiniana è pure la menzione dell'exceptio doli nel fr. 44 § 1 D. 44. 7. (Paul. L. 74 ad ed); non privo di valore è come osserva il Koschaker (5) il confronto col fr. 56 § 4 D. 45, 1 in cui Giuliano per un caso analogo parla solo di exceptio pacti (6). Ed anzi io credo che l'interpolazione del fr. 44 § 1 non si limiti alla semplice aggiunta dell'exceptio doli, ma che si debba attribuire completamente ad un glossatore od ai giustinianeî la menzione dei rimedi pretorii accordati nel caso, dei quali Paolo taceva; non esiterei ad accogliere l'interpolazione, proposta in forma dubitativa dal Bonfante (Ist. 8.^a ed. p. 79 n. 1) di tutta la frase « plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summo veri poterit ». A parte il « plane » che, quantunque

(1) V. Riccobono, *Dies e condicio* cit. p. 338 segg.

(2) Koschaker, *op. cit.*, p. 29 estr.

(3) Labeo, II, 1, 241 n. 2.

(4) Si potrebbe osservare che l'exceptio doli potrebbe qui avere una particolare ragion d'essere, in quanto si tratterebbe di far valere « id quod actum est », di realizzare quel vincolo che realmente le parti avevano voluto stabilire. Comunque, se anche così fosse, il fr. 4 pr. non proverebbe nulla a favore della possibilità indifferente di scelta fra le due eccezioni. (cfr. Koschaker, loc. cit.).

(5) *Op. cit.*, p. 32 estr.

(6) Non convincono le osservazioni con cui il Costa, (*Ex doli* cit. pag. 135 segg.) vuol togliere ogni valore probante al fr. 56 § 4 D. 45, 1 (Iul. l. 52 dig.). « Il passo, egli dice, « mirava a contrapporre al rigor formale dell'actus legitimus e della relativa azione, che pre-scinde, ov'è possibile, dagli elementi accidentali imposti dalla volontà intesa a costituirlo, il « riconoscimento dato a questi come formulati in un patto; di cui pertanto era ovvio si nominasse l'eccezione specifica, senza che occorresse poi altra menzione pur dell'eccezione concorrente di dolo ». Ciò non mi pare esatto. Giuliano, nel l. 52 dig. trattava « de stipulationibus » (Lenel, *Paling*, Jul 697) e non dei patti; non vedo quindi come egli dovesse avere tanto

caro ai giustinianeî (1), non è indice sicuro di interpolazione, si deve notare come il brano indiziato rompa il filo del passo che seguita poi (« sic et in tradendo (mancipando: P).....), presentando un altro caso in cui l'aggiunta di elementi accessori ad un negozio formale è nulla, ma senza che si accordi alcun rimedio pretorio (2); da questi rimedi dunque Paolo qui prescindeva anche per la prima ipotesi; i giustinianeî vollero invece dichiarare tutto, secondo le loro ben note tendenze, ed all'exceptio pacti, che i classici davano in tale frangente (si ricordi il passo di Giuliano) aggiunsero l'exceptio doli. Ed il medesimo procedimento compilatorio si deve notare nel § 2 dello stesso frammento.

Interpolata è pure la frase finale « reliqua autem quinque - exceptione doli mali submoveris » nel fr. 15 § 1 D. 46,1 (3); e postclassico è il brano « igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio » nel fr. 42 pr. D. 39,6 (4).

interesse a mostrare che gli elementi accidentali aggiunti alla stipulazione valevano come pacta; avrebbe dovuto sentire uno stimolo altrettanto forte ad osservare che si riteneva contraria ai boni mores la condotta di colui che avesse agito nonostante l'esistenza di quelli, che cioè col'exceptio pacti concorreva l'exceptio doli, se così fosse stato; e se poi le due eccezioni erano sempre concorrenti, perchè non nominarle entrambe?

Si noti ancora come nel caso del fr. 56 § 4 D 45,1 (e così in quelli del fr. 44 § 1 D 44,7) la ragione dell'exceptio doli si potrebbe vedere nell'aliter actum, aliter obligatus, che vi si verifica, e che nel fr. 56 § 4 è dichiarato espressamente, forse da un glossatore o dai compilatori (**Beseler**, *Beiträge*, III p. 163). Ma si vede che, anche in questo caso, ai tempi di Giuliano si procedeva lentamente nell'accordare l'exceptio doli.

L'unico argomento che si potrebbe addurre per spiegare la discordanza tra il fr. 56 § 4 e il fr. 44 § 1 è la possibilità che l'exceptio doli per questa ipotesi si sia affermata in epoca più tarda; ma per l'interpolazione del passo di Paolo vedi nel testo.

(1) **V. Guarneri Citati**, *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus Juris*, *Bull.* 33 p. 120 seg. sub. h. v.

(2) Il **Riccobono**, *Dies e condicio* cit. pag. 347, pur riconoscendo che il passaggio dall'uno all'altro esempio appare brusco e il nesso oscuro, ritiene che il « sic » dimostri l'applicazione del mezzo pretorio anche all'ultimo caso. Non mi pare; infatti nell'ultimo brano si afferma solo l'inefficacia della convenzione e nell'inefficacia soltanto sta il parallelo con quanto precede.

(3) **Koschaker**, *op. cit.* p. 30 estr.

(4) Il glossema è stato dimostrato, secondo me in modo esauriente, dal **Koschaker** (*D.* 39,6, 42 pr., *ein Beispiel für vorjustinianische Interpolation*, *Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.* 37 p. 327). Contro, ma non convincente, **Haymann**, (*Zur lex 42 pr. D. de m. c. don.* 39,6, *Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.* 38 p. 215 segg.). Il contrasto non si limita al brano notato, ma coinvolge tutto il passo. Il **Koschaker** crede, col **Keller**, che si trattasse di

Di fronte ai casi esaminati e ad altri che vedremo, nessun valore può avere per dimostrare la classicità della possibilità di scelta fra le due eccezioni la l. 5 C. 2,3, benchè non vi sia nessun indizio sicuro di rimaneggiamento compilatorio; infatti quest'assenza di indizi si spiega benissimo col fatto che l'alterazione consisterebbe semplicemente nell'aggiunta delle parole « vel doli »; e possiamo ammettere questa senza sforzo considerando che tale è appunto la tendenza bizantina (1).

Più dubbioso ed esitante sarei nei riguardi di Gai III, 179, che parla di « doli mali aut pacti conventi exceptioe summoveri » per il caso di mancata condizione nella novazione condizionale; anzi mi dirò senz'altro contrario al Koschaker (2), che vuole attribuire ad un glossatore la menzione dell'exceptio pacti. È vero che Gaio altrove (l. 1 ad ed prov.: fr. 30 § § 1 e 2 D. 2,14) per la novazione compiuta con un servo e per la novazione condizionale, in caso di mancata condizione, parla solo di exceptio pacti (per la prima riportando l'opinione di Giuliano che ammette in certi casi l'exceptio, per la seconda negando questa); ma, come bene osserva il Kübler (3) a favore della classicità di Gai III, 179, si può trarre un argomento positivo di prova dal fatto che l'exceptio doli è nominata prima dell'altra. Però il Kübler stesso ammette che il passo gaiano non parli per l'indifferenza delle due eccezioni in base ad un patto,

mancipatio o in iure cessio, fiduciae, e che le parole « bonae fidei autem iudicio constituto » siano state sostituite a « fiduciae autem iudicio constituto » (così pure Krüger ad h. fr.). Lo Haymann, invece, (basandosi essenzialmente sul più che - perfetto « cessisset » che indica un' anteriorità della cessione rispetto alla riserva dell' usufrutto ed alla convenzione), riterrebbe che queste fossero avvenute in modo autonomo mediante stipulatio: le parole « b. f. autem iudicio constituto » sarebbero state aggiunte dai compilatori per indicare che l'exceptio doli dava al giudizio il carattere di « iudicium bonae fidei ». Papiniano dunque avrebbe contemplato un'unica azione, la rei vindicatio degli eredi di Lucio Tizio contro Seia. Lo sviluppo della questione riguardo all'ultima parte del passo qui non interessa; ma non ha grande importanza per noi neppure la parte riferita, perchè, accettando la tesi del Koschaker, si deve attribuire ad un glossatore il brano « igitur si res singulas - opponetur exceptio accogliendo invece quella di Haymann, il fondamento dell'exceptio doli non è più un patto ma il principio che « dolo facit qui petit quod redditurus est » (V. Haymann loc. cit. p. 223).

Come ho detto propendo più per la tesi del Koschaker; limitandomi al glossema notato, ritengo forti gli argomenti addotti a sostegno di esso: dal lato formale, decisione prima dell'impostazione della domanda, dal lato sostanziale, mancanza di interesse degli eredi di Tizio ad agire; si aggiunga, benchè meno significativo, l'« igitur » preposto, ed il cambiamento di tempo.

(1) V. Beseler, *Beiträge* I p. 109; Koschaker, *Bed. Nov.* cit. p. 33 estr.

(2) Loc. cit. nota precedente.

(3) Recensione della Festschrift für Hanausek, *Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.*, 46 p. 388.

osservando che il principio che la novazione condizionata val patto potrebbe essersi affermato tardi; e probabilmente prima si concedeva in questo caso l'*exceptio doli* (1). Questo è il verisimile processo storico, ed è certamente il processo logico seguito da Gaio; la priorità dell'*exceptio doli* ci dice che essa si fonda su ragioni particolari e non sulla considerazione della novazione come patto. Il suo fondamento del resto si può scoprire senza difficoltà; ci troviamo di fronte ad un negozio formale che per lo *ius civile* porta a determinati effetti, mentre, secondo la verisimile volontà delle parti nel conchiuderlo, avrebbe dovuto averne altri; più volte abbiamo ripetuto come il diritto classico sia stato largo nell'ammettere in questi casi l'*exceptio doli* (2).

(1) H. Krüger (*Exc. doli* cit. p. 168), contro il verisimile processo storico e secondo una interpretazione poco persuasiva delle fonti, vuole che l'*exceptio doli* nel caso in esame sia stata accordata più tardi dell'*exceptio pacti*: la prova sarebbe fornita dal confronto del citato fr. 30 § 1, 2 D. 2, 14 di Giuliano e Gaio, con Gai III, 179; ma questo confronto in verità non dice nulla. Appunto con Giuliano dev'essersi affermato il nuovo principio che la novazione condizionata poteva valere come patto; preoccupato di stabilire questo principio il giureconsulto taceva dell'*exceptio doli*, e così pure ne taceva Gaio, citandolo. Invece nelle Istituzioni Gaio era più fedele ai modelli più antichi da cui attingeva; egli conservò quindi la menzione del mezzo cui quelli alludevano aggiungendo però l'*exceptio pacti*. L'ipotesi è confermata dal fatto che, mentre nel fr. 30 § 1 l'*exceptio pacti* su cui verte la domanda, è fondata sulla considerazione «*quia pactus videatur ne a Titio petat*», in Gai III, 179 l'interrogazione circa l'*exceptio doli* aut *pacti* è suggerita dall'osservazione che «*videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio*». Questa è evidentemente la giustificazione dell'*exceptio doli*; l'*exceptio pacti* sembra dunque inserita più tardi.

(2) Come abbiamo respinto la supposizione del Koschaker, ed a maggior ragione, dobbiamo respingere la tesi più audace recentemente sostenuta dal Beseler (*Miszellen, Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.*, 47, p. 357 segg.), che vuol attribuire tutto il brano «*Sed videamus - extiterit condicio*» ad un glossatore. Anzitutto a favore di una simile congettura non v'è nessun elemento serio di prova: «*Videamus num*», in questo senso, è usato da Gaio stesso nel fr. 57 § 1 D. 21, 2, sul quale non si può sollevare alcun dubbio (V. Guarneri Citati, *Semel commissa poena non evanescit*, *Bull.* 32, p. 242) (cfr. Marc. fr. 72 § 4 D. 46, 3; Scaev... fr. 29 § 14 D. 28, 2; Paul fr. 38 D. 8, 3, della genuinità dei quali si può però dubitare). L'*id actum esse*, per spiegare l'*exceptio doli* era naturale, e non capisco perchè il Beseler vorrebbe sostituire «*convenisse*». L'*exceptio doli* poi ha una particolare ragion d'essere.

Si noti d'altra parte la concordanza col fr. 30 § 2 D. 2, 14 che Beseler però ritiene interpolato, come vuol dimostrare, ma senza buoni argomenti, interpolati tutti i passi in cui un negozio invalido viene convertito in un altro negozio.

Un argomento positivo contro la tesi del Beseler è fornito dalla successione delle *exceptiones* nel passo gaiano: un glossatore postclassico, che avesse voluto dare efficacia alla novazione condizionale considerandola come patto e concedendo oltre l'*exceptio pacti* anche l'*exceptio doli*, avrebbe fatto precedere questa da quella.

Lo stesso ragionamento si può fare per il fr. 19 pr. D. 46,4 (Ulp. l. 2 reg.):

Si accepto latum fuerit, ei qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.

Koschaker ritiene che l'aggiunta dell'*exceptio doli* derivi o da un glossatore o dai compilatori. Ciò è improbabile; ad ogni modo il fatto che l'*exceptio doli* precede l'altra ci dice che la scelta fra le due eccezioni non è dovuta all'affermarsi del principio che in base ad un patto spettano entrambe le eccezioni, ma ad una successione storica e logica per cui prima si accordò l'*exceptio doli* e poi l'*exceptio pacti* (1).

Il processo storico di cui abbiamo veduto un accenno nel diritto classico, per cui in alcuni casi, considerati prima dal punto di vista del *dolus* dell'attore nel chiedere, si vide poi un accordo di volontà, un patto, si accentua nel passaggio dall'epoca classica a quella posteriore per l'estensione che in questa assume il concetto del patto.

Il Koschaker nota una serie di passi in cui appunto l'*exceptio pacti* sarebbe stata aggiunta o sostituita all'*exceptio doli*; anche qui però non mi sento di convenire in tutto con lui. Ammetto che una simile interpolazione sia avvenuta nel fr. 18 § 2 D. 39,6 (Iul. l. 60 dig.), come ha

(1) H. Krüger (*Exc. doli* cit. p. 151) crede di potere trarre argomento dal fatto che Ulpiano è l'unico che accenni in questo caso ad un'*exceptio doli*, per asserire che solo in epoca tarda questa si è aggiunta all'*exceptio pacti*. Non credo che le fonti appoggino questa tesi: il fr. 5 pr. D. 18,5 di Giuliano (v. supra), il fr. 27 § 9 D. 2,14 di Paolo, il fr. 8 D. 46,4 dello stesso Ulpiano, (non tutti intatti) si preoccupavano puramente di fissare il principio che l'*acceptilatio* invalida valeva *pactum*, concedendo così l'*exceptio pacti*, senza occuparsi dell'*exceptio doli* che ben poteva essere stato il mezzo più antico e poteva ancora persistere accanto al nuovo. Ulpiano invece faceva questione dei mezzi dati per far valere l'*acceptilatio*; si capisce dunque come egli nominasse entrambe le eccezioni.

D'altra parte alcuni dubitano della stessa classicità del principio che dà valore di *pactum* all'*acceptilatio* nulla (la negano Perozzi, *Ist.* II p. 317 n. 2, Beseler loc. cit.); pur non aderendo a questa tesi estrema, non posso ammettere che il principio sia tanto antico. Non credo che il fr. 8 pr. D. 46,4 cit. (Ulp. l. 48 ad Sab.) testimoni per Sabino, come vuole il Pernice (*Labeo* I p. 406). Esso è alquanto rimaneggiato (Beseler, *Beiträge* I p. 112 seg.); solo l'impostazione della domanda sembra genuina e neppur essa sicura. È difficile dire se uno spunto classico ci sia, e, se c'è, onde sia tratto; e se, anche il nocciolo della sentenza fosse tale, nulla ci dice che risalga a Sabino; potrebbe essere Ulpiano.

Il primo passo che, per quanto ritoccato (v. supra) pare abbastanza sicuro, è il fr. 5 pr. D. 18,5 di Giuliano; può essere che appunto con questo abbia incominciato ad affermarsi il principio.

sostenuto il Beseler (1), deducendolo dal confronto col fr. 3 § 2 D. 34,3 (Ulp. l. 23 ad Sab.), ove Ulpiano riferisce la sentenza di Giuliano senza parlare di *exceptio pacti* (2). I giustinianeî hanno inserito questa eccezione prima dell'*exceptio doli*, che rimane solo in quanto nel diritto nuovo concorre sempre con quella.

Il riconoscimento del patto nell'ipotesi contemplata nel fr. 18 § 2, dove assolutamente non si poteva riscontrare l'incontro delle volontà, ci mostra la larghezza con cui nella nuova epoca si procede in questo campo e caratterizza le nuove tendenze. Ciò però non dice a contrario, che la giurisprudenza romana si sia mantenuta rigida nella concezione e nella interpretazione del patto; ed io non mi sento di seguire il Koschaker nelle numerose interpolazioni ch'egli vuole segnare in questo campo.

Scevola (l. 1 resp: fr. 13 pr. D. 22,1) parla di « *exceptio doli vel pacti* » contro l'erede del creditore che chieda le usure stipulate, quando per molti anni il debitore ha pagato ed il creditore accettato usure minori. La l. 5 C. 4,32 per un caso simile parla solo di *exceptio pacti*, contro

(1) *Beiträge*, I p. 109; accolgono l'interpolazione Krüger ad h. fr; Koschaker, *Bed. Nov.* cit. p. 30 segg.

(2) Che Giuliano abbia ammesse entrambe le eccezioni e che Ulpiano abbia cancellato quella di patto, come vuole H. Krüger, (*Exc. doli* cit. p. 137 seg.) è inammissibile; come del resto inammissibile (cfr. Koschaker, *Bed. Nov.* p. 22) è tutto il procedimento storico tracciato da Krüger, secondo il quale gli antichi avrebbero fatto larghissimo uso dell'*exceptio pacti*, i giureconsulti posteriori avrebbero respinto l'interpretazione del patto in confini più ristretti per la concessione della sua eccezione specifica applicando per la sua libera interpretazione l'*exceptio doli*; e ciò non solo per il patto esplicito, ma anche per il c. d. patto tacito, per il quale si avrebbe un luminoso esempio nel caso del frammento 18 § 2 D. 39,6 cit: i veteres avrebbero in esso visto un *pactum tacitum*; Giuliano, l'iniziatore delle nuove correnti pur conservando l'*exceptio pacti* avrebbe aggiunto l'*exceptio doli*, Ulpiano non avrebbe più avuto ragione alcuna per mantenere la prima ed avrebbe quindi accolto solo la seconda. Orbene (a parte l'impossibilità, sopra notata, che Ulpiano riferisse la sentenza di Giuliano stroncandola in tal modo, tacendo cioè di uno dei mezzi che essa accordava), tutto questo ragionamento non persuade. Il Krüger stesso del resto riconosce che « *nicht ohne Schwierigkeit und eine gewisse Gewaltsamkeit* » si poteva vedere un patto nel caso in esame; orbene questa difficoltà che doveva essere di grave ostacolo per tutto il diritto classico, doveva farsi sentire di più nell'epoca antica. Infatti lo sviluppo storico ci presenta un'estensione del concetto e dell'interpretazione del patto, per una sempre maggiore penetrazione degli atti umani e ricerca della volontà insita in essi, che accompagna e caratterizza lo svolgimento del diritto romano in tutti i campi e trionfa nell'epoca bizantina; ma neppure collo sviluppo avvenuto nell'epoca classica si poteva riscontrare un patto nell'ipotesi del fr. 18 § 2, per cui l'unico rimedio era l'*exceptio doli* (cfr. Marc. fr. 28 D. 39,6).

il creditore. Il Koschaker (1) crede interpolati entrambi i passi; ciò mi pare un po' audace, dato che il l. 1 *responsorum* di Scevola non parlava di *exceptio doli*, e probabilmente l'attuale fr. 13 pr. D. 22,1 era compreso sotto la rubrica « *de pactis* » (2). Nulla ci prova che i classici non potessero giungere a vedere un *tacito pactum* nel fatto del debitore che paga e del creditore che accetta per molto tempo usure minori di quelle stipulate (3). Questo concetto si sarebbe sviluppato col tempo, mentre prima si accordava in questo caso l'*exceptio doli*, vedendo un « *dolo agere* » nella condotta degli eredi del creditore, o del creditore stesso. Le due eccezioni si sarebbero conservate poi l'una accanto all'altra, come in Gai

(1) *Bedingle Novation* cit. p. 31 estr; nello stesso senso ma in forma dubitativa, riguardo al fr. 13 pr. D. 22,1, Beseler, *Beiträge* I p. 109.

(2) Lenel, *Paling Scaev.* n. 213; neppure questa collocazione è sicura, ma sembra la più idonea.

(3) Koschaker, (*Bed. Nov.* cit. p. 37 n. 2) vuol trarre una conferma della sua interpretazione dei due passi dal fr. 2 § 6 D. 44,4 e dal fr. 57 pr. D. 2,14, relativi al caso del creditore che, dopo avere accettato usure in *futurum*, chiede il pagamento del capitale prima che sia trascorso il tempo per cui ha ricevuto gli interessi; entrambi questi passi, secondo lui, sono interpolati. Sull'interpolazione del fr. 2 § 6 di Ulpiano, son d'accordo; il brano finale « *et tacite - non petiturum* », avrebbe ragion d'essere per fondare l'*exceptio pacti*, oppure *pacti* e *doli*, ma non solo l'*exceptio doli*; la motivazione di questa del resto è già stata data nella frase precedente « *accipiendo enim - praestitarum* » e la sovrapposizione di motivi è caratteristica dei compilatori; anche dal lato formale il brano « *et tacite - non petiturum* » non è perfetto. Ma questa interpolazione non parla per un analogo rimaneggiamento del fr. 57 pr. D. 2,14 di Fiorentino (l. 8 *instit.*): « *Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat* ». I rilievi formali che si possono fare su questo passo (« *id tempus* » troppo generico; *consecutio temporum* zoppicante) non sono decisivi. È probabile che esso sostanzialmente sia genuino. Che i giustinianeî, in materia di *tacito patto*, abbiano generalizzato, è vero; ma il concetto dev'essersi già affermato nel diritto classico, o per lo meno dev'essere stato applicato e riconosciuto in casi singoli; ciò era naturale dato il carattere e la natura del patto, semplice accordo non formale di volontà; e collo spontaneo sviluppo delle cose si spiega come certi casi pei quali si accordava prima l'*exceptio doli*, siano stati poi considerati già nell'epoca classica come *pacti*; per essi le due eccezioni venivano quindi a coesistere. Questo processo che abbiamo visto a proposito della novazione condizionale mancando la condizione, e dell'*acceptilatio* di debito non formale (per le quali lo sforzo era minore ed il patto, specialmente per la prima non si poteva neppure dire *tacito*) dev'essersi avuto anche nel caso del fr. 57 pr. D. 2,14 ed in quello del fr. 13 pr. D. 22,1; e si capisce benissimo come riguardo al primo Ulpiano nel fr. 2 § 6 D. 44,4 parli solo di *exceptio doli*; trattando egli di questa *exceptio*, non faceva questione che dell'applicabilità di essa; i giustinianeî vi aggiunsero la motivazione basata sul *tacite convenisse*, forse avendo presente il passo di Fiorentino, che appunto ne parlava sottintendendo però l'*exceptio pacti*.

III, 179 e nel fr. 19 pr. D. 46,4, ciascuna però fondata sulla propria ragione particolare, come dimostra anche qui la precedenza dell'*exceptio doli* (1).

Fr. 27 § 5 D. 2,14 (Paul. l. 3 ad ed.): Si cum decem mihi deberes, pepigero, ne a te viginti petam: in decem prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem placet. [item si cum viginti deberes, pepigerim, ne decem petam: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam: itp, P. Krüger].

Il Koschaker (2) ritiene che Paolo per il caso fatto nella prima parte del passo non potesse parlare di *exceptio pacti*; i classici, secondo lui, usavano, per la libera interpretazione dei patti, solo l'*exceptio doli*; egli quindi sospetta d'interpolazione la frase « in decem - placet ». Tutto ciò non mi convince. Anzitutto gl'indizi di interpolazione non sono sicuri: il « placet », per quanto caro ai compilatori, è talora usato anche dai giureconsulti classici (3); e nulla dice l'interpolazione del brano seguente notata da P. Krüger. Piuttosto mi colpisce la generalità del caso; non sempre è equo che il patto di remissione di venti elida il debito di dieci. Se io credo che Tizio mi debba cinquanta, e rimetto a lui, che è in buona fede, venti, pensando di accontentarmi di trenta, ed il mio credito è solo di dieci, è equo che Tizio sia completamente liberato? A me pare di no; questa osservazione però riguarda tanto l'*exceptio pacti* quanto l'*exceptio doli*. Io ritengo quindi che in questo passo sia sottinteso che le parti credessero che quel debito fosse di venti (4). Ed allora è naturale che il patto de non petendo diventi, potesse annullare il debito di dieci; ed è naturale pure che il mezzo dato all'uopo fosse l'eccezione specifica. I patti non si interpretavano alla lettera, ma secondo il loro spirito, secondo la volontà che in essi si manifestava.

(1) H. Krüger riconosce (*Exc. doli* cit. p. 139) il valore e il significato dell'ordine con cui le due eccezioni vengono nel fr. 13 pr. D. 22,1; egli dice che l'*exceptio doli* è principale, e viene nominata accanto ad essa l'*exceptio pacti*, poichè, non agendo il creditore, ma l'erede di lui, di dolo si può parlare solo se questo sappia che il suo autore ha accettato sempre usure minori. È probabile che questa sia stata appunto la ragione storica per cui si ammise il tacito patto; ma ciò che bisogna notare è che si tratta di successione storica non solo logica come pensa Krüger.

(2) *Bed. Nov.* cit. p. 31 seg.

(3) V. Albertario, *Hodie* (*Contributo alla teoria delle interpolazioni*) p. 9; *Recens di: Beseler Beiträge* vol. II, in *Bull.* 25 p. 246.

(4) Può anche essere che Paolo facesse un caso particolare ed i Giustinianeî abbiano generalizzato.

Un' interpolazione però nel fr. 27 § 5 c'è; essa consiste nelle parole « vel doli », aggiunte dai giustinianeî per rendere l'exceptio doli sostituibile all'exceptio pacti. Benchè non ci siano criteri formali che la dimostrino, essa è evidente, data la tendenza bizantina che in altri passi risulta manifesta, e per il fatto che l'aggiunta fu inserita solo qua e là, non dovunque. Perchè Paolo, trattando in questo lungo frammento della varia efficacia di particolari patti, avrebbe accennato all'exceptio doli soltanto in questo caso, mentre per gli altri si sarebbe riferito sempre e solo all'exceptio pacti? Perchè non avrebbe anche parlato di quella nel § 8 dello stesso frammento, che presentava un'analogia ragione di dubbio?

Fr. 27 § 8 D. eod: Item si pactus, ne hereditatem peterem, singulas res ut heres petam: ex eo, quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit, quemadmodum si convenerit ne fundum peterem, et usum fructum petam, aut ne navem aedificiumve peterem, et dissolutis his singulas res petam: (nisi specialiter aliud actum est: itp. Fabro).

Secondo Koschaker un glossatore od i giustinianeî avrebbero alterato il passo, sostituendo l'exceptio pacti all'exceptio doli. Non lo credo: i giustinianeî, come abbiamo visto, partendo dal loro principio che da un patto potevano sorgere indifferentemente le due eccezioni, talora hanno aggiunto quella di dolo, dove i classici davano solo l'altra, qualche volta dove questi vedevano solo un dolus dell'attore, videro un tacito patto ed inserirono l'exceptio pacti, lasciando però sempre sussistere accanto ad essa l'exceptio doli; una semplice sostituzione sarebbe stata contraria alle loro tendenze. D'altra parte io non vedo nel fr. 27 § 8 seri indizi formali di interpolazione: « erit » invece di « est » si può spiegare con un errore di amanuense, e del resto potrebbe essere classico, non contenendo nulla di ripugnante alle regole del linguaggio latino. Il fatto che la frase « aptare exceptionem » è usata solo in questo passo, non parla per l'interpolazione.

Il § 5 ed il § 8, testè esaminati, presentano una certa analogia, e non crederei di essere audace supponendo che essi nel testo classico fossero vicini. Il § 6 è collegato alla seconda parte del § 5, quella che P. Krüger ritiene con buon fondamento interpolata; tolta questa, il « sed si » con cui il § 6 comincia non ha più significato. È quindi probabile che i §§ 6 e 7 (che del resto sono stati alquanto rimaneggiati) siano stati inseriti qui dai compilatori, che li trassero o da un altro brano dello stesso l. 3 ad ed. di Paolo, o da un'altra opera dello stesso giureconsulto. Ciò confermerebbe l'interpolazione dell'exceptio doli nel § 5.

Parallelo al principio generale che accorda l'exceptio doli in base al pactum de non petendo, è quello espresso nel fr. 23 § 3 D. 12,6

(Ulp. l. 43 ad Sab.), riguardante la transazione. Date le numerose interpolazioni che furono in questo notate, esso non prova per diritto classico, in quanto non si sa per quale caso precisamente il giureconsulto abbia dato l'*exceptio doli*: i giustinianeî hanno generalizzato; ed il principio « *dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit* » è frutto di tale generalizzazione (1).

La conclusione del breve esame delle fonti che abbiamo svolto coincide con quella raggiunta dal Koschaker nel più volte citato lavoro: il principio che da un patto può sorgere indifferentemente *exceptio pacti* o *doli* si è sviluppato in epoca postclassica.

2. — Da una serie di passi parrebbe risultare che il rapporto fra le due eccezioni fosse definito da un altro principio, quello della sussidiarietà dell'*exceptio doli* rispetto all'*exceptio pacti*.

Secondo il Koschaker questo rifletterebbe appunto il regime classico: l'*exceptio pacti* sarebbe stata ristretta alla interpretazione rigida della convenzione conclusa e quindi al *pactum de non petendo* espresso in forma chiara e diretta; quando invece da un patto fosse risultato solo indirettamente, per una libera interpretazione, che in date circostanze non si dovesse chiedere, avrebbe giovato l'*exceptio doli*, poichè si sarebbe considerato *dolus (praesens)* agire contro lo spirito di esso; questo principio (che però anche per Koschaker avrebbe subito forti limitazioni non essendo p. es. l'*exceptio doli* accordata per estendere a favore di terzi l'efficacia del patto), sarebbe stato affermato per la prima volta da Giuliano, mentre prima se ne sarebbero avute solo particolari applicazioni. Giuliano si sarebbe così opposto al suo implacabile avversario Celso, che invece sarebbe stato propenso all'estensione dell'*exceptio pacti*, come risulterebbe dal fr. 33 D. 2,14.

Qui in sostanza il Koschaker si distacca dalla dottrina prima dominante soltanto in ciò, che, mentre questa (2) riteneva che l'antico diritto romano tendesse ad una più larga applicazione del patto, e la giurisprudenza posteriore, a partire da Giuliano, avesse fatto un passo indietro respingendo l'*exceptio pacti* in più ristretti confini ed adattando all'uopo l'*exceptio doli*, egli invece pensa che quella tendenza primitiva all'estensione dell'*exceptio pacti* non vi sia mai stata, se non nelle audaci inter-

(1) V. per tutti Koschaker, *Bed. Nov.* cit. p. 30 estr.

(2) H. Krüger, *Exc. doli* cit. p. 98 segg.; Pernice *Labeo* II, 1, p. 242 e n. 3.

pretazioni di Celso; il progressivo riconoscimento del patto si sarebbe dunque attuato solo mediante l'exceptio doli.

Entrambe queste teorie mi persuadono poco; già più volte ho detto come sia poco verisimile il processo storico immaginato da Krüger per cui gli antichi sarebbero stati più larghi nell'ammettere l'esistenza di un pactum de non petendo che non i giureconsulti posteriori; esso d'altra parte non trova nessun forte appoggio nelle fonti, e ben poco significativi in questo senso sono il fr. 36 D. 2,14 ed il fr. 4 § 8 D. 44,4.

Fr. 36 D. 2,14 (Proculus l. 5 epist.): Si cum fundum meum possides, convenisset mihi tecum, ut eius possessionem Attio traderes: vindicantem eum fundum a te non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam si (aut iam tradidisses, aut si) (1) tua causa id inter nos convenisset et per te non staret quo minus traderes.

Anche cancellando la frase segnata da Siber, il passo non è in tutto chiaro (2); trascurando tutti i possibili sottintesi, noi dobbiamo pur constatare come un'interpretazione libera del patto ci sia, ma essa sembra abbastanza naturale, e nulla ci dice che i giureconsulti posteriori non l'avrebbero ammessa.

Fr. 4 § 8 D. 44,4 (Ulp. l. 76, ad ed): Item quaeritur, si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas, exstat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: « si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur »: sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.

Come bene osserva il Pernice (3), per potersi dare l'exceptio pacti bisognava interpretare il patto, secondo la verisimile volontà delle parti, nel senso che il pegno dovesse essere restituito non dopo il pagamento del danaro, ma all'atto del pagamento; e così appunto sembra lo abbiano inteso Nerva ed Atilicino. Ulpiano invece pare non avere pensato in questo modo; secondo lui il pegno doveva essere restituito dopo il pagamento, ed in questo senso doveva essere interpretata la convenzione; però egli accordava l'exceptio doli, poichè ben si poteva considerare in dolo il creditore che chiedeva l'adempimento del debito dopo essersi spogliato per propria colpa della garanzia, dell'oggetto sul quale egli avrebbe potuto

(1) « Aut iam - aut si » interpolato: **Siber** *Passivlegitimation bei der Reivindicatio* p. 12; **P. Krüger** ad h. fr.

(2) **V. Pernice** *Labeo* II, 1 p. 242 n. 3.

(3) *Labeo*, II, 1, p. 244.

soddisfarsi, non pagato, dopo essersi messo in condizione di non poter compiere quella prestazione che avrebbe dovuto seguire al pagamento del debitore. Ma in questa diversità di opinione fra Nerva e Atilicino ed Ulpiano non si può in nessun modo riscontrare l'indizio di un processo storico per cui il campo d'applicazione dell'*exceptio pacti* si sarebbe venuto restringendo; d'altra parte l'*exceptio doli* accordata da Ulpiano ha una particolare ragion d'essere e quindi non prova per l'applicazione di tale *exceptio* alla libera interpretazione dei patti (1).

Che i *pacta* venissero interpretati con una certa larghezza è naturale; dato pieno riconoscimento al patto che mirava ad elidere una pretesa, munendolo di una speciale *exceptio*, il pretore, che rappresentava l'equità, voleva appunto dare sanzione ad un'esigenza di questa, ed era ben lungi dal creare un'istituto formale che dovesse essere rigidamente interpretato: bastava che dal patto risultasse, sia pure indirettamente, che in date circostanze non si dovesse agire, o per lo meno non si dovesse agire per l'intero, perchè fosse data l'*exceptio* (2). E che questo fosse il pensiero dei Romani (e non solo degli antichi), lo provano, oltre le citate sentenze di Proculo e di Nerva ed Atilicino, il fr. 27 § § 5 e 8 D. 2,14 di Paolo (v. supra) e soprattutto il fr. 22 D. 23,4. di Giuliano, ove si parla di un'*exceptio pacti* (e non dell'*exceptio doli*), concessa alla moglie, erede della madre sua, conduttrice del fondo, contro il marito, locatore, in base ad una convenzione tra moglie e marito per cui il reddito di quel fondo doveva andare alla moglie (v. supra). Ed è questa una sentenza di Giuliano, di quel Giuliano che, secondo Koschaker, avrebbe respinto il tentativo fatto da Celso per estendere l'ambito dell'*exceptio pacti* e per

(1) A torto quindi il **Pernice**, dopo aver esposto l'opinione di Nerva ed Atilicino ed avere aggiunto che per i giuristi dell'epoca più avanzata appare più idonea l'*exceptio doli*, afferma che « die Auffassung des Falles ändert sich damit nicht, sondern nur das Rechtsmittel ». Il punto di vista è assolutamente diverso; non è il cosciente inadempimento del patto che fonda l'*exceptio doli*; questa ha una particolare giustificazione.

(2) Con ciò non vogliamo dire che l'equità, molla del riconoscimento pretorio di un istituto, dovesse plasmarlo completamente, nè vogliamo negare che all'effetto dei patti si opponessero dei limiti positivi (giustamente il **Koschaker** ricorda la necessità della *mentio heredis* per la trasmissibilità, dimostrata dal **Rotondi**). E questi limiti, che in linea di massima non sono violati neppure coll'*exceptio doli*, oppongono anch'essi un forte ostacolo all'ammissione di un rapporto generale, sia pure di sussidiarietà fra *exceptio doli* e *pacti*. D'altro lato la larghezza nell'interpretazione e nel riconoscimento dell'esistenza di un patto, che si rileva dai passi citati e che non è in contrasto coi limiti cui abbiamo accennato, prova per un altro verso lo sviluppo autonomo dell'eccezione di patto.

primo avrebbe fissato il principio generale che per la libera interpretazione del patto soccorreva l'exceptio doli.

E nessuna importanza ha qui il contrasto fra Celso e Giuliano cui accenna il Koschaker. Il primo (fr. 33 D. 2,14; cfr. Pomp. fr. 10 D. 23,4) riconosceva la validità del patto « ne a se neve a filio suo dos peteretur », quando il figlio succedesse poi al padre, ammettendo però che si potesse chiedere la dote al coerede di lui; orbene il patto a favore di terzi era nullo, era invece ammesso quello a favore dell'erede; e con tale sentenza l'audace giureconsulto, oltre che riconoscere l'efficacia del patto de non petendo a favore di uno solo degli eredi, ne ammetteva la validità anche quando questo non fosse espressamente contemplato come tale (1); Giuliano invece la negava recisamente (fr. 17 § 4 D. 2,14, Paul l. 3 ad ed; fr. 21 § 2 D. eod, itp.). Ma il contrasto non riguardava il mezzo con cui far valere la libera interpretazione del patto (di exceptio doli non si parlava), bensì la questione se questo dovesse considerarsi come conchiuso a favore di terzi, o a favore dell'erede, se dovesse quindi essere valido o no. E da questa soluzione particolare (in cui dovrebbero del resto essere valutate varie circostanze del caso concreto) non si può trarre alcuna illazione generale sull'interpretazione dei patti. Ad ogni modo, notiamolo ancora espressamente, i giureconsulti romani, parlando dell'applicabilità o meno dell'exceptio pacti, qui facevano questione dell'efficacia o inefficacia assoluta del patto. I giustinianeî accolsero le opinioni di Celso e di Giuliano, alterando però quella del secondo coll'accordare nel fr. 21 § 2 D. 2,14 secondo le loro tendenze (v. infra), l'exceptio doli (2); così il contrasto parrebbe ridotto alla questione del mezzo; ma essi dimenticarono di mutare corrispondentemente il fr. 17 § 4 (3).

(1) V. **Rotondi**, *Di alcune riforme giustiniane relative al « pactum de non petendo »* Scritti giuridici, II p. 313 seg.

(2) L'interpolazione delle parole « sed doli prosit » fu già vista da **Fabro** (V. **Rotondi** loc. cit. p. 312 n. 2).

(3) Dall'esame qui fatto del contrasto fra Celso e Giuliano risulta infondata la generalizzazione di **Koschaker**, secondo il quale Giuliano, pur negando in quel caso valore al patto e mantenendosi in una rigida interpretazione di esso, avrebbe sentito la necessità di una applicazione più larga, ed avrebbe allora diretta su altra via la libera interpretazione, col mezzo cioè dell'exceptio doli. Praticamente, dice il Koschaker, Celso e Giuliano raggiungevano lo stesso risultato, « nur das Celsus den Wirklichen oder vermutlichen Willen der Parteien zum Ausgangspunkte nehmen wollte, während Julian an seine Stelle eine mehr objektive Grundlage, das Handeln nach Treu und Glaube setzte ». Come si può trarre una simile conseguenza dai passi che abbiamo visto? Nel caso singolo cui si riferiva il contrasto con Celso, Giuliano non faceva menzione alcuna di exceptio doli.

3. — In alcune ipotesi particolari, già nel diritto classico, mancando la sua eccezione specifica, il patto aveva tutela ed efficacia per mezzo dell'*exceptio doli*. Ma quali erano i presupposti di questa? Un principio generale per cui era considerato come un *dolo agere* l'inosservanza della convenzione, oppure particolari ragioni che colorivano il caso? Si capisce l'importanza che assume per noi questo problema; osserviamo subito come, se ci risolvessimo per la prima alternativa, per una sussidiarietà generica dell'*exceptio doli* all'*exceptio pacti*, incontreremmo, già da un punto di vista generale, non piccole difficoltà: non si capirebbe infatti perchè nel diritto classico non si fosse affermato il principio che anche in base ad un comune *pactum de non petendo* spettava l'*exceptio doli* (1), e perchè questa non avesse assorbito e distrutto l'eccezione specifica, che avrebbe presentato rispetto ad essa evidenti caratteri di iniquità: si pensi p. es. al caso in cui per qualche circostanza si dovesse considerare *dolus praesens* valersi del patto; l'*exceptio doli* sarebbe senz'altro venuta meno, l'*exceptio pacti* invece avrebbe prodotto il suo effetto, se l'attore non avesse pensato, in iure, a fare inserire la *replicatio* nella formula. Si può credere che i Romani avrebbero lasciato la scelta fra due mezzi così disparati, quando entrambi sarebbero potuti competere sulla stessa base e sullo stesso presupposto? Io non lo credo, e ritengo che la mia opinione trovi un felice riscontro nelle fonti.

Consideriamo anzitutto il famoso principio generale che avrebbe affermato Giuliano e che Ulpiano ripete nel fr. 10 § 2 D. 2,14 (l. 4 ad ed):

Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuarios et Julianus scribit et alii plerique consentiunt. ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatius videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse.

Fr. 11 D. eod (Paul. 3 ad ed.) quia et solvi ei potest.

Il Koschaker, pur dubitando che il passo non sia intatto, (egli nota il *plerumque*) lo ritiene sostanzialmente classico. Io credo invece ch'esso rechi le tracce di un ampio rimaneggiamento da parte di un glossatore o dei compilatori: « *plerumque solemus* » è inelegante, così stona la ripetizione di « *exceptio* » cinque volte in poche righe e l'apparente ripetizione dello stesso principio con una sostanziale contraddizione (v. infra) nelle due frasi successive « *plerumque - exceptionis* » e « *quosdam - con-*

(1) Non posso capire la separazione che fa il Koschaker, l'interruzione dello sviluppo logico del principio nel diritto classico, a cui egli pensa (v. supra).

sentiant ». Ciò mi induce a ritenere che una delle due, e più particolarmente la prima, sia postclassica (1).

Che valore viene dunque ad avere il principio dichiarato da Giuliano? Non è altro che la constatazione (fatta probabilmente alla fine della trattazione relativa ai patti) che in alcuni casi in cui non giova l'*exceptio pacti* soccorre l'*exceptio doli*; si noti il « quosdam », che significa che ciò avviene solo per talune particolari ipotesi; non sempre dunque si considera *dolus* mancare ad un patto.

Vediamo subito i casi concreti, che vengono a mo' di esemplificazione. Primo fra tutti è quello del *pactum* de non petendo conchiuso col *procurator* del debitore, ipotesi contemplata anche da Gaio (l. sing. ad form. hyp: fr. 7 § 2 D. 20,6), che la contrappone al patto del servo per cui al *dominus* è accordata senz'altro l'*exceptio pacti*. La concessione dell'*exceptio doli* a favore del *dominus* per il patto del *procurator* risale a Trebazio, che adduce a sua giustificazione il riconoscimento dell'efficacia del *pactum* del *procurator* del creditore a danno del *dominus*: « sicuti *pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse* ». Quindi, come ossera H. Krüger (2) questo riconoscimento deve essere venuto prima (3); ma per esso che mezzo si accordava? *Exceptio pacti* o *exceptio doli* (4)? L'espressione « sicuti *pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse* » non dice che il mezzo con cui il patto nuoceva o giovava fosse lo stesso; d'altra parte alcuni elementi abbastanza forti parlerebbero per l'*exceptio pacti*, contro il *dominus*: e cioè la considerazione che, se così non fosse stato, questo caso avrebbe

(1) Anche per la seconda non mancano indizi (la ripetizione dello stesso verbo, « uti... usuros »; « ut puta » e « putat » a breve distanza); essi non sono, è vero, decisivi; non è però improbabile che il passo nel suo testo originario presentasse solo dei casi concreti, dei quali il primo avrebbe avuto un carattere un po' più generale, per cui un glossatore postclassico o i compilatori vi avrebbero sostituito l'espressione generica « quosdam qui exceptione pacti uti non possunt »; al posto dell'« ut puta » ci sarebbe allora stata una congiunzione coordinativa che legasse il caso a quello del « *procurator* ».

(2) *Exceptio doli* cit., p. 122.

(3) Ulpiano nel fr. 12 D. eod. cita solo Puteolano, questi lo avrebbe giustificato col fatto che il *procurator* poteva *rem in iudicium deducere*; ma la proposizione « cum - deducere » è sospetta (si noti il cum coll'indicativo, il *placuit caro* ai giustinianeî).

(4) Per il *procurator in rem suam* parrebbe certo che si dava l'*exceptio pacti*: fr. 13 § 1 D. eod., (Paul. l. 3 ad ed); fr. 8 § 2 D. 20,6 (Marcian, l. 8 ad form. hyp.); quest'ultimo però è rimaneggiato dai compilatori (Koschaker, *Bed. Nov. cit.* p. 25 n. 3 estr.).

dovuto precedere quello del pactum in favore del dominus nell'elenco dei fr. 10 § 2 e segg.; inoltre la giustificazione addotta da Paolo, fondata sul potere del procurator di ricevere il pagamento, liberando così ipso iure il debitore del dominus. Io credo quindi probabile che per il pactum de non petendo conchiuso dal procurator del creditore, la rappresentanza abbia avuto pieno riconoscimento, si sia cioè data l'exceptio pacti. Che così non sia stato nel caso inverso si può anche capire, pensando allo sviluppo generale della rappresentanza per mezzo di persona libera, che fu ammessa più facilmente contro che non a favore del rappresentato. Ma è evidente la ragione dell'exceptio doli. Nella condotta del creditore che agiva nonostante il patto, si vedeva pur sempre un disconoscimento dell'istituto della rappresentanza, quale era sentito nella coscienza sociale, che aveva cominciato appunto a penetrare nell'ordinamento giuridico, facendosi strada più direttamente nel diritto pretorio che nel ius civile (1); e alla rappresentanza, al riconoscimento che essa aveva già avuto nel caso inverso si richiamava Trebazio, per dichiarare dolosa la condotta di colui che agiva, andando contro un principio di equità che esigeva che il procurator, come poteva nuocere al dominus rimettendo il debito del terzo verso di lui, così potesse giovargli facendogli rimettere un debito.

E se poi nel caso di patto a danno del dominus il mezzo accordato fosse stato l'exceptio doli, anche in esso il fondamento sarebbe stato nella rappresentanza, a cui appunto si riferisce la giustificazione data da Paolo, « quia et solvi ei potest »; l'equità voleva che il procurator, potendo liberare il debitore del dominus, ricevendo il pagamento, potesse anche rimettergli il debito; e la condotta del dominus che agiva contro questa esigenza fortemente sentita dalla società sarebbe stata considerata come un « dolo agere » (quegli del resto ben poteva rivolgersi coll'actio mandati verso il procurator se questi aveva fatto male a rimettere il debito); ma, come ho detto, in questo caso pare che la rappresentanza sia stata riconosciuta direttamente.

Simili a quelle relative al procurator sono le decisioni riguardanti i magistri societatum i tutori ed i curatores furiosi vel prodigi (2) (fr. 14, 15, 28 § 1 D. 2,14).

(1) V. *Mitteis, Römisches Privatrecht* I. p. 221, contro, *Solazzi, Bull.* 22 p. 52 n. 8; cfr. *Pernice, Labco* II, 1 p. 234 n. 3.

(2) L'incertezza sul modo con cui il patto nuoceva al dominus si ripercuote sul senso della frase « item pactum... prodesset et obesse constat », relativa ai « magistri societatum ».

Analogo fondamento ha l'exceptio doli nel fr. 16 pr. D. eod. (Ulp. l. 4 ad ed.):

Si cum emptor hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Il brano finale, da « nam » in poi, sembra riassorbire il principio affermato prima in una più ampia applicazione dell'exceptio doli, che competerebbe contro il venditor hereditatis per il solo fatto che all'emptor spettano le azioni utili. Il Beseler (1) lo ha voluto attribuire completamente ai giustinianeî; a lui si è opposto il Rabel (2), secondo il quale Ulpiano avrebbe voluto qui significare che, dacchè Antonino Pio aveva concesso le azioni utili, il compratore era simile ad un rappresentante, e quindi in base al suo patto si dava l'exceptio doli contro il venditor (3); questa interpretazione, cui ha replicato vivacemente il Beseler (4), non ha nulla d'impossibile; ma il brano in questione potrebbe essere sostenuto anche interpretandolo come a prima vista parrebbe più naturale, e cioè nel senso che l'exceptio doli nuocesse al venditor hereditatis per il solo fatto che all'emptor spettavano le azioni utili; il Beseler stesso del resto riconosce che lo si potrebbe ritenere genuino pensando che fosse preceduto da un brano, caduto in epoca post-classica, in cui si dicesse che si poteva andare più in là ed accordare l'exceptio doli anche senza patto, il che può essere benissimo taciuto. Né è d'ostacolo a questa interpretazione il « sed et » con cui si inizia il § 1 contenente un caso in cui l'exceptio doli compete in luogo dell'exceptio pacti; chè anzi esso trova appunto nel brano precedente la sua giustificazione, e significa: « per quanto non vi sia una maggior ragione come nel caso testè esaminato si applica anche l'exceptio doli ecc. » (5).

(1) *Beiträge* II p. 3.

(2) *Grundzüge des römischen Privatrecht* p. 477 n. 4.

(3) L'exceptio doli avrebbe però dovuto essere concessa anche nel caso di patto del procurator contro il dominus.

(4) *Beiträge* IV p. 119,

(5) Il *Koschaker* vorrebbe vedere per diritto classico un'applicazione dell'exceptio doli anche nel caso fatto nel fr. 17 D. 2,15 (Pap l. 2 quaest.) ove ora invece si parla di exceptio transacti negotii:

Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit,

Fr. 16 § 1 D. eod: Sed et si inter dominum rei venditae et emptorem convenisset, ut homo qui emptus erat redderetur, ei qui pro domino rem vendidit petenti pretium doli exceptio nocebit.

La ragione dell'exceptio doli è evidente: benchè l'incaricato di vendere, che aveva stipulato il prezzo (1), fosse creditore autonomo, e quindi non gli si potesse opporre l'exceptio pacti per il patto conchiuso col dominus, un principio d'equità voleva ch'egli si considerasse come un rappresentante e non chiedesse il prezzo quando il dominus avesse convenuto che gli si restituisse la cosa e che gli effetti della compravendita fossero annullati. Al dominus infatti doveva andare in definitiva il prezzo; è evidente quindi che il mandatario, chiedendone il pagamento nonostante il patto intervenuto fra quello ed il compratore, agiva dolo malo; poteva anche pensarsi ch'egli volesse trarne lucro, poichè normalmente il dominus non sarebbe stato così sleale da chiedere a lui il prezzo. Ad ogni modo contro questa eventualità egli era ormai protetto non avendo potuto riscuotere per un fatto del dominus stesso.

Valore più generale non ha il fr. 40 § 3 D. 2,14 (Pap. l. 1 resp.):

Pater, qui dotem promisit, pactus est, ut post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret. ea conventio liberis a socero postea susceptis et heredibus testamento relictis per exceptionem doli proderit, cum inter contrahentes

exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Contro la tesi del Koschaker sta la considerazione che i compilatori, secondo le loro tendenze, inserendo l'exceptio transacti negotii avrebbero lasciato accanto ad essa l'exceptio doli. In suo favore non sta nessun argomento decisivo. Il suo autore afferma che una sentenza di questo genere non è ammissibile se non dopo la riforma attribuita a Gordiano, ma probabilmente compilatoria, per cui il cedente dispone del credito fino alla denuncia fatta al debitore dell'avvenuta cessione (da questo passo sembrerebbe solo fino a che il debitore non venga a conoscenza della cessione: V. Girard, *Manuel* 7.^a ed. p. 776 n. 1). Ma si noti come questa riforma intervenne non per portare maggiori restrizioni agli effetti della cessione prima della denuncia (o della conoscenza da parte del debitore), ma per darle colla denuncia pieno riconoscimento, togliendo al cedente il potere di disposizione che egli prima conservava fino alla litis contestatio (v. Girard, *Manuel* p. 776). Quindi, se un'alterazione si può attribuire ai giustiniani, essa consiste nell'aver stabilito come limite all'opponibilità dell'exceptio transacti negotii l'ignoranza del debitore (« qui ignorabat venditam esse hereditatem »); ma può essere che questo limite fosse già contemplato da Papiniano e che in caso di scienza l'exceptio fosse paralizzata da una replicatio doli; ma ciò qui non interessa.

(1) Che ci sia stata stipulazione risulta dal fatto che si parla di exceptio doli, che nell'actio ex vendito sarebbe stata inerente.

id actum sit, ut heredibus consulatur et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur (1).

Il frammento presenta qualche difficoltà; anzitutto esso presuppone il caso speciale che la dote non fosse ancora pagata al momento della morte della donna; inoltre, come nota H. Krüger, doveva essere sottinteso che la dote rimanesse presso il padre, o, per lo meno, che, premorta a lui la figlia, prima che la dote fosse pagata, questa non gli fosse richiesta; altrimenti si sarebbe avuto un patto il cui effetto avrebbe avuto inizio a favore dell'erede. Tutto ciò però nel nostro passo non è detto, e non è escluso che si tratti della generalizzazione giustiniana di un caso più particolare contemplato dal giureconsulto classico. Ad ogni modo consideriamo il passo nella sua veste attuale, con tutti i sottintesi necessari, e valutiamone la soluzione: il patto giova agli eredi per mezzo dell'*exceptio doli*, « cum inter contrahentes id actum sit ut heredibus consulatur... ecc. ». Il Beseler (2) ritiene interpolata la motivazione della sentenza; gli argomenti puramente formali da lui adottati, per quanto non privi di valore, non convincono pienamente. Comunque l'interpolazione non direbbe nulla di nuovo; i compilatori avrebbero dichiarato espressamente ciò che il giureconsulto classico sottintendeva. A me importa piuttosto osservare come il caso risolto da Papiniano potrebbe essersi riferito soltanto ad una convenzione fatta subito dopo la promessa, possiamo quasi dire contemporaneamente, ad una convenzione cioè che rivelasse l'« id quod actum erat », così da fondare (come nel caso del fr. 2 § 4 D. 44,4) oltre l'*exceptio pacti* anche l'*exceptio doli*; questa allora doveva naturalmente estendersi alla tutela della vera volontà delle parti adattata alle circostanze che si erano in seguito manifestate.

A rendere fondata questa supposizione, che si adatta perfettamente al modo con cui il caso è presentato nel passo (« pater qui... promisit, pactus est... ») concorre il fr. 11 D. 23,4 (Ulp. l. 34 ad ed.) che parla di interpretazione restrittiva di un *pactum de non petendo* posteriore alla promessa di dote; nel patto « ne a se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur » si sottintende l'aggiunta della limitazione « se vivo »; dai termini in cui il giurista si esprime risulta manifesto che tale interpretazione agisce direttamente sulla sfera d'azione dell'*exceptio pacti*; orbene, se il presupposto di fatto, cioè la posizione del *pactum* di fronte alla

(1) V. su questo passo H. Krüger, *Exc. doli* cit. p. 105 seg.; Rotondi, *Di alcune riforme giust. cit.*, *Scritti giuridici* II, 314 seg.

(2) *Beiträge* II, p. 70.

promessa, fosse stato lo stesso che nel fr. 40 § 3, perchè non si sarebbe anche in questo estesa senz'altro l'*exceptio pacti*, oppure inversamente, perchè non si sarebbe nel fr. 11 ammessa l'*exceptio pacti* senza limitazione, concedendo contro di essa la *replicatio doli*, per far valere il risultato della libera interpretazione? Questo confronto non è privo di significato: Papiniano, trovandosi di fronte ad un caso in cui il patto poteva essere fatto valere anche mediante l'*exceptio doli*, avrebbe preferito servirsi di questa, che meglio si prestava ad essere adattata alle circostanze: forse se il patto fosse stato distinto come nel fr. 11, avrebbe, benchè con maggiore sforzo, impiegato l'*exceptio pacti*.

Confesso che la mia interpretazione del fr. 40 § 3 non è sicura; infatti la differenza tra esso ed il fr. 11 cit. potrebbe spiegarsi colla diversa entità dell'estensione e della restrizione, collo stesso fatto che nell'uno si tratta di estensione nell'altro di limitazione, o colla considerazione che i due passi non appartengono allo stesso giureconsulto; d'altra parte nel passo papiniano non c'è nessun elemento che riveli l'immediato rapporto fra patto e promessa. Ebbene, anche accettando che questi potessero essere disgiunti, dovrei mutare di poco la mia tesi; si consideri la natura dell'istituto dotale, sul quale i patti esercitavano una notevole influenza; e si capisce come tutte le varie esigenze che davano forma e contenuto al rapporto dovessero anche influire sulla promessa di dote; questa, come contratto formale, non ne risentiva direttamente, ma l'*exceptio doli* doveva essere il mezzo più acconcio per farle valere.

Con ciò credo di averè dato una spiegazione soddisfacente dell'*exceptio doli* concessa nel fr. 40 § 3, prendendo il caso generico che ci presenta il passo nello stato attuale; ma, come ho detto, Papiniano dava forse maggiori particolari, dai quali, credo, la specialità dell'ipotesi contemplata sarebbe risultata con maggiore evidenza.

Al caso dell'«*aliter actum aliter obligatus*», al quale, secondo la prima mia interpretazione, si collega il fr. 40 § 3 D. 2,14, si devono ricondurre numerose applicazioni dell'*exceptio doli* che incontriamo nelle fonti (per esempio: fr. 36 D. 45,1 cit., fr. 54 § 1 D. 19,2 (Paul. l. 5 resp.) (1); fr. 91 D. 46,3 (Paul. ad Labeo l. 6 pith.) (2); fr. 4 § 1

(1) Il brano «*quamvis nihil - et ideo*» potrebbe essere un glossema; si noti la *consecutio temporum* (*paruerit - coleret*), l'«*et ideo*» (argomenti però non decisivi); comunque il senso del passo non sarebbe mutato.

(2) Secondo Beseler, (*Beiträge* IV p. 168) il brano «*quod etiamsi - excludet*» è interpolato; la dimostrazione non mi pare convincente.

D. 44,4 (Ulp. l. 76 ad ed.); fr. 9 § 1 D. 2,11 (Ulp. l. 77 ad ed.), oltre quelle che già furono prese in esame).

Nel fr. 2 pr. D. 2,11 (Ulp. l. 74 ad ed.) si concede un'exceptio doli contro colui che persegue il vadimonium, se il negotium sia stato transatto dopo il giorno in cui sisti oporteret. « Quis enim de poena promissa laborat post negotium transactum? » si domanda il giureconsulto per giustificare la soluzione. Il Beseler (1), pur osservando che « der Gedanke ist nicht übel », ritiene interpolate, per rilievi formali, questa frase e la seguente, ove si dice che alcuni concedono anche l'exceptio transacti negotii, « quasi etiam de poena transactum sit ». Gli argomenti addotti a sostegno dell' interpolazione non mi convincono (2). Questo passo, secondo me, rivela bene il contrasto fra le due eccezioni nel diritto classico: l'exceptio doli si fonda su di un elemento soggettivo, e cioè sul carattere doloso, in senso lato, della condotta e degli intendimenti di colui che si fa attore, quali risultano dalle circostanze speciali del caso (3); l'exceptio transacti negotii (che è una forma di exceptio pacti) si basa su di un elemento oggettivo, sull'essere il patto di transazione, secondo la verisimile volontà delle parti, diretto a comprendere anche la poena.

4. — Ai passi considerati, nei quali l'exceptio doli concessa dai classici in base ad un patto ha sempre una speciale ragione nel caso specifico, fa riscontro una serie di frammenti in cui l'eccezione è stata introdotta dai giustinianeî, che tendono a generalizzare. Un importante esempio lo abbiamo visto nel fr. 21 § 2 D. 2,14, dove alla sentenza di Giuliano, che negava efficacia al pactum, considerandolo a favore di terzi, i giustinianeî aggiunsero ch'era però ammessa l'exceptio doli. Ma altri notevoli esempi ci offrono le fonti:

fr. 25 § 2 D. 2,14 (Paul. l. 3 ad ed.): Sed quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus scribit.

fr. 26 D. eod (Ulp. l. 4 ad ed.) « videlicet si hoc actum sit, ne a reo quoque petatur. idem et in confideiussoribus est ».

(1) *Beiträge* III p. 7; nello stesso senso **Guarneri Citati**, *Semel commissa poena non evanescit*, *Bull.* 32 p. 245 seg; **Koschaker**, *Bed. Nov.* cit. p. 26 n. 3 estr.

(2) Nè il carattere retorico della domanda, nè il cum concessivo, nè l'espressione « transacti negotii exceptio » sono indizi sufficienti. D'altra parte mi pare che i giustinianeî avrebbero seguito un altro procedimento per alterare il passo, avrebbero cioè senz'altro inserito l'exceptio transacti negotii senza dire che questa era l'opinione di alcuni.

(3) Cfr. per l'exceptio doli: fr. 23 pr. D. 4,8 (Ulp. l. 13 ad ed.).

Come giustamente osserva il Rotondi (1), il brano « videlicet - petatur » del fr. 26 è interpolato, ed il fr. 25 § 2 non è del tutto genuino. Perchè il patto conchiuso col fideiussore per lo più (plerumque) dovrebbe essere stato inteso anche a favore del debitore principale? Anzi, secondo la verisimile volontà delle parti, dovrebbe essere stato il contrario; solo in pochi casi il fideiussore avrebbe pensato al debitore principale; ed in questi dare efficacia al patto avrebbe significato estenderne gli effetti a favore di terzi (2). Se il passo s'ispira ad uno spunto classico, è probabile che questo fosse rappresentato da un caso concreto in cui particolari circostanze consigliavano a Giuliano l'exceptio doli. I giustinianeî hanno generalizzato; le antiche restrizioni non hanno più presa su di essi, o per lo meno, non conservano più l'antico rigore; se quindi col patto conchiuso col fideiussore « actum sit ne a reo quoque petatur », non v'è ragione perchè esso non abbia effetto e non si consideri in dolo colui che manca alla parola data (3).

fr. 21 § 1 D. 2,14 (Paul. l. 3 ad ed.): Quod si servus, ne a se peteretur, pactus fuerit, nihil valebit pactum: de doli exceptione videamus. et si in rem paciscatur, proderit domino et heredi eius pacti conventi exceptio: quod si in personam pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio.

(1) *Di alcune riforme* cit. p. 341 n. 3.

(2) Ciò osserva giustamente il **Binder**, di cui il **Rotondi** (*loc. cit.*) riferisce l'osservazione. Nessun argomento in favore della classicità della sentenza contenuta nel fr. 25 § 2 può trarsi dall'effetto ipso iure dell'acceptilatio accordata al fideiussore sull'obbligazione del debitore principale (fr. 13 § 7 e fr. 16 § 1 D. 46,4) (V. **H. Krüger** *Exc. doli* cit. p. 131); questo deriva dal carattere dell'accettillazione, che è una dichiarazione di ricevuto pagamento ed originariamente accompagnava l'effettivo pagamento, agli effetti del quale i suoi effetti sono in certa guisa equiparati (Ulp. fr. 5 D. eod).

Non si può neppure invocare l'effetto estintivo del giuramento, descrittoci dal fr. 28 § 1 D. 12,2 (Paul l. 18 ad ed.); anche se è interpolato il brano « nam quia-persona ageretur », che lo assimila al pagamento (**Biondi**, *Il giuramento decisivo* p. 41 n. 1; **Segrè**, *Sull'efficacia del pactum de non petendo* cit. p. 1067), la sua efficacia, spiegabilissima, poggia su evidenti ragioni peculiari ad esso e che non hanno nulla a che fare col pactum de non petendo.

(3) All'exceptio pacti e non all'exceptio doli, come vuole il **Beseler**, (*Beiträge* II p. 69) si riferisce il fr. 27 § 1 D. 2,14, che però non contiene il riconoscimento di un patto a favore di terzi, giustificandone l'efficacia in quanto giovi al pasciscente (**Mitteis**, *Zur Interpolationenforschung*, *Zeitschr. Sav. Stift* 33 p. 200 seg.; **Solazzi**, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, *Bull.* 25 pag. 100 seg.; **Rotondi**, *Di alcune riforme* cit. p. 335. n. 2; cfr. **Koschaker**, *Bed. Nov.* cit. p. 26 n. 1 estr.

Il patto dello schiavo « ne a se petatur » è nullo, dice Paolo ; ciò è naturale, poichè esso non poteva giovare al dominus, escluso dalle parole stesse che si erano usate ; per lo schiavo non aveva nessuna utilità, perché contro di lui non si poteva agire. I giustinianeî interpretarono la sentenza del giureconsulto (« nihil valebit pactum ») restrittivamente, limitandola all'exceptio pacti ; e, siccome, secondo essi, per un principio generale l'exceptio doli era sussidiaria all'exceptio pacti, sorgeva naturale sulle loro labbra la domanda circa l'exceptio doli : « de doli exceptione videamus » ; e, rispondendo a questa, essi introdussero la distinzione loro cara fra pactum in rem e in personam, che di fronte al tenore del patto (ne a se petatur) non aveva senso (1). L' interpolazione è evidente. Un giureconsulto classico non avrebbe detto « nihil valebit pactum » se avesse in base ad esso accordato l'exceptio doli ; riferendosi a questa, Trebazio, di cui Ulpiano riporta il parere nel fr. 10 § 2 D. eod. cit., parlava di « pactum... prodesse » (2). D'altra parte contro l' interpolazione della domanda riguardante tale eccezione nel fr. 21 § 1, non si adduca la mancanza di correlazione colla risposta, che sembrerebbe quindi doversi attribuire a mano diversa. Le risposte categoriche non s'addicono alla marca bizantina ; e si comprende benissimo come i giustinianeî, posta la questione sull'ammissibilità dell'exceptio doli, che ad essi si presentava spontanea dopo le parole di Paolo, abbiano risposto, come è loro uso, prendendo le mosse da lontano ed osservando che, se il patto fosse stato in rem, si sarebbe potuta dare l'exceptio pacti.

Fr. 7 § 18 D. eod. (Ulp. l. 4 ad ed.) : Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat, non profuturum pactum Vindius scribit : Marcellus autem libro octavo decimo, digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est. idem et in extraneo herede : qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. sed si quis ; ut supra rettulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non

(1) L' interpolazione fu notata da **A. Fabro** (*Rationalia*, T. I. p. 194) ; concorde con lui **Segrè**, *Sull'efficacia del pactum de non petendo* cit. p. 1064, il **Rotondi**, invece (*Di alcune riforme*, cit. p. 328 n. 3), ritenendo compilatorio il brano finale, da « et si in rem » in poi, crede di potere argomentare da ciò che è genuina la frase « de doli exceptione videamus ».

(2) Non persuade l'acuta supposizione di **H. Krüger** (*Exc. doli* p. 118), che la sentenza precedente sia stata tratta da un altro giureconsulto anteriore, e Paolo abbia aggiunto la questione sull'exceptio doli. Un giureconsulto non si sarebbe espresso in modo così contraddittorio, tanto più nel commento all'editto.

solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem: quod in pacti exceptione admittendum est. sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit: ut puta filius familias heres institutus pactus est cum creditoribus et emancipatus adit hereditatem: et dicit doli eum posse uti exceptione. idem probat, et si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit: nam et hic doli exceptionem profuturam. immo et in servo doli exceptio non est respuenda.

Il Fabro (1) ritiene compilatorio tutto il brano finale, a partire da « quod in pacti exceptione admittendum est »; l'interpolazione consiste, secondo lui, nell'equiparazione del caso del servo agli altri, relativi al filius familias, per i quali però l'exceptio doli sarebbe classica (2). Il brano segnato dal grande esegeta reca molte caratteristiche formali di marca bizantina: « admittere » (due volte), caro ai compilatori (3); species-casus, spesso usato dai giustinianeî (4); « licet » coll'indicativo (5); inoltre la frase « et dicit doli eum posse uti exceptione » male si lega alla precedente; l'altra « nam et hic doli exceptionem profuturam » è inutile, anzi banale, dato l'« idem probat » precedente. Con questa ampia manipolazione i giustinianeî hanno anche qui, come negli altri passi che sopra abbiamo preso in esame, spostato il punto di vista classico. Ulpiano aveva riferito l'opinione di Vindio, che negava ogni valore al patto del servo « priusquam libertatem et hereditatem apiscatur, quia sub condicione heres scriptus fuerat », e quella di Marcello che, ammettendo l'efficacia del patto dell'heres suus e del servus necessarius « pure scripti, priusquam se immisceant », conveniva con Vindio per il caso di colui che « in servitute pactus est », « quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem » (6). Quindi inefficacia assoluta del patto: nè

(1) *Rationalia* T. I, 178.

(2) Concorda col Fabro il Koschaker, *Bcd. Nov.* cit. pag. 25 n. 2. H. Krüger ritiene solo interpolata la frase finale « immo et in servo doli exceptio non est respuenda ».

(3) V. Guarneri Citati, *Indice* cit. s. h. v.

(4) V. Guarneri Citati, *Indice* cit. s. h. v.

(5) V. Guarneri Citati, *Indice* cit. s. h. v.

(6) Anche questa prima parte del passo non è intatta. Interpolato è certamente l'inciso « qui si - habere actionem ». Oltre la struttura formale della frase, che non è perfetta, si noti come il precedente « idem et in extraneo herede », seppure è genuino, è certamente di Ulpiano, non di Marcello; questi non avrebbe parlato prima solo dell'heres suus e del servus necessarius se avesse voluto estendere la stessa regola all'heres extraneus. Ed allora non si capisce il « putat » della frase successiva.

exceptio pacti nè exceptio doli; e ciò anche per Ulpiano che sembra aver accolto le opinioni dei giureconsulti citati. I giustinianeî restrinsero la portata di tale sentenza all'exceptio pacti (1); e, siccome dietro a questo per loro stava in linea generale l'exceptio doli, posero la questione intorno all'exceptio doli.

Ma quanto c'è di falso e quanto c'è di vero nel discorso dei compilatori, che riferiscono, per assimilarle al caso del servo, due sentenze attribuendole a Marcello? Sono queste genuine? Quale era la vera soluzione che di tali ipotesi dava il diritto classico? Probabilmente uno spunto classico c'è, ed è verisimile che sia stato tratto appunto da Marcello; ma noi ignoriamo come realmente questi impostasse la questione, se in termini così generali, oppure descrivendo speciali circostanze che giustificassero l'exceptio doli, o, comunque, motivando questa. Ad ogni modo non sarà difficile scoprire il fondamento dell'exceptio doli nelle due ipotesi riferite: la prima infatti, quella del « filius familias heres institutus qui pactus est cum creditoribus et emancipatus adiit hereditatem » si può avvicinare ai casi contemplati nei fr. 10 § 2 e segg. D. 2,14, che sopra abbiamo visto; di fronte al rigore del ius civile si affermano le nuove esigenze dell'equità; col decadere dell'antico concetto della famiglia l'effetto estintivo della capitis deminutio minima, intimamente legato a quello, non risponde più alle mutate condizioni sociali, appare iniquo (2). È naturale quindi che, se l'exceptio pacti cade, non si permetta però al creditore di agire, poichè è dolus il volere approfittare della conseguenza di un principio di ius civile di cui non si sente più la forza nè si capisce la ragion d'essere.

Meno facile è l'interpretazione della seconda delle due sentenze di Marcello riferite dai compilatori, forse perchè più ampia è l'opera generalizzatrice di questi. Non si riesce neppur più a capire esattamente a quale caso si volesse alludere. H. Krüger (3) crede si dovesse trattare di un patto concluso dal figlio nella previsione di divenire erede (ne a se petatur si heres exstiterit). Esso non avrebbe potuto giovare al padre e neppure al figlio, coll'exceptio pacti. Ciò è possibile. Ma una ragione analoga per l'esclusione dell'exceptio pacti si potrebbe trovare

(1) Si noti come una simile limitazione non avrebbe potuto essere apportata da Ulpiano, che nel fr. 10 § 2 D. eod. parlava di « prodesse pactum » quando si dava l'exceptio doli.

(2) V. Afr. fr. 47 (46) i. f. D. 28,5; Ulp. fr. 12 § 6 D. 17,1.

(3) *Exc. doli* cit. p. 115.

anche se s'intendesse che il patto del figlio fosse semplicemente « ne peteretur » (ipotesi che mi pare più probabile, o almeno più consona allo stato attuale del passo). Esso avrebbe giovato al paterfamilias, come se fosse stato conchiuso da lui, e, siccome il puro e semplice pactum de non petendo, senza la « mentio heredis » non estendeva la sua efficacia all'erede (1), così doveva essere nei riguardi del filius nel caso esaminato; ma risulta evidente che questa, ch'era la logica conseguenza dei principii che reggevano l'ordinamento familiare romano, urtava contro le esigenze della più naturale equità, e doveva apparire riprovevole la condotta di colui che, dopo avere pattuito col filius, approfittando delle circostanze di ius civile che toglievano a questo l'exceptio pacti, si rivolgeva contro di lui per chiedere il pagamento.

5. — L'esegesi delle fonti che abbiamo compiuto ci rivela quale era la posizione reciproca dell'exceptio pacti e dell'exceptio doli nel diritto classico e nel diritto giustiniano, e ci permette di riassumerla in una rapida sintesi.

La giurisprudenza romana non ha mai conosciuto il principio generale che agire contro un patto fosse « dolus » e fondasse l'exceptio doli. Il patto aveva la sua tutela specifica, la sua exceptio, che competeva in base all'esistenza di esso, che elideva l'azione, indipendentemente dal contegno soggettivo dell'attore e da circostanze estranee che influivano sul rapporto in senso opposto, le quali si potevano far valere solo coll'opposizione di una formale replicatio. L'exceptio pacti era il mezzo naturale per far valere il patto; normalmente, mancando essa, la convenzione era inefficace, (così p. es. era in generale per le convenzioni a favore o a danno di terzi). In certi casi particolari, agire contro un patto (non munito della sua eccezione specifica) era considerato « dolus »; ma ciò perchè speciali circostanze qualificavano come iniqua e riprovevole la condotta dell'attore, che approfittava del rigore del ius civile per disconoscere esigenze ed istituti che si erano sviluppati nella coscienza sociale. Però si procedeva per casistica e non si pensava ad un principio generale. L'exceptio doli competeva sempre in base alle sue particolari ragioni, non perchè si andasse contro un patto che non poteva essere tutelato col mezzo comune; altrimenti la si sarebbe dovuta accordare sempre, anche

(1) Ciò ha dimostrato il **Rotondi** nel più volte citato scritto « *Di alcune riforme giustiniane relative al pactum de non petendo*, *Scritti giuridici*, II p. 307 segg.

nei patti a favore di terzi; ed inoltre, come fu osservato, si sarebbe dovuto fatalmente giungere all'assorbimento in essa ed alla scomparsa dell'*exceptio pacti*.

Identico rapporto si aveva nei casi in cui le due eccezioni concorrevano; ciascuna, come si è visto, aveva la sua ragion d'essere ed il suo fondamento.

Esse nacquero e si svilupparono su presupposti diversi; l'*exceptio doli* aveva un fondamento soggettivo ed implicava la valutazione, sia pure in base alle circostanze, della condotta e degli intendimenti dell'attore, l'*exceptio pacti* invece poggiava sul fatto obbiettivo dell'esistenza del patto e prescindeva dalla buona o mala fede dell'attore; anche se egli aveva giuste ragioni di ignorare l'esistenza del patto, anche se questo era stato annullato posteriormente, o se per qualche circostanza poteva considerarsi dolus il valersi del patto, l'eccezione rimaneva; per eliderla occorreva la *replicatio*.

Il rapporto fu capovolto nell'epoca postclassica; i compilatori, nell'accogliere i casi (enumerati da Ulpiano sulla scorta di Giuliano) in cui, non potendosi usare l'*exceptio pacti*, si fruiva dell'*exceptio doli*, affermarono come massima comune (*plerumque solemus dicere*) la generale sussidiarietà dell'*exceptio doli* all'*exceptio pacti*: « *doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis* ». Il giureconsulto classico si era limitato ad osservare che in certi casi particolari si aveva questo effetto, e la generalizzazione postclassica, accolta dai compilatori, non si adattava neppure alle sue parole che furono conservate; così che nel fr. 10 § 2 D. 2,14 si ha un'apparente riproduzione dello stesso principio, ma con una sostanziale contraddizione. Il mutato punto di vista, come abbiamo mostrato, si rispecchia nelle sentenze in cui i classici negavano validità al patto, ed i giustiniani lo resero efficace accordando l'*exceptio doli*.

Ma, ammessa la sussidiarietà dell'*exceptio doli* all'*exceptio pacti*, ammesso cioè che fosse « *dolus* » agire nonostante un patto, quando mancasse a questo l'eccezione specifica, si doveva necessariamente riconoscere l'esistenza del « *dolus* » anche quando il mezzo specifico c'era, onde la generale concorrenza delle due eccezioni proclamata dai giustiniani nel fr. 2 § 4 D. 44,4, e forse già elaborata in epoca postclassica. E, se all'*exceptio pacti* si poteva indifferentemente sostituire l'*exceptio doli*, dall'inerenza di questa ai giudizi di buona fede doveva derivare anche l'inerenza di quella; ecco la genesi dei nuovi principii: « *exceptio pacti inest bonae fidei iudiciis* », « *pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis* ».

Torino, luglio 1927.

GIUSEPPE GROSSO.

ADDENDA

A maggior chiarimento di ciò che ho detto a pag. 49 n. 1 osservo che, affermando col Kübler che probabilmente Giuliano fu il primo a parlare di pactum a proposito della novazione, non intendo asserire che Giuliano ha ammesso senz'altro il riconoscimento di un patto, ma soltanto che egli presentò e discusse il principio; Gaio probabilmente nel fr. 30 § 2 (come nel § 1) si ispirava a Giuliano, e testimonianze anteriori su questo punto non ne abbiamo. D'altra parte però la risposta negativa contenuta nel fr. 30 § 2 non parla per una soluzione negativa data dal giureconsulto al problema in generale; infatti tale risposta potrebbe essere determinata da circostanze speciali (si osservi che si tratta di novazione soggettiva). Ma io non ho potuto in questo lavoro soffermarmi a lungo sulla novazione condizionale e sui suoi effetti, per cui rimando alla copiosa letteratura citata dal Koschaker nella prima parte del suo studio sulla *Bedingte Novation und Pactum*; a me basta aver accertato l'indipendenza delle exceptiones doli e pacti in Gai, III, 179 e la probabile maggiore antichità dell'exceptio doli. E contro l'illazione che Krüger (op. cit. pag. 161 segg.) vuol trarre dal confronto di Gai, III, 179 col fr. 30 § § 1, 2 D. 2,14 si può addurre ancora un'altra osservazione: è naturale che nel secondo passo Gaio parlasse solo di exceptio pacti poichè egli trattava ivi appunto dei patti (Lenel Pal. I col. 190 seg.). E ciò del resto è una forte riprova dell'autonomia dell'exceptio doli in Gai III, 179.

N. B. - Trattato il problema prettamente processuale dell'opposizione dell'exceptio pacti nei bonae fidei iudicia, si presenta un altro problema, di carattere sostanziale, quello dell'efficacia diretta dei patti sul rapporto su cui si fonda un giudizio di buona fede; questo, che ha particolare importanza per i contratti, forma l'oggetto di un mio secondo studio sull'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia (in corso di pubblicazione nelle *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino*: Serie II, Memoria III).