

S T U D I A J U R I D I C A

XXIII

EMILIO COSTA

L'EXCEPTIO DOLI

EDIZIONE ANASTATICA

“L'ERMA” di BRETSCHNEIDER - ROMA

1970

INDICE

PREFAZIONE	Pag. I
CAP. I.	
La capacità del sottoposto a potestas	7
CAP. II.	
La personalità del figlio famiglia fuori dell'unità familiare	12
CAP. III.	
La capitis deminutio riguardo al testamento del deminutus	15
CAP. IV.	
I negozi degli incapaci per età o per salute	19
CAP. V.	
Gli acquisti della proprietà civilmente viziati. La compra dal non proprietario	22
CAP. VI.	
Il dissenso sopra le cause della tradizione.	33
CAP. VII.	
Il pignoramento di cosa altrui	36

CAP. VIII.	
L'incorporazione di accessori propri nella cosa altrui	Pag. 38
CAP. IX.	
L'attrazione dell'accessorio o della parte al principale	54
CAP. X.	
I danni cagionati dalla cosa altrui	63
CAP. XI.	
L'inclusione di valori nel patrimonio altrui	68
CAP. XII.	
La ritenzione della cosa propria ad accertare il corrispettivo dovutone	73
CAP. XIII.	
La causa della stipulazione	76
CAP. XIV.	
La fideiussione	85
CAP. XV.	
La volontà nella stipulazione penale	91
CAP. XVI.	
La stipulatio de rato	101
CAP. XVII.	
La stipulatio duplae	108
CAP. XVIII.	
La stipulazione di garanzia pei vizi della cosa	114

CAP. XIX.

La volontà nei negozi di buona fede Pag. 116

CAP. XX.

La dote „ 123

CAP. XXI.

I pacta „ 131

CAP. XXII.

La solutio „ 146

CAP. XXIII.

La novazione „ 162

CAP. XXIV.

L'acceptilatio e il pactum de non petendo . „ 179

CAP. XXV.

La compensazione „ 191

CAP. XXVI.

La confusione „ 210

CAP. XXVII.

L'inadempimento delle obbligazioni per forza
maggiore „ 215

CAP. XXVIII.

L'adempimento mancato per mora accipiendi
del creditore „ 217

CAP. XXIX.

L'exceptio doli a difesa della voluntas de-
functi „ 220

CAP. XXX.	
L'exceptio doli a favore dell'erede	Pag. 224
CAP. XXXI.	
L'ademptio e la translatio legati	234
CAP. XXXII.	
L'adempimento della voluntas defuncti rivolta a condizioni apposte alle liberalità singolari	" 241
CAP. XXXIII.	
L'exceptio doli contro l'erede	" 247
CAP. XXXIV.	
La liberatio legata	" 249
CAP. XXXV.	
Le donazioni mortis causa	" 257
CAP. XXXVI.	
L'exceptio doli di contro all'actio iudicati	" 268
CONCLUSIONE	" 273

PREFAZIONE

Chi guardi al frequentissimo ricorso delle fonti giuridiche romane all'*exceptio doli*, e consideri come quasi non v'abbia istituto o rapporto, cui essa in qualche guisa non si riferisca, potrebbe a tutta prima meravigliarsi del numero così esiguo di lavori appositi rivoltile, pure in momenti d'intenso fiorimento de' nostri studi. Senonchè è da riconoscere che anche nell'ordine morale accade spesso quello che avviene tuttodi nell'ordine naturale: che le cose, le quali ci si manifestano frequenti e consuete. per quanto in sè insigni e mirabili, siano, per la loro medesima consuetezza, meno idonee ad attrarre l'attenzione che altre, di per sè non mirabili, ma inusitate.

Così mentre furono oggetto di lavori appositi numerosi istituti o rapporti infinitamente meno

importanti della nostra *exceptio*, e pur taluni di quegli stessi pei quali essa valse di strumento precipuo (come il diritto di ritenzione), l'*exceptio doli* non ebbe, dal 1829 ad oggi, a tacere d'alcune recenti e non notevoli dissertazioni di dottorato ⁽¹⁾, che tre soli lavori apposti ⁽²⁾, nè

(¹) Le notiamo solo perchè il lettore abbia completa in queste pagine la bibliografia sull'argomento: CLAUDE, *De l'exc. de dol en droit romain*, Nancy, 1884; MAYNÇON, *De l'exc. de dol en droit romain*, Paris, 1884; DUFAUD DE LAGRAND-MAISON, *De l'exc. de dol*, Paris, 1891; L. DE SAINTE CROIX, *Étude sur l'exception de dol*, Paris, 1892; VERTILLARD, *De l'action et de l'exc. de dol*, Paris, 1892.

(²) HAENEL, *Ueber das Wesen und heutigen Gebrauche der actio u. exc. doli*, nell'*Arch. f. civil. Praxis*, XII, pagg. 408-32; MILONE, *La exceptio doli*, Napoli, 1882; H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I. Heft., Halle, 1892. Si tratta dell'*exceptio doli* anche nel libro di I. VON KOSCHEMBAHR LYSKOWSKI, *Die Theorie der Exceptionen nach klass. röm. Recht*, I, Berlin, 1893, §§. 10-1, pagg. 125 segg.: ma solo in relazione ad un concetto generale dell'*exceptio*, che vi si propone. Concetto in verità ingegnoso, ma altrettanto strano: desunto da un'astratta partizione del diritto in sè (*objective Recht als solches*) e del diritto nella sua applicazione (*objective Recht in seiner Anwendung*); onde l'Autore è tratto a disconoscere ogni differenza fra eccezione e negazione dell'*intentio*, come di cose ricadenti ugualmente in codesta seconda branca della sua partizione. Cfr. su quest'opera la giusta recensione dell'AUDIBERT, nella *Nouv. revue hist. de dr. franc. et étrang.*, XVII, pagg. 797-803.

ebbe nei libri di dogmatica e di storia del diritto romano, fatta eccezione per un solo, il *Labeo* del Pernice⁽³⁾, trattazione adeguata alla sua importanza.

Il che si spiega, appunto, alla stessa guisa con cui s'intende come la comune degli uomini non ristia a considerare il fenomeno naturale, pure insigne e mirabile, che vede ripetersi con frequenza regolare e costante, mentre dal meno usitato è attratta e sorpresa.

La ragione stessa, per cui s'intende l'esiguo numero degli studi rivolti all'*exceptio doli*, consente anche di valutare appieno le difficoltà che è forza incontrare a chi s'accinga ad un nuovo lavoro sovr'essa. Oltre il larghissimo campo dei rapporti, rispetto ai quali essa ricorre, e la necessità di percorrerlo con pienezza sicura di conoscenze, ancor più rende malagevole l'assunto la comune e quasi familiare notizia che ogni studioso ha della maggior parte di tali rapporti, e

(3) PERNICE, *M. A. Labeo II*, 2 Aufl., Halle, 1895, pagg. 231-52. Dei vecchi scrittori, quello che ha trattato dell'*exceptio doli* con maggior larghezza è stato il DONELLO, *Comm. de jure civili* XXII, 6, nelle *Opera*, Lucae, 1762-70. V. pagg. 1363-94.

però anche, nelle lor linee precipue, delle corrispondenti applicazioni dell' *exceptio* a quelli.

La taccia di esporre cose troppo ovvie, e di far dunque opera superflua e vana, costituisce, per ciò appunto, qui un pericolo molto grave; che occorre evitare con un tale esame accurato e compiuto dei singoli rapporti, in cui l' *exceptio* ricorre, che abbia ad apparire evidentemente utile al lettore. convintosi tosto di vedervi approfondito o valutato in qualche insolito aspetto il rapporto, che per somme linee a lui, come alla comune degli studiosi, era già noto.

Ci siamo preoccupati di tal pericolo, e ci siamo studiati, per quanto le forze ce lo consentivano, di evitarlo. E ad evitarlo cercammo soccorso, che ci parve dovesse riuscire molto efficace, nella disposizione della nostra ricerca; la quale avesse a seguire le singole applicazioni dell' *exceptio doli* nell' ordine stesso dogmatico, in cui son trattati tradizionalmente gli istituti e rapporti cui si riferisce: e dove tornava possibile, di contro alle regole, che governano civilmente ciascuno di tali istituti e rapporti così partitamente considerati. Dal contrapposto le deviazioni e le mo-

dificazioni che l'*exceptio* apportò a quelle regole. variamente e con diversa intensità nei diversi tempi. e con queste " le sottili figure „ tratte fuori man mano da essa " come da fine scalpello „ e " i lineamenti più delicati e il compimento da essa aggiunto alle figure già create o sbazzate „ (*) ci è parso che avessero a balzar fuori in guisa evidente e compiuta; e che pure evidente dovesse emergere così, lucida e piena. la funzione complessa dell'*exceptio*, nei diversi istituti, e via via nei diversi tempi. e insieme rappresentarcisi vivamente quello squisito magistero di elaborazione del diritto, di cui essa è esempio insuperato.

Se però dalla semplicità di codesta disposizione, che ha qualche corrispondenza con quella seguita in uno dei lavori precedenti sull'*exceptio*, dal Milone, ma che ne differisce profondamente, e (tosto il lettore lo avverte) per la considerazione più specializzata dei singoli istituti e rapporti, e

(*) Parole codestè singolarmente felici, con cui il nostro illustre Maestro GIUSEPPE BRINI ritrae, in una sua bella prolusione, la funzione dell'*exceptio doli*: *Lo svolgimento interno del diritto romano privato*, Bologna, 1887, pag. 19.

per quel contrapposto colle regole civili onde ciascuno è retto, e per la valutazione di ciascuna applicazione in riguardo al momento in cui si presenta, confidammo di trarre così efficace soccorso contro le grandi difficoltà del nostro studio, queste pur tuttavia rimangono ancor tali, da giustificarci se, nell'intraprenderlo, invochiamo indulgenza. E, insieme, esse giustificano pur sempre, e vorremmo dir meglio, impongono, un limite alle nostre ricerche. Le quali sopra ciascun rapporto non si allargheranno che solo di quel tanto, che importi a ben valutare l'applicazione ad esso dell'*exceptio*; senza mirare invece a comprendervi quanto a lumeggiar questa non occorra strettamente. E mireranno all'*exceptio doli* essenzialmente; mentre di quanto s'attiene alle eccezioni in generale e alle questioni e discussioni sopra la loro comune teorica, talune dalle quali dibattutissime tuttora anche per pratiche applicazioni, discorreremo solo per ciò che torni opportuno a ritrarre intiera la singolare *exceptio* che imprendiamo a studiare.

CAP. I.

La capacità del sottoposto a potestas.

§ 1. L'incapacità civile del sottoposto a contrarre per sè, anche in *emancipationis* o *manumissionis tempus*. — § 2. L'*exceptio doli* da negozi così contratti, dopo l'uscita di potestà del contraente. — § 3. L'*exceptio* contro l'uscito di potestà, che agisca in contrasto col negozio conchiuso mentre vi era sottoposto.

§ 1. Scrive tuttora Pomponio, nei libri a Q. Mucio, *D.* 45, 3, 40: "*quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum est... idque est si filius familias contrahat*". La regola, per quanto spetta ai contratti riferiti al presente, persiste anche appresso senz'ombra di dubbio; talchè Paolo assimila tuttora, nel suo effetto, il patto dello schiavo *ne a se petatur* al patto ch'egli ha concluso riferendosi al padrone. *ne a domino petatur* (3 ed., *D.* 2, 14, 21, 1): salva la differenza formale, che valuteremo altrove, dell'*exceptio doli*, a vece della normale di patto, a cui quello dà luogo (*D.* 2, 14, 17, 7; 18; 19).

§ 2. Ma, pei negozi conchiusi dal sottoposto in vista del momento in cui egli sarà libero, e a tal momento riferiti, la regola è invece man mano indirettamente frustrata, per via appunto della nostra *exceptio*. Tre momenti caratteristici, nelle vicende dell'*exceptio* di contro alla regola, consente di cogliere un passo d'Ulpiano. E del lib. 4 ed., D. 2, 14, 7, 18, e vi si risale a Marcello, e ad un contemporaneo di Giuliano, Vindio: e da Marcello, e da Ulpiano che riferisce opinione sua propria, il negozio del figlio e dello schiavo e la capacità di quello e di questo, sono trattati distintamente. Vi si considera il patto *de non petendo*, che uno schiavo, istituito condizionalmente erede *ex asse, cum libertate*, ha conchiuso coi creditori ereditari, pendente tuttora la condizione apposta alla sua istituzione ed alla sua libertà. Ha il patto, per quando egli, verificatasi la condizione, divien libero ed erede, efficacia, e può dunque egli opporlo ai creditori con cui lo ha conchiuso? Vindio si pronuncia per la negativa: " *non profuturum pactum Vindius scribit* "; e gli accede tuttora Marcello: " *si quis... in servitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem* ..

Marcello però, Ulpiano lo avverte, aveva deciso diversamente *in similibus speciebus*: e cioè per le convenzioni analoghe concluse, invece che da schiavi, da figlifamilia: sia coi creditori di

un' eredità loro deferita pel tempo in cui fossero *sui iuris*, e fatte valere dopo l' emancipazione: sia coi creditori del padre, e fatte valere dopo la morte di esso. aditane l' eredità. Il patto *de non petendo*, nella prima di quelle *species*, benchè valido inizialmente, come idoneo ad obbligare il padre in modo adiettizio, s' era invalidato di poi coll' emancipazione; mentre nella seconda di esse, era inefficace già inizialmente. Non ostante ciò, Marcello aveva finito per riconoscere sostanzialmente al patto efficacia, benchè codesta sua decisione, c' informa Ulpiano, non fosse senza dubbi: quali del resto facilmente lascierebbe intendere la novità e il distacco, con cui si porge di fronte al diritto a cui Vindio tuttora s' attiene. “ *Marcellus in similibus speciebus, licet antea dubitavit, tamen admisit... et dicit doli eum posse uti exceptione* .. E l' efficacia Marcello la difendeva dunque coll' *exceptio doli*, cui il pattuente poteva opporre ai creditori; *exceptio* che qui, dove Marcello stesso non poteva arrivare a disconoscere in vista del soggetto qualche irregolarità del patto, rispetto ai normali presupposti del relativo editto *de pactis*, subentrava (come in altri casi che vedremo) in soccorso della eccezione specifica del patto regolare (1).

Analogamente, circa nel momento stesso, dal

(1) Appunto a proposito del rapporto intercedente fra l' *exceptio doli* e l' *exceptio pacti* codesto passo, di solito poco considerato dagli scrittori, fu studiato largamente dal KRÜGER.

mandato del figlio familia è data da Africano. 2 *q. D.* 28. 5, 47 (46) i. f., dopo che il mandante è uscito di potestà, non l'*actio directa*, ma l'*utilis*.

La differenza della difesa coll'*exc. doli*, invece che coll'*exceptio pacti* non è però che formale; il concetto che determina questa è ad ogni modo il riconoscimento di una capacità naturale del figlio sottoposto a potestà: la quale si afferma non appena che la potestà ha cessato, e pei negozi stessi conchiusi mentre questa le impediva d'esplicarsi. Lo stesso concetto informa, ancor più arditamente, l'*exc. doli*, che Ulpiano, dissentendo da Marcello, vuol data anche allo schiavo manomesso, dal patto conchiuso nella servitù: ~ *in pacti exceptione admittendum est, sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur... immo et in seruo doli exceptio non est respuenda* ... Il riconoscimento della capacità naturale dello schiavo si è affermato più faticosamente che pel figlio: ma pur vi è riuscito nel periodo stesso della giurisprudenza classica. E l'*exceptio doli* ne appare lo strumento che è valso a condurlo in atto, così come era valso prima a condurlo in atto pel figlio familia.

§ 3. Ma l'*exceptio doli*, avvertiamo, pone in atto codesta capacità del sottoposto, non solo in

op. cit., pagg. 110-8: il quale ne trasse però conclusioni che non crediamo accettabili, e che esaminiamo più oltre, nel capitolo XXI.

suo favore, ma anche in contrario a lui stesso. Così in ispecie di contro il figliofamilia, uscito di potestà, che impugni il negozio concluso mentre vi era sottoposto, adducendo l'incapacità onde allora era affetto: rivendichi, ad esempio, allora il danaro, ch'egli, da figliofamilia, aveva restituito a colui che contro il divieto del SC. Macedoniano glie lo aveva mutuato, e in corrispondenza dell'obbligazione naturale che col mutuarlo avea contratta. Elementarmente è detto di costui da Ulpiano, *D. 12. 6. 26, 9*, che "*exceptione summorebitur a vindicatione nummorum*". Nel che dovette aversi l'applicazione di una regola risalente: che scaturiva da un ovvio concetto del dolo, come specifico.

CAP. II.

La personalità del figlio-familia fuori dell'unità familiare.

§ 1. Liberalità testamentarie in pro del figlio-familia: l'*exceptio doli* contro il padre che le ripeta o si valga dei mezzi formali intesi a guarentirne al figlio la prestazione. — § 2. Inefficacia di rinunzie del padre pel figlio. — § 3. Pretese del *parens manumissor* infirmate coll'*exceptio doli*.

§ 1. La personalità del figlio-familia, fuori dell'unità familiare e della potestà paterna in cui questa si compenetra, si afferma specialmente in materia di liberalità testamentarie ordinate a favore di lui, espressamente fuor d'ogni riguardo alla familia. E l'*exceptio doli* a tale affermazione la soccorre variamente.

Prestata così dall'erede al figlio una liberalità di legato disposta a favor personale di lui, vale l'*exceptio* a respingere il padre che si faccia a ripeterla egli stesso: l'*exceptio*. s'intende, di dolo, benchè Ulpiano, nel passo attinente a cotale sua applicazione, 24 *Sab., D.* 36, 2, 14. 2.

non tenga necessario designarla così specificatamente. E questa vale parimente nel caso di cauzione data dall'erede al padre dell'onorato di un legato, cui sia apposto un termine incerto, senza la clausola richiedente che al sopraggiungere del termine il figlio legatario sia tuttora nella sua potestà: Ulp. 77 *ed.*, D. 36, 3, 1, 20: " *si cum eius legati dies cedit in potestate sit* „. In forza della clausola stipulata così in favor suo, può il padre al giungere del termine intentare per sé l'azione del legato, anche se il figlio onoratone è emancipato; ma l'azione è respinta coll'*exceptio doli*, in riguardo del figlio, cui veramente il legato guarentito colla *cautio* era rivolto, e cui deve esclusivamente esser prestato.

§ 2. Pel medesimo riguardo alla personalità del figlio, considerata distintamente dalla paterna, taluni atti del padre in nome suo non valgono a privarlo di diritti, cui dovesse rinunciare egli personalmente: così non vale la rinuncia paterna ad un fedecommesso ordinato in favor suo, a che possa dall'erede essere opposta l'*exceptio doli* a lui che lo ripeta dopo emancipato. In tal senso costituivano espressamente Diocl. e Mass., C. 6, 42, 26: ponendo in atto un'applicazione che deve credersi però risalente almeno al tardo momento classico, nel quale ci appare da Ulpiano già così vivo il concetto della personalità del figlio, in sé e liberamente considerata.

§ 3. Questo informa anche la validità della condizione di emancipare apposta ad una liberalità testamentaria, riconosciuta dopo non lievi dissensi precisamente in tale momento ⁽¹⁾, e la perdita dei diritti, altrimenti spettanti al *parens manu-missor* sopra il patrimonio dell'emancipato, cui il padre subisce, allorchè l'emancipazione avvenne per ottemperare a codesta condizione. L'*exceptio doli* è data appunto da Ulpiano, 45 *ed.*, D. 37. 12. 1, 3 contro il padre ripetente la *dimidia pars*, mentre egli " *accepit pecuniam ut emanciparet* „ o mentre dal figlio ancor vivo aveva ricevuto corrispondente prestazione " *ne iudicia eius inquietet* .. La prima delle due fattispecie è certo senza confronto la più importante nella pratica di allora, e quella in cui la indipendente personalità del figlio appare più chiara e distinta: per quanto la stessa rinunzia paterna, per l'accezione di prestazioni fra vivi, a ciò che gli si concepiva dovuto in conseguenza dell'*officium* come di patrono ⁽²⁾, persistente dopo l'emancipazione, dalla potestà, non si possa considerare affermata molto prima dell'intenso indebolimento dell'unità familiare allora verificatosi.

⁽¹⁾ Cfr. ULP., 5 *fid.*, D. 35, 1. 92, e per questo passo il nostro lavoro sopra *Papiniano*, II, pag. 121-2.

⁽²⁾ Che per questa particolar natura del diritto del *manu-missor* il passo non sia da riguardare come affermate un patto di rinunzia ad eredità fu ben veduto dal MÜHLENBRUCH, *Gluck's Fortsetzung*, XXXV, pagg. 261-70 e riaffermato dal VANGEROW, *Lehrb.*, § 396, II, pag. 8.

CAP. III.

La capitis deminutio riguardo al testamento del deminutus.

§ 1. Efficacia, per l'*exceptio*, del testamento del *deminutus*, che riprende, innanzi alla morte, il suo *status*. — § 2. Necessaria manifestazione della persistenza in lui della volontà testamentaria, se la *deminutio* non fu indipendente da sua volontà.

§ 1. “ *Testamenta iurè facta infirmantur... cum is qui fecerit testamentum capite deminutus sit* „. A tal regola civile, passata da Gaio 2, 145 alle istituzioni giustiniane 2, 17, 4, aveva apportato mitigazione il diritto pretorio, col riconoscere efficace il testamento del *deminutus*, a che se ne invocasse la *bonorum possessio*, qualora questi fosse morto dopo recuperata l'integrità dello *status*. E codesta efficacia pretoria del testamento del *deminutus* (onde di nuovo dietro Gaio 2, 147, discorrono le istituzioni 2, 17, 6) è difesa precisamente colla nostra *exceptio*, che l'istituito vi oppone alla petizione degli eredi legittimi, e che vedremo altrove soccorrere in generale la volontà