

L'ECCEZIONE DI DOLO GENERALE
DIRITTO ROMANO E TRADIZIONE ROMANISTICA

a cura di

LUIGI GAROFALO



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2006

ROBERTO FIORI

ECCEZIONE DI DOLO GENERALE ED EDITTO ASIATICO
DI QUINTO MUCIO: IL PROBLEMA DELLE ORIGINI

SOMMARIO: 1. Il testo (Cic. *Att.* 6.1.15). – 2. L'*exceptio* di Q. Mucio e l'editto di Cicerone. – 3. L'*exceptio* di Q. Mucio e l'*exceptio* di Bibulo. – 4. La tutela del convenuto attraverso l'*exceptio doli* e nei *iudicia bonae fidei*. – 5. Una eccezione di buona fede. – 6. L'*exceptio* di Q. Mucio e gli strumenti di difesa del convenuto in età repubblicana. – 7. L'*exceptio* di Q. Mucio e la struttura formulaire dei *iudicia bonae fidei* in età repubblicana. – 8. Conclusioni.

1. Il testo (Cic. *Att.* 6.1.15).

Il problema dell'origine dell'*exceptio doli* è stato spesso posto in connessione¹ con la testimonianza di un'eccezione inserita da Q.

¹ Cfr. ad es. H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der 'bonae fidei iudicia'*, in ZSS, XI, 1890, 172; P.F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in *Mélanges de droit romain*, I, Paris, 1912, 85, nt. 1; E. WEISS, *Studien zu den römischen Rechtsquellen*, Leipzig, 1914, 70; B. KÜBLER, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republicanischen Zeit*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna-Roma, 1933)*, Pavia, 1934, 87; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 88, nt. 3; S. RICCOBONO, *La definizione del 'ius' al tempo di Adriano*, in *BIDR*, LIII-LIV, 1948, 24; M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift Fr. Schulz*, II, Weimar, 1951, 30; ID., *'Oportere' und 'ius civile'*, in ZSS, LXXXIII, 1966, 2; ID., *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 246, nt. 43; A. MAGDELAINE, *Les actions civiles*, Paris, 1954, 50; A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano, 1956, 57; U. VON LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte der 'exceptio doli' und der 'actio de dolo malo'*, in *Eranion G. S. Maridakis*, I, Athenis, 1963, 193 s.; A. WACKE, *'Actio rerum amotarum'*, Köln - Graz, 1963, 3, nt. 1; F. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in ZSS, LXXX, 1963, 32, nt. 114a; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 263; M. SARGENTI, *Studi sulla 'restitutio in integrum'*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 259 (pur con molti distinguo, e ritenendo che non si tratti di *exceptio*, ma di una clausola edittale che avrebbe potuto

Mucio Scevola nel proprio editto provinciale del 94 a.C.²

Del rimedio muciano abbiamo conoscenza grazie ad una lettera scritta da Cicerone ad Attico il 20 febbraio 50 a.C. a Laodicea, in Cilicia³, sede del suo proconsolato⁴. Ecco il brano per noi rilevante:

Cic. Att. 6.1.15: *De Bibuli edicto, nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras 'nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum'. ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσαν sed tectiorem ex Q. Mucii P. f. edicto Asiatico, 'EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA'; multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν, quod duobus generibus edicendum putavi; quorum unum est provinciale, in quo inest de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, <bonis> vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. tertium de reliquo iure dicundo ἄγραφον reliqui. dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum, itaque curo, et satis*

portare anche alla concessione di un'actio finalizzata a provvedimenti restitutori o rescissori: su questa proposta cfr. per tutti la critica di L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo*, XXXVII, 1991, 38 ss., che sento di condividere); A. BURDESE, 'Exceptio doli', in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1073; A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 268, nt. 102; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 170, nt. 85; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 237 e 320; L. PEPPE, *Note*, cit., 45 s. (con prudenza); D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno (Atti Napoli, 1996)*, Napoli, 1998, 174 ss.; M.J. SCHERMAIER, 'Bona fides' in *Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann - S. Whittaker, Cambridge, 2000, 87 e nt. 150.

² Per la datazione cfr. E. BADIEN, *Q. Mucius Scaevola and the province of Asia*, in *Athenaeum*, XXXIV, 1956, 104 ss. Contrario B.A. MARSHALL, *The Date of Q. Mucius Scaevola's Governorship of Asia*, in *Athenaeum*, LIV, 1976, 117 ss. (con ulteriore bibliografia), che propende per il 98 a.C.

³ Cfr. D.R. SHACKLETON-BAILEY, *Cicero's letters to Atticus*, III, Cambridge, 1968, 78.

⁴ Sul contesto della promagistratura di Cicerone ed in particolare del prestito ai Salamini, cfr. di recente L. PEPPE, *Cilicia e Cipro in età repubblicana. Note in margine al prestito ai Salamini di Cipro del 56 a.C.*, in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca, VI, Napoli, 2001, 239 ss.

facio adhuc omnibus. Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur. 'nugatoribus quidem' inquires. quid refert? ii se αὐτονομίαν adeptos putant. nostri enim, credo, gravis habent, Turpionem sutorium et Vettium mancipem.

Cicerone risponde a una richiesta di Attico⁵ di esprimere la sua opinione circa un'eccezione inserita nel proprio editto dal proconsole della Siria dello stesso anno, M. Calpurnio Bibulo⁶, che Attico giudica possa costituire un grave pregiudizio contro l'ordine equestre. E Cicerone afferma di preferire l'*exceptio* di Q. Mucio – che sarebbe stata così formulata: *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona* – in quanto ἰσοδυναμοῦσα *sed tectior*.

D'altronde, prosegue l'oratore, egli si è ispirato in molte cose all'editto di Scevola, compresa la clausola che i Greci regolino le controversie sulla base delle proprie leggi – clausola che li ha indotti a credere di aver ricevuto la libertà.

Tuttavia – continua – il suo editto è più breve di quello di Q. Mucio⁷, perché egli ha utilizzato una sua propria *diairesis*, secondo la quale ha individuato due *genera* inseriti nell'editto, ed uno esterno⁸. Il primo viene descritto come *genus provinciale*, e in esso si dice trovano spazio rapporti che devono essere trattati tenendo conto del peculiare ambiente provinciale: le finanze o i bilanci delle città, i loro debiti, i corrispondenti interessi, le *syngraphae* (ossia i documenti contrattuali che in ambito greco attestavano un prestito ed erano consi-

⁵ Che gli aveva scritto il 29 dicembre 52 a.C.: cfr. Cic. Att. 6.1.22.

⁶ T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, 242.

⁷ Per questa opposizione cfr. L. PEPPE, *Note*, cit., 54. Cfr. ancora, *ibid.*, 55 ss., sulle possibili implicazioni ideologiche di una tale scelta.

⁸ Il rapporto tra la diairesi ciceroniana e i tre *genera* deve essere a mio avviso risolto nel senso proposto da L. PEPPE, *Note*, cit., 81 ss. (*re melius perpensa*, correggo quanto scritto in R. FIORI, 'Ea res agatur'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 31, nt. 96): oggetto della divisione non è l'*edictum*, ma il *ius dicere*, che viene distinto in una parte che deve essere necessariamente riprodotta nell'editto (i primi due *genera*) e una terza che è esterna all'editto. Benché sia meno esplicita, potrebbe essere questa anche la lettura di G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli 1985, 105, mentre R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, 34 e nt. 42, ha sostenuto che la *diairesis* (propriamente si parlerebbe di una *partitio*) interessi tutte e tre le parti, ma che Cicerone avrebbe parlato di due *genera* perché solo questi sono scritti.

derati fonti di obbligazione), e tutto ciò che riguardava i *publicani* (*de rationibus civitatum, de aere alieno, de usuris, de sygraphis, de publicanis*)⁹. Nel secondo *genus* rientrano materie trattate negli *edicta urbana*, ma che devono essere riprodotte nell'editto del governatore provinciale per dare fondamento normativo ai relativi provvedimenti, non adottabili mediante *decretum* né mutuabili direttamente dagli editti dei pretori, il cui *imperium* non si estende alle province: *bonorum possessio* ed esecuzione forzata¹⁰. Infine al di fuori dell'*edictum*, non scritto (ἄγραφον), è un *tertium genus* che comprende tutta quella materia – evidentemente, la gran parte – che è già contenuta negli editti del pretore urbano e peregrino¹¹, e che Cicerone recepisce indirettamente nella propria *iurisdictio*, forse mediante una clausola di rinvio¹², riservandosi di provvedere mediante *decreta* su questi modelli¹³. In questo modo Cicerone assolve il suo compito e non scontenta nessuno; e per parte loro i Greci esultano di usare giudici *peregrini*, credendo di aver raggiunto l'αὐτονομία.

2. L'«exceptio» di Q. Mucio e l'editto di Cicerone.

Uno dei criteri fondamentali di interpretazione dell'eccezione muciana è stato il suo rapporto con l'editto di Cicerone. Basandosi sulla *diairesis* formulata da quest'ultimo, si è ravvisata quale sede dell'*exceptio* il primo *genus*, quello *provinciale*. Non il secondo, perché il tenore dell'*exceptio* non si addice né alla materia della *bonorum possessio* né a quella dell'esecuzione forzata¹⁴. Non il terzo, perché ἄγραφον:

⁹ Seguo G. PUGLIESE, *Riflessioni*, cit., 108 ss.

¹⁰ Per queste spiegazioni cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Riflessioni*, cit., 106, nt. 11.

¹¹ Su questa interpretazione dell'espressione *edicta urbana* cfr. W. W. BUCKLAND, *L'edictum provinciale*, in *RHD*, XIII, 1934, 87; F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, 116; G. PUGLIESE, *Riflessioni*, cit., 105, nt. 9; R. MARTINI, *Ricerche*, cit., 19 e 34; L. PEPPE, *Note*, cit., 47 e nt. 116; K. HACKL, *Der Zivilprozeß des frühen Prinzipats in den Provinzen*, in *ZSS*, CXIV, 1997, 152, nt. 57; R. CARDILLI, *La 'buona fede' come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Roma e America*, XIII, 2002, 127.

¹² Posta al termine dell'editto per L. PEPPE, *Note*, cit., 88 ss.

¹³ Sull'uso di *accomodare* in senso tecnico, cfr. per tutti L. PEPPE, *Note*, cit., 29, nt. 54.

¹⁴ M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformel' e valori dell'ordi-*

si dà infatti per scontato che la clausola dovesse essere scritta¹⁵, e dunque presente nell'editto; una certezza che si spiega a mio avviso solo ipotizzando che la dottrina abbia letto senz'altro la frase *ego tamen habeo* ... dando al verbo *habeo* il senso di 'ho (inserito)', ossia come se Cicerone dovesse parlare necessariamente del suo editto.

Da questa riconduzione si è ulteriormente dedotto che la principale applicazione della clausola dovesse riguardare le *syngraphae*, che sarebbero state utilizzate essenzialmente dai *publicani*. D'altronde, in tal modo si potrebbe spiegare il paragone instaurato da Cicerone tra l'eccezione di Mucio e quella dell'editto di Bibulo, che Attico trovava preoccupante per il potenziale *praeiudicium* arrecato all'ordine equestre, del quale i *publicani* costituivano un nucleo fondamentale¹⁶.

Ma questa ipotesi non convince.

Innanzitutto, come è stato notato¹⁷, una simile interpretazione appare troppo restrittiva per una clausola formulata in termini tanto ampi da ricomprendere ogni *negotium gestum*. Sia sul piano oggettivo, degli strumenti negoziali, perché non può escludersi che i rapporti negoziali degli *equites* si costruissero secondo schemi diversi dalle *syngraphae*. Sia su quello soggettivo, perché un conto è che, di fatto, l'*exceptio* fosse usata (anche) contro i *publicani*; un altro è che si legasse giuridicamente solo alle esazioni. Né mi pare a tal fine sufficiente

namento, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 155.

¹⁵ Cfr. ad es. L. PEPPE, *Note*, cit., 35: «l'*exceptio* esplicitamente è nel suo editto»; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 132: «sicura natura di clausola scritta»; M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 155: «l'*exceptio* muciana, recepita da Cicerone, non poteva di certo riferirsi all'ultimo (sc. *genus*), che riguardava la materia rimasta fuori dall'editto».

¹⁶ Cfr., pur con diverse sfumature: L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, 481; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, 199; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1078; E. COSTA, *Cicerone giuriconsulto. I. Il diritto privato*, Bologna, 1911, 165; G. GROSSO, 'Syngraphae', 'stipulatio' e *ius gentium*, in *Scritti storico-giuridici. III. Diritto privato. Persone obbligazioni successioni*, Torino, 2001, 749; L. PEPPE, *Note*, cit., 48; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 132; L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittole 'de publicanis'*, Torino, 2002, 93 ss.; M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 155.

¹⁷ G. PUGLIESE, *Riflessioni*, cit., 106, nt. 10; M. SARGENTI, *Studi*, cit., 257. Possibilista L. PEPPE, *Note*, cit., 48, che non esclude un uso dell'*exceptio* anche al di là delle singrafi, comunque ritenute la sede di elezione dell'eccezione.

distinguere – come pure è stato acutamente fatto¹⁸ – tra la redazione muciana della clausola e la sua applicazione nell'editto di Cicerone: è vero che nei due editti l'*exceptio* potrebbe avere avuto collocazioni (e dunque funzioni) differenti; ma se quest'ipotesi consentirebbe di giustificare l'ampiezza della formulazione dell'*exceptio* – benché non abbiamo elementi per individuarne la posizione nell'editto più antico¹⁹ – essa porrebbe l'ulteriore ed irrisolto interrogativo del perché della limitazione ciceroniana.

In secondo luogo, non solo non vi sono elementi testuali per ricondurre l'*exceptio* all'uno o all'altro *genus* dell'editto²⁰, ma non ci si è avveduti della particolare struttura espositiva del § 15, che si lega alle peculiarità stilistiche dell'intera *epistula*. Questa infatti – senza che ciò si traduca mai in manifesto artificio, anche grazie alla conservazione del *sermo familiaris* tanto nell'uso del latino²¹ quanto nelle frequenti espressioni greche, proprie del linguaggio privato dell'élite colta – è caratterizzata da una particolare attenzione all'ordine retorico del discorso, ricercato da Cicerone dietro richiesta dello stesso Attico e ot-

¹⁸ Cfr. R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 133 e 137 ss., secondo il quale, nell'editto di Cicerone, l'eccezione sarebbe stata ricompresa nel *genus provinciale*, essendo limitata ai prestiti (ma non alle sole *syngraphae*) tra romani e greci (*ibid.*, 132); in quello di Scevola, invece, non sarebbe possibile alcuna delimitazione e si dovrebbe pensare ad un'applicazione per «ogni *negotium gestum* nella provincia» (*ibid.*, 140); M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 169 s., che ritiene l'ipotesi di un uso dell'eccezione contro i *publicani* preferibile rispetto all'editto di Bibulo, verosimile nell'editto di Cicerone, ma improbabile in quello di Mucio, il quale avrebbe ripreso una formulazione già presente negli *edicta urbana*, che perciò «non era sicuramente ristretta agli affari dei publicani, ai quali a Roma aveva scarsissime, o punte, opportunità di essere applicata».

¹⁹ Mi parrebbe, perciò, «arbitrario» non solo «pensare che essa concernesse specifiche forme negoziali» – come rileva R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 138 – ma anche ipotizzare il contrario.

²⁰ G. PUGLIESE, *Riflessioni*, cit., 106, nt. 10.

²¹ Per alcuni esempi di *Umgangssprache* nella lettera, cfr. per tutti J.B. HOFMANN, *Lateinische Umgangssprache*³, Heidelberg, 1951 (= *La lingua d'uso latina*², Bologna, 1985): l'uso di interiezioni come *heus tu*, in 6.1.25 (*ibid.*, 117); di avverbi di intensificazione come *belle* in 6.1.25 (*ibid.*, 196), *plane* in 6.1.21 (*ibid.*, 199), *valde* (*honeste*) in 6.1.13 (*ibid.*, 203), *graviter* (*aeger*) in 6.1.23 (*ibid.*, 204), *fuenter* in 6.1.12 (*ibid.*, 206); di termini di insulto come *nebulo* in 6.1.25 (*ibid.*, 218); di esagerazioni affettive come *nihil illo regno spoliatus*, *nihil rege egentius* in 6.1.4 (*ibid.*, 222); di formule di cortesia in cui si attenua la durezza dell'imperativo, come *adde sis* (= *si vis*) in 6.1.23 o *adde ... si voles* in 6.1.13 (*ibid.*, 288 s.); di un lessico improntato a immagini concrete, come *pleno modio* in 6.1.16 (*ibid.*, 320); l'uso di esse con locuzioni preposizionali di carattere familiare, come in *erit ad sustentandum quoad Pompeius veniat* in 6.1.14 (*ibid.*, 339).

tenuto nel rispetto della sequenza delle domande dell'amico²². L'*epistula* è così divisa in due parti²³, entrambe specularmente scandite in tre sezioni – che riguardano vicende relative alla gestione della provincia²⁴, la trattazione di temi antiquari²⁵, la discussione di questioni

²² La preoccupazione retorica di Cicerone si manifesta innanzitutto nell'uso di un vocabolario tecnico (generalmente non rilevato dalla dottrina, con la parziale eccezione di D.R. SHACKLETON-BAILEY, *Cicero's letters to Atticus*, III, cit., 239). Sin dall'inizio dell'*epistula*, egli afferma di non voler forzare la lettera entro una propria *οικονομία*, preferendo rispettare l'*ordo* di Attico (6.1.1). Poi, al centro del discorso, come per scusarsi, rileva che se l'*οικονομία* della lettera appare confusa, la responsabilità è di Attico, di cui Cicerone segue l'abbozzo (*σχεδιάζοντα*) (6.1.11), e poco più in là rileva come vengano accostati fatti senza alcuna connessione tra loro (*ὡ πραγμαμάτων ἀσύγκλωστον!*) (6.1.17). Infine, al termine della risposta (ma prima della coda finale, che risponde ad un'altra *epistula* [6.1.23] e formula considerazioni autonome [6.1.24-26]), conclude di aver replicato non, come Attico aveva chiesto, scambiando oro con bronzo (*χρῦσα χαλκείων*: la citazione è tratta da Hom. *Il.* 6.236, con riferimento allo scambio delle armi tra Glauco e Diomede), ma *paria paribus* (6.1.22). Ora, la distinzione tra *ordo* ed *οικονομία* è quella – che, pur nella variabilità di termini e nozioni tra autore e autore, nella sostanza appare già in *Rhet. ad Her.* 3.9.16-17 – tra *ordo naturalis* (ossia la consueta disposizione delle parti del discorso: *exordium*, *narratio*, *argumentatio* e *peroratio*) e *ordo artificiosus* (ossia la distribuzione delle parti che, quando la *causa* lo richieda, sconvolge l'*ordo naturalis*): cfr. per tutti J. MARTIN, *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, München, 1974, 216 s. I *πράγματα* sono i fatti oggetto del discorso retorico, e l'aggettivo *ἀσύγκλωστος* potrebbe anch'esso avere un valore tecnico, posto che sarà messo in connessione con le parti del discorso da Procl. in *Plat. rem publ.* 366 (KROLL, I, 63, 29-64, 1). Ma soprattutto assume significato la locuzione *paria paribus*, che la maggioranza dei traduttori intende come una modesta affermazione di parità tra le lettere dei due amici (cfr. L.-A. CONSTANS - J. BAYET, *Cicéron. Correspondance*, IV³, Paris, 1967, 152, che rende *non, ut postulasti χρῦσα χαλκείων, sed paria paribus respondimus*: «non pas, comme tu me l'as demandé, 'or pour bronze', mais du tac au tac»; D.R. SHACKLETON-BAILEY, *Cicero's letters to Atticus*, III, cit., 99: «there is all answered, not in 'gold for bronze', but *quid pro quo*»; C. DI SPIGNO, *Epistole ad Attico di M. Tullio Cicerone*, I, Torino, 1998, 529: «non 'oro contro bronzo', come tu chiedevi, ma sono andato a pari nel rispondere»), e che deve invece essere posta in connessione con quei passi di Cicerone in cui descrive la *concinntas* come il mettere in relazione *paria paribus* (Cic. *orat.* 83; cfr. anche *orat.* 64; 164; 175; *part. orat.* 21; 72; *de orat.* 3.206, riferita all'ordine tra le parti della frase).

²³ Seguo, in questa divisione, L. PEPPE, *Note*, cit., 26 ss., il quale per primo ha rilevato la distinzione della lettera in parti e sezioni. Mi sembra però necessario andare oltre l'intuizione dell'autore, il quale non esclude che la simmetria sia «forse ... solo casuale», e non trae dall'architettura retorica dell'*epistula* argomenti per la comprensione del § 15.

²⁴ La prima sezione della prima parte si articola a sua volta in due porzioni. Nella prima, si confronta il governo del predecessore Appio Claudio con quello di Cicerone, rilevando l'iniquità dei provvedimenti del primo, sostituiti da Cicerone (§ 2); nella seconda, si discute del problema del debito dei Salamini di Cipro nei confronti di Bruto, e del tasso di interesse previsto da Cicerone (§§ 3-7). La sezione si chiude con una frase

varie²⁶ – unite tra loro in una quantità di corrispondenze, orizzontali e verticali. Non solo, infatti, Cicerone inserisce elementi di raccordo tra una parte e l'altra, nelle sezioni corrispondenti, ma anche le sezioni e, a un livello più alto, le stesse parti sono collegate tra loro in una sorta di struttura 'a domino' che induce in modo quasi naturale il passaggio da un punto all'altro della lettera. E tra la fine della prima

in greco e una battuta scherzosa, nella quale Cicerone dice all'amico di non preoccuparsi per la sua reputazione, perché egli è nel giusto (τὸ γὰρ εὖ μετ' ἐμοῦ: cfr. Aristoph. *Acharn.* 661), specialmente adesso che ha dato sei libri (il *de re publica*) come garanzia per la sua condotta civica. Anche la prima sezione della seconda parte si divide in due porzioni. Nella prima, si istituisce un confronto tra gli editi di Bibulo, Q. Mucio e Cicerone (e qui si colloca il nostro brano: § 15); nella seconda, si tratta dei rapporti di Cicerone con i provinciali ed i *publicani*, in particolare tornandosi a parlare del tasso di interesse (§ 16). Ancora una volta, la prima sezione si chiude con una frase in greco ed una battuta.

²⁵ La seconda sezione della prima parte prende lo spunto dal commento positivo di Attico sul lavoro di Cicerone (cfr. oltre, nt. 26) per discutere della pubblicazione dei *fasti* da parte di Gneo Flavio, così come narrato – nel *de re publica* – da Africano (§ 8; si tratta naturalmente di P. Cornelio Scipione Emiliano Africano, cos. 147 e 134, ces. 142: cfr. FR. MÜNZER, voce *Cornelius* [335], in *RE*, IV, Stuttgart, 1900, 1439 ss.). La seconda sezione della seconda parte tratta anch'essa un tema antiquario, ed in particolare il fatto che Metello Scipione (Q. Cecilio Metello Pio Scipione Nasica, cos. 52: cfr. FR. MÜNZER, voce *Caecilii* [99], in *RE*, III.1, Stuttgart, 1897, 1224 ss.) aveva fatto erigere nel campidoglio una statua dedicata al bisnonno Africano (P. Cornelio Scipione Nasica Sarapione, cos. 138, l'uccisore di Ti. Gracco: FR. MÜNZER, voce *Cornelius* [354], in *RE*, IV, Stuttgart, 1900, 1501 ss.), che non era stato censore, copiando le sembianze di due statue rappresentanti P. Cornelio Scipione Emiliano Africano (cos. 147 e 134), censore nel 142 a.C., delle quali l'una riportava la scritta, riprodotta anche sulla statua di Nasica, CONS. CENS. Un errore questo – il non conoscere la storia di famiglia – assai più grave di quello eventualmente fatto da Cicerone rispetto a Gneo Flavio (§§ 17-18). Si noti che, secondo l'interpretazione più probabile, la questione dell'identità delle prime statue è sollevata da Attico in relazione ad un rilievo di Metello circa un passaggio del *de re publica* in cui si affermava che una delle due raffigurava l'Africano, e non Nasica (cfr. D.R. SHACKLETON-BAILEY, *Cicero's letters to Atticus*, III, cit., 250).

²⁶ Nella terza sezione della prima parte si affrontano questioni varie, che si aprono con un riferimento al liberto di Terenzia, Filotimo (§ 9); proseguono con richiami a fatti privati e pubblici (il matrimonio della figlia Tullia nel § 10; la durata della magistratura in Cilicia nel § 11), ai figli di Cicerone e suo fratello (§ 12), ad una serie varia di personaggi (§ 13), e si chiudono con la descrizione della situazione politico-militare dell'area e del ruolo assunto al riguardo da Bibulo (§ 14). E lo stesso avviene nella terza sezione della seconda parte, che si apre anch'essa con un richiamo a Filotimo (§ 19), prosegue con riferimenti a fatti privati e pubblici (un invito di Attico a prestare attenzione, nel § 20, e questioni attinenti la corretta conduzione della provincia nel § 21), alle figlie di Attico (§ 22), ad una serie varia di personaggi (§ 23), per poi tornare a parlare di questioni politiche (§§ 24-26).

parte (§ 14) e l'inizio della seconda (§ 15) lo spunto²⁷ è offerto dal richiamo a Bibulo²⁸.

Anche all'interno di questo si prosegue nella struttura 'a domino': all'inizio del paragrafo, Bibulo viene accostato alla sua *exceptio*; quest'ultima viene confrontata con l'*exceptio* di Q. Mucio; infine si compie un riferimento complessivo all'editto di Q. Mucio ed al suo rapporto con quello di Cicerone, rilevando che l'oratore ha seguito in molte cose il pontefice, in particolare rispetto alla possibilità, per i Greci, di utilizzare norme del proprio diritto (*suae leges*). Nel prosieguo del discorso si passa a descrivere – continuando nel 'domino' da dove lo si era lasciato, dopo la parentesi delle leggi dei Greci – la struttura dell'editto di Cicerone, rilevando che la *diairesis* realizzata da Cicerone rispetto al proprio *ius dicere* ha permesso di isolare due *genera* di materie che richiedevano una espressa previsione edittoale, ed un *tertium genus* che può essere lasciato non scritto. E alla fine, nuovamente, si chiude con un riferimento alle libertà concesse ai Greci, in particolare al fatto che potevano avere *peregrini iudices*.

La ricercatezza della costruzione è evidente: la prima parte parrebbe riferirsi ai modelli a disposizione di Cicerone, la seconda al suo concreto *ius dicere*²⁹, e ciascuna parte è chiusa da un riferimento ai

²⁷ Che il nome di Bibulo costituisca una sorta di 'ponte' tra le due parti è notato anche da L. PEPPE, *Note*, cit., 27.

²⁸ Peraltro, le corrispondenze individuate nelle note precedenti potrebbero continuare – e di sicuro molte sfuggono al lettore moderno – perché riguardano anche i dettagli. Ad esempio, nel § 13 si parla di un flauto commissionato per Femio (cfr. *Cic. Att.* 5.20.9 e 5.21.9), e nel corrispondente § 23 è inserita una frase nella quale si fa riferimento a un flautista: Luceio avrebbe fatto bene a mettere in vendita la sua proprietà a Tuscolo, purché non lo faccia *cum suo tibicine* (l'interpretazione ha costituito una *crux* per gli interpreti: secondo D.R. SHACKLETON-BAILEY, *Cicero's letters to Atticus*, III, cit., 252 s., potrebbe ipotizzarsi un modo di dire nato nella commedia, per significare lo scarso impegno: gli attori pigri che non si impegnavano a farsi sentire dal pubblico erano forse detti parlare con il flautista che li accompagnava). O, ancora, potrebbe ravvisarsi l'inversione di alcune sequenze centrali: nella prima sezione, *a*) preoccupazione di Attico per Cicerone (§ 8), *b*) tema antiquario (§ 8), *c*) Filotimo (§ 9); e nella seconda, *a*) tema antiquario (§§ 17-18), *b*) Filotimo (§ 19), *c*) preoccupazione di Attico (§ 20).

²⁹ Tra le possibili ripartizioni della materia, mi sembrerebbe che la più persuasiva – ossia quella che più mantiene la simmetria, ed in particolare compone una sorta di chiasma – sia la seguente. La prima sezione della prima parte riguarda l'eccezione inserita nel proprio editto da Bibulo, non accolta da Cicerone; la corrispondente sezione della seconda parte riguarda le materie inserite da Cicerone nel suo editto. La seconda sezione della prima parte riguarda l'eccezione di Q. Mucio, preferita da Cicerone; la

Greci, in una duplicazione per certi versi forzata³⁰. Ma se questa è la struttura del paragrafo, se cioè esiste una cesura tra le sue due parti, è del tutto arbitrario interpretare la prima alla luce della seconda: Cicerone non ha ancora introdotto la sezione relativa al contenuto del suo editto, e per il momento si limita a rispondere alle perplessità di Attico circa l'editto di Bibulo.

Non solo. Come abbiamo detto, la diairesi ricomprende tre *genera*, ed il suo oggetto è non l'editto, ma il *ius dicere*: perciò, anche a voler creare un rapporto tra le due sezioni, non c'è motivo di ritenere necessaria la riconduzione dell'*exceptio* muciana ai due *genera* scritti.

E allora, se non è detto che l'*exceptio* muciana debba avere un rapporto con l'editto di Cicerone, non si vede perché non possa intendersi *habeo* nel senso, assai diffuso, di 'considero, stimo, giudico'³¹: Cicerone potrebbe aver detto di considerare egualmente efficace e più sicura l'eccezione di Q. Mucio; tenendola presente, certo, nella propria *iurisdictio*, ma non necessariamente inserendola nel proprio *edictum*.

D'altronde, noi non abbiamo alcun elemento per sostenere che l'*exceptio* fosse assente negli *edicta urbana* dell'età di Cicerone³². La frase *multaque sum secutus Scaevolae* mostra che quest'ultimo ha assunto l'editto di Q. Mucio come modello molto autorevole, e da esso ha tratto alcune soluzioni che evidentemente non erano presenti in tutti gli editti (altrimenti non si giustificerebbe la precisazione che le ha tratte da quello muciano) ma che non necessariamente erano pre-

corrispondente sezione della seconda parte riguarda le materie che, a differenza di Q. Mucio, Cicerone non ha ricompreso nell'editto, pur tenendole presenti nella *iurisdictio*.

³⁰ Si tratta infatti di due notizie parzialmente sovrapposte, considerando che le *suae leges* non sono interpretabili come diritto sostanziale – essendo già regola generale per tutti i peregrini non *dediciti* il fatto di poter usare il proprio diritto nei rapporti tra loro – ma devono essere riferite anche al diritto processuale: alla procedura, al tribunale e dunque anche all'organo giudicante (G. PUGLIESE, *Riflessioni*, cit., 104).

³¹ Che com'è noto compare sia unito a *pro* e ablativo, (*in*) *numero* e genitivo, *in* e ablativo, sia al semplice accusativo, dativo, o genitivo (di stima): mi limito a rinviare per tutti a K.E. GEORGES, *Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, I⁷, Leipzig, 1879, 2771; E. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, II, Patavii, 1864-1926, 629 ss.; V. BULHART, *Habeo*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VI.2, Lipsiae, 1936-1942, 2443 ss.

³² L. PEPPE, *Note*, cit., 35, lo esclude partendo dal presupposto che la clausola fosse, nell'editto di Cicerone, scritta ed inserita nel *genus provinciale*: è chiaro che, se così fosse, sarebbe alquanto difficile giustificare un simile inserimento eccezionale rispetto alla regola del rinvio recettizio agli *edicta urbana* datasi da Cicerone nella redazione del suo editto; ma come abbiamo visto al riguardo non vi sono certezze.

senti solo nell'editto di Scevola. E certo è difficile pensare che essa fosse assente in altri editti provinciali³³, e che ad esempio nessuno dei successori di Q. Mucio dal 94 al 51 a.C. (gli anni che vanno dal proconsolato di Scevola a quello di Cicerone) abbia riprodotto l'*exceptio* nei propri editti: ciò anche se Cicerone non ne dà notizia, perché – vale la pena ripeterlo – il suo modello di governatore provinciale è, almeno rispetto alla *iurisdictio*, Q. Mucio. È insomma estremamente verisimile che l'*exceptio* fosse stata recepita in altri editti provinciali, o addirittura negli editti dei pretori urbano e peregrino.

Ma non basta. Cicerone sostiene di aver tratto l'*exceptio* dall'editto di Scevola, ossia dal testo che ha assunto a modello, non che Scevola l'ha creata³⁴ – così come egli non dice che l'eccezione dell'editto di Bibulo è stata inventata da quest'ultimo (ciò che sarebbe assai improbabile). In realtà, non può immaginarsi che tutte le materie rispetto alle quali Cicerone si è ispirato a Q. Mucio (*multaque* ...) siano state creazione originale del giurista: quest'ultimo avrà in alcuni casi portato dei contributi nuovi, ed in altri avrà operato delle scelte nell'ambito di una serie di soluzioni preesistenti. Ora, se è chiaro che dal nostro punto di vista la prima attività, in quanto maggiormente creativa, ha un ruolo preminente, tuttavia non bisogna dimenticare che Cicerone, da governatore, doveva compiere delle scelte trovandosi di fronte – è verisimile – una pluralità di modelli edittoali, e che pertanto, nella sua prospettiva, la fase della 'selezione' non era meno importante di quella della 'creazione': anche rispetto ad essa l'autorevolezza di Q. Mucio poteva costituire una garanzia e giustificare un rinvio all'editto del giurista³⁵. Più in generale, è da ritenere che al-

³³ Su ciò è d'accordo anche L. PEPPE, *Note*, cit., 43.

³⁴ Come invece per lo più si afferma: cfr., per tutti, M. KASER, *Zum Ediktstil*, cit., 30; Id., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977, 86, nt. 27; L. PEPPE, *Note*, cit., 35; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 137 ss. *Contra*, R. FIORI, *'Ea res agatur'*, cit., 34; M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 170.

³⁵ Potrebbe naturalmente ritenersi «assai probabile che solo un governatore che fosse anche un grande ed autorevole giurista, pote[ss]e creare una simile clausola ed osare inserirla nel suo editto» (L. PEPPE, *Note*, cit., 35). Ma – a prescindere dal fatto che non può pensarsi che l'attività edittoale, urbana e provinciale, fosse innovativa solo quando il magistrato fosse anche un (autorevole) giurista: il pretore o il governatore che avessero voluto innovare potevano contare sull'aiuto dei *prudentes* anche senza essere uno di loro – questo rilievo non vale di per sé ad escludere che Q. Mucio, pur potendo innovare, nel caso specifico si sia limitato ad adottare una clausola preesistente.

l'epoca circolassero, anche rispetto ai medesimi problemi, una pluralità di soluzioni tecniche accolte di volta in volta in questo o quell'editto, provinciale o urbano che fosse. Cosicché non possiamo neanche affermare che l'eccezione inserita da Q. Mucio nel proprio *edictum Asiaticum* dovesse essere stata tratta da editti provinciali: non è impossibile che egli l'abbia a sua volta mutuata da *edicta urbana*, la cui materia – lo sappiamo da Cicerone – egli aveva riprodotto nel proprio editto.

In conclusione, non vi è alcun elemento per ritenere che Cicerone abbia inserito la clausola nel proprio editto. Egli potrebbe anche averla semplicemente tenuta presente nella propria *iurisdictio*, come parte di quella materia non scritta che mutuava dagli *edicta urbana*: è possibile, infatti, che l'*exceptio* fosse contenuta negli editti pretorii non solo dell'epoca di Cicerone, ma addirittura dell'epoca di Q. Mucio. Come si è detto, infatti, la citazione dell'editto di Scevola da parte di Cicerone non depono necessariamente nel senso di una paternità muciana: l'oratore richiama l'editto di Q. Mucio perché lo assume come modello per il proprio non solo rispetto a soluzioni nuove, ma anche in ordine alla necessaria selezione di strumenti preesistenti.

Il punto è che non abbiamo fonti sufficienti per raggiungere alcuna certezza: negli editti urbani e provinciali dovevano circolare una quantità di modelli e variazioni legati alle preferenze del singolo magistrato, ed i processi di sviluppo delle singole soluzioni potrebbero non essere affatto lineari, ma svilupparsi per salti, recuperi, innovazioni e conservazioni. Gli unici dati certi in nostro possesso sono l'inserimento dell'*exceptio* nell'editto di Q. Mucio, la sua assenza in quello di Bibulo, la formulazione letterale della clausola ed il suo uso da parte di Cicerone. Per il resto, non vi sono né dati sistematici per interpretarne il contenuto, né riferimenti cronologici per datarla. Dovremo perciò accontentarci di studiarla 'internamente', mettendo in primo piano il suo dato letterale.

3. L'*exceptio* di Q. Mucio e l'*exceptio* di Bibulo.

In questa direzione, una prima strada percorribile potrebbe essere il confronto con l'eccezione di Bibulo.

Rispetto all'editto di quest'ultimo, Cicerone scrive *nihil novi*:

dobbiamo tradurre 'non ho saputo nulla', oppure 'nulla di nuovo'³⁶? Nel primo caso, Cicerone affermerebbe, di fronte alla domanda di Attico, di conoscere, dell'editto di Bibulo, solo l'*exceptio* indicatagli dall'amico. Nel secondo caso, di non aver trovato nulla di nuovo nell'editto, rispetto ad altri, se non l'eccezione. La questione è stata molto approfondita dal Peppe, che propende per la resa 'non ho saputo nulla', in considerazione del fatto che l'eccezione di Bibulo non potrebbe essere considerata 'nuova', avendo come «precedente (e modello) preciso e illustre» l'*exceptio* di Q. Mucio³⁷. Tuttavia, è chiaro che l'eccezione di Bibulo doveva avere dei caratteri di originalità sia rispetto al rimedio muciano, perché altrimenti non si spiegherebbe la preferenza espressa da Cicerone, sia rispetto all'eccezione di dolo, che nel 51 a.C. doveva già essere presente negli editti urbani, posto che viene menzionata in due frammenti di Ofilio³⁸. Il dubbio, perciò, rimane.

Un secondo dato per comprendere le caratteristiche del rimedio di Bibulo potrebbe essere offerto dalle espressioni usate da Cicerone per confrontarlo con quello di Mucio: la seconda *exceptio* sarebbe ἰσοδυναμοῦσα *sed tectior*.

Secondo il Peppe, il primo termine alluderebbe a «un medesimo ambito di applicazione ed una sostanziale uguaglianza strutturale», ed il secondo all'essere l'*exceptio* più 'protettiva' (*tectior*)³⁹. Ma il termine greco testimonia, a mio avviso un'equivalenza di efficacia, non un'identità di struttura: ἴσος indica un'eguaglianza proporzionale, non assoluta (basti pensare all'omerico εἶσος, che viene utilizzato anche per indicare in termini di 'parità' il trattamento, gerarchico ma

³⁶ Riferimenti in L. PEPPE, *Note*, cit., 30, ntt. 56 e 57.

³⁷ L. PEPPE, *Note*, cit., 32.

³⁸ Ofil. *ad ed. prae. et aed. cur.* fr. 5 LENEL = Paul. 6 *ad ed. D.* 2.10.2; *ex inc. libr.* fr. 55 LENEL = Ulp. 76 *ad ed. D.* 44.4.4.6. Per l'esistenza del rimedio di Aquilio Gallo in questa data, cfr. per tutti A. BURDESE, '*Exceptio doli*', cit., 1073; L. PEPPE, *Note*, cit., 45; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 136.

³⁹ L. PEPPE, *Note*, cit., 44, seguito da M. MIGLIETTA, '*Servus dolo occisus*'. *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de siccariis'*, Napoli, 2001, 179. In questa impostazione è forse effettivamente annidata la contraddizione tra l'ipotesi di un'identità di struttura e di una diversità di tutela, rilevata da D. MANTOVANI, *L'editto*, cit., 177, nt. 126.

proporzionale, tra soggetti diversi⁴⁰); e δύναμις, naturalmente, fa riferimento alla 'potenza, forza, efficacia'.

Anche l'aggettivo latino *tector* d'altronde, comunque lo si voglia rendere, esprime una valutazione di ordine funzionale, ossia la maggiore 'protettività' della clausola muciana. Al riguardo, si è ipotizzato⁴¹ che l'eccezione di Bibulo avesse un rapporto stretto con l'*exceptio doli* e conseguentemente determinasse, in caso di assoluzione del convenuto, un pregiudizio alla rispettabilità dell'attore. È noto infatti che l'*exceptio doli*, pur non concretando *infamia* per la persona verso cui fosse opposta, ne ledeva la rispettabilità e perciò non poteva essere esperita nei confronti del *parens* o del *patronus*⁴². In questo senso, con il suo rinvio alla *bona fides*, l'*exceptio* muciana avrebbe potuto rappresentare per Cicerone, sul piano della tutela del convenuto, il 'pendant' di quell'*actio in factum* con un riferimento alla *bona fides* che Ulpiano suggerisce di dare in sostituzione dell'*actio de dolo*, infamante, allorché si agisca nei confronti di *parens* e *patronus*, o più in generale contro una persona di rango superiore⁴³.

È un'ipotesi da tener presente, ma non del tutto esente da perplessità. Ad esempio, potrebbe apparire strano che – se davvero l'eccezione di Bibulo riproduceva da vicino l'*exceptio doli* – Attico abbia chiesto al riguardo il parere di Cicerone, come se si trattasse di una novità, e che quest'ultimo abbia risposto senza alcun riferimento all'eccezione (di dolo) presente negli editti urbani⁴⁴; e ciò, naturalmente, ancor più se si intendesse *nihil novi* nel senso di 'nulla di nuovo'. D'altronde, non possiamo neanche escludere che anche l'eccezione di Bibulo si riferisse – come il rimedio muciano, ma con diversa formulazione – alla *bona fides*: così come esistevano, tra i *iudicia bonae fidei*, azioni che provocavano *infamia* e azioni che non avevano alcun effet-

⁴⁰ R. FIORI, *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 258, nt. 364.

⁴¹ FR. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, 473, nt. b; O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 512, nt. 8; D. MANTOVANI, *L'editto*, cit., 175 s.; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 134 s. e nt. 34.

⁴² Ulp. 10 *ad ed.* D. 37.15.7.2; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.16, su cui A. BURDESE, *'Exceptio doli'*, cit., 1073 s.

⁴³ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1.

⁴⁴ Mi sembra questo anche il pensiero di M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 169, nt. 480.

to sul piano dell'*existimatio*, non può neanche escludersi che un differente tenore formulare del medesimo rimedio potesse apparire maggiormente pregiudizievole per l'*ordo equester*.

In realtà, considerando che dell'eccezione di Bibulo non sappiamo nulla, se non il giudizio comparativo di Cicerone, è forse più questa a poter essere illuminata dalla clausola muciana, che non il contrario.

4. La tutela del convenuto attraverso l'*exceptio doli* e nei '*iudicia bonae fidei*'.

Non resta allora che rivolgersi direttamente all'*exceptio doli*. E in particolare, per instaurare un confronto tra i due rimedi, più che a generiche affermazioni di opposizione tra *dolus* e *bona fides* – che di regola si limitano a rilevare che dove c'è dolo (o *fraus*) non può esservi *bona fides*, ma non che la violazione dell'una si identifichi con l'altro⁴⁵ – converrà interrogarsi in concreto sulle conseguenze dell'inserzione, nel *iudicium*, di un riferimento alla *bona fides* e di un rinvio al *dolus malus*.

Un primo aspetto di cui tener conto è la cd. 'inerenza' (oltre che dell'*exceptio doli*, anche) delle *exceptiones metus et pacti* ai *iudicia bonae fidei*: il convenuto non è tenuto ad inserirle perché nella valutazione del giudice improntata alla *bona fides* esse sono 'naturalmente' prese

⁴⁵ Cfr. ad es. Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.3.3: *fides bona contraria est fraudi et dolo*, spesso richiamato per dimostrare l'opposizione tra le due nozioni (cfr. ad es. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 488 e nt. 41; ma è un uso antico: lo criticava già FR. L. VON KELLER, *Ueber L. Seia 42 pr. De mor. ca. don. und über den Satz, daß die Exceptio doli – bonae fidei iudicium mache*, in *ZGR*, XII, 1845, 401, nt. 2), ma che certo non attesta una perfetta, esaustiva antitesi tra le due nozioni. Questa è invece sostenuta soprattutto da U. VON LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte*, cit., 195 (secondo il quale Aquilio Gallo avrebbe costruito l'*exceptio doli* sviluppando il rimedio del proprio maestro Q. Mucio); L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 317 ss., seguito da M. KASER, *op. cit.*, I², 509, nt. 49. La questione richiederebbe un'attenzione maggiore di quella che le si può dedicare in questa sede: cfr., per un recente ma veloce esame, M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides' nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 1987)*, II, Milano, 1988, 129 ss.

in considerazione⁴⁶. Qual era – in età repubblicana – il rapporto tra questi rimedi e l'*exceptio doli*?

Per quanto riguarda l'*exceptio metus*, il testo rilevante è un passo di Ulpiano nel quale si ricorda come il pretore Cassio – forse da identificare con il giurista⁴⁷, che fu pretore nel 27 d.C.⁴⁸ – non avesse inserito l'*exceptio metus* nel proprio editto, considerando sufficiente l'*exceptio doli, quae est generalis*. Ai magistrati successivi però – prosegue Ulpiano – parve meglio inserire anche una eccezione di *metus*, perché tra le due vi è una qualche differenza: mentre infatti l'*exceptio doli* è concepita *in personam*, ossia indica il soggetto che ha realizzato il *dolus*, l'*exceptio metus* è *in rem scripta* ('*si in ea re nihil metus causa factum est*'⁴⁹), ossia non fa riferimento che all'evento, così da poter essere opposta contro l'attore anche quando il timore debba essere ricondotto al comportamento di un terzo⁵⁰.

Ora, ragionando sul regime classico dei *iudicia*, è chiaro che se in una valutazione improntata alla *bona fides* è inutile un espresso inserimento della *exceptio metus*, l'ambito della cognizione del giudice in un *iudicium bonae fidei* sarà più ampio di quello permesso (in un *iudicium stricti iuris*) dall'*exceptio doli*. Possiamo affermare lo stesso per l'età repubblicana?

Il primo problema riguarda la datazione dell'*exceptio metus*: alcuni autori hanno desunto dal resoconto di Ulpiano che l'invenzione dell'*exceptio* sia posteriore all'editto di Cassio⁵¹; tuttavia, come è stato ri-

⁴⁶ Sul problema dell'inerenza dell'*exceptio pacti*, risolto positivamente, cfr. R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in ZSS, LXXXIV, 1967, 133 ss.

⁴⁷ P.F. GIRARD, *La date*, cit., 85; Fr. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in ZSS, XLIII, 1922, 226; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstiel 'quod metus causa gestum erit'*, Greifswald, 1932, 97; dubbioso A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 199.

⁴⁸ Cfr. P. JÖRS, voce *Cassius* (60), in *RE*, III.2, Stuttgart, 1899, 1736 s.

⁴⁹ O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*³, cit., 512.

⁵⁰ Ulp. 76 ad ed. D. 44.4.4.33: *metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.*

⁵¹ O. GRADENWITZ, *Die ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1887,

levato⁵², in tal caso non avrebbe avuto senso la menzione di un singolo pretore, cosicché è preferibile pensare – con la maggioranza della dottrina⁵³ – che Cassio abbia soppresso una eccezione preesistente, e che la memoria della sua decisione sia rimasta proprio perché isolata. È dunque probabile che una eccezione di *metus* fosse esistente prima del 27 d.C., forse già al tempo di Cicerone, se non addirittura in contemporanea con il primo nucleo dell'*actio quod metus causa*, la cd. *formula Octaviana* (79-78 a.C.⁵⁴).

Il secondo problema concerne le ragioni che potrebbero aver indotto Cassio a rigettare l'eccezione dal suo editto: effettivamente, se davvero si identificasse il pretore con il giurista, potrebbe apparire strano che egli, solo tra tutti, non avesse compreso le implicazioni della differente formulazione delle due eccezioni⁵⁵. Per superare questa difficoltà, alcuni autori hanno ipotizzato che Cassio abbia considerato superflua l'*exceptio metus* perché anch'essa sarebbe stata in origine concepita *in personam*⁵⁶. Si tratta però di una soluzione parzialmente in contraddizione con l'ipotesi che l'eccezione fosse preesistente a Cassio⁵⁷: se la sua formulazione fosse stata sotto questo profilo identica a quella dell'*exceptio doli*, si comprenderebbero i dubbi di Cassio, ma non il comportamento di tutti i pretori precedenti; inoltre, potrebbe apparire strano che Ulpiano – in un discorso che mira a spiegare la diversità strutturale tra le due eccezioni – ricordi la posizione isolata di Cassio e non il dato, assai più rilevante, del mutamento della formulazione. Secondo altri, Cassio avrebbe trovato superfluo il rimedio perché nella sua epoca la valenza dell'*exceptio doli* si sarebbe

50; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., II, 1078; TH. MAYER-MALY, voce *Vis*, in *RE*, IX.A.1, Stuttgart, 1961, 331.

⁵² Fr. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 226.

⁵³ E. BETTI, *Sulla opposizione della 'exceptio' all' 'actio' e sulla concorrenza fra loro*, Parma, 1913, 44; A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 199; Fr. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 226; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstiel*, cit., 97; A. WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 257 s.; A.S. HARTKAMP, *Der Zwang*, cit., 271; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 245, nt. 29 (a correzione di ID., *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 213, nt. 25); ID., *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus' und 'dolus'*, in *ZSS*, XCIV, 1977, 131.

⁵⁴ Sulla datazione cfr. per tutti B. KUPISCH, *'In integrum restitutio' und 'vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin - New York, 1974, 158, nt. 170.

⁵⁵ Fr. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 226.

⁵⁶ Fr. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 226 s.; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstiel*, cit., 98 s.

⁵⁷ Che pure i due autori seguono: cfr. sopra, nt. 53.

estesa anche alle ipotesi del fatto del terzo⁵⁸. In questo caso, però, non solo bisognerebbe spiegare il comportamento dei pretori precedenti⁵⁹, ma anche il senso della creazione di un rimedio superfluo sin dalla nascita. A me sembrerebbe che il comportamento di Cassio sia diversamente spiegabile, nella logica del *ius controversum*: potrebbe darsi, ad esempio, che egli – ragionando sul *dolus praesens* – considerasse compatibile con la formulazione *in personam* dell'*exceptio doli* l'opposizione dell'eccezione nei confronti dell'attore che, conoscendo l'esistenza del *metus* di un terzo, abbia comunque agito.

Ma quel che per noi rileva è – al di là delle posizioni isolate – il fatto che la linea maggioritaria dei *prudentes* e dei magistrati, verisimilmente anche prima di Cassio, considerasse non perfettamente coincidenti gli ambiti di incidenza dei due strumenti. E che, conseguentemente, il *metus* incidesse diversamente nei *iudicia bonae fidei* e nei *iudicia stricti iuris* in cui fosse inserita una *exceptio doli*.

Rispetto all'*exceptio pacti*, la sua specificità si coglie non solo rispetto a casi in cui è espressamente presente un *pactum conventum*, ma anche allorché l'accordo viene dedotto dall'esistenza di un negozio del *ius civile* che sul punto non può dar spazio alla volontà delle parti⁶⁰. Se infatti prima del II sec. d.C. il problema aveva forse dato

⁵⁸ A.S. HARTKAMP, *Der Zwang*, cit., 271.

⁵⁹ Anche Hartkamp segue l'ipotesi maggioritaria della soppressione di un rimedio esistente: cfr. sopra, nt. 53.

⁶⁰ La dottrina più risalente tendeva a riconoscere una larga applicazione dell'*exceptio pacti* nella giurisprudenza pre-giuliana, cui sarebbe seguita una restrizione in seguito al principio, posto da Giuliano, della sussidiarietà dell'eccezione di dolo a quella di patto: H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der 'exceptio doli'*, Halle, 1892, 98 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 242 e nt. 3. Successivamente si è invece sostenuto (nel comune presupposto della non-classicità del principio di fungibilità tra le due eccezioni), da alcuni, che la tendenza all'apertura sia stata caratteristica solo di Celso, e che perciò il riconoscimento dei *pacta* sia passato soprattutto per l'uso dell'*exceptio doli* (P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation und 'Pactum' im römischen Recht*, in *Festschrift G. Hanau- sek*, Graz, 1925, 139 ss.); da altri, che ciascun rimedio aveva il suo fondamento peculiare: l'*exceptio doli* il fatto soggettivo del dolo, l'*exceptio pacti* quello oggettivo dell'esistenza di un patto (G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, in *Scritti storico-giuridici*, III, cit., 1 ss. e spec. 71 s.). In anni recenti, è stata avanzata l'ipotesi dell'affermazione del principio di fungibilità già nell'età dei Severi, e di una priorità storica dell'eccezione di dolo rispetto a quella di patto: una proposta motivata sia a partire dall'analisi di alcuni testi della tarda repubblica e del primo principato in cui si impiega l'*exceptio doli* in contesti nei quali – si sostiene – sarebbe stata utilizzabile una *exceptio pacti*; sia muovendo dall'idea che l'elaborazione della nozione di *conventio* non possa es-

luogo ad un *ius controversum* – nel quale Cassio parrebbe ancora una volta proteso verso un ampliamento della portata dell'*exceptio doli*⁶¹ –

sere precedente l'opera di Pedio. Seguendo questa impostazione, dovremmo ritenere che il raggio d'azione dell'*exceptio doli* si sia dapprima ristretto, con l'introduzione dell'*exceptio pacti*, e poi nuovamente allargato, allorché i due rimedi furono considerati fungibili (M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 680 ss.; cfr. 660 ss.). Lasciando da parte la prima ipotesi, i cui limiti sono stati da tempo mostrati (G. GROSSO, *L'efficacia*, cit., 56 s.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 626 s., nt. 3), e le interpretazioni in chiave interpolazionistica del principio di fungibilità, che sembra effettivamente riconducibile già all'epoca severiana, converrà concentrarci sul problema del regime pre-giuliano: può davvero pensarsi ad una originaria maggiore ampiezza dell'*exceptio doli* (poi, come si è detto, ristretta e in seguito nuovamente estesa), oppure possiamo immaginare sin dalle origini una sussidiarietà tra i due rimedi? In questa sede, il problema può ridursi ad una breve analisi dei passi che mostrerebbero l'impiego dell'*exceptio doli* in fattispecie cui – a parere del Brutti – successivamente sarebbe stata usata l'*exceptio pacti*. Cfr. oltre, ntt. 61-62.

⁶¹ La posizione di Cassio (cui attribuiscono il parere H. KRÜGER, *Beiträge*, cit., 183, e M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 681) risulta da un passo di Giavoleno nel quale si afferma che non può costituirsi una servitù di passaggio condizionandola alla coltura del terreno (nella fattispecie, una vigna), perché la servitù di passaggio è *in solo*, e non *in superficie* (su questa distinzione cfr. per tutti M.F. CURSI, *'Modus servitutis': Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, 81); lav. 10 *ex Cass.* D. 8.3.13 pr.: *certo generi agrorum acquiri servitus <non> potest, velut vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. ideo subtilis vineis servitus manebit: sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria* (per l'aggiunta di *non* cfr. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1961, 136, nt. 9; M. TALAMANCA, *'Conventio' e 'stipulatio'*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, a cura di N. Bellocchi, Napoli, 1991, 179, nt. 60; M.F. CURSI, *op. cit.*, 78, nt. 175). Posto il rapporto tra regola giuliana e giurisprudenza precedente (cfr. oltre, nt. 62), l'ipotesi del *ius controversum* mi parrebbe preferibile sia a quella dell'originaria maggiore ampiezza dell'*exceptio doli* (M. BRUTTI, *op. cit.*, 681), sia a quella, più risalente, che pensava ad una interpolazione (A. PERNICE, *Parerga. III*, in *ZSS*, IX, 1888, 197, nt. 2; H. KRÜGER, *Beiträge*, cit., 184; P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'*, in *Scritti giuridici varii. III, Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1921, 109, nt. 2; S. RICCOBONO, *'Dies' e 'condicio' nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali* [fr. 4 D. VIII, 1], in *TR*, III, 1922, 346 ss.; P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, cit., 146; G. GROSSO, *L'efficacia*, cit., 45), sulla base del confronto con Pap. 7 *quaest.* D. 8.1.4 pr., in cui si dà l'*exceptio pacti vel per doli* richiamando Sabino e Cassio ma nel quale il riferimento alla prima deve essere papiniano: in questo senso cfr. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli, 1965, 338 s.; M. BRUTTI, *op. cit.*, 680 s.; A. WACKE, *Zur Lehre*, cit., 233, nt. 76a; M. TALAMANCA, *'Conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, a cura di H. Kospiszewski - W. Wołodkiewicz, Varsovie, 1978, 240 s.; ID., *'Conventio'* (1991), cit., 178 s. e nt. 59 (che pensa ad una aggiunta motivata dall'influsso di Giuliano). Ulteriore dottrina, anche discordante, in M. F. CURSI, *Alle origini degli 'accidentalium negotiorum'. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index*, XXIX, 2001, 335 s., nt. 21.

con Giuliano si afferma⁶² la regola della sussidiarietà di quest'ulti-

⁶² Non vi sono, a mio avviso, elementi per immaginare che – al di là della posizione di Cassio, che potrebbe esser stata ancora una volta isolata (cfr. sopra, nt. 60) – la sussidiarietà dell'*exceptio doli* sia stata affermata per la prima volta da Giuliano: quest'ultimo ha, verisimilmente, posto termine ad una discussione con l'impostazione migliore e più affidabile. La medesima regola era infatti già alla base di un responso di Trebazio Testa (riportato da Ulpiano immediatamente prima della citazione di Giuliano) nel quale si concede l'*exceptio doli* per l'ipotesi di un patto realizzato dal *procurator*: Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.10.2: *ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatius videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesset* (Treb. fr. 11 LENEL). Anche qui, la concessione dell'*exceptio doli* deve essere spiegata con l'inefficacia del *pactum* stipulato dal *procurator* a favore del terzo (cfr. Q. Muc. lib. sing. ὄρων D. 50.17.73.4), che rendeva inconcedibile l'*exceptio pacti*, potendosi solo opporre, in via residuale, il dolo (generale) dell'attore, che agisce nonostante l'accordo: nel senso qui proposto, cfr. H. KRÜGER, *Beiträge*, cit., 120 s.; P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, cit., 141; M. TALAMANCA, *Recensione a M. D'ORTA, La giurisprudenza tra repubblica e principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990, in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 608; cfr. anche, con diversa motivazione, G. GROSSO, *L'efficacia*, cit., 60 s.; pensa invece ad una fungibilità dei due strumenti già all'epoca di Trebazio A. WACKE, *Zur Lehre vom 'pactum tacitum' und zur Aushilfsfunktion der 'exceptio doli'*, in *ZSS*, XC, 1973, 228 s. Né mi sembra che una posizione contraria possa desumersi da un frammento di Labeone, nel quale un malato dona cento al cugino della moglie, con l'accordo che vadano alla *mulier* dopo la propria morte; una volta guarito e convenuto in giudizio dal donatario egli, secondo il giurista augusteo, può opporre l'*exceptio doli*: Lab. ad ed. fr. 185 LENEL = Ulp. 76 ad ed. D. 44.4.4.1: *Iulianus scripsit, si quis, cum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobrino spondidisset, volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire, deinde convalescerit, an exceptione uti possit, si conveniatur. et refert Labeoni placuisse doli mali uti eum posse*. Si è molto discusso sulle ragioni di una simile concessione. Per alcuni, l'eccezione mirerebbe ad opporre la guarigione come mancato avverarsi della condizione della morte: F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, 233; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, 254 s. Per altri, la fattispecie consisterebbe in una *donatio mortis causa* rispetto alla quale il divieto della donazione tra coniugi non sarebbe stato opponibile né mediante l'*exceptio legis Cinciae* né attraverso una *exceptio in factum* (Paul. 23 ad ed. Vat. Fragm. 310) – in quanto il *consobrinus* sarebbe rientrato tra le *personae exceptae* dalla legge – ma solo con l'impiego dell'*exceptio doli*: F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr. D. 'de mortis causa donationibus'*, 39, 6, in *ZSS*, XXXVIII, 1917, 226 s. (secondo il quale il tratto *volens ... intervenire* sarebbe interpolato, al fine di nascondere un riferimento alla *lex Cincia* che per i compilatori non aveva alcun senso); sostanzialmente coincidente la lettura di U. VON LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte*, cit., 200. Entrambe queste ipotesi tuttavia non convincono. Rispetto alla prima, si è opposto a ragione che, non essendosi avverata la condizione, il pretore non avrebbe concesso l'azione, senza bisogno di alcuna eccezione (cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, 211 s.). Rispetto alla seconda, si è obiettato non potersi parlare di *donatio mortis causa* per interposta persona, che implicherebbe due negozi (L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, 171, nt. 1); sul passo cfr. anche H. ANKUM, *Donations in Contemplation of Death between Husband and Wife in Classical Roman Law*, in *Index*, XXII, 1994, 648 s. L'ipotesi più probabile è a mio avviso che

ma⁶³, che verrà sostituita solo parzialmente, nella giurisprudenza severiana, da quella della fungibilità dei due rimedi⁶⁴. È una posizione che si giustifica, sul piano strutturale, per il fatto che – come ha esattamente rilevato il Grosso⁶⁵ – l'*exceptio doli* denuncia il fatto soggettivo del dolo, l'*exceptio pacti* quello oggettivo dell'esistenza di un patto, che pertanto deve sussistere per ottenere la concessione del rimedio. Questa differenza mostra da sola che prima dell'età dei Severi, rispetto ai *pacta*, le condizioni per la concessione dei rimedi e le esigenze probatorie erano profondamente diverse tra i *iudicia bonae fidei* e i *iudicia stricti iuris*: l'*exceptio doli* non avrebbe attribuito al giudice la stessa latitudine di giudizio offerta dalla *bona fides*.

Infine, com'è noto, sia nei *iudicia bonae fidei* che attraverso l'*exceptio doli*, il giudice poteva tener conto, a favore del convenuto, dei debiti in compensazione. Anche in questo caso, però, le differenze tra l'una e l'altra soluzione procedurale sono tali da non consentire dubbi di sostanziale fungibilità. Ammesso che – come sembra⁶⁶ – una compensazione dei debiti fosse ammissibile nei *iudicia stricti iuris* anche prima del rescritto di Marco Aurelio ricordato da I. 4.6.30⁶⁷, l'inserimento dell'*exceptio doli* comportava infatti, rispetto alla valutazione del giudice dei *iudicia bonae fidei*, alcune peculiarità: *a*) essa richiedeva l'esistenza di un dolo effettivo, non essendo sufficiente l'oggettiva esistenza del debito in compensazione⁶⁸; *b*) ponendosi in alternati-

nel caso concreto non fossero opponibili né gli strumenti offerti dalla *lex Cincia*, perché il *consobrinus* rientrava tra le *personae exceptae*, né l'*exceptio pacti*, perché l'accordo informale di attribuzione del denaro alla moglie era elusivo del divieto legale di donazioni tra coniugi (così M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 211 s.). In altre parole, l'*exceptio pacti* non era utilizzabile perché anche astraendo la *conventio* dal negozio, il *pactum* sarebbe stato invalido: la soluzione non si pone dunque in contrasto con l'impostazione giuliana.

⁶³ Iul. 1 *dig.* fr. 17 LENEL = Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.2: *plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt.*

⁶⁴ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 694 ss.

⁶⁵ G. GROSSO, *L'efficacia*, cit., 1 ss. e specialmente 71 s.

⁶⁶ Sulla questione cfr. per tutti P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, 171 ss., con letteratura.

⁶⁷ I. 4.6.30: ... *sed et in stricti iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.*

⁶⁸ Cfr. spec. Paul. 6 *ad Plaut.* D. 44.4.8 pr. (= D. 50.17.173.3) e Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.2.5 nell'esegesi di P. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., 176 ss.

va con la *condemnatio*, l'*exceptio doli* non aveva effetto diminutorio, nel senso che la pretesa dell'attore era rigettata *in toto*, mentre nei *iudicia bonae fidei* – dove l'*intentio* è *incerta* – il giudice poteva determinare proporzionalmente la condanna⁶⁹; c) nei *iudicia bonae fidei*, la compensazione doveva derivare *ex eadem causa*⁷⁰, mentre in quelli *stricti iuris* essa era sempre *ex dispari causa*⁷¹. Queste caratteristiche, e soprattutto quella *sub b)*, hanno indotto la letteratura più recente a ritenere che l'effetto compensatorio dell'*exceptio doli* consistesse più che altro nell'induzione dell'attore a ridurre spontaneamente la pretesa nell'*intentio*, tenendo conto del debito in compensazione, per non incorrere nel rischio della perdita della lite, a differenza dei *iudicia bonae fidei* dove potrebbe parlarsi di compensazione giudiziale⁷².

Questi rilievi, che certo richiederebbero un'attenzione meno curiosa, sono già sufficienti per contestare il diffuso convincimento che l'inserzione di una *exceptio doli* attribuisse al giudice la medesima libertà di giudizio che egli aveva nei *iudicia bonae fidei*⁷³ – un principio che potremmo considerare come una sorta di sostanziale recupero della risalente teoria che ipotizzava una trasformazione formale del *iudicium*⁷⁴. È possibile che ad una sostanziale equivalenza si sia arrivati verso la fine della giurisprudenza romana – ma ancora in epoca bizantina si colgono esitazioni al riguardo⁷⁵ – allorché l'*exceptio doli* ha ampliato la propria sfera di efficacia tendendo a confondersi con gli altri

⁶⁹ M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 262; P. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., 211 (cfr. pp. 70, 77).

⁷⁰ P. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., 38 ss., con discussione di fonti e letteratura.

⁷¹ P. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., 219.

⁷² P. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., specialmente 235 s.

⁷³ Cfr. per tutti M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 488 s.

⁷⁴ Letteratura in FR. L. VON KELLER, *Ueber L. Seia 42 pr. De mor. ca. don.*, cit., 400 s., nt. 1.

⁷⁵ Così, nello scolio dell'Anonimo a Doroteo, commentando l'affermazione secondo cui ogni volta che sia apposta, l'*exceptio doli* rende il *iudicium* di buona fede (sch. 1 ad Bas. 47.3.42 [SCHELTEMA, B.VII, 2804]: πανταχοῦ ἀντιπεμένη ἡ τοῦ δόλου παραγραφῆ βοναφίδε ποιεῖ τὸ δικαστήριον), si ribatte di non sapere se ciò davvero accada (sch. 3 ad Bas. 47.3.42 [SCHELTEMA, B.VII, 2805]: ἐγὼ δὲ οὐκ οἶδα τοῦτο κείμενον ...). Cfr. per tutti AMELOTI, 112 e nt. 51. La resa di Bas. 47.3.42 (SCHELTEMA, A.VI, 2156): ἐὰν καλῆ πίστει ἔσσι τὸ δικαστήριον ... potrebbe essere spiegata come una interpretazione dell'azione degli eredi in termini di *hereditatis petitio* che, com'è noto, era per i giustinianeî un *iudicium bonae fidei* (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.31.12.3 [a. 531]*).

rimedi predisposti dal pretore per il convenuto ed assumendo davvero le caratteristiche di una *exceptio generalis*⁷⁶. Si giustificerebbero così – se genuine⁷⁷ e davvero interpretabili in tal senso⁷⁸ – affermazioni

⁷⁶ Espressione che troviamo in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.33, ma che non mi sembra si possa riferire a Cassio nel senso voluto da M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 489, nt. 42.

⁷⁷ Rispetto a Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42 pr. (... *doli non inutiliter opponetur exceptio. bonae fidei autem iudicio constituto* ...), si pronunciano per la non genuinità di *bonae fidei* (interpolazione compilatoria) praticamente tutti gli esegeti, anche recenti: FR. L. VON KELLER, *Ueber L. Seia 42 pr. De mor. ca. don.*, cit., 400 ss.; H. KRÜGER, *Beiträge*, cit., 94 s.; A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 264, nt. 1; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, 939, nt. 2; F. SENN, *La question du transfert de la propriété sous un terme extinctif ou une condition résolutoire et la constitution de Dioclétien de l'an 286*, in *Études P. F. Girard*, I, Paris, 1912, 287 s.; ID., *La forme originelle de la 'donatio mortis causa'*, in *RHD*, XXXVII, 1913, 170 s.; P. KOSCHAKER, *D. 39, 6, 42 pr., ein Beispiel für vorjustinianische Interpolation*, in *ZSS*, XXXVII, 1916, 325; W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, 129 ss.; M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 106 ss.; A. BECK, *Grundprinzipien der 'bona fides' im römischen Vertragsrecht*, in *'Aequitas' und 'bona fides'. Festgabe A. Simonius*, Basel, 1955, 23, nt. 56; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 163; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano 1963, 449; W. ROZWADOWSKI, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, in *BIDR*, LXXXI, 1978, 78; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, 100 ss. (altre indicazioni in E. LEVY - E. RABEL, *Index interpolationum*, III, Weimar, 1935, 112, e in W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 130, nt. 3). Le interpretazioni sono essenzialmente due (discussione di specifiche varianti in B. NOORDRAVEN, *op. cit.*, 102 ss.). Secondo alcuni autori (Haymann, Simonius) il giudizio sarebbe uno solo e l'intera affermazione della conversione del *iudicium* sarebbe giustiniana. Secondo altri (Keller, Krüger, Pernice, Lenel, Senn, Koschaker, Amelotti, Voci) vi sarebbero due giudizi distinti: il primo, un *iudicium stricti iuris* promosso dagli eredi di Tizio contro Seia; il secondo (un'*actio fiduciae* riletta dai compilatori come generico *bonae fidei iudicium*) da Seia contro gli eredi per riottenere la nuda proprietà dei beni donati. In generale, per la non classicità del principio della trasformazione del *iudicium stricti iuris* in *bonae fidei* attraverso l'*exceptio doli*, cfr. FR. L. VON KELLER, *op. cit.*, 400 ss.; F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus*, 39, 6, cit., 219 ss. (che propende per una unicità di procedimento e ampi rimaneggiamenti del testo); B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920, 20; ID., *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 142; FR. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in *ZSS*, XLII, 1921, 277 s.; P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, cit., 144 s.; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950, 99 s.; M. AMELOTI, *op. cit.*, 110 s.; W. ROZWADOWSKI, *op. cit.*, 78 s. Rispetto a *Imp. Antoninus A. Vitali* C. 8.35(36).3 (... *nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit*), pensano ad una interpolazione B. BIONDI, *op. cit.*, 21, nt. 1; W. ROZWADOWSKI, *op. cit.*, 78; si pronuncia invece per la genuinità M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 722, nt. 153, che collega l'affermazione alle trasformazioni dell'età dei Severi.

⁷⁸ L'ipotesi che in Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42 pr. si faccia riferimento a due procedimenti diversi (cfr. sopra, nt. 77) potrebbe portare a sostenere – anche senza ipotizzare un'interpolazione: FR. L. VON KELLER, *Ueber L. Seia 42 pr. De mor. ca. don.*, cit., 414 – che non vi sia alcun rapporto tra *exceptio doli* e *iudicium bonae fidei*. Allo stesso modo,

secondo cui l'*exceptio*⁷⁹ o la *replicatio doli*⁸⁰, trasformerebbero il *iudicium* da *stricti iuris* in *bonae fidei*⁸¹. Ma simili conseguenze non possono certo trarsi per l'epoca precedente l'età dei Severi, e tanto meno per la fine della repubblica, quando la categoria dei *iudicia bonae fidei* si era appena formata: in quest'epoca, l'inserimento del parametro della *bona fides* doveva ancora avere una sua connotazione peculiare.

5. Una eccezione di buona fede.

Ora, in un quadro simile, che valore può avere una eccezione che richiami la *bona fides*?

A questo riguardo, diviene fondamentale l'interpretazione della frase *ut eo stari non oporteat ex fide bona*. A ben vedere, infatti, alla base di tutte le letture che pongono in stretta connessione l'eccezione di Mucio e l'*exceptio doli* c'è la tendenza ad immaginare – più o meno esplicitamente – un impiego atecnico, o comunque diverso dall'usuale, delle espressioni *oportere* ed *ex fide bona*, per lo più in considerazione di una presunta inconciliabilità tra *oportere* civilistico e realtà provinciale⁸².

rispetto a C. 8.35(36).3 (cfr. oltre, nt. 80), è bene ricordare che, accanto all'interpretazione che vi legge un'*actio ex stipulatu* (B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 20 s., seguito da R. KNÜTEL, *Die Inhärenz*, cit., 157, nt. 112) essenzialmente perché altrimenti non si spiegherebbe l'affermazione che la *replicatio doli* trasforma il *iudicium* in *bonae fidei*, una più antica opinione vi ravvisava un'*actio tutelae* (FR. L. VON KELLER, *op. cit.*, 403). Più di recente, si è affermato che nel rescritto si rilevarebbe che attraverso la *replicatio doli* è possibile, anche in un *iudicium stricti iuris* ove sia stata opposta una *exceptio pacti*, ottenere il medesimo risultato che si sarebbe avuto mediante un'*actio tutelae* (B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 103, nt. 201): dunque non una reale trasformazione del *iudicium*, ma solo una parificazione di effetti.

⁷⁹ Pap. 13 resp. D. 39.6.42 pr. (cfr. sopra, nt. 77).

⁸⁰ *Imp. Antoninus A. Vitali* C. 8.35(36).3 (cfr. sopra, nt. 77). Cfr. Bas. 51.4.20 (SCHELTEMA, A.VI, 2412): ... και πᾶσαν ἀπάτην ἐξοθεῖς διὰ τῆς καλῆς πίστεως.

⁸¹ Ipotizzano un principio generale, con il quale giustificano D. 3.6.42 pr., H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*², Heidelberg, 1868, 173, nt. 1; P. KRETSCHMAR, *Ueber die Entwicklung der Compensation im römischen Rechte*, Leipzig, 1907, 30 ss. Altra dottrina più antica in M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 110, nt. 45.

⁸² Cfr. ad es. F. STURM, '*Oportere*', in *ZSS*, LXXXII, 1965, 218 s.; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 139.

Alcuni autori, infatti, distinguono tra l'*oportere* dell'eccezione e quello dei *iudicia bonae fidei*, ritenendo che il primo si riferisca solo «à un impératif moral»⁸³. Altri non ne danno una definizione in positivo, ma escludono che abbia valore tecnico di *obligatio*⁸⁴. Altri ancora hanno sostenuto che nell'eccezione di Mucio il momento del vincolo sia espresso non dal verbo *oportere*, ma da *stari*, e che nel pensiero di Q. Mucio sia ravvisabile un duplice valore della *bona fides*: nei *iudicia (arbitria) bonae fidei* essa varrebbe come «criterio normativo di integrazione del contenuto contrattuale», con una valenza essenzialmente di 'diritto sostanziale'; nell'*exceptio* in discorso, invece, solo come «un requisito» che condiziona «in negativo la vincolatività» dei negozi – di tutti i negozi, non solo dei *iudicia bonae fidei*: un valore, quest'ultimo, essenzialmente 'processuale' che non sarebbe stato sviluppato dalla giurisprudenza posteriore⁸⁵. Il risultato è che l'eccezione

⁸³ A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., 50.

⁸⁴ FR. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., V, 473, nt. b; A. CARCATERA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964, 69.

⁸⁵ R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 166. L'autore distingue anche tra un valore 'processuale' («misura dell'*officium iudicis*») – che sarebbe stato eccessivamente enfatizzato dalla dottrina (*ibid.*, 159 s.) – e un valore 'sostanziale' («fonte di integrazione del contenuto del contratto»: *ibid.*, 160 ss.) della *bona fides*. A me parrebbe, tuttavia, che non possa distinguersi tra i due profili: il discorso muciano sugli *arbitria bonae fidei* – così come presentato da Cic. *off.* 3.70 – si riferisce chiaramente al rilievo della *bona fides* nelle valutazioni del giudice: *in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret* (su questa interpretazione parrebbe concordare lo stesso a.: *ibid.*, 154 ss.). Dunque non può essere inteso come circoscritto alla dimensione 'sostanziale': si tratta di un concetto che integra i doveri delle parti, e allo stesso tempo autorizza il giudice a decidere di questa integrazione. In realtà, il momento 'sostanziale' e quello 'processuale' sono – soprattutto nella prospettiva romana – tra loro inscindibili, così come non si può separare neanche concettualmente (come invece propone l'autore, *ibid.*, 161) l'ampliamento dei 'poteri' del giudice grazie alla *bona fides*, dall'estensione del suo 'dovere' di giudicare sulla base del medesimo principio. Gli *arbitria bonae fidei* sono procedimenti giudiziari nei quali si permette al giudice di valutare tenendo conto di una serie di doveri delle parti fondati sulla *bona fides*: ma soprattutto nella prospettiva del *ius civile* – cui i *iudicia bonae fidei* appartengono sin dalle origini: cfr. R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei *iudicia bonae fidei*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999 (pubbl. 2005), 163 ss. – il giudice non potrebbe giudicare in tal senso se tali doveri non preesistessero al suo giudizio, e allo stesso tempo tali doveri esistono – assumono rilevanza ed efficacia giuridica – perché il giudice potrà decidere in relazione ad essi. Ora però, se così è, non può distinguersi tra la *bona fides* dell'*exceptio* muciana come 'condizione negativa di vincolatività' e quella degli *arbitria* come 'elemento strutturale del rapporto'. L'unica distinzione possibile, infatti, è relativa alla parte processuale che ne

viene in genere tradotta slegando l'*oportere* dalla *bona fides*: «a meno che l'affare sia stato condotto in modo tale, che in base alla buona fede le parti non debbano ritenersi astrette ad esso»⁸⁶.

È in realtà la premessa di simili distinzioni – l'inconciliabilità tra *oportere* e rapporti tra peregrini – ad essere frutto di una incomprendimento. Anche nelle province, così come nella *iurisdictio* del pretore urbano e di quello peregrino, vi era la necessità di usare *formulae in ius*. Non esiste – per fare un esempio – una formula dell'*emptio venditio* da usare tra romani o comunque a Roma ed un'altra da usare tra cittadini di diversa nazionalità o comunque non a Roma: la formula è sempre la stessa, ed in essa è sempre presente il richiamo all'*oportere* (*ex fide bona*). D'altronde, se l'*emptio venditio* consensuale avesse avuto tra romani una tutela processuale diversa da quella dell'identico negozio stretto fra stranieri, ne sarebbe stata necessariamente differente la disciplina sostanziale. Ma noi sappiamo che non è così: nel diritto privato romano non c'è una distinzione tra un 'diritto dei cittadini' e un 'diritto degli stranieri'⁸⁷, bensì tra un *ius civile* inteso come diritto sostanziale, che ricomprende *ab origine* il *ius gentium*, ed un *ius honorarium* inteso come proiezione sostanziale della tutela processuale garantita dal pretore nell'editto⁸⁸. Non a caso – proseguendo con l'esempio della compravendita – una regola come quella del *tradere possessionem* invece del trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*, che va verisimilmente giustificata con la necessità di regolamentare i rapporti con i peregrini⁸⁹, si applica anche ai contratti fra *cives*. E gli esempi potrebbero continuare. Il fatto è che, quando si usa una di queste formule, si chiede al giudice di decidere secondo il diritto ro-

promuove l'inserimento nel giudizio: la prima viene richiamata dal convenuto nell'*exceptio*, la seconda dall'attore nell'*intentio*; ma in entrambi i casi il potere-dovere del giudice sarà ampliato fino a consentire un giudizio sui doveri derivanti dalla *bona fides*.

⁸⁶ Così M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 320; cfr. D. MANTOVANI, *L'editto*, cit., 174; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 133.

⁸⁷ Tranne ovviamente per quanto attiene al *ius Quiritium*, che però non era concepito dai romani come un ordinamento 'in positivo', ma con un insieme di regole di *ius civile* delimitate 'in negativo' dall'essere inaccessibili agli stranieri: P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 92 ss.

⁸⁸ Cfr. R. FIORI, *'Ius civile'*, cit., 187 ss.

⁸⁹ Cfr. per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960, 340; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1², Padova, 1962, 195; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 587. Cfr. anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 881 e nt., con bibliografia.

mano, ovunque ci si trovi e a prescindere dalla nazionalità delle parti: sia che si invocchino le regole di *ius civile* (che coincide, nei rapporti con gli stranieri, con il *ius gentium*) sia che ci si limiti allo 'stretto' contenuto della *formula (in factum)*.

Altra cosa sono gli effetti del processo: se questo coinvolge peregrini, avrà sempre e solo effetti onorari.

Ma il fondamento dell'azione e la *conceptio* della formula sono indipendenti dalla natura del *iudicium*: così come al tempo di Gaio era possibile esperire azioni civili nelle province all'interno di *iudicia imperio continentia*⁹⁰, allo stesso modo non deve meravigliare che l'*exceptio* di Q. Mucio impieghi riferimenti a principi civilistici come la *bona fides* in processi che ovviamente non avrebbero mai avuto effetti civili. D'altronde, come abbiamo visto, lo stesso Cicerone afferma chiaramente di utilizzare, nella propria *iurisdictio* provinciale, gli editti del pretore urbano e del pretore peregrino⁹¹.

Se si mettono da parte le premesse qui criticate, viene meno ogni necessità di intendere l'*oportere ex fide bona* della clausola in senso atecnico. Potremo perciò renderla: 'a meno che l'affare sia stato condotto in modo tale che non si sia vincolati ad un *oportere ex fide bona*'. E a questo punto ci si rende conto di due cose.

Innanzitutto, il giudice che avesse letto un'*exceptio* in cui non si obiettava specificamente il *dolus*, né il *metus*, né l'esistenza di un *pactum*, né una compensazione, ma genericamente la *bona fides*, non avrebbe potuto far altro che rivolgersi all'interpretazione giurisprudenziale in materia di *oportere ex fide bona*⁹². Noi naturalmente non

⁹⁰ Gai 4.109.

⁹¹ Inoltre, è «opinione comune che prima di Cicerone gli *edicta urbana* venissero *in toto* o per la gran parte trasfusi negli editti provinciali» (L. PEPPE, *Note*, cit., 72 e nt. 189 [con bibliografia] e 77; cfr. anche K. HACKL, *Der Zivilprozeß*, cit., 154; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 128).

⁹² Peraltro, la formulazione dell'*exceptio* marca alcune ulteriori differenze rispetto all'*exceptio doli*. In primo luogo, l'*exceptio* muciana non fa riferimento alla specifica condotta dell'attore, ma parla genericamente della *gestio* del rapporto: è, cioè, *in rem scripta*, potendo teoricamente essere opposta contro ogni fatto che abbia potuto far venir meno il vincolo, anche realizzato da terzi, come nelle ipotesi di *metus*. La seconda divergenza potrebbe risultare dall'uso del perfetto *gestum est*, che potrebbe indurre a ipotizzare una minore ampiezza dell'*exceptio* muciana (limitata al passato) rispetto all'*exceptio doli* (che, riguardando ciò che *factum sit neque fiat*, si estende anche al dolo presente): M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 171, nt. 85, seguito da R. CARDILLI, *La*

sappiamo, nel dettaglio, quale fosse lo stato dell'*interpretatio* in materia all'epoca di Q. Mucio o di Cicerone; tuttavia, se dobbiamo fondarci su quel che sappiamo del rapporto tra le eccezioni apposte in un *iudicium stricti iuris* e le regole del giudizio nei *iudicia bonae fidei* (S 4), credo sia legittimo ritenere che l'inserzione di un richiamo alla *bona fides* attivasse sin dalle origini una libertà di giudizio più ampia di quella derivante dall'inserimento di una *exceptio doli*. In realtà, una cosa è che alcune 'regole' della buona fede potessero essere versate nei *iudicia stricti iuris* tramite strumenti specifici, come le eccezioni di *dolus*, *metus*, *pactum*, ecc., altra è che nel *iudicium* si inserisca espressamente e in generale un richiamo alla *bona fides*.

Se si verifica questa seconda eventualità, la cognizione del giudice viene parametrata sul canone di buona fede, e dunque il *iudicium* diventa *bonae fidei*⁹³. Perché – si tratta di una constatazione ovvia, ma ai nostri fini fondamentale – non dobbiamo trascurare che la *bona fides* attiene al *iudicium*, non all'*actio*: il fatto che le regole processuali trasmesse da Gaio richiamino la buona fede solo nell'*intentio* della formula non deve far dimenticare che la *bona fides* è un parametro del giudizio relativo all'intero rapporto, non una caratteristica della pretesa dell'attore. E allora, cosa avrebbe distinto il *iudicium* in cui fosse stata inserita l'eccezione di buona fede di Q. Mucio, da quei *iudicia* enumerati dallo stesso Mucio, nei quali si aggiungeva (*in quibus adde retur*) la formula *ex fide bona*⁹⁴? E che senso avrebbe avuto l'elenco

'buona fede', cit., 140; cfr. A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 234. Mi sembra però che questa seconda differenza possa essere spiegata altrimenti, ossia tenendo conto del fatto che – inserendosi in un *iudicium stricti iuris*, nel quale il giudice era fortemente vincolato al tenore letterale della formula – nell'*exceptio doli* si avvertisse la necessità di specificare tutti i momenti in cui assume rilievo il dolo (passato e presente), mentre al contrario, allorché si invocava il principio generale della *bona fides*, il giudizio assumeva caratteristiche di maggiore flessibilità, potendosi estendere ad ogni comportamento precedente la *litis contestatio* (mi parrebbe che sia questa ragione tecnica a consentire l'estensione della clausola alla proposizione dell'azione, e non un criterio di mera opportunità, quale quello ipotizzato da M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 156 s., allorché ritiene «molto più probabile, in concreto un'applicazione dell'*exceptio Muciana* che riguardasse il c.d. *dolus praesens*»).

⁹³ Anche se bisogna riconoscere che tra l'operatività dell'*exceptio muciana* e quella dell'*intentio* dei *iudicia bonae fidei* parrebbe esservi una differenza: il tenore dell'eccezione di Mucio non sembrerebbe infatti consentire effetti diminutivi della condanna, posto che essa pone un'alternativa netta tra l'essere vincolati o meno.

⁹⁴ Q. Muc. fr. 54 LENEL = Cic. *off.* 3, 70: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus,*

muciano di *iudicia bonae fidei* (*tutela, societas, fiducia, mandatum, emptio venditio, locatio conductio*) se ogni *iudicium*, con la sola inserzione dell'*exceptio* qui discussa, si fosse potuto trasformare in un *iudicium bonae fidei*? Infine, come conciliare le potenzialità dell'*exceptio* con la caratteristica della *bona fides* romana di essere sempre stata legata alla natura tipica delle azioni e dei rimedi processuali⁹⁵?

Come si vede, l'ipotesi di una relazione tra l'eccezione di Q. Mucio e i *iudicia stricti iuris* crea una serie di difficoltà insormontabili. Una sua operatività (rispetto alle *syngraphae* o a negozi simili) analoga a quella dell'*exceptio doli* non sembra in alcun modo sostenibile.

Ora però, se non è possibile inserire l'*exceptio* in un *iudicium stricti iuris*, è chiaro che – posta l'opposizione esaustiva tra le due categorie – la si dovrebbe ricondurre ad un *iudicium bonae fidei*.

Tuttavia, se si attribuisce un valore tecnico al riferimento all'*oportere ex fide bona*, ci si accorge che l'obiezione dedotta nell'*exceptio* è perfettamente speculare alla pretesa dell'attore contenuta nell'*intentio*, nella quale si chiede di condannare il convenuto a tutto ciò che *dare facere oportet ex fide bona*. Cosicché, se si prova a inserire l'*exceptio* tra l'*intentio* e la *condemnatio* di un *iudicium bonae fidei*, ci si trova dinanzi ad una formula assurda, perché prima si chiede al giudice di condannare a tutto ciò che sia dovuto *ex fide bona (intentio)*; poi di non condannare se non c'è un *oportere ex fide bona (exceptio)*; e infine di assolvere se non sembra che vi sia un *oportere ex fide bona (absolutio)*. L'*exceptio* è, chiaramente, del tutto superflua, perché nella sostanza riproduce l'*absolutio*. E d'altronde, se ai *iudicia bonae fidei* sono 'inerenti' le eccezioni di dolo, patto e *metus*, a maggior ragione lo sarà una eccezione che oppone all'attore senz'altro la violazione della *bona fides*.

Ci si accorge, a questo punto, che l'eccezione di Q. Mucio è inconciliabile con ogni formula del processo civile così come presentato

summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

⁹⁵ Su questa caratteristica della nozione romana in opposizione a quella moderna di 'buona fede', cfr. F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des par. 242 BGB*, in *Recht und Staat*, CXIII-CXCIV, 1956, 22.

dalle fonti della giurisprudenza classica. E allora viene da chiedersi: sarà legittimo interpretare una clausola dell'inizio del I sec. a.C. alla luce di quanto ci viene detto dai giuristi del principato? Forse, per evitare anacronismi e per giungere a qualche conclusione affidabile, converrà piuttosto riflettere su quanto sappiamo del processo civile di età tardo-repubblicana, almeno in due direzioni: confrontando il dettato della clausola con il quadro degli strumenti di difesa a disposizione del convenuto in quest'epoca (§ 6); e tenendo conto della probabile struttura formulare dei *iudicia bonae fidei* all'epoca di Q. Mucio e Cicerone (§ 7).

6. *L'exceptio di Q. Mucio e gli strumenti di difesa del convenuto in età repubblicana.*

Il primo problema da approfondire è quello della natura formulare del rimedio muciano. Cicerone parla di *exceptio*: ma dobbiamo davvero intendere questa espressione secondo i parametri della giurisprudenza classica?

Com'è noto, contro la lettura maggioritaria della clausola come strumento di difesa del convenuto, il Sargenti ha opposto che essa non sarebbe riconducibile ad una *exceptio* né da un punto di vista formale, in quanto non si esprimerebbe in termini negativi; né da quello sostanziale, implicando il principio generale della non vincolatività dei negozi contrari alla buona fede. Si tratterebbe perciò di una clausola edittale che fisserebbe il suddetto principio anche ai fini della rescissione del negozio eseguito⁹⁶.

Questa teoria non mi parrebbe accettabile dal punto di vista sostanziale, perché è soggetta alle medesime critiche opponibili alla dottrina che riconduce la clausola all'*exceptio doli*: un editto che disponga la rescindibilità di tutti i negozi condotti in modo contrario alla buona fede eliminerebbe del tutto la necessità di una distinzione tra *iudicia* e porterebbe ad una valenza generale della *bona fides* che appare in contrasto con la tipicità del sistema contrattuale romano. Ma certo la

⁹⁶ M. SARGENTI, *Studi*, cit., 251 ss.

sua critica formale⁹⁷ evidenzia un problema, e cioè il fatto che, per quel che ne sappiamo, le *exceptiones* erano formulate con un *si non*, e non con un *extra quam si*⁹⁸.

Quest'ultima locuzione è sicuramente risalente e tecnica. La troviamo sempre (talora nella variante *extra quam*) in citazioni letterali di documenti giuridici, o in contesti in cui si mima un testo giuridico⁹⁹.

È presente innanzi tutto nella citazione che Livio fa dei *decreta* emessi nei confronti dei Capuani nel 210 a.C., nei quali si fa eccezione di quanti si siano alleati con i Cartaginesi, all'interno di un discorso che potrebbe riprodurre il tenore letterale dei documenti¹⁰⁰.

Poi nel testo liviano del trattato di Apamea, stretto tra Roma e Antioco re di Siria nel 188 a.C., in cui si fa divieto alle navi di Antioco di navigare oltre i promontori di Calicadno e Sarpedonio, tranne il caso che stiano trasportando tributi, ambasciatori od ostaggi¹⁰¹. Livio è in queste pagine notoriamente debitore di Polibio, che scrive ἐν μῆ¹⁰², ma il complesso problema della tradizione del testo del trattato – potendosi ipotizzare con il Mommsen che Polibio abbia attinto a fonti annalistiche romane, e che comunque da queste dipenda Livio nel punto specifico¹⁰³ – non permetta di escludere che la locuzione latina sia originale.

⁹⁷ Pur non insuperabile: potrebbe chiedersi la condanna tranne il caso in cui siano vere le affermazioni del convenuto.

⁹⁸ E ciò nonostante O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*³, cit., 501, ne costruisca molte all'*extra quam si*.

⁹⁹ La ricerca è stata condotta con il 'compact disc' *The Packard Humanities Institute – Latin Texts*, 1991.

¹⁰⁰ Liv. 26.34.6-7: *Campanos omnes Atellanos Calatinos Sabatinos, extra quam qui eorum aut ipsi aut parentes eorum apud hostes essent, liberos esse iusserunt, ita ut nemo eorum civis Romanus aut Latini nominis esset, neve quis eorum qui Capuae fuisset dum portae clausae essent in urbe agrove Campano intra certam diem maneret.*

¹⁰¹ Liv. 38.38.9: *ne navigato citra Calycadnum neu Sarpedonium promunturia, extra quam si qua navis pecuniam <in> stipendium aut legatos aut obsides portabit.*

¹⁰² Cfr. Polyb. 21.42.14.

¹⁰³ TH. MOMMSEN, *Der Friede mit Antiochos und die Kriegszüge des Cn. Manlius Volso*, in *Römische Forschungen*, II, Berlin, 1879, 511 ss., aveva immaginato che fonte comune a tutti i testi a noi pervenuti fosse un'opera annalistica romana, identificata con la *historia Graeca* di P. Scipione, figlio dell'Africano (Cic. *Brut.* 19.77), e che i percorsi seguiti fossero essenzialmente due: da Polibio discenderebbero l'intero Diodoro e in parte Livio; dall'annalistica non considerata da Polibio, Appiano e in parte Livio. Per quanto riguarda il punto specifico del testo, lo stesso Mommsen (*ibid.*, 535 s.) aveva notato che nel passo liviano vi sono delle differenze rispetto al testo greco, come il riferimento a Sarpedonio, che si ritrova in Appiano (*Syr.* 39) ma è assente in Polibio, cosic-

Essa compare infatti con certezza in due provvedimenti normativi del II sec. ed in documenti negoziali. La troviamo nel quasi contemporaneo *SC de Bacchanalibus* (186 a.C.), sia nel testo epigrafico che nel resoconto liviano, ad escludere dall'obbligo di distruzione dei *Bacchanalia* i luoghi in cui fossero presenti antichi *sacra*¹⁰⁴. Nella *lex repetundarum tabulae Bembinae* (verisimilmente identificabile con la *lex Sempronia* del 123 a.C.¹⁰⁵) per indicare l'eccezione (che la *rogatio* sia *per saturam*) all'eccezione (la convocazione dei comizi) della regola che vieta di interrompere il giudizio di *repetundae*¹⁰⁶. E nei formulari catoniani di locazione, a segnalare la possibilità, per il *redemptor*, di abbandonare il lavoro per un altro più redditizio, presentando un sostituto¹⁰⁷.

In Cicerone, l'espressione è usata sia in contesti propriamente

ché deve probabilmente ipotizzarsi, tra le fonti liviane, il concorso di un annalista. La proposta di Mommsen ha dato luogo naturalmente a discussioni: basti richiamare E. MEYER, *Die Quellen unserer Ueberlieferung über Antiochos' des Grossen Römerkrieg*, in *RhM*, XXXVI, 1881, 120 ss.; E. TÄUBLER, *Imperium Romanum. Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reichs*, I, Leipzig, 1913, 77, nt. 4; E. BADIEN, *Foreign Clientelae (264-70 B.C.)*, Oxford, 1958, 80, nt. 1, seguito da F.W. WALBANK, *A Historical Commentary on Polybius*, III, Oxford, 1979, 156 (Polibio avrebbe avuto accesso al testo originale, ma non lo avrebbe riprodotto *verbatim*); A.H. McDONALD, *The Treaty of Apamea (188 b.C.)*, in *JRS*, LVI, 1967, 1 ss.

¹⁰⁴ SC Bacch., ll. 27-30 (FIRA, I, 30): *atque | utei ea Bacchanalia, sei qua sunt, extrad quam sei quid ibei> sacri est, | ita utei suprad scriptum est, in diebus x, quibus uobeis tabelai datai | erunt, faciatis utei dismota sient*. Cfr. Liv. 39.18.7: *datum deinde consubus negotium est, ut omnia Bacchanalia Romae primum, deinde per totam Italiam diruerent, extra quam si qua ibi vetusta ara aut signum consecratum esset*.

¹⁰⁵ Cfr. per tutti G. TIBILETTI, *Le leggi 'de iudiciis repetundarum' sino alla guerra sociale*, in *Athenaeum*, n.s. XXXI, 1953, 33 ss.; F. SERRAO, *Appunti sui patroni e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi repetundarum*, in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974, 240 ss.; ID., *I 'iudicia repetundarum' (rassegna)*, *ibid.*, 279 ss.; ID., *'Repetundae'*, *ibid.*, 212; C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 1 ss., specialmente 10 e 49 (con ampia discussione dei problemi e delle altre interpretazioni); ID., *'Quaestiones' non permanenti: problemi di definizione e di tipologia*, in *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 226 ss.; ID., *'Quaestiones perpetuae constitutae' (per una riconsiderazione della 'lex Calpurnia repetundarum')*, in *'Societas - ius'*. *Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999, 383 s. *Contra*, da ultimo, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 114 s.

¹⁰⁶ Lex. rep. Tab. Bemb. 72: *... aut nisei quom centuriae aut] | tribus intro uocabuntur, extra quam sei quid in saturam feretur*.

¹⁰⁷ Cat. agr. 144.4: *ne quis concedat, quo olea legunda et facienda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit*; per l'interpretazione di *socius* nel senso di *redemptor*, cfr. per tutti R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità*

processuali, sia in àmbiti in cui il linguaggio processuale è usato solo metaforicamente, per designare (utilizzando il termine *exceptio*) le possibili deroghe ad alcuni principi. Nel primo senso, possiamo ricordare la citazione testuale di una eccezione in cui il convenuto di un' *actio iniuriarum* chiede che venga inserita l'*exceptio* 'a condizione che il giudizio non coinvolga valutazioni circa l'irrogazione di una *poena capitis*' (il *iudicium malefici* spettava infatti, per la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* dell'81 a.C., ad una *quaestio perpetua*)¹⁰⁸. Ancora – in un passo in cui si utilizza il vocabolario romano per un contesto greco – al fine di indicare l'*exceptio* che Epaminonda, accusato di non aver immediatamente trasferito il comando dell'esercito al legittimo successore pur di vincere una battaglia, oppone ai suoi accusatori: 'tranne che il comando dell'esercito non sia stato trasferito per il bene della *res publica*'¹⁰⁹. In senso metaforico, rispetto al divieto che Epicuro pone al saggio di partecipare alla conduzione della *res publica*, tranne che in circostanze critiche¹¹⁰; nonché alla non necessarietà di specificare, in aggiunta alla frase 'gli uomini devono morire', che essi debbano mangiare, salvo che non si aggiunga l'*exceptio* '*extra quam si nolint fame perire*'¹¹¹.

Un'ultima traccia troviamo in Labeone, secondo il quale, contro l'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*¹¹², per giustificare i lavori che hanno pregiudicato la navigazio-

contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.), Milano, 1995, 72 e nt. 21, con bibliografia.

¹⁰⁸ Cic. inv. 2.59: *exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huiusmodi: cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt et cuidam equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: 'extra quam in reum capitis praeciudicium fiat'. Su questo passo mi permetto di rinviare a R. FIORI, 'Ea res agatur', 23 ss.*

¹⁰⁹ Cic. inv. 1.56: *si, iudices, id, quod Epaminondas ait legis scriptorem sensisse, adscribat ad legem et addat hanc exceptionem: extra quam si quis rei publicae causa exercitum non tradiderit, patiemini?*

¹¹⁰ Cic. rep. 1.10: *illa autem exceptio cui probari tandem potest, quod negant sapientem suscepturum ullam rei publicae partem, extra quam si eum tempus et necessitas coegerit?* Cfr. Sen. de otio 3.2, dove si usa *nisi: non accedet ad rem publicam sapiens, nisi si quid intervenerit.*

¹¹¹ Cic. inv. 2.172: *quod genus [ut] homines [mortales] necesse est interire, sine adiunctione; ut cibo utantur, non necesse est nisi cum illa exceptione 'extra quam si nolint fame perire'.*

¹¹² O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*²³, cit., 460.

ne non poteva essere concessa l'*exceptio* relativa alla necessità privata di innalzare o riparare le *ripae*, ma poteva solo eccipirsi l'intervento di una *lex*¹¹³.

Il dato ai nostri fini più interessante, però, è che – nei casi in cui l'uso della locuzione è riferibile in modo preciso al processo formulare – a partire dal Wlassak le relative clausole non sono state interpretate come *exceptiones* in senso tecnico, ma piuttosto identificate con quell'antico strumento di tutela del convenuto – più tardi sostituito, scrive Gaio, dall'*exceptio* – che è la *praescriptio pro reo*. È questo, in particolare, il caso dell'*exceptio* menzionata da Cicerone in opposizione all'*actio iniuriarum*, e della clausola, ricordata da Labeone, che permette di *excipere* nel procedimento interdittale¹¹⁴. Le ragioni di questa identificazione erano, per il Wlassak, essenzialmente tre:

a) l'uso promiscuo di '*exceptio*' ad indicare anche *praescriptio-nes*, tanto che Cicerone usa il termine per deridere l'avvocato di un convenuto che chiede l'inserimento di una *praescriptio pro actore*, credendo di difendere il proprio cliente¹¹⁵. Evidentemente, alla fine della repubblica il termine *exceptio* indicava l'attività sostanziale del convenuto di *excipere*¹¹⁶, mentre il vocabolo *praescriptio* designava il dato formale del luogo in cui l'*excipere* si realizza ('prima della formula'): certo non potrà sostenersi un uso 'tecnico' di *exceptio* anche rispetto alla *praescriptio pro actore*. Un argomento, questo, che a mio avviso è già sufficiente per rispondere alle recenti proposte di leggere in senso stretto l'uso ciceroniano di '*exceptio*'¹¹⁷;

¹¹³ Lab. *ad ed. fr.* 153 LENEL = Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.12.1.16: *Labeo scribit non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: 'aut nisi ripae tuendae causa factum sit', sed ita excipiendum ait: 'extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit'*. Su questo passo, cfr. da ultimo M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2003, 176, 202, 205, 347, che legge entrambe come *exceptiones* in senso tecnico.

¹¹⁴ M. WLASSAK, '*Praescriptio*' und bedingter prozeß, in *ZSS*, XXXIII, 1912, 144 ss.; HACKL, *Praejudicium*, cit., 39 ss., 121 s.; FR. STURM, *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in '*Turis vincula*'. *Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, 133 s.; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 43, nt. 312; L. PEPPE, *Note*, cit., 40 ss.

¹¹⁵ Cic. *de orat.* 1.168, su cui M. WLASSAK, '*Praescriptio*', cit., 144.

¹¹⁶ Cfr. anche M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 154, nt. 428.

¹¹⁷ D. MANTOVANI, *L'editto*, cit., 174, nt. 121; M. MIGLIETTA, '*Servus*', cit., 180 s.; L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, 122, nt. 52 (il quale tuttavia, con una certa contraddizione con il pensiero espresso in precedenza, ammette un uso lato del verbo *excipere*: *ibid.*, 293 s., nt. 50).

b) l'analogia tra la formulazione dell'eccezione pregiudiziale di Cicerone (*extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*) e la *praescriptio pro reo* ricordata da Gai 4.133 (*ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*);

c) il ricordo gaiano della sostituzione delle *praescriptiones pro reo* da parte delle *exceptiones*.

Mi sembra però che un argomento ulteriore per la riconducibilità della locuzione *extra quam si ...* alla figura della *praescriptio pro reo* sia offerto dall'*exceptio muciana* qui discussa. Vediamo in che termini.

7. L' 'exceptio' di Q. Mucio e la struttura formulare dei 'iudicia bonae fidei' in età repubblicana.

Come si è visto, l'eccezione di Q. Mucio, richiamando un *oportere ex fide bona*, dovrebbe essere posta in relazione non con i *iudicia stricti iuris*, ma con i *iudicia bonae fidei*, all'interno dei quali, però, essa appare superflua.

All'epoca di Mucio e di Cicerone, tuttavia, la struttura formulare di questi ultimi non era identica a quella riferita dai giuristi classici. Secondo l'ipotesi più probabile¹¹⁸, le formule dei *iudicia bonae fidei* – e in generale le formule con *demonstratio* – erano prive della clausola assolutoria. Ne è prova l'incoerenza grammaticale delle formule con *demonstratio* classiche, nelle quali si dà per accertato un fatto (*quod*) e poi si rimette al giudice la verifica della sua esistenza ai fini dell'*absolutio* (*si non pareret absolutio*): alle origini, verisimilmente, queste formule avevano una struttura meramente assertoria, terminando con la *condemnatio*.

Sostenere però che questa loro struttura originaria, sostanzialmente confessoria, sia stata impiegata 'abusivamente' dal pretore, al fine di instaurare processi realmente contenziosi¹¹⁹ è – a tacere di altre difficoltà¹²⁰ – un'ipotesi difficilmente sostenibile innanzi tutto sul piano formulare: mancando nella formula l'alternativa dell'*absolutio*, come

¹¹⁸ Di V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 321 ss.

¹¹⁹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 384.

¹²⁰ Per altri profili di critica cfr. R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 15 ss.

avrebbe potuto il giudice liberare il convenuto? L'avrebbe forse condannato *nummo uno* – come ad esempio è attestato in tema di *actio rei uxoriae*¹²¹? E come si sarebbero allora evitate le conseguenze dell'*infamia* nelle azioni che la prevedevano in caso di condanna – come l'*actio iniuriarum, pro socio, mandati, tutelae*, ecc.?

Mi parrebbe che una possibile soluzione del problema sia offerta proprio dal rimedio muciano, se interpretato come *praescriptio pro reo*. Quest'ultima doveva operare – secondo la ricostruzione maggiormente persuasiva, quella del Wlassak¹²² – non, al pari dell'*exceptio*, come condizione della condanna, bensì come condizione del giudizio: *ea res agatur extra quam si ...*, 'si consideri *acta* la questione tranne che ...'. In altri termini, se l'esame pregiudiziale delle asserzioni del convenuto avesse avuto esito positivo, il giudice non avrebbe potuto considerarsi investito del potere di giudicare, ed il processo sarebbe stato vanificato.

Cosa sarebbe avvenuto, premettendo ad una formula con *oportere ex fide bona* (in quest'epoca, come si è detto, priva dell'*absolutio*) la *praescriptio* muciana? Prendendo ad esempio la formula dell'*actio empti*, ci si sarebbe trovati di fronte ad una struttura di questo tipo:

EA RES AGATUR EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO
STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA. IUDEX ESTO. QUOD A^SA^S DE
N^ON^O HOMINEM QUO DE AGITUR EMIT, QU^A DE RE AGITUR, QUI-
DQID OB EAM REM N^MN^M A^OA^O DARE FACERE OPORTET EX FIDE
BONA, EIUS IUDEX N^MN^M A^OA^O CONDEMNATO.

Come si vede, la *demonstratio* coincide con una sorta di confessione: poiché Aulo Agerio ha acquistato lo schiavo da Numerio Negidio, tu giudice condanna Numerio Negidio a tutto ciò che si debba *ex fide bona*. Il fatto è dato per incontestato, non c'è possibilità di *absolutio*, e la *bona fides* è parametro della sola *condemnatio*. A questa 'confessione', però, viene premessa la *praescriptio*, che pone come condizione per l'*agere* che il negozio non sia stato condotto in modo tale che non

¹²¹ Val. Max. 8.2.3; Plut. Mar. 38, su cui P. THOMAS, *Observations sur les actions in 'bonum et aequum conceptae'*, in *RHD*, XXV, 1901, 564 s.; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Scritti storico-giuridici*, III, cit., 131.

¹²² M. WLASSAK, '*Praescriptio*', cit., 107 ss.

si sia vincolati ad un *oportere ex fide bona*. Il giudice compirà preliminarmente una verifica del fatto addotto nella *praescriptio*, valutando la questione avvalendosi del principio della *bona fides*: se giudica infondata l'eccezione, condannerà il convenuto a tutto ciò che sia dovuto *ex fide bona*; se invece la trova giustificata, dovrà considerare come non realizzatosi l'*agere* e non potrà condannare il convenuto. Il convenuto sarebbe stato così sufficientemente tutelato: egli avrebbe accettato, nella *litis contestatio*, di presentare come incontrovertibile la ricostruzione dei fatti avanzata dall'attore, perché correlativamente l'attore accettava di porre nel nulla le proprie affermazioni qualora fossero risultati fondati gli argomenti della controparte¹²³.

In altre parole, se si premette la *praescriptio* di Q. Mucio ad una formula con *oportere ex fide bona* 'classica', l'eccezione è superflua, perché resa inutile dalla clausola assolutoria. Se invece la si premette – come peraltro parrebbe richiedere la sua collocazione storica – ad una formula priva di *absolutio*, il ruolo della *praescriptio* diviene non solo comprensibile, ma addirittura necessario per permettere la liberazione del convenuto.

8. Conclusioni.

La diffusa ipotesi di un nesso genetico tra l'*exceptio* muciana e l'*exceptio doli* non può essere accolta. L'eccezione muciana appartiene alla storia dei *iudicia bonae fidei*, ed il suo legame con l'eccezione di dolo corrisponde, al più, alla relazione che intercorre tra *bona fides* e *dolus malus*: due principi la cui attuazione processuale discende verisimilmente da medesime esigenze di *aequitas*, ma che ha seguito percorsi formulari differenti ed ha consentito soluzioni di differente ampiezza.

L'incomprensione della natura dell'*exceptio* muciana è verisimilmente dovuta al tentativo di interpretarla alla luce delle regole del processo formulare classico, essenzialmente coincidenti con il quadro disegnato dalle *institutiones* giurine. In tale contesto, senza dubbio, lo

¹²³ Questi argomenti sono più ampiamente sviluppati, in connessione con l'ipotesi di un secondo 'modello' di processo formulare, in R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., *passim*.

spazio del rimedio tardo-repubblicano non può non essere in larga misura coincidente con quello dell'*exceptio doli*: essendo superflua nei *iudicia bonae fidei* – per la possibilità di liberare il convenuto mediante un'*absolutio* parametrata sul criterio della *bona fides* – si è ritenuto che essa dovesse trovare la propria collocazione nei *iudicia stricti iuris*, in una funzione che sarà svolta, a partire dalla metà del I sec. a.C., appunto dall'*exceptio doli*. Si tratta però di una riconduzione non priva di difficoltà, dovute essenzialmente al fatto che l'inserimento del criterio della *bona fides* nella formula non poteva non trasformare il *iudicium* in *bonae fidei*, ampliando la cognizione del giudice ben al di là dei limiti dell'*exceptio doli*, e sostanzialmente vanificando la distinzione tra i due tipi di *iudicia*.

In realtà, il tenore della clausola – da identificare propriamente in una *praescriptio pro reo* – deve essere misurato non con il quadro del processo civile classico, ma con quello ipoteticamente ricostruibile per l'epoca di Q. Mucio e di Cicerone. E in quest'epoca, secondo la tesi più probabile, i *iudicia bonae fidei*, tutelati da formule con *demonstratio*, erano privi della clausola assolutoria: cosicché l'inserimento di una *praescriptio* che avesse invocato la *bona fides* non avrebbe costituito una inutile ripetizione. È dunque probabile, a mio avviso, che questa sia stata la collocazione dell'*exceptio muciana*.

Acquisita questa consapevolezza, però, per chi volesse comunque interrogarsi sull'origine dell'*exceptio doli* – pur se si tratta, a mio avviso, di un problema che allo stato delle nostre conoscenze non è ricostruibile se non attraverso congetture inverificabili – potrebbero aprirsi ulteriori prospettive.

Se infatti la *praescriptio* di Mucio non è superflua in un *iudicium bonae fidei* privo di *absolutio*, è perché non è ad esso 'inerente', ma deve essere espressa. In altri termini, fino all'introduzione della clausola assolutoria – che deve presuntivamente collocarsi in età augustea¹²⁴ – anche nei *iudicia bonae fidei* il convenuto aveva bisogno di una esplicita difesa in forma di *exceptio (praescriptio)*. E allora non può nemmeno escludersi che – nella quantità di soluzioni edittali che devono essersi affollate tra il III e il I sec. a.C. – il *dolus malus*, ma anche il *metus*, i *pacta*, ecc., abbiano trovato una iniziale tutela proprio

¹²⁴ R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 243 ss.

nei *iudicia bonae fidei*, attraverso eccezioni particolari – espressamente riferite al *dolus*, al *metus*, ai *pacta conventa*, e non, come il rimedio muciano, in generale alla *bona fides* – con le quali il convenuto opponeva all'*oportere ex fide bona* dell'*intentio* un comportamento scorretto dell'attore, e che solo successivamente il medesimo criterio sia stato assunto nei *iudicia stricti iuris*.

In tal senso, assumerebbe un significato più pregnante l'affermazione di Cicerone che, anche prima di Aquilio Gallo, il *dolus malus* era contrastato in alcune leggi e nei *iudicia bonae fidei*¹²⁵, perché si potrebbe intendere che in questi ultimi, almeno per quel che riguarda il convenuto, il dolo sarebbe stato tenuto presente in sé, e non soltanto in quanto ricompreso nella *bona fides*. E potrebbe essere diversamente impostato il rapporto tra l'*exceptio* di Mucio, che richiama la *bona fides* nei *iudicia bonae fidei*, e l'*exceptio* di Bibulo, che in quanto ἰσοδυναμοῦσα rispetto a quella di Mucio potrebbe aver riguardato i medesimi *iudicia*, ma in quanto meno *tectior* potrebbe aver menzionato nozioni più pregiudizievoli per l'attore, come il *dolus* o la *fraus*¹²⁶.

Se una simile congettura fosse persuasiva, si potrebbe ipotizzare che l'*exceptio doli* classica costituisca l'esito della trasposizione, nei *iudicia stricti iuris*, di principi di correttezza inizialmente tutelati nei *iudicia bonae fidei*. Non però nel senso di una originaria applicazione della *bona fides* ai *iudicia stricti iuris* – come si è voluto argomentare muovendo dall'eccezione di Mucio – ma al contrario attraverso la rielaborazione di eccezioni di dolo emerse tra le soluzioni edittali in materia di *iudicia bonae fidei* preclassici ed estese ai *iudicia stricti iuris*. Eccezioni che – una volta assorbite quelle più antiche dalla nuova struttura (con *absolutio*) delle formule dei *iudicia bonae fidei*, che le rende 'inerenti' al *iudicium* – nel diritto classico sarebbero rimaste le sole *exceptiones doli*.

¹²⁵ Cic. off. 3.61: *atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

¹²⁶ Anche se, come ho detto (§ 3), non mi sembra possibile escludere in assoluto che anche l'eccezione di Bibulo richiamasse, pur se in una forma meno 'protettiva' per i cavalieri, la *bona fides*.