

tava natura penale, ma, in esito a un'evoluzione ben lumeggiata dalla dottrina²⁸, diven-

quella vicenda è presentata da Cicerone come l'antecedente storico rispetto alla novità apportata dal suo *collega et familiaris*: per un inquadramento del passo L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 57 ss. Sulla data di introduzione della *formula* dell'*actio de dolo* cfr., per tutti, F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo*, XLI, 1995, 247 ss. (il quale propende per una retrodatazione a prima del 77 a.C., in luogo del 66 a.C., cui si era soliti fare riferimento). Quindi, nel caso ciceroniano, Canio non avrebbe potuto ottenere giustizia; la situazione mutò dopo l'introduzione dell'azione di dolo ed è da ritenersi sicuro che nell'epoca successiva il *dolus in contrahendo* fosse percepito anch'esso come antitesi della *bona fides*: con chiarezza, in tal senso, M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova, 2003, 162 ss., nonché 173, ove anzi puntualizza che le definizioni di dolo correnti nel I secolo a.C. hanno per oggetto il *dolus in contrahendo*, nel quale «praticamente si risolve in materia contrattuale il *dolus praeteritus*». In quali termini ciò potesse rilevare sul terreno della responsabilità contrattuale, in specie entro l'ambito dell'*emptio venditio*, emerge da N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 90 ss.

²⁸ Si veda B. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato a Roma*, in *'Synteleia' V. Arangio-Ruiz*, I, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli, 1964, 104 ss.; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II.14, Berlin - New York, 1982, 702

SULLE ORIGINI DEL DOLO INCIDENTE*

1. Nella figura del dolo incidente, cui il nostro codice civile dedica l'art. 1440, può ravvisarsi un notevole punto di criticità all'interno del sistema della responsabilità precontrattuale, alla quale per pacifica opinione tale figura appartiene¹: e così, rispetto a una prova

* Il testo riprende quanto ebbi occasione di dire il 4 dicembre 2008 all'Università di Salerno, nell'ambito della giornata di studi dedicata a 'Gli obblighi precontrattuali di informazione'. Sono particolarmente grato alla prof. Laura Solidoro Maruotti per l'invito che volle rivolgermi a quell'incontro, la cui impostazione metodologica – tesa a valorizzare il pensiero giuridico nel confronto tra passato e presente – trovo senza dubbio stimolante. Mi sono limitato qui a una presentazione dei contenuti allora esposti, con l'aggiunta di un apparato di note. L'occasione per ritornare sul tema mi è ora offerta dai Seminari organizzati dall'Università di Padova su *'Actio in rem e actio in personam'*, nei quali intendo trattare della sanzione processuale del dolo incidente tra regole di validità e regole di correttezza.

¹ In giurisprudenza si può vedere, per esempio, Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss., di recente richiamata da C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrahendo': invalidità responsabilità e la ricerca della 'chance'*

di 'tenuta logica' delle strutture di quest'ultima, il dolo incidente mi sembra offrirsi come un campo di analisi particolarmente interessante.

Fin già dal punto di vista testuale, l'art. 1440 cod. civ. («se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni») appare peculiare: individuando 'in negativo' la fattispecie oggetto di disciplina – si fa riferimento ai raggiri che «non sono stati tali da determinare il consenso» –, esso presuppone la nozione di dolo, inteso come vizio della volontà negoziale, richiamata nell'art. 1439 cod. civ.

Quindi la condotta maliziosa in sé considerata, che per tradizionale definizione si dice integrata nella messa in atto di artifici e raggiri che inducono a una falsa rappresentazione della realtà², è della medesima natura

perduta, in *Europa e dir. priv.*, 2010, nt. 5. Per la dottrina, G. D'AMICO, *'Regole di validità' e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 114 ss., ove ulteriori indicazioni (in specie alla nt. 39).

² Secondo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴¹, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2004, 122, «il dolo può essere anche oggi definito con Labeone *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipien-*

habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promississet, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempore venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur. (59) Tum Canius «quaeso», inquit, «quid est hoc, Pythi? Tantumne piscium? Tantumne cumbarum?» Et ille: «quid mirum?» inquit, «hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt.» Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? Impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. «Nullae, quod sciam» ille inquit, «sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset.» (60) Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum. Il testo è presentato, ormai per tradizione consolidata, come uno dei paradigmi dell'elaborazione stessa del concetto di responsabilità precontrattuale, anche se – com'è noto – all'epoca in cui Canio cadde vittima di Pizio, Aquilio Gallo non aveva ancora inserito nell'editto l'azione di dolo; pertanto

ritenere che neppure fosse ipotizzabile la remissione in pristino realizzabile mediante l'inserimento dell'*arbitratus de restituendo* all'interno della formula stessa dell'*actio doli*.

Proprio questa è la peculiare prospettiva di analisi del passo adottata da Kupisch: «insbesondere auf fr. 7 pr. und fr. 9,6 wird der Satz gestützt, daß es (wegen des *favor libertatis*) *i.i.r.* gegen Freilassungen (genauer: gegen den Freigelassenen) nicht gibt. Unter *i.i.r.* versteht man hier also den Rechtsbehelf als solchen, ohne Unterschied des Restitutionsgrundes. Die Tatsache, daß der *manumissus* hingegen der Dolusklage unterliegt (fr. 7 pr.), führt sodan zu dem Schluß, daß die Dolusklage keine *i.i.r. ist*»²⁶.

8. L'*actio de dolo*, nelle cui maglie sarebbero cadute anche molte ipotesi di scorrettezza riconducibili – stando alla dogmatica moderna – alla responsabilità precontrattuale²⁷, presen-

²⁶ Così B. KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., 251.

²⁷ Comportamento emblematico delle scorrettezze rilevanti sul terreno precontrattuale è quello tenuto dal banchiere siracusano Pizio ai danni del cavaliere romano Canio, descritto nel celebre brano di Cic. *off.* 3.14.58-60: *quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non*

per ciascuna delle due articolazioni del dolo, quello essenziale (o determinante, o *causam dans*) e quello incidente, prese in considerazione rispettivamente negli artt. 1439 e 1440 cod. civ.

Però, mentre nel caso dell'art. 1439 cod. civ. gli artifici sono «tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe concluso il contratto» e dunque conducono all'annullabilità dello stesso, l'art. 1440 cod. civ. prevede per il contraente di malafede l'insorgere della responsabilità risarcitoria, commisurata alle «condizioni diverse» cui il contratto sarebbe stato concluso in assenza della callida condotta³.

dum alterum adhibita. Consiste in quei raggi e artifici che vengono adoperati per ingannare una persona e per approfittare dell'errore nel quale, in conseguenza di questi, essa è caduta, allo scopo di farle compiere un negozio». Cfr. inoltre A. TRABUCCHI, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 149 ss.; C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 738 ss.

³ Sulla più precisa quantificazione del danno da dolo incidente, cfr. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, in specie 700 ss.; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, in specie 118 ss.; G. AFFERNI, *Il 'quantum' del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 69 ss. In giurisprudenza, anche su quest'aspetto è utile la lettura di Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, cit., a commento della quale avevo parlato –

Quindi, se identica è la sostanza giuridica della condotta, sempre dolosa, le differenti conseguenze dipendono dal fatto che il raggirato ritenga gli effetti di quella condotta così gravi da aver determinato la conclusione del contratto (che altrimenti «non avrebbe concluso»), oppure tali soltanto da renderne per lui più svantaggiose le condizioni. Il discrimine è dunque collegabile a una valutazione dal punto di vista del *deceptus* in ordine all'«efficienza causale» del dolo.

Si evidenzia, con riguardo agli artt. 1439 e 1440 cod. civ., la differenza intercorrente tra le regole che si usa definire, rispettivamente, di validità e di correttezza.

in ciò però 'indotto' dalla sentenza stessa – di un'apertura alla risarcibilità dell'interesse positivo: cfr. T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente: 'quantum' risarcitorio e 'natura' della responsabilità*, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss. Oggi mi pare di dover accogliere la critica rivolta da C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrabendo'*, cit., 4, nt. 5, il quale ritiene che per la responsabilità precontrattuale non sia utilizzabile la categoria di interesse positivo, bensì siano appropriate soltanto le categorie di danno emergente e lucro cessante (si veda anche *ibidem*, 31 s.). Sulla complessa stratificazione terminologica e concettuale in argomento, si veda C. TURCO, *L'interesse negativo nella 'culpa in contrabendo' (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165 ss.

tutem fittizia nei confronti dello schiavo liberato²⁵.

Il giovane venditore che si era rivolto a Giuliano per ottenere un autorevole parere sul fatto occorsogli si vedeva quindi rispondere che, in ragione del *favor libertatis*, all'esperimento dell'*actio doli* non avrebbe fatto seguito una *restitutio in integrum*. Eppure il raggirato c'era stato, con tutta evidenza: lo schiavo lo aveva convinto a essere venduto, confidando che il compratore lo avrebbe reso libero. Nel fare ciò, probabilmente lo schiavo aveva persuaso il proprio padrone del fatto che il peculio era di valore inferiore a quello reale; cosicché l'acquirente avrebbe realizzato un affare per sé vantaggioso liberando lo schiavo e trattandosi il *peculium*, di ammontare superiore al prezzo della vendita.

In altri termini, l'*actio doli* avrebbe funzionato in modo tale da condurre alla condanna pecuniaria del *deceptor*, senza che a ciò si agganciassero gli ulteriori effetti che lo strumento della *restitutio* avrebbe potuto ottenere a integrazione e completamento della proposizione dell'*actio*. Per la stessa ragione poi, ossia per gli effetti derivanti dal *favor libertatis*, è da

²⁵ La precisazione è di J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 273 ss.

dell'esperibilità dell'*actio doli* e quello della *venditio nulla*, occorre però soffermarsi su un ulteriore e decisivo aspetto legato alla specificità del caso descritto.

7. Le parole con le quali il brano si chiude (*et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*) ci ricordano che nella specie non sarebbe stata proponibile alcuna *restitutio in integrum*. La ragione di ciò è da ravvisarsi nel fatto che al ritorno dello schiavo liberato nella condizione servile si sarebbe opposto, nel caso in esame, il *favor libertatis*²⁴. Più precisamente, non sarebbe stato possibile porre nel nulla la *mancipatio* realizzata mediante l'esperimento di una *vindicatio in servi-*

²⁴ Lo afferma in termini perentori Ulpiano nel suo libro 11 *ad ed.* D. 4.4.9.6: *adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est*. Sulla compatibilità dell'affermazione con altre – più attenuate – dello stesso giurista, nonché di Paolo, L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum'*, cit., 187 ss., il quale guarda a D. 4.3.7 pr. nella particolare prospettiva dischiusa dalla questione se «l'esclusione della *restitutio adversus libertatem* sia stata introdotta in relazione al problema dell'appellabilità dei provvedimenti giudiziali».

Stando alla ricostruzione tradizionale, la violazione della prima tipologia di regole espone il negozio alle conseguenze dell'invalidità, assuma quest'ultima le forme – per considerare quelle più 'classiche' – della nullità o dell'annullabilità; la seconda tipologia di regole invece stabilisce a carico del soggetto che le abbia violate una responsabilità risarcitoria, senza che sia messa in discussione la validità dell'atto. Guardando al profilo funzionale, si può dire che «le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici, e solo mediamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte»⁴.

Orbene, molto si è discusso sulla fondatezza concettuale della linea di demarcazione tra regole di validità e regole di correttezza, e così pure se tale distinzione (pur fermo restando che essa non trova esplicita emersione nel codice) meriti ancora 'cittadinanza' all'in-

⁴ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 118.

terno del nostro sistema civilistico, oppure se debba ritenersi obliterata⁵.

⁵ La distinzione è ben segnata – siamo ancora nel vigore del vecchio codice – da A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 105 ss.; sotto il codice vigente si veda, tra molti, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 365 ss.; ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, 9; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1981 (rist. *ibidem*, 2001), 171; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 458; V. PIETROBON, *Errore*, cit., 118 s.; G. D'AMICO, *Regole*, cit., *passim* ma in specie 44 ss., 350; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, V, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 1004 ss.; G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, 75 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 599 ss.; C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrahendo'*, cit., 4 s. e 26 s. Peraltro, già nel 1959 Salv. ROMANO riteneva vi fosse lo spazio per un superamento della rigida distinzione tra i due ordini di regole, almeno di fronte ai casi più gravi di comportamento contrario a buona fede: cfr. la voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 687; in posizione di netta critica alla distinzione, inoltre, G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 112 ss.

ciò non modificherebbe in modo decisivo la logica del discorso che direttamente riguarda il tema del dolo.

Quindi l'attenzione merita di essere concentrata sull'alternativa tra il caso in cui nei confronti del servo (il quale certamente non sia parte contrattuale, sicché non risulti esperimentabile contro di lui l'azione contrattuale) venga data l'azione di dolo, da un lato, e, dall'altro lato, quello in cui l'inganno abbia inciso sulla stessa volontà di concludere il contratto, giacché in questa seconda ipotesi si dice che la vendita sarebbe da ritenersi *nulla*.

È ormai evidente che proprio intorno ai corni di quest'alternativa si gioca l'origine della distinzione tra le due articolazioni del dolo: nelle parole *dandam in manumissum de dolo actionem ... aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* possono vedersi segnate le origini della distinzione tra il dolo incidente e il dolo essenziale (o determinante o *causam dans*). Il dolo incidente espone a una condanna pecuniaria; il dolo essenziale invece, essendo valutato come decisivo per il formarsi della volontà di concludere il contratto, conduce alla caducazione di quest'ultimo.

Prima di procedere lungo questa direttrice, e così di approfondire la distinzione tra i due possibili esiti evocati nel brano, quello

cludere il negozio; se il dolo fosse posto in essere anche dal compratore, quest'ultimo sarebbe convenibile con l'azione contrattuale; il contratto di compravendita è *nullus* se il venditore è stato tratto in inganno proprio in relazione alla volontà di concludere la vendita.

L'ipotesi secondo cui il dolo sia posto in essere anche dal compratore rimane piuttosto estranea alla nostra indagine: la compartecipazione dolosa del compratore renderebbe quest'ultimo responsabile direttamente sul piano contrattuale. Le parole con cui si prospetta tale ipotesi sono certamente in qualche misura oggetto di rimaneggiamento. Si nota anzitutto che, se il minore avesse agito nei confronti del compratore, l'avrebbe fatto con l'*actio venditi* e non certo con l'*actio empti*, di cui parla il passo.

Un ampio studio condotto dal Van Oven ipotizza che quelle parole siano il frutto di una c.d. 'nota marginale' inserita da un autore successivo a Ulpiano: in specie, secondo lo studioso, si potrebbe pensare a un autore del IV secolo, un professore o addirittura uno studente (considerata la banalità della svista nella quale è incorso colui che abbia indicato l'*actio empti* in luogo dell'*actio venditi*).

In ogni caso, finanche se si ipotizzasse l'inserimento di una siffatta 'nota marginale',

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno di recente affrontato tali questioni, risolvendo in senso affermativo la domanda circa la fondatezza di quel *discrimen*: e così in specie esse hanno ribadito il principio per cui la violazione di una regola di correttezza non può essere invocata allo scopo di invalidare il contratto⁶.

⁶ Ci si riferisce alla sentenza n. 26724 del 19 dicembre 2007 (nonché alla 'gemella' n. 26725, dello stesso giorno), ove, in tema di violazione degli oneri informativi in capo a chi opera professionalmente sui mercati finanziari, si afferma che «in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni»: tra i molti commenti, cfr. V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 230 ss., nonché F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1 ss. Siffatta presa di posizione della Suprema Corte merita di essere valutata nella cornice del dibattito europeo sui doveri di informazione (cfr. D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forme negoziali*, Napoli, 1999; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; si tengano presenti oggi gli artt. da II-3:101 a 3:109 del 'Draft Common Frame of Reference', sui quali, in confronto con i 'Principles of European Law' e con l'«Acquis communautaire», C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *Europ. rev. priv. law*, 2009, 559 ss.; interessante ricogni-

Non è però su questi aspetti, relativi alla portata dogmatica e di regime della distinzione tra regole di validità e regole di correttezza, che preme portare l'attenzione (almeno in questa sede⁷).

Mi è bastato invece richiamare tale distinzione per sottolineare quanto segue: se l'art. 1440 cod. civ. integra un'ipotesi di responsabilità precontrattuale e la responsabilità precontrattuale è presidiata da regole di correttezza, non può esservi dubbio che a tutela del dolo incidente sia posta una regola di correttezza; d'altro canto, la condotta maliziosa sanzionata ai sensi dell'art. 1440 cod. civ. è, in sé considerata, della medesima natura di quella del dolo determinante, governato da una regola di validità.

2. L'art. 1440 cod. civ. rimanda all'art. 1337 cod. civ., in quanto costituisce espressione di una mala fede che si esplica nella fase dello svolgimento delle trattative. L'art. 1440

zione storica in W. DECOCK - J. HALLEBEEK, *Pre-contractual duties to inform in Early Modern Scholasticism*, in *RHD*, LXXVIII, 2010, 89 ss.).

⁷ Me ne occuperò nel testo destinato ai Seminari organizzati dall'Università di Padova su *'Actio in rem e actio in personam'*.

può trovare applicazione nei confronti di chi è stato manomesso.

Il passo evidenzia una stratificazione di pensiero giurisprudenziale rispetto a cui è opportuno ora cercare di mettere un po' d'ordine: si dice che l'opinione di Pomponio non è contraddetta dal responso di Giuliano; il commento ulpiano collega poi i diversi segmenti concettuali in un quadro unitario, dal quale dovrebbe risultare chiaro che in un caso di specie come quello rappresentato, in cui il minore di venticinque anni avrebbe dovuto agire nei confronti dello schiavo manomesso (e non anche, almeno in mancanza di *collusio*, del compratore), non vi sarebbe stato altro modo per tutelare l'interesse dell'attore.

6. Tralasciando di soffermare l'attenzione sul periodo d'esordio *et eleganter ... non poterit*, con cui è fatto richiamo al carattere dell'accessorietà dell'azione di dolo, mi concentro invece sull'opinione di Giuliano, secondo il quale, qualora venditore sia un minore e oggetto del contratto sia il servo con il peculio, posto che il compratore ha poi manomesso il servo, la soluzione del caso si articola intorno ai seguenti punti: è data l'azione di dolo avverso il servo che ha indotto a con-

bero state da riferirsi all'ipotesi in cui non si potesse salvaguardare in modo diverso la situazione del soggetto che, essendo stato vittima del comportamento doloso, intendesse agire.

Nel seguito, si dice che non sembra contrastare con questa opinione quanto Giuliano scrive nel suo quarto libro, ove afferma che, se un minore di venticinque anni, tratto in inganno dal suggerimento del servo, ha venduto quest'ultimo con il peculio e il compratore lo ha manomesso, debba essere concessa nei confronti del servo manomesso l'azione di dolo. La citazione di Giuliano è dunque riportata da Ulpiano con la preoccupazione che dalla sua lettura non risulti intaccata la regola generale subito prima espressa. Quindi si osserva che è ritenuta valida la soluzione giuliana nel caso in cui il compratore non abbia posto in essere una condotta dolosa, cosicché non possa essere convenuto attraverso l'azione nascente dal contratto di compravendita. Infine, si afferma che la *venditio* è *nulla* se il minore è stato tratto in inganno per quanto concerne lo stesso proposito di vendere; e il fatto che il soggetto sia minore d'età non può portare all'applicazione del rimedio restitutorio: infatti, si dice, nessun rimedio restitutorio

cod. civ. si colloca in effetti nell'arco 'cronologico-funzionale' – sia consentita l'espressione – della responsabilità di cui all'art. 1337 cod. civ.: «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

Taccio dei molti problemi che, affliggendo in generale la responsabilità precontrattuale, si riverberano sul dolo incidente, ossia in particolare quelli che discendono dalla qualificazione in senso contrattuale o extracontrattuale di tale responsabilità (con tutte le note conseguenze in punto di risarcibilità del danno, prescrizione, onere della prova e via dicendo)⁸: è sufficiente dire qui che l'art. 1440

⁸ In un panorama di letteratura sconfinato, mi limito a richiamare, a titolo esemplificativo: nel senso della natura contrattuale, L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 365 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 139 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 458 ss.; nel senso della natura extracontrattuale, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 80 ss. (pur con significative aperture all'idea del 'contatto sociale': *ibidem*, 84 s.); F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1987, 736; R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, II, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 255; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 157. Nel senso che l'art. 1337 cod.

cod. civ., come ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale, impone il sorgere di obblighi risarcitori.

Varie sono però le peculiarità che connotano l'art. 1440 cod. civ. all'interno del sistema della responsabilità precontrattuale.

In primo luogo, nel dolo incidente trova espressione una regola di correttezza, la quale – come si è visto poc'anzi – sanziona una condotta che per la sua sostanza non differisce rispetto a quella cui sarebbe applicabile la regola di validità dell'art. 1439 cod. civ. Dunque, già sotto questo aspetto, il dolo incidente costituisce una 'figura limite' all'interno del territorio della responsabilità precontrattuale: s'impone una responsabilità risarcitoria a fronte di un comportamento per il quale in linea astratta un'altra norma – qualora il *deceptus*

civ. non sia riconducibile ad alcuna delle due categorie, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 ss., in specie 148; si tratta di impostazione in parte simile a quella di A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 803 ss.; in tal senso era anche il 'primo' pensiero di R. SACCO, '*Culpa in contrahendo*' e '*culpa Aquilia*', '*culpa in eligendo*' e *apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 82 ss. Il ricco dibattito è ripercorso da G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 35 ss. (il quale propende per la natura contrattuale).

Il brano trova occasione nel commento alle parole edittali *si alia actio non sit*, riferite all'*actio doli*, ma poi si snoda evidenziando, come risulta fin già da un primo sguardo, una tessitura piuttosto complessa.

Provando a schematizzare il contenuto del brano, si nota che sono posti in successione: l'esplicazione delle parole in commento (*si alia actio non sit*), secondo quanto con *elegantia* aveva detto Pomponio; quindi, l'esemplificazione ricavata da una *sententia* di Giuliano, la quale a sua volta sembra non porsi in contrasto con l'esplicazione pomponiano-ulpiana che nel passo subito precede.

Il testo ha da sempre suscitato dubbi e critiche quanto alla sua autenticità.

Il passaggio *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* – peraltro fondamentale ai fini di quanto interesserà dire – è forse quello su cui si appuntano i maggiori sospetti, ma anche le altre sue parti non sono state risparmiate.

Prima di ogni altra cosa, si tenti una lettura che parta dal tenore letterale nel quale il brano è giunto a noi nell'edizione mommseniana.

In esordio, è rimarcata l'eleganza della parafrasi di Pomponio, secondo il quale le parole 'qualora non vi sia un'altra azione' sareb-

quale disegnare, con tratti via via più definiti, la concettualizzazione del discrimine tra dolo essenziale e dolo incidente²¹. E, pensando a quel passo, i manuali di diritto civile di un tempo non stentavano a ritenere che il dolo incidente fosse figura già propria del diritto romano classico²².

La letteratura sul testo ulpiano è – com'è facile attendersi, dati gli sviluppi cui diede impulso – assai cospicua²³.

²¹ Si veda *infra*, § 11.

²² Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1891, 114 s.; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1920, 248.

²³ Per citare solo alcuni contributi: J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 273 ss.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'«a. de dolo»*, in *AUPA*, XXVIII, 1961, 188 ss.; A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 140 ss.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 11 ss.; M.G. ZOZ, *'Restitutio in integrum' e manomissioni coacte*, in *SDHI*, XXXIX, 1973, 125 ss.; B. KUPISCH, *'In integrum restitutio'*, cit., 250 ss.; A. WACKE, *'Circumscribere', gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS*, XCIV, 1977, 237 ss.; A. D'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 31 ss.; G. MACCORMACK, *'Dolus' in decisions of the mid-classical jurists (Julian-Marcellus)*, in *BIDR*, CLVI-CLVII, 1993-94, 88; M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 71 ss.

la invochi facendo leva sul fatto che senza il dolo non avrebbe concluso il contratto – prevede l'invalidazione del contratto.

In secondo luogo, se è vero che il dolo incidente è riconducibile al *genus* della responsabilità precontrattuale, nondimeno il presupposto essenziale perché possa configurarsi l'art. 1440 cod. civ. è che si sia giunti alla conclusione del contratto. Nella sua apparente banalità, il dato merita di essere sottolineato: la mala fede che trova sanzione nell'art. 1440 cod. civ. è quella che si manifesta nella fase antecedente alla conclusione del contratto, però occorre che il contratto sia giunto a perfezionamento, affinché – lamentate dal *deceptus* le differenti condizioni contrattuali conseguenti alla malizia – possa darsi per integrata la fattispecie del dolo incidente.

A ben vedere, una siffatta constatazione fa tutt'uno con quella, di cui già si è detto, per cui la natura del comportamento doloso rilevante ai sensi dell'art. 1440 cod. civ. è di per sé identica a quella presa in esame dall'art. 1439 cod. civ.; il comportamento doloso arriva a toccare, nell'uno come nell'altro caso, direttamente il contratto, mentre la diversità tra le due figure di dolo si manifesta con attenzione agli effetti, a seconda che essi siano de-

terminanti del consenso oppure incidenti sulle condizioni contrattuali.

E si noti che se è vero che con l'art. 1440 cod. civ. è configurata una responsabilità precontrattuale la quale, per la definizione che ne dà il codice stesso, insorge a fronte di un contratto concluso, allora ciò si pone in contrasto con l'idea per lungo tempo dominante, secondo cui la responsabilità precontrattuale non sarebbe potuta andare oltre la fase delle trattative (sicché la *culpa in contrahendo* si sarebbe posizionata essenzialmente nei limiti dell'ipotesi tradizionale del recesso ingiustificato dalle trattative) e anzi sarebbe stata esclusa, per incompatibilità logica, in ragione del fatto che il contratto fosse giunto a valido perfezionamento⁹.

Ben si comprendono pertanto, almeno sotto i profili testé messi in evidenza, le ragioni per cui fondatamente in letteratura si parla talora di eccezionalità, altre volte di anomalia

⁹ Si tratta di opinione il cui superamento in dottrina si deve essenzialmente a L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 365; in seguito, nello stesso senso, F. BENATTI, *La responsabilità*, cit., 13 s. Sulla questione, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 152 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 295 ss.; C. TURCO, *L'interesse negativo nella 'culpa in contrahendo'*, cit., 165 ss.

conducibile a un ordine pretorio, comunque non coesistente e imprescindibile rispetto alla struttura della formula dell'*actio doli*.

5. Il testo senza dubbio più significativo, sul quale l'intera tradizione romanistica ha ritenuto fosse edificata l'idea stessa di dolo incidente, è quello, tratto dall'undicesimo libro di commento all'editto di Ulpiano, che si può leggere in D. 4.3.7 pr.:

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

In questo passo la Glossa (si veda ad D. 4.3.7 pr. *sed in hoc ipso*, in fine) e poi tutta la tradizione romanistica vedono la traccia sulla

giurisdizionale, significativo d'una nuova realtà processuale, che viene componendo sempre più ad unità la precedente distinzione – nelle strutture come nei concetti e nella terminologia – tra i due regimi processuali eterogenei»¹⁹.

A valle di queste considerazioni, resta però fermo il fatto che, nel processo formulare, la *restitutio in integrum* permane nella sua essenza un mezzo esterno e complementare, *magis imperii quam iurisdictionis*²⁰, sicché non si potrebbe dire con riguardo all'epoca classica che la restituzione sia rimedio proprio della sfera giurisdizionale.

In alternativa, potevano darsi effetti caducatori in forza dell'*arbitratus de restituendo*, nella misura in cui questa parte eventuale della formula fosse inserita nella *conceptio verborum*: se all'ordine di remissione in pristino contenuto nell'*arbitratus* il convenuto-*deceptor* avesse dato seguito, si sarebbe evitata – secondo un meccanismo ben noto – la *condemnatio pecuniaria*.

In entrambi i casi la caducazione del contratto rappresentava una conseguenza, ri-

¹⁹ L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum'*, cit., 114 s.

²⁰ Per riprendere la celebre terminologia impiegata in Paul. 1 *ad ed.* D. 50.1.26 pr.: *ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.*

o altre ancora di apparente contraddittorietà della figura del dolo incidente¹⁰.

3. Il groviglio di questioni che si dipana dall'art. 1440 cod. civ. induce a una ricognizione sui presupposti storico-concettuali della figura che in tale disposizione è racchiusa. Intendo dunque cimentarmi in un'indagine che muove 'a ritroso' nella storia; un'indagine che dall'oggi torni al passato del processo romano classico.

Occorre avvertire che, sebbene – come ho detto in apertura – l'intenzione sia quella di guardare al dolo incidente in quanto forma legalmente tipizzata di responsabilità precontrattuale, non soffermerò lo sguardo sui tratti generali di quest'ultima. Così, darò per presupposti i moltissimi problemi collegabili a un edificio concettuale, che ha fortemente in-

¹⁰ L'idea di fondo emerge, pur in contesti e con valenze differenti, da L. MENGONI, *'Metus causam dans' e 'metus incidens'*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 27 s.; G. D'AMICO, *Regole*, cit., 114 ss.; G. e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti 'standard'*, ne *Il codice civile. Commentario P. Schlesinger (artt. 1337-1342)*, Milano, 1993, *sub art.* 1337, 95 ss.; da ultimo, cfr. M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 157.

fluenzato il pensiero giuridico europeo, eretto sulla base delle fonti romane da Rudolf von Jhering¹¹: con i problemi della responsabilità precontrattuale, peraltro, un'ampia dottrina si è confrontata e altra ancora si sta confrontando con attenzione (specifica e rinnovata) ai testi dei *prudentes*¹².

¹¹ Cfr. R. VON JHERING, *'Culpa in contrabendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, Jena, 1861, 1 ss., di cui ora si può leggere la traduzione italiana curata da F. Procchi, per la collana *Antiqua*, Napoli, 2005. Da quell'opera del 1861 (sulla cui analisi, tra molti, D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der 'culpa in contrabendo'*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, hrsg. von D. Medicus und H.H. Seiler, München, 1986, 169 ss., nonché più di recente N. KUONEN, *La 'culpa in contrabendo': un colosse aux pieds d'argile?* in *RHD*, LXXIII, 2005, 267 ss.) emerge un modello concettuale tra i più fortunati all'interno della cultura civilistica europea, sebbene le sue ricadute sul piano normativo dei singoli Stati siano state assai differenti (com'è noto il 'Code' francese, per fare un esempio, non contempla una disposizione sulla responsabilità precontrattuale): per una panoramica che giunge fino al 'Common frame of reference', cfr. M. LEHMANN, *Die Zukunft der 'culpa in contrabendo' im Europäischen Privatrecht*, in *Zeup*, 2009, 693 ss.

¹² Penso in particolare a: L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007; F. PROCCHI, *'Dolus' e*

Certo, non si intende sottovalutare la dinamica, ben messa in luce dalla dottrina, di 'avvicinamento' della *restitutio in integrum* al processo almeno al tempo degli ultimi giuristi classici. Così, può dirsi abbandonata l'idea di una netta estraneità della restituzione rispetto all'ambito delle *actiones*¹⁷, e invece recepita una ricostruzione che sottolinei «una certa connessione» tra *restitutio* e *actio*¹⁸, ovvero ancor più precisamente una «progressiva convergenza tra *imperium* e *iurisdictio*» che conduce a collocare – con sicurezza, quantomeno – nello scenario della *cognitio extra ordinem* «l'istituto restitutorio in un ampio concetto di attività

1963, 446 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*, Milano, 1965; L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965; A. WACKE, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, in *ZSS*, LXXXVIII, 1971, 105 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 327 ss.; B. KUPISCH, *'In integrum restitutio' und 'vindictio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974; M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus' und 'dolus'*, in *ZSS*, XCIV, 1977, 101 ss.

¹⁷ E. LEVY, *Zur nachklassischen 'in integrum restitutio'*, cit., 360.

¹⁸ Così M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, cit., 481 ss.; ID., *'Contra constitutiones'. Primi appunti*, Napoli, 1927; ID., *Sull'appellatio'*, in *AG*, XCVII, 1927, 228 ss.

nel nostro ordinamento è delineato dall'art. 1440 cod. civ.

Viceversa, ignoto al sistema romano classico era il dolo che comporta conseguenze caducatorie, qual è oggi delineato nell'art. 1439 cod. civ., in tema di dolo essenziale.

È risaputo invece – e lo si risconterà presto in un caso concreto – che paragonabili agli effetti dell'odierno dolo essenziale erano quelli che si producevano per l'operatività di un meccanismo rimediale complesso (potremmo dire 'bifasico'), costituito dall'accostamento dell'*actio doli*, con le conseguenze sul piano pecuniario appena osservate, e della *restitutio in integrum* che poteva richiedersi al pretore proprio in conseguenza del dolo (sempre che non se ne contesti in radice l'esistenza). In virtù di questo particolare mezzo di natura stragiudiziale, la *restitutio in integrum* che appunto prende il nome di *propter dolum*, si consentiva al *deceptus* di ottenere gli effetti caducatori che l'*actio doli* non avrebbe di per sé assicurato¹⁶.

quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo, Milano, 2007, 254 ss.

¹⁶ Cfr. M. LAURIA, 'Jurisdictio', in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 479 ss.; E. LEVY, *Zur nachklassischen 'in integrum restitutio'*, in *ZSS*, LXVIII, 1951, 410 ss. (anche in *Gesammelte Schriften*, I, Köln - Graz,

Oltretutto, le origini del dolo incidente trovano occasione in un contesto – come subito si vedrà – molto circoscritto: anzi, più precisamente, si collegano alla lettura di un passo. Quindi, esaurite nel § precedente le brevi considerazioni sul dolo incidente nella cornice della responsabilità precontrattuale, guarderò nello specifico al nascere della nostra figura e, solo in conclusione, proverò a riallargare un poco lo sguardo.

4. Nella ricerca delle matrici del pensiero giuridico emergenti dalle testimonianze dei *prudentes*, lo studio del dolo incidente sembra mostrare caratteri quasi 'paradossali'.

Meglio di altre, illustrano i termini della questione le parole di Biondi: «in questo ordinamento [*i.e.* quello dei *prudentes* di epoca classica] non poteva affatto presentarsi ai romani quella distinzione fra dolo *causam dans* ed *incidens*. L'*actio doli*, come tutte le azioni romane,

'*culpa in contrahendo*' nella *compravendita*. Considerazioni in tema di *sinallagma genetico*, in AA.VV., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 181 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, in specie 157 ss.

aveva un contenuto sempre fisso ed invariabile; l'effetto era, in ogni caso, identico: costringere, cioè, il reo a prestare all'ingannato una pena il cui ammontare era calcolato secondo l'*id quod interest*. Dunque, la questione fra dolo che intacca l'essenza stessa del negozio, e dolo che ne intacca solo gli elementi accidentali o secondari, non poteva proporsi: o l'agire di una persona non aveva i caratteri e la gravità del *dolus*, ed allora era inespugnabile l'*actio doli*, o si accordava l'esercizio di detta azione ed allora l'effetto era sempre uno e costante, vale a dire attribuire all'offeso una pena equivalente all'*id quod interest*, mai però la nullità del negozio»¹³.

Ci si scontra qui con un'obiezione di carattere generale, che risale alla stessa configurabilità logica della distinzione tra le due tipologie di dolo; è un'obiezione che muove dai principi fondamentali del diritto e del processo romano di epoca classica.

¹³ Così B. BIONDI, *'Dolus causam dans' e 'incidens'*, in nota ad App. Torino 27 dicembre 1910, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, *Diritto romano, diritto privato*, Milano, 1965, 301 ss.; ID., *Studi sulle 'actiones arbitrariae' e l'arbitrium iudicis'*, Palermo, 1912 (rist. Roma, 1970), 91 s., nt. 4.

Con le premesse evidenziate¹⁴, sembra doversi giocoforza concludere nel senso che nel pensiero dei *prudentes* non vi fosse spazio alcuno per il dolo incidente (almeno come tale configurato); oppure, tutt'al contrario, si potrebbe dire che al tempo del processo formulare il dolo fosse immaginabile soltanto come dolo incidente.

In effetti, la proposizione dell'*actio doli* avrebbe aperto la strada a una condanna pecuniaria nell'*id quod interest*, reipersecutoria – rispondente dunque a una funzione in sostanza genericamente risarcitoria di lesione patrimoniale¹⁵ –, proprio secondo il modello che

¹⁴ Le quali appaiono senza dubbio estremizzate per il fatto che, stando al Biondi, l'*actio doli* classica non avrebbe avuto in sé la clausola arbitraria: secondo l'autore la «facoltà di restituire la cosa per evitare la condanna è completamente il prodotto di una innovazione giustiniana la quale riuscì a snaturare il carattere e la struttura classica dell'*actio doli*» (così B. BIONDI, *Studi*, cit., 78). Al di là della posizione nettamente interpolazionista, è però fuori discussione che nel processo classico la condanna non avrebbe potuto avere per oggetto altro che una somma pecuniaria.

¹⁵ Ciò si dice pensando in specie all'impostazione del lavoro di M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008; inoltre ID., *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche*, in AA VV., *Itinerari giuridici. Per il*

ne un'azione caratterizzata in senso sostanzialmente reipersecutorio; d'altra parte, essa dava luogo, pur nella cornice di un regime che nei tratti essenziali continuava a essere quello dell'azione nascente da *delictum*, a una condanna pecuniaria nell'*id quod interest*²⁹.

Come già si è detto, l'*actio doli* rappresenta un rimedio da cui, salvo l'inserimento

s.; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-94, 342 ss.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 1 ss. (con maggior duttilità d'impianto nella distinzione tra azioni penali e reipersecutorie rispetto al precedente ID., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939); R. FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, I, Torino, 2004, 421 ss.; P. LAMBRINI, *'Actio de dolo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Sem. Compl.*, XXII, 2009, 225 ss.

²⁹ Per la formula dell'*actio doli*, cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, 114 s.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 70, ne ricostruisce così il tenore: *C. Aquilius iudex esto. Si paret dolo malo N. Negidii factum esse, ut A. Agerius N. Negidio fundum quo de agitur mancipio daret neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

dell'*arbitratus de restituendo*, non scaturivano effetti caducatori del negozio viziato da dolo, bensì solo la condanna a una somma pecuniaria. La caducazione del negozio poteva derivare semmai – lo si è visto – dall'esperimento dell'apposito strumento pretorio della *restitutio in integrum (propter dolum)*.

Ebbene, il riferimento che compare in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr. all'azione di dolo è stato oggetto di ampi sospetti d'interpolazione.

In quest'ultimo senso pesa, in particolare, l'autorevole opinione di Albanese: il problema merita pertanto di essere preso seriamente in esame.

Lo studioso palermitano richiama il principio dell'inconfigurabilità dell'obbligazione tra soggetto a potestà e soggetto avente potestà, per l'ipotesi in cui lo schiavo o il figlio sottoposto alla potestà commettano un delitto; si tratta di un principio che trova affermazione nelle Istituzioni di Gaio, in 4.78³⁰.

³⁰ Cfr. Gai 4.78: *sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest.*

Dunque muovendo dall'insegnamento gaiano, nonché dalla considerazione di altri testi³¹, Albanese ricava argomenti tali per cui giudicare non affidabile il riferimento all'*actio de dolo* che compare in D. 4.3.7 pr.

In realtà, l'attacco all'autenticità del testo è stato già respinto – a mio giudizio efficacemente – negli studi di Brutti³² e, più di recente, di Corsi³³, i quali hanno richiamato l'attenzione su un altro testo ulpiano, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11 pr.³⁴, dunque anch'esso tratto

³¹ In specie la costituzione di Gordiano del 241, conservata in C. 2.30.2 (*Imp. Gordianus A. Solanae*), ove si incontra una fattispecie analoga a quella di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr., nella quale il minore di venticinque anni aveva subito il raggio dallo schiavo da lui liberato e non veniva concessa *actio de dolo*, bensì era prospettato un rimedio in sede di *cognitio* del funzionario imperiale. Secondo B. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 193, la fonte imperiale avrebbe fatto riferimento a un rimedio penale, la cui applicazione avrebbe escluso l'esperibilità dell'azione di dolo, come si evince da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.1: *secundum quae et si poenali actione indemnitati eius consuli possit, dicendum erit cessare de dolo actionem*, passo che – non sarà sfuggito – è collocato dai compilatori subito di seguito al nostro Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr.

³² M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 29 ss.

³³ M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 74 ss.

³⁴ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11 pr.: *verum vel de dolo vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti: proinde*

dall'undicesimo libro di commento all'editto, nel quale si vede che, in una fattispecie analoga a quella di D. 4.3.7 pr. (il minore di venticinque anni ha subito il raggio da parte dello schiavo liberato, cosicché anche in tal caso non è percorribile la via della *restitutio in integrum* in ragione del *favor libertatis*), è da Ulpiano profilata l'esperibilità dell'*actio de dolo*, oltreché di un'*actio utilis*, nonché addirittura di altre azioni (*ad exhibendum*, *condictio* e *actio furti*, sempre però con il limite che non si agisse contro il manomesso per delitti commessi in tempo di schiavitù).

Inoltre, in D. 4.4.11 pr. è ricordato il principio gaiano di cui in 4.78: quindi o si ritiene, con Albanese, che neppure D. 4.4.11 pr. sia affidabile³⁵, oppure bisogna accostarsi all'idea che il dolo non rientrasse tra i delitti per i quali avrebbe avuto vigore il divieto espresso da Gaio.

quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur. Sed et nomine earum rerum, quas dominicas servus manumissus supprimebat, competunt adversus eum actiones ad exhibendum et furti et condictio, videlicet quoniam et manumissus eas contrectabat. Ceterum ex delicto in servitutem facto domino adversus eum post libertatem actio non competit: et hoc rescripto divi Severi continetur.

³⁵ B. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 196. Si veda però, in senso contrario, M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio'*, cit., 144 s. e nt. 158.

condotta di per sé identica a quella sanzionata dal dolo determinante (o essenziale), prevede una responsabilità soltanto risarcitoria in capo al *deceptor*. Le origini del dolo incidente sono legate alla fortuna di un testo, D. 4.3.7 pr., nel quale, non potendosi dar luogo – per la particolare configurazione della fattispecie – alla *restitutio in integrum*, l'*actio doli* avrebbe comportato una condanna all'*id quod interest* senza correlati effetti caducatori: dalla testimonianza romana non si evince l'elaborazione delle due articolazioni del dolo, tuttavia in essa appare delineata la struttura di base sulla quale nei secoli a venire – e con altri presupposti, in specie processuali – quella distinzione sarebbe giunta a maturazione.

TOMMASO DALLA MASSARA

Prof. associato di Istituzioni di diritto romano e Fondamenti del diritto privato europeo
Università degli Studi di Verona
E-mail: tommaso.dallamassara@univr.it

tosì – come si è detto – nella cornice del principio della condanna pecuniaria⁵⁰.

Giunto così davvero al termine del mio discorso, credo si possa dire confermata ancora una volta l'idea che il confronto tra l'esperienza giuridica del passato e quella del presente – che nel convegno salernitano si è sviluppato con l'apporto di romanisti, civilisti e comparatisti – mostra tutta la sua proficuità.

Un'indagine sulle origini dei modelli concettuali che sono a fondamento della nostra tradizione civilistica si rivela anzi indispensabile, se non certamente a indicare le soluzioni ai problemi dell'oggi, però forse a rendere quest'ultimi più comprensibili. Di un'occasione così propizia ringrazio la prof. Laura Solidoro Maruotti, cui va il merito di essere stata ideatrice e organizzatrice di questa bella giornata di studi.

ABSTRACT

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, una posizione di particolare interesse occupa la figura del dolo incidente, ossia di quel dolo che, pur essendo integrato da una

⁵⁰ Cfr. A. MASI, *Il negozio*, cit., 59 ss.; ripercorre le tappe che conducono alla concezione del dolo come vizio del consenso M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 187 ss.

Anche il fatto che il medesimo divieto fosse stato conservato da Giustiniano³⁶, peraltro, induce a ritenere che sul punto i compilatori non avessero realizzato interventi con finalità di adeguamento.

Allora la soluzione preferibile sembra senz'altro quella di ritenere che il dolo, pur sentito in linea generale come figura delittuale, non rientrasse però nel campo di applicazione del rammentato principio gaiano.

Il nocciolo del ragionamento si coglie nella valutazione del dolo come comportamento di natura delittuale, ma – stante anche l'uso piuttosto elastico che nelle fonti si fa del termine *delictum* – al contempo non assimilabile, ai fini della regola enunciata nelle Istituzioni gaiane, ai tipici *delicta* di *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*. In effetti, come nota Brutti, «per certi suoi aspetti» il dolo si sarebbe «sottratto alla disciplina comune delle azioni penali»³⁷.

Inoltre assume rilievo, in questa valutazione non completamente delittuale (o, se si preferisce, 'peculiarmente delittuale') del dolo, il fatto che l'azione a sanzione di esso fosse

³⁶ Come si evince da I. 4.8.6: *si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum qui in eius potestate est nulla obligatio nasci potest.*

³⁷ Così M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 32.

caratterizzata da sussidiarietà³⁸. Più in generale, viene in gioco quell'ampio fenomeno – che qui però si potrà soltanto evocare sullo sfondo – di parziale allontanamento del dolo dalla sua originaria natura di delitto.

Comunque, la conclusione che mi pare necessario ricavare è nel senso della genuinità del riferimento all'azione di dolo che compare in D. 4.3.7 pr.

Sgombrato allora il campo da sospetti in ordine al riferimento che ivi compare all'*actio doli*, il brano merita di essere riletto prestando attenzione all'alternativa tra il caso in cui nei confronti del servo sia data l'azione di dolo, ferma restando la stabilità del negozio concluso, e quello in cui l'inganno sia arrivato a incidere sulla stessa volontà di concludere il negozio, giacché in questo secondo caso la vendita sarebbe *nulla*.

Ma anche quest'affermazione ha dato addito a ulteriori gravi sospetti d'interpolazione.

9. La genuinità del passo nella parte in cui si ipotizza che la vendita sia *nulla* se il venditore fosse stato *circumscriptus* in ordine al suo stesso intento negoziale (dunque qualora il

³⁸ Lo rileva M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 77.

Basti osservare, a fronte di un tema tanto vasto, che soltanto in ragione dell'allontanamento dall'originaria idea secondo cui il dolo costituiva un *delictum* si apre lo spazio perché la tematica del dolo trovi un canale di comunicazione con l'ambito concettuale proprio del contratto e in specie perché, all'interno di quest'ultimo, il dolo venga considerato come un 'vizio' in grado di minare il valido perfezionarsi del contratto.

Si intravede, sullo sfondo, l'esito cui condurrà un altro segmento di pensiero sviluppato dalla Glossa, sempre sulla base delle fonti romane: mi riferisco all'elaborazione di un vero e proprio sistema di invalidità, articolato anzitutto tra nullità e annullabilità, nel quale il dolo viene ad assumere una precisa collocazione (nella classica sequenza proposta dalla manualistica, accanto all'errore e alla violenza). Solo in questo nuovo scenario giunge a compimento quella torsione del significato che traspone il dolo, dall'ambito delittuale, al campo delle invalidità negoziali.

Ma l'idea che la volontà viziata conduca alla particolare forma di invalidità rappresentata dall'annullabilità era rimasta sempre estranea al pensiero classico romano, sviluppa-

tualmente si connette l'effetto di caducazione del contratto derivante da *restitutio in integrum* (strumento per sua essenza esterno al giudizio) oppure collegabile all'*arbitratus de restituendo*, qualora di esso l'attore abbia chiesto l'inserimento nella *conceptio verborum*.

Nel caso descritto dal passo ulpiano, l'impossibilità di pretendere la *restitutio in integrum* offre a Giuliano l'occasione per un'intuizione anticipatrice: il giurista adrianeo muove, già sul terreno del *ius civile*, un deciso 'passo in avanti' in favore del *deceptus*, nel senso di ritenere che egli non sia vincolato agli effetti del contratto quando questo sia il frutto di un'attività ingannatoria.

La soluzione è propiziata da una riconsiderazione – sia consentito dire, con qualche semplificazione – della problematica contrattuale (la quale rimane sullo sfondo) in chiave 'consensualistica'. Qualora la volontà sia distorta per effetto del dolo, è 'come se' quella volontà non vi fosse: grosso modo in questi termini doveva aver ragionato Giuliano.

Accanto a (e in combinazione con) questo motivo concettuale, ve n'è un altro che si colloca in coerenza con la soluzione giuliana: assume rilievo il progressivo affievolimento della natura delittuale del dolo.

dolo sia caduto proprio *in hoc ipso ut venderet*) è stata messa in discussione facendo leva sul fatto che, se poco sopra era configurata la validità della vendita, seppure con esposizione del raggiratore alla responsabilità sanzionata da *actio doli*, in ciò sarebbe da vedersi la spia di una contraddizione insanabile, che renderebbe il passo oscuro e insensato.

Si ritiene cioè che quella tra il riconoscere l'esperibilità dell'azione di dolo e l'affermare che la vendita è *nulla* sia una duplicazione inutile³⁹.

Ma l'autenticità del passo è messa in discussione anche da un altro punto di vista: esso si porrebbe in contrasto con il principio classico dell'irrilevanza del dolo del terzo rispetto al negozio concluso⁴⁰.

In particolare, il Van Oven ritenne le parole *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* frutto della penna di un

³⁹ J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 278.

⁴⁰ Si veda Ulp. 11 *ad ed. D. 4.3.1.2: dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

postclassico. Non si tratterebbe però di un inserimento fatto dal medesimo annotatore che in ipotesi si era reso responsabile della ‘nota marginale’ (si ricorderà quanto detto in precedenza⁴¹, a proposito di *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*).

L’errore di considerare che il dolo fosse rilevante e, per questo, che fosse *nulla* la vendita, allorché quel dolo fosse stato posto in essere da un soggetto diverso dalla controparte contrattuale, appare allo studioso grave, ma probabilmente ispirato da un’impostazione eccessivamente rigida del dogma della volontà.

D’altra parte, sarebbe da escludere che il fraintendimento derivi dai commissari triboniani, giacché questi conservarono nella Compilazione il principio classico dell’irrelevanza del dolo del terzo⁴².

L’ipotesi che allo studioso appare più plausibile è allora che si tratti di un intervento di un giurista postclassico anteriore a Giustiniano, probabilmente professore bizantino del IV o V secolo, nutrito di filosofia e di retorica, nonché «adhérent convaincu du dogme de la volonté». Si tratta di un intervento mistifica-

⁴¹ Si veda *supra*, § 6.

⁴² J.C. VAN OVEN, *D. 4,3,7, pr. Contribution*, cit., 279.

La fattispecie del dolo incidente, oggi ritenuta *species* della responsabilità precontrattuale, per diritto romano si sarebbe pacificamente e direttamente (ossia, senza il medio di altre strutture concettuali) inserita nella cornice generale dell’*actio de dolo*, la cui condanna all’*id quod interest* avrebbe potuto colpire gli effetti pregiudizievoli del dolo anche quando essi si fossero presentati, per usare la terminologia dei moderni, soltanto ‘incidenti’ sul contratto. La scorrettezza commessa entro l’arco – come in precedenza si è detto – ‘cronologico-funzionale’ della fase *in contrahendo* viene in rilievo nell’ampio spettro di operatività dell’azione di dolo, senza le pesanti armature dogmatiche con le quali oggi siamo abituati a confrontarci in tema di responsabilità precontrattuale.

La condanna all’*id quod interest* cui dava esito l’esperimento dell’*actio de dolo* è, nell’ipotesi di cui in D. 4.3.7 pr., una condanna ‘sterilizzata’ delle eventuali e collegate conseguenze sul piano della caducazione contrattuale. In quell’azione – che nel sistema romano costituisce lo strumento generale per il sanzionamento di qualsivoglia comportamento contrario a buona fede o correttezza – si ravvisa un modello rimediale che, come detto, porta alla condanna pecuniaria: a quest’ultima even-

fatto che nella specie era negata la *restitutio in integrum*.

Rispetto alla conclusione cui si perviene nel testo, non v'è dubbio che la riflessione dogmatica sul sostrato consensuale del contratto, sviluppatasi con intensità nei primi secoli del Principato (basti pensare al dibattito che aveva coinvolto i *prudentes* da Labeone in poi, con più significativa emersione nel *dictum* di Sesto Pedio in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3) si sarebbe utilmente prestata a costituire un argomento decisivo. Il nocciolo del ragionamento che conduce a giudicare 'nullo' il contratto quando il dolo sia ablativo della volontà di concludere lo stesso si coglie dunque soltanto alla luce delle linee generali di evoluzione della problematica contrattuale nel pensiero della giurisprudenza classica.

12. Dopo le considerazioni sin qui svolte, mi sembra si possano ricavare alcune riflessioni conclusive e di sintesi.

Se per vedere nitidamente tracciati i profili della distinzione 'interna' al dolo occorre attendere l'elaborazione che fu opera della Glossa, nella testimonianza di Giuliano riportata da Ulpiano in D. 4.3.7 pr. sono però visibili almeno le premesse di quella teorica.

torio che il Van Oven battezza, in questo caso, 'glossa bizantina'.

In definitiva, all'interno del testo di D. 4.3.7 pr., si dovrebbe supporre l'esistenza tanto della 'nota marginale' quanto della 'glossa bizantina'. Ma non basta: oltre a ciò (anzi, proprio per ciò), egli ipotizza pure un'ulteriore manipolazione della frase *et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem*, che ritiene ripetitiva e ingombrante nel procedere del discorso. Dovrebbe dunque espungersi anch'essa, con la giustificazione che il suo inserimento da parte del maestro bizantino della glossa appena vista (quella, per l'appunto, detta 'bizantina') o forse da parte di un soggetto ancora differente, si spiegherebbe esattamente alla luce della necessità di rendere più chiaro un discorso che altrimenti, offuscato da questi pesanti interventi, avrebbe smarrito la sua logica.

Si comprende che, dopo tutto questo, ben poco rimarrebbe in salvo dalle potature della critica interpolazionista⁴³.

⁴³ In definitiva, secondo Van Oven, il plausibile tenore del passo sarebbe stato grosso modo il seguente: *et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis vigintiquinque consilio servi*

10. A fronte di quanto visto finora, sono persuaso della genuinità del senso delle parole *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*.

Si è detto che osterebbe alla conclusione per cui la vendita è *nulla* il principio di irrilevanza del dolo del terzo.

Ma occorre considerare che i presupposti di fronte ai quali il giurista afferma che la vendita è *nulla* sono radicalmente diversi rispetto a quelli in base ai quali il principio dell'irrilevanza del dolo del terzo avrebbe avuto motivo di venire in discussione e così di produrre i suoi effetti.

Occorre rilevare che nella parte in cui dice *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* non è più nella prospettiva dell'*actio doli* che Giuliano si pronuncia. Invece, mutando il punto di osservazione, che cessa di essere quello – potremmo dire – della rilevanza della condotta su un piano delittuale, il giurista guarda precisamente a ciò: che la fattispecie contrattuale in esame possa o meno ritenersi perfezionata. Proprio con attenzione a quest'aspetto, nel testo si afferma che la vendita è *nulla*; e rispetto a tale afferma-

circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

li, ossia la condanna pecuniaria (di natura in origine penale, ma poi di fatto reipersecutoria). Per lo stesso motivo, quindi, non vi sarebbe stato spazio per l'inserimento nella formula dell'*arbitratus de restituendo*.

In questa prospettiva meritano ora di essere osservate le tracce originarie dell'alternativa che nella dogmatica moderna si configura tra dolo incidente e dolo essenziale, il primo che espone il raggiratore a una condanna pecuniaria, il secondo invece che – in quanto decisivo nel formarsi della volontà di concludere il contratto – conduce alla caducazione di quest'ultimo.

Se però osta il *favor libertatis*, ecco che si comprende la vera ragione sottesa alle parole *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*. L'affermazione della 'nullità' del contratto, quando sia radicalmente assente la volontà di concluderlo, in quanto essa sia viziata da dolo (che appunto chiameremmo oggi essenziale) appare motivata dal fatto che non v'era altra strada percorrendo la quale fosse possibile incidere sulla struttura del contratto per metterne in discussione la produttività di effetti. Dunque è da credere che l'effetto caducatorio del contratto fosse prospettato da Giuliano proprio ed esattamente per il

11. Giunti a questo punto, mi sembra che il quadro generale delle questioni poste dalla lettura di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr. appaia più nitido. Perciò è possibile focalizzare l'attenzione sul punto centrale del nostro discorso, ossia sulla distinzione che nel passo è tratteggiata tra le due tipologie di dolo (per noi oggi: l'uno che conduce alla condanna pecuniaria, l'altro che invece intacca la validità del contratto).

Prima di fare ciò, occorre evidenziare ancora un elemento peculiare della fattispecie sottoposta all'esame di Giuliano. Nella chiusa di D. 4.3.7 pr. si precisa: *et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Bisogna in effetti tenere in decisiva considerazione il fatto che, al venditore che agisse con azione di dolo, nella specie non era disponibile la *restitutio in integrum*. Come si è poc'anzi ricordato, all'impiego di quest'ultima si sarebbe opposto il *favor libertatis*. Proprio per questa ragione non sarebbe stato possibile ricondurre nella condizione servile lo schiavo manomesso. Il che equivale a dire che, nel caso in esame, non si sarebbe offerto alcun meccanismo caducatorio del negozio a valle dell'effetto direttamente collegabile all'*actio do-*

zione mi sembra davvero che il principio dell'irrelevanza del dolo del terzo non necessiti di essere chiamato in causa.

Ma a questo punto occorre già passare a prendere in esame l'altra obiezione, ossia quella che fa leva sulla pretesa duplicazione logica tra il riconoscimento dell'azione di dolo, da un lato, e l'affermazione secondo cui la vendita è *nulla*, dall'altro. Nella prospettiva critica, si tratterebbe di una duplicazione in grado di mettere in luce una contraddizione insanabile, sicché il passo finirebbe per apparire del tutto oscuro e insensato.

Ebbene, penso invece che non vi sia duplicazione né contraddizione: gli argomenti sono distinti e ciò che spiega la loro convivenza è il mutare del piano dell'argomentazione.

Decisivo in questa seconda parte dell'argomentazione che il passo riporta è il fatto che non si fosse realizzato un accordo. Più precisamente, non si era creato un consenso sulla base di una veritiera rappresentazione dei fatti: dunque, è come se una vendita non vi fosse mai stata. L'attività raggiratoria, sebbene posta in essere dal servo, che non è la controparte contrattuale, ha impedito di fatto che un accordo si perfezionasse.

Per quanto detto, mi pare quindi si possa proporre una lettura del testo, essa pure con-

servativa, però un poco differente rispetto a quella di recente avanzata da Cursi, secondo cui nel passo si distinguerebbe «un'incidenza parziale del dolo sulla vendita, nel primo caso, da un rilievo determinante, nel secondo», sicché sarebbe da ritenere che «nel primo caso il consiglio fraudolento dello schiavo possa riguardare profili accessori quali [...] il trasferimento del peculio – elemento che nel passo è espressamente richiamato, con riflessi indiretti sul prezzo della vendita –; nel secondo, invece, possa aver determinato il minore a vendere lo schiavo. La differenza tra le due fattispecie giustifica, a questo punto, il diverso rimedio suggerito dal giurista, rendendo compatibile la nullità della vendita con la concessione dell'azione di dolo nei confronti dello schiavo»⁴⁴.

Pare a me che dal passo non emerga la distinzione tra le due articolazioni del dolo – essenziale e incidente – in ragione degli elementi su cui cade quest'ultimo: a prescindere dal fatto che – come si è visto all'inizio – neppure per la nostra dogmatica dolo determinante e dolo incidente si distinguono per la sostanza giuridica della condotta sanzionata (che è la medesima), sono persuaso che

⁴⁴ Così M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., 79.

Comunque sia, almeno per quanto riguarda il testo in esame, riterrei sicuro che, nel dire che la vendita è *nulla*, ciò che s'intende esprimere è semplicemente che una vendita non c'è: si dice *nullus contractus* proprio nel senso di 'kein Vertrag'.

*derazioni su Gai. 3.176 (novazione mediante 'stipulatio post mortem'), in Studi in onore di B. Biondi, I, Milano, 1965, 395 ss.; ID., Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità, in Studi in onore di G. Zingali, III, Milano, 1965, 639 ss.] si potrebbe riconoscere un più ristretto e peculiare significato alla predicazione di nullità di un contratto. Per L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum'*, cit., 247, «nella logica dello *ius civile*, infatti, l'atto o è nullo (*nullus*) nel senso di inesistente (*non ullus*), oppure è pienamente valido». Invero Masi si era un poco avvicinato alle posizioni affacciate da Di Paola nel più tardo lavoro A. MASI, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gajane*, in AA. VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese in onore di S. Romano*, Milano, 1981, 129 ss. Un quadro equilibrato mi pare emergere da S. TONDO, voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1968, 994 ss., nonché da M. BRUTTI, voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 559 ss. Più di recente, per una ricostruzione sintetica del tema delle invalidità, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 678 ss.*

equivalenti, non muta la sostanza: s'intende dire che il contratto 'non è'.

Più precisamente, nelle fonti classiche vengono utilizzate varie qualificazioni differenti, tutte però con il medesimo intendimento, ossia quello di affermare l'improduttività di effetti di un contratto, giacché «sul piano del diritto, l'esistenza coincide, e non può non coincidere, con l'integrazione della figura giuridica»⁴⁸.

Almeno stando all'opinione di Talamanca, poi, dalle fonti non sarebbe lecito trarre ulteriori informazioni in ordine alla ragione per cui sia, nei diversi casi, predicata una siffatta 'assenza': mancherebbe ogni margine per più precise connotazioni dogmatiche all'interno della semplice constatazione di inesistenza/improduttività di effetti⁴⁹.

⁴⁸ M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 4.

⁴⁹ Molto netto in tal senso (a tratti forse troppo radicale nel negare, con riferimento alle fonti romane, qualsivoglia possibilità di distinzioni concettuali all'interno di ciò che 'non è') M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 15 ss., con riscontri lessicografici alla nt. 72. Su posizioni non dissimili, in precedenza, A. MASI, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in *RISG*, 1959-62, 21 ss. Invece per S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 13 ss. [cfr., prima, ID., 'Leges perfectae', in 'Synteleia' V. Arangio-Ruiz, II, cit., 1075 ss.; ID., *Consi-*

un'elaborazione di tal genere nelle fonti classiche ancora manchi.

Beninteso, ritengo che tale distinzione mostri nel passo i suoi profili, però non come distinzione 'interna' al dolo. Invece essa si coglie e riceve luce solo se si guardi alla questione proposta a Giuliano nella sovrapposizione tra le due possibili lenti di lettura: da un lato, quella del dolo (nell'insieme considerato, prima ancora della distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente) e, dall'altro, quella contrattuale.

In definitiva, ritengo che la chiave del ragionamento giuliano vada cercata, nel passaggio in cui si dice che la vendita è *nulla*, in una valutazione di ordine prettamente contrattuale: si tratta di un discorso che guarda al problema della 'formazione' del contratto. Il testo esprime l'idea secondo cui la vendita 'non c'è', per il fatto che le due volontà non si sono mai incontrate in un comune punto di accordo.

È chiaro, d'altra parte, che il significato dell'affermazione per cui la *venditio* è *nulla* neppure potrebbe essere illustrato alla luce dell'elaborazione della tematica dell'invalidità (nella terminologia del BGB, 'anfechtbares

Geschäft, Anfechtbarkeit'), che è estranea al diritto romano classico⁴⁵.

Com'è noto, le categorie della nullità e dell'annullabilità, non meno che nell'insieme la teorica dell'invalidità, furono messe a fuoco per opera di un pensiero – sviluppatosi, con il decisivo apporto della dottrina canonistica, tra

⁴⁵ Muovendo dalle fonti romane (e in specie da Gai 3.176 e 179) si soffermava sulla distinzione tra 'nicht-existierende' ed 'existierende Geschäfte', all'interno degli 'unwirksame Geschäfte', L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 249 ss., il cui impianto concettuale si ritrova in E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 331 s. Sulla ricostruzione del significato delle fonti, F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in *ZSS*, XXIII, 1902, 402 ss.; ID., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914, 11 ss.; G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *RISG*, 1927, 335 ss., II, 351 ss., e III, 487 ss.; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 11 ss.; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. 'Quasi nullus' nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, 7 ss.; M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-99, 1 ss. Partendo da una ricerca sul diritto vigente, risale all'origine delle categorie M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 37 ss.

l'età di mezzo e le codificazioni – che muoveva da presupposti, soprattutto processuali, intrinsecamente differenti rispetto a quelli del diritto romano-classico⁴⁶.

Di base, si frapponeva a una ricostruzione del dolo in termini di vizio invalidante l'assenza nel sistema *per formulas* di un'azione che producesse effetti costitutivi (stante la vigenza di quel che a livello istituzionale si usa chiamare principio della condanna pecuniaria)⁴⁷. Quindi direi che sono in prima battuta i meccanismi del processo a segnare (e così a condizionare) i profili della questione.

Il fatto che nei testi dei *prudentes* si dica, di volta in volta, che il contratto è *nullus*, *nullius momenti*, *inefficax*, *inanis* o altre espressioni

⁴⁶ Solo per gettare uno sguardo sulla prospettiva della Glossa ordinaria, si veda gl. ad I. 3.9.3 (*contra tabulas*): *sed quare datur sui contra tabulas, cum ipso iure nullum sit testamentum? ... Respondeo: duas habet vias: unam de iure civili, per quam potest dicere nullum, aliam de iure pretorio, per quam non dicit nullum, sed annullandum: cum nec fieri, nec desinere possit heres de iure pretorio.*

⁴⁷ M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 11, osserva che «sono rarissimi – forse due – i casi in cui si può constatare, sul piano del *ius civile*, un pratico funzionamento delle fattispecie nel senso dell'eliminazione, in via giudiziale, degli effetti di un negozio altrimenti efficace. Si tratta del *praeiudicium ex lege Cicereia* e della *querela inofficiosi testamenti*».