

ANNALI

DELL' UNIVERSITÀ DI CAMERINO

VOL. VII.

(Sezione giuridica)

COMITATO ONORARIO DI REDAZIONE

EMILIO ALBERTARIO · ANTONIO AMBROSINI · VITTORIO ANGELONI · VINCENZO ARANCIO RUIZ · ACEO ARCANGELI · CARLO ARNÒ · EMILIO BETTI · EMILIO BONAUDI · PIETRO BONFANTE · TEODALDO CHECCHINI · ANTONIO CIU · PIETRO COGLIOLO · ARNALDO DE VALLES · ANTONIO DE VITI DE MARCO · EUGENIO DI CARLO · SALVATORE DI MARZO · BENVENUTO DONATI · DONATO DONATI · FRANCESCO FERRABA · UGO FORTI · CALOGERO GANGI · LUIGI GENUARDI · FILIPPO CRISPINI · EUGENIO JANNITTI PIROMALLO · LANFRANCO MARDI · EUGENIO MASÈ DARI · LORENZO MOSSA · GIUSEPPE OSTI · GIOVANNI PACCHIONI · SILVIO PIVANO · LUIGI RAGGI · ORESTE RANELLETTI · ANDREA RAPIARDI MIRABELLI · ADOLFO RAVÀ · ENRICO REDENTI · SALVATORE RICCORONO · UGO ROCCO · SANTI ROMANO · GABRIELE SALVIOLI · ANTONIO SCIALOJA · GINO SEGRÈ · GUIDO SENSINI · ARRIGO SOLMI · FILIPPO VASSALLI.

COMITATO DI REDAZIONE

GENNARO TEODORO: *Rettore* · MARIO CHIAUDANO, ROBERTO SCIEGGI: *Professori titolari della Facoltà di Giurisprudenza* · GIUSEPPE CHIARELLI, GIULIANO ENRIQUES, CARLO ESPOSITO, BIAGIO PETROCELLI, CESARE SANFILIPPO, SALVATORE SATTA, VOLTRICO TRAVAGLINI: *Professori incaricati* .

Segretario di Redazione: Prof. G. ENRIQUES.



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
PADOVA 1934-XII

~~VI-1~~
6421

INDICE

CESARE SANFILIPPO: <i>Il metus nei negozi giuridici</i>	Pag. 1
CARLO ESPOSITO: <i>La validità delle leggi</i> »	197

PROPRIETÀ LETTERARIA

Printed in Italy

TIPOGRAFIA « LA GARANGOLA » (SOCIETÀ ANON.) - PADOVA, VIA S. PIETRO, 2

CESARE SANFILIPPO

IL METUS NEI NEGOZI GIURIDICI

INTRODUZIONE E RASSEGNA DELLA LETTERATURA

PARTE PRIMA

§ 1. — Premessa e posizione del problema.

1) - Un nuovo studio sulla violenza potrebbe apparire almeno superfluo, quando si pensi agli altri numerosissimi compiuti sullo stesso tema dai cultori del diritto romano. Ritengo dunque necessaria qualche osservazione preliminare che valga a giustificarlo.

È noto come nella materia in questione, come in tante altre del C. I. — per dire della maggior fonte di cognizione di cui disponiamo — grande è l'incertezza, la confusione, la contraddittorietà.

Poichè, per la sua stessa natura, la compilazione giustinianea ci si presenta come un organismo di struttura infinitamente complessa e varia, in cui si contrappongono, malgrado gli sforzi dei Commissarii, i più disparati elementi. Nel campo che ci proponiamo di studiare, poi, più che in altri, (1) vi sono testi che vanno verso direzioni

(1) *Mitteis, R. Priv. R., I, 236.*

completamente opposte. Da alcuni si deduce la perfetta validità del negozio forzato, da altri la nullità *ipso iure* e, fra questi estremi, molti testi dubbii, indecisi, equivoci (1).

Ora l'aspro contrasto delle fonti fu spiegato dagli interpreti anteriori al nostro secolo col metodo, instaurato dalla Glossa, di *regulae* e *fallentiae* o con la distinzione fra negozi *stricti iuris* e *b. fidei*. E, poichè anche fra i testi che parlano di negozi *stricti iuris* v'è contrasto, si fece ricorso ai così detti casi speciali (es. *dotis promissio*). Nes-

(1) Per questo il MIRREIS credette poter affermare, o. c. I, 237, che i giuristi classici non costruirono mai un regime completo della violenza. Tale affermazione, a nostro avviso, va presa con molta riserva. Tenteremo di dimostrare che i giuristi classici ebbero invece sul problema concetti chiari e precisi, e che, sulla base dello Editto pretorio, seppero organizzare fin nei più minuti particolari, il regolamento dei negozi giuridici viziati da *metus*.

Se è vero, come anche rileva il MIRREIS, (o. c. I, c.) che la terminologia a riguardo fu assai varia, ciò non toglie che la Giurisprudenza romana abbia avuto netta percezione del problema e delle sue soluzioni pratiche. Cfr. MESSINA-VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi* I. *Annali Perugia* 1922 estr. p. 89 n. 1.

Tale confusione ed incertezza delle fonti è stata causata piuttosto dall'attività interpolazionistica dei Compilatori, per i quali la precisione ed il valore delle singole espressioni non aveva più importanza alcuna.

Purtroppo l'incertezza delle fonti ha avuto il suo riflesso anche nella dottrina moderna; ad esempio nel nostro diritto v'è una vera confusione di concetti e di terminologia: nullità, inesistenza, invalidità, impugnabilità, rescindibilità, annullabilità d'un negozio. Tutti termini delle fonti romane. L'inconveniente fu rilevato già dal DE RUCCONO, *Ist. di dir. civ.*, 3^a ed. (1921) p. 286. Una diligente raccolta dei termini impiegati nel dir. rom. in materia di validità dei negozi è stata compiuta dallo HELLMANN, in *Die Terminologie d. R. Quellen in der Lehre der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt. voll. 23 e 24. In seguito la notissima rivista tedesca sarà citata con la sigla Z. S. S.

Purtroppo però, com'è noto, l'A. non diede al grande materiale raccolto un'elaborazione, che avrebbe potuto apportare ottimi frutti.

suno degli interpreti anteriori all'instaurarsi del nuovo metodo interpolazionistico avrebbe potuto sceverare la massa dei testi classici da quella dei testi giustiniani, per trarne la rappresentazione di due sistemi distinti.

Resasi ora possibile l'indagine, il confronto fra i due sistemi, classico e giustiniano, fu condotto a termine dallo SCHULZ, nel suo noto lavoro: *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*. (1).

L'autore invero avrebbe potuto por fine al secolare dibattito, se non avesse voluto ravvisare nel campo della violenza un esempio dell'arcaismo dei Compilatori, concludendo che il regime giustiniano costituisce un ritorno al classico, e chiudendo in tal modo l'adito ad ogni possibile spiegazione del contrasto delle fonti.

Ci è sembrato perciò di una certa utilità riprendere l'esame della questione per potere, battendo una via poco tracciata, rinvenire nell'evoluzione del diritto il fondamento delle contraddizioni e la soluzione del problema.

II) - Il quale si può con molta semplicità formulare così: Un negozio viziato da *metus*, è direttamente nullo, o soltanto annullabile? (2).

A questa domanda di importanza centrale per la teoria del negozio giuridico si è risposto diversamente dagli interpreti del C. I. a secondo delle tendenze delle varie scuole cui essi appartennero.

Dando uno sguardo sintenico alla letteratura esistente sull'argomento, si notano varie correnti che, scaturite

(1) Z. S. S., 43, 171 ss. (in seguito *Lehre* ecc.). Del lavoro dello SCHULZ è uscita solo la prima parte.

(2) Avverto qui, una volta per tutte, che per semplicità adopererò impropriamente il termine *annullabile* per designare un negozio valido per l'*ius civile*, ma paralizzato, nei suoi effetti, dall'intervento dei mezzi pretori.

dai primi interpreti e tramandate di scuola in scuola e di secolo in secolo, fino a noi, sono ancora vive nella letteratura contemporanea.

Un esame di queste correnti gioverà oltre che alla storia della dottrina, anche a una più esatta comprensione del problema e delle fonti (1).

§ 2. — La dottrina della Glossa e dei Comentatori.

1) - È noto come i Glossatori siano stati i migliori interpreti del C. I. per la profonda conoscenza dei testi e per la intelligenza piena del diritto giustiniano. Verso il diritto giustiniano infatti essi si orientarono costantemente, decisamente, pur attraverso incertezze, errori, confusioni inevitabili.

Vedremo tra breve, difatti, come errori e confusioni siano conseguenza del metodo seguito dalla Glossa e della sua povertà di cognizioni storiche.

È certo però che, dal punto di vista dommatico, le glosse sono ancor oggi ausilio prezioso per l'esegesi delle fonti giustiniane.

Nel campo della violenza, pur non riuscendo a liberarsi dalle numerose sopravvivenze classiche che fan velo alla dottrina accolta dai Compilatori, i Glossatori ebbero tuttavia l'intuizione del vero stato del diritto del VI secolo a riguardo; essi ebbero il merito d'individuare la nuova funzione dell'*exceptio* nella compilazione di Giustiniano (2) e di ammonire che, ben lungi dal noto signifi-

(1) Qui ricorderemo solo gli autori più importanti e più rappresentativi, per rendere il quadro più chiaro e l'esposizione più celere. Chi volesse avere un elenco che possiamo dire completo, potrà vedere SCHULMANN *Lehre vom Zwange* (Rostock 1861), p. 179-201.

(2) V. appresso, Cap. V § 3, I.

cato classico, l'*exceptio* è ivi una semplice allegazione di fatto, un controdiritto che il convenuto può far valere in ogni momento del giudizio.

Quali conseguenze non apporta il riconoscimento di questa trasformazione? Nel nostro campo, anzitutto, la nullità dei negozi forzati, verso la quale si rileva una larva e marcata tendenza in varie glosse e in acuti commenti di ACCURSTO e di altri interpreti.

Ma, per procedere con ordine, sarà bene iniziare questa breve rassegna col citare AZONE, il quale, commentando il noto fr. 21 § 5 D. 4.2, (1) non può fare a meno di dedurne (2):

« *Coacta voluntas voluntas est* ».

Ma poi, esaminando il fr. 21 § 3 eod. (3) che dichiara nulla la *dotis promissio*, si affretta a concludere:

« *Casu quodam est notandum quod ipso iure deficit contractus propter metum* » (4).

La visione del contrasto non può mancare, perchè esso è insito nelle fonti, e le due decisioni sono perciò messe accanto in posizione di equivalenza.

Più profondo nelle sue conclusioni è invece ACCURSTO, (commento alla stessa l. 21 § 5) che, come ognuno sa, riassume tutto il movimento scientifico della Glossa.

Egli afferma nella *gl.* « *heredem effici* » la validità del negozio a malgrado del *metus*: « *hic fit heres iure civili*,

(1) Paulus XI ad ed.: « *Si metu coactus adii hereditatem puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum ut abstinendi mihi potestas tribuatur* ».

(2) *Ad tit. Cod.* « *de his quae vi* » (2,19) *Summa AZONIS* (Venetiis 1584) p. 102,6.

(3) Fr. 21 § 3 D. 4,2: « *Si dos metu promissa sit non puto nasci obligationem, quia est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse* ».

(4) AZONIS *Summa l. c.*

quia vult licet coactus... non iure praetorio per quod datur sibi abstinendi facultas ».

Ma, da quanto segue immediatamente, si può rilevare come A. abbia avuto la visione chiara della sovrapposizione pratica dello *ius honorarium* al tramontante diritto quiritario, fino al trionfo deciso su questo.

L'acquisto del titolo di erede, limitato all'*ius civile*, è soltanto teorico, vuoto di contenuto e di efficacia pratica: il risultato ultimo del procedimento logico è la nullità dell'adizione fatta per violenza: « *imo non fit heres* ».

È, come vedremo, lo stesso procedimento deduttivo seguito nella prassi giudiziale dei secoli IV e V prima, e poi nella compilazione di Giustiniano.

Ma l'esegesi dei Glossatori doveva inceppare in un grave ostacolo: È noto come al fr. 21 § 5 si contrapponga nella decisione il fr. 6 § 7 D. 29.2, pel quale chi ha adito sotto la pressione del *metus* non diviene erede, e, se ser-vo, non fa erede il domino.

Perciò appunto su tale contraddizione si concentrano tutti gli sforzi dei glossatori, che, ligi alle disposizioni imperiali (1), si sforzavano di intendere le nascoste differenze delle fattispecie che originano la diversità delle decisioni.

I risultati di tali tentativi sono riassunti chiaramente nella *gl.* « *non fieri* » ad *h. l.*:

... « *Alii dicunt quod hic (sc. l. 6 § 7) de aequitate, ibi de rigore. Alii contra quod ibi de aequitate praetoria, hic de stricto iure id est civili. Alii non fit heres sc. cum effectu quia abstinet* ».

La prima è l'opinione dominante: « *Prima placet* », dice la Glossa. Ma, ciò non ostante, prospetta poi un'al-

(1) C. *Tenta* § 15.

tra spiegazione, ancora diversa, della anitesi fra le due leggi e cioè: ...« *hic fallens unde et si nullus fuisset metus non tenuisset aditio* ».

La causa della nullità, allora, non risiederebbe più nel *metus* ma nella simulazione.

Come si vede, la Glossa fa energici sforzi per costruire una dottrina unitaria, ma è incatenata dalla convinzione che tutti i testi hanno contenuto legislativo e minaccia di perdersi nel labirinto delle ipotesi.

I testi che conservano la rappresentazione del sistema classico (civile-pretorio) oscurano la visione del diritto giustiniano:

Nella *gl.* « *nihil consensui* » (ad l. 116 D. 50.17) è riconosciuto il valore del libero consenso come fondamento dei negozi; la Glossa dovrebbe dedurne la nullità dei negozi *b. f.* e a questa perviene per il dolo (ivi), ma, per la violenza, si lascia sopraffare dall'imponenza del sistema classico e conclude (ivi) « *Si ergo fiunt per metum rescinduntur per actionem q. m. c.* ».

La contraddizione sarebbe allora evidente con la l. 14 § 13 D. 4.2 per cui nel *metus* è insito il dolo: anche il negozio *b. f.* viziato da *metus* dovrebbe essere nullo *ipso iure* (1).

La Glossa invero è qui impegnata nel trovare la soluzione, ma è costretta ad un ripiego molto meschino: « *Respondi illud quod dicitur lege « et eleganter » est de dolo simpliciter cui metus non est mixtus* » (2).

L'espedito, come si vede, non regge: il *metus* porta con sé il dolo, un dolo vero e proprio che nulla deve aver di diverso da un *dolus simplex*.

(1) Così infatti in *gl.* « *ultam esse* » ad l. 21 § 3 D. q. m. c., Ma poi nello stesso luogo la Glossa recede subito dalla soluzione per un momento ammessa. Altro esempio di indecisione.

(2) *gl.* « *nihil consensui* » cit.

Ma, fra le varie incertezze che agitano la Glossa, riemerge la tendenza verso la nullità, riaffermata fortemente da ACCURSIO, nel commento alla legge 22 *de ritu nuptiarum*, in cui egli limita la portata della coazione ad un semplice *timor reverentialis* ed esclude perciò che si tratti di vero e proprio *metus*, « *quia tunc matrimonium-esset nullum* ». Il vero e proprio *metus* dunque, quello che sopprime il consenso, produce come effetto la nullità immediata, *ipso iure* del negozio, come ACCURSIO deduce dall' analogia con la legge 21, § 3 D. *quod m. c.* in cui viene considerata nulla la *promissio dotis* estorta con violenza.

Questo esempio evidente basterà a documentare in modo abbastanza probante come, pur tra le note oscillazioni, la dottrina della Glossa, nel suo complesso considerata, si orienti verso la nullità dei negozi forzati, cioè, come tenteremo di dimostrare, verso il diritto giustiniano.

II) - La stessa tendenza si riscontra naturalmente nei Commentatori; dico naturalmente, in quanto è noto il rapporto di dipendenza che li unisce in unica tradizione alle dottrine della Glossa. Uno degli esempi più luminosi ci è fornito da BARTOLO.

Dopo avere distinto i patti in nudi e vestiti, Egli afferma che questi ultimi: « *si quidem fiant per metum valent inspectu iure civili sed rescinduntur per praetorem beneficium eius edicti* », mentre i *nuda pacta*: « *si fiant per metum sunt ipso iure nulla* » (1). Però anche fra i negozi formali Egli ritrova dei casi di nullità: a proposito della *promissio* estorta in carcere (fr. 22 D. 4, 2) si uniforma alla decisione di Paolo, dicendo: « *promissio facta in carcere detinenti nullius est momenti* » (2). Nè mi si obbietti

(1) *Ad. l. 21 § 3 D. q. m. c. Comm. omnis iuris* (Ven. 1615) p. 127.

(2) *Ad l. 22 D. q. m. c., l. c.*

qui che la nullità affermata da BARTOLO si potrebbe spiegare col ritenere che Egli considerasse la *promissio* estorta in carcere come un caso di violenza fisica. L' obbligatione estorta mediante sequestro di persona non è mai estorta con violenza fisica, ma ci offre invece uno degli esempi più belli di *vis animo illata* (1). Ma, anche ammesso che questa sia stata la *ratio decidendi* di BARTOLO, tuttavia la tendenza verso la nullità dei negozi forzati non si bandisce dalla dottrina di BARTOLO, considerata come unità.

In altri passi invero la tendenza verso la nullità è evidente, non ostante inevitabili ondeggiamenti verso il sistema classico della validità.

Al celebre fr. 21 § 5 BARTOLO commenta infatti: « *coacta voluntas voluntas est, et ideo quem hereditati obligat, licet per hanc actionem restituitur* » (2).

Ma sul § 3 dello stesso fr. conclude: « *Contractus dotis factus metu est ipso iure nullus* ».

Perchè tale differenza? perchè la stipulazione dotale, se coatta, è nulla? Certo qui dal commento di BARTOLO non possiamo desumere alcuna risposta. La visione storica dell'evoluzione del regime del *metus* doveva necessariamente mancare. Tuttavia, sia pure senza poter giungere a una conclusione accettabile, i Glossatori avevano sentito vivamente il problema: La *gl. ullam esse ad h. l.* dice infatti che la *promissio* è nulla *ipso iure*: « *cum ergo metus dat causam contractui b. f. ipso iure nullus est contractus nam haec obligatio bonae fidei est* » (3).

(1) V. appresso, cap. II, § 3.

(2) Altro caso in cui BARTOLO si pronunzia a favore della validità è quello del *contrarius consensus* estorto con violenza v. la Glossa ad l. 21 § 4 D. 4, 2.

(3) Un altro esempio questo dell'orientamento verso il diritto giustiniano che la Glossa, pur fra molte incertezze, mantenne sempre nelle

Ma in seguito la stessa Glossa dice: « *vel dic quod contractus valet licet metus dederit causam, sed aliud in simpliciter dolo* » e allora, se si propende per questa seconda opinione, continua la Glossa, che cioè il semplice *metus* non annulli il *contractus bonae fidei*, bisogna concludere, « *et quod hic dicitur est speciale in dote sicut et alia sunt ibi specialia* » etc.

Le due spiegazioni del passo sono fra loro in forte opposizione, e il *vel* che le unisce suona invero illogico e fuori luogo. O il *metus* rende nulli i negozi *b. f.* o no; la scelta non è da rimettere all'arbitrio del lettore! Ad ogni modo se la motivazione è discutibile, la nullità è già affermata, nè potremo fare grave carico ai Glossatori e ai Comentatori della loro incertezza, quando si pensi che ancor oggi, dopo tante luminose scoperte, ci dibattiamo fra gli stessi problemi.

A BARTOLO seguono, nel tentativo di elaborare la dottrina della violenza, BALDO e BORTOLOMEO da SALICETO. Il primo in un commento alla l. 5 C. 8 39 scrive « *Dolus vel metus non reddunt contractum ipso iure nullum, sed annullandum* ». Il secondo « *Stip. facta dolo vel metu rescinditur* » (1). Ma tanto la decisione di BALDO quanto quella di BORTOLOMEO DI SAL. trovano il loro correttivo nella *gl.* « *si quidem* » a l. 9 Cod. 8,38: « *Promissi tibi pecuniam inductus per metum, non valet promissio* ».

« *Non valet* »: nullità diretta (2) senza menzione di mezzi pretorii.

sue costruzioni. E noto invero come la annessione alle *actiones b. f.* dell'*actio ex stipulatu* in materia dotale, sia una riforma introdotta da Giustiniano (cfr. Inst. IV, 6, 29 = c. 1 § 2 C. 5, 13).

(1) Cfr. la Glossa, *ad. h. l.*

(2) Almeno questo è il senso più usato dell'espressione nelle fonti romane cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* sub verb. *valere*.

I casi d'incertezza e confusione si ripetono e si susseguono numerosi, ma un ultimo esempio citeremo qui, per concludere, che, sebbene non si riferisca agli effetti del *metus* pure si riconnette alla nuova efficacia dell'*exceptio* nel dir. giustiniano, quale la seppero intuire la Glossa:

fr. 25 D. 45, 1:

POMPONIUS, *libro vicesimo ad Sabinum*:

« Si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeat, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, [quia superior quasi nulla sit exceptione obstante], » (1).

PAOLO DE CASTRO commenta (cfr. la Glossa *ad h. l.*):

« *Si prima stipulatio est inutilis, valet sequens stipulatio super eodem, quia continet utilitatem* ».

La stipulazione cui può opporsi una *exceptio* è considerata perciò *inutilis*, senza efficacia giuridica, colpita cioè da nullità diretta. L'effetto processuale è divenuto contenuto sostanziale del negozio (2).

III) - Dallo esame fatto dello stato della dottrina nella Glossa e nei Comentatori, si rileva insistente l'indirizzo verso il sistema giustiniano, libero dalla faticosa proce-

(1) Per la critica del testo v. appresso cap. III, § 2.

(2) *Inutilis* vuol dire *nullus*, come si rileva agevolmente da tutto il titolo III, 19 delle *Inst. imperiali* e dalla *gl.* « *inutilis* » *ad tit. Inst. de inut. stip.* § *at si quis* (Inst. III, 19 § 1) in cui la *stip. inutilis* è detta *contra ius* cioè nulla. Dei numerosi testi che si possono citare in questo senso v. qui per la *stipulatio* l. 1 § 9-11 D. 44,7; l. 110 pr. D. 45,1; l. 65 D. 46,1; altri casi in cui *inutilis* vale *nullus* sono in l. 29 § 1 D. 17,1; l. 8 D. 46,4; l. 82 § 5 D. 30; l. 25 § 6 D. 5,3; l. 1 § 3 D. 43,5. Sul significato di *inutilis* cfr. MIRREIS, *R. Priv.* R. I, 1238.

dura classica. Turbanze non mancano, ma esse sono dovute, come vedremo in seguito più chiaramente, al procedimento scientifico della Glossa e quindi dei post-Glossatori, che è appunto quello esegetico. Aderenza ai testi il più possibile con tendenza verso il diritto Giustiniano.

Gli sforzi per conciliare l'inconciliabile sono ammirabili, è vero, e i risultati raggiunti spesso notevoli, ma la visione sarebbe stata certo assai più piena ed organica se vi avesse collaborato il criterio storico che mancò del tutto a questi primi interpreti.

§ 3. — La dottrina della validità dei negozi forzati.

D) - Centro, invece, del movimento umanistico, il criterio storico avrebbe potuto illuminare definitivamente il nostro problema, se dagli Umanisti fosse stato impiegato con misura. È noto, invece, che i Culti, instaurando un nuovo indirizzo nello studio del diritto, non seppero trovare il punto d'equilibrio tra l'indagine storica e la valutazione reale del diritto pratico. Essi, invero, furono solo animati dalla rievocazione storica del diritto aureo di Roma, ed è perciò che dai loro scritti emerge una corrente mirante a porre in rilievo la parte classica del C. I.

La dottrina da essi sostenuta nel campo in esame può essere formulata così:

La volontà non è esclusa dal *metus* in quanto, anche sotto la pressione della minaccia, resta sempre al soggetto passivo la possibilità di scegliere: o concludere il negozio imposto, o subire il maggior male minacciato.

Se egli ha accettato di compiere il negozio: « *cogenti voluntatem subiecit et velle coepit quod antea nolebat.* » (cfr. l. 22 de ritu nupt.) *huius voluntatem cum mutaverit metus, non excludit consensum et ideo quod gessit ipso iure tenet, sed, quia libertatem soltem impedit, (cfr. l. 4.*

de R. I.) *ex aequitate edicti rescinditur quod gestum est* » (1).

Come ben si vede rivive qui tutto il sistema classico dell'annullabilità dei negozi in via processuale.

II) - Conciso e semplice l'ALCIATO, nei suoi *consilia*, enuncia la regola: « *dicit regulariter metus interveniens non annullat actum ipso iure, ...* » etc. (2). La concezione del Giurista è chiara, e il temperamento dato dal *regulariter* non è già indecisione, ma considerazione di alcuni casi sporadici da lui giudicati come « *fallentiae* » es. il matrimonio (3). S'inizia così con ALCIATO una lunga serie di Umanisti le cui opinioni in materia sono di una stante e monotona concordia. Di essi tuttavia sarà necessario ricordare i maggiori: DONELLO, anzitutto, che sul noto fr. 21 § 5 cit. poggia tutta la sua teoria (4) e, dopo avere fatto una ricostruzione completa dell'Editto *q. m. c.* (5), adduce come esempio delle sue affermazioni la *liberatio estorta metu* (6):

(1) Così, con molta chiarezza ed efficacia, TULDENVUS, *Comm. in Pand.* l. IV, Tit. 2 (Lovani 1702) I, 146.

(2) *Resp. Libris IX Dig. T. I, lib. I cons. V. n. 2* (Lugduni 1575).

(3) ALCIATI, *Resp.* ivi.

(4) Ci riferiamo qui alla dottrina più matura del DONELLO, che invece nel suo *Comm.* alle *Ist.* uscito nel 1583, cioè 12 anni prima di quello ad. *Pand.*, l'A. prendeva occasione dal § 29 *Inst. IV, 6*, per affermare la nullità dei negozi viziosi da *metus*. Niente di più naturale e di più logico infatti che l'avverarsi nel corso degli anni di successivi sviluppi e trasformazioni nell'opera di uno studioso o di un artista. Chè anzi il temperamento di se stessi è l'indice del vero ingegno. Molti grandi nomi ce ne forniscono un esempio. Pertanto anche per DONELLO va adottata la regola d'interpretazione da lui stesso ripetuta: « *Reconsistora validiora esse* ». (5) *Comm. De iure civili lib. XV, Opera* (Lucae 1764) IV, 358, cfr. LENEZ, *E. P.* 3^a, p. 110.

(6) *l. c.*, p. 373.

« *Qui debitorem liberavit, liberatione amisit actionem* » (§ « *per acceptilationem* » Inst. « *quib. mod. toll. obl.*.)
Nec obstat quod metu coactus dominus aut creditor id fecit.
Nam ut dixi initio, etsi, nisi cogereetur nollet, tamen coactus voluit » (l. *si mulier* § pen. q. m. c.) (1).

Naturalmente l'autorità di DONELLO, che è noto per essere stato fra i Culti il miglior sistematico e il più potente dommatico, viene a suffragare notevolmente la teoria della validità e a raccomandarla presso i giuristi posteriori.

Fra essi, in prima linea, A. FABRO, i cui *Rationalia* sono senza dubbio uno dei più interessanti documenti dell'indirizzo umanistico.

È noto l'entusiasmo con cui l'A. si è accostato alle fonti romane, nello intento di porre in onore gli elementi classici ivi contenuti; come Egli abbia sentito in modo vivo e immanente il diritto quiritario e come abbia sempre repudiato con grande intransigenza le alterazioni ad esso apportate da Giustiniano (2).

Il sistema dell'opera, come ognuno sa, consiste nel risolvere i problemi in esame mediante il contrapposto tra la *ratio dubitandi* e la *ratio decidendi*. A proposito del fr. 1 D. 4, 2, riproducente le parole dell'Editto: « *q. m. c. gestum erit ratum non habeo* », il FABRO comincia nella *ratio dubitandi* coll'argomentare (3): « Se in ogni contratto *sive re, sive verbis, sive consensu, sive literis*, è necessario il consenso (4), e se il consenso è escluso dal *metus* (l. 116 R. I.) perchè si richiede l'intervento del pretore col suo *ratum non habeo*? Il contratto è nullo *ipso iure* ».

(1) Fr. 21 § 5 cit.

(2) v. RICOZZO, *La verità sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano* (conf. pel XIV cent. Pand. Milano, « Vita e Pensiero » 1931) p. 278.

(3) Ad l. 1 D. 4, 2. *Rationalia* (Coloniae 1631) p. 278.

(4) E' evidente il richiamo alla legge 1 § 3 D. 2,14.

Ma ecco subito dopo la *Ratio decidendi*: Per quanto il consenso sia viziato, pure il negozio « *mero iure fatendum est tenere, et consequenter necessarium est auxilium praetoris ut quod contra bonos mores ita gestum est rescindatur per in integrum restitutionem, quia quod metus causa gestum erit, nullo tempore ratum habebit* » (1). Spero risulterà dal presente lavoro, come il contenuto della *ratio dubitandi*, altro non sia che diritto giustiniano, quello della *ratio decidendi* diritto classico.

Niente di strano, dunque se il FABRO, uno dei più rappresentativi fra i Culti, si sia determinato subito a favore del sistema classico.

A questa dottrina accede anche il WISSENBACH. Egli prende pure come punto di partenza il cit. fr. 21 § 5, e quindi il passo aristotelico da cui esso deriva (2), per affermare in una sua *disputatio* (3): *Negotium vi metusque gestum ipso iure valet et subsistit (mox rescindendus actione q. m. c. dicit l. 1 h. t.) ubi enim vis est et metus ibi etiam est consensus et voluntas si non libera et integra* (116 R. I.) *saltem coacta et remissa* ».

L'espressa dichiarazione che la volontà non è libera e integra ma bensì *coacta et remissa* non muta la decisione: pel diritto civile non importa che la dichiarazione delle parti sia spontanea e libera, ovvero estorta con violenza: ciò potrà essere preso se mai in considerazione dal pretore, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale.

Ancora un altro assertore della dottrina della validità lo rinveniamo fra gli olandesi: il VOET. Egli non ammette quei temperamenti sostenuti energicamente dal NOODT, di

(1) l. c.

(2) *Ethica*, I, 3.

(3) *Ad libros L. Pandectarum*. Disp. XIII (Lipsia, 1673), p. 99.

cui ci occuperemo fra breve, ma argomenta alla maniera degli umanisti nel modo seguente (1):

È vero che la legge 116 R. I. dice che il *metus* esclude il consenso, ma questa affermazione va riferita solo ad un *liberrimus assensus* poichè a questa legge stanno di contro il fr. 21 § 5 cit. di Paolo, e l'affermazione di Celso relativa alla validità delle *nuptiae* contratte *patre cogente* (2). Del resto la legge 116 R. I. appartiene all'opera *ad Edictum* di Ulpiano, e Ulp. si riferiva pertanto all'Editto.

La *sana ratio*, infine, spinge a ritenere che il soggetto passivo della violenza abbia consentito, scegliendo « *ex duobus malis minimum* ». Per questi motivi, il VOET conclude: (3) « *cum ergo illis quae metu gesta consensus adsit, consequens est ut regulariter non ipso iure nulla sint, sed subsistant donec rescindantur et suae restituantur aequitati per magistratum* ».

III) - Agli scrittori già ricordati fan seguito i pratici, lo STRYKIUS e lo STRUVIUS.

Indubbiamente, dal punto di vista pratico, il sistema della validità presenta pure dei vantaggi (4), primo fra tutti, quello di dare maggior garanzia nel commercio, sicchè la fiducia nella efficacia dei negozi, non venga troppo frequentemente e facilmente scossa.

Lo STRYKIUS afferma infatti che: « *per metum gesta stricto iure tenent, per actionem q. m. c. rescin-*

(1) *Ad tit. q. m. c. Comm. ad. Pand.* (Col. 1778), vol. I, p. 187.

(2) *L. 22. D. 23,2 cit.*

(3) *O. c. l. c., n. 2.*

(4) Cfr. BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* (Göttingen, 1831), p. 357, il quale sostiene che, guardando senza preconcetti alla realtà della vita, il sistema della nullità di un negozio viziato da *metus* o *dolus* è *höchst unpraktisch*.

duntur (1) e cioè la violenza: « *relinquit voluntati ad hoc sufficienti ut introducat negotium stricto iure validum ad producendum jus aliquod* » (2).

L'autore cita qui la celebre l. 21 § 5 definendo la volontà estorta come una *voluntas mixta*. Efficacissima rappresentazione di uno stato d'animo incerto e combattuto. Confuta quindi l'opinione di BUSIUS, il quale a proposito della l. 21 § 3 D. 4,2, sostiene in analogia al dolo: « *contractum b. f. cui metus causam dedit esse ipso iure nullum* » (3).

È una « *falsa hypothesis* » argomentare dal dolo, osserva lo STRYKIUS (4) perchè il dolo esclude del tutto il consenso, mentre il *metus* lascia una certa volontà, sopra detta *mixta* (5).

Come si vede la trattazione dello STRYKIUS è una delle più complete e unisce alla precisione dommatica la vivacità della polemica.

Ad essa fa seguito quella dello STRUVIUS, che afferma la necessità della *restitutio in integrum*: « *quia de iure civili contractus vi metue pactus, tanquam consensu iniustus valebat* » (6).

E anche lo STRUVIUS si occupa, sebbene meno ampiamente che lo STRYKIUS (7) della nullità dei neg. *b. f.*, rigettandola nettamente. La sua opinione in proposito è chiaramente espressa nella formulazione seguente che non ab-

(1) *Disp. IX, §. Opera Omnia.* (Franc. e Lipsia, 1743), X, p. 116.

(2) *Disp. IX, 4 b c, p. 117.*

(3) *Ad legem, 21 § 3 D. q. m. c.*

(4) *O. c. X, p. 117.*

(5) La stessa opinione, non potersi argomentare nel *metus* dal dolo, riguardo alla nullità dei negozi *b. f.* la riscontriamo già in VOET, *ad Pand.* I, p. 187.

(6) *Exerc. VIII syntagma jurispru.* (Franc e Lipsia, 1718), I, p. 427.

(7) *Exerc. XI.*

bisogna di commento: « *Non igitur contractus, sive b. f., sive stricti iuris sit, metu iniustus, ipso iure nullus est, sed, mediante restitutione rescindendus* » (1).

IV) - Agli Umanisti e ai pratici segue, nel sostenere la dottrina della validità, la scuola storica del sec. XIX. Nè ciò può sorprendere, quando si pensi che essa « riaffermò largamente la dottrina degli umanisti, con indagini sempre più estese e più profonde » (2).

Primo fra tutti, in ordine di tempo e d'importanza è da ricordare il SAVIGNY, il quale nel suo *System* afferma che: la volontà sembra a prima vista esclusa dalla violenza, mentre un più profondo esame mostra la erroneità di tale asserzione (3); solo l'immoralità contenuta nella violenza, spinge ad una reazione positiva che si concreta nella rescissione (4).

Le indagini filosofiche sul concetto speculativo di libertà non ci riguardano, dice il SAVIGNY (5), non hanno alcuna rilevanza giuridica.

Questo pensiero del SAVIGNY si ricollega a quello di BALDO (6) il quale, sebbene argomenti in favore di una tesi opposta, pure è anch'egli dell'avviso che si debba bandire dal campo strettamente giuridico ogni speculazione di carattere filosofico.

Dal punto di vista giuridico, continua il SAVIGNY, ciò che importa invece è sapere se al soggetto passivo rimanga

(1) O. c. I, p. 429.

(2) RICONONO, *Nihilismo critico-storico nel campo del diritto rom. e medioevale*. Annuario della R. Università di Palermo 1929-30, p. 11 (in seguito: *Nihilismo*).

(3) *System*, III, p. 100.

(4) Cfr. anche o. c. III, p. 108.

(5) O. c., III, p. 102.

(6) Ad I. 21 § 5 D. 4,2 *Comm.* (Ven. 1616), I, 229.

possibilità di scelta. Orbene egli ha libera elezione fra tre vie: accettare di compiere il negozio, difendersi, subire il male minacciato; la scelta è libera e la volontà non è, pertanto, esclusa (fr. 21 § 5 cit.) (1).

Sebbene determinatosi per la corrente della validità, pur tuttavia il SAVIGNY vide meglio d'ogni altri sia il problema generale dell'interpretazione del C. I. in relazione alla nostra indagine, sia alcuni punti assai rilevanti della dottrina della violenza. Così, ad esempio, quand'Egli enuncia l'avvenuta fusione della *i. i. r.* con l'*actio q. metus c.* e la posizione di mero ricordo che la *restitutio* ha nel diritto giustiniano (2).

Così, ancora, quando, a proposito della *in int. rest.*, afferma che nel sistema del diritto giustiniano le testimonianze arcaiche intorno al sistema pretorio dell'annullabilità non hanno altro valore che di pura reminiscenza, senza alcuna efficacia pratica (3).

Pur tuttavia il SAVIGNY privo com'era degli ausili che la critica moderna ha apportato all'analisi dei testi, ed influenzato largamente dalle tendenze della Scuola storica del sec. XVI, posto di fronte a numerose fonti che stabiliscono la validità dei negozi viziati da *metus*, non potè limitarne la portata al solo periodo classico, e si abbandonò alla corrente umanistica. Ciò era fatale. Così, ripetuto dal SAVIGNY, la dottrina della validità divenne il verbo per i seguaci della scuola storica, che, salvo epurute eccezioni (4), si possono annoverare tutti fra i sostenitori di quella opinione.

Così il BURCHARDI, la cui trattazione è un'esaltazione del senso pratico dei romani, degni di ammirazione per

(1) O. c., VII, p. 112.

(2) O. c., I, c.

(3) O. c., VII, p. 112-113.

(4) Si noti per tutte l'opera dello SCHLIEMANN, cit.

avere adottato il sistema della validità, e respinto il sistema poco pratico della nullità (1). Così anche il VANGEROW che afferma i negozi viziati da *metus* sia *b. f.* sia *stricti iuris* essere in diritto romano validi, salvo gli ausili concessi al danneggiato dal Pretore (2). Ciò vuol dire, aggiunge l'A., che i romani non escludono la volontà in tali casi (l. 21 § 5 D. 4,2 - 22 D. 23,2 - 21 § 4 D. 4,2).

Agli autori precedenti si aggiunge lo SCHLOSSMANN che s'occupa dell'argomento in un lavoro speciale (3) con ricchezza di dettagli e largo esame delle fonti e della letteratura.

Il risultato dell'indagine è il seguente: Secondo l'*ius strictum* la violenza non è presa in considerazione. L'*aequitas* invece, richiede che la si consideri (4), sì che la violenza assurge a momento giuridicamente rilevante solo mediante l'autorità giurisdizionale del magistrato (5). Pre- sa come regola la validità, i testi in cui il negozio forzato è dichiarato nullo non sono altro che eccezioni (6), così: *promissio dotis*, adizione d'eredità, testamento, *pollicitatio* (7).

Analogamente è la soluzione prospettata dallo CZYLARZ il quale ricollega all'*ius civile* la regola della validità, e all'*ius honorarium* quella dell'invalidità (8). Non trovo per-

(1) *Wiedereinsetzung* ecc., pp. 357-358.

(2) *Lehrbuch d. Pand.*, § 605 ann. 2.

(3) *Die Lehre vom Zwange* (Leipzig, 1874).

(4) L'A. distingue però i casi in cui l'*aequitas* è elevata a principio giuridico, ed in questi afferma la violenza esser presa in considerazione « *officio iudicis* », dai casi in cui l'*aequitas* ha importanza per la decisione del Pretore, in opposizione allo *ius strictum*, (c. c., p. 138).

(5) *O. c.*, p. 138.

(6) *O. c.*, p. 32.

(7) *O. c.*, pp. 33-64.

(8) *Jahrbuch für Dogmatik*, XIII, p. 13.

ciò in che consista l'originalità della soluzione proposta dallo CZYLARZ, si da meritare la lode dello SCHLOSSMANN per avere: « *den richtigen Weg betreten* » (1). Come moltissimi sostenitori della validità, infatti, lo CZYLARZ non risponde alla seguente obiezione: di fronte a un gruppo di testi, pur notevolissimo, che considera i negozi forzati validi, salvo l'intervento pretorio, gruppo di testi che fa da base alla teoria dello CZYLARZ, sta un'altro gruppo di fonti in cui i negozi in questione sono considerati nulli, senza menzione di rimedi pretori. Come spiegare questi testi?

Mi sembra quindi che con CZYLARZ siamo ancora ben lungi dalla giusta via.

Infine, a concludere la storia della corrente della validità, che vanta numerosissimi sostenitori, ricordiamo l'adesione ad essa fatta dal WINDSCHEID (2). L'illustre Pandettista assimila a quella dei negozi viziati da dolo la condizione dei negozi estorti con violenza, e dichiara gli uni e gli altri validi, perchè in essi v'è una reale dichiarazione di volontà (fr. 21 § 5 D. 4, 2); l'ordinamento giuridico concederà al danneggiato la sua protezione. La dichiarazione di volontà realmente avvenuta produce dunque i suoi effetti. La non rispondenza fra essa e l'effettiva intenzione del soggetto non è rilevante.

§ 4. — La dottrina della nullità dei neg. *b. fidei* forzati.

I) - Se la dottrina qui esposta è sostenuta da illustri e numerosi maestri del diritto romano, non meno illustri origini e sviluppi può vantare un'altra corrente che si svolge parallelamente alla precedente, costituendone un correttivo.

(1) *O. c.*, p. 4.

(2) *Lehrbuch d. Pand.*, I, p. 146.

Essa pone anzitutto come fondamento la distinzione ben nota tra negozi *b. f.* e *stricti iuris*, per trarne poi le conseguenze che seguono:

Il consenso, base dei negotia *b. fidei*, è escluso dal *metus*, come attesta la

l. 116 D. 50,17:

ULPIANUS, libro decimo primo ad edictum:

“ Nihil consensui tam contrarium est qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est ” (1).

E allora quale sarà l'effetto del *metus*, cioè della mancanza del consenso, sulla validità dei neg. *b. fidei*?

Si fa qui un'analogia con gli effetti del dolo: l'*exceptio doli* « *inest* » ai iudicia bonae fidei (2) e quindi il negozio è per se stesso nullo.

Ora, in base al

fr. 14 § 13 D. 4, 2:

ULPIANUS, libro decimo primo ad edictum:

“ eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est ”.

e quindi anche l'*exceptio metus inest* al iud. *b. f.* (3) e il negozio viziato da *metus* è nullo (4).

(1) Sul testo v. appresso cap. III § 6 e cap. V § 3, II.

(2) fr. 21 D. 24,3.

(3) Per la inerenza dell'*exc. metus* nei iud. *b. fidei*, (senza che l'A. ivi si occupi delle conseguenze di tale inerenza rispetto al problema della validità), v. la dimostrazione del BIGNON, *Iudicia b. fidei*. Annali del Sem. Giur. di Palermo, VII, p. 37. Sulla questione v. cap. I, § 6.

(4) Contro la nullità del negozio viziato da *metus*, dedotta dall'analogia col dolo, cfr. VOET, *ad Pand. ad tit. q. m. c.*, n. 2, vol. I, p. 187 e STAVKUS, o. c., Disp. IX, 4, *de operationibus metus in contractibus*, X, p. 117.

II) - Tale dottrina, almeno nella sua precisa formulazione, risale al CUIACIO, il quale la sostiene con molto vigore, come indubitata, quando con forza afferma (1):

« *regula est certissima dolum vel metum dantem causam contractui b. f. vitare contractum ipso iure, quia nihil est tam contrarium bonae fidei quam dolum aut metus..... Diversum est in contractibus stricti iuris. Necessaria enim est exceptio doli vel actio de dolo* ».

E altrove (2): « *ut dolum sic et metus profecto dans causam contractui b. fidei vitiat contractum ipso iure, cum et in metu insit dolum* ».

Le due motivazioni s'integrano a vicenda e formano la base attorno a cui si aggirano e costruiscono i fautori della dottrina dal CUIACIO in poi.

Primo fra tutti il NOODT, il quale, peraltro, non fa alcuna menzione dei precedenti della dottrina, anzi la presenta come innovazione tutta personale:

« *Mihi placet distinguere, dice l'A., utrum sit b. fidei negotium in quo dicitur metum intervenisse, an stricti iuris* » (3).

La conseguenza di tale distinzione sarebbe la validità dei negozi *stricti iuris* e la nullità dei *b. fidei*. L'A. ci fornisce la dimostrazione del suo asserto, ch'egli stesso dice con compiacenza essere fatta « *diligenter!* » (4), nel *liber singularis de forma emendandi doli mali* (5), citato poi dai giuristi posteriori quasi come origine della dottrina. Anzi io credo che il *liber singularis* del NOODT

(1) *Ad l. si quis* (36), *de verb. obl.* (45,1), opera (Prato, 1840), VI, p. 739.

(2) O. c. VI, 405.

(3) *Ad tit. q. m. c. Opera omnia* (Col. 1784) I, 85.

(4) I. c.

(5) o. c. I, 313.