

Riflessioni sul fondamento romanistico della diversa disciplina tra violenza del terzo e dolo del terzo nel Codice civile italiano

Reflections on the romanistic foundation of the different discipline between third-party violence and third-party malice in the Italian Civil code

Emanuela CALORE*

ABSTRACT: Il Codice civile italiano, come gran parte dei Codici civili moderni, prevede una diversa disciplina della violenza del terzo rispetto a quella del dolo del terzo. I lavori preparatori al Codice civile del 1942 mostrano il dibattito su questo tema e le ragioni che hanno condotto alla attuale versione degli articoli 1434 e 1439. La diversa disciplina risale al diritto romano, la cui analisi è utile per comprendere le possibili ragioni che ad essa hanno dato vita e per valutare se ancora oggi, al di là di una familiarità con la tradizione romanistica, sia o meno opportuno conservarla.

PAROLE CHIAVE: Violenza; dolo; terzo; contratto; Codice civile italiano.

* Professore associato di diritto romano e diritti dell'antichità presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Contacto: <calore@juris.uniroma2.it>. Fecha de recepción: 03/11/2023. Fecha de aprobación: 21/01/2024.

ABSTRACT: The Italian Civil Code, like most modern civil codes, provides for a different regulation of violence by a third party compared to that of fraud by a third party. The preparatory works for the Civil Code of 1942 show the debate on this topic and the reasons that led to the current version of articles 1434 and 1439. The different discipline dates back to Roman law, the analysis of which is useful for understanding the possible reasons that they gave life to it and to evaluate whether or not it is still appropriate to preserve it today, beyond a familiarity with the Roman tradition.

KEYWORDS: Violence; fraud; third party; contract; Italian Civil code.

I. LA VIOLENZA E IL DOLO DEL TERZO NEL CODICE CIVILE ITALIANO

A) LA VIOLENZA DEL TERZO

Il Codice civile italiano del 1942 nell'art. 1434 stabilisce che: “La violenza è causa di annullamento del contratto, anche se esercitata da un terzo”.

Nel caso in cui la violenza sia esercitata da un terzo¹ il Codice non richiede né la malafede, né la conoscenza di essa da parte del contraente che ne abbia tratto vantaggio².

L'attenzione del legislatore alla tutela della vittima di violenza, in modo simile al Cod. civ. del 1865³, è dunque molto alta⁴, soprattutto se rapportata alle implicazioni della norma per il contraente di buona fede, inconsapevole che la controparte è stata indotta alla conclusione del contratto dalla violenza esercitata da

¹ Su chi debba intendersi ‘terzo’ vd. FIGONE, Alberto, *La violenza*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 72 ss.

² Cass. 17.03.1954, n. 765, in *Giust. Civ.*, 1954, I, pp. 657 s.; Cass. 08.10.1954, n. 3464 in *Giust. Civ.*, 1954, II, pp. 2302 ss.; Cass. Civ., sez. lavoro, sent. n. 19974 del 10.08.2017; Cass. civ., sez. II, ord. n. 12058 del 13.04.2022.

³ Art. 1111 La violenza usata contro colui che ha contratta l'obbligazione, è causa di nullità, ancorché sia stata usata da una persona diversa da quella, a vantaggio della quale si è fatta la convenzione.

⁴ PETTI, Giovanni Battista, *La simulazione e l'invalidità del contratto*. Art. 1414-1469, Roma, Ed. Pem, 1984, p. 415. Vd. anche FIGONE, Alberto, *op. cit.*, pp. 73 ss.; GALLO, Paolo, *Il contratto*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 856 ss.

un terzo⁵. Per questo, una parte della dottrina⁶ dubita che la parificazione della violenza della controparte e quella del terzo possa avvenire senza limitazioni, essendo piuttosto -a suo avviso- opportuno che si distinguano i casi in cui l'altro contraente sia a conoscenza⁷ della violenza esercitata dal terzo e per lui vantaggiosa⁸, da quelli in cui ne sia ignaro⁹. Secondo un simile orientamento, pertanto, la lettura dell'art. 1434 c.c. andrebbe coordinata con l'art. 1445 c.c.¹⁰ e più in generale con lo spirito del Codice civile del 1942 volto a tutelare l'affidamento, così che la violenza del

⁵ La disciplina codicistica in merito alla violenza del terzo appare alla dottrina come una deroga ai principi in materia di affidamento. Vedi CORSARO, Luigi, "s.v. violenza (dir. civ.)", in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1994, p. 3; GALLO, Paolo, "s.v. violenza", in *Digesto delle discipline privatistiche*, XIX, Torino, Utet, 1999, p. 734.

⁶ REDENTI, Enrico, "La causa del contratto secondo il nostro codice", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 1950, p. 912; CORSARO, Luigi, *op. cit.*, p. 3.

⁷ In caso di connivenza vi è responsabilità della controparte, sulla cui natura cfr. Cass. 6 ottobre 1952, n. 2940, in *Foro italiano*, Repertorio, 1952, *Obbligazioni e contratti*, n. 410 e in *Foro italiano*, 75, 1952, I, pp. 1339 ss.

⁸ CARRESI, Franco, "La violenza nei contratti", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 16, 1962, pp. 412 ss. Su questo punto Carresi rinvia (p. 413, nt. 6) alla tradizione che risale al diritto romano e in particolare a D.4,2,14,3, di cui ci occuperemo in seguito (§ III.2.A.).

⁹ Anche qualche orientamento giurisprudenziale va in questo senso, cfr. Tribunale di Brescia 12.01.1953, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 51.2, 1953, p. 393. In merito a queste posizioni, vd. SCOGNAMIGLIO, Renato, "Note in tema di violenza morale", in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 51.2, 1953, p. 395, il quale sottolinea come sia sbagliato riconoscere la rilevanza della violenza «solo se ricorre accordo con la controparte o la violenza è esercitata anche nel suo interesse».

¹⁰ Art. 1445 c.c. Effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi. L'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati

terzo non riconoscibile all'altro contraente sarebbe irrilevante¹¹. Un'altra parte della dottrina, però, anche in considerazione della maggiore gravità della violenza rispetto al dolo, ritiene irrilevante per l'annullabilità del contratto l'ignoranza della violenza da parte del contraente che se ne sia avvantaggiato¹².

Al di là dell'annullamento del contratto viziato da violenza del terzo, la possibile connivenza di quest'ultimo con l'altro contraente rileva per l'esercizio della domanda di risarcimento del danno, che potrebbe accompagnarsi a quella di annullamento e di ripetizione di ciò che è stato corrisposto in esecuzione del contratto. La vittima di violenza, infatti, può proporre domanda di risarcimento del danno sia nei confronti del terzo che ha esercitato violenza, sia della controparte che ne era a conoscenza, ma sulla base di un

a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento.

È stato, però, a ragione rilevato (FIGONE, Alberto, *op. cit.*, p. 74) che questa norma riguardi gli effetti dell'annullamento 'nei confronti dei terzi', mentre l'art. 1434 c.c. «riflette direttamente l'annullamento del contratto tra le parti contraenti».

¹¹ In questo senso, SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 6a ed., Napoli, Jovene 1959, p. 167, per il quale la violenza «pregiudica la validità del negozio, tanto se proviene da colui al quale la dichiarazione è diretta, quanto se proviene da un terzo (art. 1434), anche all'insaputa dell'altra parte, purché, di regola, sia riconoscibile dalla stessa, come, nel silenzio della legge, esige l'unità del sistema». Santoro-Passarelli, però, nelle successive riflessioni sul tema, cambia orientamento. Vd. ID., *Dottrine generali del diritto civile*, 9 ed., Napoli, Jovene, 1997, p. 168.

¹² CAVALLO BORGIA, Rossella, "Art. 1434", in GALGANO, Francesco, *et al.*, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1998, pp. 342 ss. e nt. 11; CICERO, Cristiano, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2000, pp. 58 ss.; FIGONE, Alberto, *op. cit.*, pp. 73 ss.

diverso titolo di responsabilità, rispettivamente extracontrattuale e contrattuale¹³.

Anche il contraente di buona fede, in seguito all'annullamento del contratto per violenza del terzo, potrà agire contro l'autore della violenza per ottenere il risarcimento del danno, più precisamente del c.d. danno negativo¹⁴. Il contraente che non è a conoscenza della violenza del terzo, ma contro il quale quest'ultima è opponibile, inoltre, potrebbe agire ai sensi dell'art. 1338 c.c. per far valere la responsabilità della vittima di violenza, la quale potrà agire contro l'autore delle minacce ex art. 2043 c.c.¹⁵.

B) LA VIOLENZA POLITICA, AMBIENTALE, MAFIOSA COME VIOLENZA DEL TERZO?

Mentre la dottrina è concorde¹⁶ sul fatto che la violenza debba provenire da un'altra persona, dal momento che la sua rilevanza presuppone «in ogni caso un comportamento umano»¹⁷, il dibattito¹⁸ è aperto e la questione è più complessa per quanto riguarda la violenza politica, ambientale e mafiosa. Si tratta di ipotesi in cui si

¹³ FIGONE, Alberto, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴ Così, CARRESI, Franco, *op. cit.*, p. 413.

¹⁵ In questo senso, DEL PRATO, Enrico, "Violenza", in PAGLIANTINI, Stefano, *et al.* (curr.), *Scritti in onore di M. Comporti*, II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1000.

¹⁶ PETTI, Giovanni Battista, *op. cit.*, p. 412; FIGONE, Alberto, *op. cit.*, p. 73.

¹⁷ Così, GALLO, Paolo, "s.v. violenza", in *Digesto delle discipline privatistiche*, XIX, Torino, Utet, 1999, p. 733; cfr. anche CAVALLO BORGIA, Rossella, *op. cit.*, p. 328; DOGLIOTTI, Massimo- FIGONE, Alberto, "La violenza nel contratto", in *I contratti in generale*, XI, *Errore-Violenza-Dolo-Azione di annullamento*, Torino, Utet, 2000, pp. 229; 249 ss.

¹⁸ FIGONE, Alberto, *op. cit.*, pp. 73 e 76 ss.; DOGLIOTTI, Massimo- FIGONE, Alberto, *op. cit.*, pp. 233 ss.

potrebbe sostenere che la violenza non sia esercitata «da un terzo determinato, ma da tutto un ambiente, un clima, un'atmosfera»¹⁹.

La logica codicistica sembrerebbe non considerare il caso in cui a contrapporsi «sotto il profilo di una contrattazione violenta sia il singolo da una parte e una vera e propria organizzazione dall'altra»²⁰. Si ritiene che in questo caso alla concretizzazione della fattispecie prevista dall'art. 1434 c.c. manchi la minaccia da parte di un uomo, che caratterizzerebbe la violenza rispetto allo stato di pericolo²¹ (art. 1447 c.c.) e che l'essenzialità di tale requisito risalirebbe all'origine storica del rimedio contro la violenza, che sarebbe nato come uno strumento contro l'altrui atto illecito: «all'inizio, in diritto romano, prevale l'aspetto penale del rimedio contro l'autore, specialmente attraverso l'*exceptio* e poi l'*actio quod metus causa*, dirette personalmente contro l'autore della minaccia e influenti indirettamente sulle conseguenze del negozio»²².

¹⁹ DOGLIOTTI, Massimo, "La violenza", in ALPA, Guido-BESSONE, Mario (dirr.), *I contratti in generale*, IV.2, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Torino, Utet, 1991, p. 668; DOGLIOTTI, Massimo- FIGONE, Alberto, *op. cit.*, p. 233.

²⁰ MAZZARESE, Silvio, "Violenza mafiosa, violenza politica e violenza morale", in *Giurisprudenza Italiana*, 1974, II, p. 990, per il quale si tratterebbe di una logica del tutto coerente con il modello economico di stampo liberistico, nonché con il pensiero politico di stampo liberale.

²¹ KUPISCH, Berthold, "Considerazioni in materia di metus: l'*actio quod metus causa*", in VACCA, Letizia (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, Padova, Cedam, 2008, pp. 136 ss., ha ricondotto nella fattispecie dell'*a.q.m.c.* due Fallkonstellationen, che troverebbero un parallelismo rispettivamente nell'art. 1434 c.c. e nell'art. 1447 c.c., e precisamente: l'estorsione e lo stato di necessità.

²² In questi termini, a mio avviso con condivisibili, TRABUCCHI, Alberto, "s.v. violenza (vizio della volontà) (dir. vig.)", in *Novissimo Digesto italiano*, XX, Torino, Utet, 1975, p. 943. Per una diversa ricostruzione dei rimedi contro la violenza nel diritto romano, mi permetto di rinviare a CALORE, Emanuela,

Una parte minoritaria della dottrina²³, però, subito dopo la caduta del regime fascista, ha individuato, in collegamento con l'art. 1434 c.c. e in particolare con la fattispecie della violenza del terzo, la figura della 'violenza politica' che, laddove sia ravvisabile una minaccia effettivamente avvenuta, sarebbe stata in grado di invalidare il contratto.

La discussione della dottrina e della giurisprudenza su queste declinazioni della violenza morale è stata certamente aperta dalla disciplina codicistica della violenza del terzo, ma le obiezioni principali che sono state sollevate²⁴ rispetto a tale orientamento, che abbraccia anche le figure -sempre declinate dalla dottrina- della violenza ambientale e di quella mafiosa²⁵, sono incentrate sulla necessità, affinché la violenza sia considerabile rilevante, di una causa esterna (requisito della estrinsecità) e di un nesso causale diretto con il negozio, che invece spesso ne sarebbe una conse-

Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta, Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss. e alle osservazioni che seguiranno nel § III.

²³ Cfr. COTTINO, Valerio, "Violenza privata e violenza politica", in *Foro padano*, V, 1950, p. 1146; SCOGNAMIGLIO, Renato, *op. cit.*, pp. 386 ss., benché non richiami esplicitamente la 'violenza politica', il suo ragionamento giuridico fa pensare che tale forma di violenza fosse da lui ritenuta rilevante ai fini dell'annullabilità del negozio; JEMOLO, Arturo Carlo, "Metus ab intrinseco", in *Giurisprudenza italiana*, CXV, 1963, I.1, coll. 859 ss.; sul dibattito in dottrina cfr. DOGLIOTTI, Massimo, *op. cit.*, p. 668; CAVALLO BORGIA, Rossella, "Art. 1437", in GALGANO, Francesco, *et al.*, *op. cit.*, pp. 397 ss.

²⁴ TRABUCCHI, Alberto, "s.v. violenza", *op. cit.*, p. 951.

²⁵ In realtà se con MAZZARESE, Silvio, *op. cit.*, pp. 990 ss., si considera lo schema tradizionale della violenza morale come insufficiente e si giunge a individuare la figura della violenza politica, allora sembrerebbe che quest'ultima e quella mafiosa possano considerarsi come declinazioni della violenza ambientale; oppure le prime due come *species* del *genus* violenza ambientale. Per una discussione sull'opportunità di questa ultima distinzione, cfr. CAVALLO BORGIA, Rossella, "Art. 1437", *op. cit.*, p. 397.

guenza solamente mediata²⁶. In sostanza, si tratterebbe di una forma di violenza troppo generica e in quanto tale irrilevante²⁷.

La giurisprudenza²⁸ in alcuni casi ha riconosciuto rilevanza alla c.d. ‘violenza politica’ e ha ritenuto che per l’annullamento del contratto fosse sufficiente la sola conoscenza del fatto che in situazioni analoghe venissero irrogate sanzioni o rappresaglie²⁹. Secondo un maggioritario orientamento giurisprudenziale³⁰, in-

²⁶ La fattispecie della violenza politica sarebbe piuttosto un *metus ab intrinseco* e come tale irrilevante. JEMOLO, Arturo Carlo, *op. cit.*, col. 859, ritiene, però, che il *metus ab intrinseco* non sia invocato in modo corretto quando «vi sia un terzo prepotente, noto per le sue violenze, per i mali che ha inflitto a chi si è ribellato alla sua volontà» anche se «non abbia minacciato alcun male a quegli che si piega pavido al suo volere».

²⁷ Questa è la posizione di SANTORO-PASSARELLI, Francesco, “Violenza e annullamento del contratto”, in *Diritto e giurisprudenza*, 1947, p. 160 (= da cui si cita, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, pp. 267 ss.), il quale, nell’annotare la sentenza del Tribunale di Nap. 25.06.1947, n. 1255, rileva che da quest’ultima, benché parli di ‘minacce’, non risulti uno specifico episodio compiuto dagli esponenti fascisti che possa considerarsi una minaccia o che dal Tribunale sia qualificato come minaccia. Vd. Anche CARRESI, Franco, *op. cit.*, p. 415; D’AMICO, Giovanni, “s.v. violenza (dir. priv.)”, in *ED*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 865 ss.

²⁸ Trib. Napoli 25.06.1947, n. 1255 (annotata da Santoro-Passarelli, vd. *supra* nt. 27); Cass. 15.02.1950, n. 376, in *Foro padano*, V, 1950, p. 1146; Trib. Roma (sezione lavoro) 10.10.1951, in *Il diritto del lavoro*, XXVI, 1952, II, pp. 60 ss.; App. Venezia 18.08.1951, su cui Cass. 12.01.1953, n. 63, in *Foro italiano*, 76, 1953, I, pp. 1 ss.; Cass. 8 ottobre 1954, n. 3464 in *Giustizia Civile*, 1954, II, pp. 2302 ss.; Trib. Palermo, 07.03.1972, in *Giurisprudenza italiana*, 1974, I.2, pp. 986 ss., a proposito di un’ipotesi di violenza mafiosa (cfr. anche la nota di MAZZARESE, Silvio, *op. cit.*, pp. 990 ss.).

²⁹ App. Bologna 22.12.1958, in *Giustizia civile*, Repertorio, 1959, Obbligazioni e contratti, n. 503.

³⁰ App. Bologna 18.05.1948; Trib. Torino 27.03.1953, in *Monitor dei Tribunali*, 1953, 139; Cass. 05.05.1955, n. 1264; Cass. 10.06.1957 n. 2154; App.

vece, lo stato di intimidazione ‘generalizzato’, laddove la vittima non fornisca la prova di aver subito una violenza che risponda ai requisiti dell’art. 1435 c.c., non sarebbe in grado di condurre all’annullamento del contratto³¹.

C) IL DOLO DEL TERZO

Il primo comma dell’art. 1439 c.c., in modo simile al Codice civile it. del 1865 (art. 1115³²), prende in considerazione i raggiri impiegati da uno dei contraenti³³ per indurre l’altra parte alla conclusione del contratto: “Art. 1439, comma 1, Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l’altra parte non avrebbe contrattato”.

Bologna 22.12.1958; Cass. 21.03.1963, n. 697, in *Giurisprudenza it.*, CXV, 1963, I.1, pp. 858 ss.

³¹ In questo senso, vd. anche CANDIAN, Aurelio, “Aspetti della violenza morale come atto che invalida il consenso”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 26.1, 1951, pp. 171 ss., il quale avverte sul pericolo di confini evanescenti tra «gli atti propriamente costrittivi da un lato, e, dall’altro, la preoccupazione o rappresentazione soggettiva di atti costrittivi per parte della pretesa vittima» e sottolinea la rilevanza di un nesso causale tra la minaccia e l’evento.

³² Art. 1115 Il dolo è causa di nullità del contratto, quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali, che l’altro contraente senza di essi non avrebbe contrattato.

³³ Per TRABUCCHI, Alberto, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Cedam, 1937, pp. 423 ss., il riferimento al contraente vorrebbe indicare che il volere di una parte deve maturare grazie al raggio (in malafede) di colui il quale in qualche modo ha partecipato alla formazione del contratto; pertanto, seguendo questa logica, deve intendersi per contraente «soltanto colui che presta diretta la propria attività volitiva per la formazione del consenso», benchè non sia richiesto che il contraente autore del raggio ponga in essere esclusivamente e personalmente tutte le attività finalizzate al raggio.

A differenza del Cod. civ. ital. del 1865, però, quello del 1942 regola espressamente³⁴ il dolo del terzo nell'art. 1439, comma 2: "Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio".

Il dolo del terzo³⁵ rileva come causa invalidante se si verificano due presupposti: quello della conoscenza³⁶ del dolo da parte del contraente non *deceptus* e il conseguimento di un vantaggio da parte sua³⁷. Si deve, inoltre, osservare che tanto nel caso in cui il contratto sia stato annullato per dolo del terzo, quanto nel caso

³⁴ Tra i codici civili moderni, precedenti a quello italiano del 1942, non si tratta di una novità; per fare qualche esempio in ambito europeo, già il BGB (§ 123 [2]) e il Codice svizzero delle obbligazioni (art. 28 comma 2) contengono una espressa previsione sul dolo del terzo. In questa direzione si è mosso anche il Progetto italo-francese del Codice delle obbligazioni e dei contratti, il quale nell'art. 21 prevede che «il dolo è causa di annullabilità del contratto, quando i raggiri usati da uno dei contraenti, o da un terzo a sua conoscenza, siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato». Cfr. PONTORIERO, Ivano, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 170; 183. Per una panoramica sulla disciplina della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani, vd. CALORE, Emanuela, "La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei Codici civili latinoamericani", in *Roma e America. Diritto romano comune*, 27, 2009, pp. 133 ss.

³⁵ Sulla nozione di 'terzo', cfr. CAVALLO BORGIA, Rossella, "Art. 1439", in GALGANO, Francesco, *et al.*, *op. cit.*, pp. 479 ss.; CENDON, Paolo-GAUDINO, Luigi, "Il dolo nei contratti", in ALPA, Guido- BESSONE, Mario (dirr.), *I contratti in generale*, IV.2, Torino, Utet, 1991, pp. 717 s.; LOBUONO, Michele, "Art. 1439", in GABRIELLI, Enrico (dir.), *Commentario del Codice civile, Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469 bis, leggi collegate*, a cura di NAVARRETTA, Emanuela-ORESTANO, Andrea, Milano, Utet, 2011, p. 189.

³⁶ L'altra parte deve, quindi, aver effettivamente conosciuto l'inganno, non essendo sufficiente per l'operatività del secondo comma dell'art. 1439 c.c., la mera riconoscibilità.

³⁷ Vd. CAVALLO BORGIA, Rossella, "Art. 1439", *op. cit.*, pp. 476 ss.

in cui non sia stato annullato per via della buona fede del contraente, il terzo, autore dei raggiri, è tenuto al risarcimento del danno arrecato alla parte che, a causa del dolo, è stata indotta alla conclusione del contratto³⁸.

Come è stato rilevato in dottrina, è ‘emblematica’ la differenza, quando ad agire è un terzo, tra la disciplina della violenza e quella del dolo³⁹, che permane nonostante la previsione del secondo comma dell’art. 1439. Nel disciplinare il dolo del terzo il Cod. civ. it. del 1942 ha preferito l’interesse del contraente di buona fede, per non essere stato lui l’autore dei raggiri, a quello della vittima dell’inganno. Nel caso della violenza, invece, la tutela del contraente vittima di timore vince anche l’affidamento dell’altro contraente⁴⁰.

Per comprendere le ragioni della differente disciplina⁴¹ nell’attuale Cod. civ. it. è opportuno considerare i lavori preparatori che hanno portato alla sua redazione e poi ripercorrere le tappe fondamentali che, partendo dal diritto romano, hanno condotto alla stesura degli articoli 1434 e 1439 del c.c. italiano.

³⁸ CAVALLO BORGIA, Rossella, “Art. 1439”, *op. cit.*, p. 478, sottolinea che questa responsabilità di natura extracontrattuale può concorrere con quella precontrattuale della controparte, la quale era a conoscenza del raggirio per lei vantaggioso; si veda anche CENDON, Paolo-GAUDINO, Luigi, *op. cit.*, p. 719.

³⁹ FIGONE, Alberto, *op. cit.*, p. 74; cfr. anche CAVALLO BORGIA, Rossella, “Art. 1439”, *op. cit.*, pp. 443 ss.

⁴⁰ FIGONE, Alberto, *op. cit.*, p. 74.

⁴¹ Vd., per una più completa discussione dei criteri proposti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per la distinzione tra i due vizi della volontà, TRABUCCHI, Alberto, “s.v. violenza”, *op. cit.*, p. 952; ID., “s.v. dolo (diritto civile)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, Utet, 1975, p. 152; GAUDINO, Luigi, Il dolo negoziale, in CENDON, Paolo (cur.), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I contratti in generale*, XI, Torino, Utet, 2000, pp. 307 ss.

II. LA DISCUSSIONE SULLA VIOLENZA E SUL DOLO DEL TERZO NEI LAVORI PREPARATORI DEL CODICE CIVILE ITALIANO DEL 1942

A) IL PROGETTO MINISTERIALE DEL 1936 E IL TENTATIVO DI INNOVAZIONE DEL PROGETTO MINISTERIALE AVVIATO NEL 1939 E PRESENTATO NEL 1941

Il progetto del 1936 per il IV libro del Codice civile, relativo a obbligazioni e contratti, in continuità con il Codice civile del 1865, non differenziava in merito all'invalidità del contratto a seconda che la violenza fosse stata esercitata dal contraente o da un terzo; per il dolo, invece, prevedeva l'annullabilità del contratto qualora i raggiri impiegati dal terzo fossero noti all'altro contraente:

art. 17 (art. 1111 Cod. civ.) Violenza esercitata da terzo. La violenza esercitata contro colui che si è obbligato è causa di annullabilità, quand'anche sia stata esercitata da persona diversa da quella in favore della quale il contratto fu concluso.

art. 21 (art. 1115 Cod. civ.) Caratteri del dolo. Il dolo è causa di annullabilità del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti, o da un terzo a sua conoscenza, siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.

Il progetto, contenente questo articolato, fu presentato dalla Sottocommissione incaricata al ministro Solmi nell'agosto del 1936⁴².

Nel 1939, il Guardasigilli Grandi, ritirato, perché ritenuto ormai inattuale, il progetto del 1936 del Libro quarto, che coincideva -come esplicitamente precisato nella Relazione che lo presenta-

⁴² Commissione reale per la riforma dei codici, Sottocommissione per il codice civile, *Quarto Libro: Obbligazioni e contratti: progetto e relazione*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1936, pp. 5 ss.

va⁴³- con il testo concordato nel 1927 tra Italia e Francia, nominò un Comitato legislativo per la riforma dei codici; i lavori per l'elaborazione del nuovo progetto iniziarono nel settembre 1939⁴⁴.

Per quanto riguarda la violenza, la proposta del Comitato legislativo⁴⁵ fu di limitare la rilevanza della violenza del terzo per salvaguardare il contraente di buona fede e per avvicinare la disciplina della violenza a quella del dolo:

art. 202 (art. 1111 Cod. civ.) *violenza*. La violenza esercitata da un contraente contro l'altro dà diritto a chi l'ha subita di chiedere l'annullamento del contratto.

Quando la violenza è stata esercitata da un terzo, colui che l'ha subita può impugnare il contratto se l'altro contraente non era in buona fede.

art. 207 (art. 1115 Cod. civ.) *dolo*. Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.

Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se l'altro contraente non era in buona fede.

Per una corretta considerazione di tale proposta, si deve tenere conto del contesto storico-giuridico in cui essa matura. Nel «sistema giuridico fascista dei contratti» -si legge nella Relazione del Guardasigilli Dino Grandi- «il dogma della volontà ... deve

⁴³ Commissione reale per la riforma dei codici, *progetto e relazione*, op. cit., pp. 5 ss.

⁴⁴ Vid. *I lavori preparatori dei Codici italiani, Una bibliografia*, Roma, Biblioteca centrale giuridica, 2013, p. 7.

⁴⁵ Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari del Libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del Libro del lavoro*, II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1942, pp. 60 ss.

cedere al principio dell'affidamento»⁴⁶. In linea con tale orientamento è stato ritenuto che «la violenza esercitata dal terzo non può produrre annullamento di fronte al contraente di buona fede: in tal caso, l'unica azione che rimane al contraente che subì la violenza è quella di risarcimento del danno contro l'autore della minaccia»⁴⁷.

La diversa scelta che era stata adottata nel progetto del 1936 era spiegata dal Guardasigilli del 1941⁴⁸ con la valutazione della Commissione reale di dare importanza alla pericolosità sociale dell'esercizio della violenza, che non avrebbe dovuto permettere il conseguimento di effetti giuridici nemmeno nel caso in cui la violenza fosse stata esercitata da un terzo rispetto al contratto.

Nella stessa Relazione si osserva, invece, per il Progetto Ministeriale del 1941, che il contraente “che non è stato autore o complice della violenza, trae dalla normalità del contegno della controparte la fiducia nella regolare formazione del volere, e perciò non si intende perché debba risentire l'effetto dell'atto antisociale. Viceversa, se egli è stato consapevole della violenza, è giusto che questa gli si possa opporre: egli, allora, ha voluto approfittare dell'azione del terzo per ottenere il vantaggio del contratto, che altrimenti non avrebbe conseguito. In tale situazione psicologica, di affidamento non deve parlarsi”⁴⁹. In considerazione di queste riflessioni, si ritenne piuttosto opportuno⁵⁰ parificare la disciplina

⁴⁶ Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari del Libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del Libro del lavoro, I, Prefazione e relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi, Relazione al progetto del Libro delle obbligazioni*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1942, (in seguito *Relazione del Guardasigilli Grandi*) pp. 11 s., 87 ss.

⁴⁷ *Relazione del Guardasigilli Grandi, op. cit.*, § 179.

⁴⁸ *Relazione del Guardasigilli Grandi, op. cit.*, § 179.

⁴⁹ *Relazione del Guardasigilli Grandi, op. cit.*, § 179.

⁵⁰ *Relazione del Guardasigilli Grandi, op. cit.*, § 179.

della violenza del terzo a quella che la Commissione reale aveva previsto nel progetto del 1936 per il dolo del terzo (art. 21).

B) LA POSIZIONE DELLE COMMISSIONE DELLE ASSEMBLEE
LEGISLATIVE E GLI ARGOMENTI ADDOTTI NELLA
RELAZIONE MINISTERIALE

Il progetto ministeriale, presentato nel 1941, che -a differenza del Codice civile italiano del 1865- proponeva di riconoscere l'impugnativa per il caso di violenza del terzo solo nell'ipotesi in cui l'altro contraente non fosse in buona fede, incontrò un ostacolo nella Commissione delle assemblee legislative, che non appoggiò l'innovazione.

La Commissione delle assemblee legislative era consapevole⁵¹ del contrasto che, nella disciplina della violenza, si veniva ponendo tra il principio dell'affidamento e la pericolosità sociale della violenza. La prevalenza dell'uno o dell'altro aspetto aveva condotto rispettivamente al dettato dell'art. 202 del Progetto del 1941 e all'art. 1111 del Cod. civ. 1865; tuttavia, la Commissione ritenne di approvare il ripristino della disciplina contenuta nel Cod. civ. del 1865⁵² e sul punto le posizioni dei commissari, che risultano dal verbale, furono unanimi.

In seno alla Commissione nacque, invece, una discussione sulla innovazione che il progetto mirava ad apportare alla disciplina del dolo, rispetto all'art. 1115 del cod. civ. del 1865. Nell'intento di soddisfare la richiesta manifestata *de jure condendo* dalla dottrina, di parificare la disciplina del dolo a quella della violenza, il Progetto del 1941 stabiliva l'annullabilità del contratto per il dolo del terzo qualora la controparte fosse in mala fede. Tanto il relatore e senatore Anselmi quanto il senatore Piola Caselli ribadirono

⁵¹ Cfr. intervento di Anselmi in *Atti della Commissione delle assemblee legislative, Libro delle obbligazioni e alcune parti del libro V: "Della tutela dei diritti"*, Roma, Tip. del Senato del dott. G. Bardi, 1940, p. 136.

⁵² *Atti della Commissione delle assemblee legislative, op. cit.*, p. 136.

l'opportunità di differenziare la disciplina della violenza del terzo da quella del dolo del terzo, il primo ponendo l'accento sulla mancanza nel dolo di quel «concetto d'ordine pubblico costituito dalla pericolosità sociale del fatto»⁵³; il secondo richiamando il ruolo della «tradizione», la quale avrebbe voluto che «quando c'è la violenza il consenso manchi in modo assoluto, invece in caso di dolo o errore il consenso esiste quantunque sia viziato»⁵⁴.

Il tentativo di parificare completamente la disciplina della violenza del terzo a quella del dolo del terzo e viceversa non fu raggiunto. Infatti, nella Relazione ministeriale presentata nell'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del Codice civile, si legge:

La minaccia è causa di annullamento anche se proviene dal terzo (art. 1434), per quanto l'altro contraente sia stato in buona fede; non si è perciò soddisfatta l'aspirazione di chi avrebbe voluto che il contratto rimanesse valido nel caso di violenza del terzo non conosciuta dal contraente, com'è valido quando è stato determinato dal dolo del terzo se l'altro contraente non ne ebbe notizia (art. 1439, secondo comma). La diversa disciplina adottata circa gli effetti della violenza e del dolo proveniente da terzi, conforme alla tradizione e ai criteri accolti dalla maggior parte dei codici moderni, è sorretta da considerazioni di carattere sostanziale. La violenza agisce direttamente sulla libertà del volere, mentre il dolo opera sull'intelligenza che deve guidare il volere stesso. Come pressione diretta, la violenza influisce più gravemente e più irresistibilmente sul processo formativo della volontà; ed è quindi giusto dare, contro di essa, una protezione maggiore di quella che dà contro il dolo. Non viene tutelato l'affidamento che si era formato a causa dell'ignoranza dell'azione violenta del terzo, perché è eccessivo far prevalere le esigenze della buona fede di una parte, di fronte alla grave situazione anti-giuridica creata dalla minaccia

⁵³ *Atti della Commissione delle assemblee legislative, op. cit.*, p. 138.

⁵⁴ *Atti della Commissione delle Assemblee legislative, op. cit.*, p. 138.

nell'altra parte che ne è stata vittima; questa situazione ha in sé una antigiridicità senza dubbio maggiore di quella provocata dal dolo, il quale, in fondo, si risolve in un errore.⁵⁵

Tali motivazioni costituiscono un elemento importante per l'interpretazione dell'art. 1434 c.c. e per prendere posizione rispetto a quella parte della dottrina che -richiamandosi al principio dell'affidamento- propone una interpretazione restrittiva della disciplina codicistica della violenza del terzo. La Relazione ministeriale chiarisce che, secondo la valutazione della Commissione, la situazione antigiridica creata dalla minaccia incide pesantemente sulla libertà del volere e in quanto tale supera le esigenze di buona fede del contraente ignaro della violenza del terzo. Nella Relazione vi è anche un riferimento incidentale alla conformità della disciplina adottata dalla Commissione «alla tradizione e ai criteri accolti dalla maggior parte dei codici moderni». A proposito del riferimento alla conformità «alla tradizione» mi sembra opportuno verificare se, al di là di una corrispondente diversa disciplina nel diritto romano della violenza e del dolo (che emerge sul piano processuale dalla legittimazione passiva ai rimedi *metus causa* aperta anche a chi non è stato autore delle minacce e a quelli *doli causa* limitata all'autore dei raggiri) anche le considerazioni sostanziali del legislatore del 1942 siano avvicinabili a quelle che in particolare nell'esperienza romana condussero al sistema rimediiale introdotto dal pretore e se e in che misura possa ritenersi che le previsioni del Codice civile del 1942 si fondino sul diritto romano.

⁵⁵ *Relazione del Ministro Guardasigilli (Grandi) alla Maestà del Re Imperatore*, presentata nell'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del Codice civile, n. 653.

III. IL FONDAMENTO ROMANISTICO DELLA DIVERSA DISCIPLINA TRA VIOLENZA E DOLO DEL TERZO

A) LE CLAUSOLE EDITTALI «QUOD METUS CAUSA...» E «QUAE DOLO MALO...»

Il commento di Ulpiano alla clausola edittale «*Quod metus causa gestum erit, ratum non habebō*» mostra subito che il pretore con essa non mirasse a punire l'autore della violenza e che questo non fosse neppure il fine che voleva raggiungere con la concessione dei rimedi pretori a tale clausola connessi⁵⁶. Eloquenti sono le parole di Ulpiano riportate in D. 4,2,9,1: “*ULPIANUS 11 ad edictum. Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. [...]*”

Ulpiano osserva che il pretore, nella clausola edittale in esame, si è espresso in termini generali e con riferimento al fatto che è stata esercitata violenza (*et in rem loquitur*), senza, però, indicare chi abbia indotto il *metus* (*nec adicit a quo gestum*) e per questo l'editto può essere applicato tanto se ad esercitare la violenza sia stato un singolo, quanto se ad agire sia stato un popolo, un consiglio municipale, un collegio od una corporazione. La scelta della formulazione edittale, «*hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum*», apre la via alla costruzione *in rem scripta* dei rimedi pretori concessi *metus causa*.

⁵⁶ Come ho già sostenuto in CALORE, Emanuela, *Actio, op. cit.*, pp. 4 ss., a cui rimando per un approfondimento del tema, condivido la tesi di quella parte della dottrina romanistica che considera la clausola edittale riportata in D. 4,2,1 come introduttiva anche dell'*a.q.m.c.* In questo senso, più recentemente, vd. anche GAULHOFER, Julia, *Metus. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2019, pp. 94 ss.

Altrettanto eloquente è il commento ulpiano alla clausola editale «*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*», riportato in D. 4,3,1pr: “ULPIANUS 11 *ad edictum. Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa*”.

Il giurista, a differenza del commento alla clausola editale sul *metus*, relativamente a quella «*Quae dolo malo...*» precisa i soggetti rispetto ai quali il pretore vuole intervenire: *adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam*. Inoltre, Ulpiano sottolinea il motivo⁵⁷ che avrebbe indotto il pretore, in caso di dolo, a *iudicium dare*: evitare che ai *varios et dolosos* giunga un lucro dalla loro malizia e ai soggetti ingannati non derivi un danno dalla loro *simplicitas*.

B) LA DIVERSA COSTRUZIONE DELL' A.Q.M.C. E DELL' EXCEPTIO METUS RISPETTO A QUELLA DELL' ACTIO DE DOLO E DELL' EXCEPTIO DOLI

La costruzione in rem scripta dell'a.q.m.c.

Le considerazioni con le quali Ulpiano aveva iniziato⁵⁸ il commento alla formula dell'*a.q.m.c.* permettono di individuare gli argomenti che, sebbene da contestualizzare nell'epoca romana e formulati da una prospettiva processuale, potrebbero aver pesato sulla moderna disciplina della violenza morale.

⁵⁷ BRASIELLO, Ugo, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 1957, 51.

⁵⁸ LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, B. Tauchnitz, 1889, rist. Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, col. 463; diversamente, D'ORS, Alvaro, “El comentario de Ulpiano a los edictos del metus”, in *AHDE*, 51, 1981, p. 287.

D.4,2,14,3 ULPIANUS 11 *ad edictum*. *In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse, nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret. nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.*

La formula dell'*a.q.m.c.* non richiede l'indicazione della persona che ha esercitato la violenza; non rileva se ad indurre il *metus* sia stato colui che si è convenuto o un altro: infatti, l'attore deve solo provare che è stato vittima di violenza e che, a causa di questo, il convenuto, pure se estraneo ad essa, abbia conseguito un *lucrum*⁵⁹. Nel commento alla formula il giurista chiarisce anche che in caso di *metus*, non essendo necessario che si sappia chi lo ha indotto, *merito* l'attore non è costretto ad indicare (*designare*) chi ha esercitato su di lui la violenza. Piuttosto, è necessario e sufficiente che l'attore dimostri che ha rimesso formalmente un'obbligazione, che ha trasferito una *res* o comunque ha fatto qualcosa *metus causa* a favore di qualcuno e che da questo il convenuto ha tratto un vantaggio (*lucrum*). Inoltre, Ulpiano precisa che non deve sembrare iniquo condannare qualcuno nel quadruplo per il fatto di un altro (quindi per la violenza esercitata dal terzo), perché l'azione non è nel quadruplo nel suo momento iniziale, ma lo diventa in caso di mancata restituzione, quindi in caso di mancato ripristino dello stato *quo ante*.

⁵⁹ Come ho spiegato in CALORE, Emanuela, *Actio*, *op. cit.*, pp. 302 ss., l'autenticità del testo è stata fortemente posta in discussione dalla critica interpolazionistica, benché più recentemente, a ragione, la dottrina tenda a riconoscerne, a parte qualche punto, la classicità del contenuto.

Rispetto, quindi, ai richiami della dottrina civilistica⁶⁰ all'origine dei rimedi contro la violenza, per dimostrare che con essi si volesse colpire l'autore dell'illecito (dunque chi avesse esercitato la violenza), si deve ancora osservare che questo passaggio del commento ulpiano alla formula dell'*a.q.m.c.* è solo una delle diverse fonti⁶¹ che testimoniano piuttosto il contrario.

Un altro testo eloquente è quello in cui viene affermato che l'*a.q.m.c.* è una azione *in rem scripta*, cioè incentrata sul “fatto” che da qualcuno fosse stato indotto *metus* e non sull'autore della violenza: “D.4,2,9,8 ULPIANUS 11 *ad edictum. Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est [...] etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta*”.

Lasciando in questa sede da parte il complesso problema giuridico⁶² sotteso al caso discusso, mi preme osservare come sia legata al tema della legittimazione passiva all'*a.q.m.c.* la qualificazione di questa azione come “*in rem scripta*”, la quale rende possibile alla vittima di violenza l'esercizio dell'azione anche rispetto ad un soggetto, estraneo alla violenza, ma al quale *res pervenit*. Dal punto di vista del soggetto al quale è indotto timore, ciò ha un grande significato, in quanto egli ha maggiori possibilità di veder eliminati gli effetti dell'atto che gli è stato estorto.

⁶⁰ Mi riferisco a TRABUCCHI, Alberto, “s.v. violenza”, *op. cit.*, p. 943.

⁶¹ Vid. anche VIARO, Silvia, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 188 s. Non mi sembra, invece, riuscito a dimostrare un diverso intento dei rimedi pretori contro la violenza il lavoro di GAULHOFER, Julia, *op. cit.*, pp. 140 ss. Cfr. CALORE, Emanuela, “Recensione a Julia Gaulhofer, *Metus. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt (= Forschungen zum Römischen Recht 59)*, Böhlau, Wien 2018”, in *ZRG RA*, 137, 2020, pp. 388 ss.

⁶² Che ho affrontato in CALORE, Emanuela, *Actio*, *op. cit.*, pp. 313 ss.

La costruzione in personam scripta dell'actio de dolo

L'*actio de dolo* era un'azione pretoria, sussidiaria⁶³, concessa *causa cognita*, caratterizzata dalla presenza di una clausola restitutoria, grazie alla quale il convenuto avrebbe potuto riportare la situazione nello stato pristino, obbedendo allo *iussum iudicis*; in caso di non ottemperanza, sarebbe seguita la condanna al *simplum* dell'interesse dell'attore a che il dolo non si fosse verificato, aggravata dall'*infamia*⁶⁴. Come puntualmente sottolineato in dottrina, l'*actio de dolo* era stata introdotta «per riparare i danni causati dalla condotta fraudolenta di un soggetto, non necessariamente parte contrattuale, quando non fosse possibile ricorrere ad altri strumenti rimediali»⁶⁵.

L'*a.q.m.c.* era anch'essa un'azione pretoria, dotata di una clausola restitutoria, che, in caso di inottemperanza all'ordine di *restituere* del giudice, avrebbe comportato, durante il primo anno, la condanna al pagamento del quadruplo del valore della *res* estorta e, *post annum*, del *simplum*⁶⁶. A differenza dell'*a.q.m.c.*, però, l'*actio de dolo* richiedeva l'indicazione dell'autore del raggirio e la condanna comportava l'*infamia* del convenuto⁶⁷. Sulla differente

⁶³ Sul criterio della sussidiarietà, cfr. CURSI, Maria Floriana, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 26 ss.; 39 ss.

⁶⁴ KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, erst. Abschnitt, München, C.H. Beck, 1971, p. 246; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 238; CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, 25 ss.

⁶⁵ CURSI, Maria Floriana, "Nascita e sviluppo della categoria dei vizi della volontà: diritto romano e fondamenti del diritto europeo", in *Index* 50, 2022, p. 50.

⁶⁶ KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, *op. cit.*, 244 s.; TALAMANCA, Mario, *op. cit.*, p. 242; CALORE, Emanuela, *Actio*, *op. cit.*, 168 ss.; 261 ss.; VIARO, Silvia, *op. cit.*, pp. 39 ss.

⁶⁷ Sulle differenze tra queste due azioni, si veda anche KASER, Max, "Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus", in *ZRG RA*, 94,

costruzione delle due azioni si esprime chiaramente Ulpiano in D. 4,3,15,3: “ULPIANUS 11 *ad edictum*. *In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse*”.

La riconducibilità ad Ulpiano del testo in esame è stata fortemente messa in discussione⁶⁸, soprattutto dalla dottrina meno recente. Tuttavia, a ragione, si tende a riconoscerne la genuinità, quantomeno sostanziale⁶⁹.

Le differenze tra le due azioni, sopra evidenziate, sono strettamente connesse e non appaiono di poco conto, perché mostrano l'obiettivo parzialmente diverso che il pretore con i due rimedi voleva raggiungere e, implicitamente, la diversa rilevanza che egli assegnava rispettivamente al *dolus* e alla violenza del terzo. In caso di dolo poteva essere convenuto con l'azione solo l'autore dei raggiri e, pertanto, grazie alla clausola restitutiva, sarebbe stato possibile eliminare gli effetti dell'atto compiuto per dolo se autrice dei raggiri fosse stata la controparte stessa, la quale, obbedendo allo

1977, p. 145.

⁶⁸ BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1910, p. 76; ALBERTARIO, Emilio, “Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede”, in *Studi di diritto romano del Prof. Emilio Albertario*, IV, Milano, Giuffrè, 1946, p. 308, nt. 1; SCHULZ, Fritz, *op. cit.*, p. 249; VON LÜBTOW, Ulrich, *Der Ediktstitel «Quod metus causa gestum erit»*, Greifswald, L. Bamberg, 1932, p. 121; LONGO, Giannetto, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, Cedam, 1937, p. 71.

⁶⁹ HARTKAMP, Arthur Severijn, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, Hakkert, 1971, p. 206. Per i motivi a sostegno di questo orientamento, vd. CALORE, Emanuela, *Actio*, *op. cit.*, pp. 311 ss. Una lettura attenta e senza preconcetti non può non considerare che se l'intentio dell'*actio de dolo* e della *q.m.c.* non fosse stata costruita in modo diverso, Ulpiano non avrebbe avuto alcun motivo di puntualizzare e ribadire la costruzione *in personam scripta*, di un'*actio in personam* quale era l'*actio de dolo*. In questo senso anche MAIER, Georg H., *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin, De Gruyter, 1932, pp. 121 e s.; HARTKAMP, Arthur Severijn, *op. cit.*, p. 206.

iussum iudicis, avesse riportato la situazione nello stato pristino; oppure effetti nella pratica simili, ma per ovvi motivi più rari, si sarebbero potuti conseguire quando per dolo di un terzo si fosse compiuto un certo atto, il cui oggetto fosse poi giunto al terzo, autore del dolo⁷⁰; diversamente, l'*actio de dolo* contro il terzo rispetto all'atto ma autore del dolo avrebbe avuto per il soggetto ingannato solo l'effetto di recuperare la perdita economica. Le fattispecie per le quali si sente l'esigenza di creare l'*actio de dolo* riguardano -non raramente- proprio il dolo di colui che non è stato parte contrattuale e questo dato è in linea con la sussidiarietà del rimedio, che vuole riportare la situazione nello stato *quo ante* e reintegrare il patrimonio altrui danneggiato dal comportamento doloso (anche di un terzo), quando altri strumenti rimediali non vi siano o non siano in grado di raggiungere tale effetto⁷¹.

⁷⁰ FRANSEN, Gérard, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques. Évolution des doctrines et système du code canonique*, Gembloux, J. Duculot, 1946, pp. 7 ss.

⁷¹ Per un più completo quadro dell'incidenza del dolo del terzo sul contratto nell'esperienza romana, si deve anche considerare lo *ius controversum* maturato dalla discussione dei giuristi sui diversi casi loro sottoposti. Un esempio significativo, sul quale non a caso si è soffermata anche la rilettura delle fonti romane, a partire da quella medievale, è il caso, discusso da Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,3,7pr., di un minore di venticinque anni che a causa del dolo del proprio servo vendette quest'ultimo con il peculio ed il compratore, poi, lo manomise. Ulpiano, in tale testo, riporta l'opinione di Giuliano, secondo il quale il venditore avrebbe potuto agire con l'*actio de dolo* contro il servo liberato (quindi contro l'autore dei raggiri), oppure si sarebbe dovuta considerare nulla la vendita (nel senso che non si sarebbe integrata la fattispecie contrattuale), se il venditore fosse stato ingannato sul fatto stesso del concludere la vendita. In questo senso CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, p. 78, la quale opportunamente sottolinea che la nullità della vendita nella seconda situazione sia spiegabile con il fatto che «il dolo orienta proprio la decisione del minore di vendere o meno lo schiavo». Sull'opinione di Giuliano e sulle sue implicazioni, cfr. anche VAN OVEN, Julius Christiaan, “D. 4,3,7, pr. Contribution à l'histoire

In caso di violenza, invece, l'azione poteva essere esercitata contro chiunque avesse tratto un *lucrum* da quanto compiuto *metus causa* dalla vittima di violenza, anche se il timore non fosse stato da lui indotto e ciò rende esplicito l'intento del pretore di non far conseguire effetti anche ad un negozio posto in essere a causa della violenza di un terzo.

C) LA FORMULAZIONE IN REM SCRIPTA DELL'EXCEPTIO
METUS E QUELLA IN PERSONAM SCRIPTA
DELL'EXCEPTIO DOLI

Ulpiano in un altro testo del commento all'editto mette a confronto la costruzione *in rem scripta* di un rimedio pretorio contro il *metus* (l'*exceptio metus*) e quella *in personam scripta* di un rimedio pretorio contro il dolo (l'*exceptio doli*):

D.44,4,4,33 ULPIANUS 76 *ad edictum*. *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est [...].*

du dol dans les conventions”, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 275 ss.; BRUTTI, Massimo, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 20 ss.; MARTENS, Sebastian, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 87 s., in particolare 88, nt. 34; FERCIA, Riccardo, “Il contratto annullabile e la sua ‘ombra’: invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema”, in GAROFALO, Luigi (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, II, Padova, Cedam, 2011, pp. 558 ss.; DALLA MASSARA, Tommaso, “Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente”, in GAROFALO, Luigi (a cura di), *Actio in rem, op. cit.*, pp. 648 ss.

Ulpiano ricorda che Cassio, probabilmente da identificare con il giurista che fu pretore nel 27 d.C.⁷², non aveva proposto nel suo editto l'*exceptio metus*, ritenendo sufficiente l'*exceptio doli, quae est generalis*⁷³. Pur affermando, come è stato fatto⁷⁴, che la posizione di Cassio si possa spiegare con la circostanza che egli ragionasse in termini di *dolus praesens* e con la logica dello *ius controversum*, ci si deve chiedere quali sarebbero state, per la rilevanza del *metus*, le conseguenze derivanti da una inclusione della tutela avente ad oggetto l'estorsione di un atto nell'*exceptio doli praesentis*. Innanzitutto, ne sarebbe determinata l'inclusione concettuale

⁷² In dottrina è stata avanzata l'ipotesi che il Cassio di cui parla Ulpiano sia da identificare con il giurista Gaio Cassio Longino, che ricoprì la pretura nel 27 d.C. Così: GIRARD, Paul Frédéric, "La date de la loi Aebutia", in *ZRG RA*, 14, 1893, pp. 26 e 27, nt. 1; SCHULZ, Fritz, *op. cit.*, p. 226; VON LÜBTOW, Ulrich, *op. cit.*, p. 97; MASCHI, Carlo Alberto, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, Giuffrè, 1966², p. 658; FIORI, Roberto, "Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini", in GAROFALO, Luigi (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, p. 66; più dubbiosi: PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, 1, rist. dell'ed. Halle, 1900, Aalen, Scientia, 1963, p. 199; BURDESE, Alberto, "L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone", in GAROFALO, Luigi (cur.), *L'eccezione, op. cit.*, p. 95.

⁷³ Diverse sono le argomentazioni che si sono utilizzate per spiegare la decisione di Cassio. Cfr. SCHULZ, Fritz, *op. cit.*, p. 226; VON LÜBTOW, Ulrich, *op. cit.*, pp. 97 ss.; HARTKAMP, Arthur Severijn, *op. cit.*, p. 271; MACCORMACK, Geoffrey, "Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)", in *SDHI*, 52, 1986, p. 256; CALORE, Emanuela, *Actio, op. cit.*, pp. 157 ss. e nt. 86; GAULHOFER, Julia, *op. cit.*, pp. 148 ss.

⁷⁴ Così FIORI, Roberto, *op. cit.*, pp. 66 ss. Si veda anche la spiegazione della posizione di Cassio proposta da KUPISCH, Berthold, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin, De Gruyter, 1974, 170 ss., (accolta da KASER, Max, "Zur in integrum restitutio", *op. cit.*, pp. 131 e 132 ss.

del *metus* nel *dolus*, che sembrerebbe ricavarsi anche da Ulp. 11 *ad ed.* D.4,2,14,13⁷⁵, sebbene in questo caso si riconoscano entrambe le azioni, sia l'*a.q.m.c.* che l'*actio de dolo*, con la precisazione che una volta esercitata l'una si consuma l'altra. Inoltre, ne sarebbe determinata la limitazione della tutela per la vittima di violenza alle ipotesi in cui l'attore fosse stato a conoscenza del *metus* subito dal convenuto e avesse cionondimeno agito (*dolus praesens*), mentre per l'*exceptio metus in rem scripta* una simile conoscenza da parte dell'attore sarebbe stata irrilevante. Ciò considerato, la posizione di Cassio avrebbe offerto una minore e più debole tutela alla vittima di violenza.

Ulpiano prende le mosse da questa particolare posizione di Cassio per sottolineare, invece, l'opportunità della previsione nell'editto anche dell'*exceptio metus*, soprattutto in considerazione della differente formulazione di quest'ultima rispetto all'*exceptio doli*. La prima, infatti, essendo *in rem scripta*, non avrebbe richiesto l'indicazione del nome dell'autore della *vis*, con la conseguenza che per la decisione della lite sarebbe stato sufficiente provare che quanto dedotto in giudizio fosse stato compiuto *metus causa*. L'*exceptio doli*, invece, richiede che sia indicata la persona che fece dolo.

Da ciò si ricava che l'*exceptio doli*, come l'*actio de dolo*, fosse utilizzabile contro l'autore del dolo⁷⁶, che per l'*exceptio* sarebbe di

⁷⁵ D.4,2,14,13 Ulp. 11 *ad ed.* *Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.*

⁷⁶ Si veda KASER, Max, *Das römische Privatrecht*², I, *op. cit.*, p. 246, nt. 43; BRUTTI, Massimo, *op. cit.*, II, p. 725. Si deve, però, precisare che vi sono delle ipotesi, note ai giuristi e da questi discusse (si veda, ad esempio, Ulp. 76 *ad ed.* D.44,4,2,1; D.44,4,4,18; D.44,4,4,19), in cui il convenuto poteva eccipire il dolo di un soggetto diverso dall'attore, non propriamente considerabile come 'terzo' (si pensi al dolo del tutore oppure del procuratore). Cfr. GÉRARD, Henri, *Du dol de ses effets dans la formation des contrats en droit romain et en droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883, p. 24; BENÖHR, Hans-Peter, „Arglist und

regola dovuto coincidere con l'attore, come si legge anche in Ulp. 76 *ad ed. D.* 44,4,2,1 «*si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*».

IV. DALLA RILETTURA MEDIEVALE DELLE FONTI ROMANE AI RINVII ALLA “TRADIZIONE” NEI LAVORI PREPARATORI DEL CODICE CIVILE ITALIANO DEL 1942

Anche senza affrontare in questa sede in modo approfondito la rilettura che, a partire dai glossatori, ha investito le fonti romane in ambito di violenza e dolo e che con il giusnaturalismo è giunta alla piena maturazione della violenza e del dolo come vizi della volontà⁷⁷, alcune considerazioni si rendono necessarie.

Nonostante i diversi tentativi, riscontrabili a partire dai glossatori, di superare la diversa incidenza della violenza e del dolo del terzo sul contratto, è individuabile un legame tra la costruzione, rispettivamente *in rem scripta* e *in personam scripta*, dei rimedi pretori *metus causa* e *de dolo*⁷⁸ e la differente incidenza della vio-

Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte“, in *ZRG RA*, 87, 1970, pp. 123 ss.; KNÜTEL, Rolf, “Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht“, in *ZRG RA*, 100, 1983, pp. 340 e 441 ss.; ID., “Dolus tutoris pupillo non nocet“, in BENÖHR, Hans-Peter, *et al.* (Hrsgg.), *Iuris professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien, Böhlau, 1986, pp. 101 ss.; MARTENS, Sebastian, *op. cit.*, pp. 77 e s. In ogni caso, come precisa anche BURDESE, Alberto, *op. cit.*, p. 95, «l'*exceptio doli* richiede la indicazione della persona (in via di principio della controparte processuale) autrice del dolo».

⁷⁷ Vd., tra i contributi più recenti, CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, pp. 133 ss.; EAD., “Nascita“, *op. cit.*, pp. 44 ss.; PONTORIERO, Ivano, *op. cit.*, pp. 109 ss.

⁷⁸ Rispetto ai quali talvolta si dichiarava esplicitamente di non comprendere le ragioni della diversa costruzione processuale, cfr. BARTOLI A SAXO-FERRATO *In primam Digesti veteris partem commentaria*, in *Opera*, I, Venetiis, apud Bernardum Iuntam, & fratres, 1575, *ad D.*4,3,15,3, f. 130 r.

lenza del terzo e del dolo del terzo sulla annullabilità del contratto prevista dal Codice civile italiano, in modo simile a molti altri Codici civili moderni⁷⁹.

La considerazione delle particolari modalità attraverso le quali solitamente si induceva *metus*, che, a differenza del modo in cui si ingannava qualcuno, spesso lasciavano ignoto l'autore, ha pesato molto nella riflessione dei glossatori e in quella successiva (nella *Glossa ad ignorantiam* si legge «...*ignorare possum quis vim mihi fecerit, cum talia fiant de nocte, vel in multitudine hominum*»⁸⁰), tuttavia un tentativo di superamento della diversa disciplina della violenza e del dolo può essere colto già nella posizione di Bulga-

⁷⁹ Cfr. CALORE, Emanuela, “La caratteristica”, *op. cit.*, pp. 133 ss.; PONTORIERO, Ivano, *op. cit.*, pp. 139 ss.

⁸⁰ *Glossa ignorantiam ad D.4,2,14,3*. Vd. anche ODOFREDI *Lectura super digesto novo*, Lugduni, 1552, rist. Bologna, Forni, 1968, *ad D. 44,4,4,33*: *metus sit de nocte ... sed dolus fit semper de die cum blanditiis, et non de nocte, vel cum rumore*. L'attenzione sulle diverse modalità in cui vengono esercitati la violenza e il dolo permane anche nei commentatori e poi negli umanisti: DE BELLEPERCHE, Pierre, *Commentaria in Digestum novum. Repetitiones variae*, Francofurti ad Moenum, 1571, rist. Bologna, Forni, 1968, *ad D. 44,4,4,33*: *dolus semper infertur à personis, non ignotis, sed cognitis, ut subtilius possint recipere, ut supra D. 4,3,1 & ideo, qui de dolo agit, dolum certae personae tenetur redarguere, sed metus. Infertur à personis ignotis de nocte, si iura cogent, quod factum certae personae argueret, esse praeiudicium generare, illi, qui metum passus est, ideo sufficit metum arguere illatum*; BALDI UBALDI PERUSINI *iuris consulti*, in *Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1599, *ad D.4,2,14,3*, 215v.; DUARENI *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum*, in *Opera omnia*, I, Lucae, Typis Josephi Rocchi, 1765, *Tit. de dolo malo*, cap. II, 148: «... Is cui per vim aliquid aufertur, justam habet causam ignorantiae: in ea enim trepidatione vix scire potest, quid sibi auferatur. ... quod non item de dolo dici potest. Datur ergo haec actio adversus dolosum tantum»; DONELLI *Commentariorum de iure civili*, IV, in *Opera omnia*, Florentiae, ad Signum Clus, 1842, *de iure civili lib. XV, cap. XLI (de dolo)*, § I, 408. Per una più ampia panoramica, si veda MARTENS, Sebastian, *op. cit.*, pp. 80 ss.

ro⁸¹. Egli, prendendo le mosse da D.4,3,7pr.⁸² e D.4,3,37, ritenuta la nullità della vendita in un caso di dolo, senza chiarire se ad agire con dolo fosse il terzo o la controparte⁸³, afferma che, qualora la cosa venduta sia stata trasferita, si possa agire con l'*actio de dolo* per *infirmare* la *traditio* (e cercare di riottenere la *res tradita*)⁸⁴:

(...) Cum enim nulla sit venditio, cui dolus causam dederit, ex contractu neque experiri neque conveniri poteris, utpote cum venditio turpis est, ut nemo ex ea actionem daturus sit. ... Unde talis venditio non immerito ab initio quasi infirma in digestis titulo de dolo duabus legibus 'et eleganter Pomponius' [D.4,3,7pr.] et in ea 'quod venditor ut commendet dicit' [D.4,3,37] asseritur et ex contractu actio denegatur. Et, ut supra dictum est, si precessit venditio ut infirma, sequitur traditio ut infirmanda.

Mentre nel diritto romano la soluzione prospettata da Giuliano -riportato da Ulpiano (D.4,3,7pr.)- di considerare *nulla* la *venditio* in una ipotesi di dolo del terzo era verosimilmente dettata dallo specifico caso discusso⁸⁵, tanto che in D.4,3,37 autore del dolo era l'altro contraente, e l'*actio de dolo* avrebbe potuto essere esperita contro il manomesso, autore dei raggiri, Bulgaro sembra non avvertire la necessità di chiarire chi debba essere l'autore del dolo e, ritenuta la nullità della vendita, prospetta la possibilità di agire con l'*actio de dolo* qualora la cosa venduta sia stata trasferi-

⁸¹ BULGARI *de dolo summula*, in *Opuscula Bulgari*, in KANTOROWICZ, Hermann-BUCKLAND, William Warwick (edd.), *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge 1938, rist. Aalen, Scientia, 1969, 243 s.

⁸² Vedi, *supra* nt. 71.

⁸³ CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, pp. 133 ss.

⁸⁴ BELLOMO, Manlio, "s.v. dolo (dir. interm.)", in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 729.

⁸⁵ CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, pp. 134 ss.

ta⁸⁶. Ciò potrebbe essere dettato da un intento di avvicinamento della disciplina del dolo del terzo a quella della violenza del terzo, avvicinamento probabilmente discusso tra i glossatori⁸⁷, ma che non riesce ad affermarsi, come si evince, ad esempio, dalla diversa posizione di Azzone: “(...) Illud solet quaeri, si alius te dolo induxit, ut mihi venderes, quod non eras venditurus alias, & vendidisti, an teneat contractus; Et dicunt quidam quod ipso iure non teneat: & pro se inducunt, quod dicitur. ff. e.l. et l. eleganter § 1. Per quam legem totum contrarium dico, & eam in eorum caput retorqueo”.⁸⁸

Una esplicita riflessione sul problema della incidenza sul contratto tanto della violenza quanto del dolo del terzo, che influenzerà i giusnaturalisti, è compiuta da Lessius, il quale, distinguendo tra diritto positivo e diritto naturale, sembrerebbe voler mediare, non con un procedere certo, tra la soluzione prospettata dai giuristi romani (D.4,2,14,3), quindi dal diritto positivo, e quella del diritto naturale, ritenendo *valde probabilis* che anche per il diritto naturale fosse possibile agire per recuperare la *res* trasferita per il *metus* indotto da un terzo⁸⁹. A suo avviso, inoltre, un ragionamento analogo si sarebbe potuto applicare per il dolo. L'influenza del

⁸⁶ BELLOMO, Manlio, *op. cit.*, p. 729, a proposito della soluzione proposta da Bulgaro, osserva che «se l'alienante non poteva agire in forza di un contratto nullo, né contro l'acquirente né contro il terzo, che “*accepit ab eo qui dolum adhibuit*”, poteva agire *de dolo* per infirmare la *traditio* e riavere le *res traditae*». Vd. anche FRANSEN, Gérard, *op. cit.*, pp. 36 ss., 67 ss.; BRUTTI, Massimo, *op. cit.*, I, pp. 46 ss.; CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁷ In questo senso FRANSEN, Gérard, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁸ AZONIS *Summa Aurea, id est, Locuples iuris civilis thesaurus*, Lugduni, in Officina Franc. Fabri Lugdun. & Jacobi Stoer, 1596, lib. II, *de dolo malo*, tit. XX, n. 17, p. 144. Per una posizione simile, vd. anche ODOFREDI *Lectura super Digesto veteri*, Lugduni, 1550, rist. Bologna, Forni, 1967, *ad D.4,3,7pr.*, 160 r.

⁸⁹ LESSII *De iustitia et de iure, ceterisque virtutibus cardinalibus*, Libri quatuor, Brixiae, Sumptibus Dominici Grumi, 1696, lib. II, cap. 17, dubit. 7, n. 39, p. 160. Cfr. MARTENS, Sebastian, *op. cit.*, p. 127. Non mi sembra, invece,

pensiero di Lessius si coglie nella più netta posizione di Grozio riguardo al timore indotto da un terzo.

Grozio, segnalato che per la *lex civilis*, per il diritto positivo, è possibile invalidare un atto posto in essere per timore indotto da un terzo⁹⁰, sostiene, sulla base del diritto naturale, la validità delle obbligazioni contratte per violenza del terzo, ritenendo non sacrificabile alla libertà del volere l'interesse del contraente ignaro della violenza. Nella sostanza, Grozio attribuisce la stessa incidenza sul contratto alla violenza e al dolo, quando uno dei contraenti ne sia autore, tentando di superare le differenze che nonostante gli specifici contesti e le diverse concezioni che andavano maturando erano fino a quel momento rimaste piuttosto salde: "II,17,17 Sed et qui contractui aut promissioni causam dedit dolo, vi aut metu iniusto, tenetur eum quicum actum est in integrum restituere, quia ille ius habuit, tum ne deciperetur, tum ne cogeretur; illud ex natura contractus, hoc ex naturali etiam libertate"⁹¹

La posizione di Grozio pesa sulle riflessioni di Pufendorf, il quale tratta in modo simile il dolo del terzo e la violenza del terzo: se è un terzo a raggirare la controparte negoziale, *negotium erit firmum*, e la vittima del raggio potrà agire contro l'autore del

comprendere a pieno la posizione di Lessius, FRANSEN, Gérard, *op. cit.*, pp. 223 ss.

⁹⁰ GROTII *De jure belli ac pacis libri tres, In quibus jus naturae & Gentium: item juris publici praecipua explicantur*, Amsterdami, Guiljelmum Blaeuw, 1631, p. 199, II,11,7. Cfr. FUNAIOLI, Giovanni Battista, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, Athenaeum, 1927, p. 112; ZANI, Gino, "Evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento", III parte, "Terza fase di evoluzione, Sistema soggettivo della 'tutela della volontà' (La concezione volitiva: l'errore, il dolo, la violenza 'quali vizi del volere')", in *RISG*, 2, 1927, p. 496.

⁹¹ GROTII *op. cit.*, II,17,17, p. 267. Cfr. BRUTTI, Massimo, *op. cit.*, I, pp. 75 ss.; MARTENS, Sebastian, *op. cit.*, p. 135; CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, *op. cit.*, pp. 193 s.; PONTORIERO, Ivano, *op. cit.*, p. 120.

dolo per *repetere, id quod intererat*, a non essere raggirato⁹²; una soluzione analoga applica al negozio compiuto per violenza esercitata da un terzo che non sia stato istigato dalla controparte, né sia stato d'accordo con quest'ultima⁹³; in sostanza per Pufendorf è intangibile l'impegno assunto verso taluno per sottrarsi ad un male che fosse stato minacciato da un terzo: "Pacta, quae ineuntur propter metum à tertio incussum, valida sunt. Nam in hoc utique nullum residet vitium, quo minus jus ex pacto sibi adversus me acquirere queat; & metum ab altero intentatum discussisse, pen- satione utique dignum est"⁹⁴

Percorrendo il sentiero avviato da Grozio e Pufendorf, Einccio⁹⁵ e Barbeyrac⁹⁶ differenziano il caso in cui chi contrattava con la persona raggirata o con la vittima di violenza sapesse o meno rispettivamente del dolo e della violenza del terzo. Nel primo caso il contratto sarebbe stato invalido, nel secondo valido. Per il dolo

⁹² PUFENDORFII *De iure naturae et gentium libro octo*, cum integris commentariis Io. Nic. HERTII et Io. BARBEYRACI, Francofurtii-Lipsiae, ex officina Knochio-Eslingeriana, 1759, III, cap. VI, § 8, p. 389; ID., *De officio hominis & civis. Juxta legem naturalem libri duo*, Cantabrigiae, ex officina Joan. Hayes, 1682, I, IX,13,1, p. 58.

⁹³ PUFENDORFII *De iure naturae, op. cit.*, III, cap. VI, § 11, p. 394: «Id enim dubium non habet, quin teneat, ubi me obstrinxi propter effugiendum metum a tertio incussum, non istigante, aut colludente eo, qui promissio fuit facta».

⁹⁴ PUFENDORFII *De officio hominis, op. cit.*, I, IX,15,1, p. 59.

⁹⁵ HEINECCII *Elementa juris naturae, et gentium*, Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1769, lib. I, cap. XIV, §§ 394 e 395.

⁹⁶ BARBEYRAC, Jean, Nouvelle traduction de GROTIUS, Hugues, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 1, Amsterdam, Pierre de Coup, 1729, p. 467, nt. 5; ID., trad. du latin du baron de PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, t. 1, 6e édition, accompagnée..., avec des réflexions du même traducteur, mais revue de nouveau et augmentée d'un grand nombre de notes, Londre, Jean Nourse, 1741, I, IX,15,1, p. 276 s. Cfr. FUNAIOLI, Giovanni Battista, *op. cit.*, p. 112.

del terzo Einuccio afferma chiaramente che non vi sarebbe alcuna *ratio* per considerare *irritum* il *pactum* concluso per dolo del terzo senza che l'altra parte lo sapesse; per la violenza la soluzione non sarebbe diversa qualora colui che riceveva la promessa non coincidesse con l'autore della violenza o comunque sia ignaro del ricorso ad essa⁹⁷. Barbeyrac⁹⁸ traducendo e annotando sia Grozio che Pufendorf precisa, per la violenza esercitata da un terzo, che se non è conosciuta dall'altro contraente, la convenzione è valida, chiarendo che, invece, effetti diversi si sarebbero avuti sul *pactum* in caso di conoscenza da parte sua. Se infatti è evidente che il timore è l'unico motivo che ha condotto alla conclusione del contratto, «alors on n'a pas dû compter sur un tel engagement».

Come ho già anticipato, il tentativo di superare la diversa disciplina che interessa la violenza e il dolo del terzo, individuabile in alcune pagine della tradizione romanistica che abbiamo brevemente discusso, non riesce del tutto nel suo intento. Tale disciplina, piuttosto, è riaffermata nella riflessione successiva di Domat e Pothier, che peserà sulla redazione del *Code civil* del 1804.

Domat differenzia tra l'incidenza della violenza e del dolo del terzo: mentre c'è un vizio nella convenzione se una delle parti contraenti è stata forzata attraverso una qualche violenza⁹⁹ -quindi non proveniente necessariamente dall'altro contraente-, il dolo è in grado di viziare la convenzione solo quando un contraente, per mezzo di un raggirio, trae in inganno l'altro¹⁰⁰.

Anche Pothier, con un esplicito richiamo delle fonti romane e con discussione della tradizione ad esse successiva, ribadisce che

⁹⁷ HEINECCIUS *op. cit.*, lib. I, cap. XIV, §§ 394 e 395.

⁹⁸ BARBEYRAC, Jean, Nouvelle traduction, *op. cit.*, p. 467, nt. 5; Id., trad. du latin, *op. cit.*, I, IX, 15, 1, p. 276 s. e nt. § XV (1), il quale nel tradurre Pufendorf aggiunge delle precisazioni.

⁹⁹ DOMAT, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, Delalain, 1777, lib. I, tit. XVIII, p. 163 e p. 168 rinviando tra l'altro a D.4,2,14,3 e a D. 4,2,19,1.

¹⁰⁰ DOMAT, Jean, *op. cit.*, p. 163.

la violenza vizia il contratto, tanto se proveniente da uno dei contraenti quanto se esercitata da un terzo¹⁰¹, mentre il dolo vizia il contratto solo se è stato commesso da colui con il quale il contratto è stato concluso¹⁰².

La riflessione di Domat e Pothier, come è noto, ha avuto un ruolo importante nella redazione del *Code civil* del 1804 e il testo degli articoli¹⁰³ relativi agli aspetti della violenza e del dolo di cui ci stiamo occupando lo conferma. Mentre per la violenza si stabilisce che è causa di nullità del contratto anche se esercitata da un terzo, per il dolo si fa menzione solo di quello proveniente da una delle parti.

Sul modello del codice civile napoleonico sono poi stati redatti gli articoli 1111 e 1115 del Codice civile italiano del 1865.

Ripercorso, sebbene molto rapidamente, il lungo iter che dai rimedi pretori del diritto romano su violenza e dolo giunge al riconoscimento, nel Codice civile italiano del 1865, di una diversa disciplina della violenza e del dolo del terzo, si spiega il richiamo alla conformità «alla tradizione»¹⁰⁴, nella Relazione ministeriale del 1942 per l'approvazione del testo del Codice civile.

¹⁰¹ POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure, 1764, pp. 35 s., n. 23.

¹⁰² POTHIER, Robert Joseph, *op. cit.*, p. 45, n. 32.

¹⁰³ Art. 1111 La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite; art. 1116 Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé.

Entrambi gli articoli sono citati nella versione in vigore dal 21.03.1804 al 01.10.2016.

¹⁰⁴ Vd. *supra*, §. II.2.

V. CONCLUSIONI

Diverse sono le spiegazioni che si è tentato di dare alla differente disciplina della violenza e del dolo del terzo, che dal diritto romano è giunta ai codici moderni, nonostante i variegati contesti storico-giuridici e dogmatici che hanno contrassegnato le varie epoche. Da un lato si è pensato alla maggiore malvagità insita nella violenza rispetto al dolo¹⁰⁵ e, guardando all'esperienza giuridica romana, al fatto che la violenza e il dolo, oltre a incidere sul consenso, fossero dei delitti e il pretore fosse intervenuto con maggiore energia riguardo alla violenza, perchè avrebbe arrecato dei disordini più gravi e allarmanti nelle relazioni sociali; dall'altro, secondo una prospettiva più ampia, alla maggiore prudenza con cui agisce l'autore della violenza per restare anonimo rispetto all'autore del dolo, dall'altro ancora al fatto che il dolo vizi il consenso, mentre nelle ipotesi di violenza il consenso non esista, oppure al fatto che colui al quale sia stato indotto timore sia libero solo di fatto, perché vittima di una grave minaccia, mentre la vittima di dolo sia piuttosto un 'credulone' e per questo in parte colpevole dell'errore nel quale è caduto¹⁰⁶. Infine, si è anche ritenuto¹⁰⁷, negli anni a cavaliere tra il codice civile del 1865 e quello del 1942, che si tratti di una differenza che non si possa giustificare da un punto di vista

¹⁰⁵ In questo senso SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, III, rist. ed. Berlin, 1840-1848, Aalen, Scientia, 1981, p. 117.

¹⁰⁶ Su queste diverse tesi, GÉRARD, Henri, *op. cit.*, p. 23; FUNAIOLI, Giovanni Battista, *op. cit.*, pp. 104 ss.; TRABUCCHI, Alberto, "s.v. dolo", *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁷ FUNAIOLI, Giovanni Battista, *op. cit.*, 110 ss. in uno studio di più di dieci anni precedenti ai lavori della Commissione delle assemblee legislative, osservava che la diversa disciplina della violenza e del dolo del terzo, si possa spiegare, ma non giustificare. La spiegazione sarebbe nei rimedi romani a tutela della vittima di violenza e di dolo e nella sopravvivenza del diverso trattamento fino ai codici moderni, ma si tratterebbe di una spiegazione che mostrerebbe l'impossibilità di giustificare la differente disciplina nell'odierno diritto.

sostanziale, ma solamente spiegare e la spiegazione, individuabile solo in chiave storica, avrebbe dovuto imporre una sola soluzione, la equiparazione della violenza al dolo.

Nella Relazione ministeriale del 1942, come abbiamo visto¹⁰⁸, è sottolineato piuttosto che mentre «la violenza agisce direttamente sulla libertà del volere, ... il dolo opera sulla intelligenza che deve guidare il volere stesso» e che quindi la violenza incide più gravemente sulla maturazione della volontà, rispetto al dolo.

Nell'esperienza giuridica romana, la riflessione muoveva da una prospettiva diversa, focalizzata sul modo attraverso il quale la violenza veniva esercitata. Abbiamo letto, in un testo di Ulpiano (D. 4,2,14,3), che nell'*a.q.m.c.* l'attore non era costretto ad indicare chi gli avesse indotto timore, poiché «... *metus habeat in se ignorantiam...*». Ulpiano, dunque, per giustificare la costruzione *in rem scripta* dell'*a.q.m.c.* ricorre al fatto che il *metus* ha in sé (quasi a voler dire tra le modalità che ne determinano l'induzione) la possibilità che la vittima non sia in grado di indicarne l'autore. Probabilmente, il contesto storico-politico in cui i primi interventi pretori a tutela della vittima di timore vanno collocati (fine del periodo repubblicano)¹⁰⁹ e le modalità secondo le quali di regola il timore veniva indotto pesarono sulla costruzione dell'*a.q.m.c.*, che metteva l'accento, così come la clausola edittale che la prometteva, sulla tutela della vittima di violenza e sulla *restitutio* nello stato *quo ante*, piuttosto che sulla punizione dell'autore della *vis*.

Anche la Glossa e la riflessione successiva, come abbiamo visto, sottolineava le particolari modalità attraverso le quali solitamente si induceva *metus*, che, a differenza di quando si ingannava qualcuno, spesso lasciavano ignoto l'autore.

La riflessione che, soprattutto con il giusnaturalismo, si è concentrata sulla libertà del volere e, con la mediazione di Do-

¹⁰⁸ Vedi *supra*, §. II.2.

¹⁰⁹ Cic., in *Verrem*, 2,3,65,152; *ad Quintum fr.* 1,1,21; vd. KUPISCH, Berthold, "Considerazioni", *op. cit.*, pp. 140 ss.

mat e Pothier, è giunta nel Codice napoleonico¹¹⁰, spiega però l'attenzione del codificatore al vizio del volere e al processo formativo della volontà nel giustificare le scelte sulla disciplina della violenza e del dolo del terzo.

Per concludere, risulta senz'altro chiara l'origine della diversa disciplina della violenza e del dolo del terzo, da ricondurre alla diversa costruzione dei rimedi giuridici introdotti dal pretore. Quanto alla scelta del codificatore italiano del 1942 di prevedere l'annullabilità del contratto concluso *metus causa*, anche qualora un terzo sia stato autore delle minacce e all'insaputa dell'altro contraente, ritengo che sia condivisibile, ma non per un mero rispetto della tradizione romanistica, né (solo) perché la violenza, a confronto del dolo, «influisce più gravemente e più irresistibilmente sul processo formativo della volontà», quanto in considerazione delle modalità attraverso le quali ancora oggi si incute timore, che vedono come possibile autore una persona diversa dal contraente e che conducono a considerare prevalente la tutela della vittima di violenza rispetto alla buona fede dell'altro contraente. Inoltre, tanto nell'esperienza giuridica romana, quanto in quella moderna, il riconoscimento dell'incidenza del *metus* indotto dal terzo su quanto compiuto dalla vittima di violenza permette l'inclusione nella fattispecie tutelata di ipotesi configurabili come violenza 'politica' o 'ambientale', purché vi sia un nesso causale tra il timore indotto e la condotta estorta.

La distinzione tra conoscenza o meno da parte dell'altro contraente, particolarmente considerata nella riflessione giusnaturalistica, è introdotta nell'attuale Cod. civ. ital. in merito al dolo del terzo (art. 1439²), che è causa di annullamento del contratto se i raggiri sono noti al contraente che ne ha tratto vantaggio. Tale previsione costituisce un tentativo, non completamente riuscito, di rispondere alle esigenze, manifestate anche nelle discussioni in occasione dei lavori preparatori, di uniformare la disciplina della violenza del terzo a quella del dolo del terzo. Non credo, però, deb-

¹¹⁰ CURSI, Maria Floriana, *L'eredità*, op. cit., pp. 241 ss.

bano seguirsi gli orientamenti che, per raggiungere una più completa equiparazione della violenza al dolo, suggeriscono di limitare, anche per la violenza, la annullabilità del contratto all'ipotesi in cui le minacce del terzo siano note all'altra parte del contratto.