

La nullità *per legem* nell'esperienza romana Un'ipotesi in materia di *leges perfectae**

Daniil TUZOV

(*Université de Tomsk*)

Alla memoria di Mario Talamanca

1. Impostazione

(1) Nelle fonti romane, possiamo a volte imbatterci in testi che fanno un particolare uso del verbo '*rescindere*' all'interno delle espressioni in cui come soggetto o complemento d'agente (di quello cioè che *rescindit*) opera una *lex*.

Tale uso non è molto ricorrente. Lo rinveniamo, infatti, solamente in sette passi, nella maggior parte risalenti (o attribuiti) a giuristi classici. In modo esplicito – anche dal punto di vista grammaticale –, la '*lex*' adempie a questa funzione nelle seguenti frasi: '*lex ... rescindit*' e '*non rescindit*' (Ulp. *ep.* 1.1-2); '*libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur*' (Iul. 64 *dig.*, D.40.9.5.2); '*lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit*' (Gai.1.46); '*eam obligationem lex rescindit*' (Marcian. 14 *inst.*, D.48.6.5pr); '*fraudulenta divisio ... legibus rescinditur*' (Cons.2.5). A queste espressioni vanno aggiunte le altre due, in cui l'uso di *rescindere* (ma solo in forma passiva) assume implicitamente lo stesso aspetto, e cioè si presenta in relazione contestuale ad una *lex* sottintesa

* Il presente saggio fa parte della mia ricerca di dottorato condotta presso l'Università di Roma "Sapienza" sotto la guida del prof. Mario Talamanca, alla cui viva memoria lo dedico. L'indagine che è alla base di questa pubblicazione è stata svolta con il supporto finanziario (МД-714.2010.6) offerto dal Consiglio del Presidente della Federazione Russa per il sostegno statale a giovani studiosi. Ho avuto occasione di intervenire sul tema al Colloquio russo-italiano di diritto romano tenutosi nel dicembre del 2009 a Roma, presso l'Università "Roma Tre", e ai Convegni internazionali di diritto romano svoltisi nel maggio del 2010 all'Università di San Pietroburgo e nel giugno del 2010 all'Università di Varmia-Masuria ad Olsztyn (Polonia). Ringrazio sentitamente il professor Ignazio Castellucci e il professor Michele Graziadei per il prezioso aiuto nella correzione del testo.

come elemento esterno ad opera del quale un determinato atto viene rescisso: ‘*interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum*’ (Terent. Clem. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D.35.1.64.1); ‘*libertates ut rescindantur...*’ (Iul. 49 *dig.*, D.42.8.15). In un altro passo, infine, quale complemento d’agente figurano – al posto della *lex*, ma sostanzialmente nella stessa funzione – dei *senatusconsulta*: ‘*sunt etiam specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt*’¹ (Gai.1.46).

È proprio su queste espressioni che fa tradizionalmente leva la dottrina romanistica per constatare l’uso diversificato e atecnico del verbo ‘*rescindere*’. Si è soliti rilevare che in casi del genere questo sarebbe adoperato per indicare la nullità *ipso iure* degli atti rescissi, ossia la loro nullità automatica, in forza della legge da essi violata². ‘*Rescindere*’ è interpretato, in questi casi, come un’espressione equivalente a *dichiarare nullo* (da parte della legge), a *considerare (ipso iure) un atto come invalido*, o una *condizione per non apposta, nulla, a sanzionarne*, insomma, la *nullità*³. E ciò a differenza della

¹ L’espressione si trova – all’interno dello stesso passo – accanto alla già poc’anzi citata frase ‘*lex Fufia Caninia ... rescindit*’. Il fatto è, indubbiamente, significativo e offre spunti importanti per interpretare l’uso di *rescindere* riferito alla *lex* in generale. Sul punto v. *infra*, n.11.

² Vengono adottati soprattutto Ulp.*ep.*1.1-2; Gai.1.46 e Iul. 64 *dig.*, D.40.9.5.2. V. ad es. M.KASER, *Studi sulla “in integrum restitutio”*, in *Labeo* 12 (1966), p.247: “Der Ausdruck wird für die Nichtigkeit auf Grund eines Gesetzes verwendet (Ulp.*ep.*1.1-2; Gai.1.46; Iul. D.40.9.5.2)...”; G.PROVERA, [Rec.] LUIGI RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti fra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, in *SDHI* 32 (1966), p.414: “*Rescindere, rescissio* fanno riferimento... a casi di nullità *contra legem* (Ulp. *ep.* 1.1-2; Gai.1.46; Iul. D.40.9.5.2)...”; J.L.MURGA, *Nulidad o ilicitud en la enajenacion de las “res sacrae”*, in *AHDE* 41 (1971), p.606s. nt.103.

³ V. ad es. M.KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, p.12: “...auf solche Verbotsgesetze, bei denen das Verbotene, wenn es begangen worden ist, einem *rescindi...* zugänglich ist, also, wenn die *lex* eine *perfecta...* ist, von diesem Gesetz *entkräftet* wird”; p.43: “Wenn... von einem Gesetz gesagt ist, daß es einen Rechtsakt *rescindit*, war den Quellen zufolge damit stets Nichtigkeit gemeint”; R.ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova 1996, p.215 nt.9; 360; L.FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano 1983, p.143.

schiacciante maggioranza di altri casi, in cui il verbo medesimo è impiegato nel senso di rimozione (degli effetti) di un atto valido.

Riguardo a questa – comunemente accolta – interpretazione, pur essendo la stessa sostanzialmente plausibile, si pongono, direi inevitabilmente, due quesiti: (a) com'è possibile che il medesimo termine possa esprimere due concetti giuridici nettamente opposti (almeno nel modo di pensare del giurista odierno), e cioè da un lato la rimozione degli effetti già prodotti di un atto, e dall'altro la dichiarazione di quest'ultimo come nullo *ab initio*, non capace quindi di produrre effetto alcuno? e (b) come potrebbe spiegarsi la seconda accezione di *rescindere*, così discosta non solo dal significato del verbo stesso nella maggioranza di altri passi, ma anche dal suo originario (non giuridico) valore semantico?⁴

Sovente, il problema nemmeno si pone in dottrina. Fra gli studiosi che, invece, se ne accorgono, non mancano coloro che vogliono vedere in questo particolare uso di *rescindere* una semplice imprecisione del linguaggio giuridico romano⁵, o ritengono i passi in questione interpolati⁶, o, infine, si mostrano propensi ad attribuire al termine, ove questo sia riferito alla *lex*, un significato alquanto diverso da quello oramai consolidato nella dottrina dominante, ricorrendo per es. ad un concetto d'inefficacia inteso assai largamente, e sostituendolo a quello di nullità⁷.

Senza entrare nel merito di questi approcci, ci sia permesso di prospettare di seguito un'altra soluzione del problema, che sembrerebbe più plausibile e confacente alle fonti.

(2) Un ulteriore problema nell'interpretare l'uso del verbo '*rescindere*' riferito alla *lex*, che nel contempo offre uno spunto fondamentale per

⁴ Il significato etimologico del verbo è '*caedere*', '*confringere*', '*dissolvere*', '*labefactare*', il che equivale, in italiano, a "tagliare", "rompere", "squarciare", "disgiungere" (v. *Lexicon totius latinitatis*, red. AEGIDIO FORCELLINI, IV, 1965, p.104, lemma '*rescindo*').

⁵ Così J.L.MURGA, *op. et loc. cit.*

⁶ Così G.BUIGUES OLIVER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en derecho romano (Premisas para un estudio de la Restitutio in integrum)*, Valencia 1992, p.106.

⁷ Così S.DI PAOLA, "*Leges perfectae*", in *Syntelesia Arangio-Ruiz* II, Napoli 1964, p.1075ss.; in particolare p.1093s.; ID., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, *passim*; in particolare p.64s.; e A.METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo* 7 (1961), p.147ss. (*passim*).

riflessioni in materia di *leges perfectae* in generale, è collegato innanzi tutto alla famosa tripartizione delle *leges publicae* contenuta nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *Epitome Ulpiani*):

Ulp.ep.1:

1. <Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, *rescindit*, qualis est lex (?). Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, *nec rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit, qualis est lex Cincia, quae plus quam donari> prohibet, exceptis quibusdam <personis velut> cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit*. 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, *non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit*.

Sebbene in larga parte restituita ad opera di interpreti, la tripartizione suscita un notevole interesse, non solo perché presenta uno dei pochi frammenti in cui il nostro verbo si riferisce alla *lex* e uno dei tre soli (accanto a Gai.1.46 e Marcian. 14 *inst.*, D.48.6.5*pr*) in cui il verbo medesimo si trova adoperato in forma *attiva*, cosicché la stessa *lex* funge, anche dal punto di vista grammaticale, da *soggetto* della frase (*lex rescindit*), ma soprattutto per il suo spiccato carattere generalizzante e perfino manualistico.

Com'è ben noto, la tripartizione distingue fra *leges perfectae*, da una parte, e *leges imperfectae* e *minus quam perfectae*, dall'altra, a seconda che *rescindat* o meno la *lex* gli atti ad essa contrari. In conformità al modo in cui tale distinzione è tradizionalmente concepita in dottrina, essa consisterebbe, per l'appunto, nella differenza fra *statuire e non statuire*, da parte di una determinata *lex*, la *nullità* degli atti compiuti in contravvenzione alla stessa⁸.

A proposito di questa tradizionale e pacifica concezione – quantunque essa appaia, in linea di massima, plausibile – potrebbe sorgere un dubbio. L'attenzione della dottrina non è stata ancora attirata dal fatto che l'uso di *rescindere* nel significato ora discusso,

⁸ V. per tutti M.KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, cit., pp.9 e 12.

ossia come relativo alla nullità in virtù della *lex*, risulta piuttosto scarso e marginale. In effetti, i sette passi soli che lo attestano sembrano troppo pochi perché si possa definirlo come *t e c n i c o*, specie sullo sfondo della vasta utilizzazione del verbo in parola nella sua, per così dire, “comune” accezione, consolidatasi fortemente nel lessico giuridico romano e ricorrente con frequenza altissima nelle fonti: e cioè quella di rimuovere gli effetti giuridici già avvenuti di un atto valido per tramite di vari mezzi d’impugnazione, quali *restitutio in integrum*, *querela inofficiosi testamenti*, *appellatio*, o alcune azioni. Non è da trascurare, inoltre, un altro dato testuale. Può notarsi che nemmeno espressioni diverse da ‘*rescindere*’, adoperate nelle fonti per indicare l’invalidità degli atti contrari ai divieti legislativi, dimostrano, come vedremo fra poco, un loro uso più o meno stabile o relativamente prevalente.

Entrambi i problemi or ora rilevati sembrano strettamente connessi tra di loro e vanno tenuti presenti nel loro insieme. A scopo esplicativo approfondiamo, tuttavia, ciascuno per ordine.

2. Il problema del significato di ‘*rescindere*’ in materia di *leges perfectae*

(3) Per quanto concerne la doppia accezione manifestata da *rescindere* nel suo impiego giuridico – e in particolare l’uso, da parte dei romani, del verbo medesimo per designare la nullità *per legem* –, non mi pare che essa sia dovuta, ad onta di quanto ritiene qualcuno, alla supposta imprecisione del linguaggio dei giuristi classici o dei compilatori, o a qualche particolare concetto d’inefficacia da ascrivere ai romani. Tale accezione sembra dipendere piuttosto dalla *s p e c i f i c i t à* d e l *s o g g e t t o* la cui azione è denotata con il verbo medesimo e cui quest’ultimo sia *in concreto* riferito. Se quel soggetto è, infatti, la *lex*, la situazione è da giudicare diversamente da quanto accade quando esso sia, ad es., un privato o un magistrato.

Il mettere in rilievo questo criterio della doppia accezione di *rescindere* è stato, certo, merito dell’Hellmann che ha delineato – più di un secolo fa – una rigorosa distinzione, sotto questo profilo, tra i due impieghi giuridici del verbo, attribuendo loro significati diversi. Troviamo quindi per ‘*rescindere*’, ove esso si riferisca a fattispecie difettose, – scriveva lo studioso tedesco – un assai nettamente differenziato dualismo dei significati: da una parte si potrebbe parlare della ‘*rescissio per hominem*’, dall’altra della ‘*rescissio ipso iure*’ o

‘*per legem*’⁹. Nella prima ipotesi si tratterebbe, secondo l’a., di un diritto soggettivo (“eine subjektive Befugnis”), appartenente ad una delle parti, di chiedere la rimozione (“Aufhebung”) degli effetti già avvenuti: senza questa richiesta, senza, dunque, un attacco contro gli effetti prodottisi questi continuerebbero sussistere¹⁰. Nella seconda, invece, l’inefficacia non dipenderebbe da un attacco della parte¹¹.

La distinzione – che ha una rilevanza fondamentale per il nostro discorso – non ha guadagnato, però, alcuna particolare attenzione della dottrina romanistica, e non ha avuto seguito. Né l’Hellmann stesso l’ha approfondita o ha cercato di conciliare l’esistenza della ‘*rescissio per legem*’ così definita con il significato etimologico del verbo¹².

Riprendendo tale distinzione nella sua sostanza, non mi pare che il significato del verbo qui discusso, e cioè indicativo della nullità prodotta dalla *lex*, sia incompatibile con la comune accezione etimologica di *rescindere*. L’agire della legge non può, infatti, considerarsi alla stessa guisa dell’agire dell’uomo, sia questo un privato, un magistrato o persino l’imperatore, dell’agire cioè che si svolge sempre sul piano di *s i n g o l e f a t t i s p e c i e* e non può operare se non in ordine a fenomeni giuridici *c o n c r e t i*.

L’agire proprio della legge, della norma giuridica si svolge sul piano *n o r m a t i v o*, sostanzialmente diverso da quello giuridico-fattuale. Un siffatto agire della norma giuridica si caratterizza, com’è noto, dall’*a s t r a t t e z z a* e dalla *g e n e r a l i t à*. Quale regola di condotta, avendo cioè carattere generale, la norma non incide *d i r e t t a m e n t e* su singoli e specifici fenomeni giuridici, bensì su

⁹ F.HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in ZSS 24 (1903), p.104: “Wir finden also für rescindere, wo es von mangelhaften Tatbeständen ausgesagt wird, einen ganz scharf unterschiedenen Bedeutungsdualismus: man könnte von rescissio per hominem einerseits und von rescissio ipso iure oder per legem anderseits sprechen”.

¹⁰ *Ibid.*, p.103: “...So zeigt sich, daß es sich hier überall um eine subjektive Befugnis eines Beteiligten handelt, die Aufhebung der bereits eingetretenen Wirkungen zu verlangen. Ohne dieses Verlangen, mithin ohne einen auf die eingetretenen Wirkungen gerichteten Angriff würden sie fortbestehen”.

¹¹ *Ibidem*: “...die Wirkungslosigkeit durch einen Parteiangriff nicht bedingt ist”.

¹² Forse è stata questa una delle cause per cui alla presupposta accezione di *rescindere*, indicativa dell’assoluta, operante sin dall’inizio, inefficacia di un atto (non sempre, però, collegata all’effetto di una *lex*) non di rado sono stati ricondotti, dallo stesso autore, i singoli casi in cui l’uso del termine manifesta, in realtà, la sua opposta, “comune” accezione.

un omogeneo insieme di essi, riconducibile alla regola medesima. L'agire della norma giuridica s'identifica quindi perfettamente con lo stabilirsi della stessa, e più precisamente con la sua entrata in vigore e con la sua efficacia. Ecco perché nel caso in cui una norma sancisca la nullità di un certo tipo di atto è il sancire stesso che *rescindit* tutti gli atti che si trovino ad integrare l'astratta fattispecie del precetto che dispone la nullità. '*Rescindi per legem*' sta dunque, in sostanza, a significare "essere privo di effetti per opera della legge", ossia "essere dichiarato nullo dalla legge" stessa.

È per l'appunto in quest'azione di sancire la nullità e nei suoi effetti invalidanti che bisogna ravvisare, a mio parere, quel modo di agire della legge che è descritto nelle fonti romane con il sintagma '*lex rescindit*'. È facile accorgersi come, concepito in questa maniera, tale uso di *rescindere* non entri affatto in contrasto col significato etimologico del verbo stesso. Anzi, a quanto fin qui detto corrisponde l'equivalente uso di altre espressioni, le quali al pari di '*rescindere*' hanno una sfumatura di *d i n a m i s m o* e quindi sembrerebbero, *prima facie*, alludere alla rimozione di qualcosa già esistente giuridicamente, che abbia ormai prodotto i propri effetti giuridici, e quindi inizialmente valido; in realtà invece, essendo riferite alla *lex*, esse designano – esattamente come '*rescindere*' – la nullità *ipso iure*. Si tratta di espressioni quali '*inutilem facere*'¹³; '*irritas facere*'¹⁴; '*revocare*'¹⁵; '*minuere*'¹⁶ (nell'ultimo caso la nullità è solo parziale). Il verbo '*rescindere*' non ha dunque il monopolio di questo suo significato particolare, così come non lo ha neppure nella sua accezione tradizionale e "comune".

(4) Sarebbe certo improprio pensare che un tale uso del lessico – cui palesemente ripugna la sensibilità del linguaggio giuridico odierno

¹³ Pap. 11 *resp.*, D.20.6.1.1: '*...quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit...*'

¹⁴ Paul. 54 *ad ed.*, D.48.11.8.1 (riguardo alla *lex Iulia repetundarum*): '*...lex venditiones locationes eius rei causa pluris minorisque factas irritas facit...*'

¹⁵ Ulp. 79 *ad ed.*, D.35.3.1.11: '*...legem Falcidiam interdum partem eius quod datum est, interdum totum revocare*'. A proposito del dualismo semantico del verbo '*revocare*', dello stesso che incontriamo in ordine a '*rescindere*', v. F.HELLMANN, *op. cit.*, p.104.

¹⁶ Scaev. 22 *dig.*, D.33.1.21.1; id. 4 *resp.*, D.35.2.25.1: '*...lex Falcidia ... legatum minuere...*'; Marcell. 22 *dig.*, D.35.2.56.4: '*lex Falcidia minuit legata...*'

ispirato alla perfetta concezione logica di nullità – fosse una consapevole scelta dei romani in conformità a quanto si è appena detto in ordine ai diversi piani di agire della persona e della norma giuridica. Una teorizzazione del genere sarebbe, ovviamente, estranea al pensiero dei *iuris prudentes*. È da rilevare in questo proposito un ulteriore importante dato lessicale. Gli è che l'uso in questione s'incontra, nelle fonti, soltanto riguardo alla *lex*¹⁷, e non al *ius* in genere, non alla norma giuridica come tale¹⁸. Vi fu quindi qualcosa che spinse il linguaggio giuridico romano ad adoperare – nel particolare significato in esame – il verbo '*rescindere*' ed espressioni consimili per designare l'effetto invalidante che è proprio della *lex*, e non del *ius*.

Il fatto si spiega, a mio modo di vedere, dal posto del tutto particolare che occupava la *lex* nel sistema delle fonti del diritto romano, nonché dal rapporto specifico fra essa e *ius*. La distinzione tra *ius civile* e *lex* – constatava il Pugliese quale dato del tutto pacifico in dottrina – “aveva un valore storico, in quanto esprimeva il contrasto fra due opposte concezioni dei modi di produzione del diritto, le quali risalivano a epoche diverse e forse anche si fondavano su differenti forze politiche. Ed è parimenti pacifico che il suo significato concettuale consistesse, in sintesi, nella classificazione del *ius* prodotto dalla *lex* in una categoria distinta dal *ius civile*: prima dell'evoluzione avvenuta alla fine della repubblica la *lex* non era fonte di *ius civile*, mentre ancora durante l'impero il *ius civile*, in una delle sue accezioni, designava ... quel *ius* che *sine scripto in sola prudentium interpretatione constitit*¹⁹”. Il *ius* era, infatti, composto – sottolineava il Talamanca – “di regole di condotta che, in ultima

¹⁷ Formalmente, anche ai *senatusconsulta* (Gai.1.46), ma si tenga conto della funzione sostanzialmente legislativa di questa fonte del diritto nell'epoca imperiale.

¹⁸ Non hanno tale valore semantico – siccome l'effetto invalidante risulta collegato, in realtà, non al *ius* immediatamente, ma ad alcuni atti giuridici (*testamentum*, *sententia*) oppure, di nuovo, alla *lex* – le espressioni quali '*iure rescissum*' e '*ipso iure rescindi*' (Pap. 14 *quest.*, D.29.1.34.1; Ulp. 14 *ad ed.*, D.5.2.8.16; Terent. Clem. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D.35.1.64.1). Lo stesso può affermarsi anche riguardo all'uso del sintagma '*ipso iure*' insieme con alcuni altri verbi, simili al '*rescindere*', ad es.: '*iure ipso peremi*' (Marcell. 29 *dig.*, D.28.4.3), '*ipso iure tollitur*' (Pap. 28 *quest.*, D.46.3.95.4; Iust., C.6.23.27.1).

¹⁹ G.PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*. Verona 27-28-29 – IX – 1948, 2, Milano 1951, p.65.

analisi, traevano la loro legittimità sostanziale, e precedentemente anche la loro formale validità, dalla rispondenza ad un ordine immanente nella struttura stessa dei rapporti umani...²⁰”.

Di fronte a queste regole “la legge si affermò come un fenomeno nuovo e quasi rivoluzionario...²¹”. “...La *lex* si contrapponeva al *ius civile*... per il suo carattere immediatamente imperativo²² o per il suo ispirarsi a esigenze particolari e occasionali, necessariamente contrastanti col secolare e armonico tessuto di principi costruito dai *prudentes*...²³”. D'altra parte, è noto che “l'attività legislativa nel campo del diritto privato fu alquanto scarsa e i principi del *ius civile* non vennero per lo più sovvertiti direttamente dai legislatori nemmeno quando ne vollero modificare i corollari pratici...²⁴”.

Tutto ciò fece sì che sotto l'aspetto concettuale la distinzione fra *lex* e *ius civile* si fondasse, come risulta dalle fonti, sul “carattere *d e r o g a t i v o* delle *leges* rispetto a quel *ius*, il quale rappresentava invece... un coerente sistema di principi²⁵” (evidenziato da me. – *D. T.*). In altre parole, se il *ius* appare “concepito come la norma fondamentale, il complesso di principii fondati sui *mores maiorum* e filtrati attraverso l'*interpretatio prudentium*”, la *lex* si presenta “come uno strumento, tendenzialmente *e c c e z i o n a l e* ...²⁶” (evidenziato da me. – *D. T.*); “l'intervento legislativo si manifesta in punti particolari, a correzione di disfunzioni marginali del sistema civilistico

²⁰ M.TALAMANCA, in *Lineamenti di Storia del diritto romano*², sotto la direzione di M.Talamanca, Milano 1989, p.235.

²¹ F.SERRAO, s.v. *Legge (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto XXIII*, Milano 1973, p.837. Cfr. M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.26s.: “...Quando, col passaggio dalla repubblica al principato, la *lex* tende ad un declino inarrestabile, ... essa viene adoperata da Augusto per introdurre delle modificazioni «rivoluzionarie» nell'ambito della disciplina dei rapporti di famiglia, del matrimonio e delle successioni”.

²² Cfr. F.WIEACKER, “*Ius*” e “*lex*” in *Roma arcaica*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 7, Napoli 1984, p.3113: “Nella sostanza sin dai più antichi impieg[h]i *lex* è comando unilaterale e imperativo...”.

²³ G.PUGLIESE, *op. et loc. cit.*

²⁴ *Ibid.*, p.66.

²⁵ *Ibid.*, p.83.

²⁶ N.PALAZZOLO, in *Le fonti della produzione del diritto romano*, Catania 2002, p.126. Cfr. F.SERRAO, *op. cit.*, p.843, il quale ha rilevato che in epoca repubblicana “la legge interverrà, nel campo del diritto privato, solo in casi eccezionali e precisamente sempre che si tratterà di introdurre riforme di rilievo in campo economico e sociale e di imprimere agli istituti esistenti uno sviluppo diverso o almeno più accelerato di quello che la normale evoluzione comporterebbe”.

o sotto la spinta di pressanti esigenze di carattere politico generale...²⁷”. Del resto, già il Rotondi rilevava come le leggi romane di diritto privato fossero tutte dirette ad operare quale elemento di rottura, rispetto a quello che era l’immobilismo strutturale di determinati settori o a quella che sarebbe stata la naturale evoluzione di determinati istituti, in importanti campi economici e sociali; le *leges*, quindi, rappresentavano sempre uno strappo al naturale sviluppo degli istituti²⁸.

Ed è proprio in questo carattere eccezionale e derogativo della *lex* rispetto al “secolare e armonico tessuto di principi” del *ius civile*, proprio nel suo carattere di “rottura”, ossia di “strappo al naturale sviluppo degli istituti”, che dobbiamo intravedere, a mio avviso, il motivo per cui soltanto l’effetto invalidante della *lex* (ove si trattasse, ovviamente, di una proibitiva *lex perfecta*) veniva descritto col termine ‘*rescindere*’ o con altri simili, che rendono cioè l’idea del dinamismo di tale effetto, dinamismo che a prima vista potrebbe invece dare all’interprete moderno – come sovente accade in dottrina – l’impressione di un uso improprio del termine, sembrando quest’ultimo più adatto ad esprimere l’effetto dell’impugnazione che non della statuizione di nullità.

3. *La nullità per legem come statuizione testuale della lex perfecta (l’opinione dominante e alcuni dubbi suscitati dalla stessa)*

(5) Passiamo ora al secondo – accennato sopra – problema dell’uso di *rescindere* e di altri termini consimili in materia di *leges perfectae* nel senso qui discusso, e cioè come relativi alla nullità in virtù della *lex*. Potrebbe, infatti, sembrare sorprendente che tale uso abbia, nelle fonti, un carattere del tutto casuale e marginale. Di solito ci si limita, però, alla sola constatazione di questo fatto, senza tentare di darne una spiegazione. Penso che quest’ultima debba cercarsi nell’origine della sanzione di nullità che colpiva gli atti contrari alle *leges perfectae*.

Si noti che nella letteratura in materia è diventata ormai un ‘*topos*’ l’affermazione che la nullità degli atti e delle clausole contrari ai

²⁷ M.TALAMANCA, in *Lineamenti di Storia del diritto romano*, cit., p.233. Cfr. N.PALAZZOLO, in *Le fonti della produzione del diritto romano*, cit., p.126s.

²⁸ G.ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in *Scritti giuridici I*, Milano 1922, p.1ss., 17. Cfr. F.SERRAO, *op. cit.*, p.812, 843.

divieti posti dalle *leges perfectae* fosse prevista t e s t u a l m e n t e nelle stesse *leges*, e che quindi fossero proprio le *leges (perfectae)* a dichiarare la nullità degli atti compiuti in violazione di esse²⁹. Già il Rotondi lo dava per scontato, senza minima ombra di dubbio: “La *lex perfecta* comminava testualmente la nullità degli atti compiuti contro il divieto...³⁰”. Nello stesso senso si è ultimamente espresso l’Avenarius: “Bei der *lex perfecta* ergibt sich die Nichtigkeit aus dem Gesetzeswortlaut...³¹”.

A mio modo di vedere, tale pacifica opinione va messa in discussione. Innanzitutto, a certe esitazioni riguardo alla visione dominante spinge tutta una serie di dati testuali che per il momento solo riassumeremo, senza trarne conclusioni.

(6) a) Il primo dubbio che sorge al proposito consiste in ciò che gli stessi testi delle *leges*, che consideriamo ‘*perfectae*’, non ci sono pervenuti, come nemmeno i testi delle *leges* nel campo di diritto privato in generale. Non essendo conservate fonti che riportino direttamente i testi di queste *leges*, mancano pure dei testi giurisprudenziali in cui le relative formulazioni legislative siano

²⁹ Così G.BAVIERA, *Leges imperfectae minus quam perfectae e perfectae*, in *Scritti giuridici di Giovanni Baviera I. Diritto romano*, Palermo 1909, p.204 (ivi riferimenti alla letteratura precedente); G.ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911, p.63; ID., *Leges publicae populi romani* (estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana), Milano 1912, pp.153, 155s., 159; C.GIOFFREDI, *La “sanctio” della legge e la “perfectio” della norma giuridica*, in *Archivio penale* 2.1 (1946), p.184; G.LONGO, s.v. “Lex”, in *Novissimo Digesto Italiano IX*, Torino 1963, p.788; N.SCAPINI, “*Usus domus*” e “*habitatio*” nel diritto romano, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso V*, Torino 1972, p.53; R.ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della ‘lex Iulia et Papia’*, in *SDHI* 39 (1973), p.221; ID., *La Lex Iulia et Papia*, cit., p.360; L.FASCIONE, *op. cit.*, pp.132s, 180; M.KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, cit., pp.9s., 12, in particolare 42: “Unter ‚perfekten‘ Gesetzen haben wir nach UE 1, 1 (rest.) solche zu verstehen, die die verbotenen Rechtsakte für nichtig erklären”; J.PANSEGRAU, *Die Fortwirkung der römischrechtlichen Dreiteilung der Verbotsgesetze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts: Zur Vorgeschichte des § 134 BGB*, Göttingen 1989, *passim*, in particolare p.27, riferendosi alle *leges perfectae*: “Manche Gesetze sahen bereits (*scil.* dalla fine del III sec. a.C. – D. T.) ausdrücklich die Nichtigkeit des verbotswidrig vorgenommenen Geschäftes vor...”.

³⁰ G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., p.156 nt.2.

³¹ M.AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen 2005, p.163.

riprodotte – almeno parzialmente – in modo diretto³², come avviene invece con qualche disposizione dell’editto pretorio³³. Le opere giurisprudenziali, in cui sono trattate le *leges* che qui ci interessano, ce ne riferiscono solamente parafrasi operate dai giuristi. Ma per quanto concerne quella che potrebbe considerarsi una statuizione legislativa di nullità (d’inefficacia), seppur riprodotta in maniera indiretta, vi è soltanto una parafrasi in materia di *lex Aelia Sentia*, contenuta in Gai.1.47, su cui torneremo tra breve.

Non possiamo perciò sapere in che modo fossero formulate (né se lo fossero) nei testi legislativi le supposte statuizioni di nullità, o – a prescindere dalla terminologia tecnica – in che modo una *lex perfecta* indicasse la mancanza di effetto di un atto compiuto in contravvenzione alla stessa³⁴. Anzi, come ha con tutta ragione osservato, in relazione alla *lex Iulia et Papia*, il Rotondi, non sappiamo nemmeno come gli stessi divieti fossero formulati nel testo legislativo³⁵.

b) Notiamo poi come nell’esposizione giurisprudenziale per così dire libera, parafrastica delle disposizioni legislative non sia solo il verbo ‘*rescindere*’ riferito alla *lex* ad essere infrequente, ma siano rare anche altre espressioni indicative dell’effetto che una *lex* esplicava sugli atti ad essa contrari. Ciò vale quasi per tutte le *leges* che contenevano disposizioni proibitive nel campo del diritto privato: *lex*

³² Forse l’unico esempio è dato da Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*, D.24.2.11pr, in cui è riprodotto direttamente un divieto statuito dalla *lex Iulia et Papia*: *Quod ait lex: ‘divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto’...* Ma nemmeno questo frammento riproduce direttamente alcuna disposizione della legge stessa in ordine alle conseguenze dell’eventuale violazione del divieto, a parte la considerazione che tali conseguenze non erano la nullità o l’inefficacia del divorzio (il matrimonio veniva infatti sciolto nonostante il divieto legislativo del divorzio), e quindi in questa sua parte la *lex* in parola non può considerarsi *perfecta*. Più in dettaglio v. *infra*, n.13.

³³ Cfr. Ulp. 11 *ad ed.*, D.4.2.1: *Ait praetor: ‘Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo’*.

³⁴ Cfr. J.PANSEGRAU, *op. cit.*, p.28: “Von keinem dieser Gesetze ist der genaue Wortlaut überliefert. Wir können also nicht mehr unmittelbar aus einem Verbotstext entnehmen, welchen Ausdruck die römische Gesetzgebung für die Rechtsfolge der Nichtigkeit verwendete”. Come suppone lo stesso autore, la più naturale sarebbe l’espressione ‘*irritum est*’, sul modello di ‘*ratum est*’ delle Dodici Tavole (*ibid.*, nt.24).

³⁵ G.ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, *cit.*, p.63. Si veda, però, quanto è detto *supra*, nt.32.

Voconia (per la quale non ce n'è alcun esempio dell'uso), *lex Iulia repetundarum* (riguardo ai negozi compiuti nelle province dai governatori delle province medesime), *lex Iulia de adulteriis* (in ordine ad alienazioni, da parte del marito, dei fondi dotali, nonché al divorzio della libèrta), *lex Falcidia*, *lex Fufia Caninia*, *lex Iulia et Papia Poppea*. Forse l'unica eccezione è presentata dalla *lex Aelia Sentia* rispetto alla quale le fonti ci danno numerosissimi esempi – che vedremo tra breve³⁶ – di varie espressioni con cui i giuristi accennano alla nullità degli atti contrari al divieto statuito dalla *lex*.

Eccezione, questa, che troverà la sua ragione più avanti. Lasciandola per ora da parte, quanto si è appena detto sembra assumere un particolare rilievo di fronte all'impressione di una frequenza di gran lunga più alta dei riferimenti che le fonti fanno al solo contenuto di divieti legislativi, senza menzionare le conseguenze dell'eventuale trasgressione. Si dice, ad es., che una *lex*³⁷: '*prohibet*' o '*non prohibet*' ('*per legem*' o '*lege*' '*prohibetur*')³⁸; '*inhibet*'³⁹; '*vetat*' ('*lege vetantur*')⁴⁰; '*cavet, ne...*' ('*lege cavetur, ne...*')⁴¹; '*praecepit, ne...*'⁴²; '*non aliter voluit*'⁴³; che un soggetto '*non potest*'⁴⁴ o a questo '*non licet*'⁴⁵, '*non aliter permittitur*'⁴⁶, '*prohibetur*'⁴⁷ (compiere un certo atto giuridico), ecc. È altrettanto frequente l'uso delle espressioni che riferiscono, invece, prescrizioni positive di *leges*.

c) Ma se ora prendiamo in considerazione le espressioni, con le quali i giuristi – seppur non troppo frequentemente (eccezion fatta, di

³⁶ V. *infra*, c).

³⁷ Qui ci limitiamo, naturalmente, solo alle disposizioni proibitive di quelle leggi, la cui eventuale violazione implicava, quanto si potrebbe pensare, la nullità (l'inefficacia) dell'atto.

³⁸ Gai.2.63; Ulp. 35 *ad ed.*, D.4.4.49; Paul. 19 *ad ed.*, D.6.2.12.4; Ulp. 29 *ad ed.*, D.15.4.1.1; Ulp. 48 *ad ed.*, D.37.1.12.1; Ulp. 47 *ad ed.*, D.38.11.1.1; Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*, D.39.6.35pr; Ulp. 4 *ad adult.*, D.40.9.14.1; Pap. 1 *de adult.*, D.48.3.2.1; Ulp.*ep.*13.1; Iust., C.5.4.27; Iust., C.5.13.1.15; I.2.8pr.

³⁹ I.2.8pr.

⁴⁰ Gai.2.111.

⁴¹ Paul.*sent.*2.21b.2.

⁴² Ulp.*ep.*1.24.

⁴³ Gai.1.18.

⁴⁴ Gai.1.40; Ulp. *de iure fisci* 4a.

⁴⁵ Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*, D.39.6.35pr; Paul.*sent.*4.14.4.

⁴⁶ I.1.6.4.

⁴⁷ Herm. 1 *iuris epit.*, D.40.9.27pr.

nuovo, per la *lex Aelia Sentia*) – indicano per l'appunto l'effetto *invalidante* delle *leges perfectae*, anche qui ce ne balzerà subito agli occhi la ricca varietà. Oltre al verbo '*rescindere*' i *iuris prudentes* adoperano al proposito le seguenti locuzioni:

- riguardo alla *lex Fufia Caninia*: (i manomessi) '*nulli liberi erunt*' (Gai.1.46); '*libertatem perdunt*' (Paul.sent.int.4.13.2); '*libertatibus impediendem*' (I.1.7pr); '*nulli penitus firma esse iubetur ... libertas*', '*in servitute eos certum est permanere*', '*omnes in servili conditione permanebunt*' (Gai.ep.1.2.2); '*servi sine dubbio permanebunt*' (Gai.ep.1.2.3). E solo in un passo, di Gai.1.46, si fa l'uso di *rescindere*;
- riguardo alla *lex Iulia et Papia*: '*non valebit*' (Int. CTh.2.21.2 [=Brev.2.21.2]); '*nihil inter se capiunt*' (Ulp.ep.16.2); '*haec successio locum non habet*' (Ulp. 47 ad ed., D.38.11.1.1); (*lege*) '*rata non habetur auctoritas*' (Terent. Clem. 3 ad leg. Iul. et Pap., D.23.3.61pr). E anche in ordine a questa *lex* è presente un passo solo, di Terent. Clem. 5 ad leg. Iul. et Pap., D.35.1.64.1, con l'uso del verbo '*rescindere*';
- riguardo alla *lex Aelia Sentia*: '*lex Aelia Sentia inedit libertatem*' (Gai.1.37; Gai. 1 de manumiss., D.40.9.29pr); (il testatore) '*nihil agit*' (Gai.1.37); '*ut manumissi liberi non fiant*' (Gai.1.47); '*institutionem nullius esse momenti*' (Iul. 64 dig., D.28.5.43); '*libertas non potest competere*' (Gai. 2 fideicommiss., D.36.1.65.15); '*nihil iuris habet*' (Paul. 8 ad leg. Iul. et Pap., D.37.14.15); '*ne eum quidem libertatem consecuturum*' (Gai. 3 de manumiss., D.40.4.57); '*libertas non competit*' (Ulp. 60 ad ed., D.40.5.4.19; Iul. 64 dig., D.40.9.5pr; Paul. 16 ad Plaut., D.40.9.18pr); '*libertates impediuntur*' (Afr. 3 quest., D.40.9.8.1; Marcian. 13 inst., D.40.9.11.1; Terent. Clem. 9 ad leg. Iul. et Pap., D.40.9.24; I.1.6.3); '*manumissi ad libertatem non veniunt*' (Marcian. 13 inst., D.40.9.11pr); '*manumissum ... revocari in servitutum debere*', '*manumissio ... revocanda ... est*' (Paul. 3 ad leg. A. S., D.40.9.16.3); (il servo) '*retrahi in servitutum*' (Terent. Clem. 9 ad leg. Iul. et Pap., D.40.9.24); '*libertates irritae sunt*' (Pap. 5 resp., D.40.9.25); (il servo) '*non erit liber*' (Marcell. 24 dig., D.40.13.2); '*libertates retrahi*' (Paul. 5 sent., D.49.14.45.3); '*manumissio non valet*' (Gai.ep.1.1.5-6); '*libertates non valent*' (Alex., C.7.2.5; id., C.7.11.5); '*non posse libertatem adsequi*' (Sev., Ant., C.7.8.1); '*libertas ... infirmatur*' (Sev., Ant., C.7.8.2); '*ut revocet libertates*' (Alex., C.7.8.5); '*libertates per legem Aeliam Sentiam ... revocari*' (Alex., C.7.11.1); '*obstat lex libertati*' (Fr.Dos.16). E solo in due passi di Giuliano, già

- citati nell'Impostazione⁴⁸, si riscontra, in materia di *lex Aelia Sentia*, il termine '*rescindere*' (Iul. 64 *dig.*, D.40.9.5.2; id. 49 *dig.*, D.42.8.15);
- riguardo alla *lex Falcidia*: (*lex*) '*minu(er)it*' (Scaev. 22 *dig.*, D.33.1.21.1; Scaev. 4 *resp.*, D.35.2.25.1; Marcell. 22 *dig.*, D.35.2.56.4); (*legem*) '*revocare*' (Ulp. 79 *ad ed.*, D.35.3.1.11);
 - riguardo alla *lex Iulia de adulteriis*: '*non erit ratum*' (Paul. 43 *ad ed.*, D.29.1.16); '*fideicommissi non teneri*', '*irritam faceret*' (Pap. 8 *resp.*, D.31.77.5); (*lex*) '*pro infecto habet*' (Ulp. 47 *ad ed.*, D.38.11.1.1);
 - riguardo alla *lex Iulia repetundarum*: (*lex*) '*irritas facit*' (Paul. 54 *ad ed.*, D.48.11.8.1); '*infirmato contractu*' (Herm. 6 *iuris epitom.*, D.49.14.46.2);
 - riguardo ad una *lex non definita*: (*lex*) '*inutilem facit*' (Pap. 11 *resp.*, D.20.6.1.1).

Per quanto concerne gli ultimi quattro esempi delle *leges*, qui non si riscontra l'uso di *rescindere*.

Riassumiamo quanto fin qui esposto. (a) I giuristi romani non citano mai alla lettera dei brani delle *leges perfectae* (i cui propri testi non ci sono pervenuti) che contenessero, presumibilmente, statuizioni testuali di nullità. (b) Nemmeno libere parafrasi giurisprudenziali delle *leges* stesse ci riferiscono quella che potrebbe considerarsi una statuizione legale di nullità, preferendo i giuristi utilizzare espressioni allusive ai soli divieti legali e neutre sotto il profilo delle conseguenze della loro violazione. (c) Espressioni indicative dell'effetto invalidante che una *lex perfecta* esplicasse sugli atti ad essa contrari non sono frequenti neppure nelle interpretazioni giurisprudenziali delle disposizioni legislative. (d) Nei casi, invece, in cui tali espressioni s'incontrano manca qualsiasi uniformità nel linguaggio dei giuristi e balza agli occhi, al contrario, una ricca varietà della terminologia.

Un siffatto atteggiamento della giurisprudenza romana potrebbe apparire assai strano, ove volessimo seguire la dottrina dominante in materia. Sarebbe, infatti, inspiegabile, anzi misterioso, il fatto che i *iuris prudentes*, essendo – come si deve credere – a perfetta conoscenza del tenore letterale delle *leges perfectae*, con le loro supposte statuizioni di nullità espresse mediante '*rescindere*' o altri vocaboli, non le citano mai alla lettera, né riferiscono in modo parafrastico, e solo in via d'interpretazione alludono a quella che

⁴⁸ V. *supra*, n.1.

possiamo definire la nullità; ma lo fanno piuttosto raramente, e in ciò mancano di una terminologia minimamente uniforme.

Forse per uscire da questa *impasse* sarebbe lecito supporre, anticipando il discorso, che la terminologia adoperata dai giuristi romani non fosse, in realtà, quella legale, e quindi formale e tecnica? Se teniamo, poi, presente che la stessa giurisprudenza romana non poteva vantare, com'è noto, un raffinato concetto dogmatico di nullità, diventerebbe del tutto chiara la ragione per cui non poteva esservi uniformità o tecnicismo alcuno nel modo di esprimersi dei *iuris prudentes*.

(7) d) Enigmatiche appaiono anche le circostanze connesse con la tripartizione ulpiana delle *leges*, già riportata sopra⁴⁹. A prescindere qui dall'origine, di per sé molto discussa, dell'intera opera che contiene la menzionata tripartizione⁵⁰, la parte iniziale della stessa, che è per l'appunto la più importante ai fini della nostra ricerca, e cioè la definizione della *lex perfecta*, non ci è pervenuta. La sua ricostruzione s'impenna sul brano conservatosi, ove si dice riguardo alla *lex minus quam perfecta* (Ulp.ep.1.2) – e, verosimilmente, anche alla *lex imperfecta*⁵¹ (eod.1.1) – che essa ‘*n o n rescindit*’, il che significa che l'atto rimane civilmente valido. Come – e se – fosse invece definita, nella parte mancante, la *lex perfecta*, non lo sappiamo. Possiamo solo mediante un procedimento logico supporre, per analogia, che questa fosse definita in modo simile a quello in cui si usa comunemente restituirla già dai tempi di Cujacio: ‘*Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, rescindit...*’⁵². Ma, pur apparendo in massimo grado attendibile, questa ricostruzione è destinata purtroppo a rimanere per sempre sul piano delle congetture, salvo che non siano scoperte nuove fonti al riguardo.

⁴⁹ V. n.2.

⁵⁰ Al proposito v. da ultimo un'ampia indagine dell'AVENARIUS, *op. cit.*, la cui intestazione – “*Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*” – esprime già di per sé l'idea principale del libro. Cfr. ID., *Il “liber singularis regularum” pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le “Institutiones” di Gaio*, in *Index 34* (2006), p.455ss. Sull'argomento v. inoltre J.PANSEGRAU, *op. cit.*, p.47ss.; F.MERCOGLIANO, “*Tituli ex corpore Ulpiani*”: *Storia di un testo*, Napoli 1997.

⁵¹ Il testo riguardante il soggetto della frase non si è conservato.

⁵² Sul problema e sulle varie ricostruzioni del testo v. M.AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum, cit.*, p.161ss.

A parte, però, qualsiasi considerazione sulla genuinità del brano a noi pervenuto e sull'attendibilità della ricostruzione di quello mancante, ciò che colpisce è la completa assenza altrove, nelle fonti giuridiche romane, di menzione alcuna della nostra tripartizione, come altresì di ogni traccia dell'uso degli stessi aggettivi 'perfecta', 'imperfecta' e 'minus quam perfecta' attribuiti alla *lex*⁵³.

E ciò vale non soltanto per i testi classici, riguardo ai quali la circostanza in questione è forse spiegabile: bisogna, infatti, tener conto, da un lato, dell'origine postclassica e per di più molto dubbiosa

⁵³ Cfr. M.KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, cit., p.9s.: "Wir wollen an dieser Terminologie festhalten, obschon uns der Ausdruck *lex perfecta* an keiner Stelle, *lex minus quam perfecta* nur hier (scil. in Ulp.ep.1.2. – D.T.) bezeugt ist". Peraltro, in una costituzione (Iust., C.8.53.35.5b) Giustiniano chiama 'perfectissima' una delle sue leggi ('*secundum legem nostram perfectissimam constitutam*'), ma è ovvio che questo attributo abbia, nel contesto della costituzione, tutt'altro significato rispetto allo stesso termine usato nella tripartizione ulpiana. L'uso non infrequente degli aggettivi medesimi (e soprattutto di quello 'perfectum') come attributo di altri sostantivi, quali *donatio*, *venditio*, *emptio*, *legatum*, ecc., rilevato a suo tempo da G.BAVIERA, *op. cit.*, p.218ss., non sembra poter essere molto d'aiuto – malgrado quanto pensasse l'a. – nello stabilire il significato degli stessi aggettivi attribuiti alle *leges*, né nell'individuare il carattere delle loro statuizioni per l'ipotesi di violazione dei divieti da esse posti. Né giova per chiarirlo un passo di Gaio che ha assunto, nel ragionamento del Baviera, il ruolo probatorio principale (*ibid.*, pp.217s., 220 e 224). Scrive, infatti, l'a.: "Ulpiano chiama la 'lex' 'imperfecta' se – come dice Gaio, 2, 225 – '*non perfecit quod voluit*', cioè non 'rescindit' l'atto che intendeva vietare; la chiama invece 'perfecta' se '*perfecit quod voluit*' e 'rescindit' l'atto vietato e posto in essere contro le sue disposizioni" (*ibid.*, p.217. Cfr. anche M.AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., p.161, il quale sembra identificare 'rescindit' con '*perfecit quod voluit*', e tutte e due espressioni con la statuizione testuale della nullità). A parte il fatto che la frase '*perfecit quod voluit*', con la quale l'a. ha cercato di spiegare il significato dell'attributo 'perfecta' usato nella tripartizione ulpiana, non appartiene a Gaio, bensì è stata modellata dall'a. stesso per analogia con la gaiana '*non perfecit quod voluit*', bisogna sottolineare che il senso di quest'ultima non ha in realtà niente a che vedere con quello di '*non rescindit*' della tripartizione. Parlando, nel passo menzionato, della *lex Furia testamentaria* che '*non perfecit quod voluit*', Gaio non intende dire con questo che la legge in parola '*non rescindat*' gli atti compiuti in contravvenzione ad essa, e che pertanto non sia *perfecta* (il che è di per sé vero), ma solo che, come segue con chiarezza dal testo medesimo, la legge non raggiunse i risultati pratici previsti, dal momento che poteva essere facilmente raggirata, ed è proprio di raggiri nei suoi confronti che narra Gaio nella parte finale del passo. Significativa a questo proposito è l'equiparazione, in I.2.22pr, sotto un certo riguardo, della *lex* in parola a quella *Voconia* che è ritenuta, in dottrina, 'perfecta': '*...tam lex Furia quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur*'.

dei *Titoli ex corpore Ulpiani* in cui è contenuta la tripartizione, e, dall'altro, del fatto che la giurisprudenza classica ci è nota, nella maggior parte, attraverso i *Digesta*, e quindi va tenuto presente, a questo proposito, il “filtro” posto dai giustinianeî, al tempo dei quali tutte le *leges* erano ormai ‘*perfectae*’.

Quello che stupisce, però, è soprattutto che nella stessa *Epitome Ulpiani* l'uso dell'aggettivo ‘*perfecta*’ (al pari di ‘*imperfecta*’ e ‘*minus quam perfecta*’) attribuito alla *lex*, e del verbo ‘*rescindere*’ riferito alla stessa, si riscontri u n a v o l t a s o l a , all'apertura dell'opera, proprio nella tripartizione delle *leges* in parola. Nonostante in seguito le singole *leges*, e in particolare quelle ritenute *perfectae*, siano considerate, nella trattazione ulpiana, in modo piuttosto dettagliato, essendo riportati i loro precetti e divieti, neanche una volta più si dice che esse siano *perfectae* (o *imperfectae*, o *minus quam perfecta*), né che le stesse *rescindant* (o non *rescindant*) gli atti compiuti in contravvenzione alle *leges* medesime. E ciò mentre dal punto di vista della composizione dell'opera tali proiezioni e concretizzazioni della regola-*definitio* generale, posta – in forma della tripartizione delle *leges* – proprio in apertura dell'opera stessa, sembrerebbero più che opportune e logiche. Ciò vale anche per le trattazioni di singole *leges* nelle *Institutiones* e nell'*Epitome* di Gaio, nelle *Pauli Sententiae*, e nei *Digesta* (sprovviste, peraltro, della *definitio* generale simile a quella dell'*Epitome Ulpiani*): abbiamo già visto come raramente in tutte queste fonti si riscontri l'uso di *rescindere* riferito alla *lex publica*, e ora constatiamo che non s'incontrano affatto gli aggettivi ‘*perfecta*’, ‘*imperfecta*’ e ‘*minus quam perfecta*’, attribuiti alla *lex* medesima.

È altresì sorprendente che nella novella di Teodosio II (a. 439), con cui tutte le leggi erano dichiarate – se vogliamo adoperare la terminologia della tripartizione qui discussa – ‘*perfectae*’⁵⁴, non si usi mai né questo termine stesso, né quello di ‘*rescindere*’, ma, al posto di quest'ultimo, ‘*inutilia <esse>*’, ‘*pro infectis haberi*’ e ‘*cassum atque inutile esse*’. È tanto più strano che immediatamente prima di tali qualifiche siano riprodotte quasi letteralmente le espressioni adoperate nella tripartizione ulpiana: ‘*...ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta...*’

⁵⁴ Più precisamente, la novella fu emanata a proposito di un problema concreto (il divieto ai curiali della *procuratio* dei beni altrui), ma nel *Codex* di Giustiniano assunse la portata generale.

NTh. 9.3 (= Theod., Valent., C.1.14.5.1):

Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis latori, quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat: ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

Né si riscontrano le qualifiche di *'perfecta'*, *'imperfecta'* e *'minus quam perfecta'* riferite alle *leges* in altre costituzioni imperiali. In breve, a parte la tripartizione di Ulp.*ep.*1.1-2, le qualifiche in parola non si trovano nelle fonti giuridiche. Data questa circostanza, sarebbe forse troppo ottimistico dire che “non si può considerare generalmente accolta dai giuristi antichi⁵⁵” la tripartizione in esame. Il punto è che questa non può considerarsi accolta da alcun giurista, almeno per quanto lo possiamo sapere sulla base delle fonti a nostra disposizione.

Ma non solo. L'unica menzione delle *leges imperfectae* e – benché sottintesa – di quelle *perfectae* al di fuori della nostra tripartizione la troviamo in una fonte letteraria. Si tratta di un passo (2.17.13) di Macrobio Teodosio⁵⁶, scrittore della prima metà del V secolo, in cui la particolarità delle *leges imperfectae*, e quindi la loro sottintesa differenza dicotomica dalle *leges perfectae*⁵⁷, è accennata in modo diverso rispetto alla tripartizione ulpiana: *'inter leges quoque illa imperfecta dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur'*. La dicotomia delle *leges perfectae* e di quelle *imperfectae* si sarebbe avuta, quindi, a seconda che esse comminassero o meno una *poena* al contravventore, e non che rescindessero o meno l'atto compiuto in violazione delle stesse⁵⁸. La tripartizione delle *leges* non solo non

⁵⁵ F.SERRAO, *op. cit.*, p.837 (evidenziato da me. – D. T.).

⁵⁶ *Commentarii in Somnium Scipionis*, ed. EYSENHARDT, Lipsia 1893.

⁵⁷ Cfr. F.SERRAO, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

⁵⁸ *Ibid.* Cfr. G.BAVIERA, *op. cit.*, p.203 nt.1: “Macrobio dichiara ‘imperfecta’ la ‘lex’ in cui ‘nulla poena deviantibus sancitur’, concetto profondamente diverso da quello di Ulpiano, per il quale la ‘lex’ è ‘imperfecta’ se ‘non rescindit’ l’atto contrario ad essa: ora la rescissione dell’atto non può mai considerarsi come ‘poena’!”

trova, dunque, conferma in altre fonti giuridiche, ma sembra persino contraddetta dalla menzionata fonte letteraria⁵⁹.

4. *La nullità per legem quale frutto dell'interpretazione giurisprudenziale (un'ipotesi alternativa)*

(8) I dati testuali appena rilevati non sono messi in risalto, nella loro visione d'insieme, dalla dottrina romanistica. Ci si limita, di solito, ai tentativi di spiegare soltanto la diversità delle *leges* prospettata nella tripartizione ulpiana, nonché la loro traiettoria evolutiva in direzione dalle più antiche *imperfectae* alle più recenti divenute tutte *perfectae*, trattandosi la tripartizione stessa come un dato apodittico risalente all'opera della giurisprudenza imperiale⁶⁰.

Non è, certo, questa la sede per discutere le varie ingegnose teorie proposte per spiegare il fenomeno dell'esistenza di *leges imperfectae* e *minus quam perfectae* e della loro progressiva sostituzione con quelle *perfectae*⁶¹. Ciò che preme invece di rilevare è che, tenendo conto di quanto fin qui esposto, si deve sicuramente constatare la mancanza,

⁵⁹ Peraltro, sono possibili anche diverse interpretazioni del passo di Macrobio: v. *infra*, n.13. Non si sa poi bene se nel definire *leges imperfectae* Macrobio intendesse contrapporre a quelle *perfectae*; e varrebbe quindi tutto quanto sopra detto; oppure a quelle *minus quam perfectae*, ipotesi in cui la dicotomia macrobiana sarebbe perfettamente in armonia con la tripartizione ulpiana.

⁶⁰ V., ad es., G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani, cit.*, p.153ss.; specie p.155: "...La sanzione delle leggi si rafforza coll'intensificarsi dell'autorità dello Stato: la distinzione dottrinale sorge nell'impero probabilmente perché le leggi repubblicane con sanzione insufficiente o addirittura mancante cominciavano a parere un'anomalia..."; G.BAVIERA, *op. cit.*, p.204; A.GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del diritto romano*³ [ed., riveduta], Napoli 1959, p.134s.: "La seconda parte del testo (*scil.* Ulp.ep.1.2. – *D.T.*) rende sicura l'integrazione della lacuna della prima parte... Quanto al contenuto dell'insegnamento ulpiano, siamo certamente di fronte ad una classificazione di fenomeni concreti... Alla nostra mentalità moderna (e, del resto, alla mentalità dello stesso Ulpiano, che non a caso parla di *leges «imperfectae»*) può risultare e risulta addirittura paradossale che siano potute esistere leggi, proibitive o limitative dell'autonomia dei soggetti, sfornite di una sia pur minima comminatoria per i trasgressori".

⁶¹ Per la letteratura meno recente v. G.BAVIERA, *op. cit.*, p.206ss.; E.COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano*, Milano-Torino-Roma 1909, p.41s. nt.3; G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani, cit.*, p.155s.; in queste opere si vedano anche altri riferimenti bibliografici. Per la dottrina più recente cfr. C.GIOFFREDI, *La "sanctio" della legge e la "perfectio" della norma giuridica, cit.*; ID., *Ius, Lex, Praetor*, in SDHI 13-14 (1947-48), p.64ss.; G.PUGLIESE, *op. cit.*, p.77ss.; P.FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1954, p.307ss.; F.WIEACKER, *op. cit.*, p.3119s.

nelle fonti, di testimonianze che le *leges* romane, seppure '*perfectae*', in realtà potessero testualmente statuire – e statuissero –, in sé stesse, la nullità (o, se si vuole, l'inefficacia) degli atti da esse vietati. Anzi, si deve riconoscere che vi siano, al contrario, alcune testimonianze, benché indirette, della situazione esattamente opposta. Da questa constatazione potrebbe prospettarsi, in via d'ipotesi, una – riassuntivamente già accennata – visione del problema alquanto diversa da quella generalmente accolta. Essa s'incentrerà su due punti principali.

Sarebbe lecito, in primo luogo, supporre che in realtà le *leges publicae* romane non andassero oltre lo statuire un semplice divieto di certi atti e – eventualmente – corredarlo di una multa per i trasgressori⁶².

Questa tesi tanto si distacca dalla visione tradizionale, basata sulla tripartizione ulpiana, quanto si estende anche a quelle *leges* che sono generalmente ritenute *perfectae*⁶³. Sembra, infatti, che anche riguardo a queste ultime debba essere ribadita l'osservazione già più volte fatta in dottrina (ma finora solo al fine di spiegare la relativa scarsità delle *leges perfectae*) sulla “difficoltà di elaborare una nozione così raffinata, come è quella della nullità⁶⁴”, in assenza – aggiungiamo – di necessari presupposti di ciò nell'esperienza giuridica romana.

È già da tempo assodato che ad assegnare ai divieti statuiti dalle *leges imperfectae* e *minus quam perfectae* la rilevanza pratica servivano elementi e meccanismi di varia natura: a cominciare – negli inizi della società romana – dall'ubbidienza volontaria del popolo, quando la *lex publica* aveva, ove si occupasse di materie civilistiche,

⁶² Negava che le multe fossero statuite direttamente nel testo delle *leges minus quam perfectae* G.BAVIERA, *op. cit.*, p.213s., sostenendo che “la '*poena quadrupli*', ritenuta carattere differenziale della '*lex minus quam perfecta*', non si comminava '*ab initio*', ma spuntava eventualmente per effetti processuali” (*ibid.*, p.214). In questa sede, però, ci interessa anzitutto il problema della nullità quale effetto della *lex*; quello, invece, della *poena* ha per noi importanza secondaria.

⁶³ Per evitare di creare l'impressione di accostamento dell'ipotesi qui proposta alla teoria del Di Paola (i riferimenti bibliografici v. *supra*, nt.7), precisiamo che le *leges perfectae*, a nostro avviso, non statuivano nemmeno quella che l'a. chiamava “l'inefficacia”.

⁶⁴ G.PUGLIESE, *op. cit.*, p.80. Cfr. P.KOSCHAKER, [Rec. a Apelt...], in ZSS 58 (1938), p.357s.

“la natura di un consiglio, di un ammonimento⁶⁵”, i cui precetti, essendo “semplici «indicazioni», ... traevano la loro forza non tanto dalla minaccia di punizioni quanto dalla generale convinzione, o superstizione, che la loro autorità ... fosse assoluta, e non si potesse pensare di contrastarvi o sfuggirvi⁶⁶”; procedendo, poi, con sanzioni mediate, quali pene private od altri svantaggi giuridici per i contravventori, con l’opera mediatrice dei magistrati estrinsecata negli interventi, soprattutto pretori, come *denegatio actionis*, *in integrum restitutio* o *exceptio*⁶⁷, infine con speciali *senatus consulta* che assegnavano alle *leges* sfornite di sanzioni l’efficacia, in sostanza, delle *leges perfectae*⁶⁸.

Fino a questo puntola prospettiva generale dell’attuale dottrina non suscita perplessità; quelli che si possono discutere sono, forse, alcuni dettagli. I dubbi cominciano invece nel momento in cui passiamo all’apogeo del processo evolutivo, configurato dall’opinione comune come il trapasso dalle *leges* sfornite di statuizione di nullità, a quelle contenenti quest’ultima quale loro parte organica e indispensabile.

Si è soliti ritenere che, con il rafforzamento del potere dello Stato la funzione di rendere efficaci i divieti legislativi, fino ad allora affidata per eccellenza al pretore e ai suoi provvedimenti, sia stata gradualmente assunta dal legislatore, superandone gli ostacoli originari⁶⁹. Sarebbe, questo, un trapasso dall’assenza completa di

⁶⁵ A.GUARINO, *L’ordinamento giuridico romano, cit.*, p.133. Nel periodo più antico, osserva lo stesso a., “*leges publicae* ... si limitarono ad ammonire i cives Romani a non volerne abusare, senza peraltro comminare sanzioni contro i trasgressori dei loro precetti” (*ibid.*, p.134). Cfr. E.COSTA, *op. cit.*, p.41s. nt.3, che spiegava il fenomeno col “senso civile” della società romana, “il quale in antico dove[v]a bastare di per sé stesso a garantire alla legge valore ed osservanza, senza bisogno di una *sanctio* appostavi”. (La spiegazione del sorgere delle *leges perfectae* sta secondo l’a., “nel decadimento seguito nel senso civile” (*ibidem*). Per una critica mossa a quest’opinione v. però G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani, cit.*, p.158, secondo il quale l’ipotesi prospettata dal Costa “difficilmente si può ammettere ove non si abbia un ben roseo concetto della società romana” dell’epoca.)

⁶⁶ G.TIBILETTI, “*Leges dictae*”, in *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano 1955, p.180.

⁶⁷ F.WIEACKER, *op. cit.*, p.3120.

⁶⁸ Cfr. G.BAVIERA, *op. cit.*, p.223: le *leges imperfectae* ricevevano “l’efficacia pratica ... nella vita di allora ... per opera del ‘praetor’, che si serviva della ‘denegatio actiones’ o dell’‘exceptio’, e ... nel principio dell’impero ‘leges’ assolutamente ‘imperfectae’ venivano rese ‘perfectae’ per mezzo di speciali ‘senatusconsulta’.

⁶⁹ V. per tutti G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani, cit.*, p.159: “...Alla fine della repubblica, quando da un lato lo stato si è rafforzato in modo da potersi

sanzione alcuna che assicurasse l'efficacia ai divieti legislativi – attraverso l'apparirvi della *poena* a carico dei trasgressori – al definitivo instaurarsi della testuale statuizione di nullità, inserita nella legge stessa. E tale trapasso, il cui punto culminante sarebbe caduto nel periodo del principato augusteo, è presentato in dottrina come un processo storico di passaggio delle *leges publicae* attraverso tre fasi evolutive, riflesse nella tripartizione ulpiana: *leges imperfectae* → *leges minus quam perfectae* → *leges perfectae*⁷⁰.

I dubbi che suscita questa teoria – *prima facie* assai suggestiva – stanno nell'estrema scarsità della sua base testuale. In effetti, di tutte le *leges imperfectae* e *minus quam perfectae* – la cui assoluta supremazia quantitativa nel periodo repubblicano è comunemente affermata⁷¹ – notizie minimamente sufficienti a giudicarne il tenore effettivo sono disponibili solo in relazione a due tra esse⁷², la *Cincia*

permettere le innovazioni più radicali (p. es. le leggi matrimoniali d'Augusto), e dall'altro l'antico *jus civile*, per il seguito delle leggi precedenti, per l'opera del pretore e della giurisprudenza, ha perduto gran parte della sua venerata rigidità, la *lex* e il *plebiscitum* dettano norme di diritto privato con efficacia piena e con sanzione adeguata”.

⁷⁰ V. per tutti A.GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano, cit.*, p.135: “Assai lentamente e faticosamente le *leges publicae* ... passarono, nei riguardi del *ius civile*, dallo stato di *imperfectae* a quello di *minus quam perfectae*, e poi a quello di *perfectae*; e solo in questo ultimo stadio della loro evoluzione (stadio certamente non anteriore al sec. I a.C.) poté dirsi rovesciato il rapporto originario...”. Il punto di apogeo in questo sviluppo delle *leges* sarebbe, secondo G.BAVIERA, *op. cit.*, p.224, “un altro passo ancora (*scil.* dopo le *leges minus quam perfectae*. – *D. T.*) nella vita organica dello Stato romano, e nella conseguente evoluzione di tutti i vecchi concetti”: “la ‘lex’ giunge all’annullamento dell’atto posto in essere contro le sue norme, che lo vietavano, senza alcuna ‘poena’ per l’avvenuta trasgressione”.

⁷¹ V. per tutti E.COSTA, *op. cit.*, p.41s. nt.3: “...Nei primi secoli (*scil. ab urbe condita*. – *D. T.*) il novero delle *leges perfectae* è limitatissimo, di contro a quello delle *imperfectae* o *minus quam perfectae*...”.

⁷² Nel novero delle *leges imperfectae* alcuni studiosi (v. per tutti G.BAVIERA, *op. cit.*, p.211) pongono anche la *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* del 149 a.C. e la *lex Iunia repetundarum* di data incerta ma comunque riconducibile al mezzo del II sec. a.C., la prima delle quali istituì una *questio perpetua de pecuniis repetundis* per istruire e decidere le cause relative alle malversazioni commesse da magistrati delle province. A parte che entrambe riguardarono il campo del diritto criminale e che ne abbiamo solo frammentarie notizie offerte dal testo della *lex Acilia repetundarum* del 123 a.C., osserviamo che la condanna stabilita dalla prima di esse consisteva, com'è noto, nella restituzione di quanto fu illecitamente ricevuto dal magistrato o dell'equivalente in denaro, il che indurrebbe a qualificarla – se volessimo anche qui attenerci alla tripartizione ulpiana – piuttosto come *perfecta*. Quale *minus quam perfecta* è di solito considerata la *lex Marcia fenebris* di data incerta (v. G.BAVIERA,

del 204 a.C. e la *Furia testamentaria* del 200 a.C., la prima delle quali sarebbe *imperfecta* e la seconda *minus quam perfecta*, come possiamo desumere dal testo lacunoso della tripartizione ulpiana. Accanto a queste, è menzionata da alcuni la *lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* del 200 a.C.⁷³, delle cui disposizioni sappiamo peraltro troppo poco. Ma – osserviamo – ancora due leggi di cui abbiamo notizie più o meno sicure, e che l'opinione dominante colloca senza esitare nel novero delle *leges perfectae*, appartengono, pur essendo un po' più tarde, alla stessa età repubblicana⁷⁴. Si tratta della *lex*

op. cit., p.212ss.), ma di questa non ne abbiamo notizie precise e sufficienti (v. Gai.4.23).

⁷³ V. per tutti G.BAVIERA, *op. cit.*, p.211, che aderiva all'opinione che essa fosse *lex imperfecta*. Secondo un'altra opinione, basata sul fatto (testimoniato da Cicerone) che essa comminava una *poena* per il *circumscriptor*, si tratterebbe invece di una *lex minus quam perfecta*. Così, con dubbi, già L.MITTEIS, *Römisches Privatrecht, bis auf die Zeit Diokletians I: Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig 1908, p.247; con sicurezza invece G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* (con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca)³, Torino 1991, p.418.

⁷⁴ Nella quale sono inquadrabili anche due *leges de sponsu*, *Furia* e *Cornelia*, da alcuni ritenute *perfectae* (v. per tutti G.BAVIERA, *op. cit.*, p.209s., ivi varie opinioni al proposito) ma il cui carattere è discusso in dottrina. Per quanto riguarda la *lex Furia de sponsu*, di data incerta, è ritenuta *perfecta* da una parte degli studiosi (Appleton, Wlassak, Baviera), dall'altra invece (Senn, Girard, Mitteis) *minus quam perfecta*. Sembra sia piuttosto difficile aderire all'una o all'altra opinione, tenendo conto che, da quanto ne sappiamo attraverso le *Institutiones* di Gaio, essa non statui alcun divieto e quindi è difficilmente classificabile nei termini della tripartizione ulpiana. I suoi precetti imperativi, con i quali fu stabilita la responsabilità degli *sponsores* e *fidepromissores* per quote individuali (Gai.3.121) non potevano essere in nessun modo violati dai negozi di garanzia come tali, trattandosi dei contratti verbali – *sponsio* e *fidepromissio* – le cui formule solenni non lasciavano spazi per l'inserimento delle clausole, in particolare di quelle che potessero eventualmente divergere dai precetti medesimi. Gli ultimi poterono essere violati tutt'al più dall'eccessiva pretesa del creditore, a soddisfazione della quale il garante pagasse più della sua quota individuale, e potesse quindi agire nei confronti del creditore *per manus iniunctionem* (Gai.4.22). È, dunque, solo in riguardo all'atto di esecuzione volontaria da parte del garante che potrebbe dirsi che la *lex* lo *rescindit*, ma parrebbe una forzatura inquadrare per questo la legge nella tripartizione. È invece esplicitamente espresso il divieto della *lex Cornelia Sullae de sponsu* dell'81 a.C., classificata da alcuni come *perfecta* (Lenel, Baviera; *contra* il Mitteis che la poneva dubitativamente tra le *leges imperfectae*), che proibì, salvi alcuni casi particolari, di contrarre obbligazioni in favore dello stesso creditore nei confronti dello stesso debitore, nel corso dello stesso anno, per una somma pecuniaria superiore ai ventimila sesterzi (Gai.3.124). Ma le fonti non ci danno notizia alcuna sulle conseguenze della violazione del divieto.

*Voconia*⁷⁵ del 169 a.C. e della *lex Falcidia* del 40 a.C. Non possono ritenersi sufficienti per la ricostruzione qui discussa tre o quattro leggi proibitive di diritto privato emanate nel periodo del principato augusteo, tutte quasi unanimemente considerate *perfectae*, che costituiscono l'oggetto immediato della nostra indagine⁷⁶.

L'unico dato sicuro al riguardo che può ricavarsi dalle fonti a nostra disposizione, a parte la tripartizione di Ulp.*ep.*1.1-2, è che tutte le leggi proibitive nel campo privatistico, di cui parlano i giuristi classici e che sono ancora in vigore ai loro tempi⁷⁷, sono presentate nelle fonti – a voler esprimersi nei termini della tripartizione stessa – come *perfectae*, o quanto meno efficaci⁷⁸.

(9) Possiamo quindi avanzare l'altro punto principale dell'alternativa visione annunciata sopra.

Potrebbe supporre, in secondo luogo, che il processo evolutivo subito dalle *leges publicae* – che non intendo qui affatto mettere in dubbio – non stesse, quanto al suo *iter* principale, in una modificazione storica delle *leges* come tali, nel loro tenore letterale e formulazioni testuali, bensì in un colossale progresso della *tecnica interpretativa*, sviluppatasi con l'avvento della giurisprudenza classica. In altre parole, a parte qualsiasi considerazione sul problema della “perfezione testuale” delle *leges*

⁷⁵ Gai.2.226. Peraltro, non abbiamo sicura notizia testuale delle conseguenze di violazione del divieto stabilito da questa legge, il che suscitò un tempo certi dubbi a proposito del suo carattere di *lex perfecta*. Così, L.MITTEIS, *op. et loc. cit.*, la poneva – seppur in modo dubitativo – fra le *leges minus quam perfectae*.

⁷⁶ Mentre la dottrina dominante suole invece sottintendere al proposito una quantità più o meno notevole di tali leggi. V. per tutti E.COSTA, *op. cit.*, p.41s. nt.3: “...Dagli inizi del secolo VII (*scil. ab urbe condita. – D. T.*) in poi le nuove leggi sono tutte *perfectae*, e quelle medesime ch'erano già *minus quam perfectae* e *imperfectae* conseguono in grazia di nuovi mezzi processuali il medesimo effetto delle *perfectae*” (evidenziato da me. – *D. T.*).

⁷⁷ Così, le limitazioni in ordine ai *legata* poste dalle *leges Furia testamentaria* e *Voconia* furono abrogate nel 40 a.C. dalla *lex Falcidia* (Gai.2.227).

⁷⁸ Ad es., i divieti in materia di *donationes* posti dalla *lex Cincia*, malgrado quest'ultima fosse *imperfecta*, risultano nel periodo classico pienamente efficaci. Invero, se qualcuno essendo obbligato contro la *lex Cincia* eseguiva l'obbligazione, poteva ripetere quanto era eseguito come *indebitum solutum* (e quindi con l'*actio civile, condictio*), e viceversa, chiamato in giudizio con l'*actio* basata sull'obbligazione suddetta, poteva difendersi con l'*exceptio Cinciae* (Fr.Vat.266). Sull'efficacia della *lex Cincia* cfr. anche Fr.Vat.259 e 310. L'efficacia della *lex Laetoria* era assicurata, invece, con le relative *exceptio* e *in integrum restitutio*.

romane, col tempo la giurisprudenza arrivò al punto da poter trattare gli atti di diritto privato contrari all'esplicito divieto legislativo come inefficaci, nulli, inesistenti⁷⁹. Sotto questo profilo le espressioni adoperate dai giuristi per indicare l'effetto invalidante delle *leges*, quali, in particolare, '*lex quae rescindit*', '*per legem rescinditur*', e consimili, come anche la stessa tripartizione ulpiana, vanno considerate nient'altro che un portato dell'interpretazione giurisprudenziale, avvenuto non dall'inizio, ma a mano a mano che la giurisprudenza andava sviluppandosi, senza avere ancora terminologia ferma.

Orbene, senza discutere, in linea di massima, quanto si è consolidato nella dottrina romanistica riguardo alle ragioni per cui esistevano, nell'esperienza romana, i tre tipi di *leges publicae*, l'ipotesi da noi prospettata intende solo spostare il problema dal campo delle *leges* stesse, o – meglio – del loro tenore letterale, a quello della loro interpretazione da parte della giurisprudenza romana.

È stato già da tempo rilevato che il fenomeno del progressivo affermarsi dell'efficacia di *leges* fu strettamente collegato con lo svolgimento dell'attività pretoria in seguito alla *lex Aebutia*, essendo conferiti al pretore i nuovi e diversi poteri, e in particolare la facoltà – qualora l'istanza dell'attore contrastasse ad una disposizione di legge – di *denegare actionem*, o di accogliere nella *formula* ad istanza del convenuto un'*exceptio*, mezzi con i quali ai divieti legislativi veniva

⁷⁹ A questa congettura sembra essere molto vicino P.FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, cit., p.308, sebbene egli, da una parte, parlasse della tecnica interpretativa dei *negozii*, e non delle leggi (ma questa differenza non ha, pare, grande rilevanza, essendo i due tipi d'interpretazione, da questo punto di vista, il diritto e il rovescio della stessa medaglia), e dall'altra, presentasse il processo in analisi come una sostituzione delle *leges perfectae* a quelle *imperfectae* e *minus quam perfectae*: "La possibilità di analizzare la validità di un atto di autonomia privata istituendo un confronto fra la volontà di chi ha compiuto l'atto, e quella enunciata nella norma di legge che ne vieta il compimento, è il portato della tecnica «moderna» di interpretazione dei negozi, secondo il più progredito schema retorico del contrapposto *verba voluntas*; cosicché è possibile supporre con buon fondamento che nella legislazione di diritto privato le *leges imperfectae* e *minus quam perfectae* abbiano ceduto il posto alle *leges perfectae* in conseguenza della evoluzione della tecnica interpretativa dei negozi di diritto privato, che è frutto del nuovo spirito scientifico della giurisprudenza romana trasformata dall'influsso del pensiero greco..." (evidenziato da me. – D. T.).

assegnata efficacia pratica⁸⁰. Si noti inoltre come in virtù del giuramento di osservanza delle *leges*, che prestavano i magistrati, la *denegatio actiones* dovesse applicarsi dal pretore a tutti i casi in cui la pretesa dell'istante fosse basata su un atto contrario alla *lex*, indipendentemente cioè da come quest'ultima sia qualificata da noi oggi, seguendo la tripartizione ulpiana, ossia quale *perfecta* o *imperfecta*. Ciò faceva inevitabilmente sì che sul piano pratico i divieti legislativi avessero uguale efficacia.

Al tempo stesso, l'attività del pretore era nutrita, com'è ben noto, dalla giurisprudenza. E viceversa, il sempre più frequente ricorso, da parte del pretore, agli strumenti che impedivano gli effetti degli atti contrari ai divieti legislativi nutriva e consolidava – stavolta nei giuristi – l'idea di nullità, d'inutilità degli atti contrari al divieto legislativo, senza riguardo al fatto che nel testo della legge ne mancasse l'esplicita sanzione.

Date queste circostanze, è difficile pensare che l'ordinamento romano dell'epoca abbia davvero sentito qualche seria esigenza di rafforzare i divieti posti dalle *leges publicae* con un'esplicita, testuale sanzione di nullità, anche supponendo che fosse stato – astrattamente – in grado di farlo. Pare però che una simile sanzione, della quale non abbiamo – almeno fino all'adozione della *lex Aelia Sentia* – alcuna traccia nelle fonti, gli fosse semplicemente sconosciuta.

5. La prova dell'ipotesi proposta

(10) I molteplici dati testuali riassunti nel corso dell'analisi cui è stata sottoposta l'opinione dominante⁸¹ sono, certo, piuttosto indiretti e, nella maggior parte, negativi, per cui non hanno, presi separatamente, forza probatoria. Ma una volta considerati nel loro insieme essi sembrano assumere un carattere probante assai persuasivo in favore

⁸⁰ V. F.SENN, *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae*, Paris 1902. Si veda peraltro l'obiezione avanzata da G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., p.156, la quale dimostra, fra l'altro, l'adesione dell'a. all'indirizzo dominante da noi criticato: "Il Senn mette in rapporto questo fenomeno del progressivo affermarsi dell'efficacia della legge collo svolgimento dell'attività pretoria in seguito alla *lex Aebutia*: al che mi sembra potersi muovere quest'obiezione fondamentale, che cioè la tricotomia d'Ulpiano non rispecchia un maggiore o minor vigore con cui l'organo giurisdicente applica la legge ma una maggiore o minore perfezione intrinseca della legge considerata in sé stessa".

⁸¹ V. *supra*, nn.6 e 7.

dell'ipotesi da noi proposta. E viceversa, accogliendo quest'ultima, potrebbero senz'altro chiarirsi alcuni aspetti oscuri del nostro argomento, e trovarsi risposte al riguardo. Procediamo quindi nello stesso ordine in cui sono state fatte – più sopra – le considerazioni riguardo agli aspetti menzionati.

a) Si spiega anzitutto la ragione per cui i giuristi non ricorrono mai a citazioni dirette di quei passi delle *leges*, ritenute '*perfectae*', in cui fosse presumibilmente sancita la nullità (l'inefficacia) degli atti vietati dalle *leges* stesse, e nemmeno li riproducono – unica eccezione la *lex Aelia Sentia* (Gai.1.47) – in modo parafrastico. La causa di questo silenzio è, con tutta probabilità, nella semplice assenza nei testi legislativi (salva la *lex* appena menzionata) di una tale sanzione.

b) Si capisce, poi, perfettamente il motivo della preferenza che i giuristi danno, nelle loro trattazioni, alle espressioni piuttosto neutre dal punto di vista della statuizione di nullità, quale ad es. una semplice constatazione che '*lex prohibet*' o '*lex vetat*' e simili, ricorrendo relativamente di rado – rispetto a quanto ci si sarebbe potuti aspettare se le cose stessero diversamente – ad espressioni allusive alla nullità di un atto contrario alla *lex*. Tanto queste ultime quanto la loro relativa scarsità potrebbero essere indizi della travagliata opera interpretativa della giurisprudenza che non ha ancora un sicuro appoggio negli stessi testi delle *leges* per poter ritenere nulli gli atti contrari ai divieti legislativi.

c) È altrettanto pienamente spiegabile il motivo per cui, anche laddove si riscontrino le espressioni suddette, non v'è uniformità alcuna ma anzi, come abbiamo visto⁸², vi è una varietà così ricca della terminologia da non permettere di individuarne alcuna regolarità o tecnicismo: la scelta terminologica, in assenza di modelli legislativi, dipendeva ovviamente dalle preferenze stilistiche dei singoli giuristi.

Si noti, ad es., come entrambi i passi in materia di *lex Aelia Sentia* in cui è adoperato il termine '*rescindere*' appartengano allo stesso giurista, Salvio Giuliano. Non solo, se prendiamo in considerazione tutti i passi in cui è adoperato '*rescindere*' come indicativo dell'effetto esplicito dalle *leges perfectae* in generale⁸³, ci accorgiamo che, a parte le fonti postclassiche e il frammento di Marciano (in cui l'espressione

⁸² V. *supra*, n.6, c).

⁸³ Ne v. l'elenco *supra*, n.1 all'inizio del presente saggio.

contenente ‘*rescindere*’ è sicuramente interpolata⁸⁴), fra i quattro passi rimanenti uno appartiene a Gaio, due a Giuliano, e ancora uno a Terenzio Clemente. Ma se teniamo poi conto che quest’ultimo giurista, proprio nel passo che qui ci interessa, e cioè in D.35.1.64.1 concernente la *lex Iulia et Papia*, riproduce le decisioni e riflessioni dello stesso Giuliano⁸⁵, risulteranno quindi soltanto – fra tutte le fonti classiche in cui è adoperato il verbo ‘*rescindere*’ riferito alla *lex* – i tre testi di Giuliano e l’uno di Gaio. L’individualità dell’uso di *rescindere* è dunque evidente.

(11) Una conferma particolare di quanto si sta sostenendo sembra essere offerta da un frammento di Gaio:

Gai.1.46:

Nam etsi testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia Lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. sunt etiam specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt.

Dice il giurista, a proposito delle manomissioni fatte in frode alla *lex Fufia Caninia*, che, da un lato, la legge le *rescindit* (*‘lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit’*) e, dall’altro, che esistono anche dei *senatusconsulta* speciali con i quali vengono “rescissi” espedienti (s’intendono, verosimilmente, le medesime manomissioni fraudolente) cui si ricorre in frode a questa legge (*‘sunt etiam specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt’*).

⁸⁴ V. ad es. G.LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto III. Diritto civile e diritto romano*, Padova 1970, pp.488s., 520; A.S.HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971, p.158ss.; G.IMPALLOMENI, *A proposito di “metus”*, in *Labeo* 20 (1974), p.256ss.

⁸⁵ Cfr. R.ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia, cit.*, p.165: “Nel principio ... del frammento, Terenzio Clemente avverte con la proposizione *Iulianus aiebat* come egli stia riportando decisioni e riflessioni di Giuliano. Quindi anche il discorso alla forma indiretta del paragrafo in esame dipende sintatticamente da quella proposizione”. In effetti, fra cinque passi di Terenzio Clemente presenti nello stesso titolo in cui è inserito il passo in questione, i tre fanno esplicito riferimento a Giuliano: ‘*..Iulianus rectissime scribit...*’ (D.35.1.62.1), ‘*Iulianus respondit...*’ (eod., § 2), ‘*..Iulianus aiebat*’ (D.35.1.64pr).

Ora se supponiamo che la *lex Fufia Caninia* prevedesse testualmente – in quanto *lex perfecta*, come è pacifico, – la nullità degli atti compiuti in frode alla stessa, come vuole la dottrina dominante, ci si potrebbe domandare quale scopo mai perseguissero allora i menzionati *senatusconsulta*, rescindendo, come dice Gaio, gli atti medesimi, o, in altre parole, a cosa servisse una tale “doppia” rescissione.

È riconosciuto che i *senatusconsulta* del genere venivano emanati appunto per assegnare alle *leges* sfornite di sanzioni (*leges imperfectae*) l'efficacia propria delle *leges perfectae*, e rendere così nulli gli atti dalle *leges* stesse proibiti⁸⁶. Lo stesso scopo era, probabilmente, perseguito anche dai *senatusconsulta* emanati in attuazione della *lex Fufia Caninia*. E ciononostante la legge è *perfecta*, e Gaio dice: ‘*lex rescindit*’. La spiegazione potrebbe essere questa. In realtà, la *lex Fufia Caninia* non statuiva testualmente, al pari di altre leggi, nullità degli atti ad essa contrari. Con le parole ‘*lex rescindit*’ e con la deduzione che a causa di ciò i manomessi ‘*nulli liberi erunt*’, Gaio la *i n t e r p r e t a*, assegnandole l'efficacia invalidante, e trovando un appoggio a questa sua interpretazione nei relativi *senatusconsulta*⁸⁷.

(12) Come si è già più volte avvertito in corso della presente indagine, un caso che sembrerebbe, a prima vista, esorbitare dalla logica del nostro discorso è presentato dalla *lex Aelia Sentia*. A vedere bene, però, questa eccezione altro non è che un'ulteriore conferma di tutto quanto fin qui detto.

⁸⁶ Cfr. G.BAVIERA, *op. cit.*, p.223, secondo cui, come si è già riportato (v. *supra*, nt.68), nel principio dell'impero *leges* assolutamente *imperfectae* erano rese *perfectae* per mezzo di speciali *senatusconsulta*.

⁸⁷ Il passo è diversamente spiegato da H.HONSELL, *In fraudem legis agere*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, Hg. von D.Medicus, H.H.Seiler, München 1976, p.117, secondo cui speciali *senatusconsulta* sarebbero stati necessari per i *d e t e r m i n a t i c a s i* di frode: “Gai. I 46 erklärt die berühmte *scriptura in orbem* bei der testamentarischen Sklavenfreilassung für unwirksam: *quia... rescindit*. Dennoch waren nach Gaius zu den einzelnen Umgehungstatbeständen besondere Senatsbeschlüsse notwendig”. Quest'ipotesi presupporrebbe una sostanziale differenza tra gli atti ‘*quae in fraudem eius (legis. – D.T.) facta sint*’ (e che sarebbero perciò rescissi dalla stessa legge), e quelli ‘*quae in fraudem eius legis excogitata sunt*’ (la cui *rescissio* avverrebbe quindi in virtù dei *senatusconsulta*), differenza che nel testo non è, però, visibile.

Proprio alla *lex* in parola si riferisce l'unico esempio – da quanto può giudicarsi sulla base delle fonti a nostra disposizione – di una prescrizione legislativa *t e s t u a l e* che, probabilmente, indicava in modo esplicito le conseguenze della trasgressione, e nella quale potremmo ravvisare una vaga immagine di ciò che oggi chiamiamo “statuizione di nullità”. Si tratta di una parafrasi di Gaio:

Gai.1.47:

In summa sciendum est, quod lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere – senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani –, cetera vero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.

Il giurista riproduce, seppur in modo indiretto, una disposizione della *lex Aelia Sentia* (*'lege Aelia Sentia cautum sit'*) secondo cui gli schiavi manomessi contro il divieto posto da quest'ultima non diventavano liberi (*'manumissi liberi non fiant'*). È molto probabile che il tenore letterale della disposizione legislativa fosse stato grossomodo tale quale ce lo riferisce Gaio⁸⁸. È importante notare come la *Aelia Sentia* sia l'unica legge della cui statuizione *t e s t u a l e* di nullità così formulata abbiamo una notizia certa nelle fonti. E, sembra, non a caso. Le altre leggi – se è vero quanto abbiamo ipotizzato – non sancivano testualmente alcuna conseguenza della trasgressione, riconducibile a ciò che chiamiamo oggi “nullità” o “inefficacia” dell'atto.

Quanto è appena proposto, trova un chiaro riscontro nelle fonti. In effetti, non esiste per alcuna altra legge un tal numero di passi⁸⁹ di giuristi romani in cui si esprima l'idea d'inefficacia degli atti da questa *lex* vietati. E ciò va spiegato, a mio avviso, proprio dalla presenza, nel testo legislativo, di un'esplicita sanzione *'liberi non fiant'*, che distingueva la *Aelia Sentia* da altre *leges*, e nella quale i giuristi trovarono un fondamento sicuro per affermare che le manomissioni fraudolente fossero privi di effetti.

⁸⁸ Se la legge avesse impiegato espressioni più specificamente indicative della nullità (ad es., *'manumissiones rescissae sunt'*, *'inutiles sunt'*, ecc.), Gaio nel dire *'lege cautum sit...'*, nel riferire cioè – seppur in maniera indiretta – la disposizione della legge, le avrebbe certo riprodotte, e in modo più preciso possibile.

⁸⁹ V. *supra*, n.6, c).

D'altra parte, si noti come le espressioni, cui ricorrono i giuristi stessi quando parlano di questa inefficacia, si adeguino spesso, o almeno si avvicinino, al tenore della medesima disposizione legislativa – *'manumissi liberi non fiant'* –, come questa è riferita da Gaio. Si vedano in questo senso⁹⁰: *'non erit liber'*, *'ne eum quidem libertatem consecuturum'*, *'manumissi ad libertatem non veniunt'*, *'non posse libertatem adsequi'*, *'libertas non competit'*, *'libertas non potest competere'*. Sono assai vicine a queste le locuzioni in cui come soggetto o complemento d'agente figura la *lex*: *'obstat lex libertati'*, *'lex libertates impedit'*, *'libertates lege impediuntur'*.

Vi sono, però, anche espressioni che più specificamente indicano la nullità, e il cui numero è relativamente alto rispetto a quello delle espressioni analoghe riferite ad altre leggi: *'libertates irritae sunt'*, *'institutionem nullius esse momenti'*, *'nihil iuris habet'*, *'manumissio non valet'*, *'libertates non valent'*, *'libertas infirmatur'*, *'libertates per legem revocari'*, *'libertates retrahi'*, *'libertas per legem rescinditur'*, ecc. Anche questa prevalenza si spiega – penso – con la presenza, nell'*Aelia Sentia*, di un'esplicita statuizione di nullità testuale, benché le relative espressioni, riportate per ultime, abbiano tenore letterale un po' diverso da essa. Ma questa diversità non sembra altro che risultato del procedimento interpretativo, operato dai giuristi sul dettato letterale della legge – *'manumissi liberi non fiant'* – fino alla deduzione dottrinale, del tutto naturale e coerente, che *'manumissio non valet'*, che *'libertas per legem rescinditur'*, e simili.

Se è vero quanto sostenuto, ci si potrebbe domandare per quale ragione particolare solo la *lex Aelia Sentia* contenesse, a differenza di altre leggi, la testuale disposizione di nullità. La spiegazione può essere questa.

Nel periodo in cui fu emanata la legge in questione (a. 4 d.C.) il potere imperiale era nella fase della sua fioritura e vigore, e, d'altra parte, in seguito all'evoluzione della giurisprudenza si evolse anche la tecnica legislativa. È noto come la legislazione augustea fosse stata rivoluzionaria per la società romana dell'epoca e per il suo ordinamento giuridico. Ed è appunto a questo periodo che la dottrina riferisce il definitivo affermarsi delle *leges perfectae*. La *Aelia Sentia* era, probabilmente, l'ultima *lex* (nel senso vero e proprio della parola)

⁹⁰ Per indicazioni delle fonti v. *ibidem*.

proibitiva di diritto privato⁹¹. Potrebbe quindi supporre che proprio con questa legge il legislatore augusteo abbia fatto un notevole passo avanti nella tecnica legislativa, comminando la nullità dell'atto contrario alla *lex* direttamente nella *lex* stessa, seppur in maniera molto diversa da quella in cui si sogliono pronunciare le leggi moderne⁹².

Ne è la prova principale, come abbiamo già visto, il linguaggio dei giuristi: da un lato la frequenza altissima, proprio riguardo alla *lex Aelia Sentia*, di espressioni allusive all'inefficacia degli atti proibiti, e dall'altro la relativa scarsità di simili espressioni, adoperate dai giuristi medesimi, in ordine ad altre leggi comunemente considerate '*perfectae*'. La sproporzione non colpisce, ove si tenga conto che il primo uso del lessico è condizionato appunto dal testo legislativo con la sua esplicita statuizione di nullità, mentre il secondo deriva esclusivamente dall'interpretazione giurisprudenziale.

(13) d) Infine, l'ipotesi da noi avanzata permette di gettare qualche luce sul fatto che la tripartizione delle *leges publicae*, a qualunque autore sia attribuita, rimase in solitudine e non fu seguita né dagli altri giuristi, né dalla cancelleria imperiale, e nemmeno menzionata da Teodosio II, quando operò l'equiparazione fra tutte le leggi proibitive,

⁹¹ Quanto alla più tarda *lex Papia Poppea* del 9 d.C., non sappiamo – a causa dell'abitudine dei giuristi classici di citarla assieme alla *lex Iulia de maritandis ordinibus* – se contenesse o no qualche divieto, se avesse cioè carattere proibitivo.

⁹² Ha posto conclusione logica a questo sviluppo della tecnica legislativa la novella di Teodosio II dell'a. 439 (NTh.9.3 = Theod., Valent., C.1.14.5.1), già riportata sopra (n.7), nella quale è esplicitamente dichiarata la nullità di qualsiasi atto compiuto contro il divieto legislativo. Notiamo però che nella stessa costituzione è fatto anche un accenno alle statuizioni di nullità nelle leggi precedenti: Teodosio dichiara, infatti, nulli tutti gli atti proibiti dalle leggi, "seppure il legislatore ... non ne dica specialmente" (*licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*). Con queste parole l'imperatore alludeva, verosimilmente, all'esistenza delle *leges* in cui fosse in modo esplicito previsto che gli atti compiuti in contravvenzione ad esse '*inutilia sunt*' o '*inutilia debent esse*'. Sembra ovvio, però, che Teodosio parlava piuttosto delle *costituzioni imperiali* che non delle leggi comiziali o plebisciti (cfr. O.ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*², Roma 1979, p.170), a parte la considerazione che la frase in esame ha, in sostanza, carattere di un'ipotesi, ed è chiamata solo a sottolineare l'idea principale del provvedimento, e cioè che un atto contrario al divieto espressamente posto dalla legge è in ogni caso nullo, senza riguardo alle eventuali previsioni al proposito nella stessa legge (*scil.* nella costituzione imperiale), ovvero proprio non ostante la mancanza di esse.

che avrebbe dovuto essere sicuramente consapevole di quella fonte, compilata circa un secolo prima.

La tripartizione, non a torto considerata da alcuni “certo infelice⁹³”, “della quale la dogmatica del secolo scorso (*scil.* dell’800. – *D. T.*) ha esagerato l’importanza⁹⁴”, ha – come era già opportunamente rilevato in dottrina⁹⁵ – un carattere piuttosto didattico, manualistico. Come distinzione scolastica, essendo stata inventata da un certo autore, probabilmente ai fini del proprio insegnamento, essa non sembra basata su una qualche elaborazione dottrinale precedente⁹⁶, e tanto meno sulle tecniche della legislazione.

E non è molto corretta neppure sotto il profilo formale. Sembra, infatti, evidente l’incongruenza, stranamente trascurata nella letteratura, fra la definizione ulpiana e il contenuto effettivo di alcune *leges perfectae* tramandatoci attraverso le opere giurisprudenziali.

Così, ad es. la *lex Aelia Sentia*, comunemente considerata ‘*perfecta*’, conteneva, oltre il divieto di manomettere in frode dei creditori (la cui trasgressione, come abbiamo già visto, implicava la nullità delle manomissioni stesse), anche altri divieti, in particolare quello di manomettere deditizi pubblicamente venduti in schiavitù a seguito del loro risiedere nella città di Roma o entro le cento miglia da essa, il che era severamente proibito dalla *lex* medesima (Gai.1.27). Ma la violazione del divieto determinava le conseguenze – sanzionate testualmente dalla stessa legge – ben diverse da quelle di nullità della

⁹³ F.SERRAO, *op. cit.*, p.837.

⁹⁴ G.PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, *cit.*, p.77.

⁹⁵ V. G.BAVIERA, *op. cit.*, p.208, che fa riferimento anche a L.MITTEIS, *op. cit.*, p.247, il quale “parrebbe accedere a questo concetto, poiché usa la parola ‘Schulbegriff’”.

⁹⁶ Contrariamente a quanto si è soliti pensare: v. ad es. M.AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, *cit.*, p.161, il quale definisce la tripartizione come “die klassische, aus der späten republikanischen Jurisprudenz stammende Systematik”. Come abbiamo avuto modo di vedere, questa ipotesi non è dimostrabile, in quanto non trova alcun appoggio nelle fonti. Lo stesso vale anche per l’osservazione di G.BAVIERA, *op. et loc. ult. cit.*, secondo cui la tripartizione non fu creata dall’autore stesso dell’*Epitome Ulpiani* ed era “sicuramente vigente nelle scuole”. Né sembra calzante come prova la menzione, da parte del Baviera medesimo, che “Modestino ad esempio comincia il suo ‘liber I regularum’ (Dig. 1, 3, 7) dicendo che ‘legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire’” (*ibidem*).

manomissione: i manomessi divenivano, infatti, servi del popolo romano⁹⁷.

Un altro esempio è offerto dalla *lex Iulia et Papia* che conteneva anch'essa disposizioni proibitive diverse, la cui trasgressione poteva determinare a volte la nullità dell'atto (come nel caso di condizione testamentaria di non sposarsi o in qualsiasi altro modo impediente il matrimonio), a volte altre conseguenze. In particolare, la violazione, da parte della libèrta, dell'esplicito e categorico divieto legislativo (fra l'altro, l'uno dei pochi pervenuti a noi in forma diretta) di divorziare dal patrono senza volontà di costui⁹⁸ non implicava la nullità del divorzio, che scioglieva senz'altro il matrimonio⁹⁹, bensì impediva alla libèrta stessa di contrarre validamente un nuovo matrimonio, nonché di fruire della *bonorum possessio*¹⁰⁰.

Vediamo dunque come le definizioni date nella tripartizione ulpiana – anche se ammettessimo che alcune *leges* davvero statuissero testualmente la nullità degli atti ad esse contrari – non corrispondano allo stato effettivo delle cose, semplificando alquanto la realtà giuridica e cogliendone una sola parte. Anche questa considerazione potrebbe confermare, a mio avviso, la conclusione sul carattere piuttosto scolastico della tripartizione stessa.

Quanto al verbo '*rescindere*', messo proprio alla base della tripartizione quale criterio classificatorio, esso fu probabilmente adoperato, dal suo autore, sulle orme di Gaio o di Giuliano oppure di altri giuristi che lo usarono con riferimento alle *leges* ma le cui opere non ci sono pervenute. Il fatto invece che la tripartizione e le stesse qualifiche delle *leges* come *perfectae*, *imperfectae* e *minus quam perfectae* non si riscontrino, come si è già rilevato, altrove nell'*Epitome Ulpiani*, nei capitoli che trattano singole leggi, potrebbe offrire – sembra – un ulteriore argomento in favore dell'opinione

⁹⁷ Gai.1.27: '*...ipsi bonaque eorum publice venire iubentur ea condicione, ut ne ... umquam manumittantur; et si manumissi fuerint, servi populi romani esse iubentur*'.

⁹⁸ Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*, D.24.2.11pr: '*Quod ait lex: 'divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto'...*'

⁹⁹ Eod.: '*...non infectum videtur effecisse divortium, quod iure civili dissolvere solet matrimonium. quare constare matrimonium dicere non possumus...*'

¹⁰⁰ Ulp. 47 *ad ed.*, D.38.11.1.1: '*...haec successio locum non habet. <...> lex Iulia de maritandis ordinibus ... eam prohiberet alii nubere invito patrono*'. V. sul punto S.SOLAZZI, *La legge augustea sul divorzio della libèrta e il diritto civile*, in BIDR 51-52 (1948), p.342ss.

dominante sulla varietà delle fonti da cui fu compilata questa opera postclassica¹⁰¹.

Tornando alla nostra ipotesi, trova inoltre una certa spiegazione la già accennata¹⁰² diversità fra la definizione della *lex imperfecta* nell'opera di Macrobio, da un lato, e quella contenuta nella tripartizione ulpiana, dall'altro. Se ammettessimo che quest'ultima fosse poco conosciuta – se non proprio sconosciuta – ai giuristi romani, e non avesse quindi alcuna forza vincolante, nemmeno come principio teorico, non vi sarebbe niente di strano che Macrobio l'ignorasse. Caratterizzando la *lex imperfecta* unicamente con l'assenza, in questa, di alcuna comminatoria di *poena* per eventuali trasgressori, egli non fa alcun cenno al dilemma *rescindere/non rescindere*, né adopera il termine stesso.

Ciò potrebbe certo dipendere – com'è già stato notato in dottrina – “dal modo e dall'occasione in cui Macrobio fa questa citazione¹⁰³”, e cioè dal contesto non giuridico del discorso (si trattava, infatti, delle “pene che le anime colpevoli per infiniti secoli proveranno nel Tartaro prima di passare in cielo¹⁰⁴”), oppure dalla supponibile ignoranza, da parte dell'autore, delle nozioni giuridiche di base (ipotesi che sembrerebbe, del resto, poco persuasiva).

La definizione macrobiana potrebbe, inoltre, spiegarsi, se ammettiamo che lo scrittore abbia preso in considerazione solo la categoria delle *leges imperfectae*, come l'unica che l'interessasse al momento, in contrapposizione implicita a quella delle *leggi penali* (che erano di loro natura *leges minus quam perfectae*, in quanto statuivano una *poena*¹⁰⁵), e che l'abbia presentata nel modo che gli tornava utile e rilevante, e cioè sotto il profilo della *poena* e non della nullità.

Nonostante quest'ultima ipotesi appaia in massimo grado plausibile, potrebbe essere calzante tuttavia anche la spiegazione

¹⁰¹ O anche dell'opinione secondo la quale la stessa sia un'epitome delle *Istitutiones* di Gaio completata da una classificazione di Ulpiano (Arangio-Ruiz).

¹⁰² V. *supra*, n.7.

¹⁰³ G.BAVIERA, *op. cit.*, p.203 nt.1.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Ma siccome parlare della “nullità” di un atto sarebbe fuori luogo rispetto ad una legge penale, che criminalizza una determinata condotta, queste leggi appaiono nello stesso tempo, dal punto di vista della loro funzionalità, *perfectae*, il che conferma che esse erano estranee alla tripartizione ulpiana.

basata sull'indagine qui proposta: la congettura cioè che la particolarità della distinzione macrobiana fosse dovuta al fatto che le leggi romane di regola non statuivano testualmente la nullità degli atti ad esse contrari. Ammessa questa ipotesi, cade il rilievo sulla "poca opportunità della citazione¹⁰⁶"; e potrebbe invece supporre che Macrobio, parlando delle *leges imperfectae* e – implicitamente – della loro differenza dalle *leges perfectae*, si riferisse proprio al tenore letterale delle stesse (e cioè alla mancata statuizione della *poena*), anziché alla loro interpretazione da parte dei giuristi in relazione alla nullità dell'atto contrario alla legge.

(14) Concludendo, il risultato ottenuto dalla presente indagine può riassumersi in questo modo. Vi sono parecchi indizi testuali per cui è lecito supporre che le leggi proibitive romane di diritto privato, incluse quelle *perfectae*, di regola si limitassero – diversamente da quanto si è soliti pensare – solamente a vietare un certo atto, e al limite a statuire anche una *poena* per i trasgressori, ma non ne sancissero testualmente la nullità, né – in generale – determinassero conseguenze in cui quest'ultima, dal punto di vista della dottrina moderna, possa identificarsi (eccezion fatta per la *lex Aelia Sentia*). La valutazione degli atti, contrari ad una determinata *lex*, come privi di effetti, e quindi della *lex* stessa come *perfecta*, non era altro che frutto dell'interpretazione giurisprudenziale. Ne scaturisce la varietà delle terminologie adoperate dai giuristi per designare quella che oggi si chiama "nullità". Tenendo infatti conto, da una parte, che la terminologia non era quella legale, e quindi tecnica e formale, e, dall'altra, che neanche la giurisprudenza poteva vantare un concetto dogmatico raffinato di nullità, diventa chiaro come non potesse esservi alcuna uniformità o tecnicismo nel modo di esprimersi dei giuristi romani al riguardo.

¹⁰⁶ Così G.BAVIERA, *op. et loc. ult. cit.*