

DANIIL TUZOV

Państwowy Uniwersytet Tomski

‘LEX QUAE RESCINDIT’.
ALCUNE RIFLESSIONI SULLA NULLITÀ *PER LEGEM*
NELL’ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA*

1. – Nelle fonti romane, possiamo a volte imbatterci in testi che fanno un particolare uso del verbo ‘*rescindere*’¹ nelle espressioni, in cui come soggetto o complemento d’agente (di quello cioè che *rescindit*), opera la *lex*. Tale uso non è molto ricorrente. Lo rinveniamo, infatti, solamente in sette passi, nella maggior parte risalenti a giuristi classici, nelle espressioni seguenti: ‘*lex ... rescindit*’ (o ‘*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*’ (G. 1,46); ‘*specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt*’ (*ibid.*); ‘*eam obligationem lex rescindit*’ (Marcian. 14 *inst.*, D. 48,6,5 pr.); ‘*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 rescin-*

* Il contributo riproduce, in linea generale, la mia relazione al Colloquio italo-russo di diritto romano tenutosi nel dicembre del 2009 a Roma, presso l’Università «Roma Tre». Nella presente pubblicazione sono utilizzati risultati dei lavori svolti col supporto finanziario offerto dal Consiglio del Presidente della Russia per il sostegno statale a giovani studiosi (МД-714.2010.6).

¹ Il cui significato giuridico può approssimativamente rendersi con “annullare”, “togliere” (*scil.* effetti giuridici).

dantur...’ (Iul. 49 *dig.*, D. 42,8,15); *‘fraudulenta divisio ... legibus rescinditur’* (Cons. 2,5).

È proprio su queste espressioni che fa tradizionalmente leva la dottrina per constatare l’uso diversificato e atecnico del verbo *‘rescindere’*. Si vuol 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. E ciò a differenza di altri casi, in cui il verbo medesimo risulta impiegato nel senso di rimozione (degli effetti) di un atto valido.

Riguardo a questa interpretazione, comunemente accolta in dottrina, si pone, però, – direi inevitabilmente – un quesito: com’è possibile che il medesimo termine possa nello stesso tempo 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 da un atto, e dall’altro la dichiarazione di quest’ultimo come nullo *ab initio*, non capace quindi di produrre effetto alcuno?

2. – 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 imprecisi-

² Vengono addotti soprattutto Ulp. *ep.* 1,1-2; G. 1,46 e Iul. 64 *dig.*, D. 40,9,5,2. Si v. ad es. M. KASER, *Studi sulla ‘in integrum restitutio’*, «Labeo» 12/1966), p. 247: “Der Ausdruck wird für die Nichtigkeit auf Grund eines Gesetzes verwendet (Ulp. *ep.* 1.1.2; G. 1,46; Iul. D. 40,9,5,2)...”; ID., *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”; 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, Giuffrè, 1965, «SDHI» 32/1966, p. 414: “*Rescindere, rescissio* fanno riferimento... a casi di nullità *contra legem* (Ulp. *ep.* 1,1,2; G. 1,46; Iul. D. 40,9,5,2)...”; J. L. MURGA, *Nulidad o ilicitud en la enajenacion de las ‘res sacrae’*, «AHDE» 41/1971, p. 606 s. nt. 103; L. FASCIONE, *‘Fraus legi’*. *Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, p. 143; R. ASTOLFI, *La ‘lex Iulia et Papia’*⁴, Padova, 1996, p. 215 nt. 9; 360.

sione del linguaggio giuridico romano³. Alcuni, poi, ritengono i passi in questione interpolati in quella loro parte, dove questi parlano della *rescissio per legem*⁴. Altri ancora si mostrano propensi ad attribuire al termine ‘*rescindere*’, ove questo sia riferito alla *lex*, un significato alquanto diverso da quello ormai consolidato nella dottrina dominante, ricorrendo per es. ad un concetto d’inefficacia inteso assai largamente, e sostituendolo a quello di nullità⁵.

A mio avviso, la doppia accezione manifestata dal verbo nel suo impiego giuridico non è dovuta, in realtà, alla supposta imprecisione del linguaggio dei giuristi classici o dei compilatori, né a qualche particolare concetto d’inefficacia da ascrivere ai romani. Tale accezione sembra dipendere piuttosto dalla specificità del soggetto la cui azione è denotata con il verbo medesimo e a cui quest’ultimo sia *in concreto* riferito. Se quel oggetto è, infatti, la *lex*, la situazione è da giudicare diversamente da quanto accade quando esso sia, ad es., un privato o un magistrato.

A questo aspetto accennava già, più di un secolo fa, l’Hellmann. Troviamo per ‘*rescindere*’, ove esso si riferisce a fattispecie difettose, – scriveva lo studioso tedesco – un assai nettamente differenziato dualismo dei significati: da una parte si potrebbe parlare di ‘*rescissio per hominem*’, dall’altra di ‘*rescissio ipso iure*’ o ‘*per legem*’⁶. Nella prima ipotesi si tratterebbe, secondo l’a., di un diritto soggettivo di una delle parti di chiedere la rimozione degli effetti già avvenuti: senza questa richiesta, senza, dunque, un attacco contro gli effetti prodottisi questi

³ Così J. L. MURGA, *op. et loc. cit.*

⁴ 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.

⁵ Così S. DI PAOLA, ‘*Leges perfectae*’, [in:] *Synteleia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, Jovene, 1964, p. 1075 ss.; in particolare p. 1093 s.; Id., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, *passim*; in particolare p. 64 s.; A. METRO, *La ‘lex Aelia Sentia’ e le manomissioni fraudolente*, «Labeo» 7/1961, p. 147 ss. (*passim*).

⁶ F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, «ZSS» 24/1903, p. 104.

continuerebbero sussistere. Nella seconda, invece, l'inefficacia non dipenderebbe da un attacco della parte⁷.

Questa distinzione – che sembra avere una rilevanza fondamentale per il nostro discorso – non ha guadagnato, però, alcuna particolare attenzione della dottrina romanistica e non ha avuto sèguito. Né l'Helmann stesso l'ha approfondita o ha cercato di conciliare l'esistenza della '*rescissio per legem*' così definita con il significato etimologico del verbo.

Riprendendo la distinzione nella sua sostanza, non mi pare che l'accezione del verbo qui discussa, e cioè indicativa della nullità prodotta dalla *lex*, sia incompatibile con il comune significato etimologico 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 alla legge, alla 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*. Esso non incide *d i r e t t a m e n t e* su singoli e specifici fenomeni giuridici, bensì solo su un omogeneo insieme di essi e solo attraverso le regole generali cui l'insieme medesimo sia riconducibile. 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 ulteriore efficacia. Ecco perché nel caso in cui una norma sancisca la nullità di un certo tipo di atto è il sancire stesso (sia espresso testualmente sia solo desunto in via interpretativa) che *rescindit* tutti gli atti che si trovino ad integrare l'astratta fattispecie del precetto che dispone (o dal quale si desume) la nullità. '*Rescindi per legem*' sta dunque, in sostanza, a significare “essere privo di effetti ad opera della legge”, ossia “essere dichiarato nullo dalla legge” stessa.

È per l'appunto in questo atto di sancire la nullità, e nei suoi effetti invalidanti, che bisogna ravvisare, a mio parere, quell'azione della leg-

⁷ Ibidem, p. 103.

ge che viene descritta nelle fonti romane con il sintagma '*lex rescindit*'. È facile vedere come, concepito in questo modo, tale uso del verbo '*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*' sembrerebbero, *prima facie*, alludere alla rimozione di qualcosa già esistente giuridicamente, mentre in realtà invece, essendo riferite alla *lex*, esse designano – esattamente come '*rescindere*' stesso – la nullità *ipso iure*. Si tratta di espressioni quali '*inutilem facere*'⁸; '*irritas facere*'⁹; '*revocare*'¹⁰; '*minuere*'¹¹ (nell'ultimo caso la nullità è solo parziale).

3. – Sarebbe certo improprio pensare che un tale uso del lessico fosse una consapevole scelta dei romani sulla base di quanto si è appena parlato in ordine ai diversi piani di agire della persona e della norma giuridica. Una teoretizzazione del genere sarebbe, ovviamente, estranea al pensiero dei *iusuris prudentes*. È da rilevare in questo proposito un ulteriore importante dato lessicale. Gli è che l'uso in questione s'incontra, nelle fonti, **soltanto in ordine alla *lex***¹², e non al *ius* in genere, non alla norma giuridica come tale¹³. Vi fu quindi qualcosa

⁸ Pap. 11 *resp.*, D. 20,6,1,1: '*...quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit...*'

⁹ 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...*'

¹⁰ 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.

¹¹ Scaev. 22 *dig.*, D. 33,1,21,1; Id. 4 *resp.*, D. 35,2,25,1: '*...lex Falcidia ... legatum minuerit...*'; Marcell. 22 *dig.*, D. 35,2,56,4: '*lex Falcidia minuit legata...*'

¹² Formalmente, anche ai *senatusconsulta* (G. 1,46), ma si tenga conto della funzione sostanzialmente legislativa di questa fonte del diritto nell'epoca imperiale.

¹³ 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

che spinse il linguaggio giuridico romano ad adoperare – nel particolare significato in esame – il verbo ‘*rescindere*’ ed espressioni consimili per designare l’effetto invalidante proprio ed esclusivamente della *lex*, e non del *ius*.

Il fatto si spiega, a mio avviso, dal posto del tutto particolare che occupava la *lex* nel sistema delle fonti di diritto romano, nonché dal rapporto specifico fra essa e *ius*, configurato come rapporto – e qui faccio proprie parole del Pugliese – “fra due opposte concezioni dei modi di produzione del diritto”¹⁴. È noto che “prima dell’evoluzione avvenuta alla fine della repubblica la *lex* non era fonte di *ius civile*”¹⁵. La distinzione fra *lex* e *ius civile* si fondava, come risulta dalle fonti, sul “carattere derogativo delle *leges* rispetto a quel *ius*, il quale rappresentava invece... un coerente sistema di principi”¹⁶ (sottolineato da me. – *D. T.*). In altre parole, – e qui mi sia permesso di citare il Palazzolo – 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 eccezionale...”¹⁷ (sottolineato da me. – *D. T.*). Del resto, già il Rotondi rilevava come le leggi romane di diritto privato fossero tutte dirette ad operare quale “*elemento di diritto*”, 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;

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; C. 6,23,27,1).

¹⁴ 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*, II, Milano 1951, p. 65.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 83.

¹⁷ N. PALAZZOLO, [in:] *Le fonti della produzione del diritto romano*, Catania, 2002, p. 126. Cfr. F. SERRAO, s.v. *Legge (Diritto romano)*, «ED», 13/1973, p. 843.

leges, quindi, rappresentavano sempre uno “strappo al naturale sviluppo degli istituti”¹⁸.

Ed è proprio in questo carattere eccezionale e derogativo della *lex* rispetto al “secolare e armonico tessuto di principi”¹⁹ 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, dinamicità 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 e non della statuizione di nullità.

4. – Rimane, infine, da risolvere ancora un problema concernente l’uso di ‘*rescindere*’ in materia di *leges perfectae* nel senso qui discusso, e cioè come relativo alla nullità in virtù della *lex*. Potrebbe, infatti, sembrare sorprendente che tale uso abbia, nelle fonti, un carattere del tutto casuale e marginale. In effetti, i sette passi indicati all’inizio del discorso sono un po’ troppo pochi per constatare una siffatta accezione di ‘*rescindere*’ come tecnica, e soprattutto in paragone con quella – consolidatasi fortemente nel lessico giuridico romano e ricorrente con frequenza altissima – 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. A questo punto può, peraltro, notarsi che nemmeno espressioni diverse da ‘*rescindere*’, adoperate nelle fonti per indicare l’invalidità degli atti contrari ai divieti legislativi, dimostrano un loro uso più o meno stabile o relativamente prevalente.

La dottrina si limita di solito alla sola constatazione di questo fatto, senza cercare di darne una spiegazione. Si noti che nella letteratura in materia è diventata ormai un ‘*topos*’ l’affermazione che la nullità degli

¹⁸ G. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, [in:] *Scritti giuridici*, I, Milano, 1922, p. 1 ss., 17. Cfr. F. SERRAO, *op. cit.*, p. 812, 843.

¹⁹ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 65.

atti e delle clausole contrari ai divieti posti dalle *leges perfectae* fosse prevista t e s t u a l m e n t e nelle stesse *leges*²⁰.

A mio modo di vedere, tale pacifica opinione va messa in dubbio. Vi sono, infatti, ragioni per cui è lecito supporre che – diversamente da quanto si suol pensare – le leggi proibitive romane di diritto privato, incluse quelle *perfectae*, di regola si limitassero, in realtà, solamente a v i e t a r e un certo atto, e al limite a statuire anche una *poena* per i trasgressori, ma n o n n e s a n c i s s e r o testualmente la n u l l i t à (e nemmeno una semplice inefficacia, come ha voluto sostenere qualcuno), né – in generale – determinassero conseguenze in cui la nullità medesima, dal punto di vista della dottrina moderna, possa identificarsi. La valutazione degli atti contrari ad una determinata *lex* come privi di effetti, nulli, e quindi la valutazione della *lex* stessa come *perfecta*, non era altro che f r u t t o d e l l ' i n t e r p r e t a z i o n e da parte della giurisprudenza romana.

A dimostrare questa tesi sono molteplici indizi che – sebbene tutti indiretti e nella maggior parte negativi, e perciò, presi separatamente, non possano avere forza probatoria –, una volta considerati nel loro insieme, sembrano assumere un carattere probante assai persuasivo. In questa sede, cercherò solo di dare loro una scorsa in maniera riassuntiva²¹.

1) Non ci sono pervenuti testi legislativi che statuissero testualmente la nullità degli atti contrari a *leges*.

²⁰ V. per tutti G. ROTONDI, '*Leges publicae populi romani*' [estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana], Milano 1912, p. 156 nt. 2: "La *lex perfecta* comminava testualmente la nullità degli atti compiuti contro il divieto..."; da ultimo si v. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische 'liber singularis regularum'. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen 2005, p. 163: "Bei der *lex perfecta* ergibt sich die Nichtigkeit aus dem Gesetzeswortlaut...".

²¹ Su questo aspetto mi sono soffermato per esteso nella relazione con cui sono intervenuto al Convegno internazionale di diritto romano svoltosi nel maggio del 2010 all'Università di San Pietroburgo, il cui testo dal titolo dovrà apparire prossimamente negli Atti del Convegno.

2) I giuristi romani non citano mai alla lettera – il che potrebbe sembrare già di per sé assai strano – dei brani delle *leges perfectae* contenenti presumibilmente sanzioni di nullità.

3) Nemmeno libere parafrasi giurisprudenziali delle *leges publicae* ci riferiscono quella che potrebbe considerarsi una sanzione legale di nullità.

4) Espressioni indicativi dell'effetto invalidante che una *lex perfecta* esplicasse sugli atti ad essa contrari non sono frequenti neppure nell'interpretazione giurisprudenziale di relative disposizioni legislative.

5) Nei casi, invece, in cui tali espressioni s'incontrano, manca qualsiasi uniformità del linguaggio dei giuristi e, al contrario, balza agli occhi una terminologia assai variegata.

Un siffatto atteggiamento della giurisprudenza romana apparirebbe molto strano, ove volessimo seguire la dottrina dominante nel campo. Sarebbe, infatti, inspiegabile, anzi misterioso, il fatto che i giuristi romani, essendo, come si deve credere, a perfetta conoscenza del tenore letterale delle *leges perfectae*, con le loro supposte sanzioni di nullità espresse mediante '*rescindi*' o altri vocaboli, non le citino mai alla lettera, né riferiscano in modo parafrastico, e solo in via d'interpretazione alludino a quella che possiamo definire la nullità, ma lo facciano piuttosto raramente e in ciò manchino di una terminologia minimamente uniforme. Se invece teniamo conto, da una parte, che la terminologia non era quella legale, e quindi formale, e, dall'altra, che neanche la giurisprudenza poteva vantare di un concetto dogmatico raffinato di nullità, diventa del tutto chiaro come non potesse esservi alcuna uniformità o tecnicismo del modo di esprimersi dei *iusis prudentes*.

Riassumendo, ribadisco che, a mio modo di vedere, le *leges* romane non andavano oltre lo statuire un semplice divieto di certi atti e – eventualmente – corredarlo di con una multa per i trasgressori. Il ben noto processo evolutivo subito dalle *leges publicae* – che non intendo qui affatto mettere in dubbio – non sembra perciò consistere, quan-

to al suo *iter* principale²², in una modificazione storica di *leges* come tali, nel loro tenore letterale e nelle loro formulazioni testuali, bensì in un colossale progresso della *t e c n i c a i n t e r p r e t a t i v a*, sviluppata con l'avvento della giurisprudenza classica. In altre parole, col tempo la giurisprudenza arrivò al punto da poter trattare gli atti di diritto privato contrari all'esplicito divieto legislativo come inefficaci, nulli, inesistenti.

²² Eccezione fatta forse unicamente per la *lex Aelia Sentia*, che statui, come sembra, in maniera assai vaga (beninteso, dal punto di vista della tecnica legislativa odierna) la nullità delle manomissioni compiute in contravvenzione della stessa. Ma questa eccezione sta solo a confermare quanto si è detto sopra, perché presenta evidentemente un passo avanti compiuto dalla tecnica legislativa augustea, dovuto senza dubbio alcuno allo sviluppo straordinario della giurisprudenza. E già alla fine del I sec. d.C. appaiono disposizioni della *lex Irnitana* molto sviluppate tecnicamente e corredate delle esplicite e precise sanzioni di nullità, prevalentemente nel campo pubblicistico (§§ 79, 92, 96). La più significativa di esse, in quanto sanzione generale di tutta la legge, posta alla fine della stessa ed intestata con un'apposita rubrica come '*sanctio*', è contenuta nel § 96: '*quod adversus ea<m> factum erit quove huic legi fraus fiat, it r a t u m n e e s t o...*'.'