

**CONTRA IUS SENTENTIAM DARE.  
PROFILI DELL'INVALIDITÀ DELLA SENTENZA  
CONTRARIA A DIRITTO NELLA RIFLESSIONE  
GIURISPRUDENZIALE TARDOCLASSICA**

Prof. Dr. Daniil Tuzov \*

UDK: 34.048:347.959

34(37)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2015.

*Contrariamente a quanto risulta dalla prospettiva generale tracciata già dalla Glossa e seguita in linea di massima dalla dottrina moderna, si ipotizza che la giurisprudenza romana non conoscesse una regola ben delineata in materia di sententiae contra constitutiones (o, in generale, contra ius) datae. È sostenuto che anche in questa materia, come in relazione a molti altri problemi giuridici, gli iuris prudentes, nell'individuare un criterio di nullità della sentenza contraria a norme di diritto sostanziale, si muovevano partendo da singoli casi concreti ed evitavano tendenzialmente di formulare regole astratte; le loro opinioni non sempre coincidevano tra di loro, contribuendo così a formare e a sviluppare quel particolare fenomeno che è noto come ius controversum. Si conclude che il noto principio enunciato da Macro (D. 49.8.1.2), basato sull'opposizione tra le sentenze contra ius constitutionis e quelle contra ius litigatoris, non è che uno solo dei possibili criteri di nullità, che rispecchia piuttosto un parere personale del giurista, anziché un principio consolidato e accettato generalmente dalla giurisprudenza romana. Sono analizzate in modo particolare le seguenti fonti: Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2; Call. 3 cogn. D. 42.1.32; Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2; Alex. C. 7.64.2; Mod. 1. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19; Mod. 1 resp. D. 42.1.27.*

*Parole chiave: diritto romano, cognitio extra ordinem, processo civile romano, sententia contra ius, sententia contra constitutiones, nullità della sentenza giudiziaria*

---

\* Daniil Tuzov, Dottore di scienze giuridiche (*Doktor juridičeskikh nauk*), Dottore di ricerca, Professore, Facoltà di Giurisprudenza, Università Statale di San Pietroburgo, 22<sup>a</sup> linea V.o. 7, San Pietroburgo, Russia; tuzovd@yahoo.it.

Il presente saggio contiene risultati della ricerca svolta col supporto finanziario (borsa di ricerca 14.42.1468.2015) dell'Università Statale di San Pietroburgo.

## 1. NOTE INTRODUTTIVE.

La contrarietà della sentenza, o di un altro provvedimento giurisdizionale decisorio, alle *constitutiones* imperiali, alle *leges* o – più in generale – al *ius* costituisce, secondo l'Orestano, “il più importante motivo d'invalidità che nel corso della tarda età classica si aggiunge ai princìpi che su tale argomento si erano formati nell'*ordo*...”<sup>1</sup>. Si tratta inoltre dell'unico caso, nel diritto romano, in cui la nullità del provvedimento era dovuta all'ingiustizia dello stesso, ossia a un vizio *in iudicando* anziché *in procedendo*, verificandosi cioè per motivi ‘sostanziali’ e non processuali<sup>2</sup>.

Tale causa di nullità fa la propria comparsa solo nella *cognitio extra ordinem* e soltanto in epoca tardo-classica, ovvero, più precisamente, in età severiana<sup>3</sup>. È dato risaputo che nel sistema dell'*ordo iudiciorum privatorum* la sentenza poteva considerarsi nulla esclusivamente per ragioni processuali oppure nel caso in cui essa – benché formalmente perfetta – risultasse inesequibile o di contenuto oscuro. Sta di fatto che in quel sistema vigeva il fondamentale principio secondo cui la validità della sentenza “era totalmente indipendente dalla sua giustizia”<sup>4</sup>; solo le violazioni di norme processuali inderogabili<sup>5</sup> potevano comportarne l'invalidità – invalidità che, in assenza dell'istituto dell'appello, inevitabilmente era riconducibile all'originaria concezione romana di nullità-inesistenza giuridica –, non mai quelle relative al diritto sostanziale che stava

<sup>1</sup> Orestano, R.: *L'appello civile in diritto romano*, 2° ed., Torino, 1953, pp. 276 s.

<sup>2</sup> Anche se non mancano tentativi di farlo rientrare nell'ambito della nullità per eccesso di potere (o di competenza) dell'organo giudicante, e quindi per un motivo d'ordine processuale (v., per es., Calamandrei, P.: *La cassazione civile*, Vol. 1. *Storia e legislazioni*, Milano - Torino - Roma, 1920, pp. 50 ss.).

<sup>3</sup> Cfr. Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 53 ss.; Lauria, M.: ‘*Contra constitutiones*’: *primi appunti*, Napoli, 1927, ora col titolo ‘*Contra constitutiones*’, in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, pp. 79 s. (d’ora in poi mi riferisco a quest’ultima edizione); Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), pp. 278 s.; Pugliese, G.: *Note sull’ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Vol. 3, Milano, 1962, pp. 775 s.; Raggi, L.: *La ‘restitutio in integrum’ nella ‘cognitio extra ordinem’*. *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, pp. 317 ss.

<sup>4</sup> Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 27. Cfr. anche Lauria, M., *op. cit.* (nt. 3), p. 77.

<sup>5</sup> Che potevano riguardare il giudice (sua capacità, valida nomina, competenza), le parti, la pronuncia della sentenza: per riferimenti alle fonti ed esempi v. Apelt, H.: *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, s. I. e a. [ma Schramberg, non prima del 1936], *passim*; Litewski, W.: *Die römische Appellation in Zivilsachen*, *Revue Internationale des droits de l’Antiquité*, Vol. 12, 1965, pp. 384 ss.; Kaser, M.; Hackl, K.: *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, 1996, p. 497.

alla base del rapporto controverso<sup>6</sup>. Ed è del tutto naturale che con il sorgere di questa nuova causa d'invalidità, verosimilmente da ricondursi anche al consolidarsi e rafforzarsi del potere imperiale (che non poteva, evidentemente, essere appagato dal solo strumento dell'*appellatio*, in quanto temporalmente limitato e completamente dipendente dalla discrezione e dall'iniziativa di parte<sup>7</sup>), "la sanzione che il diritto romano attribuì all'*error in iudicando* intervenuto nella risoluzione della *questio iuris*, fu ... la semplice estensione di quel concetto di inesistenza del giudicato ... originariamente applicato ai soli casi di gravi *errores in procedendo*"<sup>8</sup>.

Il problema centrale sta nell'individuare correttamente il criterio secondo cui la sentenza (o altro provvedimento decisorio), difforme nel suo contenuto da un precetto normativo contemplato in una costituzione imperiale o in altra fonte del diritto, potesse ritenersi nulla. Benché la bibliografia sul tema non possa, certo, considerarsi abbondante, né vantare specifici approfondimenti del problema medesimo, risalendo per giunta – a mia conoscenza – al più tardi agli anni 60 del secolo scorso<sup>9</sup>, sembra tuttavia che sia possibile intravedere, a questo proposito, un indirizzo prevalente. Si ritiene infatti che non fosse sufficiente che la sentenza, per essere nulla, fosse semplicemente in contrasto con una norma giuridica<sup>10</sup>: il contrasto doveva avere speciali caratteristiche, tradizionalmente individuate, a cominciare già dall'impostazione della Glossa, in

<sup>6</sup> V. per tutti Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 29, e ivi, p. 38, una delle possibili spiegazioni della ragion d'essere di tale principio.

<sup>7</sup> Per altre ragioni per cui la sanzione di nullità prevalse in questo campo sullo strumento dell'appello v. Raggi, L., *op. cit.* (nt. 3), p. 325 e nt. 106.

<sup>8</sup> Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 38.

<sup>9</sup> Tra le opere che si occupano specificamente del problema sopramenzionato spiccano: Vassalli, F.: *Miscellanea critica di diritto romano (fasc. II: L'Antitesi 'Ius-Factum' nelle fonti Giustiniane)*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, Vol. 3.12, 1914, ora in *Studi giuridici*, Vol. 3.1, Milano, 1960, pp. 389 ss. (d'ora in poi mi riferisco a quest'ultima edizione); Lauria, M., *op. cit.* (nt. 3), pp. 71 ss.; Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), p. 276; Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), pp. 375 ss.; ma soprattutto Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 27 ss., che rimane un vero punto di riferimento per i contributi successivi. In alcuni studi, poi, il problema della nullità della sentenza contraria a diritto viene sì affrontato ma senza cercar di individuare il criterio concreto di tale nullità e il rapporto tra le posizioni giurisprudenziali espresse nelle fonti rilevanti a tal riguardo: v., per es., Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), pp. 93 ss.; Raggi, L.: *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Vol. 1, Milano, 1961, pp. 80 ss., 85 ss.; Id., *La 'restitutio'...*, *op. cit.* (nt. 3), pp. 317 ss., 346 ss.; Pugliese, G., *op. cit.* (nt. 3), pp. 775 ss.

<sup>10</sup> Cfr. per tutti Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 379.

taluni testi d'epoca severiana, dei quali mi propongo un riesame nella presente indagine. Prima però di procedervi ritengo necessario fare due osservazioni volte a delimitarne l'oggetto.

In primo luogo, le fonti che rientrano nell'ambito del nostro tema si riferiscono indifferentemente, come vedremo, sia a sentenze giudiziarie vere e proprie, che concludono un processo, sia ad altri provvedimenti decisori, in particolare relativi alla concessione dell'*excusatio tutelae* o *curae*. Ciò è indizio di una trattazione unitaria del problema da parte delle fonti e di conseguenza anche noi tratteremo in maniera unitaria i casi, senza dar rilievo speciale alla natura giuridica dei singoli provvedimenti in questione. In secondo luogo, le stesse fonti parlano – e anche questo lo vedremo tra breve – di nullità della sentenza per contrarietà ora alle *constitutiones principum* (o *sacrae constitutiones*), ora alle *leges*, ai *senatus consulta*, e infine – in maniera ancora più generale – al *ius*, alla *forma iuris* e al *rigor iuris*. Tuttavia, allo stato attuale delle fonti, possiamo solo supporre a buona ragione che cronologicamente fosse stata presa in considerazione per prima la contrarietà proprio alle *constitutiones* imperiali e solo in seguito vi sia stata l'estensione dell'effetto invalidante anche alla contrarietà ad altre fonti del diritto positivo<sup>11</sup>. Comunque sia, tale sviluppo, su cui si potrebbe peraltro dubitare<sup>12</sup>, si dovette realizzare assai rapidamente, durante i pochi decenni della dinastia dei Severi (193-235)<sup>13</sup>. Per questa ragione la nostra ricostruzione avrà valenza generale, prescindendo in linea di massima dalla natura della norma giuridica violata da un dato provvedimento, che avrà per noi rilevanza soprattutto per la più esatta ricostruzione del caso concreto a cui la fonte fa eventuale riferimento.

---

<sup>11</sup> In tal senso v. Lauria, M., *op. cit.* (nt. 3), pp. 81 s.; Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), pp. 277 (e nt. 2), 278; Pugliese, G., *op. cit.* (nt. 3), p. 776; Raggi, L., *La 'restitutio'...*, *op. cit.* (nt. 3), pp. 318 ss., in particolare p. 319.

<sup>12</sup> La dottrina non è unanime nell'ammetterlo: cfr., per es., Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 42: "La nullità si produceva ... qualunque fosse la fonte da cui derivava la norma violata..."; Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), pp. 378 s.

<sup>13</sup> In effetti, il giurista che generalizza al massimo il principio di nullità delle sentenze contrarie alle norme giuridiche è Modestino che operava sotto il principato di Alessandro Severo, ultimo esponente della dinastia (v. oltre, § 6). Cfr. Lauria, M., *op. cit.* (nt. 3), p. 82.

## 2. DE IURE CONSTITUTIONIS PRONUNTIATUR: IL CRITERIO DI VALUTAZIONE ENUNCIATO DA MACRO IN MATERIA DI 'EXCUSATIONES' (MAC. 2 DE APPELL. D. 49.8.1.2) E LA DOTTRINA DOMINANTE.

Il primo testo riguardante il nostro tema, ritenuto esemplare e il più importante in materia, appartiene a Macro.

Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2: *Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.*

Nel frammento riportato è contenuta la famosa bipartizione *contra ius constitutionis* – *contra ius litigatoris*, considerata caposaldo di tutta la dottrina sull'invalidità delle sentenze contrarie alle norme di diritto sostanziale e criterio stesso di tale invalidità. Il giurista non propone alcuna definizione dei termini della bipartizione declamata, bensì si limita a esemplificarli immediatamente. Così, se il giudice pronuncia che né il numero dei figli, né una determinata età, né alcun privilegio in capo al richiedente possano esonerare dall'amministrazione dei servizi pubblici (*munera*) o dall'ufficio della tutela (cioè declami, contrariamente al diritto vigente, l'inesistenza di una norma in vigore, e quindi la disapplichi), egli si pronuncia *contra ius constitutionis*, e la sua sentenza<sup>14</sup> è nulla. Se invece il giudice non neghi che dette circostanze possano – in astratto – esonerare dai servizi pubblici o dalla tutela, ma non le accerti per errore nella persona del richiedente, allora egli si pronuncia *contra ius litigatoris*, il che può dar luogo (solo) all'appello contro la sentenza che deve quindi intendersi valida.

Questa esemplificazione viene interpretata, nella dottrina moderna, nel senso che la contrarietà al *ius constitutionis*, e quindi la nullità, vi sarebbe, secon-

---

<sup>14</sup> Così esattamente chiama il provvedimento giudiziario in materia di *excusatio* lo stesso Macro, anche se, come ha rilevato il Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 41, “veramente, più che di sentenza giudiziaria trattasi di un provvedimento amministrativo”.

do Macro, non in tutti i casi in cui la sentenza contravvenga al diritto, bensì solo laddove la sentenza, in maniera astratta, come premessa maggiore del sillogismo decisorio, dichiara come diritto vigente ciò che non lo è. È dunque evidente come la distinzione tra sentenze *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris* non coincida con l'altra – molto più nota – differenza tra *error iuris* e *error facti*. È esemplare a questo proposito l'interpretazione proposta un secolo fa dal Vassalli: “Nel caso di Macro è nulla la sentenza, in una causa di *excusatio*, quando neghi che motivi di scusa genericamente affermati siano tali”; alla nullità della sentenza porta “non ogni errore di diritto dunque: non l'errore di fatto (Macer, Alex.<sup>15</sup>), non l'errore nell'intendere e nell'applicare la legge al dato caso (Callistr.<sup>16</sup>), ma l'errore che cade sullo *ius in thesi*, come dicono gl'interpreti. Ed ecco, infatti, la regola così formulata genericamente nel primo periodo del testo di Macro: la nullità della sentenza si ha quando l'errore cade nel giudizio “*de iure constitutionis*” (resp. “*constituto*”)...; sulla maggiore del sillogismo, dunque”<sup>17</sup>.

Tale interpretazione, che in relazione al passo in esame sembra del tutto plausibile, è in linea di massima pacifica in dottrina<sup>18</sup>. Un'altra questione è, però, se e in quale misura il principio enunciato da Macro possa considerarsi accolto dalla giurisprudenza romana ‘in generale’, e in particolare nei testi cui si riferiva il Vassalli. Di fronte a tale quesito gli interpreti moderni non appaiono altrettanto unanimi. La maggior parte della dottrina ritiene comunque che proprio la concezione di Macro colga ed esprima in modo più appropriato per tutto il diritto dell'età severiana il criterio della nullità delle sentenze contrarie, per il loro contenuto, al *ius*<sup>19</sup>.

Ora, non può farsi a meno di notare come il principio che traspare dal tenore letterale del testo di Macro presenti una costruzione puramente teorica,

<sup>15</sup> Alex. C. 7.64.2 (a. 226): v. oltre, § 5.

<sup>16</sup> Call. 3 *cogn.* D. 42.1.32: v. oltre, § 3.

<sup>17</sup> Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 390.

<sup>18</sup> V. per tutti Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 39 ss. (ivi anche riferimenti alla letteratura meno recente), in particolare pp. 46 s. Per un altro modo di interpretare il passo medesimo cfr. Koschaker, P.: *Heinrich Apelt, Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß. Ohne Verlag und Jahr, 170 S., Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, Vol. 58, 1938, pp. 359 s., nt. 3.*

<sup>19</sup> V., per es., Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 390 (il passo sopra riportato); Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 46; Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), pp. 279, 284; Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), pp. 379 ss.; Pergami, F.: *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, pp. 261 s.

ideale, si potrebbe anche dire di scuola. La distinzione formulata in tal modo dal giurista e seguita dagli interpreti moderni non potrebbe aver avuto, come non a torto ha dubitato già il Lauria, alcuna rilevanza pratica. A giudizio del romanista napoletano, la sopra riportata interpretazione del Vassalli, ripresa successivamente da altri studiosi, non presenterebbe in modo corretto il criterio della nullità delle sentenze *contra constitutiones datae*. “La constatazione” – scriveva il Lauria – che “nullità si ha solo quando il provvedimento dica che la costituzione non ha alcun valore, non quando si ha una falsa applicazione di una norma in essa contenuta” “è esegeticamente esattissima, ma il Vassalli ha torto di averla generalizzata: il buon senso, prima ancora dei testi, ci dice che una regola applicata con grande frequenza non poteva riguardare soltanto il caso di necessità, rarissimo, in cui si giudichi *de iure constitutionis*...”<sup>20</sup>. Probabilmente, l’Autore intendeva dire con ciò che l’esempio assai chiaro fatto da Macro presenterebbe semmai un caso-limite che non esaurirebbe, nel pensiero dei giureconsulti romani, tutte le ipotesi in cui doveva ricorrere la nullità della sentenza pronunciata *contra constitutiones*<sup>21</sup>.

Forse proprio gli stessi dubbi hanno portato la giurisprudenza medievale e la dottrina giuridica tedesca dell’Ottocento a mettere in discussione il principio in esame come esso è letteralmente formulato in D. 49.8.1.2 e, di conseguenza, ad adottarne un’interpretazione attenuata, ammettendo che bastasse, perché la sentenza fosse nulla, un *error iuris* nella premessa maggiore del sillogismo decisorio senza che la sentenza stessa dovesse negare apertamente e *in abstracto* una norma di diritto vigente. In particolare, si è molto disputato se fosse richiesto un *error expressus* nella stessa sentenza e quali ne fossero i requisiti, se occorresse che il giudice avesse negato in modo astratto e generale una norma esistente, o se, al contrario, fosse sufficiente che la violazione della norma fosse almeno deducibile dalla sentenza medesima<sup>22</sup>. Secondo il Calamandrei – che forse è stato il primo tra i giuristi italiani ad occuparsi *ex*

<sup>20</sup> Lauria, M., *op. cit.* (nt. 3), pp. 80 s. Altrove, tale Autore sembra tuttavia consentire con l’interpretazione in esame, ma limitatamente al solo passo di Macro (Lauria, M.: *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*, 3° ed., Napoli, 1967, p. 254).

<sup>21</sup> Secondo un’altra interpretazione ancora, proposta dal Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), pp. 359 s., nt. 3, il detto caso-limite addotto come esempio da Macro, al pari di quello assai simile, addotto in una costituzione di Alessandro Severo (C. 7.64.2: v. oltre, § 5), sembrerebbe piuttosto smentire il principio generale enunciato da Macro stesso che non approvarlo.

<sup>22</sup> V. per tutti Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 42 s., ivi riferimenti bibliografici.

*professo* del problema<sup>23</sup> – tali discussioni non riguarderebbero, però, il principio fondamentale: “che, cioè, quando sia chiaro e indubitabile che nel pronunciare la sua sentenza il giudice ha posto a premessa maggiore del suo sillogismo un principio di diritto inconciliabile con una norma di legge in vigore, questa sentenza è nulla”<sup>24</sup>. Sembra tuttavia che lo stesso Autore, nonostante cercasse di prescindere dall'accennata discussione, in realtà fosse propenso ad ammettere piuttosto l'ultima delle soluzioni, ossia che sarebbe sufficiente che la violazione della norma giuridica sia per lo meno deducibile dalla sentenza, anche solo in modo implicito<sup>25</sup>.

Una siffatta interpretazione non mi pare accettabile. In primo luogo, il testo di Macro dice in modo molto chiaro – seppur solo a titolo di esempio – che il giudice deve negare apertamente l'esistenza della norma vigente (*si iudex dixerit neque...*): non è possibile desumere dal testo stesso altri elementi che possano giustificare l'interpretazione di cui si tratta, né in altre fonti abbiamo testimonianze in favore della versione, per così dire, attenuata del principio di Macro. In secondo luogo, l'ammettere che per la nullità della sentenza sia sufficiente anche un'implicita violazione della norma farebbe perdere al principio medesimo la capacità di fungere da criterio di distinzione tra le sentenze nulle e quelle valide. In effetti, l'errore del giudice nell'interpretare una norma giuridica significherebbe in ogni caso assumere, implicitamente, come premessa maggiore del sillogismo un principio discordante con la norma stessa e dovrebbe quindi comportare la nullità della sentenza; mentre invece è del tutto pacifico e confermato anche dalle fonti, in particolare dalla testimonianza di Callistrato che sarà tra breve esaminata<sup>26</sup>, che, al contrario, tale errore – benché evidente – non era idoneo a rendere nulla la sentenza.

Ora, partendo dalla concezione di Macro così com'è espressa in D. 49.8.1.2, cerchiamo di capire se davvero si tratti di un principio comunemente riconosciuto e assodato nel diritto romano d'epoca severiana, come ritiene la dottrina, oppure se la concezione stessa esprima piuttosto solo uno dei possibili approcci giurisprudenziali al problema della valutazione della sentenza pronunciata in contrasto ad una norma di diritto sostanziale.

<sup>23</sup> Prima di lui vi aveva dedicato qualche pagina il Vassalli (v. sopra, nt. 9) senza però trattare l'argomento in modo dettagliato.

<sup>24</sup> Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 43.

<sup>25</sup> Un simile approccio interpretativo pare scorgersi anche in Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 381; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), pp. 93 s.; Kaser, M.; Hackl, K., *op. cit.* (nt. 5), p. 497, nt. 30.

<sup>26</sup> V. oltre, § 3.

Di solito, a supporto della perfetta costruzione teorica di Macro vengono richiamate alcune altre fonti<sup>27</sup> che saranno oggetto di analisi nei paragrafi successivi. Bisogna vedere se e in quale misura esse davvero corroborano tale concezione.

### 3. ERRORE DI SUSSUNZIONE (CALL. 3 COGN. D. 42.1.32).

Quale conferma del principio spiegato nel passo di Macro è comunemente ritenuto il seguente testo di Callistrato:

Call. 3 *cogn.* D. 42.1.32: *Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuvari non videtur contra constitutiones sententiam dedisse. ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est: alioquin rei iudicatae stabitur.*

Dice il giurista che una sentenza non è da considerarsi data *contra constitutiones* se il giudice abbia ritenuto che quest'ultime, prodotte in giudizio da una delle parti, non fossero applicabili alla controversia data. Seppur contraria, in fin dei conti, ad una norma posta dalle *constitutiones* medesime, la sentenza è nondimeno valida e può passare in giudicato se non sarà appellata.

Se valutiamo questa soluzione alla luce del già esaminato passo di Macro, possiamo concludere, seguendo l'opinione pacifica della dottrina<sup>28</sup>, che la sua *ratio* starebbe proprio nel fatto che l'errore del giudice non riguarda il giudizio *in astratto* sul diritto vigente. La mancata applicazione della norma giuridica poteva dipendere, nel caso, da due circostanze: (a) da una falsa interpretazione, da parte del giudice, della stessa norma e, di conseguenza, dal ritenerla non applicabile al caso concreto (in tale ipotesi si avrebbe un *error iuris*, ma diverso da quello che si verifica ove si giudichi *contra ius constitutionis*); (b) dall'accertamento erroneo dei fatti, presupposta una corretta interpretazione della norma medesima (e in quest'ipotesi si avrebbe un classico *error facti*).

<sup>27</sup> V. per tutti Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 41: "Il principio, che viene ben chiarito dagli esempi pratici" (in Mac. 2 *de appell.* D. 49.8.1.2 e Alex. C. 7.64.2, a. 226), "è ... in generale enunciato da Modestino" (Mod. *l. sing. de enucl. cas.* D. 49.1.19); "e si trova confermato, quantunque con minore determinatezza, da altri testi" (per es., Car., Carin., Numer. C. 7.64.5, a. 283). Per altri riferimenti bibliografici v. note nei paragrafi che seguono.

<sup>28</sup> V. per tutti Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 44 s.

Il testo di Callistrato enuncia un'idea abbastanza chiara, e cioè che non ogni contrarietà della sentenza alla norma giuridica comporta la nullità della sentenza stessa e che, in particolare, non può darvi luogo un errore di sussunzione, ossia l'errore nel decidere sull'applicabilità della norma al caso concreto. Tale affermazione, puramente negativa, nulla dice però del criterio positivo in base al quale potrebbe sussistere la nullità della sentenza contraria alla norma giuridica. Può pertanto concludersi che il passo in esame, benché non si trovi in contrasto col principio enunciato da Macro, non per questo lo conferma positivamente<sup>29</sup>.

#### 4. UN'ULTERIORE VERIFICA IN MATERIA DI 'EXCUSATIONES' (ULP. 11 AD ED. D. 4.4.11.2).

In dottrina si è ritenuto che l'opposizione *ius constitutionis* – *ius litigatoris* sia alla base anche di un testo ulpiano che tratta esattamente della stessa materia del passo di Macro, ossia dell'*excusatio contra constitutiones* (nel caso specifico, però, dell'*excusatio curae*):

Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2: *Ex facto quaesitum est: adulescentes quidam acceperant curatorem Salvianum quendam nomine: hic cum curam administrasset, beneficio principis urbicam procurationem erat adeptus et apud praetorem se a cura adulescentium excusaverat absentibus eis: adulescentes adierant praetorem desiderantes in integrum adversus eum restitui, quod esset contra constitutiones excusatus. cum enim susceptam tutelam non alii soleant deponere, quam qui trans mare rei publicae causa absunt vel hi qui circa principem sunt occupati, ut in consiliarii Menandri Arrii persona est indultum, meruisset autem Salvianus excusationem, adulescentes quasi capti in integrum restitui a praetore desideraverant. Aetrius Severus quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit: ad quam consultationem successoris eius Venidio Quieto rescripsit nullas partes esse praetoris: neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque: sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus.*

Un curatore è stato dispensato dalla cura, perché aveva ottenuto, *beneficio principis*, una *procuratio urbica* (in Roma). Gli adolescenti già sottoposti alla sua cura, che erano stati assenti nel procedimento in cui era stata accolta tale

<sup>29</sup> Cfr. Bonini, R.: *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Vol. 1, Milano, 1964, pp. 63 s.; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), p. 94; Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 383.

*excusatio*, chiedono al pretore un'*in integrum restitutio, quasi* fossero stati *capti*, motivandola col fatto che la dispensa sarebbe stata concessa *contra constitutiones*<sup>30</sup>, poiché la sua causa, adottata dal curatore e accettata dal pretore, – ossia la *procuratio urbana* – non era contemplata dalle costituzioni medesime. Il pretore, dubitando della possibilità di utilizzare per un caso simile lo strumento dell'*in integrum restitutio*<sup>31</sup>, si rivolge all'imperatore. Settimio Severo, con un rescritto inviato al successore del pretore che aveva sollevato la questione, risponde che il pretore non ha in merito alcuna funzione (*nullas partes esse praetoris*), dunque non può disporre l'*in integrum restitutio*, poiché non risulta che vi sia stato alcun 'contratto' (un atto negoziale) con un minore di venticinque anni (*neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque*), solito presupposto per la concessione del provvedimento restitutorio; l'intervento spetterà pertanto agli imperatori stessi<sup>32</sup> che reintegreranno il curatore nell'amministrazione della cura, in quanto erroneamente (*perperam*) dispensato.

Tradizionalmente, a cominciare dalla Glossa<sup>33</sup>, il passo è interpretato nel senso che esso enuncerebbe la nullità *ipso iure* del provvedimento di concessione dell'*excusatio* al curatore<sup>34</sup>. Se così fosse, il caso potrebbe rientrare nella dialettica *contra ius constitutionis* – *contra ius litigatoris*, confermando quindi l'impostazione di Macro.

Tale interpretazione non appare tuttavia, a mio giudizio, del tutto sicura. È vero che a prima vista la fattispecie descritta da Ulpiano si presenta sostanzialmente identica a quella analizzata da Macro in D. 49.8.1.2, a parte il fatto – peraltro non molto significativo – che mentre il primo tratta della curatela il secondo si occupa della tutela<sup>35</sup>. Forse l'unica rilevante differenza tra esse

<sup>30</sup> Per una diversa interpretazione di questa espressione v. Raggi, L., *La 'restitutio'...*, *op. cit.* (nt. 3), p. 347.

<sup>31</sup> Secondo il De' Dominicis, M. A.: *I destinatari dei rescritti Imperiali da Claudio a Numeriano*, Annali della Università di Ferrara, Vol. 8.3, 1948-1950, p. 210, nt. 2, "la questione sottoposta all'imperatore verteva sulla validità o meno della *excusatio* dalla curatela..."; il che non si evince, a mio avviso, dal testo.

<sup>32</sup> Il plurale è dovuto al fatto che dal 198 Caracalla era imperatore insieme con suo padre Settimio Severo.

<sup>33</sup> *Pandectarum seu Digestum vetus Iuris civilis Tomus Primus*, Venetiis, 1581, pp. 346 e 346 n.

<sup>34</sup> V., per es., Lauria, M., *Ius...*, *op. cit.* (nt. 20), p. 249; Id., '*Contra constitutiones*'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 80; Raggi, L., *La 'restitutio'...*, *op. cit.* (nt. 3), pp. 346, 348, 350. Non si riscontrano – almeno a mia conoscenza – altre interpretazioni del passo, ossia nel senso contrario alla nullità dell'*excusatio*.

<sup>35</sup> È noto, infatti, che molti motivi di *excusatio* introdotti dapprima per la tutela furono in seguito estesi alla cura (v. per tutti Cervenca, G.: *Studi sulla cura minorum*, Vol. 2.

sta nella circostanza che mentre nel passo di Macro il giudice (ossia, in età severiana, il pretore tutelare) ha erroneamente negato l'esistenza della *causa excusationis* proposta dal richiedente, in quello di Ulpiano, egli, al contrario, ha posto alla base della sua decisione una *causa excusationis* non contemplata dalle costituzioni imperiali. Ma, dal momento che tale differenza appare, a mio giudizio, solo formale<sup>36</sup>, in entrambi i casi il provvedimento sembrerebbe, a prima vista, urtare, secondo la terminologia di Macro (non utilizzata – notiamo – da Ulpiano), *contra ius constitutionis* con la conseguente nullità dello stesso.

In realtà la differenza tra le due fattispecie (come esse risultano descritte nei passi in esame) sembra di gran lunga più profonda:

a) mentre nel passo di Macro la contrarietà alle costituzioni imperiali è sicura, perché affermata dallo stesso giurista, in quello di Ulpiano essa si presenta soltanto come un motivo addotto dagli istanti a sostegno della loro lamentela, al fine di ottenere un'*in integrum restitutio*<sup>37</sup>;

b) per di più, anche se tale motivo fosse fondato, l'espressione *contra constitutiones*, adoperata da Ulpiano, non significa necessariamente, come vedremo ancora più avanti<sup>38</sup>, *contra 'ius' constitutionis* nel senso che dà a questa locuzione Macro, implicante cioè la nullità (basti pensare a Call. 3 *cogn.*, D. 42.1.32 in cui, nonostante si dica *cum prolatis constitutionibus 'contra eas' pronuntiat iudex*, la sentenza cionondimeno è valida). L'errore del pretore tutelare nell'applicare la normativa imperiale in materia di *excusationes* poteva, infatti, consistere non necessariamente nel negare l'esistenza di una data norma o inventarne una inesistente (il che integrerebbe lo schema del concetto *contra ius constitutionis* di Macro<sup>39</sup>), bensì piuttosto in una falsa interpretazione di una norma, sussumendovi erroneamente la situazione del richiedente desideroso di essere esonerato dalla curatela. Per esempio, la giustificazione, nel caso, dell'*excusatio* poteva essersi basata sull'equiparazione o persino identificazione tra la *procu-*

---

*In tema di excusationes dalla cura minorum*, Bulletino dell'Istituto di diritto romano, Vol. 77, 1974, pp. 201 s.).

<sup>36</sup> Cfr. a questo proposito l'osservazione del Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 379, anche se fatta in ordine ad un altro testo (Alex. C. 7.64.2, a. 226).

<sup>37</sup> Va notata peraltro la pluralità dei motivi addotti dagli adolescenti.

<sup>38</sup> V. § 7.

<sup>39</sup> Per giudicare sull'esistenza di una ragione valida per l'*excusatio*, il pretore avrebbe assunto, come premessa maggiore del sillogismo, che la ragione addotta dall'istante fosse contemplata esplicitamente dalle *constitutiones* o almeno non fosse esclusa dalle stesse, pronunciando così sulla norma astratta del diritto in aperta, manifesta contraddizione con le *constitutiones*.

*ratio urbana beneficio principis* (il caso di D. 4.4.11.2) e un'*occupatio circa principis* (D. 49.8.1.2), che era causa certa di *excusatio*. Ricordiamo a tal proposito che a volte la giurisprudenza riconosceva, ai fini dell'*excusatio*, talune attività come equivalenti ad altre espressamente contemplate dalle costituzioni imperiali: così Callistrato, per esempio, afferma, in ordine al servizio prestato dai *navicularii* per l'annona, che tale attività equivale a *rei publicae causa abesse*<sup>40</sup>. Teniamo inoltre presente che la disciplina delle *excusationes* dall'ufficio di tutore (e, conseguentemente, da quello di curatore) rappresentava, a giudizio dell'Orestano, una "complessa materia, un campo in cui numerosissime erano le costituzioni imperiali..."<sup>41</sup>. Potrebbe quindi supporre che fosse relativamente facile sbagliare, in sede d'applicazione di questa normativa, sia nello scegliere tra la grande quantità di norme quella adatta al caso concreto, sia nello stabilire il rapporto tra essa e una fattispecie concreta, giudicando così *contra ius litigatoris* nel senso del concetto di Macro, e quindi validamente;

c) mentre Macro qualifica univocamente la sentenza come nulla, Ulpiano si astiene da qualsiasi qualificazione. L'interpretazione comunemente accettata del testo ulpiano nel senso della nullità del provvedimento pretorio (che escluderebbe, ovviamente, l'*in integrum restitutio*<sup>42</sup>), si basa sulle espressioni adoperate nel rescritto imperiale e riferite da Ulpiano, quali *perperam esset a praetore excusatus*<sup>43</sup> e *nullas partes esse praetoris*. Ma *perperam* sembra significare piuttosto 'non in modo corretto', 'ingiustamente', 'erroneamente', 'a torto'<sup>44</sup>, non già 'invalidamente', e perciò nulla dice della validità del provvedimento medesimo. Quanto all'espressione *nullas partes esse praetoris*, ritengo che questo punto vada approfondito con maggior attenzione.

Alla lettera essa significa 'non si ha alcun impegno in capo al pretore', e quindi nega semplicemente l'applicabilità, nel caso, dell'*in integrum restitui-*

<sup>40</sup> Call. *I de cogn.* D. 50.6.6.3: ...*cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse* (secondo l'interpretazione data al passo dalla Viarengo, G.: *L'excusatio tutelae nell'età del Principato*, Genova, 1996, p. 43).

<sup>41</sup> Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), p. 284; cfr. anche Viarengo, G., *op. cit.* (nt. 40), p. 124.

<sup>42</sup> Cfr., per es., specificamente in relazione al nostro caso, Lauria, M., '*Contra constitutiones*'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 80 e nt. 50.

<sup>43</sup> V. per es. Lauria, M., *Ius...*, *op. cit.* (nt. 20), p. 249.

<sup>44</sup> Cfr., anche se in relazione ad un altro testo (Valent., Valens, Grat. CTh. 4.17.1 = C. 7.44.3 pr.-I, a. 374), Pergami, F., *op. cit.* (nt. 19), p. 263; Tuzov, D.: *La 'rescissio' delle sentenze giudiziarie in diritto romano: Intorno ad una teoria della nullità*, Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, Vol. 128, 2011, p. 197 e nt. 96. Riguardo specificamente al testo in esame v., per es., Cervenca, G., *op. cit.* (nt. 35), p. 201, che traduce *perperam* con 'a torto'.

tio, senza spiegarne il perché. Intanto, la causa dell'inapplicabilità del rimedio restitutorio potrebbe ben consistere non nella nullità del provvedimento di concessione dell'*excusatio* (nullità che invero renderebbe improprio e privo di senso tale rimedio), ma forse, presunta la validità dello stesso, nella necessità di ricorrere ad un altro mezzo d'impugnazione, diverso dall'*in integrum restitutio*. E in effetti, proprio di tale mezzo sembra trattarsi nella chiusa del passo: *principes intervenire et reducere hunc ad administrationem...*

Tale soluzione imperiale potrebbe essere spiegata da due ragioni. La prima è riportata nello stesso testo: come avrebbe detto, secondo Ulpiano, lo stesso rescritto imperiale, *neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque*<sup>45</sup>, e cioè si afferma in sostanza che l'*in integrum restitutio* può essere concessa se e solo se sia intercorso un rapporto negoziale con l'adolescente, ma non è questo, com'è evidente, il caso. La seconda potrebbe invece consistere nell'incongruenza di rivolgersi, da parte degli adolescenti, per ottenere l'annullamento dell'*excusatio*, alla stessa magistratura del pretore tutelare, che aveva adottato il provvedimento: forse anche per questa ragione l'imperatore affermò la propria competenza<sup>46</sup>, ravvisando la necessità di un intervento di grado superiore<sup>47</sup> e comunque di un organo diverso rispetto al pretore stesso, avendo già quest'ultimo deciso in materia.

In favore dell'ipotesi che l'inapplicabilità del rimedio restitutorio sia dovuta proprio alla necessità dell'intervento superiore, e non già alla nullità del provvedimento, potrebbe deporre, a mio avviso, anche la chiusa del passo. Notiamo che mentre nel testo che la precede si parla di un caso concreto, la risposta imperiale sembra assumere, nella chiusa medesima, il tenore astratto e generale, proprio della norma giuridica: *sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus*: l'intervento, in generale, dei principi ha come scopo quello di rimettere nell'amministrazione della curatela colui che sia stato erroneamente esonerato (dall'ufficio di curatore) ad opera del pretore, senza che si voglia con ciò, come pare, far riferimento solo al caso concreto che suggerì il rescritto.

<sup>45</sup> Tale spiegazione fu, però, criticata già dai glossatori: *Pandectarum... op. cit.* (nt. 33), p. 346 m.

<sup>46</sup> Anche la Glossa (Bar.) parla, in questo caso, dell'imperatore come di *iudex competens* (v. sopra, nt. 33).

<sup>47</sup> È difficile dire quale sia la natura di tale provvedimento. Cfr. Raggi, L., *La 'restitutio'...*, *op. cit.* (nt. 3), p. 349, nt. 142: "...si può presumere... che l'intervento suddetto trovasse realizzazione su di un piano meramente amministrativo...". V. al proposito anche il dibattito svoltosi già tra i glossatori e riferitoci da Accursio: *Pandectarum... op. cit.* (nt. 33), p. 346 n.

Potremmo dunque concludere che il passo ulpiano, dedicato alla stessa materia delle *excusationes*, di cui si occupa il testo di Macro, sebbene non contraddica il concetto *contra ius constitutionis* sostenuto da quest'ultimo giurista, non presenta alcuna prova positiva a conferma dello stesso<sup>48</sup>.

##### 5. SENTENTIA CONTRA TAM MANIFESTI IURIS FORMAM DATA: IL CRITERIO DI VALUTAZIONE IN UN RESCRITTO IMPERIALE (ALEX. C. 7.64.2).

Rivolgiamoci ora ad una costituzione di Alessandro Severo, pure essa citata solitamente a conferma della concezione di Macro:

*Imp. Alexander Severus A. Capitoni C. 7.64.2 pr. (a. 22649): Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potioem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. § 1. Quod si, cum de aetate quaeretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes.*

Il testo sembra fornire, *prima facie*, un'ulteriore esemplificazione del principio enunciato da Macro. Si tratta di una controversia ereditaria tra l'istante (erede legittimo *ab intestato*) e l'ava dell'impubere testatore defunto, istituita da quest'ultimo quale erede. Se il giudice pronuncia che anche i minori di quattordici anni abbiano la facoltà di fare il testamento e che perciò la posizione giuridica dell'ava sia migliore, allora la sentenza data in contravvenzione ad una norma giuridica così chiara (*contra tam manifesti iuris formam datam*), ossia alla norma secondo cui gli impuberi non hanno *testamenti factio* attiva, è nulla e contro di essa non è necessario appellare. Se invece egli accerti erroneamente che il defunto abbia compiuto, al momento della confezione del testamento, il 14° anno, allora la sentenza è valida e, se non sarà stata efficacemente appellata, passerà in giudicato.

<sup>48</sup> Che l'ipotesi discussa nel frammento esaminato sia "ben diversa" da quella proposta da Macro nel contesto della sentenza *contra ius constitutionis*, è stato a suo tempo notato – per ragioni, però, differenti dalle nostre – da Lauria, M., 'Contra constitutiones'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 81.

<sup>49</sup> Per la datazione v. Corcoran, S. J. J.: *New subscripts for old rescripts: the Vallicelliana fragments of Justinian Code Book VII*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Vol. 126, 2009, p. 410.

Di solito il rescritto in esame è inquadrato nella prospettiva della dicotomia *contra ius constitutionis* – *contra ius litigatoris*. Anche qui la dottrina moderna segue il percorso interpretativo tracciato dalla Glossa<sup>50</sup>, che prende avvio dall'apporto di Imerio<sup>51</sup>, ravvisando un'esatta rispondenza tra C. 7.64.2 e D. 49.8.1.2<sup>52</sup>. In effetti, il tenore letterale del testo e, in particolare, la parola *pronuntiavit* fanno intendere che, nel *principium* del frammento, il giudice declama esplicitamente e *in abstracto* l'esistenza, in capo agli impuberi, della *testamenti factio*: sembra che proprio questa sia la ragione per cui la fattispecie in discorso viene tradizionalmente ricondotta al concetto *contra ius constitutionis* di Macro<sup>53</sup>.

Tuttavia, a mio avviso, nonostante che il rescritto di Alessandro Severo contenga un'esemplificazione molto simile a quella proposta da Macro (senza ricorrere però, a differenza di quest'ultimo giurista, alla terminologia di *ius constitutionis* – *ius litigatoris*), esso sembra porre alla base della decisione, sostanzialmente identica, un motivo alquanto diverso: la nullità della sentenza è dovuta, stando alla parola del testo, al fatto che la sentenza stessa era data *contra tam manifesti iuris formam*, ossia alla contrarietà ad una norma giuridica troppo palese<sup>54</sup>. Non siamo perciò di fronte ad una contrapposizione tra sentenza *con-*

<sup>50</sup> V. *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti Libri IX. priores ... Tomus Quartus*, Venetiis, 1592, p. 2215, gl. a C. 7.64.2. Non mancavano però anche altre interpretazioni (v. *ibidem*).

<sup>51</sup> Cfr. Rosboch, M.: *Decidere invano*, Vol. 1. *Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*, Napoli, 2010, p. 87.

<sup>52</sup> Cfr. Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 389; Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 41, 44; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), p. 94; Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 361, nt. 3; Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), pp. 281 ss.; e, nella letteratura più recente, Murillo Villar, A.: *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, Cuadernos de Historia del Derecho [Complutense], Madrid, 1995, Vol. 2, pp. 34 s.; Pergami, F., *op. cit.* (nt. 19), pp. 261 s. Benché il Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), pp. 380 s., mettesse in rilievo come il passo di Macro non menzioni, a differenza del rescritto severiano, la contrarietà alla *tam manifesti iuris forma* (p. 381), tuttavia, come vedremo tra breve (v. nt. 56 e il luogo cui essa si riferisce), nemmeno il rescritto in esame, secondo il romanista cracoviano, assegnerebbe a tale locuzione il valore di un criterio autonomo di nullità, constatandosi così una corrispondenza sostanziale tra i due frammenti. Diverso è l'assunto del Lauria, M., 'Contra constitutiones'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 81, per il quale il rescritto di Alessandro non sarebbe parallelo a D. 49.8.1.2 (v. anche oltre, § 8), ma per ragioni diverse da quelle che proporremo più avanti.

<sup>53</sup> È perciò difficile condividere l'interpretazione del Lauria, M., 'Contra constitutiones'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 81, secondo cui il rescritto "non indaga la posizione del giudice di fronte ad esso...".

<sup>54</sup> Il che non equivale alla 'palese contrarietà alla norma' (v. oltre, § 6), malgrado l'interpretazione del passo in esame nel senso che sarebbe nulla *ipso iure* la sentenza

tra *ius constitutionis* e sentenza *contra ius litigatoris* (teorizzata da Macro), bensì a quella tra un madornale *error iuris* (*pr.*) e un mero *error facti* (§ 1)<sup>55</sup>.

È vero peraltro che tale grossolano *error iuris*, come descritto nella costituzione, può esser qualificato anche quale contrario al *ius constitutionis*; non si esaurisce tuttavia in quest'ultima categoria. La sentenza potrebbe essere in contrasto con una *manifesti iuris forma*, e quindi nulla, non solo perché enunci apertamente una regola inesistente o, viceversa, disconosca quella esistente (criterio di Macro), ma anche in conseguenza a una falsa interpretazione di una norma del tutto chiara.

Di ciò non sembra aver tenuto conto il Litewski che, a differenza di quanto si è appena affermato, considerava la contrarietà alla *tam manifesti iuris formam* come una sottospecie della contrarietà al *ius constitutionis* nel senso prospettato da Macro, e le negava quindi il valore di un criterio autonomo di nullità. Lo studioso polacco insisteva, infatti, sulla possibilità di una duplice interpretazione del rescritto severiano, nel senso che la nullità della sentenza potrebbe essere dovuta sia soltanto alla contrarietà ad una *manifesti iuris forma*, com'è esplicito nel testo, sia – il che sarebbe sottinteso nel rescritto medesimo – alla contrarietà a qualsiasi norma giuridica, e non solo ad una norma chiara: in entrambi i casi, tuttavia, si presupporrebbe sempre una contrarietà al *ius constitutionis*<sup>56</sup>. Tale approccio interpretativo è teoricamente ipotizzabile, ma suscita seri dubbi perché nulla nel rescritto in questione indica univocamente che la cancelleria imperiale abbia adottato il criterio proposto da Macro.

A ben vedere, infatti, il criterio di nullità adottato nel rescritto di Alessandro Severo non coincide – almeno formalmente – con quello proposto da Macro. L'indizio principale di tale differenza sta nella dicitura *contra tam manifesti iuris formam* e perciò appare importante, ai fini della nostra indagine, considerare i sospetti interpolazionistici che sono stati avanzati contro di essa da alcuni

---

'espressamente' contraria al diritto, proposta da Dionisio Gotofredo: "Sententia contra ius expresse lata, ipso iure non valet" (*Corpo del diritto*, a cura di G. Vignali, Vol. 9, Napoli, 1861, p. 534, nt. 3), e da alcuni glossatori (v. *Codicis...*, *op. cit.* (nt. 50), p. 2215, gl. a C. 7.64.2). Come ha giustamente rilevato il Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 383, la contrarietà ad una norma chiara può essere sia palese che nascosta (v. oltre, nt. 72 e il luogo cui essa si riferisce).

<sup>55</sup> Ravvisa nel rescritto "la famosa distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto" pure il Raggi, L., *Studi...*, *op. cit.* (nt. 9), p. 72. Secondo l'Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), p. 283, la contrapposizione in quest'ultimo senso sarebbe però implicita.

<sup>56</sup> Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 380.

studiosi<sup>57</sup>. Più esattamente, è stata ritenuta come segno di interpolazione la locuzione *forma iuris*, al pari di alcune altre espressioni del passo che in questa sede non ci interessano direttamente (quali *vires, et ideo, in hac specie*).

Tali sospetti non sembrano fondati<sup>58</sup>. In effetti, espressioni quali *forma iuris, iuris forma, contra iuris formam, secundum iuris formam* ricorrono almeno in sette frammenti del Digesto<sup>59</sup> e in più di venti costituzioni di età classica ed epiclassica del Codice<sup>60</sup>, più in altre due – entrambe diocleziane – pervenute in fonti pregiustiniane, quali la *Consultatio* (9, 19) ed i *Fragmenta Vaticana* (281). Anzi, le costituzioni pregiustiniane di età postclassica usano tali espressioni relativamente di rado, ossia cinque volte sole, di cui tre in riferimento al diritto degli antichi<sup>61</sup>. Il dato, però, più significativo è che lo stesso Giustiniano non le adopera quasi mai: nelle sue costituzioni l'espressione *iuris forma* ricorre una sola volta<sup>62</sup>, come una sola volta il sintagma simile *forma legum*<sup>63</sup>. Questi dati ci autorizzano a presupporre, fino a prova contraria, la genuinità dell'espressione che qui ci interessa<sup>64</sup>, ossia *contra tam manifesti iuris formam*, che, quindi, può essere assunta come un criterio alternativo – rispetto a quello di Macro – di valutazione delle sentenze contrarie ai precetti normativi per distinguere quelle nulle da quelle valide.

<sup>57</sup> Più esattamente dal Biondi, B.: *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Vol. 4, Milano, 1930, pp. 69 (nt. 152), 74; cfr. anche Murillo Villar, A., *op. cit.* (nt. 52), p. 35.

<sup>58</sup> Per la critica ad essi cfr. già, seppur dubitativamente, Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), p. 95, nt. 240.

<sup>59</sup> Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.15, 11 *ad ed.* D. 4.4.22; Pap. 17 *resp.* D. 2.14.42, 27 *quaest.* D. 46.1.49.2 e 12 *quaest.* D. 46.6.12; Marcian. 8 *inst.* D. 30.114.7; Mac. 2 *publ. iudic.* D. 47.10.40.

<sup>60</sup> Sev., Ant. C. 3.32.1 pr. (a. 210), C. 4.2.1 (a. 204), C. 6.35.2.1 (a. 208), C. 7.46.1; Ant. C. 2.24.1 (a. 215), C. 3.8.2 (a. 213), C. 3.36.3, C. 4.26.3 (a. 215), C. 5.31.1 (a. 214), C. 7.53.2; Alex. C. 6.37.12 pr. (a. 240), C. 7.64.2 pr. (a. 226); Gord. C. 4.32.15 (a. 242), C. 10.46.1; Valer., Gallien. C. 5.42.2 pr. (a. 260); Diocl., Max. C. 3.38.4 (a. 290), C. 4.2.15 (a. 294), C. 5.22.1 (a. 293), C. 7.53.9 (a. 294), C. 7.62.5, C. 8.44.27 (a. 294), C. 9.2.11 (a. 292), C. 9.22.19.1 (a. 294). Per l'uso del termine *forma* in alcune costituzioni tardoclassiche cfr. già Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), p. 95, nt. 240.

<sup>61</sup> Arcad., Honor. C. 5.37.24.1 (a. 396) (= CTh. 3.30.6.1 [= Brev. 3.19.4.1]): *iuxta antiqui iuris formam usurarum*; Theod., Arcad., Honor. CTh. 4.8.9 [= Brev. 4.8.4]: *antiqui iuris forma servetur*; Valent., Valens CTh. 9.1.9 [= Brev. 9.1.4]: *iuxta formam iuris antiqui*; Constantin. CTh. 12.1.2: *forma publici iuris observanda est*; Arcad., Honor. CTh. 12.1.146: *in praescripti iuris formam inciderit*.

<sup>62</sup> C. 6.58.15.3b (a. 534): *ad iuris agnaticii formam redigendo*.

<sup>63</sup> C. 1.17.2.11 (a. 533) e *Constitutio Tanta*, 11, in cui è riprodotto lo stesso testo.

<sup>64</sup> Lo stesso può affermarsi anche di altre espressioni del passo, sospettate dal Biondi.

## 6. SENTENTIA EXPRESSIM CONTRA IURIS RIGOREM DATA: IL CRITERIO DI VALUTAZIONE NELLA DEFINIZIONE GENERALE DI MODESTINO (MOD. L. SING. DE ENUCL. CAS. D. 49.1.19).

Un ulteriore criterio di distinzione tra le sentenze *contra constitutiones prolatae* – nulle o valide – ci è fornito da un passo di Modestino:

Mod. l. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19: *Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata. unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. unde potest causa ab initio agitari.*

Il passo viene di solito citato, al pari del rescritto di Alessandro Severo, insieme con quello di Macro come conferma (ma anche generalizzazione<sup>65</sup>) del principio contenuto in quest'ultimo<sup>66</sup>. A ben vedere, però, non lo è.

Il criterio proposto da Modestino sta nella formula: *si 'expressim' sententia contra iuris rigorem data fuerit...* È nulla quindi la sentenza 'espressamente' contraria al *ius*<sup>67</sup> (alla lettera contraria al *rigor iuris*, ma l'uso di *rigor* sembra qui<sup>68</sup> volto unicamente a sottolineare che la sentenza collide con una norma cogente). Un significato eguale viene a volte attribuito al frammento del secondo periodo: *...si 'specialiter' contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata*, in cui *specialiter* esprimerebbe lo stesso concetto di *expressim*<sup>69</sup>. Anche se

<sup>65</sup> Cfr. Lauria, M., *Ius...*, *op. cit.* (nt. 20), p. 255.

<sup>66</sup> V., per es., Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), pp. 390 s.; Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), p. 41 (v. sopra, nt. 27); Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), pp. 277 s.; in sostanza anche Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 383 (v. oltre, nt. 71); Murillo Villar, A., *op. cit.* (nt. 52), pp. 32 (e nt. 98), 35 (e nt. 111).

<sup>67</sup> Cfr. Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 360, nt. 3; Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 382. Tuttavia, come vedremo tra breve (v. oltre, nt. 71), quest'ultimo Autore ha negato, in definitiva, l'autonomia di tale criterio. Non sembra tenerne conto neppure il Pergami, F., *op. cit.* (nt. 19), pp. 260 s.

<sup>68</sup> A parte sospetti d'interpolazioni: cfr. Pringsheim, F.: *'Ius aequum und ius strictum'*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Vol. 42, 1921, p. 648; Biondi, B., *op. cit.* (nt. 57), p. 69, nt. 152; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), p. 95. In favore dell'ipotesi interpolazionistica non abbiamo, tuttavia, indizi sicuri nelle fonti.

<sup>69</sup> Così Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 360, nt. 3, e Raggi, L., *Studi...*, *op. cit.* (nt. 9), p. 91.

tale equiparazione potrebbe essere messa in discussione (poiché, a mio avviso, *specialiter* non significa qui 'in particolar modo', bensì piuttosto 'in specie' o 'in particolare'<sup>70</sup>, volendo il secondo periodo del passo solo esemplificare la regola enunciata nel primo periodo coi casi in cui la sentenza è da considerarsi pronunciata *non iure*), ciò non cambia la sostanza del discorso: il criterio reso con *expressim* rimane comunque intatto.

In mancanza, nel passo, di altre precisazioni, mi pare che per Modestino espressamente (*expressim*) contraria al *ius* fosse qualsiasi sentenza affetta da un evidente *error iuris*, e non solo quella che dichiara apertamente ed astrattamente un principio contrario ad una norma giuridica, urta cioè *contra ius constitutionis* nel senso di Macro (e, tenendo conto della generalizzazione operata nel passo in esame, anche *contra ius legum, senatus consultorum*, e *contra ius* in generale, cioè contro una norma prevista da qualsiasi fonte giuridica). Potremmo a questo punto supporre che secondo il criterio di Modestino siano da considerarsi nulle anche le sentenze che – utilizzando gli esempi addotti da Macro in D. 49.8.1.2 e dalla cancelleria di Alessandro Severo in C. 7.64.2 – accertino il diritto del tutore all'*excusatio* in mancanza dei presupposti richiesti dalle *constitutiones* o la capacità testamentaria attiva di un minore di quattordici anni anche senza dichiarare apertamente, come accade invece negli esempi stessi, una regola giuridica differente da quella realmente esistente. In altre parole, rispetto al criterio proposto da Macro quello di Modestino sembra avere più ampia portata, e non solo nel senso dell'estensione del principio dalle *constitutiones* al *ius*. Non pare dunque che siamo di fronte ad una conferma – seppur con generalizzazione – del primo criterio, bensì ad un criterio diverso<sup>71</sup>.

A tal proposito è interessante un confronto con il criterio contemplato nel rescritto severiano già esaminato sopra. Va notata una differenza semantica – sottolineata a suo tempo dal Litewski – tra le espressioni *contra tam manifesti iuris formam* (C. 7.64.2) ed *expressim contra iuris rigorem* (D. 49.1.19): in effetti, 'contrarietà ad una norma giuridica del tutto chiara' non sempre significa 'palese contrarietà ad una norma giuridica'<sup>72</sup> (sono invece irrilevanti, nel contesto

<sup>70</sup> Nello stesso senso v., di recente, Cherchi, A.: *Ricerche sulle 'usurae' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, p. 150.

<sup>71</sup> Cfr. anche Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 381. Ciononostante, quest'Autore sembra aver identificato, in fin dei conti, il criterio di Modestino con quello espresso nel frammento di Macro e nel rescritto di Alessandro Severo (p. 383), interpretazione, questa, che non convince.

<sup>72</sup> Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 383.

che ci interessa, eventuali differenze di significato tra *rigor* e *forma*). Dal punto di vista formale questo è, certo, vero. Non credo tuttavia che l'estensore del rescritto severiano avesse davvero in mente tale differenza o – meglio – intendesse che, affinché vi sia la nullità della sentenza, basti una contrarietà qualsiasi, anche non evidente, alla norma, purché la norma stessa sia chiara. È molto più probabile che, lavorando sul caso concreto sottopostogli, egli abbia constatato che la norma violata fosse del tutto chiara e con ciò supposto (penso, inevitabilmente) anche l'evidenza della contrarietà alla norma medesima<sup>73</sup>. Il passo di Modestino ha invece valore generale di definizione, il che implica non solo una maggior precisione del suo tenore, ma anche l'intenzione di voler ricomprendere tutti i casi astrattamente possibili.

C'è anche di più. L'Honoré, basandosi su alcuni indizi di carattere stilistico ma soprattutto storico, ha ipotizzato che il rescritto riportato da C. 7.64.2 sia stato preparato dallo stesso Modestino in qualità di segretario *a libellis* (identificato col n° 8) di Alessandro Severo<sup>74</sup>. L'ipotesi è stata ribadita, seppur attraverso un metodo diverso, in un recente studio della Viarengo, dedicato specificamente al giurista severiano<sup>75</sup>. Ma se questa attribuzione è vera, allora la differenza formale dei criteri esposti nei due testi potrebbe verosimilmente spiegarsi col fatto che stendendo il testo del rescritto il giurista fosse stato semplicemente meno preciso (dovendo tale imprecisione dipendere forse da caratteristiche specifiche del caso concreto) di quanto lo era stato nello scrivere la sua opera *De enucleatis casibus* dalla quale proviene il frammento di cui ci stiamo occupando. Tale apparente discordanza sarebbe allora priva, ai nostri fini, di alcuna rilevanza.

Posto ciò, l'importanza precipua, in ordine all'individuare un criterio delimitatore tra le sentenze nulle e quelle valide pronunciate contro precetti normativi, viene assunta dalla parola *expressim* e forse anche da quella *specialiter* (sul dubbio riguardo a quest'ultima si v. sopra). Senonché esse non sono state risparmiate a suo tempo – com'è successo anche in ordine all'espressione *forma iuris* nel rescritto imperiale già esaminato, ma in misura ancora più grande – da sospetti interpolazionistici, come altresì talune altre locuzioni dello stesso frammento (quali *minime, et ideo*) che qui non possono essere studiate specificamen-

<sup>73</sup> Cfr. invece una diversa interpretazione del Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 381.

<sup>74</sup> Honoré, T.: *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1994, p. 190.

<sup>75</sup> Viarengo, G.: *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino, 2009, pp. 155 s. Per l'attribuzione del rescritto a Modestino cfr. anche Corcoran, S. J. J., *op. cit.* (nt. 49), p. 415.

te. In tali espressioni, per il Vassalli, “risaltano notissime caratteristiche dello stile compilatorio...”<sup>76</sup>.

A parte qualsiasi considerazione sull'attuale ‘atmosfera antiinterpolazionistica’<sup>77</sup>, il rilievo che le parole in questione assumono per il nostro argomento impone di soffermarci su questo profilo in maniera più dettagliata. Va soprattutto rilevata la mancanza di prove concrete in favore del carattere insitico delle parole in esame. Così, *expressim* si riscontra nelle fonti giuridiche troppo raramente – nove volte sole<sup>78</sup> –, per cui è piuttosto difficile parlare di preferenze dei compilatori. Il solo fatto che Giustiniano usi l'espressione tre volte nelle proprie costituzioni non può certo deporre a favore dell'ipotesi interpolazionistica. L'espressione *specialiter* è invece talmente frequente nelle fonti giuridiche romane (ricorrendo in più di 360 passi) che ogni discussione sulla sua origine compilatoria non sarebbe che una mera speculazione. Si riscontra, tra l'altro, anche nei testi classici immuni da ogni sospetto interpolazionistico<sup>79</sup>. Quanto invece all'aspetto sostanziale, è stato dimostrato già dal Raggi che la commissione di Triboniano non poteva avere alcun valido motivo per rimanere in tal modo il testo in esame: “...Nessuna ragione plausibile consente di attribuire ai compilatori l'intento di introdurre nel testo di Modestino tale caratterizzazione della violazione come esplicita, immediatamente evidente, in sostituzione d'una più generica indicazione originaria che si sarebbe limitata ad ipotizzare la contrarietà – in sé e per sé – della sentenza alla norma, senza considerare tale contrarietà anche sotto il profilo della sua diretta, immediata rilevabilità”<sup>80</sup>.

Orbene, a parte che l'origine compilatoria delle espressioni che ci interessano non è dimostrabile, sembra evidente che esse adempiano, nella definizione di Modestino, ad una funzione assai importante: servire da criterio delimitatore dei casi in cui una sentenza contraria a una norma giuridica possa consi-

<sup>76</sup> Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 391. Cfr. anche Biondi, B., *op. cit.* (nt. 57), p. 69, nt. 152; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), pp. 95 s.; Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 360, nt. 3. Più di recente, tali sospetti sono stati generalmente condivisi, per es., dal Murillo Villar, A., *op. cit.* (nt. 52), p. 32, nt. 98.

<sup>77</sup> Così Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 381 s., nt. 32.

<sup>78</sup> A parte il passo di Modestino che stiamo esaminando, v. Ulp. *49 ad Sab.* D. 18.4.2.13; Paul. *15 quaest.* D. 46.3.98.5; Diocl., Max. C. 9.23.6 (a. 290); Anastas. C. 7.39.4.1 (a. 491) e C. 7.51.6; Iust. C. 5.13.1.13b (a. 530), C. 6.40.3.1 (a. 531), C. 6.51.1.11c (a. 534).

<sup>79</sup> Per es.: Gai 1.68; 1.74; 2.104; 4.53d; Vat. Fragm. 91; 228.

<sup>80</sup> Raggi, L., *Studi...*, *op. cit.* (nt. 9), p. 91 (cfr. anche in pp. 91 s.).

derarsi nulla o meno. In particolare, esse giovano, in tale loro qualità, a spiegare la ragione di una soluzione che lo stesso giurista dà, in D. 42.1.27, quale *responsum* ad un caso concreto e che sembra, ad un primo sguardo, esulare dal principio affermato in D. 49.1.19:

Mod. 1 resp. D. 42.1.27: *Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit.*

Il governatore di una provincia aveva condannato Lucio Tizio a pagare gli interessi sugli interessi. Dal momento che tale condanna urtava, come dice il passo, contro leggi e sacre costituzioni, il condannato ha proposto appello contro tale sentenza. La domanda sottoposta a Modestino è questa: poiché l'appello di Lucio Tizio non è *secundum legem*, è possibile riscuotere dallo stesso la somma secondo la condanna? La risposta di Modestino è che, se la sentenza condanni a una *certa quantitas*, il richiedente non ha addotto alcuna ragione per cui non si possa agire con l'*actio iudicati*.

Intorno a questo passo si è da tempo accesa un'interminabile discussione, forse la più vivace di tutte quante in materia di sentenze *contra constitutiones*. Il problema più arduo, ampiamente dibattuto in dottrina, è l'apparente contraddizione tra i due passi di Modestino qui in discussione<sup>81</sup>. Mentre nel primo, D. 49.1.19, il giurista dice che la *sententia contra iuris rigorem data valere non debet*, nel secondo, D. 42.1.27, afferma invece l'eseguità della sentenza pronunciata *contra leges et sacras constitutiones*.

Non è certo questa la sede per addentrarci in un'esegesi minuziosa del *responsum* di Modestino. Preme tuttavia rilevare che un'analisi dell'ampia letteratura sull'accennato problema<sup>82</sup> porta a concludere che le nuove proposte di

<sup>81</sup> V. per tutti Kaser, M.; Hackl, K., *op. cit.* (nt. 5), p. 497, nt. 30, secondo cui il passo in esame sarebbe "scheinbar abweichend" da D. 49.1.19 e da altri testi in materia. A suo tempo il Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 360, nt. 3, ha giudicato artificiale il tentativo dell'Apelt di risolvere tale contraddizione ricollegando la soluzione di Modestino al principio di Macro.

<sup>82</sup> V. per es. Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), pp. 392 ss.; Biondi, B., *op. cit.* (nt. 57), p. 69, nt. 152; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), pp. 96 ss.; Martini, R.: *Intorno al cosiddetto 'appello dell'assente'*, Archivio giuridico, Vol. 160, 1961, p. 34, nt. 17; Pikulska, A.: *Anatocismo. C. 4,32,28,1: 'Usuras semper usuras manere'*, Revue Internationale des droits de l'Antiquité, Vol. 45, 1998, p. 442; Murillo Villar, A.: *Anatocismo: Historia de una*

soluzione dell'apparente conflitto tra i due testi non sembrano del tutto convincenti, mentre rimane insuperata quella adottata quasi otto secoli fa dalla Glossa<sup>83</sup>. Secondo quest'ultima, nel secondo testo, contenente il *responsum* di Modestino (D. 42.1.27), il tenore della sentenza non avrebbe consentito di scoprire un'aperta, esplicita contrarietà al *ius*, ossia al divieto dell'anatocismo, dato che la condanna era stata emessa nella *certa quantitas*. Vale a dire: il giudice non avrebbe apertamente pronunciato una condanna alle *usurae usurarum*, bensì alla somma complessivamente dovuta dal convenuto<sup>84</sup>. Bisogna, inoltre, tener presente che il più delle volte le *usurae usurarum* non potevano essere scoperte in sede di giudizio, in quanto venivano concordate dalle parti per il tramite della *stipulatio* astratta. La frase *usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones* sembra un semplice chiarimento che fa il richiedente nella sua domanda rivolta a Modestino, e non già una citazione testuale della sentenza che era probabilmente sprovvista di motivazione (come era proprio delle sentenze romane).

È evidente come, in quest'ottica, la parola *expressim* (e forse anche *specialiter*) funga proprio da criterio di distinzione tra le due differenti decisioni di Modestino: mentre in D. 49.1.19 si tratta della sentenza pronunciata *expressim/specialiter* contro il diritto (*contra iuris rigorem, leges vel senatus consultum vel constitutionem*), in D. 42.1.27, invece, il contrasto a *leges et sacras constitutiones* non è manifesto e quindi non è qualificabile come tale. Se gli avverbi in questione fossero stati inseriti dai compilatori, dovremmo concludere che, secondo il pensiero di Modestino espresso in D. 49.1.19 e ricondotto al suo presunto tenore originale, ogni sentenza non conforme per i suoi contenuti al diritto oggettivo sarebbe nulla, illazione che si troverebbe in aperto contrasto con le fonti, in particolare con lo stesso *responsum* di Modestino e il già analizzato passo di Callistrato.

---

*prohibición*, Anuario de historia del derecho español, Vol. 69, 1999, pp. 506 ss.; Victoria, C., *Le 'usurae usurarum' convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, Labeo, Vol. 49, 2003, pp. 314 ss.; Fasolino, F.: *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, pp. 52 ss.; Cherchi, A., *op. cit.* (nt. 70), pp. 148 ss.

<sup>83</sup> Aderivano alla soluzione della Glossa Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 382, nt. 33; Raggi, L., *Studi...*, *op. cit.* (nt. 9), pp. 86 ss.; da ultimi nello stesso senso, senza però riferirsi alla Glossa, Murillo Villar, A., *La motivación...*, *op. cit.* (nt. 52), pp. 38 ss.; Cherchi, A., *op. cit.* (nt. 70), pp. 151 s.

<sup>84</sup> "...Dico condemnavit, scilicet tacitè, non expressè, aliàs non valeret ipso iure sententia... Accur." (*Pandectarum seu Digestorum Iuris civilis Tomus Tertius*, Venetiis, 1581, p. 372 i).

## 7. PROFILI TERMINOLOGICI DEI PASSI ANALIZZATI.

A confermare ulteriormente il carattere controverso del criterio giurisprudenziale di nullità delle sentenze *contra constitutiones datae* vi è, a mio avviso, anche un dato linguistico. Nei passi sopra esaminati possiamo, infatti, scorgere una certa oscillazione semantica nel linguaggio dei giuristi.

Così, quando Macro (D. 49.8.1.2) ricollega la nullità della sentenza all'ipotesi *cum contra constitutiones iudicatur* non intende, come abbiamo avuto modo di vedere, qualsiasi violazione di *constitutiones*, bensì – come si evince dall'esempio fatto in seguito dallo stesso giurista – solo quella che nega apertamente il loro dettato: *contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur*. Quindi, come ha rilevato in proposito l'Orestano, nel linguaggio di Macro “solo le sentenze *contra ius constitutionis* erano considerate *contra constitutiones*...”<sup>85</sup>. In altre parole, il giurista usa il sintagma *contra constitutiones* nel senso stretto della violazione che dà luogo alla nullità della sentenza.

Modestino, invece, in D. 49.1.19, adopera lo stesso sintagma nel senso lato e letterale, come indicativo di qualsiasi contrarietà alla *constitutio* (e poi, generalizzando, estende tale concetto ad ogni norma giuridica), per distinguere all'interno di questa categoria il caso particolare di contrarietà espressa (*expressim*) che dà luogo alla nullità della sentenza.

Infine, Callistrato (D. 42.1.32), diversamente ancora, non ritiene – paradossalmente – che una pronuncia, da lui stesso chiamata *contra constitutiones (cum ... contra eas [cioè constitutiones. – D. T.] pronuntiat iudex...)*, sia davvero *contra constitutiones (...non videtur contra constitutiones sententiam dedisse)*<sup>86</sup>. Il giurista, quindi, impiega il sintagma medesimo – almeno nel passo che ci interessa – in due accezioni diverse. Ciò mostra come il linguaggio tecnico-giuridico anche di un solo giurista e – per di più – all'interno di un solo periodo dello stesso passo non sia talora così rigoroso come ci si aspetterebbe.

## 8. CENNI CONCLUSIVI.

L'indagine svolta nelle pagine precedenti induce a ipotizzare che – contrariamente a come risulta dalla prospettiva generale tracciata già dalla Glossa<sup>87</sup> e

<sup>85</sup> Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), p. 283.

<sup>86</sup> Cfr. Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 384, nt. 36.

<sup>87</sup> Mentre invece nello spiegare il rapporto tra D. 49.1.19 e D. 42.1.27 la posizione della Glossa sembra del tutto plausibile, com'è sostenuto nel § precedente.

seguita in linea di massima dalla dottrina moderna – la giurisprudenza romana non conoscesse una regola ben delineata in materia di *sententiae contra constitutiones* (o, in generale, *contra ius*) *datae*. Anche qui, come in relazione a molti altri problemi giuridici, gli *iuris prudentes*, nell'individuare un criterio di nullità della sentenza contraria a norme di diritto sostanziale, si muovevano partendo da singoli casi concreti ed evitavano tendenzialmente di formulare regole astratte; le loro opinioni non sempre coincidevano tra di loro, contribuendo così a formare e a sviluppare quel particolare fenomeno che è noto come *ius controversum*.

Nel valutare sotto questo angolo visuale il testo di Macro – considerato principale e paradigmatico in materia di sentenze *contra constitutiones datae* – sarei d'avviso che il noto principio enunciato nello stesso, basato sull'opposizione tra le sentenze *contra ius constitutionis* e quelle *contra ius litigatoris*, non sia che uno solo dei possibili criteri di nullità e che rispecchi solamente un parere personale del giurista, più che un principio consolidato e accettato generalmente dalla giurisprudenza. Abbiamo visto come tale criterio non fosse unico. Potremmo anche supporre che, a parte il criterio alternativo di Modestino di cui sopra, ve ne fossero pure altri, sui quali non ci sono pervenute notizie nelle fonti a nostra disposizione<sup>88</sup>.

La costruzione di Macro si distingue, poi, per vari aspetti. In primo luogo, nonostante la sostanziale classicità del testo comunemente riconosciuta<sup>89</sup>, il principio ivi espresso, e in particolare il concetto di *ius constitutionis*, sembra alquanto singolare. Non a caso nella letteratura si parla, a questo proposito, di “locuzione abbastanza stiracchiata”<sup>90</sup>, “espressione nuova e strana”, “imagingosa [sic] personificazione che traspare dalle parole di Macro”, “personificazione della legge, la *Constitutio*”<sup>91</sup>, “una strana contrapposizione fra sentenze *contra*

<sup>88</sup> Se ne possono scorgersi indizi, a mio avviso, nelle due costituzioni tardoclassiche, Gord. C. 9.2.6 (a. 243) e Car., Carin., Numer. C. 7.64.5 (a. 283), approfondire le quali non è possibile in questa sede.

<sup>89</sup> I singoli sospetti di interpolazioni non riguardano infatti la sostanza del testo: cfr. Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 389, nt. 1; Solazzi, S.: *La dispensa del tutore dopo M. Aurelio*, *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, Vol. 35, 1927, p. 57, nt. 1; Lauria, M.: *Sull'appellatio*, *Archivio giuridico*, Vol. 97, 1927, p. 231, nt. 2; Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), pp. 93 (nt. 238), 94; Litewski, W., *op. cit.* (nt. 5), p. 381, nt. 31; Bonini, R., *op. cit.* (nt. 29), p. 64, nt. 26. *Contra*: Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 360, nt. 3.

<sup>90</sup> Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 389, nt. 1.

<sup>91</sup> Calamandrei, P., *op. cit.* (nt. 2), pp. 47 s.

*ius constitutionis* e sentenze *contra ius litigatoris*...<sup>92</sup>. D'altra parte, è significativo che le stesse locuzioni *ius constitutionis* e *ius litigatoris* siano utilizzate solo nel passo in esame e non si trovino altrove nelle fonti romane<sup>93</sup>. In altre parole, esse costituiscono in quest'ultime, come a ragione ha rilevato il Vassalli<sup>94</sup>, un hapax (□παζ λεγόμενον). Infine, tutto ciò considerato, notiamo anche un'altra tecnicità della costruzione di Macro: la sua indubbia "eleganza" talora la fa sembrare anche "estremamente convincente"<sup>95</sup>; le locuzioni *de iure constitutionis* e *de iure litigatoris*, il cui significato è spiegato con precisione dal giurista stesso, appaiono infatti molto tecniche. Ora, se questa costruzione fosse qualcosa di più di un'opinione personale, sarebbe davvero possibile che le locuzioni in questione non si riscontrino altrove nelle fonti, pur tenendo conto della selezione operata dai compilatori? A me pare francamente di no<sup>96</sup>.

D'altra parte, non abbiamo, nelle fonti, dati sufficienti per valutare positivamente la posizione del Lauria secondo cui dal fatto che nei testi di Mac. 2 *de appell.* D. 49.8.1.2 e di Call. 3 *cogn.* D. 42.1.32 l'opposizione *ius constitutionis* – *ius litigatoris* non sia "confortata da citazioni di costituzioni o decisioni imperiali", si evincerebbe che essa sia "frutto della tendenza conservativa di alcuni giuristi, i quali probabilmente vedevano il pericolo di un'integrale applicazione della massima, e cercavano perciò di restringerne la portata". A giudizio dell'Autore, "questa tendenza non ebbe fortuna: nelle costituzioni imperiali, coeve e posteriori [all'opera di Macro. – D. T.], si considera *contra const.*[*itutions*] ogni caso di violazione di diritto..."<sup>97</sup>. Ma l'esempio fatto a sostegno di tale tesi, ossia il rescritto di Alex. C. 7.64.2, già esaminato sopra, non la comprova affatto, perché, come si è visto, ricollega la nullità della sentenza al fatto che essa sia contraria a *tam manifesti iuris formam*, e non a qualsiasi violazione del

<sup>92</sup> Orestano, R., *op. cit.* (nt. 1), p. 283.

<sup>93</sup> La locuzione *ius constitutionis* si riscontra solo in un altro testo giuridico, in Valent., Valens CTh. 5.1.2 (a. 369), ma è adoperata là in un contesto del tutto diverso.

<sup>94</sup> Vassalli, F., *op. cit.* (nt. 9), p. 389, nt. 1.

<sup>95</sup> Così Apelt, H., *op. cit.* (nt. 5), p. 94.

<sup>96</sup> È interessante a questo riguardo un'osservazione del Lauria, M., *Ius...*, *op. cit.* (nt. 20), p. 243, benché fatta in ordine alla diversa questione della nullità dei *iura* difforni dalle costituzioni imperiali e dei termini più vari con cui tale nullità veniva designata: "Le designazioni, molte e varie, furono eccezioni contrarie alle regole del nominalismo romano, il quale consentì, anzi impose ripetizioni costanti, monotone dello stesso vocabolo. Esse espressero l'elaborazione imperfetta del principio, quanto meno lo prospettarono sotto diversi aspetti".

<sup>97</sup> Lauria, M., '*Contra constitutiones*'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 81.

diritto positivo<sup>98</sup>. Né sembra deporre in favore della tesi medesima la costituzione di Car., Carin., Numer. C. 7.64.5<sup>99</sup>, risalente al periodo dell'anarchia militare, nella quale, secondo il Lauria, lo stesso concetto sarebbe "espresso colla massima chiarezza... *"dubium non est quod contra ius gestum videtur, firmitatem non tenere"*"<sup>100</sup>. Nonostante l'apparente portata universale di quest'ultima frase, va rilevato che – a parte l'oscurità generale del rescritto – la fattispecie concreta che costituisce l'oggetto dell'intervento imperiale (cioè il superamento da parte del *praeses provinciae* dei limiti legali delle multe che egli può infliggere) conferma piuttosto il criterio enunciato da Modestino in D. 49.1.19, ossia la nullità del provvedimento che sia 'espressemente' contrario al precetto normativo.

---

<sup>98</sup> Simile è il ragionamento del Koschaker, P., *op. cit.* (nt. 18), p. 359, nt. 3, che non sembra, però, aver tenuto conto del contributo del Lauria.

<sup>99</sup> *Imperatores Carus, Carinus, Numerianus AAA. Domitiano* (a. 283): *Certa ratione et fine multare praesides possunt. Quod si aliter et contra legis statutum modum provinciae praeses multam vobis inrogaverit, dubium non est id, quod contra ius gestum videtur, firmitatem non tenere et sine appellatione posse rescindi.*

<sup>100</sup> Lauria, M., 'Contra constitutiones'..., *op. cit.* (nt. 3), p. 81.

## Summary

Daniil Tuzov \*

**CONTRA IUS SENTENTIAM DARE. PROFILES OF NULLITY OF JUDGEMENTS IN BREACH OF SUBSTANTIVE LAW IN THE OPINIONS OF LATE CLASSICAL ROMAN JURISTS**

*Contrary to the general pattern of construction outlined already in the Glossa and generally shared by the modern doctrine, it is assumed that Roman jurisprudence did not shape a rule regarding sententiae contra constitutiones (or, in general, contra ius) datae. It is argued that in this matter, as in many other legal issues, the iuris prudentes identifying the nullity criteria for a judgment in breach of substantive law proceeded from particular concrete cases and avoided, as a rule, formulating abstract rules; their opinions did not always match, which brought about the development of a particular phenomenon known as ius controversum. It is concluded that the well-known principle put forward by Macer (D. 49.8.1.2), and based on the opposition of the judgments contra ius constitutionis and contra ius litigatoris, is only one of a number of possible nullity criteria, which reflects a personal opinion of this lawyer, rather than a well-established principle generally accepted by the Roman jurisprudence.*

*Particular attention is paid to the following sources: Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2; Call. 3 cogn. D. 42.1.32; Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2; Alex. C. 7.64.2; Mod. 1. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19; Mod. 1 resp. D. 42.1.27.*

*Keywords: Roman law, cognitio extra ordinem, Roman civil procedure, sententia contra ius, sententia contra constitutiones, nullity of judgment*

---

\* Daniil Tuzov, Doctor of legal sciences (*Doktor juridičkih nauk*), Ph. D., Professor, Faculty of Law, St. Petersburg State University, 22<sup>nd</sup> line V.o. 7, St. Petersburg, Russia; tuzovd@yahoo.it

## Sažetak

Daniil Tuzov \*

**CONTRA IUS SENTENTIAM DARE. OBLICI NEVALJANOSTI  
PRESUDA PROTIVNIH PRAVU U PROMIŠLJANJIMA  
KASNOKLASIČNIH RIMSKIH PRAVNIKA**

*Suprotno generalnoj konstrukciji koja je izložena već u Glossi i koja je općenito prihvaćena u modernoj doktrini, iznosi se stav da rimska jurisprudencija nije oblikovala opće pravilo glede presuda protivnih carskim konstitucijama (ili generalno protivnih pravu). Argumentira se da su na ovom području, kao i na mnogim drugima, rimski pravnici prilikom identificiranja razloga ništetnosti presuda koje su donesene protivno odredbama materijalnog prava polazili od konkretnih slučajeva te su izbjegavali formulirati opća (apstraktna) pravila. Njihova mišljenja nisu uvijek bila podudarna, što je dovelo do razvoja posebne pojave poznate pod nazivom ius controversum. Zaključuje se da je dobro poznato pravilo koje je izložio Macer (D. 49.8.1.2) i koje se temelji na suprotnosti presuda donesenih contra ius constitutionis i onih contra ius litigatoris, samo jedan od mogućih kriterija ništetnosti koji odražava osobno mišljenje ovog pravnika, a ne opće pravilo šire prihvaćeno u rimskoj jurisprudenciji. Posebna pažnja je posvećena sljedećim tekstovima: Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2; Call. 3 cogn. D. 42.1.32; Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2; Alex. C. 7.64.2; Mod. 1. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19; Mod. 1 resp. D. 42.1.27.*

*Ključne riječi: rimsko pravo, cognitio extra ordinem, rimski građanski postupak, sententia contra ius, sententia contra constitutiones, ništetnost presude*

---

\* Dr. sc. Daniil Tuzov, profesor Pravnog fakulteta Državnog sveučilišta u St. Petersburgu, 22<sup>nd</sup> line V.o. 7, St. Petersburg, Ruska Federacija; tuzovd@yahoo.it