

Daniil Tuzov

'Contra ius pronuntiare' : sull'invalidità della sentenza cantraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica

Zeszyty Prawnicze 16/1, 219-236

2016

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

DANIIL TUZOV

Università Statale di San Pietroburgo

‘CONTRA IUS PRONUNTIARE’. SULL’INVALIDITÀ
DELLA SENTENZA CONTRARIA A DIRITTO NELLA
RIFLESSIONE GIURISPRUDENZIALE TARDOCLASSICA*

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 il più importante motivo d’invalidità che nel corso della tarda età classica si aggiunge ai principi che si erano formati nell’*ordo*¹. 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. Tale causa di nullità fa la propria comparsa solo nella *cognitio extra ordinem* e soltanto in epoca tardo-classica, ovvero, più precisamente, in età severiana². Nel sistema dell’*ordo iudiciorum privatorum* la sentenza poteva considerarsi nulla

* Il testo presenta la relazione con cui sono intervenuto, il 9 settembre 2015, alla 69ª sessione della SIHDA, tenutasi ad Istanbul.

¹ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*², Torino 1953, p. 276 s.

² Cfr. P. CALAMANDREI, *La cassazione, I: Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma 1920, p. 53 ss.; M. LAURIA, *‘Contra constitutiones’: primi appunti*, Napoli 1927, ora col titolo *‘Contra constitutiones’*, [in:] *Studi e ricordi*, Napoli 1983, p. 79 s. (d’ora in poi mi riferisco a quest’ultima edizione); R. ORESTANO, *L'appello...*, p. 278 s.; G. PUGLIESE, *Note sull’ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, [in:] *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962, p. 775 s.; L. RAGGI, *La ‘restitutio in integrum’ nella ‘cognitio extra*

esclusivamente per ragioni processuali oppure nel caso in cui essa – benché formalmente perfetta – risultasse inesequibile o di contenuto oscuro. La validità della sentenza «era totalmente indipendente dalla sua giustizia»³. Ed è del tutto naturale che con il sorgere di questa nuova causa d'invalidità «la sanzione che il diritto romano attribuì all'*error in iudicando*... fu... la semplice estensione di quel concetto di inesistenza del giudicato... originariamente applicato ai soli casi di gravi *errores in procedendo*»⁴.

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. Secondo l'indirizzo prevalente in dottrina, si ritiene che non fosse sufficiente che la sentenza, per essere nulla, fosse semplicemente in contrasto con una norma giuridica⁵: il contrasto doveva avere caratteristiche speciali, tradizionalmente individuate, a cominciare già dall'impostazione della Glossa, in taluni testi d'epoca severiana.

2. IL CRITERIO DI MACRO (MAC. 2 DE APPELL. D. 49,8,1,2) E LA DOTTRINA DOMINANTE

Il testo esemplare e il più importante in materia appartiene a Macro.

D. 49,8,1,2 (Mac. 2 de appell.): *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*

ordinem'. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica, Milano 1965, p. 317 ss.

³ P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 27. Cfr. anche M. LAURIA, 'Contra constitutiones'..., p. 77.

⁴ P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 38.

⁵ Cfr. per tutti W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, «RIDA» 12/1965, p. 379.

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.

Qui 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. Se il giudice pronunci 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 *sententia* 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 all'appello (e solo ad esso) contro la sentenza che deve quindi intendersi valida.

Questa esemplificazione viene comunemente interpretata, nella dottrina moderna, nel senso che la contrarietà al *ius constitutionis*, e quindi la nullità, vi sarebbe, secondo 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, dichiarati come diritto vigente ciò che non lo è⁶.

Un'altra questione però è se e in quale misura il principio enunciato da Macro possa considerarsi accolto dalla giurisprudenza romana in genere e in specie. La maggior parte della dottrina ritiene comunque che proprio la concezione di Macro colga ed esprima in modo più appropriato

⁶ V. per tutti F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano (fasc. II: L'Antitesi 'Ius-Factum' nelle fonti Giustiniane)*, [in:] *Annali Perugia*, III.12, 1914, ora [in:] *Studi giuridici*, III.1, Milano 1960, 389 ss. (d'ora in poi mi riferisco a quest'ultima edizione), p. 390; P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 39 ss.

per tutto il diritto dell'età severiana il criterio della nullità delle sentenze contrarie, per il loro contenuto, al *ius*⁷.

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, 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 Lauria⁸, alcuna rilevanza pratica. In effetti, 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*.

Onde l'interpretazione più attenuata del passo stesso, che risale alla giurisprudenza medievale e la dottrina giuridica tedesca dell'Ottocento, secondo cui sarebbe sufficiente, affinché la sentenza fosse nulla, che la violazione della norma giuridica sia per lo meno deducibile dalla sentenza stessa, anche solo in modo implicito⁹.

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...*). In secondo luogo, tale interpretazione farebbe perdere al principio di Macro 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, 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), che,

⁷ V., per es., F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 390; P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 46; R. ORESTANO, *L'appello...*, p. 279; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 379 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, p. 261 s.

⁸ M. LAURIA, 'Contra constitutiones'..., p. 80 s.

⁹ Tale approccio interpretativo pare scorgersi in W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 381; H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, S. I. e a. [ma Schramberg, non prima del 1936], p. 93 s.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1966, p. 497 nt. 30.

al contrario, tale errore – benché evidente – non era idoneo a rendere nulla la sentenza.

Cerchiamo di capire se davvero in Mac., D. 49,8,1,2 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.

Di solito, a supporto della perfetta costruzione teorica di Macro, vengono richiamate alcune altre fonti¹⁰ che saranno oggetto della nostra analisi. Vediamo 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:

D. 42,1,32 (Call. 3 cogn.): *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.*

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. Quindi il passo

¹⁰ V. per tutti P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 41.

in esame, benché non si trovi in contrasto col principio enunciato da Macro, non per questo lo conferma positivamente¹¹.

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*):

D. 4,4,11,2 (Ulp. 11 ad ed.): *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 successor eius Venidio Quietio 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 *excusatio*, chiedono al pretore un'*in integrum restitutio*, quasi fossero stati *capti*, motivandola col fatto che la dispensa

¹¹ Cfr. H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 94; R. BONINI, *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, I, Milano 1964, p. 63 s.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 383.

sarebbe stata concessa *contra constitutiones*, poiché la sua causa, adottata dal curatore e accettata dal pretore, – ossia la *procuratio urbica* – non era contemplata dalle costituzioni medesime. Settimio Severo risponde che il pretore non ha in merito alcuna funzione, 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; l'intervento spetterà pertanto agli imperatori stessi¹² che reintegreranno il curatore nell'amministrazione della cura, in quanto erroneamente (*perperam*) dispensato.

Tradizionalmente, a cominciare dalla Glossa¹³, il passo è interpretato nel senso che esso enuncerebbe la nullità *ipso iure* del provvedimento di concessione dell'*excusatio* al curatore e che il caso rientrerebbe pertanto nella dialettica *contra ius constitutionis* – *contra ius litigatoris*, confermando quindi l'impostazione di Macro¹⁴.

Tale interpretazione non appare tuttavia del tutto sicura. È vero che a prima vista la fattispecie descritta da Ulpiano si presenta sostanzialmente quasi identica a quella analizzata da Macro in D. 49,8,1,2¹⁵: 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 però v'è, penso, una profonda differenza tra le due fattispecie (come esse risultano descritte nei passi in esame). In particolare, 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

¹² Il plurale è dovuto al fatto che dal 198 Caracalla era imperatore insieme con suo padre Settimio Severo.

¹³ *Pandectarum seu Digestum vetus Iuris civilis Tomus Primus*, Venetiis 1581, p. 346: «Adversus sententiam ipso iure nullam, minor non restituitur, sed res in pristinum statum reducitur per iudicem competentem. Bar.»; p. 346 n: «excusatio data absentibus adolescentibus non tenuit ipso iure».

¹⁴ V., per es., M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*³, Napoli 1967, p. 249; ID., 'Contra constitutiones'..., p. 80; L. RAGGI, *La 'restitutio'...*, p. 346, 348, 350.

¹⁵ È noto, infatti, che molti motivi di *excusatio* introdotti dapprima per la tutela furono in seguito estesi alla cura (v. per tutti G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*, II: *In tema di 'excusationes' dalla 'cura minorum'*, «BIDR» 77/1974, p. 201 s.).

(che escluderebbe, ovviamente, l'*in integrum restitutio*), si basa sulle espressioni adoperate nel rescritto imperiale e riferite da Ulpiano, quali *perperam esset a praetore excusatus* e *nullas partes esse praetoris*¹⁶. A mio avviso però, *perperam* sembra significare piuttosto 'non in modo corretto', 'ingiustamente', 'erroneamente', 'a torto', non già 'invalidamente', e perciò nulla dice della validità del provvedimento medesimo. Quanto all'espressione *nullas partes esse praetoris*, alla lettera essa significa 'non si ha alcun impegno in capo al pretore', e quindi nega semplicemente l'applicabilità, nel caso, dell'*in integrum restitutio*, senza spiegarne il perché. Intanto, la causa dell'inapplicabilità del rimedio restitutorio potrebbe ben consistere non nella nullità del provvedimento di concessione dell'*excusatio*, 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...* L'imperatore sembra qui affermare – e per di più in maniera astratta e generale, prescindendo dal caso concreto sottopostogli (*sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus*) – la propria competenza¹⁷, ravvisando la necessità di un intervento di grado superiore¹⁸ e comunque di un organo diverso rispetto al pretore stesso, avendo già quest'ultimo deciso in materia.

Potremmo dunque concludere che il passo ulpiano, sebbene non contraddica il concetto *contra ius constitutionis* sostenuto da Macro, non presenta alcuna prova positiva a conferma dello stesso¹⁹.

¹⁶ V. per es. M. LAURIA, *Ius...*, p. 249.

¹⁷ Anche la Glossa (Bar.) parla, in questo caso, dell'imperatore come di *iudex competens* (v. sopra, nt. 13).

¹⁸ È difficile dire quale sia la natura di tale provvedimento. Cfr. L. RAGGI, *La 'restitutio'...*, p. 349 nt. 142. V. al proposito anche il dibattito svoltosi già tra i glossatori e riferitoci da Accursio: *Pandectarum... Tomus Primus...*, p. 346 n.

¹⁹ Cfr. M. LAURIA, *'Contra constitutiones'...*, p. 81 (per ragioni, però, differenti dalle nostre).

5. IL CRITERIO DI VALUTAZIONE IN UN RESCRITTO IMPERIALE (ALEX. C. 7,64,2)

A conferma della concezione di Macro è solitamente citata una costituzione di Alessandro Severo:

C. 7,64,2 pr. (*Imp. Alexander Severus A. Capitoni*, a. 226²⁰): *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 quaereretur, 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.*

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 pronunci 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.

Di solito il rescritto in esame è inquadrato nella prospettiva della dicotomia *contra ius constitutionis* – *contra ius litigatoris*, ravvisando

²⁰ La datazione è ora possibile grazie alla recente scoperta dei *Fragmenta Vallicelliana*: v. S. J. J. CORCORAN, *New subscripts for old rescripts: the 'Vallicelliana' fragments of Justinian Code Book VII*, «ZSS» 127/2009, p. 410.

qui la dottrina moderna, seguendo il percorso interpretativo tracciato dalla Glossa²¹, un'esatta rispondenza tra C. 7,64,2 e D. 49,8,1,2²².

In effetti, il tenore letterale del testo e, in particolare, la parola *pronuntiavit* fanno intendere che 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.

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 palese²³. A questo proposito sembrano infondati²⁴ i sospetti interpolazionistici mossi nei confronti dell'espressione in esame²⁵ che è tutt'altro che rara nelle fonti

²¹ V. *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti Libri IX. priores... Tomus Quartus*, Venetiis 1592, p. 2215, gl. a C. 7,64,2: «Sententia lata contra ius constitutionis, est ipso iure nulla: secus si contra ius litigatoris. h. d. secundum Bar.». Non mancavano però anche altre interpretazioni (v. *ibidem*).

²² Cfr. F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 389; P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 41, 44; H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 94; P. KOSCHAKER, [Recensione a] H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, «ZSS» 58/1938, p. 361 nt. 3; R. ORESTANO, *L'appello...*, p. 281 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 380 s.; e, nella letteratura più recente, A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, «Cuadernos de Historia del Derecho» 2/1995, p. 34 s.; F. PERGAMI, *L'appello...*, p. 261 s. Diverso è l'assunto di M. LAURIA, 'Contra constitutiones'..., p. 81, per il quale il rescritto di Alessandro non sarebbe parallelo a D. 49,8,1,2 (v. anche oltre, § 7), ma per ragioni diverse da quelle che proporremo più avanti.

²³ Il che non equivale alla 'palese contrarietà alla norma'. Come ha giustamente rilevato W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 383, la contrarietà ad una norma chiara può essere sia palese che nascosta.

²⁴ Cfr., seppur dubitativamente, già H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 95 nt. 240.

²⁵ Per es. da B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, [in:] *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, p. 69 (nt. 152), 74; cfr. anche A. MURILLO VILLAR, *La motivación...*, p. 35.

classici e si riscontra anche nelle fonti pregiustinianee (*Consultatio* 9, 19; *Fragmenta Vaticana* 281).

Non siamo perciò di fronte ad una contrapposizione tra sentenza *contra 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)²⁶. 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.

A ben vedere, quindi, il criterio di nullità adottato nel rescritto di Alessandro Severo non coincide – almeno formalmente – con quello proposto da Macro, e potrebbe pertanto considerarsi come un criterio alternativo di valutazione delle sentenze contrarie ai precetti normativi per distinguere quelle nulle da quelle valide.

6. 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 e valide – ci è fornito da un passo di Modestino:

D. 49,1,19 (Mod. l. sing. de enucl. cas.): *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.*

²⁶ Ravvisa nel rescritto «la famosa distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto» pure L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano 1961, p. 72. Secondo R. ORESTANO, *L'appello...*, p. 283, la contrapposizione in quest'ultimo senso sarebbe però implicita.

Il passo viene di solito citato, al pari del rescritto di Alessandro Severo e altri passi sopra esaminati, insieme con quello di Macro come conferma (ma anche generalizzazione²⁷) del principio contenuto in quest'ultimo²⁸. 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 *expressamente* contraria al *ius*²⁹. 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. Potremmo a questo punto supporre che secondo il criterio di Modestino siano da considerarsi nulle anche le sentenze che dichiarino apertamente una regola giuridica differente da quella realmente esistente, come negli esempi addotti da Macro e dalla cancelleria di Alessandro Severo. In altre parole, rispetto al criterio proposto da Macro quello di Modestino sembra avere più ampia portata. Non pare dunque che siamo di fronte ad una conferma del primo criterio, bensì ad un criterio diverso³⁰.

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*. Essa non è

²⁷ Cfr. M. LAURIA, *Ius...*, p. 255; L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934, p. 192.

²⁸ V., per es., F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 390 s.; P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 41; R. ORESTANO, *L'appello...*, p. 277 s.; in sostanza anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 383; A. MURILLO VILLAR, *La motivación...*, p. 32 e nt. 98, 35 e nt. 111.

²⁹ Cfr. P. KOSCHAKER, [Recensione a] H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 360 nt. 3; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 382 (tuttavia l'Autore ha negato, in definitiva, l'autonomia di tale criterio: v. oltre, nt. 30; non sembra tenerne conto neppure F. PERGAMI, *L'appello...*, p. 260 s.).

³⁰ Cfr. anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, 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).

stata risparmiata a suo tempo da sospetti interpolazionistici³¹. Va però rilevata la mancanza di prove concrete in favore del carattere insitico della parola in esame. Anzi la commissione di Triboniano non poteva avere alcun valido motivo per rimaneggiare in tal modo il testo analizzato³². Inoltre, la parola *expressim* giova 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:

D. 42,1,27 (Mod. 1 resp.): *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* senza menzionare le *usurae*, 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. Il problema è l'apparente contraddizione tra i due passi di Modestino qui in discussione³³. Mentre nel primo, D. 49,1,19, il giurista dice che la *sententia contra iuris rigorem data valere non debet*, nel secondo,

³¹ V. F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 391. Cfr. anche B. BIONDI, *Appunti...*, p. 69 nt. 152; H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 95 s.; P. KOSCHAKER, [Recensione a] H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 360 nt. 3. Più di recente, tali sospetti sono stati generalmente condivisi, per es., da A. MURILLO VILLAR, *La motivación...*, p. 32 nt. 98.

³² L. RAGGI, *Studi...*, p. 91 s.

³³ V. per tutti M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht...*, p. 497 nt. 30.

D. 42,1,27, afferma invece l'eseguibilità della sentenza pronunciata *contra leges et sacras constitutiones*.

A mio avviso, nonostante le varie nuove proposte di soluzione dell'apparente conflitto tra i due testi³⁴, rimane insuperata quella adottata quasi otto secoli fa dalla Glossa³⁵. Secondo quest'ultima, nel secondo testo, contenente il *responsum* di Modestino, 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 convenuto³⁶. È evidente come, in quest'ottica, la parola *expressim* funga proprio da criterio di distinzione tra le due differenti decisioni di Modestino: in D. 42,1,27 il contrasto a *leges et sacras constitutiones* non è manifesto e quindi non è qualificabile come tale.

³⁴ V. su tale problema per es. F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 392 ss.; B. BIONDI, *Appunti...*, p. 69 nt. 152; H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 96 ss.; R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto 'appello dell'assente'*, «AG» 160/1961, p. 34 nt. 17; A. PIKULSKA, *Anatocisme. C. 4,32,28,1: 'Usuras semper usuras manere'*, «RIDA» 45/1998, p. 442; A. MURILLO VILLAR, *Anatocismo: Historia de una prohibición*, «AHDE» 69/1999, p. 506 ss.; C. VITTORIA, *Le 'usure usurarum' convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, «Labeo» 49/2003, p. 314 ss.; F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006, p. 52 ss.; ID., *Le usurae rei iudicatae*, «Diritto e storia», 5/2006 (<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Fasolino-Usurae-rei-iudicatae.htm>); A. CHERCHI, *Ricerche sulle 'usurae' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, p. 148 ss.

³⁵ Aderivano alla soluzione della Glossa W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 382 nt. 33; L. RAGGI, *Studi...*, p. 86 ss.; da ultimi nello stesso senso, senza però riferirsi alla Glossa, A. MURILLO VILLAR, *La motivación...*, p. 38 ss. (cfr.); A. CHERCHI, *Ricerche...*, p. 151 s.

³⁶ «...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. CENNI CONCLUSIVI

Quanto esposto sopra ci induce a ipotizzare che – contrariamente a come risulta dalla prospettiva generale tracciata già dalla Glossa³⁷ e 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 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 i criteri alternativi che abbiamo già visti, ve ne fossero pure altri, sui quali non ci sono pervenute notizie nelle fonti a nostra disposizione.

La costruzione di Macro si distingue, poi, per vari aspetti. In primo luogo, nonostante la sostanziale classicità del testo comunemente riconosciuta³⁸, il principio ivi espresso, e in particolare il concetto di *ius*

³⁷ 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.

³⁸ I singoli sospetti di interpolazioni non riguardano infatti la sostanza del testo: cfr. F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 389 nt. 1; S. SOLAZZI, *La dispensa del tutore dopo M. Aurelio*, «BIDR» 35/1927, p. 57 nt. 1; M. LAURIA, *Sull'appellatio*, «AG» 97/1927, p. 231 nt. 2; H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 93 nt. 238, 94; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation...*, p. 381 nt. 31; R. BONINI, *I 'Libri'...*, p. 64 nt. 26. Al contrario, per P. KOSCHAKER, [Recensione a] H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 360 nt. 3, sarebbe interpolata proprio la frase iniziale del passo, contenente cioè la regola come tale.

constitutionis, sembra alquanto singolare³⁹. 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. Al tempo stesso notiamo un'alta tecnicità della costruzione di Macro: la sua indubbia «eleganza» talora la fa sembrare anche «estremamente convincente»⁴⁰. 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.

‘CONTRA IUS PRONUNTIARE’. NIEWAŻNOŚĆ WYROKU SPRZECZNEGO
Z PRAWEMW PÓŻNOKLASYCZNEJ MYSLI PRAWNICZEJ

Streszczenie

Przedmiotem rozważań jest kwestia nieważności wyroku sprzecznego z prawem w rozważaniach jurystów okresu późnoklasycznego. Wydaje się, że juriesprudencja rzymska nie wykształciła w pełni reguły dotyczącej wyroków sprzecznych z konstytucjami, czy, bardziej ogólnie, z prawem. Juryści rozstrzygali w takich przypadkach kazuistycznie, a ich opinie były często sprzeczne. Wprowadzone przez Macrona (D. 49,8,1,2) rozróżnienie na wyroki *contra ius constitutionis* oraz *contra ius litigatoris* było tylko jednym z możliwych kryteriów stwierdzenia nieważności, a nie wyrazem powszechnej opinii jurystów.

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

Słowa kluczowe: prawo rzymskie, *cognitio extra ordinem*, postępowanie cywilnie rzymskie, *sententia contra ius*, *sententia contra constitutiones*, nieważność wyroku

³⁹ Cfr. F. VASSALLI, *Miscellanea...*, p. 389 nt. 1; P. CALAMANDREI, *La cassazione...*, p. 47 s.; R. ORESTANO, *L'appello...*, p. 283.

⁴⁰ Così H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit...*, p. 94.

Bibliografia:

- APELT H., *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, S. I. e a. [ma Schramberg, non prima del 1936]
- ARU L., *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934
- BIONDI B., *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, [in:] *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930
- BONINI R., *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, I, Milano 1964
- CALAMANDREI P., *La cassazione, I: Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma 1920
- CERVENCA G., *Studi sulla cura minorum*, II: *In tema di 'excusationes' dalla 'cura minorum'*, «BIDR» 77/1974
- CHERCHI A., *Ricerche sulle 'usuræ' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012
- Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti Libri IX. priores... Tomus Quartus*, Venetiis 1592
- CORCORAN S.J.J., *New subscripts for old rescripts: the 'Vallicelliana' fragments of Justinian Code Book VII*, «ZSS» 127/2009
- FASOLINO F., *Le usuræ rei iudicatae*, [in:] *Diritto e storia*, 5/2006, (<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Fasolino-Usuræ-rei-iudicatae.htm>)
- FASOLINO F., *Studi sulle usuræ*, Salerno 2006, p. 52 ss.
- KOSCHAKER P., [Recensione a] H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, «ZSS» 58/1938
- LAURIA M., *'Contra constitutiones': primi appunti*, Napoli 1927 = *'Contra constitutiones'*, [in:] *Studi e ricordi*, Napoli 1983
- LAURIA M., *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*³, Napoli, 1967
- LAURIA M., *Sull'appellatio*, «AG» 97/1927
- LITEWSKI W., *Die römische Appellation in Zivilsachen*, «RIDA» 12/1965
- M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1966
- MARTINI R., *Intorno al cosiddetto 'appello dell'assente'*, «AG» 160/1961
- MURILLO VILLAR A., *Anatocismo: Historia de una prohibición*, «AHDE» 69/1999
- MURILLO VILLAR A., *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, «Cuadernos de Historia del Derecho» 2/1995
- ORESTANO R., *L'appello civile in diritto romano*², Torino 1953
- Pandectarum seu Digestum vetus Iuris civilis Tomus Primus*, Venetiis 1581
- Pandectarum seu Digestorum Iuris civilis Tomus Tertius*, Venetiis 1581

- PERGAMI F., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000
- PIKULSKA A., *Anatocisme*. C. 4,32,28,1: 'Usuras semper usuras manere', «RIDA» 45/1998
- PUGLIESE G., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, [in:] *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962
- 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
- RAGGI L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano 1961
- SOLAZZI S., *La dispensa del tutore dopo M. Aurelio*, «BIDR» 35/1927
- VASSALLI F., *Miscellanea critica di diritto romano (fasc. II: L'Antitesi 'Ius-Factum' nelle fonti Giustiniane)*, [in:] *Annali Perugia*, III.12, 1914, = *Studi giuridici*, III.1, Milano 1960
- VITTORIA C., *Le 'usure usurarum' convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, «Labeo» 49/2003