



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

Dottorato di ricerca in diritto civil-romanistico

XXIV ciclo

Tesi di dottorato

**Nullità ed inutilità con particolare riferimento alla
*stipulatio***

Dottorando:

Leonardo Di Leo

Tutor:

Prof. Andrea Di Porto

Introduzione

La diade nullità-inutilità connotata in chiave ‘culturalmente orientata’: ‘visione storica’ e ‘visione integrata’ del fenomeno giuridico

La ‘prima radice’ di questo lavoro muove da una riconsiderazione del tema affrontato nella mia tesi di laurea.

In quell’occasione mi ero occupato del principio ‘*alteri stipulari nemo potest*’, indagandone le origini e seguendone gli sviluppi fino al suo definitivo superamento, in epoca moderna, con l’emanazione del ‘BGB’.

In quest’ambito, un aspetto che mi ha subito colpito è la duplice qualificazione ‘invalidante’ che le fonti attribuiscono alla ‘*stipulatio alteri*’, vietata da un lato come *inutilis*, in Gaio III 103, dall’altro come *nulla*, in D.12.1.9.4 (*Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*).

Questa notazione mi ha così indotto ad approfondire la tematica della cosiddetta ‘patologia negoziale’ in diritto romano, con particolare riguardo alle due categorie della nullità e dell’inutilità, o meglio ai rispettivi predicati presenti nelle fonti¹.

¹ Quest’ultima precisazione deriva dal fatto che, com’è noto, il pensiero giuridico romano non conosce un’elaborazione ‘astrattizzante’ delle figure giuridiche, legato com’è ad una visione eminentemente casistica del fenomeno.

Nullus ed *inutilis*, con le loro varianti grammaticali, appaiono invero spesso compresenti e variamente combinati nei testi. Per questo la loro esatta definizione è stata vivacemente dibattuta dalla dottrina romanistica.

In proposito il pensiero corre subito al caso paradigmatico dell'efficacia novativa parziale di alcuni tipi particolari di '*stipulatio inutilis*', riferito e discusso in Gaio III 176, su cui mi soffermerò approfonditamente².

Tanto premesso, mi sono dapprima concentrato sul profilo della nullità al fine di un suo retto inquadramento nell'ambito del diritto romano.

A questo riguardo la mia prima intuizione è stata quella di ricollegare il tema in esame al noto ditteo '*ex nihilo nihil fit*', rielaborazione di un verso del '*De rerum natura*' del poeta romano Lucrezio (I sec. a.C.)³, per vedere se vi potessero essere dei legami fondanti comuni.

Tale verso esprime un concetto cardine della cultura classica di matrice greco-romana, che connota la stessa '*forma mentis*' non ebraico-cristiana, cioè l'idea di fondo anticeazionista dell'origine delle cose dal Caos primordiale, che rende inconcepibile che dal nulla possa nascere qualcosa.

Nullus è infatti per il pensiero classico semplicemente ciò che non esiste, conformemente del resto alla sua etimologia (*nullus* < *non ullus*).

² Si consideri in particolare il settimo paragrafo del secondo capitolo: "*Nullus* ed *inutilis* in Gaio III 176: esegesi e problematiche".

³ Cfr. Lucrezio, *De rerum natura* (il testo è quello dell'edizione critica di A. Ernout, Paris 1948), I, 150: '(...) *nullam rem e nihilo gigni divinitus umquam*'.

Già su queste basi mi è sembrato difficile ipotizzare che un giurista di quei tempi potesse discostarsi da questo assunto basilare di ordine ‘culturale’ per le sue elaborazioni ‘*sub specie iuris*’.

Del resto, la stessa definizione celsina dello *ius*, l’unica peraltro di cui disponiamo⁴, evoca una nozione fortemente ‘umanistica’, come si evince dalle notevoli assonanze, anche letterali, con un passo del coevo erudito Aulo Gellio circa il concetto di *humanitas*⁵.

A tale stregua è possibile, inoltre, avvalersi del modello generale della comunicazione creato dal linguista russo Roman Jakobson, pienamente applicabile sulla premessa del diritto inteso come fenomeno linguistico.

Nel modello di Jakobson, infatti, una delle sei ‘funzioni’ fondamentali di ogni processo linguistico, nel che si risolve strutturalmente il diritto, è proprio la ‘funzione referenziale’, cioè il contesto socio-culturale di riferimento.

Il dato ‘culturale’ non può quindi che permeare la stessa ‘*forma mentis*’ del giurista, che non è una ‘*vox clamantis in deserto*’ ma agisce entro ben delineate coordinate di contesto da cui non può prescindere.

Attraverso questi elementi ho così tratteggiato quella ‘visione integrata’ del fenomeno giuridico, che è il primo cardine del metodo da me adottato nell’approcciare in modo ‘eccentrico’ la tematica della nullità nel mondo romano.

⁴ I.e. ‘*ius est ars boni et aequi*’, in D.1.1.1 pr. (*Ulpianus libro primo institutionum*).

⁵ Aulo Gellio definisce infatti l’*humanitas* come ‘*eruditionem institutionemque in bonas artis*’ nelle sue ‘*Noctes Atticae*’ XIII 17, 1.

A questa va aggiunta la 'visione storica', che consiste nel considerare i vari aspetti del mondo antico come distanti da noi e nel collocarli nel loro tempo, all'insegna di quella che Eugenio Garin chiamava 'coscienza storica'⁶ e che sola consente di 'spiegare Omero con Omero', secondo il celebre adagio attribuito ad Aristarco di Samotracia⁷.

Queste, dunque, le basi del mio paradigma di ricerca, che per la sua peculiarità ho definito '*nova methodus*'.

Da qui pertanto occorre prendere le mosse.

⁶ Mi riferisco a E. Garin, *L'umanesimo italiano*, Bari 1964², 21-24.

⁷ Si tratta del celebre "Ὅμηρον ἕξ Ὀμήρου σαφηνίζειν".

Capitolo primo

'Nova methodus'

Sulla nullità nel diritto romano: un modo nuovo per affrontare un problema antico

1. Premessa.

Lo spunto di questa indagine è da rinvenire in un'attenta ed organica rilettura della mia tesi di laurea "Sul principio *alteri stipulari nemo potest*". In quell'occasione mi sono occupato dello sviluppo storico di questo principio, formulato ed illustrato da Ulpiano in D.45.1.38.17-23, discutendone le origini e seguendone le vicende principali nell'arco dei secoli fino al suo definitivo superamento all'alba del xx secolo con l'emanazione del 'BGB'.

In quest'ambito, tra i molteplici profili meritevoli di approfondimento la mia attenzione è stata attratta, in particolare, dalla qualificazione della '*stipulatio alteri*' vietata, da un lato come *inutilis* in Gaio III 103, dall'altro come *nulla* in D.12.1.9.4 (*Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*)⁸. Tale duplice connotazione invalidante, per così dire in contrappunto sul medesimo oggetto, mi ha indotto ad approfondire la tematica della c.d. 'patologia negoziale' nel diritto romano, con particolare riguardo alle due categorie della nullità e dell'inutilità.

⁸ Cfr. Gaio III 103: '*Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus*'; D.12.1.9.4 (*Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*): '*Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse*'.

La nullità, soprattutto, è di sicuro interesse per il giurista odierno: si tratta, infatti, di un “istituto tanto centrale quanto trascurato nei primi anni cinquanta anni di vigenza del codice civile per la ritenuta sua intrinseca inattualità, invece clamorosamente smentita dal legislatore recente (anche del codice)”⁹.

La figura *de qua* è infatti in continuo fermento: basti pensare alle recenti novità normative ispirate dal diritto comunitario in tema di tutela del consumatore, ad esempio la ‘nullità di protezione’ sancita in materia di clausole vessatorie (art. 36, d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206)¹⁰.

Ciò detto, occorre, a questo punto, considerare quale era la situazione di quella che oggi definiamo ‘invalidità negoziale’ nell’ambito del diritto romano. In proposito il panorama offerto dalle fonti consta di una fitta serie di predicati, non inquadrati una precisa struttura classificatoria. Si tratta di una trentina circa di lemmi e locuzioni che hanno costituito oggetto di ampie ricerche

⁹ F. Di Marzio, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio*, in “Giustizia civile” II, 2000, 465.

¹⁰ In proposito chiara la messa a punto di F. Di Marzio, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio*, 484: “Sembrano (...) delinearsi alcuni caratteri guida del nuovo modo di essere della nullità, con rilevanti ripercussioni anche sul ruolo della giurisprudenza nella soluzione istituzionale delle controversie. In pillole: a) la nullità non è più intesa come rimedio estremo e drastico di cancellazione totale del negozio posto contro l’interesse generale; b) la nullità è ora intesa come rimedio duttile, di conformazione del negozio posto da una parte contro l’altra e contro l’interesse generale (alla libera esplicazione della autonomia privata da parte dei contraenti deboli); c) la nullità infatti non è più tanto del contratto, quanto nel contratto: riguarda singole clausole e non intacca il resto dell’autoregolamento; d) la nullità è concepita dal legislatore come strumento giurisdizionale di controllo della dinamica negoziale e di promozione della buona fede nella conclusione dei contratti; e) pertanto attraverso il doveroso rilievo della nullità la giurisprudenza è chiamata (suo malgrado?) ad assumere un ruolo maggiormente attivo: con il compito di affiancare le autorità amministrative indipendenti deputate al controllo delle dinamiche del mercato”.

terminologiche¹¹.

“Alla proliferazione disordinata, caotica delle espressioni possono aver contribuito il carattere casistico degli interventi giurisprudenziali, e l’assenza, per un lungo arco di tempo, di un assetto normativo unitario, a causa della coesistenza di più sistemi giuridici”¹².

A fronte di ciò alcuni insigni giuristi hanno censurato l’assenza di rigore sistematico dei romani rispetto alle limpide impalcature concettuali elaborate nei tempi moderni, che pur trovano il loro fondamento in quegli antichi testi¹³.

Altri hanno invece sostenuto che la mancata astrazione concettuale da parte della giurisprudenza romana “non toglie che essa avesse presente, oltre ad una nozione di inefficacia, una nozione di inesistenza, che ha trovato, del resto, espressione nella stessa qualificazione di un negozio come nullo”¹⁴.

Queste, in estrema sintesi, le linee fondamentali di un dibattito la cui piena comprensione richiede però alcune precisazioni che lo inscrivano nell’orizzonte storico di riferimento.

¹¹ Cfr. F. Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der juristischen Thatsachen*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 23, 1902, 380-428; in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 24, 1903, 50-121; Id., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München 1914.

¹² R. Quadrato, *Sulle tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 3.

¹³ In questo filone si segnalano B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt 1906⁹, 425 n. 2 (trad. it., a cura di C. Fadda e E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, I, Torino 1925, 265 n. 2), che criticava l’uso non ‘streng’ delle espressioni romane *nullum, nullius momenti* rispetto alla corrispondente espressione tedesca ‘Nichtigkeit’; V. Scialoja, *Negozi giuridici*, Roma 1950⁵, 233, che considerava arbitraria la terminologia romana; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², 246, secondo cui i giuristi romani mancherebbero di rigore sistematico.

¹⁴ A. Masi, *Nullità (storia)*, in “*Enciclopedia del diritto*” XXVIII, Milano 1978, 859.

Innanzitutto, occorre ricordare che la collocazione della nullità nell'orbita della categoria dell'invalidità è stata opera della riflessione dogmatica ottocentesca, che l'ha elaborata in relazione alla figura del negozio giuridico, vero e proprio 'simbolo' della cultura giuridica ottocentesca¹⁵.

Sulle origini storiche di quest'ultimo, poi, la dottrina civil-romanistica ha, in tempi ormai non recentissimi, a lungo discusso¹⁶.

Il nodo fondamentale del dibattito era se l'elaborazione della teoria del negozio giuridico fosse da ricondurre *in toto* alle insegne del giusnaturalismo tedesco, ed in particolare all'indirizzo wolffiano¹⁷, o se piuttosto essa fosse stata già presente, sebbene non esplicitata, nell'esperienza giuridica romana¹⁸.

Oggi si ritiene, pressoché pacificamente, che la teoria del negozio giuridico debba essere attribuita alla cultura tedesca. Essa, però, anche se di formazione recenziore, s'è tuttavia "venuta formando sopra elementi di diritto romano per via d'astrazione"¹⁹.

¹⁵ L'immagine è di Aldo Schiavone, *Negozio giuridico (diritto romano)*, in "Enciclopedia del diritto" XXVII, Milano 1977, 906. Di 'mirabile costruzione' parla in proposito Michele Giorgianni, *Causa (dir. priv.)*, in "Enciclopedia del diritto" VI, Milano 1960, 554 mentre per Salvatore Riccobono "tra tutti gli argomenti della dogmatica civilistica quello che concerne il Negozio Giuridico è di gran lunga il più importante, direi il centro vitale di tutto il sistema del diritto privato" (cfr. S. Riccobono, *Prefazione alla terza edizione* di V. Scialoja, *Negozi giuridici*, Roma 1950, III).

¹⁶ Sul punto utile la sintesi di G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova 2004², 8-10.

¹⁷ In questo senso A. Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico: saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934, 77.

¹⁸ Per la soluzione positiva si schierarono Ferrini e Fadda, per la negativa Pernice e Mitteis (cfr. G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, 9).

¹⁹ V. Scialoja, *Negozi giuridici*, 28. In senso conforme anche E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1985, 135; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986, 47-52 e 248 ss.; A. Watson, *La formazione del diritto civile*, Bologna 1986, 29 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 193-194.

In questo senso “alla mancanza della forma totalizzante di *negozio giuridico* corrisponde infatti la presenza, nel lavoro dei giuristi romani, di una serie definita di figure meno comprensive, ma egualmente astratte, che, nell’elaborazione della civilistica moderna, compariranno poi come determinazioni essenziali all’interno della forma generale del concetto di *negozio* (...) Nel quadro teorico del sapere giuridico romano, quindi, l’*assenza* di questo concetto risulta come complicata da molti elementi di *presenze* parziali, che sembrano alludere per molte vie e per molti segni alla formazione del concetto più complesso, che pure non vi si produce mai. Rispetto a questi elementi la Pandettistica ottocentesca ha lavorato come *in continuazione*, quasi portando a compimento un lavoro interrotto”²⁰.

Ciò chiarito, è necessario, a questo punto, tornare a considerare il nodo centrale di questa indagine, e cioè il tema della nullità nel diritto romano.

²⁰ Aldo Schiavone, *Negozio giuridico (diritto romano)*, 908. Sul punto cfr. anche R. Quadrato, *Sulle tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 1 n. 3.

In contrappunto va ricordata, data la statura del personaggio, la posizione di E. Betti. Questi, opponendosi alla tesi di coloro che ritengono le categorie generali proprie della dogmatica moderna inapplicabili alla ricostruzione storica degli istituti del diritto romano, muoveva dal presupposto che le predette categorie dogmatiche sono funzioni logiche della nostra mentalità giuridica connotate storicamente, nel senso che sono “il frutto di un lavoro imponente di generazioni, in gran parte anonimo, di una tradizione, cioè, più che millenaria, che ha le sue radici nello studio del diritto romano, quale venne inteso dalle varie generazioni di giuristi succedutesi fino a noi” (E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in “*Archivio giuridico*” XV, 1928, 141-142). Esse non costituiscono pertanto “schemi rigidi e immoti, compiuti e sufficienti a se stessi, ma forme destinate ad assumere un contenuto e capaci di configurazioni svariate” (E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, 145). L’idea è quella di una compenetrazione, così concepita, tra elaborazione dogmatica e storica nell’ottica dell’unità fondamentale del fenomeno giuridico immanente alla molteplicità degli ordinamenti ed alla differenza tra le varie formazioni storiche (cfr. anche E. Betti, *Prefazione alle Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1947², XIII). Sulla necessità di assumere ‘dogmatica’ e ‘storia’ non come termini contrapposti ma come momenti inscindibili della conoscenza giuridica si consideri anche R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 297 ss..

Per l’elaborazione medievale cfr. F. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano 1959 e M. Bellomo, *Negozio giuridico (diritto intermedio)*, in “*Enciclopedia del diritto*” XXVII, Milano 1977, 922-932.

In proposito intendo proporre un approccio metodologico nuovo alla questione che tra breve espliciterò. Prima però ritengo opportuni alcuni chiarimenti che ne fungono da necessaria premessa.

Innanzitutto una considerazione di carattere generale. Lo studio del diritto romano ha oggi “due scopi principali: I) ritrovare le origini degli elementi comuni dei diversi ordinamenti statali compresi nel sistema; II) liberare il giurista dalle deviazioni e sovrapposizioni concettuali connesse all’evoluzione moderna del sistema, oggi frantumato in stati nazionali con struttura economica capitalistica (evoluzione che ha avuto finora un senso individualista e antiuniversalista)”²¹.

Gran parte di queste ‘superfetazioni’ si devono all’influenza dominante esercitata per lungo tempo sugli studi romanistici da quella corrente dottrina ottocentesca chiamata ‘Pandettistica’. E’ da questa, pertanto, che occorre prendere le mosse.

2. La Pandettistica e l’esperienza del ‘diritto romano attuale’.

E’ cosa fin troppo nota l’influenza dominante che la Pandettistica ha esercitato per lunghi anni sugli studi romanistici. Sul punto Riccardo Orestano notava che questa ha sì dato luogo “ad una formazione dottrina *sui generis*, la quale da un certo momento in poi cominciò ad assumere una propria autonoma connotazione di oggetto, di funzioni e di sorti” ma che tuttavia per lungo tempo “è stata considerata una delle interpretazioni più alte e genuine del

²¹ P. Catalano, *Diritto e persone*, I, Torino 1990, VII.

diritto romano dei Romani”, al punto che “ancor oggi agli occhi dei non ‘tecnici’ Pandettistica e diritto romano si identificano o quasi, anche perché sono di provenienza pandettistica la maggior parte degli schemi entro cui (...) la romanistica è stata solita ordinare i dati delle fonti romane (...)”²².

Alla Pandettistica si deve infatti la pressoché totale intelaiatura concettuale che compone l’odierno sistema giusprivatistico, il cui contenuto ella attinse copiosamente dal più illustre modello ‘codificato’ allora a sua disposizione, e cioè le fonti romane raccolte nel *Corpus iuris civilis* giustiniano.

Tale operazione era però dichiaratamente strumentale ai concreti bisogni del tempo, nel senso cioè che le fonti romane venivano piegate alle esigenze del presente.

Windscheid, infatti, nella ‘Einleitung’ delle sue ‘Pandette’, rimprovera ai seguaci della Scuola storica “di non aver sempre distinta coscienza di ciò che per noi [i.e. per i pandettisti] la questione ultima non è di come il diritto romano sia stato in un’epoca qualunque, ma come possiamo attualmente applicarlo”²³. Poi aggiunge che “(...) rispetto al diritto romano, come relativamente a tutta la cultura antica, la nostra missione non è quella di rigettarlo ed esiliarlo, ma piuttosto invece quella di accoglierlo nel nostro spirito, e con un’intima elaborazione, reiette le parti eterogenee e non assimilabili, farne di un diritto straniero il nostro proprio”²⁴.

Critiche in realtà non del tutto meritate in quanto lo stesso Savigny,

²² R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, 477.

²³ B. Windscheid, trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, 27-28.

²⁴ B. Windscheid, trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, 29.

capostipite di quella Scuola storica contro cui Windscheid lanciava i suoi strali polemici, intitolava la sua opera della maturità, un imponente trattato di diritto privato in otto volumi, 'System des heutigen römischen Rechts'²⁵, “dove il brusco accostamento delle due diverse determinazioni cronologiche tradiva immediatamente il suo intento programmatico: suggerire l'esistenza, nel campo del diritto, di un autentico corto circuito fra passato e presente, fra soggettività degli antichi e individualismo dei moderni, attraverso cui il tempo storico del pensiero giuridico romano (...) veniva definitivamente sottratto a un contesto particolare, per farlo coincidere con quello del cammino stesso dell'incivilimento umano. E nella Germania dopo l'unità, il diritto dei *Digesta*, sia pure filtrato da un imponente lavoro interpretativo dei professori e dei giudici, sarebbe rimasto davvero, sino alla fine del secolo, diritto vigente”²⁶.

Tra l'altro – noto incidentalmente – questo programma attualizzante può concorrere a spiegare un singolare e significativo paradosso che si perpetua fino ad oggi.

Mi riferisco alla cesura netta, che perdura tuttora anche a livello accademico nelle Università, tra l'area giusromanistica e la sfera della ricerca storica antichistica, peraltro in un secolo, come l'ottocento, caratterizzato da grandi storici e dalle prime importanti sintesi storiografiche sul mondo antico²⁷.

Per quanto riguarda più specificamente il tema in esame, occorre premettere che la stessa categoria della 'invalidità negoziale' è di conio

²⁵ *System des heutigen römischen Rechts*, I-VIII, Berlin 1840-49 (trad. It., a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, Torino 1886-96).

²⁶ A. Schiavone, *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 16-17.

²⁷ Su questa 'schisi costante' cfr. A. Schiavone, *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*, 19-22.

pandettistico sia come *genus* 'patologico' sia nel suo accostamento al concetto di negozio giuridico, anch'esso, come già ricordato, di pressoché coeva creazione.

Il che rivela chiaramente, giova ribadirlo ancora, le tendenze sistematizzanti e destoricizzanti di queste elaborazioni.

Se si considera la trattazione paradigmatica del Windscheid si entra, per così dire, nel laboratorio principe della Pandettistica²⁸.

Dopo aver associato l'invalidità ('Ungültigkeit') alla figura del negozio giuridico, ed averla distinta dalla più ampia nozione dell'inefficacia ('Unwirksamkeit'), si offre una definizione del *genus* nel senso strutturale di assenza dei requisiti di diritto²⁹. Si passa poi all'enunciazione delle due *species* 'nullo - annullabile' ('nichtig - anfechtbar'), che vengono sostantivizzati per associarvi altri predicati (negozio nullo → nullità → nullità assoluta / relativa).

La sostantivazione, e l'astrazione progressiva che ne deriva, è quindi chiaramente funzionale alla costruzione sistematica e crea quella connessione tra lemmi astratti e situazioni concrete che porta a considerare le elaborazioni sistematiche come strutture ordinanti immanenti alle cose che ne sono oggetto. Il giurista, a questo punto, deve soltanto scoprirle e tradurle fedelmente.

Si tratta di una tipica espressione della cosiddetta 'concezione realistica'

²⁸ Si tratta di B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 82-83, 423 ss. (trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, 264 ss.).

²⁹ Cfr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 423 (trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, 264): "Invalido è quel negozio giuridico il quale, poiché non risponde a tutti i requisiti di diritto, non vale per il diritto".

che ipostatizza i concetti considerandoli entità reali³⁰.

Si iscrive pienamente in questa temperie l'opera del Gradenwitz quanto al nesso tra le astrazioni moderne e gli istituti del diritto romano³¹.

“Egli dichiara che la sua indagine storica non muove da un concetto generale di *Ungültigkeit*, ma piuttosto tratta le singole forme nelle quali tale concetto si è realizzato nel diritto romano. Scegliere un simile punto di vista equivale ad ipostatizzare la categoria dell'invalidità, facendo di essa uno schema ideale ravvisabile (...) in ogni tipo di ordinamento, e limitandosi a storicizzare le forme esteriori in cui si esprimerebbe tale categoria”³².

Sul tema vi è poi l'importante apporto di Savigny, che allarga il quadro riferendo il concetto di 'Ungültigkeit' non più soltanto al negozio giuridico ma a tutte le fattispecie giuridiche ('juristische Thatsachen') ed identificando il problema dell'invalidità con quello dell'inefficacia³³.

Ciò induce ad una maggiore attenzione ai singoli casi fuoriuscendo dalla visione astratta ed unificante dell'invalidità, cui si collegherà anche l'analisi critica nei confronti delle categorie soverchiamente astrattizzanti dello

³⁰ Su questo punto si leggano le interessanti osservazioni di M. Brutti, *Invalidità (storia)*, in “*Enciclopedia del diritto*” XXII, Milano 1972, 560 n. 4.

³¹ Mi riferisco a O. Gradenwitz, *Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887.

³² M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 564.

³³ Cfr. F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, 536 (trad. It., *Sistema del diritto romano attuale*, IV, 610): “Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, dass zuvörderst eine Übersicht der wichtigsten unter den juristischen Thatsachen gegeben, dann aber von den Hemmungen ihrer Wirksamkeit, oder von den Arten und Graden ihrer Ungültigkeit, gehandelt werden sollte”. Su queste basi programmatiche si è svolta l'ampia ricerca terminologica di F. Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der juristischen Thatsachen*, 1902, 380-428; 1903, 50-121; Id., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*. L'impostazione di Savigny non viene invece considerata di particolare rilievo da S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 2-3.

Schlossmann³⁴.

All'esito di queste brevi notazioni emerge quindi quella tendenza astrattizzante tipica delle categorie pandettistiche, che costituisce una di quelle 'superfetazioni' moderne da cui bisogna liberarsi per una corretta lettura in chiave storica delle fonti romane³⁵.

3. Fritz Schulz e l' 'Isolierung' del diritto romano.

Proseguendo nell'intrapresa opera 'demistificante' occorre, a questo punto, prendere in considerazione il pensiero dell'importante romanista Fritz Schulz, che rileva qui sotto un duplice profilo.

Innanzitutto la sua 'History of Roman Legal Science', edita ad Oxford nel 1946, costituisce l'unico studio volto alla ricostruzione della giurisprudenza romana, globalmente considerata, nell'ambito della Romanistica del Novecento e la sua influenza è stata davvero notevole in questo settore.

Pur essendo un lettore di Max Weber, Schulz mostra a pieno in quest'opera quella completa rinuncia alla storicizzazione in totale adesione al programma seguito dalla tradizione romanistica, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.

³⁴ Si veda S. Schlossmann, *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig 1874. Su quest'opera utili le chiare e sintetiche considerazioni di M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 563-564.

³⁵ Si tratta fondamentalmente di adottare un'impostazione 'umanistica' nei confronti dei testi giuridici classici, consistente in una ben precisa 'coscienza storica' che si risolve sostanzialmente nel distanziare l'oggetto di studio da sé e nel collocarlo nel suo tempo. In ciò sta la principale differenza con le concezioni tipicamente 'medievali'. Si leggano in proposito le illuminanti pagine di E. Garin, *L'umanesimo italiano*, Bari 1964², 21-24.

Infatti “tutta la ‘Sociologia del diritto’ di *Economia e società* è costruita intorno alla connessione tra sviluppo delle tecniche giuridiche in senso ‘formale’ e ‘razionale’, trasformazioni del potere politico e mutamenti delle strutture economiche: si definiva un campo di ricerca integrato fra teoria (e storia) giuridica, sociologia del potere politico e analisi economica estremamente significativo dal punto di vista dei presupposti teorici e delle potenzialità storiografiche. (...) Lontanissimo da Weber quanto più sembrava riprenderlo, Schulz metteva in scena una storia semplificata e sconcertante, pietrificata nell’esame estrinseco dei generi letterari (...) vincolata com’era ai miti della tradizione romanistica fra Otto e Novecento: l’idea del ‘classico’, coltivata attraverso l’esercizio di una devastante critica interpolazionistica, e il pregiudizio circa l’assoluta indistinguibilità delle personalità dei singoli autori ricordati nei *Digesta*”³⁶.

Oltre a ciò il nome di Schulz è legato anche alla c.d. ‘Isolierung’, che egli ha enucleato tra i principi propri del diritto romano nel celebre omonimo volumetto³⁷, vale a dire la ritenuta attitudine all’isolamento’ del proprio oggetto come caratteristica intrinseca alla giurisprudenza romana.

Mi riferisco alla celebre enunciazione della scienza giuridica romana come ‘Scheidkunst’³⁸ e a tutte le varie declinazioni analitiche del principio.

In primis, la separazione del diritto dal non-diritto, con il correlato silenzio da parte dei primi romani circa gli obblighi extragiuridici e la loro mancata

³⁶ A. Schiavone, *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*, 33.

³⁷ Si tratta di F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, 13-26 (trad. it., a cura di V. Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze 1946, 16-33).

³⁸ Così F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 13.

valutazione del diritto nell'ottica della politica economica³⁹.

Poi, la separazione del diritto sacro dal profano⁴⁰, del diritto pubblico dal privato⁴¹ e financo all'interno dello stesso diritto privato, con l'affermata aderenza della giurisprudenza al punto di vista proprio dell'Urbe⁴².

Ora a questa ricostruzione, così sapientemente articolata, è possibile muovere, a mio avviso, due ordini di rilievi, che mirano a restituire credito ad una visione 'integrata' del fenomeno giuridico romano nel quadro storico-sociale in cui si situa.

Innanzitutto, già da un punto di vista testuale "il sistema romano antico, sia precristiano sia cristiano, non conosce l'"isolamento' del diritto rispetto alla morale e alla religione. La giurisprudenza è *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*; il diritto pubblico consiste *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*; la *erga deum religio* è compresa, come primo esempio, nel diritto delle genti (Ulpiano *D. 1, 1, 10, 2*; Pomponio *D. 1, 1, 2*)⁴³.

La concezione di Schulz è però particolarmente insidiosa anche sotto un altro profilo, nel senso cioè che l'affermata recisa separazione del diritto in senso 'specializzante' mette sì in luce un tratto assolutamente peculiare dell'esperienza giuridica romana nel quadro delle culture antiche ma, nel

³⁹ Cfr. F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 14-17 (trad. it., *I principii del diritto romano*, 17-22).

⁴⁰ Si veda F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 18 (trad. it., *I principii del diritto romano*, 22).

⁴¹ Si legga F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 19 (trad. it., *I principii del diritto romano*, 23).

⁴² In tal senso F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 22-23 (trad. it., *I principii del diritto romano*, 28-29).

⁴³ P. Catalano, *Diritto e persone*, I, VIII-IX.

contempo, contribuisce a renderlo del tutto impermeabile ad un'esegesi autenticamente storicizzante.

Detto in altri termini, il rischio latente mi sembra quello di sacrificare la storia al sistema così enucleato, portando ulteriore acqua al mulino di quella visione antistorica, a lungo invalsa, del diritto romano come paradigma perfetto, fuori del tempo, quasi 'una verità intemporale'⁴⁴.

A guardar bene, infatti, "la storia giuridica è stata guidata, nel suo lungo cammino, dal 'concetto' del diritto: non una nozione elastica, provvisoria e strumentale per orientare la ricerca, ma una categoria precisa e vincolante, un'idea da ripercorrere attraverso i secoli e i millenni"⁴⁵. Il diritto romano, 'codificato' da Giustiniano, si è così affrancato dal mondo che lo aveva espresso ed ha assunto una nuova veste nelle idealizzazioni dei suoi interpreti.

Ciò chiarito, è necessario allora, per così dire, restituire il diritto romano alla storia, con la consapevolezza che il contesto socio-culturale di un'epoca non può che connotare anche i concetti giuridici. Proprio di questo intendo offrire una specifica dimostrazione di qui a breve con riguardo al tema oggetto di questa disamina, e cioè la nullità.

Ed in questo senso ritengo di condividere le conclusioni cui perveniva Arnaldo Momigliano quando, in un convegno del 1963, immaginava di celebrare "un avvenimento storico di qualche importanza, la fine della storia del diritto

⁴⁴ L'espressione è di Mario Bretone (cfr. M. Bretone, *Il diritto a Roma*, in M. Bretone e M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari 1994², 103).

⁴⁵ M. Bretone, *Il diritto a Roma*, 103.

come branca autonoma della ricerca storica”⁴⁶.

Non si tratta, ovviamente, di adottare un approccio ‘totalizzante’ alla materia in esame, in quanto è chiaro che la descrizione storica, come ogni trattazione scientifica, è necessariamente selettiva e che quindi, sulle orme di Popper, ogni tentazione olistica si rivela da ultimo infruttuosa⁴⁷. La totalità, al limite, va intesa come un criterio regolativo, “vale come una *tensione*, mai come un’*acquisizione*”⁴⁸.

Si tratta, più semplicemente, del tentativo di cogliere un fenomeno storicamente dato nella pienezza del suo significato ora per allora.

4. Hans Kelsen e la dottrina pura del diritto.

La teorica della ‘dottrina pura del diritto’, elaborata da Hans Kelsen nella prima metà del secolo scorso, costituisce una delle riflessioni più rilevanti nell’ambito della teoria generale del diritto in questi ultimi cinquant’anni⁴⁹.

Tale posto d’onore è dovuto principalmente a due ordini di motivi: innanzi tutto all’originalità dell’impianto concettuale che la sorregge e poi al grande

⁴⁶ A. Momigliano, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in “*La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*”, Firenze 1966, 21, ora in Id., “*Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*”, I, Roma 1966, 285.

⁴⁷ Mi riferisco a K.R. Popper, *The Poverty of Historicism*, London-Henley 1961³, 77.

⁴⁸ P. Rossi, *Storia e filosofia. Saggi sulla storiografia filosofica*, Torino 1969, 229-230.

⁴⁹ Le opere principali sul tema sono H. Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien 1934 (trad. it., a cura di R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952) e Id., *General Theory of Law and State*, Cambridge 1945 (trad. it., a cura di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952).

influsso che essa ha esercitato nel dibattito fra gli specialisti e, tra questi, non soltanto tra i filosofi del diritto ed i cultori di teoria generale.

Proprio per questo è stata annoverata tra le più rilevanti “incrostazioni concettuali accumulate negli ultimi due secoli sul concetto romano di *ius*”⁵⁰.

Intendo trattarne ora, giustapponendola nell’esposizione all’illustrazione della tesi dell’*‘Isolierung’* di Schulz, in quanto anche la dottrina di Kelsen può essere considerata, sia pure da un angolo visuale diverso e più generale, eminente espressione di una medesima *‘Weltanschauung’* della fenomenologia giuridica, intesa in un senso marcatamente isolazionistico, specializzante ed astrattizzante.

Giova a questo punto tracciare succintamente le linee guida dell’impostazione kelseniana per considerarne poi alcune significative ricadute che più specificamente toccano il tema qui in esame.

Innanzitutto, la *‘dottrina pura’* deve essere inquadrata come un “vasto tentativo, consapevolmente impegnato al sistematico conseguimento di rigore ed autocoerenza, di ripensare tutto il fenomeno giuridico in funzione di certi generali presupposti metodologici e filosofici”⁵¹.

Centrale e preliminare ad un tempo è in quest’ambito il concetto della *‘purezza’*.

La giurisprudenza è infatti scienza del diritto, ovvero delle norme giuridiche, ed il suo scopo deve essere quello di una conoscenza protesa esclusivamente al suo oggetto e scevra da qualsiasi incursione estranea a

⁵⁰ P. Catalano, *Diritto e persone*, I, VII n. 1.

⁵¹ F. d’Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *“Studi in memoria di Tullio Ascarelli”*, Milano 1969, 247 n. 3.

questo, che provenga dalle scienze naturali come dalla filosofia, dalla politica come dalla sociologia⁵².

La giurisprudenza si occupa pertanto del 'Sollen' e non del 'Sein', è una 'Normwissenschaft' e non già una 'Tatsachenwissenschaft'⁵³. Le norme sono schemi qualificativi, che permettono di interpretare le azioni umane alla stregua dei parametri del dovere o del lecito e dell'illecito⁵⁴.

Apparentemente le norme si presentano come comandi o imperativi, da intendere però in senso impersonale e de-psicologizzato⁵⁵. Unici loro destinatari sono poi gli esseri umani ed i loro comportamenti, dato che '*omne ius hominum causa constitutum est*'⁵⁶.

In quest'ottica il soggetto di diritto, con un enunciato solo in apparenza paradossale, è un gruppo di norme, un ordinamento giuridico particolare, una 'Teilrechtsordnung', una sottoclasse differenziata nell'insieme di tutte le norme⁵⁷.

La persona fisica, pertanto, non è l'uomo ma corrisponde all'uomo, dal momento che "l'uomo non è un concetto giuridico, ma un concetto psicologico-biologico, non esprime nessuna unità data per il diritto o per la conoscenza del

⁵² Cfr. H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 25.

⁵³ Si veda sul punto, a titolo esemplificativo, H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 31-32 e Id., trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 166-167.

⁵⁴ *Exempli gratia* si consideri H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 26 ss. e Id., trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 3, 30 ss..

⁵⁵ Su questo aspetto cfr. H. Kelsen, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 30 ss..

⁵⁶ Si tratta di un profilo di rilievo su cui, in particolare, H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 46, 65-67 e Id., trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 96, 98, 101.

⁵⁷ Cfr. su questo punto H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 65 ss. e Id., trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 93 ss..

diritto (...) il concetto giuridico di persona o di soggetto di diritto esprime solo l'unità d'una pluralità di obblighi e di diritti, cioè l'unità d'una pluralità di norme che stabiliscono obblighi e diritti. La persona fisica corrispondente all'uomo singolo è la personificazione, cioè l'espressione unitaria personificata, delle norme che regolano il comportamento di un uomo"⁵⁸.

In modo analogo, ed in perfetta simmetria, anche la persona giuridica viene definita non già come un 'Übermensch' e nemmeno come un ceto organizzato di uomini, bensì come una 'Teilrechtsordnung'. Questa comprende le norme che riguardano un determinato gruppo di individui, ai quali da ultimo vengono imputate le prescrizioni normative apparentemente indirizzate alle persone giuridiche attraverso il cosiddetto meccanismo dell'imputazione in due tempi⁵⁹.

Così succintamente ricordati i tratti salienti della celeberrima teoria kelseniana, occorre adesso soffermarsi sulle ragioni che presiedono ad una configurazione siffatta, con particolare riferimento alla nozione di soggetto di diritto 'spiritualizzata' nei termini di cui si è or ora dato conto.

Innanzitutto, vi è la preliminare e fondamentale concezione della purezza del diritto che, in quanto declinata su basi esclusivamente normative, non può che risolvere in un tutt'uno diritto e soggetto di diritto.

Strettamente correlata a ciò è l'intenzione di superare le implicazioni, ideologicamente orientate, della dogmatica tradizionale. Mi riferisco alla concezione che accomuna soggetto di diritto e diritto soggettivo, di impronta

⁵⁸ H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 64-65.

⁵⁹ Su questo aspetto si veda H. Kelsen, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 101 e 348.

marcatamente individualista e giusnaturalista, come emanazione dell'innata libertà dell'individuo e dell'intangibilità della sua proprietà nei confronti dell'autorità ordinamentale pubblica.

La contrapposizione tra diritto e soggetto di diritto non sarebbe dettata, pertanto, da un'esigenza concettuale ma rivelerebbe reconditi motivi ideologici e così avverrebbe per altri celebri dicotomie (diritto positivo vs naturale; diritto pubblico vs privato; diritto soggettivo vs oggettivo; diritto e Stato)⁶⁰.

Kelsen mette poi in evidenza la tendenza, sovente avvertita, ad ipostatizzare il concetto di soggetto di diritto, ad affermare cioè sempre e comunque l'esistenza di un *quid* che abbia le qualità predicategli dalle norme. In realtà il soggetto di diritto non ha ma è certi diritti e doveri, è un gruppo di situazioni giuridiche riunificate con caratteristiche comuni⁶¹.

Ciò detto, non è necessario in questa sede rammentare le critiche puntualmente e convincentemente formulabili nei riguardi di una siffatta ricostruzione⁶².

Quello che più mi preme sottolineare adesso è piuttosto il dato essenziale che se ne ricava: la completa 'spiritualizzazione' del fenomeno giuridico, astratto da tutto ciò che non è pura norma, donde anche il nome di

⁶⁰ Sul punto cfr. H. Kelsen, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, 54 ss., 68-69, 108 ss., 112; Id., trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 12-13 (e, in appendice, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, trad. it., 426 ss.).

⁶¹ Per questo aspetto si consideri H. Kelsen, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 93-94 e Id., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht)*, Tübingen 1928², 205 ss..

⁶² Per una chiara ed acuta sintesi al riguardo si veda F. d'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, 249-262.

normativismo, che è stato coniato *ad hoc*.

Scendendo ora dal generale al 'particolare', degno di nota è che un insigne commercialista come Tullio Ascarelli abbia fatto esplicito rinvio alla tesi kelseniana, specificamente per quanto attiene alla sua teoria della personalità giuridica delle società⁶³.

Nei suoi scritti in argomento, infatti, Ascarelli propone una profonda revisione concettuale sostenendo di intendere per 'persona giuridica' un'espressione compendiante una determinata normativa, sulla premessa che veri e propri soggetti dell'ordinamento sono soltanto gli uomini.

Su questa tesi, e sui reali rapporti tra il grande commercialista e le posizioni di Kelsen, non è qui il caso di soffermarsi⁶⁴.

Mi interessa invece evidenziare come la distinzione qui prospettata tra persona fisica e giuridica rientri in una più ampia dicotomia concettuale teorizzata ed applicata più volte dall'ultimo Ascarelli: quella tra fattispecie e normativa.

In quest'ottica la prima sarebbe preordinata a classificare o, per usare una locuzione ascarelliana, a 'ricostruire tipologicamente' la realtà cui le regole si applicano e di cui costituiscono, quindi, il necessario ed esterno presupposto. La normativa detterebbe invece le *regulae iuris*, servirebbe cioè a tipicizzare una certa caratteristica disciplina. 'Tipologia sociale' vs 'normativa giuridica'

⁶³ In argomento gli studi principali di Ascarelli sono: *Riflessioni in tema di titoli azionari, Personalità giuridica e società tra società*, in "Banca, borsa e titoli di credito", I, 1952, 385-427; *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in "Rivista di diritto commerciale", I, 1954, 245-270; *Personalità giuridica e problemi delle società*, ora in T. Ascarelli, "Problemi giuridici", I, Milano 1959, 233-316.

⁶⁴ Su tutto ciò cfr. la convincente messa a punto di F. d'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, 246.

dunque.

Ebbene su questa bipartizione Ascarelli, nel contesto di un articolo in tema di titoli di credito, fonda e teorizza la distinzione tra inesistenza e nullità.

Da ciò è sorta una vivace *querelle* con Francesco Carnelutti, con scambio dialettico sulla 'Rivista di diritto processuale' intorno alla metà degli anni cinquanta⁶⁵.

Secondo Ascarelli, infatti, i due concetti andrebbero distinti e sarebbero coincidenti solo negli effetti. "(...) con nullità ci riferiamo ad una sanzione dettata dalla norma in relazione a una fattispecie che, perché possa cadere sotto la sanzione della norma, si suppone perciò esistente. Pertanto con esistenza o inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie (o di quelle qualificazioni di questa) alla quale si riferisce la norma, mentre con nullità ci riferiamo alla sanzione dettata dalla norma data l'esistenza o l'inesistenza di determinate qualifiche della fattispecie. (...) con la nullità ci riferiamo dunque alla disciplina degli effetti della fattispecie; con esistenza o inesistenza alla ricorrenza o non ricorrenza della fattispecie o di determinato elemento"⁶⁶.

Carnelutti, invece, si oppone decisamente a questa scissione di matrice, come già ricordato *supra*, kelseniana.

"Il vero è che al diritto la 'tipologia sociale' non interessa fino a che il tipo sociale non è assunto in una norma giuridica, del quale va a costituire la

⁶⁵ La disputa prese le mosse da T. Ascarelli, *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V libro IV del nostro codice*, in "Banca, borsa e titoli di credito", 1954, 372 n. 6. Le osservazioni critiche di Carnelutti in F. Carnelutti, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in "Rivista di diritto processuale", X, I, 1955, 208-211. La replica di Ascarelli in T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità*, in "Rivista di diritto processuale", XI, I, 1956, 61-65.

⁶⁶ T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità*, 62-63.

fattispecie, ossia fino a che la ‘tipologia sociale’ non diventa ‘tipologia giuridica’⁶⁷.

E ciò perché la norma giuridica consta di due parti, *fattispecie* e *statuizione*. “La normativa (...) non è qualcosa di distinto dalla *tipologia*; essa è costituita da due membri, che sono come la testa e la croce di una moneta: da una parte il tipo, dall’altra la *statuizione*. Pertanto il vizio dell’atto consiste sempre in un difetto di coincidenza tra il fatto reale e il tipo sociale assunto dalla legge come *fattispecie*. (...) Di *inesistenza*, in senso giuridico, non si può parlare se non in quanto ci si riferisca a uno dei requisiti, che costituiscono la *fattispecie*; all’*inesistenza* del requisito corrisponde la nullità dell’atto, ossia il non avveramento dei suoi effetti giuridici”⁶⁸.

Ecco quindi come l’astrattismo ‘normativizzante’ kelseniano, filtrato e rielaborato da Ascarelli, abbia inciso in modo rilevante sul tema principale oggetto di questa disamina. L’esito è la teorizzazione di una nullità completamente ‘giuridicizzata’ e sganciata dai suoi presupposti di applicabilità (i.e. dalla *fattispecie*).

In realtà, per correttezza e completezza, non occorre trascurare che la rilevanza logica della distinzione, a fronte dell’identità sotto il profilo effettuale, assume soprattutto un’importanza pratica in sede applicativa: “questa risulta evidente quando (ed ecco perché il problema è sorto con riferimento ad alcuni istituti prima di proporsi in via generale) la legge prevede solo ipotesi di ‘annullabilità’ o impugnabilità o quando, menzionando la legge accanto

⁶⁷ F. Carnelutti, *Inesistenza dell’atto giuridico?*, 209.

⁶⁸ F. Carnelutti, *Inesistenza dell’atto giuridico?*, 210.

all'annullabilità specifici casi di nullità, l'interprete debba domandarsi come disciplinare ipotesi che non possono rientrare nella prima categoria e che la lettera della legge non permette far entrare nella seconda. Acquisterà allora appunto rilevanza il preliminare accertamento della stessa esistenza della fattispecie o delle sue qualifiche⁶⁹. Il riferimento è soprattutto alle delibere assembleari di società per azioni e condominiali.

E ciò sulla scia soprattutto della tradizione francese che, formatasi sull'esegesi del 'Code Napoléon', aveva enunciato il principio 'pas de nullité sans texte'. Com'è noto, infatti, quel codice conosceva solo ipotesi di nullità testuali sicché la dottrina d'oltralpe aveva avvertito l'esigenza di enucleare un *tertium genus* per i casi di violazioni di legge non oggetto di specifica comminatoria⁷⁰.

Tirando le fila sin qui dipanate mi sembra chiaro, quindi, che sia la tradizione dogmatica francese, sviluppatasi peraltro sulla base di un codice fortemente pervaso dal diritto romano⁷¹, sia il pensiero di Ascarelli, con le sue

⁶⁹ T. Ascarelli, *Inesistenza e nullità*, 62.

⁷⁰ Sul punto si veda S. Tondo, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in "Novissimo Digesto Italiano" VIII, Torino 1962, 996 e R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, 346 ss..

⁷¹ Si consideri ad esempio il caso della *stipulatio alteri*. Sul punto il 'Code Napoléon' affermava il principio generale della relatività delle convenzioni, salva la possibilità di stipulare a favore di un terzo nei soli casi 'romani' enunciati dall'art. 1121. Cfr. gli artt. 1165 ('Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévue par l'art. 1121'), 1119 ('On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nome, que pour soi-même') e 1121 ('On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter'). I casi enunciati nell'art. 1121 del 'Code Napoléon' sono di evidente derivazione romana: rispettivamente la *stipulatio poenae* di D.45.1.38.17 (*Ulpianus libro quadragesimo nono ad Sabinum*) e la donazione modale di C.8.54(55).3 (*Diocletianus et Maximianus*, a.290).

matrici kelseniane apertamente dichiarate, rivelino con la scissione tra nullità ed inesistenza un approccio che risente fortemente di quelle tendenze 'strumentalizzanti' ed 'astrattizzanti' *sub specie iuris* che si è cercato fin qui di evidenziare.

5. Un nuovo approccio alla tematica della nullità in diritto romano: 'visione storica' e 'visione integrata' ("Ὁμηρον ἐξ Ὁμήρου σαφηνίζειν).

Una volta evidenziate, nei paragrafi precedenti, le linee fondamentali di alcune delle più significative stratificazioni concettuali che connotano la visione moderna *sub specie iuris* in generale e con particolare riguardo allo specifico tema qui in esame, occorre a questo punto avviare il discorso per quanto concerne il diritto romano.

Nel farlo è necessario, però, spendere preliminarmente alcune considerazioni di carattere metodologico, in quanto la prospettiva che intendo adottare per affrontare, in particolare, la problematica della nullità romana è, almeno a quanto mi risulta finora, inusitata nel panorama romanistico.

A grandi linee, infatti, la non particolarmente copiosa, eppur pregevole, letteratura sull'argomento ha affrontato il tema in oggetto ora con accurate ricerche terminologiche⁷², ora con rassegnate ed un po' epidermiche

⁷² Mi riferisco ai lavori di F. Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der juristischen Thatsachen*, 1902, 380-428; 1903, 50-121 e Id., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*.

costatazioni ricognitive della plurivocità presente nelle fonti⁷³, ora, e da ultimo, con acuti tentativi di sintesi ma sempre con esclusivo riguardo alle fonti prettamente giuridiche con implicito ma patente ossequio ad una loro presunta 'autarchia' per la retta semantica del sistema⁷⁴.

La mia idea in proposito è semplice ma radicalmente diversa: in sintesi ritengo imprescindibile per una corretta comprensione della nullità romana inquadrarla nell'ambito del più ampio contesto 'culturale' del mondo ellenistico-romano⁷⁵.

Occorre dilatare l'orizzonte di riferimento assecondando, peraltro, una tendenza, quella del ritorno alle grandi sintesi storiografiche, sensibilmente ravvisabile nel panorama dell'antichistica in questi ultimi anni.

Induce a ciò "una diffusa stanchezza verso l'attuale eccessiva specializzazione, una certa insofferenza verso la ristrettezza di orizzonti e di prospettive che appare connotare settori cospicui dell'attuale antichistica (...) un provvido antidoto contro quella che Giorgio Pasquali ebbe a chiamare la 'micrologia' erudita"⁷⁶.

In termini più schiettamente epistemologici si può dire che è necessario

⁷³ Tra questi si segnalano B. Windscheid, trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, 265 n. 2, che criticava l'uso non 'streng' delle espressioni romane *nullum, nullius momenti* rispetto alla corrispondente espressione tedesca 'Nichtigkeit'; V. Scialoja, *Negozi giuridici*, 233, che considerava arbitraria la terminologia romana; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 246, secondo cui i giuristi romani mancherebbero di rigore sistematico.

⁷⁴ In quest'ambito S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*; M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 560-575; A. Masi, *Nullità (storia)*, 859-866.

⁷⁵ Su quest'ultimo aspetto di contesto cfr. le argomentazioni sviluppate *infra* nel settimo paragrafo di questo capitolo.

⁷⁶ M. Mazza, *Introduzione a M.I. Rostovtzeff, Per la storia economica e sociale del mondo ellenistico-romano. Saggi scelti (a cura di Tommaso Gnoli e John Thornton)*, Catania 1995, XII.

mutare il 'paradigma', dal momento che, come è noto, la ricerca scientifica non procede soltanto per accumulo di indagini settoriali (la cosiddetta 'scienza normale' nell'ottica di Thomas Kuhn) ma soprattutto per cambiamenti radicali di 'paradigma', e cioè del quadro generale di riferimento⁷⁷.

Ciò chiarito in linea generale, occorre, a questo punto, considerare che questo nuovo 'paradigma' si compone di due aspetti coesenziali: 'visione storica' e 'visione integrata'.

Innanzitutto, come già accennato in precedenza, nell'affrontare un argomento di diritto romano, o comunque del passato, occorre avere ben chiaro il cosiddetto 'principio dell'alterità', e cioè la consapevolezza che il mondo antico ellenistico-romano è 'altro' dal nostro in quanto presenta caratteri culturali profondamente diversi. "Riconoscendo queste differenze, ci si può liberare da false verità e da dannose ovvietà"⁷⁸.

Una prospettiva direi quindi 'umanistica' nei confronti del mondo classico, nel senso brillantemente illustrato da Eugenio Garin. Questi, come è noto, ha ravvisato la cifra caratteristica dell'Umanesimo italiano del XV secolo in una ben precisa 'coscienza storica', consistente nell'esatta comprensione dell'alterità dei classici, nel distanziarli dal presente e nel collocarli nel loro tempo, contrariamente a come si era proceduto nel Medioevo⁷⁹.

⁷⁷ Alludo qui alla celebre impostazione epistemologica di T. Kuhn, trad. it. a cura di A. Carugo, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino 1978⁴ (cfr. anche l'importante *Postscriptum*, 209-251).

⁷⁸ L.E. Rossi, *Letteratura greca*, Firenze 1998.

⁷⁹ Mi riferisco sul punto a E. Garin, *L'umanesimo italiano*, 21-24; con specifico riguardo al mondo greco, si vedano le incisive riflessioni di B. Snell, trad. it. a cura di V. Degli Alberti e A. Solmi Marietti, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, Torino 1963, 9, 14.

Per tentare di comprendere correttamente un fenomeno del passato occorre allora evitare qualsiasi proiezione del presente, e delle sue categorie, all'indietro nel tempo in chiave assolutizzante, dal momento che il pensiero, in tutte le sue espressioni, "è qualcosa di storicamente 'divenuto', e ciò più di quanto comunemente si pensi"⁸⁰.

Un esempio particolarmente indicativo di ciò può essere quello della storia nel mondo greco-romano.

Qui l'esigenza di distinguere il vero dal falso, considerata oggi una delle 'regole del gioco' storiografico⁸¹, ha condotto molti a ritenere Tucidide o Polibio, i cui metodi storici vengono avvertiti come più vicini ai nostri, i modelli alla stregua dei quali valutare la produzione storiografica antica.

In realtà la situazione nel mondo antico era assai più complessa, attesa la labilità del confine tra quella che oggi chiameremmo storia 'critica' e storia 'narrativa', la sua vicinanza ai generi dell'oratoria e della poesia attestata da espressioni come *opus oratorium maxime* e *carmen solutum* di Cicerone e Quintiliano, nonché l'espressa affermazione della mancanza di autonomia teoretica del γένος ἱστορικόν da parte dello scettico Sesto Empirico (II-III sec. d.C.), che parlava in proposito di ἀμέθοδος ὕλη⁸².

⁸⁰ B. Snell, trad. it., *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, 9. In generale sulla tematica cfr. tutta la densa *Introduzione*, 9-18.

⁸¹ L'espressione è di A. Momigliano, *Le regole del giuoco nello studio della storia antica*, *Introduzione* a Id., *Introduzione bibliografica alla storia greca fino a Socrate*, Appendice a G. De Sanctis, *Storia dei Greci*, Firenze 1975, 1-12 (= "Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa", III, 4, 1974 [1975], 1183-1192), ora in Id., "Sesto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico", I, Roma 1980, 13-22.

⁸² Sul tema cfr. soprattutto i due saggi di Mario Mazza, con ricco corredo bibliografico, *Storia, pseudo-storia e narrativa in età imperiale* e *Historia fabularis. Le relazioni pericolose di Clío*

In sintesi penso che possa compendiare assai bene quanto esposto finora la celebre espressione che costituiva il programma metodologico del grande filologo alessandrino Aristarco di Samotracia:

“Ὅμηρον ἔξ’ Ὀμήρου σαφηνίζειν⁸³”

Venendo ora al secondo aspetto surriferito del ‘paradigma’ qui adottato, e cioè la ‘visione integrata’, c’è da dire che in favore dell’inquadramento dello *ius* nell’ambito del più ampio contesto ‘culturale’ del mondo ellenistico-romano, in chiave quindi anti-isolazionistica, militano, a mio avviso, due ordini di argomenti: il primo di carattere strettamente filologico-testuale, il secondo di tipo linguistico-strutturale.

Quanto al primo, occorre innanzi tutto considerare un importante passo di Aulo Gellio, erudito poligrafo del II sec. d.C., autore delle *Noctes Atticae*, un’autentica e preziosissima miniera di informazioni sui più disparati argomenti del periodo coevo all’autore e anche più antichi:

‘Qui verba Latina fecerunt quique his probe usi sunt, ‘humanitatem’ non id esse voluerunt quod volgus existimat quodque a Graecis φιλανθρωπία dicitur et

nella Tarda Antichità, ora raccolti in M. Mazza, Il vero e l’immaginato. Profezia, narrativa e storiografia nel mondo romano, Roma 1999, 81-125 e 127-150.

⁸³ In proposito B. Snell, trad. it., *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, 19, osserva: “Con Aristarco, il grande filologo alessandrino, si è stabilito un principio fondamentale per l’interpretazione della lingua omerica: quello di evitare di tradurre i vocaboli omerici secondo il greco classico e di cercare di sottrarsi, nell’interpretazione della lingua omerica, all’influenza delle forme più tarde della lingua. Principio questo, dal quale noi possiamo attenderci un utile ancor maggiore di quanto non si aspettasse Aristarco. Se interpretiamo Omero attenendoci puramente alla sua lingua, potremo dare anche una interpretazione più viva e originale della sua poesia e far sì che le parole omeriche, intese nel loro vero significato, riprendano l’antico splendore. Il filologo, come il restauratore di un quadro antico, potrà ancor oggi scrostare in molti punti quell’oscura patina di polvere e di vernice che i tempi vi hanno depositato e ridare così ai colori quella luminosità che avevano al momento della creazione”.

*significat dexteritatem quandam benivolentiamque erga omnis homines promiscam, sed 'humanitatem' appellaverunt id propemodum quod Graeci παιδείαν vocant, nos eruditionem institutionemque in bonas artis dicimus. Quas qui sinceriter cupiunt adpetuntque, ii sunt vel maxime humanissimi. Huius enim scientiae cura et disciplina ex universis animantibus uni homini data est idcircoque 'humanitas' appellata est*⁸⁴.

Il tema è quello del significato da attribuire alla parola *humanitas*. L'autore rigetta in proposito l'accezione 'volgare', affine al greco φιλανθρωπία, ed accoglie invece quella che la assimila alla παιδεία greca, e cioè 'eruditionem institutionemque in bonas artis'.

Ora è interessante notare che l'unica definizione di *ius* in nostro possesso è quella attribuita da Ulpiano al giurista Celso nel primo frammento dei 'Digesta' ('*ius est ars boni et aequi*')⁸⁵.

La parziale identità *ad verba* con la definizione gelliana di *humanitas*, corroborata vieppiù dalla quasi coevità dei rispettivi autori, consente di ritenere lo *ius*, in quanto *ars boni*, ricompreso letteralmente nelle *bonae artis* la cui *institutio* costituisce l'*humanitas*.

Non solo. Tale assunto è ancora di più confermato dal prosieguo del medesimo frammento di Ulpiano, e del successivo di Pomponio nell'ordine sistematico dei 'Digesta', là dove si assimila lo *ius* alla vera *philosophia* ed alla *erga deum religio*, al punto da far considerare i giuristi, a detta di alcuni,

⁸⁴ Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XIII 17, 1.

⁸⁵ Si tratta di D.1.1.1.pr. (*Ulpianus libro primo institutionum*): '*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*'.

*sacerdotes*⁸⁶.

Sempre nell'ottica della 'visione integrata' vi è poi, come detto, un altro importante argomento, quello linguistico-strutturale, di meno immediata evidenza ma ugualmente significativo, che costituisce un'importante indicazione metodologica nell'ambito del 'paradigma' prescelto.

Il diritto, infatti, attiene alla linguistica in quanto fatto di comunicazione, come ogni fenomeno legato al peculiare 'segno' della parola.

Tale notazione, in apparenza banale, in realtà non lo è tanto se si considera che su questa premessa è possibile ricorrere proficuamente ad alcuni strumenti e schemi di grande utilità approntati dai linguisti.

E' quello che mi accingo a fare ora con l'illustrazione del modello generale della comunicazione proposto dal grande linguista russo Roman Jakobson⁸⁷, proponendone l'applicazione, per la prima volta a quanto mi risulta, anche al campo giuridico.

6. Il modello generale della comunicazione elaborato da Roman Jakobson.

Dall'inquadramento del diritto come fatto di comunicazione, in quanto fenomeno legato alla parola, deriva, come detto, l'applicabilità ad esso degli

⁸⁶ Cfr. in proposito D.1.1.1.1 (*Ulpianus libro primo institutionum*): '*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*' e D.1.1.2 (*Pomponius libro singulari enchiridii*): '*Veluti erga deum religio: ut parentibus et patriae pareamus*'.

⁸⁷ Il modello viene illustrato da Roman Jakobson nel suo famoso saggio *Linguistica e poetica*, ora in "Saggi di linguistica generale", Milano 2002, 181-218 (già in Th.A. Sebeok [Ed.], *Style and Language*, New York-London 1960, 350-377).

schemi teorici elaborati dalla linguistica contemporanea.

Tra questi si distingue per chiarezza e funzionalità il modello elaborato dal linguista russo Roman Jakobson, insigne esponente della corrente strutturalista del xx secolo, di cui intendo avvalermi per la sua caratterizzazione marcatamente sostanzialista e per la particolare centralità che in esso assume l'aspetto della contestualizzazione del fenomeno linguistico⁸⁸.

A quanto mi risulta è la prima volta che questo schema teorico viene applicato alla fenomenologia giuridica ma penso che le premesse teoriche, peraltro irrefutabili, da me evidenziate ne giustifichino pienamente l'impiego⁸⁹.

Il linguaggio, sostiene Jakobson, deve essere studiato in tutta la varietà delle sue funzioni, che vengono assolve dai corrispondenti fattori costitutivi di ogni processo linguistico.

Questo muove da un MITTENTE che indirizza un MESSAGGIO ad un DESTINATARIO. La comunicazione si situa in un CONTESTO (la realtà che attornia i protagonisti) attraverso un CONTATTO (la voce o la scrittura) per mezzo di un CODICE (ossia un complesso di norme familiari, in linea di

⁸⁸ Sulla figura e sul pensiero di R. Jakobson in generale cfr. la chiara *Introduzione* di Luigi Heilmann in R. Jakobson, "Saggi di linguistica generale", VII-XXV.

⁸⁹ In realtà, al di là di alcune dichiarazioni di principio, l'analisi giuridica condotta secondo i canoni della scienza linguistica non ha avuto molto seguito in Italia come all'estero. Un filone è stato quello dell'applicabilità alla giurisprudenza dei criteri propri della filosofia analitica novecentesca, a partire dal fondamentale saggio di N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" IV, 1950, 342-367. Anche in questo caso, però, in seguito "le discussioni, per quanto vive (per un primo bilancio v. per tutti Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953, p. 25 e ss.), si sono tenute di solito sul piano della questione astratta di metodo, piuttosto che scendere a saggiare il valore delle idee nuove sul terreno applicativo della dogmatica (e del resto l'invito è stato accolto piuttosto dai filosofi del diritto che dai giuristi). Né troppo diversa è la situazione all'estero" (F. d'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, 262 n. 28, ove anche una messa a punto della problematica con altre indicazioni bibliografiche).

massima, sia al mittente che al destinatario: un sistema di segni, nel nostro caso la lingua con in più le istituzioni giuridiche).

Come detto, questi sei fattori danno vita ciascuno ad una funzione linguistica differente. Queste ultime, pur presenti tutte in ogni processo comunicativo, si atteggiavano però diversamente a seconda dei vari messaggi ponendosi in un differente ordine gerarchico tra di loro.

“La struttura verbale di un messaggio dipende prima di tutto dalla funzione predominante. Ma, anche se l’atteggiamento (*Einstellung*) verso il referente, l’orientamento rispetto al CONTESTO (in breve, la funzione cosiddetta REFERENZIALE ‘denotativa’, ‘cognitiva’) è la funzione prevalente di numerosi messaggi, la partecipazione accessoria delle altre funzioni a tali messaggi deve essere presa in considerazione da un linguista attento”⁹⁰.

Si ha così la funzione detta ‘espressiva’ o EMOTIVA, incentrata sul mittente, che tende ad una manifestazione diretta dell’atteggiamento del soggetto riguardo all’oggetto del suo discorso. In una lingua lo stato puramente emotivo è rappresentato dalle interiezioni⁹¹.

L’orientamento verso il destinatario, cioè la funzione CONATIVA, trova invece la sua più pura espressione grammaticale nel vocativo e nell’imperativo, vale a dire nelle forme allocutive nei confronti dell’interlocutore⁹².

Fin qui le funzioni principali che compongono il modello tradizionale del linguaggio.

⁹⁰ R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 186.

⁹¹ Si consideri R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 186.

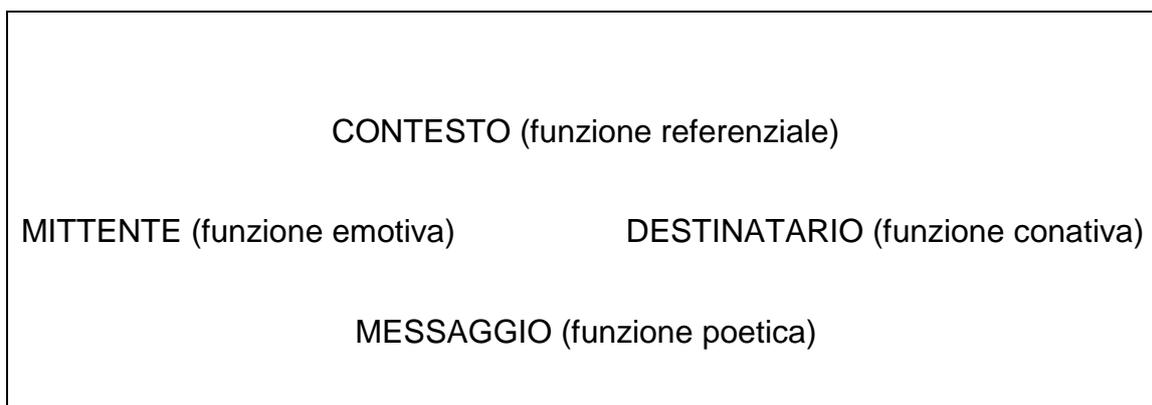
⁹² Si veda R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 187.

Vi è poi la funzione FATICA, che accentua il contatto, in messaggi volti essenzialmente a stabilire, prolungare o interrompere la comunicazione, a verificare se il canale funziona, a suscitare l'attenzione dell'interlocutore o ad assicurarsi la sua continuità⁹³.

Ancora, ogni volta che gli interlocutori si interrogano sullo stesso codice comunicativo, il discorso verte proprio su quest'ultimo. Si ha così la funzione METALINGUISTICA, o di chiosa, distinguendosi, in proposito, tra il 'linguaggio-oggetto', che parla appunto di oggetti, ed il 'metalinguaggio', che tratta del linguaggio stesso⁹⁴.

Residua, da ultimo, l'ultimo fattore, e cioè il messaggio, cui corrisponde la funzione POETICA del linguaggio, con la quale l'accento viene posto sul messaggio di per sé stesso⁹⁵.

A questo punto può essere utile una tabella riepilogativa di tutti i fattori della comunicazione con le corrispondenti funzioni.



⁹³ Cfr. R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 188.

⁹⁴ Sul punto R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 189.

⁹⁵ Su questo aspetto R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 189-190.

CONTATTO (funzione fatica)

CODICE (funzione metalinguistica)

Come detto, in questa prospettiva la diversità dei messaggi si fonda sul differente ordine gerarchico tra le varie funzioni. E' chiaro quindi che un messaggio di carattere giuridico non può che assegnare la prevalenza al contesto (cioè alla funzione referenziale) e al più al codice (i.e. alla funzione metalinguistica).

Tale affermazione, apparentemente di banale evidenza, assume in realtà una valenza particolarmente pregnante ai fini che qui mi propongo.

Attraverso la considerazione del contesto quale fattore costitutivo di ogni processo linguistico, questo schema ricostruttivo consente, infatti, di ritenere imprescindibili le coordinate socio-culturali entro cui si situa un testo giuridico, di cui vengono considerate parte integrante.

Un rilievo, quindi, per così dire 'dall'interno' e non già meramente estrinseco, nel senso di una generica influenza.

Jakobson, del resto, insiste molto su questo ruolo ad ampio raggio della linguistica.

Essa "è in grado di indagare tutti i problemi possibili dei rapporti fra il discorso e l'universo del discorso": di esaminare che cosa, in questo universo, si traduce in parole attraverso un dato discorso, e in qual modo. I valori di verità, tuttavia, nella misura in cui sono (per dirla coi logici) 'entità extralinguistiche', trascendono, evidentemente, tanto la poetica, quanto la

linguistica in generale”⁹⁶.

Si è trovato, dunque, un valido ausilio metodologico per una visione integrata del diritto romano nel contesto più ampio della sua epoca, provvido antidoto contro ogni suggestione atomistica ed isolazionistica.

Si tratta ora di vedere come questo rilevi in concreto nello specifico tema in esame.

7. Per una considerazione della nullità giuridica in una più ampia ottica greco-romana.

Le riflessioni sin qui svolte fungono da premessa teorica generale di una nuova prospettiva entro cui considerare i fenomeni giuridici al fine di chiarirne l'intimo significato. Si tratta cioè di spiegarli alla luce del contesto socio-culturale che li ha prodotti e di cui sono importante espressione.

Per giungere a ciò ho dapprima cercato di illustrare, nella *pars destruens* del mio discorso, alcune tipiche tendenze del concettualismo giuridico moderno, più o meno recente, nei confronti del diritto romano, veri e propri emblemi del

⁹⁶ R. Jakobson, *Linguistica e poetica*, 182-183. Inoltre, *in limine* ai suoi *Saggi di linguistica generale*, lo stesso Jakobson significativamente nota: “Quando mi si chiede che cosa io ritenga particolarmente rilevante nello stato presente della scienza linguistica, propendo a rispondere: la stretta correlazione di due principi, autonomia e interdipendenza. Se, in un campo determinato, limitassimo la nostra indagine a ricercarne le leggi autonome trascurando l'interrelazione che si istituisce tra ambiti differenti, correremmo il rischio di cadere in uno sterile isolazionismo. Altrettanto vani sembrano essere gli sforzi opposti, centralistici, che misconoscono l'autonomia di un campo determinato a vantaggio di norme volte a dimostrare la sua dipendenza unilaterale da un altro campo. Ogni livello linguistico, formalmente e funzionalmente (tratti distintivi, morfemi, parole, frasi e unità superiori del discorso), è soggetto ad un'analisi intrinseca e all'esame, non meno strutturale, della sua interdipendenza nei confronti di livelli contigui” (R. Jakobson, *A guisa di prefazione*, in *Saggi di linguistica generale*, 1).

‘nuovo corso’.

Mi riferisco soprattutto all’*Aktualisierung*, all’*Isolierung* ed all’astrattismo normativizzante, analizzati e discussi nelle loro linee principali in funzione demistificante.

Riguardata così una ben precisa e corretta ‘coscienza storica’, sono poi passato alla *pars construens*, in cui ho tentato di giustificare articolatamente l’adozione di un nuovo ‘paradigma’ di ricerca giusromanistica, composto da quelle che ho definito ‘visione storica’ e ‘visione integrata’, mirabilmente compendiate, a mio avviso, nel celebre motto attribuito ad Aristarco di Samotracia “Ὅμηρον ἔξ’Ὀμήρου σαφηνίζειν.

Il tutto sorretto da alcuni precisi riscontri testuali e dall’utilizzo dell’importante modello generale della comunicazione elaborato da R. Jakobson.

La prospettiva, così acquisita, del fenomeno giuridico in chiave ‘culturalmente orientata’ produce, a mio modo di vedere, frutti assai significativi per quanto concerne quella che oggi chiamiamo ‘patologia negoziale’, con particolare riguardo alla nullità.

In questo modo è infatti possibile liberarsi pienamente da quelle ‘scorie’ concettuali moderne, cui si deve fondamentalmente la scissione nullità-inesistenza che tanto ha inciso, in funzione retrospettiva, anche nello studio di certi passi delle fonti romane falsandone la lettura⁹⁷.

Intendo dire, più precisamente, che per comprendere a fondo il significato giuridico del termine ‘nullo’, e delle espressioni ad esso affini, in

⁹⁷ Su tutto questo cfr. specificamente il capitolo successivo *passim*.

diritto romano non si può prescindere da come il medesimo lemma veniva concepito e recepito nel più ampio contesto culturale greco-romano.

Il dato culturale, infatti, illumina e connota l'elemento giuridico, che ne è il necessario riflesso, come un *posterius* rispetto al suo *prius* (in senso logico, si intende).

Prima, però, di vedere come il mondo greco-romano si rapportava al concetto di 'nullo' un'ulteriore piccola premessa si impone.

Ho parlato di mondo e di contesto greco-romano perché questi, come è del resto ben noto, si pongono dal punto di vista culturale come una *κοινή*.

'*Notoria non egent probatione*' e, da questo punto di vista, mi limito solo a citare i versi oraziani '*Graecia capta ferum victorem cepit et artes / intulit agresti Latio*', che ne sono una celeberrima espressione poetica⁹⁸.

Più specificamente, dato l'orizzonte cronologico in cui si iscrive il diritto romano cosiddetto tardo-repubblicano e classico, si dovrebbe parlare di età 'ellenistico-romana'.

E' risaputo, infatti, che termini come Impero, Principato e così via sono concetti che attengono all'ambito giuridico-costituzionale e non coincidono, quindi, esattamente con le scansioni della storia culturale e sociale.

Effettivamente l'*imperium Romanum*, per i Greci e per tutti coloro che si affacciavano sul Mediterraneo, iniziò tra il II ed il I sec. a.C., e cioè dalla costituzione della prima *provincia* di *Achaia* alla sistemazione pompeiana.

Peraltro la locuzione 'ellenistico-romano' ha già un'illustre tradizione alle

⁹⁸ Si tratta di Orazio, *Epistulae*, II 1, 156-157, in cui il poeta, rivolgendosi ad Augusto, critica l'ammirazione per i poeti arcaici e, soprattutto, esamina lo sviluppo della letteratura romana.

spalle, in quanto tale nesso costituisce uno dei punti focali della ricostruzione di uno storico del calibro di Michael I. Rostovtzeff e l'asse portante della sua periodizzazione della storia del mondo antico⁹⁹.

Ciò chiarito, non si può non considerare preliminarmente l'etimologia del termine 'nullo', in quanto, ovviamente, questo ci permette di cogliere l'originaria e 'vera' accezione della parola.

Sul punto i linguisti concordano pacificamente:

nullus < ne + *ullus*¹⁰⁰

in perfetta sintonia con l'equivalente greco οὐδείς (< οὐδέ + εἷς). Ciò che è 'nullo' è un 'non qualcosa' e quindi semplicemente 'non è'.

Già questa semplice osservazione conferisce alla nullità una pregnante valenza 'ontologica', assai connotante e foriera di notevoli implicazioni, per così dire, ad ampio spettro.

Se ciò che è 'nullo' semplicemente 'non è' allora, per i Greci, dal nulla non può nascere nulla. Si tratta di un principio che viene reso con il brocardo '*ex nihilo nihil fit*', tuttora in uso nel linguaggio curiale.

Si tocca così uno snodo cruciale della *forma mentis* pagana greco-romana, che investe centralmente la concezione dell'ordine naturale ed il ruolo della divinità in quel contesto.

⁹⁹ Su tutto ciò mi limito a rinviare a M. Mazza, *Storia, pseudo-storia e narrativa in età imperiale*, in Id., *Il vero e l'immaginato. Profezia, narrativa e storiografia nel mondo romano*, 83-84 (con le relative indicazioni bibliografiche).

¹⁰⁰ In questo senso A. Ernout e A. Meillet, *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1959, 450. Anche J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg 1954, 186 opina in senso analogo (< *n(ē) oin(o)los, 'nicht ein einziger'). Un cenno sul punto anche in M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 566.

Ho parlato di *forma mentis* pagana perché, sotto entrambi questi profili, siamo agli antipodi rispetto alla visione ebraico-cristiana espressa nella Bibbia.

Basta rammentare due episodi dell'*Antico Testamento*: da una parte quello di Giosuè, che per far prevalere i suoi contro gli avversari Amorrei intima al sole di fermarsi per intercessione divina¹⁰¹; dall'altra quello di Gedeone, che chiede una doppia prova a Dio affinché gli manifesti la sua protezione nell'imminente guerra contro i medianiti: prima, che una pelle stesa all'aperto sull'aia il mattino dopo diventi rorida mentre l'aia rimanga asciutta, poi, che avvenga il contrario¹⁰².

“La grazia si rivela così nel sovvertire l'ordine naturale delle cose: a Dio nulla è impossibile. Anche nel mito greco avviene che gli eroi chiedano un visibile segno dell'assistenza divina, ma i segni in questo caso sono la folgore, il volo di un uccello, uno sternuto, tutte cose che, secondo le leggi della verosimiglianza, non può ammettersi che avvengano proprio nel momento desiderato, ma di cui si potrebbe tuttavia sempre dire che sono accadute per un felice caso (*ἀγαθῆ τύχη*). Ma che il postulante chieda addirittura che l'ordine naturale venga invertito, come pretende Gedeone, e che la fede si conforti al paradosso, questo i Greci non lo possono ammettere. Il detto attribuito a Tertulliano 'Credo quia absurdum' non è greco, contrasta anzi con la mentalità greco-pagana. Secondo la concezione classica greca anche gli stessi dèi sono sottoposti all'ordine del cosmo (...) Gli dèi greci non possono creare dal nulla

¹⁰¹ Si tratta del celeberrimo episodio della battaglia di Gabaon raccontato nel *Libro di Giosuè* 10, 12-14.

¹⁰² L'episodio è tratto dal *Libro dei Giudici* 6, 36-40.

(non esiste perciò presso i Greci una storia della creazione); essi non possono che inventare o trasformare”¹⁰³.

Balza così in evidenza il caratteristico tratto anti-creazionista greco-romano, costitutivo di quella cultura rispetto alla contrapposta concezione ebraico-cristiana.

Per rendersene conto è sufficiente confrontare il versetto iniziale della *Genesi* con il corrispondente passo della *Teogonia* di Esiodo.

Nel primo caso si dice che in principio Dio creò (l'ἑποίησεν del testo della *Settanta* viene reso con 'creavit' dalla *Vulgata*) il cielo e la terra¹⁰⁴.

Esiodo afferma invece che al principio fu il Caos e poi venne la Terra con tutto il resto¹⁰⁵.

La 'creatio ex nihilo' è quindi una prerogativa stra-ordinaria ma comunque divina per il testo biblico mentre è assolutamente inconcepibile per il greco Esiodo.

Eloquenti sono già i rispettivi titoli: nel testo ebraico-cristiano si fa riferimento alla 'Genesi' e quindi all'origine del tutto, senza ulteriori specificazioni, mentre nel poema esiodico la genesi è circoscritta agli dei (questo è infatti, ovviamente, il significato della parola 'Teogonia').

Vi è poi il diverso uso lessicale: da una parte il ποιεῖν = creare (i.e. ex

¹⁰³ B. Snell, trad. it., *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, 54-55 (con interessanti indicazioni bibliografiche).

¹⁰⁴ Cfr. *Genesi* 1, 1: Ἐν ἀρχῇ ἐποίησεν ὁ Θεὸς τὸν οὐρανὸν καὶ τὴν γῆν (= 'In principio creavit Deus caelum et terram').

¹⁰⁵ Si veda Esiodo, *Teogonia* (desumo il testo dall'edizione critica di M.L. West, Oxford 1966): Ἦτοι μὲν πρῶτιστα Χάος γένητ' αὐτὰρ ἔπειτα / Γαῖ' εὐρύστερνος πάντων ἕδος ἀσφαλὲς αἰεὶ / ἀθανάτων (vv. 116-118); Ἐκ Χάεος δ'Ἐρεβός τε μέλαινά τε Νύξ ἐγένοντο (v. 123).

nihilo), dall'altra il γίγνεσθαι, che evoca sì il 'nascere' ma in una con l'altra accezione di 'divenire', con l'idea quindi più di un flusso dinamico che di un sorgere da un luogo o momento preciso¹⁰⁶.

La matrice esiodea ritorna poi nella celebre raffigurazione del *Timeo* platonico, con il famoso Dio-Demiurgo ordinatore del cosmo preesistente. Quest'opera fu peraltro tradotta in latino da Cicerone e fu, di conseguenza, l'unico dialogo platonico conosciuto in Occidente nel Medioevo¹⁰⁷.

In realtà, a parte il motivo della genesi, il tema compendiato nel ditteo 'ex nihilo nihil fit' compenetra l'intera speculazione teorica greco-romana costituendone un tratto distintivo. Basta qui rammentare, senza alcuna pretesa di completezza ma solo emblematicamente, alcuni nomi.

Innanzitutto, due secoli circa dopo Esiodo, la prima elaborazione filosofica greca, quella milesia, tutta incentrata sul tema dell'ἀρχή, e cioè sull'individuazione di un elemento primordiale, identificato ora in uno ora in un altro¹⁰⁸.

Poi, senz'altro, Parmenide e la Scuola eleatica, con al centro la diade

¹⁰⁶ Si consideri in proposito P. Chantraine, *Dictionnaire étimologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris 1968, 221-224 (s.v. γίγνομαι) e 922-923 (s.v. ποιέω), nonché H.G. Liddell and R. Scott, *A Greek-English Lexicon*, Oxford 1996, 349-350 (s.v. γίγνομαι) e 1427-1429 (s.v. ποιέω). Emblematico inoltre sul punto il 'genitum non factum' riferito a Gesù Cristo 'generato, non creato' nel *Credo* cattolico.

¹⁰⁷ Su quest'opera è sufficiente qui il rinvio alle suggestive pagine di B. Russell, trad. it. a cura di L. Pavolini, *Storia della filosofia occidentale*, I, Milano 1972², 205-212.

¹⁰⁸ Su questo tema fondamentale è il passo di Aristotele, *Metafisica*, A 983b 6-20. Si veda in proposito il primo frammento in assoluto della speculazione filosofica greca, quello di Anassimandro, incentrato sulla relazione primordiale tra tutte le cose: 'Α (...) ἀρχὴν (...) εἴρηκε τῶν ὄντων τὸ ἄπειρον (...) ἐξ ὧν δὲ ἡ γένεσις ἐστι τοῖς οὖσι, καὶ τὴν φθορὰν εἰς ταῦτα γίνεσθαι κατὰ τὸ χρεών· διδόναι γὰρ αὐτὰ δίκην καὶ τίσιν ἀλλήλοις τῆς ἀδικίας κατὰ τὴν τοῦ χρόνου τάξιν (in H. Diels e W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, I, Berlin 1954⁷, 12.B.1, 89).

basilare 'essere' e 'non essere' (cioè il nulla), quest'ultimo relegato al mondo della pura δόξα lontano dall'autentica ἀλήθεια¹⁰⁹.

Ancora, Anassagora¹¹⁰ e gli atomisti. Questi ultimi, attraverso Democrito ed il suo seguace Epicuro¹¹¹, giungono a Roma ed il loro pensiero assume la forma poetica del '*De rerum natura*' lucreziano (I sec. a.C.).

Ecco, quindi, con Lucrezio un chiaro esempio di sintesi di quella cultura ellenistico-romana cui accennavo poc'anzi. Il poeta, infatti, nell'espone poeticamente la dottrina della fisica atomistica, filtrata attraverso Epicuro, formula il principio di base in questi termini:

*"Principium cuius hinc nobis exordia sumet,
nullam rem e nihilo gigni divinitus umquam.*

(...)

*Nunc age, res quoniam docui non posse creari
de nilo, neque item genitas ad nil revocari (...)"¹¹²*

Questi cenni 'a volo d'uccello' spero siano sufficienti a far comprendere l'intima essenza del termine 'nullo' nella concezione pagana greco-romana.

¹⁰⁹ Su Parmenide in particolare si considerino le testimonianze ed i frammenti raccolti in H. Diels e W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, I, 28, 217-246.

¹¹⁰ Di Anassagora si veda soprattutto il frammento sulle origini: πάντα χρήματα ἦν ὁμοῦ· εἶτα νοῦς ἐλθὼν αὐτὰ διεκόσμησεν (in H. Diels e W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, II, 59.A.1, 5).

¹¹¹ Di Epicuro rileva qui un passo tratto dalla *Lettera a Erodoto* (traggo il testo dall'edizione di G. Arrighetti, *Epicuro. Opere*, Torino 1973²), 38: Πρῶτον μὲν ὅτι οὐδὲν γίνεταί ἐκ τοῦ μὴ ὄντος· πᾶν γὰρ ἐκ παντὸς ἐγίνετ' ἂν σπερμάτων γε οὐθὲν προσδεόμενον.

¹¹² Lucrezio, *De rerum natura* (il testo è quello dell'edizione critica di A. Ernout, Paris 1948), I, 149-150, 265-266.

Tradotta in termini giuridici, tale valenza 'ontologica', pertanto, non può che indicare l'inesistenza' e di conseguenza l'assoluta 'sterilità' dal punto di vista effettuale.

Tale conclusione mi sembra ineccepibile ed irrefutabile proprio alla luce dei tratti caratteristici del contesto culturale dell'epoca, elemento costitutivo nel processo che ha al centro il messaggio giuridico, secondo il modello di Jakobson, che ho illustrato *supra*¹¹³.

Si tratta ora di rendere operativo tale assunto concettuale nella disamina concreta di alcuni passi, problematici o comunque significativi, delle fonti giuridiche.

¹¹³ Cfr. in particolare il sesto paragrafo di questo capitolo.

Capitolo secondo

'*Applicatio iuris*': la nullità in alcuni passi emblematici delle fonti classiche

1. Premessa.

Nel capitolo precedente ho cercato di dimostrare come sia necessario adottare una visuale 'culturalmente orientata' al fine di cogliere l'esatto significato del fenomeno giuridico della nullità nell'ambito del diritto romano.

Tale approccio alla tematica in esame, innovativo a quanto consta, si basa sui due cardini della 'visione storica' e della 'visione integrata' dello *ius*, allo scopo di 'restituirne' la giusta fisionomia nel più ampio contesto 'culturale' del mondo 'ellenistico-romano', secondo le coordinate metodologiche analiticamente illustrate *supra*¹¹⁴.

Ciò si rivela necessario soprattutto per 'depurare' l'analisi dalle concezioni 'astrattizzanti' tipiche della riflessione giuridica moderna¹¹⁵, che ha elaborato le categorie, soprattutto civilistiche, con cui oggi siamo abituati a pensare ed operare, come quelle dell'"invalidità" e della 'nullità'.

In proposito il pensiero corre subito alle dottrine pandettistiche, cui si deve la maggior parte di queste elaborazioni ma nelle quali la ricostruzione

¹¹⁴ Cfr. in particolare su questi aspetti la disamina contenuta nel quinto paragrafo del primo capitolo.

¹¹⁵ Di 'deviazioni e sovrapposizioni concettuali connesse all'evoluzione moderna del sistema' parla P. Catalano, *Diritto e persone*, I, Torino 1990, VII.

storica appare per lo più strumentale alle esigenze sistematiche proprie di un 'diritto romano attuale', configurato ed applicato come diritto vigente¹¹⁶. E' l' 'Aktualisierung', infatti, la 'parola d'ordine' dei Pandettisti¹¹⁷.

Può essere considerata paradigmatica di questa temperie la trattazione di Windscheid sull'invalidità ('Ungültigkeit') del negozio giuridico ('Rechtsgeschäft')¹¹⁸.

Si attribuisce, qui, innanzi tutto la molteplicità delle espressioni e dei predicati, esprimenti una qualificazione 'negativa', rinvenibili nelle fonti romane ad una figura di nuovo conio, il negozio giuridico. Successivamente si 'entificano' questi stessi attributi, con la creazione di nuovi sostantivi a significare figure cui vengono riferiti ulteriori predicati (ad esempio nullo → negozio nullo → nullità → nullità assoluta / relativa).

Questo doppio processo di sostantivazione è chiaramente funzionale alla costruzione sistematica ma nel suo svolgimento si avvale di 'spunti' tratti dalle fonti giuridiche antiche, piegandole all'affermazione di istituti e di valori del tutto estranei ad esse.

"Tale metodo serve a manipolare i dati testuali e si differenzia nettamente dai modi di procedere della giurisprudenza romana, che rispetto

¹¹⁶ Per una chiaro ed efficace 'sguardo d'insieme' sulle dottrine pandettistiche cfr. M. Brutti, *Invalidità (storia)*, in "Enciclopedia del diritto" XXII, Milano 1972, 560-565.

¹¹⁷ Assolutamente esemplare in questo senso l'opera di F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I-VIII, Berlin 1840-49 (trad. It., a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, Torino 1886-96).

¹¹⁸ In argomento cfr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt 1906⁹, § 82-83, 423 ss. (trad. it., a cura di C. Fadda e E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, I, Torino 1925, 264 s.s.).

alla problematica dell'invalidità utilizza una serie di predicati, senza però organizzarli in una precisa struttura classificatoria, quindi dal punto di vista moderno con non poche incongruenze, e soprattutto senza ricavare da essi altri sostantivi astratti da usare come schemi generali di cui non ha evidentemente bisogno, legata com'è ad una visione casistica del fenomeno giuridico"¹¹⁹.

Al riguardo, infatti, il panorama offerto dalle fonti romane è costituito da una serie di termini ed espressioni, ricca ed assai variegata, per indicare la mancata produzione o il venir meno degli effetti giuridici in relazione a determinate fattispecie¹²⁰.

Tra i più significativi si possono ricordare: '*nihil agere*'; '*non consistere (subsistere, stare)*'; '*nullum effectum*', '*nullas vires habere*'; '*non esse*', '*locum non habere*'; '*corrumpere*', '*infirmari*', '*vitari*'; '*non recte*', '*non iure fieri*'; '*non videri factum*'; '*ratum non esse*', '*non haberi*', '*irritum esse*'; '*nullius momenti esse*'; '*non valere*'; '*nullum esse*'; '*pro nihilo esse (haberi)*'; '*inane esse (facere)*';

¹¹⁹ M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 561. Sottolinea questo aspetto anche R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 3, aggiungendo al "carattere casistico degli interventi giurisprudenziali (...) l'assenza, per un lungo arco di tempo, di un assetto normativo unitario, a causa della coesistenza di più sistemi giuridici".

¹²⁰ Ciò ha offerto lo spunto per ampie ricerche terminologiche circa l'uso linguistico dei singoli lemmi ed espressioni nelle opere dei vari giuristi, iniziative già auspicate da L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 238 n.2, e realizzate da Hellmann in una serie di lavori all'inizio del secolo scorso (si tratta di F. Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 23, 1902, 380-428; in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 24, 1903, 50-121; Id., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München 1914).

'*frustra facere (fieri)*'; '*inutile esse*'; '*infectum (imperfectum) esse*'; '*inefficax esse*'; '*pro eo haberi ac si factum non esse*'¹²¹.

Non sempre, peraltro, questi termini assumono un significato costante ed univoco. Per lo più, infatti, i negozi vengono considerati dal punto di vista pratico, e cioè quello della produzione degli effetti, senza preoccuparsi se le loro eventuali carenze sotto questo profilo derivino o meno da difetti strutturali oggi ascrivibili al novero dell'invalidità. "Il più comprende il meno. Ogni negozio nullo è per ciò stesso privo di effetti, come quello inefficace, ma evidentemente non si può dire l'inverso e cioè che ogni negozio inefficace sia anche invalido, e quindi dal fatto che a volte nelle fonti si parli di negozi *inutiles* anche in relazione a negozi nulli non si potrà arguire che tutti i negozi definiti *inutiles* siano nulli"¹²².

La conseguenza è che spesso si trovano ad essere qualificati con gli stessi termini negozi semplicemente inefficaci e negozi che non producono effetti in quanto nulli, oppure si definisce lo stesso negozio con termini attributivi di qualifiche diverse¹²³.

¹²¹ Cfr. in proposito L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, 237 (dopo si parla di più di trenta termini) e F. Hellmann, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, *passim* (con un elenco di oltre quaranta espressioni). Si consideri anche M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 565.

¹²² S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 13.

¹²³ Cfr., ad esempio, la '*stipulatio alteri*' vietata, qualificata come *inutilis* in Gaio III 103 e *nulla* in D.12.1.9.4. Si può citare anche il caso della sentenza emessa dopo la morte di una delle parti, che è 'inefficace' in D.49.8.2 pr. ('*inefficaciter condemnatum videtur*') mentre '*non vale*' in D.42.1.59.3. Vi è poi l'*aestimatio dotis donationis causa*', che '*effectum non habet*' in D.23.3.12 pr. mentre in altri passi di '*donatio inter virum et uxorem*' si trova che è *nulla*, '*non valere*', '*nihil agere*' (D.23.3.12 pr.; D.24.1.49 pr.), o anche *irrita* (D.24.1.31.4; 24.1.32.20). *Irritus*, d'altra parte, viene impiegato per una compravendita definita anche *nulla* (C.4.38.9) e per una transazione qualificata anche '*nullius momenti*' (D.2.15.8.17). Per ulteriori esemplificazioni

A fronte di un quadro siffatto alcuni importanti autori, muovendo da un'ottica moderna, hanno lamentato l'assenza di rigore terminologico e sistematico nella casistica desumibile dalle fonti romane ora evidenziata¹²⁴.

Altri, viceversa, hanno ritenuto che la mancata elaborazione concettuale da parte della giurisprudenza romana di figure generali corrispondenti alle categorie astratte proprie dell'odierna dogmatica "non toglie che essa avesse presente, oltre ad una nozione di inefficacia, una nozione di inesistenza, che ha trovato, del resto, espressione nella stessa qualificazione di un negozio come nullo"¹²⁵.

E' proprio da quest'ultimo punto che intendo ora prendere le mosse, evidenziando talune significative ricorrenze dell'aggettivo *nullus* nelle fonti romane, per suffragare alla luce dei testi l'assunto concettuale, 'umanisticamente' connotato, della sua piena assimilabilità all'inesistenza, cui sono pervenuto all'esito della disamina compiuta nel capitolo precedente.

concernenti anche gli atti '*mortis causa*' si veda S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 15 n.35.

¹²⁴ Tra questi è possibile annoverare B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 425 n.2 (trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, 265 n. 2), che considerava non 'streng' l'uso delle espressioni romane *nullum*, '*nullius momenti*' rispetto all'equivalente espressione tedesca 'Nichtigkeit'; V. Scialoja, *Negozi giuridici*, Roma 1950⁵, 233, che reputava 'arbitraria' la terminologia romana; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², 246, secondo cui i giuristi romani mancherebbero di rigore costruttivo.

¹²⁵ A. Masi, *Nullità (storia)*, in "Enciclopedia del diritto" XXVIII, Milano 1978, 859. Sottolinea l'esigenza di superare il piano meramente terminologico per cogliere la distinzione tra inefficacia e nullità sottesa al linguaggio giuridico romano anche S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 13 ss..

2. Inesistenza e nullità: *nullus* nelle fonti giuridiche romane.

Passando ora al profilo, ‘filologicamente’ decisivo, dei riscontri testuali di quanto sin qui sostenuto, occorre considerare innanzi tutto che una disamina effettuata su una ricca serie di passi dei giuristi romani permette di intendere l’aggettivo *nullus* nel senso di ‘*non ullus*’. Vale a dire che il negozio nullo è, in buona sostanza, quello che non esiste, in piena conformità, del resto, alla sua etimologia già rammentata¹²⁶.

In proposito è ben possibile distinguere i casi in cui *nullus* viene adoperato come attributo da quelli in cui, viceversa, viene usato come predicato. In entrambi i casi, tuttavia, si tratta di una differenza meramente ‘sintattica’ che non intacca la sua connotazione semantica, la quale resta sostanzialmente la medesima ad indicare il negozio giuridicamente inesistente.

Numerosi sono i testi in cui *nullus* si trova impiegato in senso attributivo come equivalente di ‘*non ullus*’¹²⁷ e talvolta riesce difficile discernere l’uso attributivo da quello predicativo¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. in proposito le considerazioni sull’etimologia del lemma *nullus* svolte *supra* nel settimo paragrafo del primo capitolo (p. 38 e n. 93).

¹²⁷ A titolo meramente esemplificativo si considerino i seguenti passi: D.7.5.11 (*Ulpianus libro 18 ad Sabinum*): ‘*Si lanae alicui legatus sit usus fructus vel odorum vel aromatum, nullus videtur usus fructus in istis iure constitutus, sed ad senatus consultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur*’; D.17.1.6.3 (*Ulpianus libro 31 ad edictum*): ‘*Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur*’; D.17.1.54 pr. (*Papinianus libro 27 quaestionum*): ‘*Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam). Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest), quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. Et verius et utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent*’; D.18.1.11.1 (*Ulpianus libro*

A volte il significato evocato è quello di ‘non vi è alcun negozio’, altre volte, invece, di ‘il negozio è nullo’, come predicato cioè che serve a conferire una qualificazione. In quest’ultimo caso può sorgere il dubbio che *nullus* venga adoperato in un senso ‘positivo’ assimilabile all’odierno concetto di nullità, figlio delle ‘sostantivazioni’ di matrice pandettistica poc’anzi ricordate.

Ogni esitazione svanisce, però, alla luce di quei numerosi riscontri testuali in cui, da un lato, si definiscono taluni negozi come *nulli* e, dall’altro, si qualificano gli stessi, nelle medesime condizioni, come non esistenti. Da questi, pertanto, si evince chiaramente che il dilemma ermeneutico circa la piena assimilazione tra negozio nullo ed inesistente non può che venire meno.

Ecco, allora, i testi principali in cui tale giustapposizione appare con maggiore evidenza.

28 ad Sabinum): ‘*Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est’; D.18.1.15 pr. (Paulus libro quinto ad Sabinum): ‘*Et si consensus fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est’; D.23.3.29 (Ulpianus libro 36 ad Sabinum): ‘*Cum pater dotem pro filia promittit et dotem legat, si quidem marito legavit, videndum est, an legatum valeat, et non puto valere: nam cum creditoribus debitor legat id quod debet, nullum legatum est. Quod si filiae legavit, valet legatum: dos enim ex promissione marito debetur, legatum filiae. Et si quidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, ut duplicaret ei legatum, habebit utrumque, dotem quam maritus persecutus fuerit et legatum ex causa legati. Quod si alterutrum voluit habere: si mulier legatum petat, opposita doli exceptione non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agentem. Sed si maritus agat, nihil de indemnitate eum cavere oportebit, verum mulier post eum agens exceptione repellatur, quia semel dos praestita est’; D.39.6.35.5 (Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam): ‘*Si quis societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est nullam societatem esse’; D.41.6.1.1 (Paulus libro 54 ad edictum): ‘*Si pater filio quem in potestate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit*’.****

¹²⁸ Il VIR s.v. *nullus* (IV, 1, 306-319, spec. 309-317) tenta di effettuare una tale distinzione.

- D.18.1.9 (Ulpianus libro 28 ad Sabinum):

'pr. In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.

1. *Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*

2. *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur'.*

In questo passo, molto conosciuto e citato¹²⁹, l'equiparazione tra nullità ed inesistenza appare chiaramente.

Già nel *principium* infatti, in tema di 'error in corpore' a proposito di un fondo e di uno schiavo, Ulpiano conclude rispettivamente nel senso che 'emptio nulla est' e che 'apparet nullam esse emptionem'. In tal modo il giurista lascia intendere, con ogni evidenza, che per lui l'"emptio nulla" è quella giuridicamente inesistente.

Nella locuzione 'apparet nullam esse emptionem' si potrebbe, però, pur sempre intendere *nullus* in senso attributivo-qualificativo, in modo da assimilare questa seconda espressione alla prima (i.e. 'apparet nullam esse emptionem' = 'apparet emptionem nullam esse'). Non è mancato, inoltre, chi ha considerato non genuina l'ultima parte del *principium*, sostenendone in vario modo l'interpolazione¹³⁰.

A dissolvere ogni dubbio interviene, però, il § 2 laddove alla domanda 'an emptio et venditio sit (...) Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem'. Ulpiano, da parte sua, conclude l'argomentazione in questi termini: 'in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in

¹²⁹ Cfr., tra gli altri, U. Zilletti, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, *passim* (spec. 71s., 78 ss., 391 s., 408 s., 410 ss., 423 ss.); J.G. Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, *passim* (spec. 23 ss., 43 ss., 83 ss., 99 s., 116 ss., 147 s.); S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 78-80; A. Masi, *Nullità (storia)*, 859; un cenno anche in M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 566 n.36.

¹³⁰ Sui vari e risalenti sospetti di interpolazione che hanno investito l'ultima parte del *principium*, da 'idem est, si ego' alla fine, si considerino gli autori citati da S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 79-80 n.28.

*materia erratur*¹³¹. Dall'interpretazione sistematica dell'intero paragrafo si evince, infatti, chiaramente che i due giuristi dibattono circa l'esistenza o meno di un contratto di compravendita nei casi indicati e che, quindi, quando si parla di compravendita *nulla* si allude all'inesistenza della stessa.

- D.24.1.32.24 (*Ulpianus libro 33 ad Sabinum*):

*'Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est, nec post decretum senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit: quae tamen in commune tenuerunt fine praestituto, revocanda non sunt. Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem*¹³².

In questo paragrafo, che si colloca nel titolo '*De donationibus inter virum et uxorem*', Ulpiano tratta della *oratio* che consentì la convalida delle donazioni tra coniugi qualora il donante fosse morto senza cambiare volontà. Si tratta del

¹³¹ Dubbi sulla genuinità di questo periodo non sono mancati. Si tratta però di opinioni risalenti nel tempo, che non trovano più largo seguito e che non rilevano particolarmente per il nodo problematico qui in discussione (su tutto questo cfr. in particolare i lavori di Zilletti e di Wolf citati alla n. 16).

¹³² Su questo passo, con particolare riguardo alla tematica in esame, si veda S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 73-75.

celebre senatoconsulto del 206 d.C., indicato nelle fonti come ‘*oratio divi Severi*’ ovvero come ‘*oratio divi Antonini*’, di cui si occupa per lo più il frammento 32¹³³.

Il giurista avverte, però, che non può esservi tra coniugi una ‘*societas donationis causa contracta*’ e che pertanto una società siffatta non può essere convalidata sì che vi possa scaturire un’*actio pro socio*’. Anche tra estranei, infatti, non può esservi una società ‘*quae donationis causa interponitur*’ ed a maggior ragione neanche tra coniugi¹³⁴.

Se si considera soltanto il primo periodo del paragrafo, l’uso di *nullus* come predicato potrebbe anche far pensare ad un negozio esistente, qualificato come invalido e pertanto nullo, in accezione analoga all’attuale.

Il prosieguo del passo toglie però ogni perplessità al riguardo, in quanto Ulpiano spiega la mancata concessione dell’*actio pro socio*’ in ragione del fatto

¹³³ Su questo provvedimento e sulle problematiche ad esso relative cfr. in particolare G. Archi, *La donazione: corso di diritto romano*, Milano 1960, 212 ss..

¹³⁴ Molti dubbi si addensano intorno all’interpretazione della fattispecie di ‘comunione’ descritta nella frase ‘*quae tamen in commune tenuerunt sine praestituto, revocanda non sunt*’, che potrebbe alludere ai conferimenti dei coniugi per costituire la società ovvero ai proventi da questi ritratti all’esito dell’attività sociale svolta (in questo senso si pronuncia S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 74-75 n.18, ove anche si sostiene la sostanziale genuinità del testo a fronte delle varie ipotesi interpolazionistiche avanzate da alcuni autori). Su questo aspetto e in generale sul paragrafo in esame si considerino F.W.L. von Meyerfeld, *Die Lehre von den Schenkungen nach römischen Recht*, Marburg 1837, 321; G. von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen 1911, 67 (che dubita genericamente delle seguenti parti: [*iure vulgato* – *revocanda non sunt*] *idcirco* [*igitur*] – *donationis causa <contrahitur>* [*interponitur* – *uxorem*]); S. Cugia, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Napoli 1922, 48 (considera spuria l’intera frase [*quae tamen* – *non sunt*], *contra* F. Dumont, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris 1928, 103 n.1); H. Siber, *Confirmatio donationis*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 53, 1933, 112; L. Aru, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova 1938, 148 e 356; G. Archi, *La donazione: corso di diritto romano*, 102. Sul significato dell’espressione ‘*iure vulgato*’ cfr. T. Mayer-Maly, “*Vulgo*” und *Vulgarismus*, in “*Labeo*” 6, 1960, 8 e n.8.

che *'nulla societas est, quae donationis causa interponitur'*. Non può esistere infatti una *'societas donationis causa'* in sé considerata e quindi neppure tra i coniugi. La fattispecie così realizzata non può avere pertanto giuridica esistenza.

- D.24.1.32.27 (*Ulpianus libro 33 ad Sabinum*):

'Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. Et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit¹³⁵.

D.24.1.46 (*Ulpianus libro 72 ad edictum*):

¹³⁵ Anche questo paragrafo non è immune da sospetti di interpolazioni, che concernono però soprattutto l'esatta identificazione dell'opinione dei singoli giuristi sulla fattispecie in esame e non toccano pertanto il punto centrale qui in discussione (cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, Weimar 1931, 81; E. Albertario, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in "Rendiconti dell'istituto lombardo" 62, 1929, 808 ss., poi in "Studi di diritto romano", I, Milano 1933, 207; L. Aru, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, 42). In generale sui passi citati si veda soprattutto S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 80-82 e per una mera citazione M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 566 n.36.

'Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est'.

Anche questi passi trattano di donazioni tra coniugi, essendo estratti dal medesimo 'omonimo' titolo dei 'Digesta'.

In particolare, nel primo si discute della validità della *donatio* fatta dal marito a colei che non ha i requisiti previsti per essere considerata moglie, come nel caso della donna impubere infradodicenne.

In proposito Ulpiano riferisce dapprima l'opinione di Giuliano, secondo cui la donna minore di dodici anni andrebbe considerata sempre come *sponsa* e quindi, a tale stregua, la donazione sarebbe valida.

Ritiene però preferibile la posizione risalente a Labeone¹³⁶ e sostenuta anche da Papiniano, per cui la donazione era valida purché vi fossero stati in precedenza gli *sponsalia*. E' a questi infatti che l'atto donativo si sarebbe riferito, non potendo aver luogo il matrimonio. In caso contrario la donazione '*nulla est*', perché si considerava fatta '*quasi ad uxorem*'.

¹³⁶ Per un altro riferimento, sempre di Ulpiano, al pensiero di Labeone nell'ambito della medesima problematica cfr. D.23.1.9 (*Ulpianus libro trigesimo quinto ad edictum*): '*Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. Quam sententiam Papinianus quoque probat*'. E' possibile, invece, riferire all'annotatore Giavoleno l'opinione contenuta in D.24.1.65 (*Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*): '*Quod vir ei, quae nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo*'. E' di questo avviso S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 82 n.33.

Qui, a prescindere dal merito delle opinioni espresse, quel che più rileva è l'uso predicativo di *nullus*, cui fa il paio, nell'altro testo, il '*nec (...) ulla donatio es'* per esprimere lo stesso concetto, e cioè la giuridica inesistenza dell'istituto.

- D.26.8.1 (*Ulpianus libro primo ad Sabinum*):

'pr. Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodare, quamvis per hoc debitor eius efficiatur: prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat, per consequentias contingit, ut debitum subeat. Se tamen auctore ab eo stipulari non potest. Et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet, divus Pius Antoninus rescripsit iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem. Sed si auctor fiat, ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas: evidenter enim sua auctoritate rem acquirit.

1. Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset¹³⁷.

D.26.8.2 (*Ulpianus libro 24 ad Sabinum*):

¹³⁷ Alcune ipotesi interpolazionistiche hanno investito la parte centrale del *principium* ('*tamen potest tutor – dandam actionem*') nonché la parte finale ('*evidenter – acquirit'*), che non incidono però sull'aspetto specifico qui in discussione. Cfr. al riguardo *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, 139-140 e particolarmente S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 77-78, con le indicazioni bibliografiche ivi contenute.

'Nulla differentia est, non interveniat auctoritas tutoris an perperam adhibeatur'.

Nel *principium* del primo frammento citato Ulpiano applica la regola per cui *'in rem suam auctorem tutorem fieri non posse'* concludendo che *'nulla erit auctoritas'* qualora il tutore si sia reso 'autore' in una *traditio* tra suo figlio ed il pupillo.

In questo caso si potrebbe dubitare sull'esatto significato da attribuire al predicato *nulla*, in quanto subito dopo, nel primo paragrafo, si qualifica come *'non valet'* la diversa fattispecie in cui v'è la mera presenza fisica del tutore ma involontaria, *'retentus (...) per vim'*. Data la diversità delle due situazioni, si potrebbe essere indotti ad opinare nel senso dell'inesistenza radicale *'sub specie iuris'* solo nel caso della presenza 'coatta' ed assolutamente involontaria del tutore e non, invece, qualora vi sia una 'consapevole' violazione del principio richiamato in apertura.

Dirimente appare però il frammento immediatamente successivo nella sistematica dei *'Digesta'*, anch'esso di Ulpiano ed estratto dal medesimo commentario 'civilistico' *'ad Sabinum'*, in cui l'autore equipara la mancata *auctoritas* al caso in cui questa *'perperam adhibeatur'*.

Pertanto, non si può che concludere nel senso della radicale inesistenza giuridica dell'*auctoritas* nella fattispecie di *traditio* al figlio del tutore da parte del pupillo, qualificata come *nulla*.

- D.41.9.1 (*Ulpianus libro 31 ad Sabinum*):

‘3. *Constante autem matrimonio pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium: ceterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare usucapionem, quia et dos nulla sit.*

4. *Idem scribit et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem¹³⁸.*

D.41.3.27 (*Ulpianus libro 31 ad Sabinum*):

‘*Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit, idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit¹³⁹.*

¹³⁸ Anche qui a suo tempo non sono mancati dubbi sulla genuinità del testo: cfr. in proposito A. Ehrhardt, *Iusta causa traditionis*, Berlin 1930, 87; G. von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5, Leipzig 1931, 75; *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, Weimar 1935, 216. Su tutto ciò e su questi passi in generale si veda S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 75-77.

¹³⁹ Il senso generale di questo frammento, ai fini che qui interessano, non viene alterato dai vari sospetti di interpolazioni che investono per lo più la proposizione ‘*pro suo usucapere eum posse*’ e per taluno anche l’incidentale precedente ‘*cuius rei – possessionis*’ (cfr. gli autori citati nell’*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, 201). Su questi profili si consideri anche S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 76 n.22 e le indicazioni bibliografiche ivi contenute.

Anche nel primo paragrafo citato, estratto dal titolo '*Pro dote*' in tema di usucapione, si potrebbe ben dubitare dell'esatta interpretazione del sintagma '*quia et dos nulla sit*', in relazione alla qualificazione giuridica della dote successivamente alla cessazione del matrimonio, secondo l'opinione del giurista Cassio riferita da Ulpiano. Il predicato *nulla* qui potrebbe ben alludere ad una dote non configurata come giuridicamente inesistente.

Il paragrafo successivo trae però l'interprete da ogni impaccio esegetico laddove, a proposito di matrimonio putativo, Ulpiano – Cassio sostengono che in assenza di matrimonio il marito non può usucapire '*quia nulla dos sit*'. L'attributo *nulla* sta quindi a sottolineare irrefutabilmente l'ontologica inesistenza della dote, lasciando chiaramente intendere che questo è il senso da attribuire anche al *nulla* del paragrafo precedente, vista la stretta prossimità.

Un'ulteriore conferma di ciò è possibile ravvisarla nell'ultimo frammento citato *supra*, collocato in origine nella medesima '*sedes materiae*' del precedente, e cioè il libro 31 '*ad Sabinum*' di Ulpiano, dove il giurista severiano, richiamando il pensiero di Celso, sostiene l'irrelevanza del titolo putativo nell'usucapione, dato che non vi può essere usucapione se non c'è una dote ('*si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit*')¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Sulla problematica del titolo putativo nell'usucapione si veda soprattutto T. Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*, Graz-Köln 1962, con ampia analisi dei passi qui citati: D.41.3.27 (*passim*, partic. 30 ss.); D.41.9.1.3-4 (*passim*, partic. 48-53, 98).

Il senso complessivo dei passi ulpiane citati non può essere allora che il medesimo, e cioè che laddove si fa riferimento ad una *dos nulla* non si allude ad altro che alla sua giuridica inesistenza¹⁴¹.

- D.46.1.70 (*Gaius libro primo de verborum obligationibus*):

*‘4. Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur. Quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor’*¹⁴².

Anche in questo passo, di primo acchito, si potrebbe ritenere non inequivoco il senso da attribuire alla *‘stipulatio nulla’* contratta con il *furiosus*.

In realtà, però, basta scorrere con lo sguardo all’avversativa immediatamente seguente per appurarne l’irrefutabile radicale inesistenza,

¹⁴¹ In tema di *‘usucapio pro donato’*, in perfetta linea con quanto enucleato finora, si consideri anche D.41.6.1.1 (*Paulus libro 54 ad edictum*): *‘Si pater filio quem in potestate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit’*. Quest’ultima proposizione non può che indicare la totale inesistenza di una donazione giuridicamente rilevante.

¹⁴² Su questo paragrafo cfr. in particolare S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 82-83; A. Masi, *Nullità (storia)*, 859-860; solo una citazione in M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 566 n.36. Sulle questioni di critica testuale si vedano W. Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932, 67 n.1 e G. von Beseler, *Einzelne Stellen*, in *“Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung”* 45, 1945, 483, che sospettano entrambi della proposizione *‘non solum – sed’*, citati nell’*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, 421.

laddove Gaio esclude non solo la sussistenza di una *stipulatio* ma ‘*ne negotium quidem ullum gestum intellegitur*’.

Occorre poi considerare quello che sappiamo circa la figura del *furiosus* nel diritto romano. Da varie fonti apprendiamo infatti che costui era considerato radicalmente incapace di agire e di porre in essere qualsivoglia negozio¹⁴³, in quanto difettava radicalmente della *voluntas* e del *consensus*¹⁴⁴.

Anche in questo caso, pertanto, è d’uopo concludere nel senso della piena equiparazione di una fattispecie *nulla* ad una giuridicamente inesistente.

Da tutte le varie esemplificazioni che si sono descritte fin qui è emerso quindi che l’aggettivo *nullus* assume sempre la medesima indicata valenza semantica, indipendentemente dalla posizione ‘sintattica’ ricoperta, attributiva ovvero predicativa.

“Il concetto di inesistenza nasce in un orizzonte storico e ideologico dominato dal formalismo e svolge la funzione pratica di escludere dalla sfera del giuridicamente rilevante tutto ciò che è difforme dallo *ius civile*. (...) In tutti

¹⁴³ Cfr. in proposito Gaio III 106: ‘*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*’ (= I.3.19.8) e D.44.7.1.12 (*Gaius libro secundo aureorum*): ‘*Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est*’. Sulla figura del *furiosus* con questi connotati già in età decemvirale si consideri A. Guarino, *Notazioni romanistiche – IV. Il “furiosus” e il “prodigus” nelle “XII tabulae”*, in “*Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*” n.s. III, 1948-1949, 194-204.

¹⁴⁴ Su questo specifico aspetto si veda C.4.38.2 (*Impm. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Avito, a.286*): ‘*Emptionem et venditionem consensum desiderare nec furiosi ullum esse consensum manifestum est (...)*’; D.29.2.47 (*Africanus libro quarto quaestionum*): ‘*Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus. Negavit recte servum aditurum, quoniam non nisi voluntate domini adquiri hereditas potest, furiosi autem voluntas nulla est*’; D.50.17.40 (*Pomponius libro 34 ad Sabinum*): ‘*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*’.

gli esempi citati campeggia la rigorosa alternativa tra validità e radicale inesistenza della fattispecie. Non si delineano, all'interno dello *ius civile*, figure intermedie. La partizione tradizionale anche in epoca avanzata rimane teoricamente ferma ed uguale a se stessa¹⁴⁵.

A suffragare ulteriormente questo asserto concettuale si possono citare inoltre alcuni passi in cui determinati negozi o rapporti giuridici, qualificati come *nulli*, vengono altrove accompagnati dall'espressione '*non esse*'¹⁴⁶.

Così per quanto concerne l'esempio da ultimo citato del *furiosus*, in ordine al quale si parla come ricordato di '*nihil agere*', di '*nullum negotium*' e di '*nulla voluntas*'¹⁴⁷, in qualche testo si enuncia espressamente che il rapporto in discussione non sussiste ('*non fuit*')¹⁴⁸.

Di non minore rilievo appare una triade di testi in tema di acquisto di cosa propria, dove a fronte del '*nulla emptio*', presente in due di questi, si staglia la conclusione '*non est emptio his casibus*' del terzo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 566-567, con ricca esemplificazione dell'assunto.

¹⁴⁶ Su questo punto specifico cfr. soprattutto S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 83-86.

¹⁴⁷ Si tratta dei testi citati poc'anzi alle note 30 e 31.

¹⁴⁸ Si consideri ad esempio D.36.1.79(77).1 (*Scaevola libro 20 digestorum*): '*Titius nepotes ex filia et furiosam filiam suam heredes instituit et fidei commisit filiae, ut, si sine liberis decessisset, pars ei data perveniret ad coheredes: eam furiosam ipse Titius in matrimonio collocavit et enixa est filiam post mortem patris. Quaesitum est, defuncta furiosa superstite ex eiusmodi coniunctione parta filia, an fideicommissum ad coheredes pertineret. Respondit, cum filiam reliquisset proponeretur, fideicommissum non deberi. Claudius: nam etsi matrimonium cum furiosa non fuit, satis tamen factum est eiusmodi condicioni.*

¹⁴⁹ Mi riferisco in particolare a D.13.7.40 pr. (*Papinianus libro tertio responsorum*): '*Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem*

In questi casi, però, com'è evidente, l'equiparazione prospettata non esclude che il soggetto agente abbia in concreto posto in essere una fattispecie che ha tutta l'apparenza esterna di un negozio, pur privo di qualsiasi 'consistenza' giuridica.

Così è, ad esempio, nel caso da ultimo citato dell'acquisto di cosa propria, dove si è pur realizzata una 'vicenda' di scambio che non integra però un'autentica *emptio-venditio*.

Così anche in un altro interessante paragrafo dei 'Digesta', dove una *mulier* conclude un *compromissum* in violazione del divieto sancito per le donne di 'intercedere pro aliis': 'Si (...) *compromittat, non erit pecunia compromissa*'¹⁵⁰.

"Inesistenza non significa per i romani che il negozio non esista come fattispecie, sia pure da qualificare nulla. Il negozio che giuridicamente non esiste, può come parvenza di negozio, avere una esistenza di fatto"¹⁵¹.

restituere coegetur'; D.17.1.22.3 (*Paulus libro 32 ad edictum*): 'Si hi, quorum res veneunt quas pignori dederunt, supposuerunt emptores et eis emendas res mandent, mandatum intellegitur, licet quantum ad meram rationem mandatum non constitit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuae' (quanto alla critica testuale cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar 1929, 286 e G. von Beseler, *Einzelne Stellen*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 66, 1948, 601, che tuttavia non riguarda la parte più interessante in questa sede, fatta salva l'espressione finale 'in tua persona rei tuae', peraltro irrilevante nella sostanza); D.18.2.14.3 (*Paulus libro quinto ad Sabinum*): 'Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate emerit, consentiente venditore abibitur a priore emptione. Idem et de servo alieno: aliter atque si servo suo vel filio, quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit, quia non est emptio his casibus. Quod si alieno servo, quem putaverit liberum esse, addixerit, contra se habebit et erit hic similis egent'. Anche per quest'ultimo paragrafo i dubbi circa la genuinità del testo non intaccano il suo valore (si veda in proposito *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, 322 e G. von Beseler, *Romanistische Studien*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 50, 1930, 38).

¹⁵⁰ Si tratta di D.4.8.32.2 (*Paulus libro 13 ad edictum*): 'Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem'.

Ulteriori indicazioni in questo senso possono essere tratte da una serie di testi in tema di nozze contratte da senatori, o da loro discendenti sino al terzo grado, con liberte o figlie di liberte ovvero da figlie di senatori con libertini, ove emerge l'esplicita contrapposizione '*si (...) nupserit, nuptiae non erunt*'¹⁵².

Sempre in ambito 'nuziale' altri passi, sia pure sotto differenti profili da quelli or ora menzionati, possono essere ricordati a tale stregua e così di pari passo per altre 'categorie' negoziali¹⁵³.

¹⁵¹ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 86.

¹⁵² Cfr. D.23.2.42.1 (*Modestinus libro singulari de ritu nuptiarum*): 'Si senatoris filia neptis proneptis libertino vel qui artem ludicram exercuit cuiusve pater materve id fecerit, nupserit, nuptiae non erunt'; su questa linea anche D.23.2.16 pr. (*Paulus libro 35 ad edictum*): '*Oratione divi Marci cavetur, ut, si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent: quam et senatus consultum secutum est*'; D.23.2.27 (*Ulpianus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*): 'Si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea condicione est, ut, si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat'; D.24.1.3.1 (*Ulpianus libro 32 ad Sabinum*): '*Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*' (sui dubbi circa la genuinità del testo, che comunque non riguardano la parte che qui più rileva, si veda *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, 67). In generale su questi testi per la problematica in esame si consideri S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 87-88 e le relative indicazioni bibliografiche (partic. 87 n.50).

¹⁵³ Mi riferisco in particolare a D.23.2.66 pr. (*Paulus libro secundo sententiarum*): 'Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem vel eam filio suo iungat: quo facto uterque infamatur et pro dignitate pupillae extra ordinem coeretur. Nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit', oltre al già ricordato (cfr. *supra* n.35) D.36.1.79(77).1 (*Scaevola libro 20 digestorum*): 'Titius (...) furiosam filiam suam (...) in matrimonio collocavit (...) Claudius: nam etsi matrimonium cum furiosa non fuit (...)'. In tema di *manumissio*, invece, si veda D.40.9.17 pr. (*Paulus libro singulari de libertatibus*): 'Si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accommodaverit, tamen non erit liber: nam et divus Marcus prohibuit ex adclamatione populi manumittere'.

Tutti gli esempi citati finora sono allora riconducibili ad una sostanziale 'dicotomia' di fondo '*sub specie iuris*', una sorta di ideale '*summa divisio*', quella tra esistenza ed inesistenza - nullità della fattispecie. Questa bipartizione fondamentale, ancorata come detto al formalismo dello '*ius civile*', rimane ben ferma fino ad epoca tarda, perché saldamente ancorata alla '*forma mentis*' del giurista iscritto nella temperie culturale 'ellenistico – romana', secondo il mio convincimento che ho cercato di illustrare in precedenza¹⁵⁴.

Pertanto, se una fattispecie esiste, per i giuristi romani questa è rilevante giuridicamente e sarà sempre in grado, almeno potenzialmente, di produrre i propri effetti.

Sotto questo profilo è interessante notare come in diversi casi un negozio, pur inizialmente efficace, qualora successivamente venga per diversi motivi ad essere caducato, viene qualificato come non fatto, come se fosse inesistente: '*proinde esse atque si (...) non esset*'¹⁵⁵. Ciò che la dogmatica odierna definisce in termini di invalidità ovvero di inefficacia successiva per i giuristi romani è pertanto assimilabile analogicamente all'inesistenza, attraverso perifrasi varie¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Cfr. *supra*, particolarmente il settimo paragrafo del primo capitolo.

¹⁵⁵ Gaio II 195.

¹⁵⁶ Per una rassegna di testi in cui compaiono locuzioni e perifrasi del tipo di quelle citate si veda F. Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, 426-427 (s.v. '*pro non facto haberi*', '*non videri factum*').

Un esempio particolarmente significativo è offerto da un passo estratto dal titolo '*De acceptilatione*' (D.46.4.13.6)¹⁵⁷. Si tratta qui di una *stipulatio* alternativa condizionata, avente ad oggetto '*Stichum aut decem*', cui segue l'*acceptilatio* di Stico e la morte di questi '*pendente condicione*'. Ciò premesso, Ulpiano conclude nel senso della permanenza in obbligazione della somma di dieci, '*perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset*'.

Ora, in questo caso non si può parlare di *acceptilatio* nulla in quanto se lo schiavo Stico non fosse morto in pendenza della condizione l'atto estintivo sarebbe stato perfettamente valido. E' l'evento sopravvenuto che genera la necessità di ricorrere ad una *fictio* tale da far considerare come non avvenuta una fattispecie pur sussistente, attraverso la ricordata locuzione.

Un altro esempio, ancor più interessante dal punto di vista terminologico, è dato da un frammento di Callistrato, che descrive un processo d'ingenuità celebrato '*non iusto contradictore*'¹⁵⁸. Il giurista ci dice qui che in un caso siffatto il *decretum* giudiziale è *inefficax* come se non vi fosse stata una '*iudicata res*'.

La terminologia, pur di per sé come detto assai variegata e poco affidante, suffraga però pienamente in questo caso l'assunto concettuale, in

¹⁵⁷ D.46.4.13.6 (*Ulpianus libro 50 ad Sabinum*): '*Si Stichum aut decem sub condicione stipulatus Stichum acceptum fecerit et pendente condicione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt, perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset*'. Su questo passo si consideri S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 91.

¹⁵⁸ Si tratta di D.40.16.3 (*Callistratus libro quarto de cognitionibus*): '*Cum non iusto contradictore quis ingenuus pronuntiatu est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla iudicata res intervenisset: idque principalibus constitutionibus cavetur*'.

quanto orienta la fattispecie nel senso dell'inefficacia, assimilata soltanto '*quoad effectum*' all'inesistenza mediante l'ormai nota perifrasi¹⁵⁹.

“Le espressioni usate in questi testi ci indicano chiaramente per quale via i romani giunsero alla concezione di un negozio che, più o meno, si comportava come l'odierno negozio nullo. Vi arrivarono avvicinando la disciplina di questi negozi a quella dei negozi giuridicamente inesistenti. Siamo sulla via per arrivare alla nullità, ma la meta rimane al di fuori della esperienza giuridica romana”¹⁶⁰.

In questa infatti, come detto e tirando ora le fila della disamina testuale fin qui condotta, non esiste spazio al di là dell'antitesi esistenza vs inesistenza – nullità. '*Tertium non datur*'.

3. Il problema delle '*leges perfectae*'.

Chiarita così la valenza semantica ed applicativa dell'aggettivo *nullus* alla luce dei numerosi riscontri testuali emergenti dalle fonti principali in nostro possesso, ritengo necessario, a questo punto, passare ad analizzare la peculiare fenomenologia delle cosiddette '*leges perfectae*', con particolare

¹⁵⁹ In questo senso concordo pienamente con S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 92-93. Di situazione oggettiva cui “si collega una vera e propria inesistenza della pronuncia del giudice” parla, invece, M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 567; ad una fattispecie riconducibile ad una sorta di annullabilità fondata sullo '*ius civile*' pensano, per altro verso, L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, 240-241 e O. Robleda, *La nulidad del Acto Jurídico*, Roma 1964, 295 ss..

¹⁶⁰ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 91-92.

riguardo alla natura degli effetti spiegati sugli atti posti in essere in violazione del divieto da queste introdotto¹⁶¹.

Ai fini di un primo inquadramento mi riferisco alla celebre tripartizione, formulata nei *'Tituli ex corpore Ulpiani'*, tra *'leges perfectae'* (che *'rescindono'* l'atto vietato), *'leges minus quam perfectae'* (che non *'rescindono'* l'atto violativo del precetto ma prevedono una pena per la sua commissione) e *'leges imperfectae'* (che sanciscono un divieto senza *'rescindere'* l'atto vietato e senza comminare una pena per il suo compimento)¹⁶².

La problematica centrale qui agitata è fondamentalmente quella dei rapporti tra *lex* e *'ius civile'*, in quanto si tratta di fonti normative introdotte successivamente, le *leges* appunto, che vanno ad incidere su negozi formali dello *'ius civile'*, *'sanzionandoli'* in vario modo.

“La maggiore o minore intensità di effetti delle leggi comiziali si spiega all'interno di una concezione del diritto che privilegia, rispetto ad altri tipi di normazione, lo *ius civile* costruito intorno agli antichi *mores*. In questa prospettiva le leggi che privano di effetti e quindi pongono nel nulla gli atti da esse qualificati come illeciti mostrano il prevalere di un punto di vista nuovo

¹⁶¹ Sulla problematica delle *'leges perfectae'*, con particolare riguardo al tema qui in esame, cfr. l'acuta panoramica di S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 39-67, con le preziose indicazioni bibliografiche (partic. 39-40 nn. 1-3); M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 571; A. Masi, *Nullità (storia)*, 860-862.

¹⁶² Si tratta di *'Tituli ex corpore Ulpiani'* I, 1-2: *'<Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit; (...) Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, nec rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecerit; (...)> Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit (...)'*. Si consideri anche Macrobio, *In somnium Scipionis*, 2, 17, 13.

rispetto a quello tradizionale e di una 'visione più larga dei poteri del legislatore'¹⁶³.

In proposito la dottrina romanistica muoveva inizialmente dall'asserita originaria impossibilità di modificare lo '*ius civile*' mediante la '*lex publica*'. L'assunto era fondato sull'immutabilità dello '*ius civile*', tanto più fortemente avvertito quanto più si risale indietro nel tempo¹⁶⁴.

Successivamente, però, "si è cominciato a dubitare fortemente dell'esistenza di un limite, sia pure superato verso la fine dell'età repubblicana, alla competenza degli organi legislativi, e si è piuttosto considerato il fenomeno della scarsità delle leggi comiziali di diritto privato come una questione di tecnica legislativa, facendo presente che nell'epoca più antica non è ancora avvertito il concetto che un atto solenne del *ius civile* possa, a volte, non produrre i suoi effetti. Al valore magico e vincolante attribuito ai *verba sollemnia*, già di per sé fortemente sentito, bisognerebbe cioè aggiungere come elemento determinante la difficoltà di elaborare una nozione raffinata come quella di nullità"¹⁶⁵.

Ciò chiarito, occorre dire a questo punto che la dottrina pressoché unanime ritiene nulli i negozi posti in essere in violazione delle *leges perfectae*.

¹⁶³ M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 571 (con riferimento anche al pensiero di V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli 1957⁷, 138 ss.).

¹⁶⁴ Cfr., tra gli altri, G. Rotondi, *Problemi di diritto pubblico romano*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche" 64, 1920, 147 ss. (poi in "Scritti giuridici", Pavia 1922, 370 ss.) e B. Biondi, *Prospettive romanistiche*, Milano 1933, 31 ss..

¹⁶⁵ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 40-41, con ricco corredo bibliografico.

Soltanto una voce isolata si è elevata fuori dal coro nel negare tale 'acquis', sostenendone invece la mera inefficacia¹⁶⁶.

Non ritengo inutile pertanto procedere ad un rinnovato esame dei testi più significativi in argomento, da un'attenta analisi dei quali emergono notazioni 'esegetiche' di sicuro interesse, che una lettura di ordine meramente lessicale e non 'sintatticamente' connotata può portare talvolta ad obliterare.

Intendo soffermarmi soprattutto sulle fonti principali concernenti due *leges* di età augustea, relative alla problematica delle manomissioni testamentarie in frode ai creditori, e cioè la '*lex Aelia Sentia*' (4 d.C.) e la '*lex Fufia Caninia*' (2 a.C.).

Per descrivere la natura degli effetti prodotti da queste leggi sugli atti da esse vietati in alcuni testi si adopera infatti quel verbo *rescindere* che compare anche nella definizione generale della '*lex perfecta*' contenuta nell'opera tardo-classica poc'anzi ricordata dei '*Tituli ex corpore Ulpiani*', secondo l'integrazione generalmente e del tutto plausibilmente accolta:

*'Perfecta lex est quae vetat aliquid fieri et si factum sit rescindi'*¹⁶⁷.

Mi riferisco in particolare ad un paragrafo del Digesto per la '*lex Aelia Sentia*' e ad un passo di Gaio per la '*lex Fufia Caninia*'¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Si considerino in proposito gli autori citati da M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 571 n.60, nel cui novero si può aggiungere A. Masi, *Nullità (storia)*, 860-862. Nega con decisione la nullità in questi casi S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 39-67.

¹⁶⁷ Per la citazione integrale del passo cfr. *supra* n.49.

In entrambi i casi a sancire l'effetto inibitorio e/o di rimozione sull'atto posto in essere in violazione del precetto legislativo le fonti impiegano il verbo *rescindere*.

A fronte di ciò gli interpreti intendono per lo più tale lemma come allusivo alla nullità dell'atto violativo, anche perché le fonti in questione vengono citate per suffragare l'assunto che le leggi di cui si parla siano 'perfette' e come tali comportanti la nullità degli atti proibiti. A ben vedere si tratta, in quest'ultimo caso, di una tipica argomentazione 'circolare', in cui la premessa coincide con la coda del ragionamento ed in cui, pertanto, si dà per dimostrato ciò che è da dimostrare¹⁶⁹.

Che la terminologia romana sia poi di per sé stessa assai poco indicativa e concettualmente 'insidiosa' è un dato ormai acquisito. Lo attesta se non altro

¹⁶⁸ Si consideri rispettivamente D.40.9.5.2 (*Julianus libro 64 digestorum*): '*Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Maevio ita promiserit "Stichum aut Pamphilum dare spondes?", deinde, cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur. Quamvis enim fuit in potestate Titii, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. Quod si solum Pamphilum dari promississet, non dubitarem, quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Pamphilus mori possit: multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur an extra obligationem sit. Nam et qui ob aureos quinque Stichum et Pamphilum pignori dederit, cum uterque eorum quinque aureorum sit, neuter manumitti potest: at si Stichum solum pignori dederit, Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere'* e Gaio I 46: '*(...) nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt'*. Sui generici sospetti di interpolazione gravanti sul paragrafo del Digesto cfr. F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 48, 1928, 235 ss., 265 e gli autori citati da S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 43 n.9.

¹⁶⁹ Si considerino in proposito gli autori citati da S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 43 n.10. Si rivela un convinto sostenitore della nullità, intesa come inesistenza, in tema di '*leges perfectae*' anche A. Masi, *Nullità (storia)*, 860-862.

la ricca messe di espressioni a significare la mancata produzione o il venir meno di effetti della fattispecie¹⁷⁰.

Nella specie occorre dire che il verbo *rescindere* nelle fonti giuridiche romane appare polisemico, suscettibile di assumere diversi significati alla luce dei vari contesti in cui si profila¹⁷¹.

“Gli usi di tale verbo ci mostrano come alla figura giuridica dell’inesistenza corrispondesse in concreto niente di più che una forma particolarmente intensa di rimozione degli effetti della fattispecie infirmata. Più volte ricorrente nelle fonti romane, il termine *rescindere* appare infatti riferito indistintamente sia all’istituto della *restitutio in integrum* (nella prassi pretoria e nella *cognitio extra ordinem*, ove questo viene utilizzato con funzioni in parte nuove), sia alle dichiarazioni di inesistenza, in rapporto alle quali indica il momento in cui l’inesistenza stessa, anche se presupposta *ab initio*, diviene operante”¹⁷².

¹⁷⁰ Cfr. in proposito L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, 237 (dopo si parla di più di trenta termini) e F. Hellmann, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, passim* (con un elenco di oltre quaranta espressioni). Si consideri anche M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 565.

¹⁷¹ Consapevole di tale polisemia si mostra già G. Hugo, *Lehrbuch des heutigen Römischen Recht*, Berlin 1820⁶, § 56, 50: “Die juristischen Handlungen sind entweder gültig (iusta, rata valida) oder ungültig, je nachdem sie dabei wesentlich bezweckte Bestimmung der Rechtsverhältnisse bewirken oder nicht, welches letztere entweder daher rührt, dass das Rechtsgeschäft schon an sich nichtig (nullum, iniustum, irritum, inutile) ist, oder dass ihm ein Rechtsmittel entgegen steht, wodurch es aufgehoben werden (rescindi in genauern Sinne) kann”. Per una rassegna delle ricorrenze testuali di questo lemma si veda F. Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, 94 ss..

¹⁷² M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 568. In merito più radicale la tesi di S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 43: “Del resto se, invece di soffermarsi su pochi passi delle fonti, si procedesse ad un esame completo di tutti i testi giuridici

Ciò chiarito, occorre adesso passare ad una disamina puntuale dei testi maggiormente significativi, per 'concretare' compiutamente quanto detto in ordine al significato del verbo *rescindere* e, per l'effetto, alla valenza delle '*leges perfectae*'.

Quanto alla '*lex Aelia Sentia*', a parte il ricordato frammento di Giuliano, secondo cui '*libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur*¹⁷³', emerge un paragrafo delle '*Institutiones*' di Gaio, che considerato nella sua mera letteralità 'lessicale' sembra sgombrare il campo da ogni dubbio 'semantico':

'< *Nam is, qui* > *in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem*¹⁷⁴.

Qui, infatti, il '*nihil agit*' gaiano sembra suggerire con ogni evidenza l'opzione della nullità, nell'ottica della qualificazione come *perfecta* della '*lex Aelia Sentia*', ed in questo senso si è orientata gran parte della dottrina¹⁷⁵.

Tra gli altri un autore in particolare ha osservato che l'espressione '*nihil agere*' "si riscontra in altri contesti gaiani per esprimere l'inesistenza di un

in cui si parla di '*rescindere*', ci si accorgerebbe che il significato tecnico da attribuire a questo verbo è vario, e che esso non allude a ciò che noi oggi chiamiamo nullità". Avversa invece espressamente tale posizione, schierandosi decisamente per la nullità, A. Masi, *Nullità (storia)*, 860.

¹⁷³ Si tratta di D.40.9.5.2 (*Julianus libro 64 digestorum*), trascritto nella sua interezza *supra* alla n.55.

¹⁷⁴ Gaio I 37 = I.1.6 pr.; si consideri altresì Gaio I 47: '*In summa sciendum est, lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant (...)*'.

¹⁷⁵ Cfr. gli autori citati da S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 43 n.10 (in particolare F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, 218, 258 ss.) e A. Masi, *Nullità (storia)*, 861.

negozio”¹⁷⁶, soffermandosi soprattutto su due passi in tema di capacità negoziale del *furiosus*, da me già trattati in precedenza¹⁷⁷, e poi su un paragrafo delle *‘Institutiones’* in tema di *adstipulatio*¹⁷⁸.

Ora, non v’è dubbio che la locuzione *‘nihil agere’* in sé considerata alluda letteralmente e ‘lessicalmente’ alla nullità, e quindi all’inesistenza del negozio cui si riferisce.

Occorre però considerare il periodo in cui essa si situa nella sua interezza al fine di coglierne l’esatto significato. In questo senso, secondo me, si può ben dire che la ‘sintassi’ fa premio sul lessico a fini ermeneutici¹⁷⁹.

Intendo dire che se si leggono i periodi di riferimento citati nella loro interezza, e cioè ‘sintatticamente’, questi non sono a mio avviso assimilabili nell’attestare l’asserita nullità-inesistenza del negozio.

A ben vedere, infatti, in Gaio I 37, a proposito della *‘lex Aelia Sentia’*, il giurista afferma che la legge ‘sanziona’ con la ‘nullità’ chi manomette *‘in*

¹⁷⁶ A. Masi, *Nullità (storia)*, 861.

¹⁷⁷ Si tratta di Gaio III 106: *‘Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat’* (= I.3.19.8) e D.44.7.1.12 (*Gaius libro secundo aureorum*): *‘Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est’* (citati e discussi *supra* a n.30).

¹⁷⁸ Il riferimento è a Gaio III 117: *‘Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit: adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. < Quia enim ut ita nobis detur > stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur’*.

¹⁷⁹ In questo senso del resto si muove anche l’art. 12¹ delle cosiddette ‘Preleggi’, vigente guida sull’ermeneutica delle disposizioni legislative, rubricato ‘Interpretazione della legge’: ‘Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore’.

fraudem creditorum’, impedendone l’effetto consistente nell’acquistare la libertà. Si tratta, pertanto, di una nullità ‘teleologicamente’ rivolta ad inibire l’effetto di libertà, che opera se e nella misura in cui si verifica la ‘*fraus creditorum*’. Significativo del resto è che su questo profilo ‘effettuale’ si concentrino tutte le fonti in argomento che possediamo¹⁸⁰.

Ad un’attenta lettura un’analogia ‘proiezione’ effettuale mi sembra emergere con ancora maggiore evidenza anche nell’altro passo di Gaio citato a raffronto, quello in tema di *adstipulatio*¹⁸¹.

Qui il giurista ci informa dell’impiego pressoché esclusivo dell’*adstipulatio* a fianco di una *stipulatio* ‘*post mortem stipulatoris*’. In questo caso infatti l’*adstipulator* agisce dopo la morte dello stipulante ed è poi tenuto a restituire all’erede di questi quanto ha conseguito ‘*mandati iudicio*’. Ciò in quanto la ‘*stipulatio post mortem*’ non fa sorgere alcuna ‘*obligatio*’ in favore dello stipulante (‘*ut ita nobis detur stipulando nihil agimus*’). Anche qui, allora, il ‘*nihil agere*’ attiene al profilo giuridico effettuale dell’atto, sottolineandone la sterilità.

¹⁸⁰ Cfr. in proposito Gaio I 37 = I.1.6 pr.: ‘< Nam is, qui > in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem’; si consideri altresì Gaio I 47: ‘In summa sciendum est, lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant (...)’; ‘*Epitome Gai*’ I.1.5-6: ‘Non tamen omnes domini servos suos manumittere possunt. Nam si aliquis multa debita habeat, cuius substantia creditoribus teneatur obnoxia, si in fraudem creditoris sui servos suos manumittere voluerit, collata manumissio non valet. Aut si libertus civis Romanus liberos non habuerit et in fraudem patroni sui servos suos manumittat, similiter data manumissio non valebit’; ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’ I, 15: ‘Eadem lex in fraudem creditoris et patroni manumittere prohibet’.

¹⁸¹ Si tratta di Gaio III 117 (citato *supra* a n.65).

Se questo poi non fosse ritenuto ancora sufficiente a suffragare l'assunto, basterebbe affiancare all'occhio 'sintattico' uno sguardo 'sistemico' esteso ad altri due paragrafi sempre delle '*Institutiones*' di Gaio.

Questi infatti dapprima qualifica come *inutilis*, e non *nulla*, la *stipulatio* contratta '*post mortem*' sia dello stipulante che del promittente¹⁸². Ne sottolinea poi in altro luogo, proprio per questo, l'efficacia novativa parziale¹⁸³. Sicché la *stipulatio* non può essere considerato nulla perché se così fosse non potrebbe determinare il sia pure limitato effetto 'rescindente' sull'atto sottostante. Con estrema accuratezza il giurista sottolinea anche qui che la '*stipulatio post mortem*' è *inutilis* mentre ad essere qualificata *nulla* è soltanto l'*obligatio*, e cioè l'effetto, *rectius* il mancato effetto prodotto.

Per quanto riguarda invece i passi citati in tema di capacità del *furiosus* non v'è alcun dubbio che in questi casi il giurista voglia alludere alla radicale nullità-inesistenza in quanto costui è del tutto privo della capacità negoziale¹⁸⁴. Anche qui è comunque necessaria una lettura 'sintattica' dell'intero periodo di riferimento per una corretta ermeneusi.

¹⁸² Mi riferisco a Gaio III 100: '*Denique inutilis est talis stipulatio, si qui sita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? Ve lita: < POST MORTEM TUAM DARI SPONDES > (...)*'.

¹⁸³ Cfr. Gaio III 176: '*Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est (...)*'.

¹⁸⁴ Si tratta di Gaio III 106: '*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*' (= I.3.19.8) e D.44.7.1.12 (*Gaius libro secundo aureorum*): '*Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est*'.

Tutto ciò chiarito, il *'nihil agit'* di Gaio I 37 non può quindi costituire di per sé stesso, e cioè nella sua mera consistenza 'lessicale', un indice sicuro in favore della qualificazione come *perfecta* della *'lex Aelia Sentia'*, in grado di sancire la 'nullità' degli atti da essa vietati.

Del resto una siffatta 'radicale' conclusione renderebbe incomprensibile tutta quella serie di passi in cui alcune manomissioni pur fatte originariamente in frode ai creditori vengono considerate valide.

E' il caso ad esempio di un frammento di Giuliano, peraltro estratto dalla medesima opera in cui il giurista, in altro titolo del Digesto, afferma che *'libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur'*¹⁸⁵. Si tratta di D.42.8.15¹⁸⁶.

La fattispecie prospettata qui è quella di un tale, debitore consapevolmente insolvente di Tizio, che manomette per testamento alcuni servi. Successivamente, dopo aver pagato Tizio, assume un altro creditore, Sempronio, e poi muore senza cambiare il testamento. Ci si chiede a questo punto se le manomissioni originariamente disposte siano valide o meno. Giuliano opta per la soluzione affermativa, motivando nel senso che manca in capo al debitore nei confronti del secondo creditore quel *'consilium fraudandi'*

¹⁸⁵ Mi riferisco a D.40.9.5.2 (*Iulianus libro 64 digestorum*), citato *supra* in n.55.

¹⁸⁶ Cfr. D.42.8.15 (*Iulianus libro 49 digestorum*): *'Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit: libertates datae ratae esse debent, etsi hereditas solvendo non sit, quia, libertates ut rescendantur, utrumque in eorumdem persona exigimus et consilium et eventum et, si quidem creditor, cuius fraudandi consilium in initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium in initum non est. Libertates itaque ratae sunt.'*

che lo animava in origine verso Tizio (*'quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem persona exigimus et consilium et eventum'*).

Alcuni hanno considerato interpolata o comunque una glossa la parte del frammento or ora citata in cui si enuncia la motivazione sulla necessaria compresenza dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo al fine di invalidare l'atto dispositivo¹⁸⁷.

Tale spunto di critica testuale non rileva comunque ai fini che qui interessano in quanto rimane fermo il principio della validità delle manomissioni disposte originariamente in frode dei creditori. E questo chiaramente non potrebbe avvenire ove le manomissioni fraudolente in violazione della *'lex Aelia Sentia'* fossero considerate *ab initio* nulle.

Occorre dire peraltro che nelle fonti si rinviene anche un frammento di Papiniano, ove si sostiene la tesi opposta dell'invalidità delle manomissioni originarie a fronte di un'identica fattispecie¹⁸⁸.

Varie sono state le opinioni della dottrina romanistica volte a comporre questa antinomia presente nelle fonti¹⁸⁹. Per parte mia, ritengo sommessamente che la sussistenza di un cotale *'ius controversum'*, evidenziata dai testi, attesti quantomeno che la questione in discussione non era affatto

¹⁸⁷ Si tratta delle ipotesi formulate rispettivamente da Schulz e Beseler, da un lato, e da Solazzi, dall'altro (cfr. i puntuali riferimenti bibliografici in S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 45 n.15).

¹⁸⁸ Mi riferisco a D.40.9.25 (*Papinianus libro quinto responsorum*): *'In fraudem creditorum testamento datae libertates prioribus creditoribus dimissis propter novos creditores irritae sunt'*.

¹⁸⁹ Si veda l'analitica esposizione delle varie posizioni in merito da parte di S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 46 n.17.

pacifica, tanto da suscitare opinioni discordanti e da animare un dibattito in merito tra i *prudentes*. Il che si pone comunque in contrasto con la tesi di una chiara ed irrefutabile ipotesi di nullità per violazione di una norma legislativa.

Fin qui, ad ogni modo, il presupposto comune ai passi citati di Giuliano e di Papiniano è dato dall'incapienza dell'eredità al momento della morte del *manumissor*, in quanto diversamente non si produrrebbe quell'*eventus damni* indispensabile per infirmare le affrancazioni¹⁹⁰.

Occorre chiedersi però a questo punto quale fosse lo stato della questione se l'eredità diveniva incapiente '*medio tempore*', vale a dire tra la morte del testatore e l'accettazione dell'eredità.

In proposito un frammento di Paolo, a noi pervenuto sempre nel titolo del Digesto relativo alla '*lex Aelia Sentia*', afferma infatti che a rilevare per la validità delle manomissioni testamentarie è la capienza dell'eredità al momento dell'adizione¹⁹¹.

Anche la genuinità di questo testo è stata naturalmente messa in discussione ma questo non rileva più di tanto in questa sede, in quanto la sua ritenuta interpolazione comporterebbe al più un arretramento del momento del

¹⁹⁰ Il cosiddetto '*eventus damni*' era infatti l'elemento pacificamente necessario affinché le disposte manomissioni non fossero valide. Controverso era piuttosto il rilievo attribuibile all'elemento soggettivo, il '*consilium fraudis* o *fraudandi*'. Cfr. per tutti F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, 212 ss. e per altre puntuali indicazioni bibliografiche S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 46-47 n.18.

¹⁹¹ Si tratta di D.40.9.18 pr. (*Paulus libro 16 ad Plautium*): '*Si mortis tempore solvendo sit hereditas, si tamen cum aditur desierit esse solvendo, libertas a testatore in fraudem creditorum relicta non competet: nam sicut aucta hereditas prodest libertatibus, ita nocet deminuta*'.

rilievo della capienza dell'eredità dal momento dell'accettazione a quello della morte del testatore¹⁹².

Non occorre allora spendersi più di tanto in tema di critica testuale. “Un punto, infatti, rimane in ogni caso fermo per tutti: perché le manumissioni non fossero valide era necessario che nel patrimonio del manumissore il passivo superasse l'attivo al tempo della morte o della adizione. Il che significa che una manumissione fatta quando il patrimonio del testatore era in passivo poteva tuttavia avere effetto sol che alla morte del testatore o al momento dell'adizione l'eredità non fosse passiva. Quindi non poteva trattarsi di manumissione nulla sin dal momento della confezione del testamento”¹⁹³.

La scansione temporale entro cui si modulano gli elementi rilevanti per ravvisare la '*fraus creditorum*' consente dunque di escludere chiaramente la tesi della nullità.

Sempre in quest'ambito v'è da considerare un ultimo rilevante aspetto, quello dell'incidenza della rinuncia del creditore a far valere i propri diritti sulla validità ed efficacia delle manomissioni poste in essere in violazione della medesima '*lex Aelia Sentia*'.

Un interessante frammento di Paolo afferma a questo proposito che i servi manomessi '*creditoris fraudandi causa*' diventano nelle more *statuliberi*

¹⁹² Per la genuinità del passo citato propende F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, 225 ss., 234. La '*communis opinio*' è invece nel senso di accordare rilievo soltanto al momento della morte del testatore per stabilire la passività o meno dell'eredità (Beseler e Solazzi). Per puntuali ragguagli bibliografici si veda S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 47-48 n.19.

¹⁹³ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 48.

'*dum incertum est, an creditor iure suo utatur*', equiparandosi così questa situazione ad una manomissione effettuata sotto condizione, nel che si concreta la figura giuridica dello *statuliber*. Tale pendenza interinale sfocerà poi nella piena validità ed efficacia della manomissione ovvero nell'applicazione della norma violata a seconda della condotta tenuta dal creditore¹⁹⁴.

Anche questo testo non è andato immune da vari sospetti di interpolazioni, ma i più lo considerano sostanzialmente genuino¹⁹⁵.

Il passo collima infatti perfettamente con le altre testimonianze citate in precedenza e si collega peraltro ad una posizione del suo autore, peculiare a quanto consta, nell'approcciare lo specifico argomento in esame, di cui abbiamo altre tracce assai significative¹⁹⁶.

La *ratio* di ciò può essere senz'altro ravvisata nel "principio assoluto che la libertà una volta acquistata non può esser revocata. Neanche l'*imperium* del

¹⁹⁴ Mi riferisco a D.40.7.1.1 (*Paulus libro quinto ad Sabinum*): '*Fiunt autem statuliberi vel condicione expressa vel vi ipsa. Condicione expressa quid est, manifestum est. Vi ipsa, cum creditoris fraudandi causa manumittuntur: nam dum incertum est, an creditor iure suo utatur, interim statuliberi sunt, quoniam fraus cum effectu in lege Aelia Sentia accipitur*'.

¹⁹⁵ Cfr. in proposito gli autori citati da S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 49 nn.21-22. Per la genuinità del passo poi, oltre allo stesso Di Paola, si pronunciano anche S. Cugia, *La nullità parziale del negozio giuridico*, 3-4 n.1 e A. Masi, *Nullità (storia)*, 862.

¹⁹⁶ Si consideri in argomento anche D.40.9.16.4 (*Paulus libro tertio ad legem Aeliam Sentiam*): '*Si sub condicione alicui pecunia debeatur, quasi statuliber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex condicione*' e, in tema di '*lex Iulia de adulteriis*' (18 a.C.), D.40.9.13 (*Paulus libro tertio de adulteriis*): '*Quod si intra diem sexagesimum manumiserint, erit servus statuliber*'. Per una discussione su questi riferimenti si veda A. Masi, *Nullità (storia)*, 862 n.28.

magistrato può annullare la libertà. Ulp. 11 ad ed. D. 4. 4. 9, 6: ‘adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est’¹⁹⁷.

In buona sostanza comunque l’operatività della ‘*lex Aelia Sentia*’ è rimessa qui al fatto che i creditori abbiano subito un danno dalla frode posta in essere nei loro confronti e facciano poi valere i loro diritti.

Alcuni in verità per spiegare la fattispecie hanno parlato di nullità relativa ovvero anche di nullità pendente o sospesa¹⁹⁸.

Si tratta però di ‘superfetazioni’ moderne, nate in sede esegetica e di qui ‘ipostatizzate’ sul piano dogmatico, senza un reale riscontro nei testi. Si è visto infatti che nel diritto romano, e più in generale nell’orizzonte culturale ellenistico-romano, non v’è spazio che per una nullità assoluta assimilabile all’inesistenza ‘*sub specie iuris*’, e ciò con dovizia di argomenti e di esempi a vari livelli.

“E allora perché parlare di nullità, di fronte a negozi che hanno le caratteristiche della semplice inefficacia, quando poi si è costretti a svuotare dal suo contenuto il concetto stesso della nullità, definendola relativa? Non siamo di fronte ad una terminologia romana e tanto meno ad una classificazione romana. L’una e l’altra sono moderne. Una loro utilizzazione potrebbe giustificarsi solo se realmente esse si prestassero ad accogliere e rappresentare la fenomenologia giuridica romana. Ma nel nostro caso ciò non è possibile.

¹⁹⁷ S. Cugia, *La nullità parziale del negozio giuridico*, 4.

¹⁹⁸ Per un’analitica discussione critica su queste opzioni esegetiche cfr. S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 49-52 (con ricche indicazioni bibliografiche). Propendono per la tesi della nullità relativa e/o pendente – sospesa anche S. Cugia, *La nullità parziale del negozio giuridico*, 4; G. Gandolfi, *In tema di inesistenza, invalidità, inefficacia*, in “*Labeo*” 16, 1970, 74; A. Masi, *Nullità (storia)*, 862.

Forzare la fattispecie della manumissione proibita dalla *Aelia Sentia* nello schema della nullità relativa significherebbe deformarne l'aspetto, svisarne le caratteristiche, forzare il dettato delle fonti, violare la logica laddove essa è rispettata, fare le tenebre dove buio non c'è"¹⁹⁹.

Analoghe considerazioni possono essere spese anche con riguardo all'altra *lex* di età augustea concernente il tema delle manomissioni testamentarie, la '*lex Fufia Caninia*', su cui però è da rilevare subito il minor numero di testimonianze, attese la successiva abrogazione da parte di Giustiniano²⁰⁰.

Anche qui infatti la fonte principale in nostro possesso, e cioè la trattazione di Gaio, parla di '*nullus ordo manumissionis*' e per l'effetto di '*nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint rescindit*'²⁰¹.

¹⁹⁹ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 51-52. Rigetta la tesi della nullità relativa, optando però in questo caso per la nullità assoluta, F. Schulz, *I principii del diritto romano*, trad. it. a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946, 66 n.28. Esclude invece radicalmente la ricostruzione in termini di nullità A. Metro, *La "Lex Aelia Sentia" e le manomissioni fraudolente*, in "*Labeo*" 7, 1961, 147-200, *passim* (partic. le conclusioni a p.200).

²⁰⁰ Si consideri C.7.3.1 (*Imp. Iustinianus A. Menae pp., a.528*): '*Servorum libertates in testamento relictas tam directas quam fideicommissarias ad exemplum inter vivos libertatum indistincte valere censemus, lege Fufia Caninia de cetero cessante nec impediante testantium pro suis servis clementes dispositiones effectui mancipari*' e I.1.7: '*Lege Fufia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertatibus impediendam et quodammodo invidiam, tollendam esse censuimus, cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentia habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediatur libertati, morientibus autem huiusmodi licentiam adimere*'.

²⁰¹ Si tratta di Gaio I 46: '*(...) nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt*'.

Si ripropone pertanto la diade *nullus – rescindit* già rinvenuta in sede di esame della *'lex Aelia Sentia'*, ove si è visto che un'interpretazione 'sintatticamente' orientata porta a riferire il *'nihil agit'* gaiano al profilo effettuale del mancato effetto prodotto, esattamente come in questo caso (*'nulli liberi'*).

Quanto a *rescindere*, invece, ho già fatto notare che il verbo appare invero impiegato in accezioni differenti a seconda dei vari contesti di riferimento. "Ciò del resto mostrano le fonti, ma non senza conservare una sfumatura semantica che ricorda il concetto di rimozione della fattispecie e dei suoi effetti anche se questa risulta dalla dichiarazione di uno stato giuridico preesistente"²⁰².

Questa fine osservazione esegetica induce ad un ulteriore approfondimento, per così dire, di 'critica semantica'.

Il riferimento gaiano in tema di *'lex Fufia Caninia'* evoca infatti altri passi delle *'Institutiones'*, più volte citati ed assai interessanti a tale stregua, pur se collocati in diversa *'sedes materiae'*²⁰³.

Mi riferisco ai testi in cui il giurista si occupa della sorte dei debiti non ereditari dell'arrogato e della donna *'conventa in manum'*. Mentre infatti dei debiti ereditari rispondono direttamente il padre adottivo o il *coemptorator*, le altre obbligazioni invece si estinguono *'iure civili'* a causa della *'capitis deminutio'*. Per ovviare a ciò il pretore concede ai creditori un *'actio utilis'*.

²⁰² M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 562 n.14.

²⁰³ Richiamano questi riferimenti, tra gli altri, su opposti fronti S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 58-60 e A. Masi, *Nullità (storia)*, 860.

*rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse*²⁰⁴.

Qui si attua un tipico caso di intervento del pretore ‘*corrighendi iuris civilis gratia*’²⁰⁵. La ‘*capitis deminutio*’ infatti è perfettamente valida e rimane ‘*iure civili*’ ferma, come si afferma chiaramente (‘*desinit iure civili debere*’). Anzi è proprio questo il presupposto che giustifica l’*actio utilis*’ concessa dal pretore, tramite una *fictio* che opera pertanto solo sul piano del ‘*ius honorarium*’²⁰⁶.

Non mi sembra pertanto possibile parlare in questo caso di *rescindere* come verbo evocativo della nullità della fattispecie di riferimento, proprio perché Gaio, come detto, tiene ben distinti i due piani dello ‘*ius civile*’ e dello ‘*ius honorarium*’ e definisce espressamente l’espedito come una *fictio* pretoria.

²⁰⁴ Mi riferisco a Gaio III 84: ‘*Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero, qui se adoptandum dedit quaeque in manum convenit, desinit esse heres. De eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator, et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione (...)’ e a Gaio IV 38: ‘*Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, veluti mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrompere, introducatur est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse’.**

²⁰⁵ Alludo alla celebre tripartizione ‘funzionale’ del ‘*ius honorarium*’ formulata da Papiniano in D.1.1.7.1 (*Papinianus libro secundo definitionum*): ‘*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrighendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*’.

²⁰⁶ In questo senso si orienta S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 59-60. Diversamente A. Masi, *Nullità (storia)*, 860: “L’idea della rescissione della manumissione potrebbe implicare il fatto di considerare non avvenuta (quindi, inesistente) la manumissione stessa (sul piano del diritto civile)”.

Né mi sembra condivisibile l'orientamento, pur autorevolmente sostenuto, che fa leva sull'ampiezza della sfera applicativa dell'inesistenza per affermare la piena assimilabilità *'sic et simpliciter'* di questo caso ad altre fattispecie in cui si adoperano perifrasi ad indicare la perdita retroattiva di efficacia per fatti sopravvenuti²⁰⁷.

Penso in particolare agli effetti della rinuncia del legatario, secondo la tesi sabiniana riferitaci da Gaio II 195, o all'accertamento del fatto che il processo d'ingenuità sia avvenuto *'non iusto contradictore'*, descrittoci in un frammento, già citato, di Callistrato²⁰⁸.

Ritengo infatti che l'impiego di siffatte perifrasi sia in questi casi piuttosto 'avveduto' ed attesti chiaramente la consapevolezza di un'analogia soltanto 'funzionale' tra la perdita retroattiva di efficacia per fatti o atti sopravvenuti di talune fattispecie e l'inesistenza, non già una loro piena identificazione sul piano 'ontologico'.

Diversamente opinando non si comprenderebbe quanto meno la ragione dell'utilizzo di queste locuzioni così articolate, quando si aveva a disposizione una ricca serie di lemmi, già più volte indicati e di per sé stessi evocativi dell'inesistenza strutturale del sostantivo di riferimento, di cui peraltro lo stesso

²⁰⁷ Questa è la posizione di A. Masi, *Nullità (storia)*, 861.

²⁰⁸ Cfr. Gaio II 195: *'In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quo dita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse, sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse atque si legatum non esset (...)'* e D.40.16.3 (*Callistratus libro quarto de cognitionibus*): *'Cum non iusto contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla iudicata res intervenisset: idque principalibus constitutionibus cavetur'* (citato *supra* in n.45). Ritiene ravvisabile in quest'ultimo caso "una vera e propria inesistenza della pronuncia del giudice" M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 567.

Gaio fa ampio uso nella sua opera. Si tratterebbe a ben vedere in questi casi di una '*lectio difficilior*' difficilmente giustificabile²⁰⁹.

Piuttosto nei citati passi di Gaio, ove si afferma la rescissione della '*capitis deminutio*', mi sembra possibile cogliere un'affinità concettuale con l'istituto pretorio della '*restitutio in integrum*', che "rappresenta lo strumento concettuale tipico di un orizzonte mentale cui è ancora sconosciuta l'idea di annullabilità"²¹⁰. In realtà però "il presupposto necessario perché la *restitutio in integrum* venga concessa è che la fattispecie da essa colpita si consideri valida e capace di produrre effetti. L'unico modo per arrestare questi effetti è quello di far compiere un salto indietro alla situazione. La fattispecie rispetto alla quale si interviene non si nega dunque, non si dichiara inesistente, ma si cancella, si elimina"²¹¹.

Quanto detto fin qui porterebbe dunque ad escludere una possibile equiparazione tra le sfere di applicazione della 'rescissione' e quelle dell'inesistenza.

Ho detto però più volte in precedenza che il verbo *rescindere* appare polisemico e che si atteggia diversamente a seconda dei vari contesti in cui

²⁰⁹ Si considerino in proposito le acute osservazioni di S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 91-92: "Le espressioni usate in questi testi ci indicano chiaramente per quale via i romani giunsero alla concezione di un negozio che, più o meno, si comportava come l'odierno negozio nullo. Vi arrivarono avvicinando la disciplina di questi negozi a quella dei negozi giuridicamente inesistenti. Siamo sulla via per arrivare alla nullità, ma la meta rimane al di fuori della esperienza giuridica romana".

²¹⁰ L. Raggi, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 267.

²¹¹ M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 573.

viene adoperato. Può quindi riferirsi anche “alle dichiarazioni di inesistenza, in rapporto alle quali indica il momento in cui l’inesistenza stessa, anche se presupposta *ab initio*, diviene operante”²¹².

In effetti nelle fonti è possibile rinvenire dei casi in cui il verbo *rescindere* sembra evocare chiaramente l’idea della nullità-inesistenza dell’oggetto inciso. Si possono ricordare a questo proposito due frammenti di Giuliano, citati in precedenza in tema di ‘*lex Aelia Sentia*’²¹³, ove ad essere ‘rescissa’ dalla legge è la *libertas*, negata appunto dalla medesima alle condizioni già considerate.

Sempre in quest’ambito vi è poi un interessante frammento di Macro, che affronta una problematica di ordine processuale²¹⁴.

Il tema dibattuto è quello dei rapporti tra l’appello ed un altro mezzo di impugnazione della sentenza, non specificato ma per lo più ravvisato

²¹² M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 568.

²¹³ Cfr. D.40.9.5.2 (*Iulianus libro 64 digestorum*): ‘*Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Maevio ita promiserit "Stichum aut Pamphilum dare spondes?", deinde, cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur (...)*’ e D.42.8.15 (*Iulianus libro 49 digestorum*): ‘*Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit: libertates datae ratae esse debent, etsi hereditas solvendo non sit, quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorumdem persona exigimus et consilium et eventum et, si quidem creditor, cuius fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium initum non est. Libertates itaque ratae sunt*’. Per i casi, invece, in cui compare la locuzione ‘*ipso iure rescindere*’ si consideri M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 569 e n.49 nonché le acute considerazioni di S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 57 e nn.46-47.

²¹⁴ Si tratta di D.49.8.1 pr. (*Macer libro secundo de appellationibus*): ‘*Illud meminerimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit*’. Indicativa anche la rubrica del titolo in cui è contenuto questo frammento: ‘*Quae sententiae sine appellatione rescindantur*’.

nell'*infinitio* avverso l'*actio iudicati*²¹⁵. Lo scopo perseguito è quello di far dichiarare l'inesistenza del giudicato in una sede diversa ed alternativa all'appello.

Il termine *iudicatum* assume qui chiaramente una duplice connotazione semantica ed indica sia la situazione reale difforme dal relativo paradigma normativo sia un'ipotetica fattispecie concreta asseritamente conforme ma nella specie insussistente, visto che se ne dichiara l'inesistenza.

E' chiaro però che il problema agitato si pone proprio perché è stato effettivamente emanato un *quid* avente tutte le sembianze di una sentenza, di cui si ha pertanto l'interesse a dichiarare l'inesistenza.

“L'accertamento dell'inesistenza, nell'ipotesi in cui non vi sia contro la pronuncia che lo esprime un ulteriore appello, segna in pratica il crearsi di una situazione nuova, alla quale si attribuisce un'efficacia retroattiva, e tale mutamento viene espresso, nel testo esaminato, con il termine *rescindere*”²¹⁶.

Questo è indubbiamente vero, ma se l'essenza semantica del verbo *rescindere* non può prescindere comunque, come detto, dal momento della rimozione della fattispecie e dei suoi effetti occorre chiedersi, a questo punto, cosa vi sia da eliminare a fronte di un *quid* giuridicamente inesistente e soprattutto quale possa essere l'interesse che si fa valere in questo caso. Ritengo sia questo il nodo giuridico centrale che il frammento suscita parlando

²¹⁵ Su questo frammento in generale si veda la trattazione di M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 567-568 (con accurata discussione ed ampie indicazioni bibliografiche alle nn.44-45).

²¹⁶ M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 568.

di rescissione di un *iudicatum* pur inesistente e che investe centralmente la questione del suo significato ‘*sub specie iuris*’.

Ora, l’unica via d’uscita a mio avviso percorribile per dirimere questa che sembra una vera e propria aporia logico-giuridica consiste nel considerare la fattispecie evidenziata nella sua consistenza materiale di fatto, in quanto tale ed anzi solo per questo potenzialmente pregiudizievole per un terzo. Da ciò soltanto la sua legittimazione ed il suo interesse alla rimozione, dal pericolo cioè che il *iudicatum*, di fatto sussistente, venga azionato come titolo nei suoi confronti in sede esecutiva.

In altri termini, per avere un senso l’impugnazione non può avere nulla a che fare con il *iudicatum* in quanto tale, proprio perché quest’ultimo è nullo, cioè ‘inconsistente’ giuridicamente²¹⁷.

Inquadrata in questi termini la questione, ecco scomparire qualsiasi incompatibilità ‘concettuale’ tra rescissione ed inesistenza, che sulle prime appariva evidente²¹⁸. La rescissione, e l’effetto di rimozione che questa necessariamente comporta, attengono infatti al titolo, in sé pregiudizievole per

²¹⁷ Ho tratto evidente spunto per queste considerazioni dalle brillanti osservazioni che Salvatore Satta ha dedicato all’istituto dell’opposizione di terzo (art. 404 c.p.c.), ove si pone un problema diverso ma per certi versi analogo circa i controversi rapporti tra questo mezzo d’impugnazione e la norma fondamentale relativa al contenuto ed agli effetti del giudicato (art. 2909 c.c.), che l’autore risolve centrando la soluzione sul profilo dell’‘esecutività intrinseca’ del titolo, sola potenziale causa di pregiudizio per il terzo. Cfr. in proposito S. Satta e C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova 2000¹³, 552-556.

²¹⁸ Tra l’altro, proprio muovendo dalla ritenuta incompatibilità tra rescissione ed inesistenza dubita della classicità dell’impiego del verbo *rescindere* nel frammento di Macro B. Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in “*Studi in onore di Pietro Bonfante*” IV, Milano 1930, 99.

la sua sussistenza materiale di fatto e a tutto ciò che è stato posto in essere per la sua esecuzione.

Premessa ineludibile di questa impostazione è che, come già detto, l'inesistenza "non significa per i romani che il negozio non esista come fattispecie, sia pure da qualificare nulla. Il negozio che giuridicamente non esiste, può come parvenza di negozio, avere una esistenza di fatto"²¹⁹.

Di questa stretta connessione tra rescissione e fatto giuridico nella sua materialità abbiamo peraltro alcuni precisi ed assai indicativi riscontri testuali nelle fonti.

Già a partire dalla stessa definizione delle '*leges perfectae*', nell'*incipit* dei '*Tituli ex corpore Ulpiani*', *rescindere* viene associato ad un *factum*, a richiamare anche lessicalmente l'effetto restitutorio e ripristinatorio collegato alla fase esecutiva nella sua 'materialità'²²⁰. In altri passi, con analogo pregnanza, si fa riferimento ai *gesta*²²¹.

²¹⁹ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 86.

²²⁰ Si rammenti '*Tituli ex corpore Ulpiani*' I, 1-2: '<*Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit; (...)*'. Uno spunto, ancorché non pienamente esplicitato e sviluppato, in questa direzione è ravvisabile in M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 571, per il quale, in tema di '*lex perfecta*', *rescindere* "può indicare anche una dichiarazione di inesistenza (in questo caso già enunciata nel dettato normativo della *lex* prima che stabilita in concreto da un giudice), sottolineando però ciò che questa contiene di innovativo rispetto alla situazione di fatto che sia stata posta in essere trasgredendo alla *lex*". Cfr. anche Gaio I 46: '(...) nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt'.

²²¹ Esemplicativamente si consideri D.4.4.24.1 (*Paulus libro primo sententiarum*): 'Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt. Ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his

“Attraverso una simile considerazione teleologica che emerge, riferita a tipi diversi di provvedimenti, anche da altre testimonianze, si instaura un rapporto di affinità tra la dichiarazione di inesistenza e la *restitutio in integrum*, il quale ovviamente contraddice al modo in cui queste si configurano (e si distinguono) sotto il profilo formale”²²².

‘Rescissione’ e nullità – inesistenza sono infatti due istituti non incompatibili, per i motivi precisati, ma che restano ben distinti sul piano formale, in quanto operano su piani diversi: la nullità attiene al profilo ‘ontologico’ della fattispecie negandone la ‘consistenza’ giuridicamente intesa mentre la ‘rescissione’ è volta a rimuoverne gli effetti prodotti all’esito dell’esecuzione materiale, agendo in funzione ripristinatoria²²³.

contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet e D.42.8.22 (Scaevola libro quinto responsorum): ‘Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent’, inserito nel titolo relativo al commento della clausola edittale ‘Quae fraudationis causa gesta erunt’.

²²² M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 568-569.

²²³ A questo proposito una suggestione ulteriormente chiarificatrice penso possa essere tratta dal diritto processuale amministrativo odierno in tema di effetti del giudicato, pur nell’ovvia diversità di contesto e di presupposti, ove la giurisprudenza distingue notoriamente tra effetti caducatori, che attengono alla rimozione dell’atto lesivo, ed effetti ripristinatori, che concernono la reintegrazione della realtà materiale allo ‘*status quo ante*’ l’atto caducato. Anche qui i due effetti, pur concomitanti, sono formalmente ben distinti in quanto hanno oggetto e caratteristiche ben diversi.

La 'rescissione' pertanto si atteggia concettualmente a mo' di 'iperonimo' consentendo una sintesi '*quoad effecta*' tra fenomenologie pur strutturalmente diversificate²²⁴.

4. La valenza del termine *imperfectum* nelle fonti concernenti gli atti tra vivi.

Terminata la discussione sugli aspetti salienti concernenti la problematica delle '*leges perfectae*', intendo ora passare ad analizzare alcune fonti ove compare l'aggettivo *imperfectum* in riferimento a taluni negozi, soffermandomi sempre soprattutto sugli atti tra vivi, nell'ottica delle linee guida del presente lavoro.

Questa disamina si rivela particolarmente interessante in quanto la chiarificazione della valenza semantica ed applicativa del termine *imperfectum* consente di meglio comprendere, direi quasi in contrappunto, la problematica della nullità nell'ambito del diritto romano²²⁵.

Cominciando dal dato strettamente letterale, l'aggettivo *imperfectum* si trova spesso impiegato nelle fonti in contrapposizione al suo contrario,

²²⁴ In questo senso si orientano le osservazioni di sintesi di M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 569: "Si può dire che il pensiero giuridico romano, facendo leva sul momento della rimozione degli effetti (individuato appunto col termine *rescindere*), avverta sia pure in forma estremamente sommaria una analogia funzionale tra la dichiarazione di inesistenza, come risultato di una difformità dallo *ius civile*, e i rimedi di marca pretoria sorti per rimediare all'iniquità di fattispecie formalmente perfette".

²²⁵ Su questa problematica si consideri in generale la monografia di L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum'*, I. *La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, in "Archivio giuridico" CXXIV, 1940, 3-53.

perfectum, di cui rappresenta la negazione a livello etimologico (*imperfectum* = *non perfectum*). Il significato è all'incirca quello del termine italiano 'imperfetto', nel senso di non finito, incompleto²²⁶.

L'idea fin qui evocata è pertanto quella dell'incompletezza strutturale e quindi, trasponendo il discorso '*sub specie iuris*', della mancata integrazione della fattispecie, del difetto di qualche elemento costitutivo del negozio.

Occorre considerare adesso se queste 'suggestioni' di ordine meramente lessicale trovino un riscontro all'esito di un esame puntuale delle fonti giuridiche in nostro possesso.

Inizierei in proposito da un frammento di Gaio, in tema di '*arbitrium boni viri*' della parte nella determinazione della prestazione nell'ambito della compravendita, laddove il giurista reputa '*imperfectum esse negotium*' qualora il venditore rimetta al compratore la precisazione dell'oggetto dell'acquisto: '*quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum*'²²⁷.

Il testo è da sempre vivacemente discusso dalla critica romanistica circa il valore da attribuire alla clausola che rimetta alla parte o ad un terzo la

²²⁶ Analogo è il significato rinvenibile nelle fonti letterarie, ove il significato di *imperfectus* è quello di '*nondum absolutus*', '*non perfectus*' (cfr. E. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis e Thesaurus linguae latinae* s.v. *imperfectus*).

²²⁷ Si tratta di D.18.1.35.1 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*): '*Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum"*'.

determinazione del prezzo²²⁸. Alcuni ritenevano infatti che per i romani un negozio siffatto non potesse che essere nullo (Albertario, Grosso); altri negavano l'affermata equivalenza in questo caso tra '*negotium imperfectum*' e negozio nullo o comunque invalido (Windscheid); altri ancora pensavano che l'aggettivo *imperfectum* stesse qui ad indicare che le clausole 'arbitrali' predette determinavano il passaggio del *periculum* in capo al compratore soltanto dopo la fissazione del prezzo (Levy)²²⁹.

Per parte mia ritengo che questo testo, a ben vedere, lasci del tutto impregiudicata la '*vexata quaestio*' della validità o meno di queste clausole ove annesse ad una compravendita, limitandosi il giurista a definire il negozio *imperfectum*, e cioè letteralmente 'incompleto' nell'attesa della definizione dell'oggetto da parte dell'acquirente²³⁰.

Del resto, anche nelle '*Institutiones*' Gaio si limita a dire che il prezzo della compravendita '*certum esse debet*', riferendo poi i numerosi contrasti tra i *prudentes* sulla validità o meno della clausola di determinazione della *res* oggetto del contratto da parte di un terzo, senza esprimere la sua opinione in merito²³¹.

²²⁸ Sul punto già i giuristi romani apparivano divisi ed è noto che la questione fu risolta da una costituzione di Giustiniano: C.4.38.15 (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp., a.530*) e I.3.23.1.

²²⁹ Su tutto ciò si veda L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 4-5 e 41-44, con discussione delle varie tesi e puntuali riferimenti bibliografici.

²³⁰ In questo senso si orienta anche L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 43-44.

²³¹ Mi riferisco a Gaio III 140: '*Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc*

Fin qui dunque si versa in un sostanziale *'non liquet'*, anche se è possibile rinvenire in un altro frammento, sempre di Gaio, un chiaro indice testuale circa il senso attribuito dall'autore al concetto di *perfectum*. Si tratta di una sorta di *definitio*, che evidenzia la prospettiva 'strutturale' dell'ottica adottata: *'(...) quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret'*²³².

Sempre in tema di compravendita, peraltro, centrale è la nozione di *'emptio perfecta'* ai fini della determinazione del momento di passaggio del *periculum* in capo all'acquirente, secondo la regola 'paolina': *'nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet'*. Di regola, infatti, la vendita si considerava *perfecta* nel momento della formazione dell'accordo, trattandosi di un tipico contratto consensuale; eccezionalmente tale momento si spostava in avanti, come nel caso di vendita pattuita sotto condizione sospensiva, in cui la perfezione del negozio si aveva nel momento di realizzazione della condizione²³³.

negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem: cuius opinionem Proculus secutus est.

²³² Si tratta di D.1.2.1 (*Gaius libro primo ad leges XII tabularum*): *'Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est (...).'*

²³³ Cfr. D.18.6.8 pr. (*Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*): *'Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condizione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res*

Anche qui si riproduce con ogni evidenza la prospettiva strutturale, 'etimologicamente' connotata, nel delineare la figura dell'*emptio perfecta*'.

Sempre in quest'ambito un ulteriore approfondimento merita però la fattispecie della vendita sospensivamente condizionata.

Nel frammento paolino poc'anzi citato, infatti, quest'ultima viene considerata *perfecta* soltanto nel momento di avveramento della condizione, ai fini del passaggio del *periculum* a carico del compratore. Sicché, nella specie, sembrerebbe adottata da parte del giurista severiano una prospettiva 'funzionale' nella definizione del concetto di perfezione del negozio, orientata cioè al momento 'dinamico' della produzione degli effetti.

Questo è indubbiamente vero, per così dire, 'in positivo', dato che la ricognizione testuale già nella sua letteralità non lascia spazio a dubbi.

A rigore, però, il passo citato parla soltanto di 'perfezione' della compravendita condizionata, con riguardo al momento della realizzazione della condizione; non qualifica invero *imperfectum* il negozio nella situazione precedente, e cioè nella pendenza della condizione. In quest'ultimo caso la compravendita è senz'altro 'non perfetta' ma non è detto sia anche 'imperfetta'.

A questo punto qualcuno potrebbe tacciare questo ragionamento di eccessiva sottigliezza financo 'sofistica', sostenendo un facile ricorso ad un

tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris'.

classico *'argumentum ex silentio'* ovvero ad un ancor più agevole *'argumentum a contrario'*.

Senonché è lo stesso Paolo ad impostare la questione in cotal guisa, quando, in un frammento recepito in altro titolo del Digesto, a proposito dell'acquisto *'sub condicione'* di uno schiavo, considera *inutiliter* esperita l'azione redibitoria in pendenza della condizione, *'quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest'*²³⁴.

Una compravendita *'sub condicione'*, compiutamente formata ma non ancora efficace, viene qualificata quindi *'nondum perfecta'*, non già *imperfecta* come invece avverrebbe ove difettesse di un proprio elemento costitutivo²³⁵.

Ricostruita in questi termini la nozione di *'negotium imperfectum'* adottata dai giuristi classici, occorre dire adesso che non tutti i passi rinvenibili nelle fonti sono pienamente *'affidabili'* a tale stregua. In alcuni testi infatti il significato dell'attributo *imperfectum* appare particolarmente sfumato, ambiguo, meno univocamente definito. Si tratta per lo più di brani ritenuti in genere non genuini

²³⁴ Mi riferisco a D.21.1.43.9 (*Paulus libro primo ad edictum aedilium curulium*): *'Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit'*. Per alcune osservazioni sulla genuinità di questo passo cfr. L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 52-53 n.3.

²³⁵ In questi termini si esprime L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 52-53 n.3: "Osserva esattamente Paolo, che un conto è la vendita *«imperfecta»* (che trae dai suoi elementi costitutivi la sua imperfezione) ed un conto è la vendita condizionata, che non è *«imperfecta»*, ma, caso mai, *«nondum perfecta»*".

dalla critica romanistica in quanto successivamente rimaneggiati, e quindi interpolati²³⁶.

Sempre in tema di compravendita, tra questi ultimi è possibile annoverare un frammento di Ulpiano, già citato *supra* in quanto estremamente significativo per ricostruire la nozione romana di *nullus* come inesistente²³⁷.

Si tratta di un passo, estratto dal commentario '*ad Sabinum*', in cui il giurista severiano discute di varie ipotesi di errore da parte dei contraenti sull'oggetto del contratto ('*error in corpore*', '*error in nomine*', '*error in substantia*') e della loro incidenza ai fini della configurabilità stessa, in questi casi, di un contratto di compravendita.

In particolare, premessa la necessità del *consensus* nelle compravendite, Ulpiano afferma: '*ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est*', al che segue la prospettazione di un esempio di '*error in corpore*', nel qual caso '*emptio nulla est*'.

La frase evidenziata viene generalmente ritenuta interpolata con buoni argomenti: a parte il *ceterum* iniziale, v'è il tenore generale del sintagma, che

²³⁶ Questa è l'opinione in proposito di L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum', passim* (partic. 44-53).

²³⁷ Cfr. *supra* il secondo paragrafo di questo capitolo, partic. pp.51-53. Si tratta di D.18.1.9 pr. (Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum): '*In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem*'.

suona come una glossa esplicativa e non si amalgama proprio benissimo per il suo contenuto con il prosieguo²³⁸.

In quest'ambito non risulta poi chiarissimo il significato e la valenza dell'espressione '*emptio imperfecta est*', ove il predicato *imperfecta* sembrerebbe impiegato come sinonimo di *nullus*, che si ripete per ben due volte nei due periodi immediatamente seguenti, ma potrebbe anche alludere al difetto di uno degli elementi costitutivi del negozio, cioè nell'accezione 'tecnica' come poc'anzi ricostruita²³⁹.

Ciò chiarito, alcuni casi in cui l'impiego del termine *imperfectum* è particolarmente significativo sono ravvisabili anche al di fuori dell'ambito della compravendita, su cui mi sono intrattenuto finora.

Un esempio in proposito è dato da un frammento ancora di Ulpiano in tema di '*donatio mortis causa*'²⁴⁰.

Qui si fa il caso di un tale che pone in essere una donazione '*mortis causa*' e successivamente subisce una '*capitis deminutio*'. Il giurista conclude

²³⁸ Si considerino in proposito gli autori citati dall'*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, 309 e da L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 48 nn.1-2. L'opinione di Aru circa il significato del predicato *nullus* in questo passo, "essenzialmente dal punto di vista della efficacia del negozio", mi trova in pieno disaccordo, come emerge dalla mia impostazione della problematica della nullità in diritto romano, radicalmente differente dalla sua con ogni evidenza.

²³⁹ Analoghe sul punto le argomentazioni critiche di L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 48.

²⁴⁰ Il riferimento è a D.39.6.7 (*Ulpianus libro trigensimo secundo ad Sabinum*): '*Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant*'.

affermando che la donazione predetta '*removetur ut imperfecta*', sebbene le altre donazioni fatte '*sine suspicione poenae*' rimangano valide²⁴¹.

Va premesso che questo testo non è stato inciso da sospetti di interpolazioni e può essere considerato pertanto genuino.

In questo contesto risulta abbastanza chiaro l'impiego di *imperfecta* nel senso 'strutturale' già considerato, in quanto con la successiva '*capitis deminutio*' dell'autore viene meno uno o più di quegli *status* che costituiscono un presupposto necessario dell'atto.

Nella specie ciò assume un particolare rilievo dal momento che il soggetto agente, divenuto '*capite minutus*', non è più in grado di confermare l'atto o di revocarlo. In questa materia infatti il diritto di revoca riveste un ruolo assolutamente primario, essendo riconosciuto in capo al donante ancor prima che venga meno la causa specifica giustificatrice della '*donatio mortis causa*'²⁴².

E' proprio per questo che un altro frammento di Ulpiano afferma assai significativamente che una '*donatio mortis causa*' non si considera *perfecta* '*antequam mors insequatur*'²⁴³.

²⁴¹ Queste altre donazioni, di cui si parla nella subordinata concessiva, dovrebbero intendersi come ordinarie donazioni '*inter vivos*', perché altrimenti non avrebbe senso la contrapposizione prospettata da Ulpiano. In questo senso si orienta anche la Glossa, con Accursio che aggiunge al lemma *donationes* la specificazione '*inter vivos*'. Analoghe considerazioni in L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum'*, I. La terminologia '*imperfectum*' e l'efficacia del '*negotium imperfectum*', 39 e n.4.

²⁴² Cfr. per tutti su questo aspetto D.39.6.16 (*Iulianus libro vicensimo nono digestorum*): '*Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convallescere possit donator, revocari potest*'.

²⁴³ Si tratta di D.39.6.32 (*Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum*): '*Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*'.

“La donazione diviene «imperfetta» in quanto si rende impossibile, per la *capitis deminutio* del testatore, quella che la Glossa chiama la «*extrema confirmatio*» («*quia extrema confirmatio deficit*») e che era un requisito richiesto dalla *Oratio Severi* per la sua perfezione”²⁴⁴.

Su queste basi mi riesce assai difficile comprendere quanto l'autore ora citato afferma poco prima, sempre in sede di analisi esegetica dello stesso brano: “che qui il termine «*imperfecta*» non significhi «invalida» «inefficace» mi sembra evidente, ché altrimenti la *donatio mortis causa* avrebbe dovuto sempre essere definita come un negozio «imperfetto». Non mi sembra invece che possano avanzarsi dei dubbi sul fatto che la *donatio mortis causa*, in quanto tale, è un negozio perfetto, anche se i suoi effetti sono deferiti alla morte del testatore. Essa si trova nella stessa situazione del testamento”²⁴⁵.

Innanzitutto, infatti, l'affermazione secondo cui la '*donatio mortis causa*' sarebbe, in quanto tale, un negozio perfetto, pur con gli effetti differiti al momento della morte del suo autore, mi sembra espressamente smentita da quanto lo stesso Ulpiano afferma nell'altro frammento citato poc'anzi, ove non considera *perfecta* la donazione '*antequam mors insequatur*'²⁴⁶.

Che poi la '*donatio mortis causa*' sarebbe “sempre” un negozio inefficace mi sembra anche questo un assunto contraddetto '*per tabulas*' dalle fonti, che,

²⁴⁴ L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 40.

²⁴⁵ L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 39-40.

²⁴⁶ Mi riferisco a D.39.6.32 (*Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum*), citato *supra* in n.130.

sempre ad opera dello stesso Ulpiano, distinguono tre *species* di questa figura, affermandone ora l'immediato effetto traslativo della *res* donata ora il suo differimento all'avvenuta morte del disponente²⁴⁷.

Non è pertanto possibile equiparare quest'atto al testamento, sostenendo che entrambi versino "nella medesima situazione", dato che solo quest'ultimo si configura come un atto revocabile destinato fisiologicamente ad avere efficacia dopo la morte del testatore.

Nel nostro caso invece "*la causa donandi*, poiché la liberalità si compiva nella previsione della morte del donante, si combinava in tal modo con la *causa mortis*. Si parlò pertanto di *donatio mortis causa*, e si affermò ad opera dei giuristi di scuola sabiniana il principio per cui il donante, una volta guarito o comunque sopravvissuto al pericolo (e al donatario), potesse pretendere, con la *condictio*, il ritrasferimento di quanto donato, essendo venuta a mancare la *causa* per la quale in precedenza si era proceduto all'atto di alienazione. L'idea del donante – si precisò – era stata di preferire se stesso al donatario e il donatario ai propri eredi"²⁴⁸.

²⁴⁷ Cfr. a questo specifico riguardo D.39.6.2 (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum*): '*Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta*'.

²⁴⁸ M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006, 563. Circa l'ultimo aspetto su cui si sofferma la citazione si veda D.39.6.1 pr. (*Marcianus libro nono institutionum*): '*Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum*'.

Tutto ciò chiarito riguardo alla fattispecie della *'donatio mortis causa'*, ritengo a questo punto utile considerare un interessante frammento di Papiniano in tema di *stipulatio*.

Qui si ha un tale che si fa promettere da un terzo *'te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes'*. Qualora venga omesso erroneamente il giorno per la *statio* del *'reus promittendī'* e lo stipulante agisca *'ut certo die sisteres'* il giurista conclude nel senso che *'imperfecta erit stipulatio'*. Lo stesso avviene qualora si stipuli a peso, numero o misura senza definire le relative quantità, o si pattuisca di edificare un'*insula* senza indicare il luogo, ovvero di dare un fondo senza specificarne il nome²⁴⁹.

Questo testo è stato oggetto di numerosi sospetti interpolazionistici, soprattutto per quanto riguarda il secondo ed ultimo periodo ove suscitano seri dubbi, in particolare: la costruzione iniziale con *quodsi*, il brusco cambio modale *'si non stetisses, pecuniam dares'* e l'inaspettato *declaratum* in tema di oggetto della *stipulatio*²⁵⁰.

²⁴⁹ Si tratta di D.45.1.115 pr. (*Papinianus libro secundo quaestionum*): *'Ita stipulatus sum: "Te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?" si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio. non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. Quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires habeat, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse'*.

²⁵⁰ In tema di critica testuale si considerino le osservazioni di L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum'*, I. *La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 40-41, con le relative indicazioni bibliografiche (p.40 n.1) cui si possono aggiungere gli autori citati nell'*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, 391.

In quest'ambito il predicato *imperfecta* mi sembra mostri con chiarezza il suo significato 'strutturale', volto ad indicare l'assenza di un elemento costitutivo della fattispecie in discussione. Si tratta infatti dell'omissione del giorno fissato per la comparizione del promittente nella formula della *stipulatio* e questa valenza viene viepiù accentuata dai tre esempi citati a raffronto nell'immediato prosieguo del periodo. A venire in rilievo qui è sempre un requisito essenziale per la 'perfetta' definizione della vicenda negoziale: *pondus, numerus, mensura; locus insulae; nomen fundi*²⁵¹.

Ciò detto, è interessante notare singolari ed assai significative affinità tra questo brano di Papiniano ed un frammento del coevo Ulpiano, che riprende in parte i medesimi contenuti in tema di *stipulatio* offrendone un'interessante chiave interpretativa.

Ulpiano infatti, dopo aver affermato che una *stipulatio* avente ad oggetto la costruzione di un'*insula* senza l'indicazione del luogo '*non valet*'²⁵², passa a trattare subito appresso il caso di una stipulazione soltanto in apparenza incompleta, in quanto l'elemento mancante può ivi essere considerato implicitamente presente, recuperato cioè in via interpretativa. Non si tratta pertanto qui di un negozio *imperfectum* e così infatti non viene definito.

²⁵¹ In questo senso si orienta anche L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 41. Nonostante cotali 'evidenze sintattiche' considera il lemma *imperfecta* qui impiegato nel senso di 'nulla' G. Grosso, *Le clausole «si putaveris» «si aestimaveris» e simili nei fedecommissi, e la dottrina dell'arbitrium boni viri*, in "Studia et documenta historiae et iuris" 1, 1935, 6 n.11.

²⁵² Mi riferisco a D.13.4.2.5 (*Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum*): '*Si quis insulam fieri stipuletur et locum non adiciat, non valet stipulatio*'.

La fattispecie descritta è quella di un tale che stipula *'Ephesi decem dari'* senza specificare il *dies* di riferimento. Il giurista severiano soggiunge subito che in questo caso male agirebbe lo stipulante ove esercitasse le sue azioni prima di quando possa pervenire ad Efeso, che deve intendersi come il momento che le parti hanno implicitamente concordato. Questa *stipulatio* è dunque valida in quanto *'diem tacite huic stipulationi inesse'*, e tale è anche il pensiero di Giuliano, che considerava *inutiliter* contratta la *stipulatio* di colui *'qui Romae stipulatur, hodie Carthagine dari'*²⁵³.

Il *discrimen* è dato allora dall'obiettiva determinabilità o meno della prestazione dedotta in contratto. "Il raffronto fra l'ipotesi prospettata nel fr. 115 D. 45, 1 e quella del fr. 2 § 6 D. 13, 5 ci indica che la fattispecie del negozio può presentare una imperfezione solo apparente, e ciò si verifica nel caso che sia possibile una interpretazione integrativa della volontà dei contraenti oppure se, in base agli elementi che lo stesso rapporto fornisce, possa determinarsi l'elemento della prestazione apparentemente mancante"²⁵⁴.

In buona sostanza, si tratta di un'applicazione 'negoziale' del criterio ermeneutico, di stampo celsino, volto a scegliere nel dubbio la lettura esegetica

²⁵³ Cfr. D.13.4.2.6 (*Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum*): *'Qui ita stipulatur "Ephesi decem dari": si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, perperam ante diem agit, quia et Iulianus putat diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait eum, qui Romae stipulatur hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari'*.

²⁵⁴ L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 42 n.3.

che conferisce un senso al dettato legislativo piuttosto che infirmarlo, in un'ottica quanto più possibile conservativa²⁵⁵.

Questo paragrafo di Ulpiano, citato a raffronto, consente dunque di suffragare ulteriormente la valenza semantica dell'attributo *imperfecta* in chiave 'strutturale', riferito alla *stipulatio* nella fattispecie descritta da Papiniano nel surriferito frammento.

Per quanto riguarda invece l'atto uguale e contrario di quest'ultima, e cioè l'*acceptilatio*, è possibile citare un altro frammento di Paolo, recepito nell'apposito titolo del Digesto, in cui compare il medesimo predicato *imperfecta*, in un contesto però fortemente sospetto quanto alla genuinità del dettato letterale.

Qui si afferma infatti il principio fondamentale dell'inefficacia estintiva dell'*acceptilatio* quale atto formale, '*quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt*', concludendo nel senso che '*imperfecta est liberatio*'²⁵⁶.

²⁵⁵ Il riferimento è ovviamente a D.1.3.19 (*Celsus libro trigensimo tertio digestorum*): '*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*'.

²⁵⁶ Si tratta di D.46.4.14 (*Paulus libro duodecimo ad Sabinum*): '*Nisi consentiat acceptilatio cum obligatione et nisi verum est, quod in acceptilatione demonstratur, imperfecta est liberatio, quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt*'.

Il testo, già autorevolmente sospettato di interpolazioni da più parti, non appare invero pienamente convincente sotto alcuni rilevanti profili²⁵⁷.

Innanzitutto, l'impiego del lemma generico *obligatio* per *stipulatio*, sola forma contrattuale 'solubile' mediante *acceptilatio* per un giurista classico; il significato poi dell'intera seconda protasi '*nisi verum est quod in acceptilatione demonstratur*', niente affatto perspicuo; da ultimo, l'apodosi '*imperfecta est liberatio*', in cui *imperfecta* sembra alludere piuttosto al mancato effetto estintivo che ad un difetto strutturale della fattispecie, nell'accezione già più volte vista e che può considerarsi autentica²⁵⁸.

E' possibile pertanto inferirne un ulteriore sia pure 'indiretto' sostegno all'esegesi del lemma *imperfectus* nella recuperata veste semantica strutturale-costitutiva.

5. Nullus ed espressioni simili nelle 'Institutiones' di Gaio.

Chiarita così la valenza semantica del termine *imperfectum* alla luce dei passi più significativi desumibili dalle fonti in nostro possesso, anche in contrappunto con altri brani ritenuti meno affidanti da parte della più autorevole critica romanistica, intendo ora aprire una 'sezione' del presente lavoro dedicata alle '*Institutiones*' di Gaio.

²⁵⁷ Sui dubbi di Solazzi e di Riccobono circa la genuinità di questo testo e per le relative indicazioni bibliografiche si veda L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 48-49 e nn.3-5.

²⁵⁸ Per analoghe considerazioni sul punto cfr. L. Aru, *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, 49.

In particolare, desidero trattare il tema in esame, relativo alla nullità in diritto romano, esaminando come questo si atteggia nell'operetta gaiana partitamente sotto tre aspetti fondamentali.

Non bisogna dimenticare infatti che il manuale di Gaio costituisce l'unica opera della giurisprudenza di età classica ad essere fortunatamente pervenuta fino a noi pressoché per intero. Tanto basta a conferirle per ciò solo un'assoluta centralità, non sminuita dalla consapevolezza circa la sua natura di prontuario volto all'insegnamento dei fondamenti del diritto per gli studenti, le '*Institutiones*' appunto²⁵⁹.

Alla luce di ciò mi propongo di offrire, innanzi tutto, un quadro sistematico delle ricorrenze dell'aggettivo *nullus* e delle locuzioni più significative a questo simili nell'opera di Gaio. Il fine è di sondarne l'intima essenza semantica e compararne gli esiti con quanto finora emerso circa la sua piena assimilabilità al concetto 'ontologico' dell'inesistenza²⁶⁰.

Seguono poi due interessanti e specifici corollari di questa 'premessa' terminologica.

²⁵⁹ Sul manuale gaiano in generale e sotto vari profili si consideri per tutti la raccolta di studi "*Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano)*", Milano 1981.

²⁶⁰ Su questo punto si veda soprattutto l'analisi condotta nel secondo paragrafo di questo capitolo: "Inesistenza e nullità: *nullus* nelle fonti giuridiche romane".

Il primo è relativo alla categoria delle *'res nullius'* la cui inconsistente valenza *'assoluta'* comprova nella specie quanto affermato sul concetto di *nullus* nel contesto delle *'Institutiones'*²⁶¹.

L'altro consiste nell'analisi di un paragrafo assai noto e vivacemente discusso dalla critica romanistica (III 176), in tema di efficacia novativa parziale della *'stipulatio inutilis'*, ove si trova un uso assai *'sorvegliato'* e niente affatto casuale della coppia di attributi *nullus* ed *inutilis* in relazione alla *stipulatio*, come si vedrà²⁶².

Definita così a grandi linee la sistematica della *'sezione'* gaiana, intendo ora procedere, come detto, muovendo da un inquadramento iniziale di ordine terminologico-lessicale.

Mi soffermerò soprattutto su *nullus*, *'nihil agere'* e *inutilis*, che ritengo necessario giustapporre, attesa la loro assoluta centralità a tale stregua, avvalendomi dell'opera del Zanzucchi quale prezioso ausilio lessicografico²⁶³.

Non stupisce, innanzi tutto, di trovarsi al cospetto di una serie di attributi e non già dei corrispondenti sostantivi astratti. Come ricordato in apertura di questo capitolo, gli *'istituti'* tipici del diritto civile odierno, come l'*'invalidità'* o la *'nullità'*, sono infatti figli di un processo di sostantivazione astrattizzante proprio

²⁶¹ Cfr. per questo aspetto il paragrafo immediatamente seguente: "Il concetto di *'res nullius'* in Gaio".

²⁶² Questo è l'oggetto specifico del settimo paragrafo di questo capitolo: "*Nullus ed inutilis* in Gaio III 176: esegesi e problematiche".

²⁶³ Mi riferisco a P.P. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Milano s.d., s.v. *nullus, nihil + ago, inutilis*.

della dogmatica moderna, risalente fondamentalmente all'elaborazione pandettistica in uno con la teoria del 'negozio giuridico' ('Rechtsgeschäft'), cui sono pressoché integralmente correlati.

“Tale metodo serve a manipolare i dati testuali e si differenzia nettamente dai modi di procedere della giurisprudenza romana, che rispetto alla problematica dell'invalidità utilizza una serie di predicati, senza però organizzarli in una precisa struttura classificatoria, quindi dal punto di vista moderno con non poche incongruenze, e soprattutto senza ricavare da essi altri sostantivi astratti da usare come schemi generali di cui non ha evidentemente bisogno, legata com'è ad una visione casistica del fenomeno giuridico”²⁶⁴.

Ciò rammentato, giova iniziare la disamina da *nullus*, di cui si contano settantanove occorrenze nel testo delle 'Institutiones' gaiane²⁶⁵.

Ad un attento esame queste rivelano, con ogni evidenza, quella valenza semantica 'ontologica' già posta in risalto *supra*, in sede di analisi esegetica su alcuni passi significativi tratti per lo più dal Digesto²⁶⁶.

Nullus viene infatti per lo più adoperato in accezione meramente 'denotativa', giustapposto a sostantivi spesso senza alcuna 'pregnanza'

²⁶⁴ M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 561; cfr. anche le più diffuse considerazioni spese *supra*, nella “Premessa” di questo capitolo, su questo interessante profilo.

²⁶⁵ La fonte da cui ricavo il dato è il già citato P.P. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, s.v. *nullus*, 75.

²⁶⁶ Alludo ai testi citati e discussi *supra* nel secondo paragrafo di questo capitolo: “Inesistenza e nullità: *nullus* nelle fonti giuridiche romane”.

giuridica, a sottolinearne la mera inesistenza per così dire ‘*sub specie facti et iuris*’.

In questo senso distinguerei una serie di casi sotto l’egida gaiana, in ordine ‘scalare’ di rilevanza giuridica.

Innanzitutto, l’uso meno ‘connotante’ di *nullus*, in locuzioni o *iuncturae* tipo ‘*nullo modo*’ oppure ‘*nulla ratio*’ o simili²⁶⁷. In quest’ambito mi sembra particolarmente significativo un paragrafo, ove in tema di giorni utili per la ‘*cretio vulgaris*’ Gaio afferma: ‘*Nam vulgari cretione data nulli dies computantur, nisi quibus scierit quisque se heredem esse institutum et possit cernere (...)*’²⁶⁸. Qui la costruzione sintattica ‘*nulli dies – nisi quibus*’ evidenzia ed esalta la valenza radicalmente ‘negativa’ dell’aggettivo *nullus* in modo esemplare.

Vi è poi l’impiego sostantivato, *nullius* come genitivo di *nemo*, riscontrabile nella locuzione ‘*res nullius*’, che compare in tutto sei volte nel manuale gaiano, di cui due in una parte mutila del testo oggetto di integrazione²⁶⁹. In questo caso la sostantivazione non ‘ipostatizza’ affatto l’attributo *nullus* in veste di *nemo*, in quanto nella sistematica generale delle *res*, e prima ancora direi nella ‘*forma mentis*’ del giurista, Gaio, nell’ambito delle ‘*res humani iuris*’, distingue tra ‘*res privatae (...) quae singulorum hominum sunt*’ e ‘*res publicae*’ che ‘*nullius videntur in bonis esse: ipsius universitatis esse*

²⁶⁷ Nelle ‘*Institutiones*’ si contano otto ricorrenze per ‘*nullo modo*’ (I 25, 104, 137a; II 38, 218; III 41, 58, 67); quattro invece per ‘*nulla ratio*’ o simili (I 190; II 219; IV 24, 63).

²⁶⁸ Si tratta di Gaio II 172.

²⁶⁹ ‘*Res nullius*’ compare nei seguenti paragrafi: II 9, (9²), 11, 66, 200.

*creduntur*²⁷⁰. Questo significa che ciò che non è di alcuno, a ben leggere, è *publicus*, cioè dell'*universitas*, di tutti. Non esistono pertanto le '*res nullius*' in quanto tali, non essendo concepibile nell'orizzonte culturale di un greco-romano un siffatto sostanziale ossimoro, che equivarrebbe a sostenere che il 'non essere' sia²⁷¹.

Ciò chiarito, la valenza 'ontologica' e non già meramente 'qualificante' di *nullus* viene ulteriormente avvalorata dalla verifica del suo utilizzo nell'ambito negoziale e del diritto delle obbligazioni. *Nullus* risulta infatti associato cinque volte ad *obligatio* e soltanto tre volte a figure negoziali, di cui due specifiche ed una generica²⁷².

Quest'uso mi sembra quindi assai indicativo, in quanto '*nulla obligatio*' sta a significare il mancato sorgere di una *obligatio*, cioè del vincolo, dell'effetto giuridico mentre nelle tre occorrenze 'negoziali' *nullus* ne giunge a negare la stessa configurabilità come fattispecie giuridicamente rilevante²⁷³.

²⁷⁰ Cito da Gaio II 11.

²⁷¹ Come detto, mi soffermerò su questo interessante profilo nel prossimo paragrafo a ciò specificamente dedicato.

²⁷² Per '*nulla obligatio*' cfr. Gaio II 82, 84; III 119, 131; IV 78. Quanto alle occorrenze 'negoziali' si tratta di Gaio II 258 ('*nullis stipulationibus*'); Gaio III 106 ('*nullum negotium*'); Gaio IV 119 ('*nullum pactum conventum de non petenda pecunia*'). Non appare del tutto esatta pertanto l'affermazione di A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche" 3.10, 1959-1962, 91: "Nelle Istituzioni di Gaio, infatti, il termine *nullus* non si trova mai riferito ad un negozio giuridico: si dice, se mai, proprio in Gai. 3, 176, in un caso in cui la *stipulatio* è *inutilis, posterior obligatio nulla est*".

²⁷³ Quanto al primo aspetto mi sembra assai indicativo Gaio IV 78, con ben due ricorrenze testuali di *nullus* nello stesso paragrafo a rafforzare l'intento negativo sul piano effettuale: '*Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nasci potest*'. Sull'applicazione negoziale invece il

Analoghe considerazioni possono essere spese per la locuzione ‘*nihil agere*’, semanticamente equivalente²⁷⁴. Lo si evince nitidamente dal raffronto letterale tra alcuni passi di Gaio, due estratti dal Digesto ed uno dalle ‘*Institutiones*’ relativi al *furiosus*, che ho già preso in considerazione²⁷⁵.

“Non sembra, del resto, ammissibile la soluzione di un diverso significato dell’espressione *nihil agere* neppure con riferimento ai contesti nei quali essa ricorre nelle Istituzioni gaiane”²⁷⁶.

In realtà, però, occorre interpretare correttamente i luoghi gaiani in cui questa locuzione ricorre, procedendo in particolare ad una esegesi ‘sintatticamente orientata’ per l’esatta comprensione della loro valenza, come ho già avuto modo di precisare in sede di esame della problematica delle cosiddette ‘*leges perfectae*’²⁷⁷.

Un’analisi affrettata e di stampo meramente atomistico-lessicale può infatti condurre a conclusioni almeno in parte fuorvianti, con ricadute anche di

già citato e discusso Gaio III 106: ‘*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*’.

²⁷⁴ I luoghi in cui questa *iunctura* compare nelle ‘*Institutiones*’ di Gaio sono: I 37; II 30, 36, 37; III 86, 87, 114, 117.

²⁷⁵ Mi riferisco a D.44.7.1.12 (*Gaius libro secundo aureorum*): ‘*Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est*’; D.46.1.70.4 (*Gaius libro primo de verborum obligationibus*): ‘*Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur*. Quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor’; Gaio III 106: ‘*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*’.

²⁷⁶ A. Masi, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, in “*Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano)*”, Milano 1981, 131.

²⁷⁷ Cfr. *supra* in particolare le considerazioni svolte nel terzo paragrafo di questo capitolo: “Il problema delle ‘*leges perfectae*’”.

rilievo circa l'inquadramento di rilevanti figure giuridiche, come ho messo in luce nel caso appena citato delle *'leges perfectae'*.

In particolare non è pienamente corretto assimilare *in toto* gli otto passi gaiani in cui è contenuta l'espressione *'nihil agere'*, affermando che quest'ultima, oltre che in Gaio I 37 "si riscontra in altri contesti gaiani per esprimere l'inesistenza di un negozio"²⁷⁸. Tra questi, "Gai 3, 117 che ricollega all'inesistenza di una *stipulatio post mortem nostram* l'opportunità dell'intervento di un creditore accessorio (*quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat*)"²⁷⁹.

Questi due passi, a ben vedere, non attestano affatto, secondo me, l'inesistenza 'tout court' del negozio di cui si parla, rispettivamente la *manumissio* e la *stipulatio post mortem*, come ritiene l'autorevole dottrina appena citata.

Entrambi ricollegano infatti il *'nihil agit'* all'effetto divisato dai contraenti, allo scopo dell'operazione negoziale posta in essere, non già all'atto costitutivo. Si tratta di una nullità 'teleologicamente orientata', come dimostra l'attenta lettura 'sintattica' dei periodi in discussione.

Nel primo caso viene considerato nullo l'atto se e nella misura in cui viene rivolto *'in fraudem creditorum vel in fraudem patroni (...)* *quia lex Aelia Sentia impedit libertatem'* (Gaio I 37), ponendo l'accento sulla *libertas*, che è l'effetto cui tende naturalmente la *manumissio*. Diversamente opinando, se

²⁷⁸ A. Masi, *Nullità (storia)*, 861.

²⁷⁹ A. Masi, *Nullità (storia)*, 864.

l'atto cioè fosse considerato di per sé e *ab origine* radicalmente nullo, non si comprenderebbero tutte le discussioni dei *prudentes* recepite nelle fonti intorno ai due elementi costitutivi della *fraus*, l'*eventus* ed il *consilium*, e sul momento della loro rilevanza, come parimenti si è visto a suo luogo²⁸⁰.

Nel secondo, invece, è all'*obligatio*, effetto della '*stipulatio post mortem nostram*', che si riferisce il '*nihil agimus*' (Gaio III 117).

Del resto la '*stipulatio post mortem*' viene qualificata *inutilis*, non *nulla*, dal giurista²⁸¹ e che questi due termini non possano essere considerati perfettamente sovrapponibili lo si evince con chiarezza da un altro paragrafo gaiano in tema di novazione, nonché, sia pure dubitativamente, nella trattazione relativa alle garanzie accessorie dell'obbligazione (*sponsio* e *fidepromissio*).

Trattando della novazione, Gaio ribadisce infatti la qualificazione della '*stipulatio post mortem*', in una con la '*stipulatio a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*', come *inutilis* e, nello stesso contesto, riserva il predicato *nulla* all'*obligatio*, sottolineando così il mancato naturale effetto 'positivo' della *stipulatio* novativa. Ribadisce poi ulteriormente tale concetto nella perifrasi immediatamente seguente sulla '*stipulatio a servo*', ('*proinde (...) ac si postea a*

²⁸⁰ Anche per questi aspetti mi riferisco alla disamina delle fonti ed alle considerazioni svolte *supra* nel terzo paragrafo di questo capitolo: "Il problema delle '*leges perfectae*'".

²⁸¹ Il riferimento è a Gaio III 100: '*Denique inutilis est talis stipulatio, si qui sita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? Ve lita: < POST MORTEM TUAM DARI SPONDES > (...)*'.

nullo stipulatus fuissem'), contrassegnandone così la radicale giuridica inesistenza, sprovvista di ogni effetto sia 'rescindente' che 'rescissorio'²⁸².

Risulta pertanto chiara qui la contrapposizione tra la '*stipulatio inutilis*', munita di efficacia estintiva sulla precedente *obligatio*, e la '*stipulatio nulla*', *rectius* '*proinde ac si a nullo*', radicalmente inesistente e quindi priva di ogni effetto.

Quest'ultima circonlocuzione accentua peraltro la più volte evidenziata valenza 'ontologica' di *nullus*, mostrando di distinguere il piano concreto della fattispecie da quello della sua rilevanza / irrilevanza giuridica.

La '*stipulatio post mortem*', insieme con la '*stipulatio a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*', ritorna poi anche in tema di *sponsio* e di *fidepromissio*, laddove Gaio ci informa che queste forme di garanzia potevano accedere soltanto a 'contratti verbali', sebbene 'sterili' dal punto di vista obbligatorio. Si pone di seguito il dubbio circa la possibilità di garantire con entrambe anche '*si servus aut peregrinus sponderit*'²⁸³.

²⁸² Si tratta di Gaio III 176: '*Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulates fuissem*'.

²⁸³ Cfr. sul punto Gaio III 119: '*Nam illi (i.e. sponsores e fidepromissores) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur*'.

Quest'ultima *quaestio* getta certamente qualche ombra sulla qualificazione della '*stipulatio a servo vel a peregrino*', soprattutto in relazione alla posizione ben più definita e perentoria espressa nell'altro paragrafo, poc'anzi discusso, in tema di novazione. A mio avviso, il dubbio sollevato e la formula impersonale adoperata permettono tuttavia di considerare impregiudicato tale profilo in questo contesto.

Chiaro è invece il quadro per quanto concerne la '*stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*', cui, sebbene *inutiles*, possono accedere sia la *sponsio* che la *fidepromissio*. Se fossero considerate 'nulle', infatti, ciò non sarebbe possibile in quanto, come lo stesso Gaio 'chiosa' in altro luogo delle sue '*Institutiones*', '*ei, quod nullum est, nihil accedere potest*'²⁸⁴.

Affermata così la mancata sovrapposizione concettuale tra *nullus* ed *inutilis* alla luce dei passi citati, mi sembra quindi senz'altro inaccoglibile l'autorevole opinione dottrinale secondo cui l'aggettivo *inutilis* "nelle fonti giuridiche romane, ha una gamma piuttosto estesa di accezioni. Ma se ci limitiamo ad osservare l'uso che ne fa Gaio nelle sue Istituzioni e precisamente in relazione alla *stipulatio*, ci appare evidente che tale termine, entro i detti limiti, ha sempre il significato di nullo"²⁸⁵.

Il che fa il paio con l'altra posizione dottrinale, riferita e criticata poc'anzi, secondo cui "l'espressione *nihil agere* fa, infatti, riferimento all'inesistenza del negozio e, di conseguenza, dal solo fatto che il giurista qualificasse la stessa

²⁸⁴ La citazione è da Gaio IV 151.

²⁸⁵ C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in "Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania" n.s. III, 1948-49, 227-228.

stipulatio post mortem nostram anche in termini di inutilità (vale a dire, di inefficacia) non è dato argomentare che l'espressione anzidetta indicasse soltanto l'inefficacia della stipulazione²⁸⁶.

Ho cercato di dimostrare in proposito come la locuzione '*nihil agere*' non indichi affatto in tutti i contesti gaiani in cui ricorre l'inesistenza del negozio cui si riferisce ma come debba al riguardo procedersi ad una lettura 'sintatticamente orientata' per una sua retta esegesi.

L'aggettivo *inutilis* appare invece senza dubbio usato da Gaio in accezioni e contesti assai diversificati. Ricorre infatti nelle '*Institutiones*' ventitré volte, di cui dieci in ambito successorio (due volte in relazione a *testamentum*, otto a *legatum*) e tredici in tema di diritto delle obbligazioni, quasi sempre associato alla *stipulatio*, salvo il caso del '*mandatum post mortem*'²⁸⁷.

Tra questi ultimi vi sono sì le fattispecie di impossibilità giuridica (III 97), fisica (III 97a) ovvero sottoposte a condizione impossibile (III 98), che oggi definiremmo senz'altro nulle, ma non bisogna tralasciare la fenomenologia della '*stipulatio post mortem*', di cui non è possibile affermare la nullità, come si è ampiamente detto (III 100 e 176).

V'è poi l'interessante paragrafo in tema di *testamentum*, ove Gaio esordisce sostenendo: '*Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita facta aut rupta sunt*

²⁸⁶ A. Masi, *Nullità (storia)*, 864.

²⁸⁷ Le ricorrenze di *inutilis* nelle '*Institutiones*' di Gaio sono: II 147, 196, 198, 212, 218², 220, 244, 248, 269; III 97, 97a, 98², 99, 100², 102, 103², 104, 158, 176.

(...)', differenziando a seconda del vizio in discussione la possibilità o meno per lo '*scriptus heres*' di chiedere la '*bonorum possessio secundum tabulas*'²⁸⁸.

E' chiaro anche qui come *inutilis* non possa essere equiparato a *nullus* in quanto, altrimenti, non sarebbe possibile ipotizzare una 'salvezza' dell'atto di ultima volontà in sede pretoria, sia pure a determinate condizioni.

Emerge allora dalla casistica evidenziata una concezione 'funzionale' di *inutilis* nell'opera di Gaio, un predicato qualificativo che lascia a volte impregiudicata una sua precisa definizione '*stricto iure*' alla stregua delle nostre moderne categorie concernenti l'invalidità negoziale. Con termine mutuato dalla scienza linguistica, lo definirei pertanto un vero e proprio 'iperonimo', su cui mi riprometto di soffermarmi ancora per ulteriori e mirati approfondimenti²⁸⁹.

6. Il concetto di '*res nullius*' in Gaio.

Esaurita così questa succinta rassegna 'lessicale', volta all'individuazione dell'esatto significato e della conseguente valenza applicativa di *nullus*, '*nihil agere*' e *inutilis* alla luce delle loro globali ricorrenze nelle '*Institutiones*' gaiane, come preannunciato vorrei adesso soffermare l'attenzione su un aspetto particolare.

Mi riferisco alla disamina dell'espressione '*res nullius*' nell'opera di Gaio, profilo che costituisce a mio avviso un interessante corollario del ravvisato

²⁸⁸ Si tratta di Gaio II 147.

²⁸⁹ Cfr. in particolare il terzo capitolo a ciò specificamente dedicato.

significato di *nullus* in questo contesto e più in generale, come si è visto, nell'ambito del diritto romano, attesa la sua valenza 'ontologica' connotata in chiave 'culturalmente orientata'.

Il problema centrale al riguardo è costituito dalla predicabilità delle '*res nullius*' come categoria giuridica autonoma, dotata o meno di una sua 'assoluta' dignità classificatoria.

Occorre muovere in proposito dalla trattazione gaiana delle *res*, contenuta all'inizio del libro secondo delle '*Institutiones*'²⁹⁰.

Qui Gaio, dopo aver distinto preliminarmente in via generale tra '*res in nostro patrimonio*' e '*res extra nostrum patrimonium*', passa alla '*summa rerum divisio*': '*nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*'²⁹¹.

Le '*res divini iuris*' ricomprendono, a loro volta, le '*res sacrae*', le '*res religiosae*' e le '*res sanctae*'. '*Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictas sunt (...)* *Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini iuris sunt*'²⁹².

All'esito di questa parte Gaio afferma che quanto '*divini iuris est, id nullius in bonis est*'²⁹³. Con ciò egli allude chiaramente al fatto che questa prima categoria di *res* non rientrano nel patrimonio di alcuno in quanto già di proprietà

²⁹⁰ Mi riferisco in particolare a Gaio II 1-11.

²⁹¹ Gaio II 2.

²⁹² Gaio II 4 e 8.

²⁹³ Gaio II 9.

del dio ('*res sacrae*'), del defunto ('*res religiosae*') o del *populus* ('*res sanctae*')²⁹⁴.

Segue a questo punto una lacuna nel testo originale di Gaio, che di solito viene integrata con il passo corrispondente di un frammento del Digesto estratto dalla stessa opera, come si evince dalla relativa rubrica²⁹⁵.

Si sostiene qui che le '*res humani iuris*' appartengono per lo più a qualcuno ma possono anche '*nullius in bonis esse*', come le '*res hereditariae*' prima dell'accettazione da parte dell'erede²⁹⁶.

Dopo un'ulteriore lacuna, non colmabile in questo modo, Gaio si occupa delle '*res humani iuris*', ove fa emergere con chiarezza la sua concezione delle '*res nullius*'. Le '*res humani iuris*' sono infatti '*aut publicae (...) aut privatae. Quae publicae sunt, nullius in bonis videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt*'²⁹⁷.

²⁹⁴ In questo senso interpreta anche P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, lezione tenuta presso l'Istituto di diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma il 6 giugno 2012, 20.

²⁹⁵ Si tratta di D.1.8.1 pr. (*Gaius libro secundo institutionum*): '*Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae aut privatae. Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt*'.

²⁹⁶ Su questo passo e sulla sua dubbia genuinità mi soffermerò tra breve con un'analisi critica.

²⁹⁷ Gaio II 10-11.

In questo contesto *universitas* appare usato evidentemente come sinonimo di *populus*, lemma che il giurista non vuole forse ripetere avendo parlato poco prima, per ben due volte, di cose *publicae*²⁹⁸.

E' chiaro allora che le '*res humani iuris*', come già in parte visto per le '*res divini iuris*', quando sono '*nullius in bonis*' appartengono al popolo. La giustapposizione sintattica chiarifica nitidamente il concetto: '*nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur*'.

Non è pertanto possibile discutere di '*res nullius*' propriamente dette in quanto se una cosa non è di un singolo è di tutti. "I giureconsulti romani, si vuol dire (si veda anche Nerazio, che, in D.41.1.14 pr., parla di cose che '*in nullius adhuc dominium pervenerunt*') non hanno l'idea astratta delle cose di nessuno, ma l'idea concreta che le cose non possono appartenere ad alcun privato se già appartengono ad altri: agli dei, ovvero ai defunti, ovvero al popolo. In quest'ultimo caso, si precisa altresì che non possono appartenere ad alcuno, poiché appartengono ad una *universitas*, cioè alla generalità dei cittadini. E la generalità dei cittadini può riguardare, sia il *populus Romanus*, sia le *civitates* (...)"²⁹⁹.

²⁹⁸ Del resto la parola *universitas* richiama l'idea dell'intero anche negli altri due luoghi delle '*Institutiones*' in cui ricorre (II 97 e 191), laddove si tratta '*quibus modis per universitatem res nobis adquiruntur*', in contrapposizione, anche letteralmente espressa nel primo caso, all'acquisto di '*singulae res*' tramite legati. Una conferma ulteriore di ciò può essere ravvisata nell'accostamento dei due termini che Gaio propone nella sua definizione di *populus* (cfr. in proposito Gaio I 3: '*(...) populi appellatione universi cives significantur* (...)').

²⁹⁹ P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, 21. Il citato frammento di Nerazio è D.41.1.14 pr. (*Neratius libro quinto membranarum*): '*Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt*'.

Chiarisce assai bene questa contrapposizione *universitas* – *singuli* un celebre frammento di Ulpiano, sovente citato in tema di ‘sogettività’ autonoma e distinta dell’ente collettivo rispetto a quella dei membri che lo compongono³⁰⁰.

Ho detto che nel citato paragrafo gaiano (II 11) *universitas* figura come sinonimo di *populus*. In realtà però, benché le ‘*res publicae*’ o *universitatis* siano spesso interscambiabili, i giuristi romani rivelano anche un uso maggiormente ‘avvertito’ e specifico dei due termini, riferendo più propriamente il termine *publicus* alle cose del popolo romano ed *universitas* alle *civitates*, cioè alla *civitas*, ai *municipia* ed alle *coloniae*³⁰¹.

Tutto ciò chiarito, non appare dunque possibile parlare di ‘*res nullius*’ come di una vera e propria autonoma categoria giuridica nell’ambito del manuale gaiano.

Così non è viceversa nel celebre frammento di Marciano sulle ‘*res communes omnium*’, ove si trova un’elencazione di varie categorie di *res*, differenziate sotto il profilo dell’appartenza, tra cui figurano anche le ‘*res nullius*’: ‘*quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis,*

nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt’.

³⁰⁰ Mi riferisco a D.3.4.7.1 (*Ulpianus libro decimo ad edictum*): ‘*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*’.

³⁰¹ Si considerino al riguardo D.50.16.15 (*Ulpianus libro decimo ad edictum*): ‘*Bona civitatis abusive "publica" dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*’ e D.1.8.6.1 (*Marcianus libro tertio institutionum*): ‘*Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum (...)*’ (= I.2.1.6).

*quaedam nullius, pleraque singulorum quae variis ex causis cuique adquiruntur*³⁰².

Questo passo risulta ripreso pressoché letteralmente nelle *'Institutiones'* di Giustiniano, che aggiunge soltanto la categoria delle *'res publicae'* alla partizione marciiana da cui deriva, con ogni evidenza³⁰³.

A quest'ultimo riguardo si potrebbe ipotizzare, innanzi tutto, che Marciano avesse inteso inglobare le *'res publicae'* nelle *'res universitatis'*, alla maniera di Gaio II 11. In realtà, però, Marciano collega altrove molto chiaramente il lemma *universitas* ai *'bona civitatum'* e, in altro luogo ancora, mostra di ben conoscere anche la categoria dei *'bona publica'*³⁰⁴.

Verisimile risulta allora congetturare una semplice svista del copista nella trascrizione del passo, ben integrabile attraverso la *'copia'* giustiniana³⁰⁵.

Ciò detto, però, rimane pur sempre il fatto che sia Marciano che Giustiniano menzionano nella loro trattazione le *'res nullius'* come categoria autonoma, ben distinta dalle altre.

³⁰² D.1.8.2 pr. (*Marcianus libro tertio institutionum*): *'Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur'*.

³⁰³ Cfr. I.2.1 pr.: *'(...) Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit'*. Per un altro esempio di *'ripresa'* letterale di un testo di Marciano nel manuale giustiniano si rammenti il già citato frammento D.1.8.6.1 = I.2.1.6.

³⁰⁴ Quanto al primo aspetto si rammenti D.1.8.6.1 (*Marcianus libro tertio institutionum*): *'Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum (...)'*; quanto al secondo, invece, si tenga presente D.1.8.4.1 (*Marcianus libro tertio institutionum*): *'Sed flumina paene omnia et portus publica sunt'*.

³⁰⁵ E' di questo avviso anche P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, 24.

Per quel che è dato sapere dalle fonti in nostro possesso, nessun altro autore classico ha mai teorizzato una siffatta tipologia 'ontologicamente' contraddittoria, sicché sembra logico supporre un'alterazione interpolazionistica postclassica del testo marciano³⁰⁶.

Di ciò è plausibile rinvenire una traccia in un già ricordato frammento del Digesto, che i compilatori giustiniani attribuiscono alle '*Institutiones*' di Gaio e che noi possiamo pertanto confrontare con l'originale, avendo la possibilità di leggere il genuino testo gaiano pressoché nella sua interezza, come è noto, grazie al celebre manoscritto detto il Veronese.

Si tratta di D.1.8.1 pr., che suntegge Gaio II 2-11³⁰⁷. Dal raffronto emerge chiaramente come il passo del Digesto sintetizzi i corrispondenti paragrafi dell'originale gaiano, omettendo in particolare la disamina svolta in merito alle '*res sacrae*' ed alle '*res religiosas*'³⁰⁸.

Dopo aver affermato, poi, che le '*res divini iuris*' sono '*nullius in bonis*', il frammento giustiniano colma, come detto, la lacuna presente nel testo delle '*Institutiones*' sostenendo che le '*res humani iuris*' sono per lo più di proprietà di

³⁰⁶ Su questo aspetto condivido pienamente le acute considerazioni di P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, 24-26.

³⁰⁷ Si tratta del già ricordato D.1.8.1 pr. (*Gaius libro secundo institutionum*): '*Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosas. Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae aut privatae. Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt*'.

³⁰⁸ Vengono stralciati i paragrafi 4-7a del II libro delle '*Institutiones*'.

qualcuno ma che possono anche essere *'nullius in bonis'*, come avviene nel caso delle *'res hereditariae'* prima dell'accettazione da parte dell'erede.

Questo asserto circa la predicabilità *'tout court'* di *'res humani iuris'* come *'nullius in bonis'* si appalesa fortemente sospetto sotto vari profili.

Innanzitutto, da un punto di vista strettamente filologico, la lacuna del Veronese *'ad hoc locum'* si presenta assai ampia e ciò, in aggiunta a quanto già notato circa lo stralcio della parte precedente, può condurre già di per sé a ritenere insitica o quanto meno fortemente rielaborata l'integrazione.

V'è poi lo stridente contrasto tra quanto qui affermato e l'immediato prosieguito nell'originale gaiano, ove si sostiene che le *'res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt'*³⁰⁹.

“D'altronde c'è da osservare che nessun giurista classico avrebbe mai potuto affermare che sono di diritto umano le cose che non appartengono ad alcuno, poiché per la mentalità concreta dei giureconsulti romani il 'nessuno' è colui che non esiste e, come si è visto in Gaio, le cose di diritto umano *'aut publicae sunt aut privatae'*, o appartengono a tutti, o appartengono ad un singolo. Insomma, *tertium non datur'*³¹⁰.”

³⁰⁹ Gaio II 10-11.

³¹⁰ P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, 25.

A suscitare forti dubbi è inoltre l'esemplificazione addotta delle 'res hereditariae' nelle more dell'accettazione come 'res nullius'.

Se infatti l'eredità non ancora accettata fosse stata considerata non appartenente ad alcuno ciò avrebbe reso possibile il suo impossessamento da parte di chiunque senza che ciò potesse essere qualificato come furto.

Ora, è vero che alcune fonti, soprattutto relative alla più antica giurisprudenza, sembrano escludere in questi casi il furto³¹¹.

In età classica, però, "il furto di cose ereditarie si fece rientrare nel *crimen expilatae hereditatis*, istituito da Marco Aurelio: il responsabile sarebbe stato punito con pena pubblica criminale perseguibile *extra ordinem* (D. 47.19; Cl. 9.32)"³¹². Di questo Gaio non avrebbe potuto non tenere conto³¹³.

Per altri aspetti, sempre inerenti all'*hereditas iacens*', poi, i classici ricorsero ad espedienti diversi, tra cui soprattutto quello della 'finzione' dell'allungamento della vita del 'de cuius' fino al momento dell'accettazione³¹⁴.

³¹¹ Cfr. al riguardo D.9.4.40 (*Iulianus libro vicensimo secundo digestorum*): 'Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario qui legatum agnoverit furti agere: sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem actio competit'.

³¹² M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, 273.

³¹³ In questi termini, anche se forse un po' troppo reciso sul punto, P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, 25-26.

³¹⁴ Il principio è affermato in vari luoghi, tra cui D.41.3.15 (*Paulus libro quinto decimo ad Plautium*): '(...) Nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est (...)'. In D.11.7.1 (*Ulpianus libro decimo ad edictum*) si parla di 'contrahere cum defuncto' in tema di spese sostenute 'propter funus'.

E' questo il caso, ad esempio, dell'efficacia dei negozi acquisitivi del servo ereditario, che non si sapeva a chi imputare durante la giacenza dell'eredità in assenza di un *dominus*³¹⁵.

Analogamente, nella sostanza, per quanto concerne il danneggiamento delle '*res hereditariae*', senza un *dominus* cui spettava l'*actio legis Aquiliae*', ove si sosteneva che l'*hereditas* stesse al posto del *dominus* ('*loco domini*') o si considerava essa stessa il *dominus*³¹⁶.

Da ultimo, è possibile spendere anche un argomento 'sistematico' contro la tesi di una categoria autonoma di '*res nullius*' riconducibile a Gaio.

L'espressione '*de qua*', oltre ai luoghi già considerati in tema di '*summa rerum divisio*', ricorre infatti soltanto in altri due paragrafi delle '*Institutiones*'.

Si tratta, in primo luogo, di un passo sulla *occupatio*, ove l'*antea nullius*' per le *res* oggetto di occupazione allude, implicitamente ma chiaramente, alle '*res publicae*' prima che diventino *privatae* con l'apprensione del singolo, in

³¹⁵ Si consideri in proposito D.41.1.33.2 (*Ulpianus libro quarto disputationum*): '*Nam et conditio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Iuliano placet: cuius et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis*'.

³¹⁶ Notevole al riguardo D.9.2.13.2 (*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*): '*Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi. Et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur. Quare adita hereditate heres poterit experiri*'.

piena consonanza, pertanto, con quanto sostenuto da Gaio nella più volte considerata parte introduttiva (II 11)³¹⁷.

V'è poi il paragrafo, ove Gaio si chiede a chi appartenga il legato '*per vindicationem*' sottoposto a condizione, nella pendenza di questa. Ricorda, qui, che mentre i suoi *praeceptores* lo attribuivano all'erede, sull'esempio dello *statuliber*, i '*diversae scholae auctores*' consideravano '*nullius interim eam rem esse*', come già nel caso del legato puro '*antequam legatarius admittat legatum*'³¹⁸.

Quest'ultimo costituisce pertanto l'unico caso, testualmente acclarato, di '*res nullius*' nelle '*Institutiones*', peraltro secondo un'opzione interpretativa in tema di legati seguita soltanto dai proculiani, e cioè dalla corrente giurisprudenziale opposta a quella patrocinata da Gaio.

Tirando le fila, non è quindi possibile sostenere che Gaio qualificasse perentoriamente e pacificamente come '*res nullius*' le '*res hereditariae*' in attesa dell'accettazione da parte dell'erede.

Ne risulta ulteriormente avvalorato il carattere insitico del brano in discussione.

³¹⁷ Mi riferisco a Gaio II 66: '*Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur*'.

³¹⁸ Si tratta di Gaio II 200: '*Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit. Nostrae praeceptores eredi esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est; quem constat interea heredis servum esse. Sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod [sine condicione] pure legatum est antequam legatarius admittat legatum*'. A quest'ultimo proposito cfr. Gaio II 195: '(...) *Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere*'.

7. *Nullus ed inutilis* in Gaio III 176: esegesi e problematiche.

Definito il significato e la valenza applicativa dell'espressione '*res nullius*', quale interessante corollario del concetto di *nullus* nel manuale gaiano, desidero a questo punto chiudere questa 'sezione' dedicata alle '*Institutiones*' passando ad analizzare con maggiore approfondimento il più volte citato paragrafo relativo all'efficacia novativa parziale di alcune '*stipulationes inutiles*'³¹⁹.

Si tratta di un brano molto noto e studiato. Gaio, nell'ambito delle modalità estintive dell'obbligazione, si occupa qui della novazione, soffermandosi innanzi tutto sulla sua variante 'soggettiva' dal lato passivo.

Questa si attua con la *translatio* della prima *obligatio* in una nuova avente un diverso debitore. Ciò premesso in linea generale, può accadere 'talvolta' che il primo vincolo si estingua '*novationis iure*' quand'anche la seconda *stipulatio* sia *inutilis*, '*veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero*'. In questo caso Gaio afferma che si verifica l'effetto estintivo sebbene il secondo contratto sia 'sterile' dal punto di vista effettuale: '*nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est*'. Non così avviene nel caso della '*stipulatio a servo*', in cui il primo contraente rimane obbligato '*ac si postea a nullo stipulatus fuissem*'.

³¹⁹ Cfr. Gaio III 176: '*Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulates fuissem*'.

Su quest'ultimo aspetto, cioè quello dell'inefficacia sia 'rescindente' che 'rescissoria' della '*stipulatio a servo*', la trattazione gaiana conserva, però, tracce di una diversa concezione dell'istituto o quanto meno di un suo sviluppo dall'epoca tardorepubblicana a quella propria della giurisprudenza classica.

Poco dopo, infatti, Gaio riferisce due responsi di Servio Sulpicio Rufo, uno relativo al regime della novazione oggettiva condizionale, l'altro in tema, appunto, di '*stipulatio a servo*'³²⁰.

Nel primo caso, Servio affermava '*et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse <et> eo modo rem perire*'; nel secondo, '*se quis id, quod sibi L. Titius deberet, a servo stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset*'. Detto ciò, Gaio conclude questa parte dicendo di adottare soluzioni diverse in entrambi i casi, assimilandoli in punto di *novatio* alla '*stipulatio a peregrino*' qualora si usi il verbo *spondeo* a questi precluso³²¹.

³²⁰ Si veda Gaio III 179: '*Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoverti, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse <et> eo modo rem perire. Qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset. Sed in utroque casu alio iure utimur: nec magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, spondes verbo stipulatus sum*'.

³²¹ Su quest'ultima non appaiono pertanto opinioni discordanti, sicché non sembra plausibile ritenere che per Servio anch'essa avrebbe estinto la precedente obbligazione. In questo senso si esprime A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 81; di contrario avviso F. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*, Napoli 1959², 21 e F. Pastori, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 140, 143.

Così riassunte le linee essenziali della trattazione gaiana, è chiaro allora che il giurista si rifà qui alla nozione dell'istituto elaborata dalla giurisprudenza classica³²². "L'estinzione di una obbligazione in conseguenza della novazione è, infatti, da lui ricollegata alla traslazione dell'obbligazione stessa in nuovo rapporto, nel senso che è appunto la costituzione di questo nuovo rapporto obbligatorio a determinare, per la connessione del medesimo con quello precedente, l'estinzione di quest'ultimo (*nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem*)"³²³.

La riferita opinione di Servio consente, però, come detto di aprire uno squarcio su una diversa concezione dell'istituto della novazione ed in quest'ottica vanno inquadrati i casi, che più ci interessano in questa sede, della '*stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*'.

Quest'ultime, qualificate *inutiles*, si considerano pur capaci di estinguere l'obbligazione precedente '*novationis iure*' senza produrre l'effetto positivo, consistente in un nuovo vincolo obbligatorio che realizzi la *translatio* richiesta dalla regola generale formulata in apertura.

Occorre notare qui che *nullus* viene adoperato ad indicare l'*obligatio*, che non sorge dalle *stipulationes* predette, oltre che nella perifrasi finale a proposito

³²² Per convincersene basta confrontare l'esposizione gaiana con la celebre formulazione dell'istituto ad opera di Ulpiano in D.46.2.1 pr. (*Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum*): '*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*'.

³²³ A. Masi, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, 134. Si considerino in linea generale sull'argomento F. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano* e A. Masi, *Novazione, a) Diritto romano*, in "Enciclopedia del diritto" XXVIII, Milano 1978, 767-774.

del servo, a sottolineare la totale inefficacia dell'atto negoziale con questi contratto. Si tratta di un uso perfettamente in linea con la valenza semantica 'ontologica' e non meramente qualificativa adottata da Gaio in tutta la sua opera, come già più volte segnalato³²⁴.

Alla luce di ciò non interessa tanto qui indagare l'esatto ruolo svolto dalla '*stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*' a fronte della nozione classica della novazione, enunciata da Ulpiano e dallo stesso Gaio al principio della trattazione³²⁵.

Giova piuttosto soffermarsi sul fatto che una '*stipulatio inutilis*' possa cioè non ostante produrre l'effetto estintivo senza creare una nuova *obligatio*, configurandosi così come efficace 'in negativo' ed inefficace 'in positivo'.

Questo aspetto è da molto tempo oggetto dell'attenzione degli studiosi, che hanno escogitato al riguardo varie spiegazioni.

Sul punto, a parte la 'singolare' posizione espressa da Schmidt, secondo cui l'estinzione si sarebbe prodotta come effetto sanzionatorio prodotto da un

³²⁴ Cfr. *supra* soprattutto il quinto paragrafo di questo capitolo, dedicato all'analisi prettamente terminologica di questo lemma e delle espressioni similari nel manuale gaiano.

³²⁵ Analoga è la posizione espressa sul punto da S. Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, in "Studi in onore di B. Biondi" I, Milano 1965, 410-411: "La questione se in epoca classica per aversi novazione o quanto meno per aversi l'estinzione della *prior obligatio* fosse o meno necessaria la nascita al suo posto di altra obbligazione valida, in questa sede non ci interessa da vicino. La necessità che nasca una nuova *obligatio* è in ogni caso esclusa dai testi esaminati in tema di *stipulatio post mortem* e di stipulazione del pupillo e della donna *sine tutoris auctoritate*. Se essi esprimessero la regola o piuttosto l'eccezione, e se fossero o meno dei residui di un'epoca (quella repubblicana) in cui per aversi novazione non era necessario che una nuova obbligazione venisse in essere, sono problemi che qui non ci toccano".

atto invalido³²⁶, merita particolare attenzione la teoria formulata da Mitteis sulla distinzione tra negozi inesistenti e negozi nulli³²⁷.

A tale stregua, i negozi inesistenti non produrrebbero alcun effetto mentre i negozi nulli sarebbero in grado di determinare effetti estintivi o secondari. Questi ultimi, suscettibili di convalida e di possibile rilevanza *iure honorario*, sarebbero stati *qualificati* come *inutiles* e non *nulli*³²⁸.

Tale tesi ha avuto alcuni importanti sostenitori in dottrina³²⁹, anche se non sono mancati coloro che l'hanno contestata, sia a proposito di singoli istituti sia in linea generale³³⁰.

Su questo profilo, di grande interesse non soltanto per la specifica problematica qui in esame, da cui peraltro prende le mosse, ma per i riflessi più

³²⁶ Il riferimento è a A. Schmidt, *Zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte*, Leipzig 1888, 18 ss., la cui tesi è stata pressoché unanimemente avversata (si vedano i riferimenti bibliografici in S. Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, 397 n.1.

³²⁷ Si tratta di L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, 249 ss..

³²⁸ Si consideri al riguardo l'interessante raffronto 'canonistico' richiamato da Mitteis con il '*matrimonium nullum*' ed il '*matrimonium non existens*': "Der nicht existierende Akt vermag gar keine, auch keine negativen Wirkungen zu erzeugen; der existierende kann negative Wirkungen zurücklassen".

³²⁹ Spiccano tra gli altri F. Knipf, *Gai Institutionum Commentarius tertius*, Jena 1917, 182, 395; W. Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, 66 ss.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1947², 181-182.

³³⁰ Tra i primi Flume, che pur accettando la distinzione tra negozi inesistenti e negozi nulli ad esempio in tema di novazione, non la ritiene di carattere generale notando che Gaio "jedoch auch terminologisch die Kategorie der *inutiles stipulationes* nicht noch einmal unterteilt" (così W. Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, 67). Tra i secondi si colloca invece F. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I: L'autonomia classica della sponsio*, Napoli 1937, 10-11: "Io non combatto qui solo la terminologia di *non existens*, che non si trova nelle fonti romane, ma principalmente l'idea che la giurisprudenza classica avesse distinto dommaticamente vari tipi di invalidità del negozio. La dottrina romanistica, che si è posta su questa strada, non ha raggiunto risultati persuasivi".

generali che determina dal punto di vista concettuale generale, mi riservo di tornare per una più accurata e specifica disamina critica, dedicandogli un apposito spazio nel prossimo capitolo³³¹.

Si tratta infatti del “più serio tentativo fatto sinora per trovare una spiegazione del fenomeno sul piano dommatico e su di esso giova quindi soffermarsi con attenzione”³³².

In questo momento mi basta rilevare soltanto che milita in senso contrario alla prospettata bipartizione la semplice constatazione che nelle ‘*Institutiones*’ Gaio considera *inutiles* non soltanto la ‘*stipulatio post mortem*’ ma anche la *stipulatio* con incongruenza tra domanda e risposta nonché la stessa ‘*stipulatio a servo*’, che dovrebbero essere esempi emblematici di negozi inesistenti³³³.

Anche Sanfilippo muove da considerazioni analoghe concludendo però che *inutilis*, pur assumendo nelle fonti giuridiche romane una vasta gamma di accezioni, nel contesto delle ‘*Institutiones*’ di Gaio “ha sempre il significato di

³³¹ Ne tratterò nel terzo paragrafo del terzo capitolo: “Tra ‘*stipulatio inutilis*’ e ‘*stipulatio non existens*’: opinioni e contrasti dottrinari”.

³³² S. Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, 397.

³³³ Cfr. rispettivamente Gaio III 100: ‘*Denique inutilis est talis stipulatio, si qui sita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? Ve lita: < POST MORTEM TUAM DARI SPONDES > (...)*’; Gaio III 102: ‘*Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, veluti si sestertia x a te dari stipuler et tu nummum sestertium v milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas*’; Gaio III 104: ‘*Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. Servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaevae sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli*’.

nullo”³³⁴. In forza di ciò si chiede come una *stipulatio* nulla possa produrre novazione.

Per appurare la fondatezza di quest’ultimo assunto e per cogliere esattamente il senso del paragrafo gaiano in analisi è necessario a questo punto soffermare l’attenzione sulle *stipulationes* citate da Gaio come parzialmente efficaci in punto di novazione, e cioè la ‘*stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*’.

Innanzitutto, se queste fossero state considerate ‘nulle’ Gaio non le avrebbe potute configurare nemmeno come soltanto estintive di una precedente obbligazione, e cioè almeno parzialmente efficaci.

Riprova ne è il fatto che Gaio, come detto, nel medesimo contesto riserva espressamente l’attributo *nullus* a situazioni caratterizzate dalla totale inefficacia o ‘inesistenza’: l’*obligatio* non sorta dalla ‘*stipulatio inutilis*’ e la ‘*stipulatio a servo*’.

Non basta. Anche uno ‘sguardo sistematico’ alle altre ricorrenze delle citate figure di *stipulatio* nelle ‘*Institutiones*’ consente di escluderne la nullità.

Sotto questo profilo, assolutamente dirimente mi sembra la trattazione gaiana in tema di garanzie personali.

Emerge qui in primo luogo la figura dell’*adstipulatio*, che Gaio dice essere impiegata pressoché soltanto contestualmente ad una ‘*stipulatio post*

³³⁴ C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 228.

*mortem*³³⁵. Ciò precisato, ne spiega poi la ragione: '*< Quia enim ut ita nobis detur > stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur*'.

Si tratta pertanto di un rimedio 'funzionale' all'esigibilità della '*stipulatio post mortem*', alla luce della sua 'sterilità' dal punto di vista dell'effetto obbligatorio.

Come già evidenziato, infatti, un'attenta lettura in chiave 'sintattica' del periodo consente di disvelarne l'autentica portata semantica e quindi esegetica. Ribadisco in proposito che il '*nihil agimus*' attiene chiaramente al profilo effettuale, e cioè al mancato effetto prodotto dalla '*stipulatio post mortem*'³³⁶.

Anche questo paragrafo conferma quindi che la 'nullità' della '*stipulatio post mortem*' si riferisce soltanto al positivo effetto obbligatorio, che resta inibito dal principio '*ab heredis persona obligationem incipere non posse*', paralizzando 'funzionalmente' in tal modo un atto formalmente ben perfezionato³³⁷.

³³⁵ Il passo di riferimento è Gaio III 117: '*Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit: adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. < Quia enim ut ita nobis detur > stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur*'.

³³⁶ Sul punto dissento pertanto dall'autorevole opinione di Masi, che sostiene sia l'inesistenza che l'inefficacia della '*stipulatio post mortem*' nell'ottica di Gaio, espressa sia in A. Masi, *Nullità (storia)*, 863-864 che in Id., *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, 136.

³³⁷ In questo senso S. Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, 403-404. Il principio '*de quo*' si trova menzionato in Gaio III 100 e 158.

La *'stipulatio post mortem'*, unitamente questa volta anche a quella *'a muliere pupillove sine tutoris auctoritate'*, ritorna poi subito appresso al passo appena citato, quando Gaio tratta della *sponsio* e della *fidepromissio*³³⁸.

Quest'ultime possono accedere soltanto ad *'obligationes verborum'*, *'quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit'*. Tanto precisato, Gaio si interroga da ultimo se ciò sia possibile anche nel caso di una *'stipulatio a servo vel peregrino'*.

Anche in questo brano l'accento viene posto chiaramente sul profilo effettuale, tramite la sottolineatura che le due forme di garanzia possono affiancare pure contratti verbali in cui il contraente non rimane *obligatus*.

Quanto alla *'stipulatio post mortem'* si riconferma quanto affermato poco prima a proposito dell'*adstipulatio*.

Per quanto concerne, invece, la *'stipulatio a muliere pupillove sine tutoris auctoritate'*, ad impedire l'effetto obbligatorio è il principio in forza del quale la *mulier* ed il *pupillus* non possono passivamente obbligarsi senza l'*auctoritas* del tutore. Ciò non determina però certamente la nullità della *stipulatio*, in quanto

³³⁸ Cfr. in proposito Gaio III 119: *'Nam illi (i.e. sponsores e fidepromissores) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur'*.

da questa possono ben derivare obblighi a carico di altri ed in loro favore, come lo stesso Gaio afferma espressamente in altro luogo³³⁹.

Del resto, e questo vale per tutte le forme di garanzia di cui si è detto, ad escludere in radice la nullità di queste *stipulationes* si pone il fatto stesso di essere oggetto appunto di garanzia, visto che *'nam ei quod nullum est nihil accedere potest'*³⁴⁰. Quest'altro principio generale, citato da Gaio come sempre in relazione ad una fattispecie particolare, osta infatti letteralmente e chiaramente ad una configurazione in termini di nullità delle predette *stipulationes*: se fossero state considerate nulle non avrebbero potuto essere 'affiancate' da alcun negozio di garanzia³⁴¹.

Alla luce di tutto ciò ritengo ampiamente dimostrata la non nullità della *'stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate'* nella concezione di Gaio.

In proposito, i numerosi problemi sollevati dall'ultimo testo citato non pregiudicano in alcun modo lo specifico aspetto qui in discussione, e questo vale anche per la *'vexata quaestio'* relativa alla dipendenza ovvero all'autonomia dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella principale³⁴².

³³⁹ Alludo a Gaio III 107-108: *'Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt'*.

³⁴⁰ Il principio è formulato in Gaio IV 151, in tema di accessione nel possesso.

³⁴¹ Questo argomento è usato in proposito anche da S. Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, 404.

³⁴² Su questi problemi si consideri in generale W. Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, 64 ss, nonché i preziosi riferimenti bibliografici citati da S.

Il riferimento ai medesimi esempi di *stipulationes* consente piuttosto di suffragare un piena analogia tra la trattazione gaiana della novazione (III 176) e quella, appena considerata, delle garanzie personali (III 119).

In realtà c'è chi ha sostenuto l'insussistenza di un esatto parallelismo tra di due passi, sul rilievo che mentre in tema di novazione la '*stipulatio a servo*' e la *sponsio* del peregrino non hanno efficacia novativa, nell'ambito delle garanzie Gaio afferma che era oggetto di discussione se la *sponsio* del servo o del peregrino potesse essere garantita da una *sponsio* o da una *fidepromissio*³⁴³.

Su questa linea si è anche affermato che pure la '*stipulatio a servo*' sarebbe stata considerata *inutilis* da Gaio. Questi infatti, introducendo il discorso sull'efficacia novativa parziale, dice che 'talvolta' anche '*stipulationes inutiles*' la determinano, dal che si può evincere che vi fossero stipulazioni inutili che non avessero siffatti effetti. Il riferimento alla '*stipulatio a servo*', inoltre, viene introdotto da Gaio con le parole '*non idem iuris est*', che "stanno bene soltanto se si voleva distinguere entro una categoria sola"³⁴⁴.

Questi ultimi rilievi, circa la presunta qualificazione come *inutilis* anche della '*stipulatio a servo*', non mi sembrano in verità molto probanti.

Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, 407 nn. 26-27.

³⁴³ In questo senso opina A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 82 (si veda anche sul punto A. Masi, *Nullità (storia)*, 863).

³⁴⁴ Cfr. al riguardo ancora A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 81 e A. Masi, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, 137. L'ultima citazione è da F. De Martino, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, Roma 1940, 80.

In entrambi i paragrafi qui in discussione Gaio evidenzia assai bene lo stacco tra la '*stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*', da un lato, e la '*stipulatio a servo*', dall'altro. In base a tale dato 'sostanziale' appaiono quindi un po' speciosi e formalistici gli invocati argomenti di ordine terminologico, facenti leva su una presunta comunanza 'di genere'.

In linea di massima si potrebbe, peraltro, pure convenire su questa 'generica' attribuzione, ma ciò non penso sposterebbe di molto i termini del problema.

Non bisogna dimenticare infatti che il termine *inutilis* viene spesso adoperato dai giuristi romani come attributo 'di genere' volto ad indicare il negozio inefficace. "Il che naturalmente non esclude che a volte tale qualificazione sia data a negozi che siano anche invalidi. Il più comprende il meno. Ogni negozio nullo è per ciò stesso privo di effetti, come quello inefficace, ma evidentemente non si può dire l'inverso e cioè che ogni negozio inefficace sia anche invalido, e quindi dal fatto che a volte nelle fonti si parli di negozi *inutiles* anche in relazione a negozi nulli non si potrà arguire che tutti i negozi definiti *inutiles* siano nulli"³⁴⁵.

Quanto invece al tono dubitativo usato da Gaio in relazione alla possibilità di garantire con una *sponsio* o una *fidepromissio*, '*si servus aut peregrinus spoponderit*', che farebbe venir meno l'esatto parallelismo tra questo paragrafo e quello sulla novazione, dico che la prospettata *quaestio* evidenzia

³⁴⁵ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 13.

innanzi tutto un negozio comunque più gravemente viziato nel caso del servo rispetto a quello contratto 'post mortem vel a muliere pupillove'.

C'è però anche dell'altro, ed è lo stesso Gaio a rivelarci subito dopo nella sua esposizione la più che probabile ragione del dubbio in merito ventilato.

Passando a trattare della *fideiussio*, infatti, il giurista sostiene che essa può accedere a qualunque obbligazione, 'sive re sive verbis sive litteris sive consensu', e soprattutto che non riveste alcuna importanza il fatto che questa sia civile o naturale 'adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeat' ³⁴⁶.

Alla luce di ciò mi sembra chiaro il motivo del dubbio predetto, che non concerne pertanto la validità o meno della 'stipulatio a servo' ma piuttosto la possibilità che *sponsio* e *fidepromissio* accedessero a negozi non validi da cui scaturisse però un' *obligatio naturalis* ³⁴⁷.

Ciò chiarito, si può notare conclusivamente che in Gaio, come del resto negli altri giuristi romani, gli ambiti di operatività dell'inesistenza e dell'inefficacia appaiono per lo più coordinati. Nel caso della novazione, però, la distinzione tra

³⁴⁶ Si tratta di Gaio III 119a: 'Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quiddem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeat'.

³⁴⁷ Questa è la posizione di S. Di Paola, *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, 413-414. Scettico sul punto C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 242.

le due sfere viene messa a fuoco chiaramente attraverso l'utilizzo assai avveduto dei due attributi *inutilis* e *nullus*.

Si tratta peraltro di uno spunto isolato ma non per questo meno significativo³⁴⁸.

In un altro caso che avrebbe potuto essere analogo, quello dell'*in iure cessio*' dell'usufrutto da parte dell'usufruttuario a persona diversa dal nudo proprietario, Gaio considera infatti il negozio inesistente, a differenza di Pomponio, che esclude sì l'effetto traslativo a fronte di un diritto intrasmissibile come l'usufrutto, optando però per la sua estinzione³⁴⁹.

“L'ambito in cui l'inefficacia del negozio viene ad avere una sfera di applicazione distinta dall'inesistenza dello stesso risulta pertanto circoscritto.

³⁴⁸ Ripreso peraltro anche da Giustiniano in I.3.29.3, ove ad acquistare efficacia novativa parziale rimane la sola *stipulatio* del pupillo, visto che nel frattempo, come è noto, è stata riconosciuta la validità della '*stipulatio post mortem*' ed è venuta meno la necessità dell'*auctoritas* per la '*stipulatio a muliere*'. Si consideri sul punto A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 83.

³⁴⁹ Cfr. rispettivamente Gaio II 30: '(...) *Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi*' e D.23.3.66 (Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium): '*Si usus fructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum*. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat'. L'opzione gaiana la si ritrova, in versione più decisa (*creditur < 'nihil agitur'*), anche in I.2.4.3: '(...) *Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agitur)* (...)'. Il che rende plausibile ipotizzare una progressione temporale dalla più antica opinione di Pomponio, che risalirebbe a Quinto Mucio, a quella di Gaio, fatta propria dalla giurisprudenza classica ed arrivata poi a Giustiniano. Altri autori hanno però ipotizzato un contrasto 'sincronico' tra le diverse scuole dei giuristi. Per le relative e puntuali indicazioni bibliografiche rinvio a C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 237 n.30.

Ma le osservazioni che precedono inducono a ritenere che la giurisprudenza romana, pur muovendo dalla considerazione della sostanziale coincidenza della sfera di applicazione dell'inesistenza e di quella dell'inefficacia, avesse chiara la distinzione dei relativi piani e, quindi, delle due nozioni³⁵⁰.

8. La *stipulatio* sotto condizione illecita e le 'contraddizioni' presenti nelle fonti.

Terminata così la prevista 'sezione gaiana', desidero ora soffermarmi su un aspetto particolare, quello del negozio sottoposto a condizione illecita.

La sua peculiarità consiste nel fatto che al riguardo le fonti affermano in numerosi casi, nel contempo e contraddittoriamente, tanto la validità '*iure civili*' e l'invalidità '*iure honorario*' quanto l'invalidità 'tout court' alla stregua dello '*ius civile*'.

In quest'ambito, mi concentrerò soprattutto sulla *species* costituita dal negozio tra vivi sottoposto a condizione turpe o contraria al buon costume, che

³⁵⁰ A. Masi, *Nullità (storia)*, 864. Di 'invalidità parziale' parla M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 570-571, "purché sia chiaro che le nozioni di invalidità ed inefficacia sono nozioni moderne che non trovano un esatto riscontro nelle fonti, ma vengono impiegate come strumenti descrittivi, i quali spesso possono apparire fungibili in relazione ad un pensiero giuridico, come appunto quello romano, che non individua una precisa, rigida separazione tra profilo strutturale e profilo funzionale delle fattispecie giuridicamente rilevanti". Ritiene preferibile una configurazione in termini di 'gradazioni d'intensità' della nullità S. Tondo, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in "Novissimo Digesto Italiano" VIII, Torino 1962, 999: "E che nelle ipotesi in argomento si tratti per l'appunto di nullità, beninteso nel significato moderno del termine, si può argomentare dal fatto che alla base della sanzione vi sono vizi intrinseci al negozio: solo che rispetto ad esse ipotesi la qualifica del negozio siccome invalido o valido non dev'essere prospettata come assoluta, ma come relativa, nel senso che il negozio deve reputarsi invalido in rapporto a taluni effetti e valido in rapporto ad altri".

ritengo particolarmente significativa, direi quasi 'emblematica' del fenomeno descritto.

In questa categoria di atti le fonti considerano pressoché esclusivamente la *stipulatio* ed infatti la maggior parte dei brani rilevanti per questa indagine si trovano nel titolo I del libro XLV del Digesto, '*De verborum obligationibus*'.

Procedendo con ordine, il brano più antico concernente il regime di questi atti è un frammento di Celso concernente una *stipulatio* 'nuziale'³⁵¹.

Qui il giurista afferma che qualora si stipuli una somma di denaro '*si tibi nupsero*' il pretore debba denegare la relativa azione ma solo '*causa cognita*', dopo averne cioè attentamente vagliato i motivi non di rado eticamente incensurabili. Soggiunge poi che lo stesso avviene qualora sia la donna a promettere, salvo il caso della dote in cui non ha luogo, per ovvie ragioni, la '*causae cognitio*'.

All'epoca di Celso, allora, a fronte di una stipulazione gravata di condizione contraria al buon costume, il rimedio era quello di marca pretoria della '*denegatio actionis*', peraltro all'esito di un'adeguata 'istruttoria'. Il negozio era pertanto valido '*iure civili*' ma paralizzabile '*iure honorario*'³⁵².

³⁵¹ Si tratta di D.45.1.97.2 (*Celsus libro vicensimo sexto digestorum*): "*Si tibi nupsero, decem dari spondes?" causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.*"

³⁵² In questo senso anche F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, Perugia 1922, 10.

Facendo un ‘salto cronologico’ in avanti, il medesimo regime è ravvisabile in un interessante frammento di Paolo, sempre in ambito ‘nuziale’³⁵³.

In questo caso Tizia sposa Gaio Seio in seconde nozze e al tempo del loro matrimonio fanno sì che i rispettivi figli ‘di primo letto’ contraggano sponsali, stipulando altresì una pena ‘*si quis eorum nuptiis impedimento fuisset*’. Al rifiuto della ragazza di sposare il figlio di Tizia, dopo la morte del padre Seio, Paolo si chiede se gli eredi di quest’ultimo siano tenuti ‘*ex stipulatione*’. La risposta fornita è che avverso l’*actio ex stipulatu*’ è opponibile un’*exceptio doli*, dal momento che ‘*inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*’.

Per Paolo, quindi, come già per Celso nella fattispecie precedentemente descritta, la *stipulatio*, contratta ‘*non secundum bonos mores*’, non è nulla, anzi è perfettamente valida ‘*iure civili*’, dato che fa sorgere la relativa *actio*: ‘*ex stipulatione (...) agenti*’³⁵⁴.

³⁵³ Il riferimento è a D.45.1.134 pr. (*Paulus libro quinto decimo responsorum*): ‘*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*’. Per alcuni spunti di critica testuale su questo brano, che riguardano singole parole o espressioni irrilevanti per i profili qui in discussione, cfr. F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi ‘iuris civilis’ sotto condizione illecita*, 10 n.1 e 11 n.1.

³⁵⁴ In senso conforme R. Quadrato, *Sulle tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 98, con le ricche indicazioni bibliografiche sul punto contenute nella n.97.

Il rimedio offerto per paralizzarne l'efficacia è qui però non la 'denegatio actionis' bensì l'*exceptio doli*, e cioè "il mezzo, con cui il pretore faceva dichiarare dal giudice la nullità d'un negozio vivo secondo il diritto civile, nullo assolutamente nel diritto onorario"³⁵⁵.

Questa soluzione viene riproposta da Paolo in un altro brano, affine a questo ma dal tenore più generale, significativamente contenuto nel titolo '*De conditione ob turpem vel iniusta causam*' (D.12.5).

Si afferma qui che nel caso di una *promissio 'ob turpem causam'* la relativa pretesa da parte del creditore della prestazione è paralizzabile dal debitore mediante una '*exceptio doli mali vel in factum*', purché quest'ultimo non abbia già adempiuto. In quest'ultimo caso, infatti, il debitore non potrà ripetere quanto versato alla controparte, dandosi la prevalenza al possessore attuale '*in pari causa turpitudinis*'³⁵⁶.

"Con una terminologia quanto mai espressiva ed appropriata, il giurista afferma la semplice «inattività» della *stipulatio*, *propter exceptionem*. Nella

³⁵⁵ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 11. Sui rapporti tra '*denegatio actionis*' ed *exceptio*, due rimedi 'intercambiabili' alla luce delle circostanze concrete, si consideri F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 11-12 n.2; M. Brutti, *Invalidità (storia)*, 572; R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 55 e n.259, 79 e n.1.

³⁵⁶ Il frammento è contenuto in D.12.5.8 (*Paulus libro tertio quaestionum*): '*Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potioem esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est*'. Per alcuni dubbi sulla genuinità della parte finale, che non intaccano il nodo centrale qui in discussione, cfr. F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 12 n.1.

riflessione paolina, dunque, la «*turpitude*» non causa la nullità della stipulazione, ma provoca soltanto l'intervento del pretore, che nel responso contenuto in D. 45.1.134 pr. è mosso non dalla necessità di affidare al giudice l'esame di una questione particolarmente complessa, ma dall'esigenza di contrastare «l'illiceità dell'assetto di interessi» sottostante alla *promissio poenae*³⁵⁷.

Ciò chiarito, procedendo ancora diacronicamente, il medesimo assetto 'duale', di un negozio valido *'iure civili'* ma paralizzabile *'iure honorario'*, risulta ancora attestato in due costituzioni di Diocleziano e di Massimiano, risalenti alla fine del III secolo d.C..

Nella prima, conservataci grazie alla *'Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio'*, si afferma infatti doversi denegare l'azione relativa ad una stipulazione *'contra bonos mores'*³⁵⁸.

La soluzione viene confermata l'anno successivo in relazione alla pretesa sorgente da una *stipulatio* contratta *'lenocinii causa'* tra il marito di una prostituta ed un terzo. Si ribadisce qui, da un lato, che *'soluta quantitate cessat repetitio'* e, dall'altro, che *'ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur'*³⁵⁹.

³⁵⁷ R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 99 e nn.101-103.

³⁵⁸ Cfr. *'Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio'* IV 9 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Sebastiano*, a.293): *'Neque ex nudo nascitur pacto actio, neque si contra bonos mores verborum intercessit obligatio, ex his actionem dari convenit et reliqua'*.

³⁵⁹ Si tratta di C.4.7.5 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Bitho*, a.294): *'Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et*

In parallelo, però, è possibile facilmente costatare la presenza nelle fonti in nostro possesso di un diverso regime, che dapprima si affianca a quello ora evidenziato e che poi si afferma definitivamente nel periodo successivo postclassico e giustiniano.

Da quest'ultime si evince una considerazione perentoria in termini di nullità *'iure civili'* della *stipulatio* contratta *'contra bonos mores'*, con particolare riguardo a quelle concernenti l'ambito nuziale.

A questo proposito, pressoché nello stesso periodo in cui il giurista Paolo affermava doversi opporre un'*exceptio doli mali'* ad una *stipulatio* contratta *'non secundum bonos mores'*, nella specie quella con cui si prometteva una pena *'si quis eorum nuptiis impedimento fuisset'*³⁶⁰, una costituzione dell'imperatore Alessandro Severo sanzionava come non validi i *'pacta ne liceret divertere'* e le stipulazioni con cui si pattuivano pene in caso di divorzio. La *ratio* ravvisata era la violazione dell'antico principio per cui *'libera matrimonia esse antiquitus placuit'*³⁶¹.

cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudine versatur ac solute quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur. Su queste costituzioni tardoantiche si veda F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 13.

³⁶⁰ Mi riferisco al frammento poc'anzi analizzato, recepito in D.45.1.134 pr. (*Paulus libro quinto decimo responsorum*).

³⁶¹ Cfr. C.8.38(39).2 (*Imp. Alexander A. Menophilo, a.223*): *'Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fuisse, ratas non haberi constat'*. Questa costituzione evidenzia la nullità assoluta *'iure civili'* della fattispecie per F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 5 e 65-66, mentre l'espressione *'ratas non haberi'* potrebbe alludere ad un mezzo pretorio per R. Quadrato, *Sulle*

Successivamente gli imperatori Diocleziano e Massimiano sanciscono ‘*nullam vos habere actionem*’ a fronte di una *stipulatio* ‘*contra bonos mores de successione futura interposita*’, dato che ‘*omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint*’³⁶². Si tratta dei medesimi imperatori che negli stessi anni sostenevano ‘*denegandas esse actionem*’ in fattispecie analoghe, come visto poc’anzi.

L’opzione della recisa nullità ‘*iure civili*’ si consolida poi ulteriormente in una costituzione di Leone ed Antemio, risalente al 472 d.C., in cui questi imperatori dichiarano che una ‘*stipulatio poenae*’ volta a coartare le nozze ‘*nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*’³⁶³.

Sempre a tale stregua, una propensione decisa dell’epoca postclassica a trasformare casi di acclarata invalidità ‘*iure honorario*’ in ipotesi di nullità ‘*tout court*’ si rivela chiaramente in un interessante passo estratto dai cosiddetti ‘*Scholia Sinaitica*’.

tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana, 98 n. 99 (ivi anche altre indicazioni bibliografiche sul punto).

³⁶² Il riferimento è a C.8.38(39).4 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domnae, a. 293*): ‘*Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint*’. Circa i sospetti di interpolazione soprattutto sull’ultima frase del passo si considerino gli autori citati da A. Masi, *Il negozio ‘utile’ o ‘inutile’ in diritto romano*, 56 n.131. Tra questi si veda l’analisi di F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi ‘iuris civilis’ sotto condizione illecita*, 60-62.

³⁶³ Si tratta di C.5.1.5.6 (*Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp., a.472*): ‘*Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*’. Su questo passo cfr. le considerazioni di F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi ‘iuris civilis’ sotto condizione illecita*, 57-58.

Qui si riprende infatti, con alcuni adattamenti, la fattispecie descritta da Paolo nel già considerato frammento contenuto in D.45.1.134 pr., che lo stesso autore peraltro cita letteralmente nel corpo del testo.

Si tratta in questo caso di un tale che promette in moglie la sorella ad un certo Stefano, impegnandosi a versargli una pena in caso di inadempimento. Non avendo avuto luogo il matrimonio per l'opposizione della donna, ci si interroga circa la sorte della '*stipulatio poenae*' ed il giurista risponde considerando 'ἀδύναμον εἶναι τὴν ἐπερώτησιν ὡς *contra bonos mores* ὑπάρχουσιν, [ὡ]σπερ φησὶν ὁ Παῦλος βιβλίῳ ιε' *responson* αὐτοῦ (...)'³⁶⁴.

Variano dunque i dettagli del caso concreto rispetto al brano paolino ma quel che più rileva è la diversa qualificazione giuridica attribuita qui dal giurista ad una *stipulatio* pur sempre '*contra bonos mores*': ἀδύναμον vs '*ex stipulatione* (...) *agenti exceptionem doli mali obstaturam*'.

Nello stesso senso si orienta peraltro anche la rielaborazione del frammento di Paolo ad opera dei 'Basilici', che tralascia il riferimento all'*exceptio* affermando l'invalidità '*sic et simpliciter*' della *stipulatio* in esame ('οὔτε μὴν τὴν ... ποιηὴν ἐπερωτᾶν δύναμαι, ἐὰν λύση τὸν γάμον')³⁶⁵.

³⁶⁴ Cito da '*Scholia Sinaitica*' § 4: '[ὅ]περ] ἐν *facto* συνέβη τ[ο]ῦδε· ἔχων τις ἀδελφὴν καὶ δεόμενος Στεφάνου τινὸς ἐπὶ τιμὴν πράγματι ἐρώτωντος τῆς αὐτοῦ ἀδελφῆς ἐπηγγείλατο τῷ Στεφάνῳ παρασκευάζειν τὴν ἀδελφὴν αὐτοῦ συναφθῆναι αὐτῷ, ἐπερωτηθεὶς καὶ πρόστιμον ἰ νομισμάτων, εἰ μὴ τοῦτο ποιήσει. ὁ δὲ οὐκ ἠδυνήθη πείθειν τὴν αὐτοῦ ἀδελφὴν ἢ καὶ οὐ θέλει αὐτὴν ἐκδοθῆναι. καὶ ἐρωτηθεὶς εἶπον ἀδύναμον εἶναι τὴν ἐπερώτησιν ὡς *contra bonos mores* ὑπάρχουσιν, [ὡ]σπερ φησὶν ὁ Παῦλος βιβλίῳ ιε' *responson* αὐτοῦ ... *de stipulatio[n]* ... δε τῆς μὲν πεύσεως ... '.

³⁶⁵ Cfr. 'Basilici' 43.1.131 (Heimbach 4, 315) = 43.1.134 (Scheltema – Van der Wal A VI, 1955 s.): 'Οὐ καλῶς ἐπερωτῶ τινα ποιηὴν ἐκ τοῦ μὴ γαμηθῆναι μοι, οὔτε μὴν τὴν ἤδη γαμηθεῖσάν μοι ποιηὴν ἐπερωτᾶν δύναμαι, ἐὰν λύση τὸν γάμον. τὰ αὐτὰ καὶ περὶ γυναικὸς ἐπερωτώσης τὸν ἄνδρα'.

“E’ lecito quindi affermare, che nell’era postclassica i negozi fra vivi che derivavano dal ‘ius civile’, se oberati di condizione illecita, erano manifestazioni di volontà non più valide ‘iure civili’ e nulle assolutamente ‘iure honorario’, ma solo nulle assolutamente”³⁶⁶.

La spiegazione maggiormente plausibile di tale ‘contraddittoria’ compresenza dei due regimi è pertanto quella di un’originaria versione classica, caratterizzata dal dualismo ‘*ius civile*’ – ‘*ius honorarium*’, cui poi è subentrata la tarda invalidazione ‘tout court’ della fattispecie, in una con la progressiva scomparsa del diritto pretorio.

I giustineiani, redigendo la compilazione del ‘*Corpus iuris civilis*’, l’avrebbero poi disseminato di tracce del regime ultimo, da loro accolto, interpolando taluni testi dei giureconsulti classici nonché alcune costituzioni tardoantiche, come quelle diocleziane analizzate poc’anzi³⁶⁷.

Un evidente, direi quasi ‘plastico’, riscontro di questa ricostruzione in termini di ‘giustapposizione diacronica’ è offerto da due frammenti, posti in immediata successione sempre nel titolo ‘*De verborum obligationibus*’ del Digesto.

³⁶⁶ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi ‘iuris civilis’ sotto condizione illecita*, 59.

³⁶⁷ In questo senso si veda per tutti F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi ‘iuris civilis’ sotto condizione illecita*, passim, partic. 90.

Nel primo, di carattere definitorio generale, Ulpiano afferma che *generaliter* le *'turpes stipulationes'* siano *'nullius momenti'*³⁶⁸.

Nel secondo, Pomponio sembra esemplificare l'assunto ulpiano immediatamente precedente citando l'*'homicidium vel sacrilegium'* e soggiungendo che in simili casi *'officio quoque praetoris (...) actionem denegari'*³⁶⁹.

Su quest'ultimo profilo ritengo assai difficile pensare ad un intervento pretorio volto a 'confermare' una presupposta nullità civile, come qualche autorevole studioso ha pur sostenuto³⁷⁰.

A parte le numerose spie lessicali di una rielaborazione dei compilatori, come *veluti*, *'sed et'* e *'ex huiusmodi obligationibus'*, è chiaro infatti che se gli atti in questione fossero nulli *'iure civili'* non vi sarebbe alcun bisogno dell'*'officium praetoris'*, sicché il contrasto dei due frammenti dal punto di vista concettuale appare lampante.

“La *'denegatio actionis'*, infatti, presupponeva evidentemente la esistenza dell'azione e quindi la validità *'iure civili'* del negozio. D'altra parte non sarebbe lecito attribuire ai compilatori il tratto *'sed ... officio quoque praetoris continentur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari'*, che presuppone nel loro pieno

³⁶⁸ Si tratta di D.45.1.26 (*Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum*): *'Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.'*

³⁶⁹ Cfr. D.45.1.27 pr. (*Pomponius libro vicensimo ad Sabinum*): *'Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continentur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.'*

³⁷⁰ Si considerino in proposito gli autori citati da R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 80-81 nn.8-9.

vigore il regime processuale dell'era aurea e la distinzione fra 'ius civile' e 'ius ius honorarium'. In conseguenza, il 'nullius momenti' non poteva figurare nel testo genuino. E neppure poteva esserci l' 'et' : è chiaro, oramai, che tale parola fu interpolata al fine di collegare lo squarcio pomponiano con quello precedente”³⁷¹.

Quest'ultimo, peraltro, è solo in apparenza ulpiano, in quanto la “dichiarazione categorica e generalizzante” ivi contenuta è concettualmente ascrivibile all'orizzonte giustiniano³⁷². “In questo brano forse non vi ha neppure una parola del giurista classico. E l'intervento dei compilatori è attestato altresì dal ' generaliter '”³⁷³.

Una riprova ulteriore di ciò è data dal fatto che la soluzione 'ulpiana' coincide con quella fatta propria dalle 'Institutiones' giustiniane³⁷⁴.

D'altra parte, nella versione bizantina dei 'Basilici' si ribadisce, innanzi tutto, che le 'turpes stipulationes' sono assolutamente inefficaci (αἱ αἰσχροὶ ἐπερωτήσεις ἀνισχυροὶ εἰσιν). Scompare poi il riferimento alla figura del pretore mentre il richiamo alla 'denegatio actionis' viene rimodulato ad indicare

³⁷¹ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 16.

³⁷² Questo è l'avviso di R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 81.

³⁷³ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 60.

³⁷⁴ Il riferimento è a I.3.19.24: 'Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet'.

l'assenza 'tout court' di ogni tutela giurisdizionale: οὐτε γὰρ ἀγωγή ἐκ τῶν τοιοῦτων ἀρμόζει³⁷⁵.

Tirando le fila, questi due frammenti, per come oggi si presentano all'esito delle manipolazioni subite, consentono dunque di 'fotografare' lo sviluppo diacronico delle 'turpes stipulationes' dal 'dualismo' classico alla *consonantia* giustiniana tra 'ius civile' e 'ius honorarium'³⁷⁶.

9. La 'stipulatio quasi nulla' in D.45.1.25.

In tema di 'stipulatio contra bonos mores' ho cercato or ora di mostrare come la qualificazione giuridica della fattispecie nel diritto classico trovi il suo fondamento nel 'dualismo' tra 'ius civile' e 'ius honorarium'. Ciò spiega la sua validità 'iure civili', paralizzabile con i mezzi pretori della 'denegatio actionis' e della *exceptio*, a seconda delle circostanze del caso concreto.

A tale stregua riveste un certo rilievo il frammento di Pomponio, recepito in D.45.1.27 pr., da ultimo considerato.

Sempre nell'ambito di questo rapporto 'dialettico' tra i due rami dello *ius* lo stesso Pomponio perviene ad un risultato ermeneutico assai interessante, in

³⁷⁵ Si tratta di 'Basilici' 43.1.26 (Heimbach 4, 299) = 43.1.27 (Scheltema – Van der Wal A VI, 1947). Su quest'ultimo aspetto si vedano le conformi considerazioni di F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 62 e R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 81-82.

³⁷⁶ Alludo a I.2.10.3: 'Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi (...)'.

un frammento tramandatoci sempre nel titolo *'De verborum obligationibus'* del Digesto: la *'stipulatio quasi nulla exceptione obstante'*.

Si fa il caso qui di un tale che si fa promettere ciò che gli era già dovuto in forza di una precedente *stipulatio*, la cui esigibilità era però paralizzata da un'*exceptio* in favore del debitore. La conclusione affermata è nel senso della obbligatorietà *'ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante'*³⁷⁷.

Questo brano prospetta il problema fondamentale della sorte della seconda *stipulatio*, successiva alla prima di identico contenuto tra gli stessi soggetti, e per le sue caratteristiche ha suscitato l'attenzione di una ricca messe di studiosi, sotto differenti profili³⁷⁸.

Tra questi si annoverano soprattutto gli studiosi della novazione, che ne hanno evidenziato l'apparente contrasto con un altro frammento dello stesso Pomponio, collocato non lontano nell'ordine sistematico dei compilatori giustiniani, ove il giurista afferma che a fronte di due *stipulationes* di *idem* il debitore *'ipso iure amplius quam semel non tenetur'*³⁷⁹.

³⁷⁷ Il frammento in discussione è D.45.1.25 (*Pomponius libro vicesimo ad Sabinum*): *'Si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante'*.

³⁷⁸ Per i riferimenti bibliografici si considerino gli autori citati da R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. *Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 8 nn.19-20.

³⁷⁹ Cfr. D.45.1.18 (*Pomponius libro decimo ad Sabinum*): *'Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur'*.

Proprio quest'ultimo assunto pomponiano, estratto peraltro dalla medesima opera del giurista, ha promosso alcune autorevoli prese di posizione in chiave fortemente critica nei confronti del primo frammento citato, ritenuto intimamente contraddittorio nella sostanza oltre che rimaneggiato nella forma.

In quest'ottica, il dettato di D.45.1.25 violerebbe infatti “una salda regola del *ius civile* che nega la validità di una seconda *stipulatio ex eadem causa*”³⁸⁰, non potendo affermarsi il contrario a causa di un'*exceptio*, che opera sul diverso piano dello *ius honorarium*.

Dal punto di vista formale, gravi indizi di interpolazione sarebbero: l'ablativo assoluto finale, il '*quasi nulla sit*' con il congiuntivo ed il futuro *obligabitur*, al posto del presente³⁸¹.

Queste posizioni critiche, così sunteggiate, di Riccobono e di Beseler hanno fortemente influenzato la dottrina successiva che vi si è per lo più piegata³⁸².

A ben vedere, però, il testo di D.45.1.18, nel suo tenore letterale, si limita ad affermare che chi promette due volte un *idem* non è tenuto più di una sola volta. “Nel suo disegno la vicenda negoziale è aperta. L'espressione, «equivoca» solo per chi voglia riferire necessariamente l'avverbio numerale alla

³⁸⁰ S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 43, 1922, 291.

³⁸¹ Sotto questo profilo, oltre allo studio di Riccobono citato nella nota precedente, si considerino le coeve argomentazioni di G. Beseler, *Miscellanea critica*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 43, 1922, 428.

³⁸² Si vedano in proposito gli autori citati da R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 9 n.25.

prima *stipulatio*, è invece il mezzo per comprendere ed unificare, in uno sforzo di sintesi, le diverse ipotesi. A determinare l'obbligo del debitore potrebbe essere l'una o l'altra *stipulatio*, a seconda dei casi, delle fattispecie concrete"³⁸³. I due frammenti di Pomponio non appaiono pertanto in contraddizione tra di loro.

Anche le dedotte censure di ordine formale non sembrano particolarmente probanti, in quanto non creano rilevanti 'dissonanze' né, per altro verso, risultano prive di precedenti³⁸⁴.

Sgombrato così il campo da questi presunti profili problematici, è necessario piuttosto focalizzare l'attenzione sul vero nodo cruciale del frammento pomponiano: il '*quasi nulla*' con cui il giurista qualifica la prima *stipulatio*, paralizzata da un'*exceptio*, per giustificare l'obbligatorietà della seconda.

Si tratta di una locuzione spesso trascurata o addirittura travisata, quando non ritenuta interpolata e quindi di matrice giustiniana³⁸⁵.

Esemplare al riguardo è la posizione del già citato Riccobono che nota omissivamente come "nel testo in esame è dichiarata valida (la seconda *stipulatio*), perché si dice nulla la prima a causa della *exceptio*"³⁸⁶.

³⁸³ R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. *Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 12.

³⁸⁴ Mi limito a rinviare sul punto all'acuta e minuziosa disamina di R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. *Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 19-23.

³⁸⁵ Cfr. in proposito i puntuali ed accurati riferimenti bibliografici alla posizione già di Gotofredo e poi di von Lübtow, Longo, Sanfilippo ed altri in R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. *Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 23-24 e nn.98-105.

In realtà, nell'ambito di D.45.1.25 la *stipulatio* sottoposta ad *exceptio* non è qualificata nulla, né potrebbe esserlo in quanto è stata posta in essere nel pieno rispetto delle formalità prescritte dal '*ius civile*'. L'*exceptio* in favore del promittente interviene però a paralizzarne l'operatività, sul piano dell'esigibilità della pretesa, 'sterilizzandola'.

“C'è una «incompatibilità» (non una contraddizione) tra il dato formale (il negozio esistente e valido) e il dato sostanziale (la sua inidoneità a produrre effetti). Di qui la necessità del ricorso ad un «procedimento che permetta di eliminare la incompatibilità». La finzione è una di queste tecniche argomentative. E Pomponio se ne serve, utilizzando, tra i possibili modi linguistici, il *quasi*, il «come se». La *stipulatio* è «*quasi nulla*»: non è nulla, ma è come se lo fosse. Nel *quasi* è riassunta una complessa sequenza di operazioni logiche”³⁸⁷.

Il *quasi* costituisce pertanto un elemento fondamentale nella 'sintassi' dell'argomentazione pomponiana. Si tratta di un espediente linguistico volto ad un 'compromesso giuridico', consistente nell'assimilazione analogica 'funzionale' di una *stipulatio* gravata da una *exceptio* ad una '*stipulatio nulla*' ma escludendone l'identità, attesa la più volte affermata valenza 'ontologica' della nullità nella cornice 'culturalmente orientata' del diritto romano.

³⁸⁶ S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, 291.

³⁸⁷ R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 27.

Si tratta peraltro di un vocabolo frequentemente adoperato da Pomponio in una molteplicità di accezioni. Avvalendosi della *'Palingenesia'* di Lenel se ne rintracciano circa un'ottantina di ricorrenze³⁸⁸.

Nella specie, in tema di 'quasi nullità', Pomponio è poi il solo, tra gli autori in cui tale locuzione ricorre, ad impiegarla più di una volta, a quanto consta dalla documentazione 'frammentaria' in nostro possesso³⁸⁹.

In quest'ambito un passo particolarmente significativo è quello, sempre estratto dal commentario *'ad Sabinum'*, in cui Pomponio si occupa di un caso di ripetizione negoziale in cui le parti stipulano una seconda compravendita del medesimo oggetto modificandone il prezzo. Si tratta di un'applicazione del principio del cosiddetto *'contrarius consensus'*, attraverso cui *'potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio'*. Secondo il nostro giurista *'ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit'*³⁹⁰.

Si afferma qui dunque la piena validità ed efficacia (*consistit*) della *'posterior emptio'*, che *'subentra'* alla prima *'quasi nulla'*³⁹¹.

³⁸⁸ Se ne può consultare agevolmente l'elenco dettagliato in R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 25-26 n.110.

³⁸⁹ Gli altri autori sono Ulpiano, in D.4.3.7.8 (*Ulpianus libro undecimo ad edictum*), e Marciano, in D.48.16.1.10 (*Marcianus libro singulari ad senatus consultum Turpilianum*), oltre al *'quasi inutile'* di Giuliano in D.35.2.51 (*Iulianus libro sexagesimo primo digestorum*).

³⁹⁰ Mi riferisco a D.18.5.2 (*Pomponius libro vicensimo quarto ad Sabinum*): *'Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. Sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus'*.

³⁹¹ Sull'uso del *consistit* in quest'accezione, in generale ed in altri luoghi pomponiani, cfr. i riferimenti lessicografici in R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 31 n.141.

Anche in questo caso è pertanto ravvisabile l'impiego, da parte di Pomponio, della *iunctura* 'quasi nullus', come 'finzione' sinteticamente allusiva dell'intera vicenda negoziale e dei suoi esiti concreti sotto il profilo squisitamente 'effettuale'³⁹².

'Da ultimo ma non per ultimo', occorre considerare il fatto che si tratta di locuzioni quasi sicuramente genuine in entrambi i contesti considerati, sia in D.45.1.25 che in D.18.5.2.

Una chiara riprova di ciò è data dal fatto che i corrispondenti passi dei 'Basilici' obliterano del tutto il riferimento all'espressione 'quasi nulla'. I passi greci 'ad hoc' sunteggiano infatti i due frammenti pomponiani, limitandosi ad affermare la validità del secondo negozio, e cioè rispettivamente la '*posterior stipulatio*' (Καλῶς ἐπερωτῶ τὸ χρεωστούμενον μοι ἐξ ἑτέρας ἐπερωτήσεως ἐκβαλλομένης παραγραφῆ³⁹³) e la '*posterior emptio*' (Καὶ ὅτι, ἐὰν τὸ πρᾶγμα, ὅπερ ἠγόρασα παρὰ σοῦ, πάλιν ἀγοράσω ἥττονος ἢ πλείονος, νέα συνίσταται πρᾶσις³⁹⁴).

Conclusivamente si può quindi ben affermare che questa figura del negozio 'quasi nullo', nella sua 'ambiguità', si collochi a metà strada tra diritto diritto civile e diritto onorario, in quella 'linea di confine' nel solco della quale taluno ha inteso rintracciare le prime autentiche tracce della categoria moderna

³⁹² In senso conforme si leggano sul passo in esame le acute considerazioni di R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 39-40.

³⁹³ Cfr. 'Basilici' 43.1.25 (Scheltema – Van der Wal A VI, 1947). La versione di Heimbach 4, 299 non contiene il riferimento all'*exceptio*.

³⁹⁴ Si tratta di 'Basilici' 19.5.2 (Heimbach 2, 278).

dell'annullabilità. Come noto, infatti, "qualcosa di simile a ciò che noi oggi chiamiamo annullabilità nasce in diritto romano solo dal gioco fra diritto civile e diritto onorario"³⁹⁵.

"Se, però, nei documenti romani manca un «diretto riscontro» con questa categoria, nel concetto oltre che nel linguaggio, per tanto tempo trascurato, della «quasi nullità», si può forse cogliere, se non un embrione, un addentellato, o quanto meno uno spunto per ricercare (e, forse, ritrovare) un filo, pur esile, che leghi, così lontani fra loro, i due schemi interpretativi"³⁹⁶.

10. Conclusioni.

Tirando ora le fila generali di questa parte, ritengo di poter affermare con rinnovata convinzione che la trattazione dei vari profili della nullità nel diritto romano, con tutte le sue 'declinazioni' esegetiche via via passate in rassegna, avvalorò pienamente l'assunto di fondo circa la sua piena identificazione con il concetto 'ontologico' dell'inesistenza.

Ciò in assoluta aderenza alla sua matrice etimologica nonché alla premessa, posta in apertura, di una sua visione in chiave 'culturalmente orientata'.

Volendo qui richiamare cursoriamente gli snodi principali della disamina effettuata, questa nozione è emersa fin dall'inizio, quando ho cercato di porre in

³⁹⁵ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 12.

³⁹⁶ R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 112.

evidenza alcuni passi assai significativi ove l'attributo *nullus* figura assai icasticamente giustapposto a perifrasi 'negative', variamente articolate, in relazione al medesimo sostantivo di riferimento.

Nell'immediato prosiegua, in relazione al problema delle '*leges perfectae*', ho sottolineato la 'concomitante diversità' tra le sfere della nullità e della 'rescissione', in relazione alla rimozione degli effetti prodottisi in violazione delle stesse.

'*A contrario*' si è mossa poi l'analisi in relazione all'enucleazione della valenza 'costitutiva' del termine *imperfectum*, di cui ho sottolineato il legame con l'aspetto strutturale della fattispecie.

La 'sezione gaiana' ha di seguito vieppiù corroborato l'assunto, con particolare riguardo al mancato riscontro del termine *nullus* in chiave 'qualificativa' del vocabolo cui si riferisce, all'inconsistente categoria delle '*res nullius*' ed all'uso assai 'sorvegliato' di *nullus* ed *inutilis* nel celebre paragrafo sulla novazione.

Da ultimo, sono passato ad esaminare due diverse fenomenologie, entrambe concernenti i rapporti tra '*ius civile*' e '*ius honorarium*': la '*turpis stipulatio*', nel passaggio dal 'dualismo' classico alla *consonantia* giustiniana, e la 'singolare' figura della '*stipulatio quasi nulla*'.

'*In labore fructus*'.

Capitolo terzo

La ‘*stipulatio inutilis*’: concetto ed esegesi della casistica più significativa

1. Premessa.

In questo lavoro ho cercato innanzi tutto di offrire un inquadramento generale della fenomenologia giuridica di quella che oggi chiamiamo ‘nullità negoziale’ in un’ottica ‘culturalmente orientata’.

L’intento, più volte dichiarato in quanto costituisce il vero e proprio ‘cuore pulsante’ di questa trattazione, è stato quello di ‘restituire’ l’oggetto studiato nel suo specifico ‘contesto’ di riferimento, alla luce di un metodo di indagine basato sui due cardini della ‘visione storica’ e della ‘visione integrata’ del fenomeno giuridico³⁹⁷.

Il diritto costituisce infatti un aspetto importante di una cultura, quella romana o meglio greco-romana, che è profondamente diversa dalla nostra e nel cui ‘laboratorio’ è necessario entrare per una piena comprensione delle sue dinamiche sotto vari profili.

Questa peculiare ‘chiave ermeneutica’ si è rivelata particolarmente feconda in quanto mi ha permesso di confermare pienamente quella valenza di *nullus* nelle fonti giuridiche romane nell’accezione ‘ontologica’ di ‘inesistente’,

³⁹⁷ Si consideri sul punto particolarmente il quinto paragrafo del primo capitolo: “Un nuovo approccio alla tematica della nullità in diritto romano: ‘visione storica’ e ‘visione integrata’ (“Ὀμηρον ἐξ’ Ὀμήρου σαφηνίξειν)”. ”

del resto conforme alla sua stessa etimologia, mai come in questo caso autenticamente 'veritiera'.

Una tale 'acquisizione' assume nella specie un particolare significato, dato che il tema della nullità civilistica è una di quelle categorie giuridiche che più deve all'elaborazione della 'Pandettistica' ottocentesca. Corrente dottrina che, come si è visto, traeva spunto dalla casistica offerta dalle fonti romane, manipolandole dichiaratamente al fine della costruzione di un sistema 'astrattizzante' funzionale alle esigenze moderne³⁹⁸.

Era pertanto necessaria e direi quasi indispensabile una lettura propriamente 'storicizzata' dell'istituto, in modo tale da riuscire a 'spiegare Omero con Omero', riprendendo il celebre motto 'programmatico' attribuito al filologo alessandrino Aristarco di Samotracia.

Su queste basi sono poi passato ad 'applicare' l'assunto concettuale così ricostruito, comprovandone il senso alla luce di tutta una serie di variegati indici testuali desumibili dalle fonti giuridiche³⁹⁹.

Ciò rammentato, desidero soffermarmi adesso più approfonditamente sul significato e, più in generale, sulla valenza degli attributi *utilis* ed *inutilis*, in

³⁹⁸ Si ricordino in proposito le parole assolutamente esemplari del 'programma pandettistico' come enunciato da B. Windscheid, trad. it., a cura di C. Fadda e E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, I, Torino 1925, 29: "(...) rispetto al diritto romano, come relativamente a tutta la cultura antica, la nostra missione non è quella di rigettarlo ed esiliarlo, ma piuttosto invece quella di accoglierlo nel nostro spirito, e con un'intima elaborazione, reiette le parti eterogenee e non assimilabili, farne di un diritto straniero il nostro proprio". Sulla 'Pandettistica' in generale cfr. *supra* il secondo paragrafo del primo capitolo: "La Pandettistica e l'esperienza del 'diritto romano attuale'".

³⁹⁹ Si tratta, appunto, dell'*applicatio iuris*' svolta nel secondo capitolo.

relazione per lo più agli atti tra vivi, e tra questi alla paradigmatica figura della *stipulatio*, riprendendo taluni spunti già emersi ed analizzandone alcuni altri che considero particolarmente significativi.

Si tratta infatti del secondo elemento della 'diade' ricordata in apertura, in una con la nullità, e giustificata dal frequente impiego dei due termini, *nullus* ed *inutilis*, spesso intercambiabili in accostamento con la *stipulatio* ed il *legatum*, tipi paradigmatici per quanto concerne l'ambito negoziale sotto il profilo, rispettivamente, degli atti '*inter vivos*' e '*mortis causa*'.

“La variante negoziale, il legato al posto della *stipulatio*, è ininfluenta. C'è, tra le due figure, un frequente accostamento, che si manifesta soprattutto nei profili processuali dell'*actio ex stipulatu* e dell'*actio ex testamento*”⁴⁰⁰.

Tale 'parallelismo', come pure è stato definito⁴⁰¹, comporta una disamina terminologica volta a verificare se i due aggettivi *nullus* ed *inutilis* siano perfettamente sovrapponibili o meno.

In proposito, acclarata ormai l'accezione prettamente 'ontologica' di *nullus* nel senso 'negativo' di '*non ullus* = inesistente', occorre premettere,

⁴⁰⁰ R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 48. Su questi aspetti cfr. il classico studio di L. Mitteis, *Stipulation und Legat*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 32, 1911, 1-23.

⁴⁰¹ Mi riferisco soprattutto a V. Arangio-Ruiz, «*Sponsio*» e «*stipulatio*» nella terminologia romana, in "Buletino dell'Istituto di diritto romano" 65, 1962, 198 n.6.

d'altra parte, che *inutilis* "in verità, nelle fonti giuridiche romane, ha una gamma piuttosto estesa di accezioni"⁴⁰².

Una tale polisemia e duttilità d'impiego non ha di certo favorito l'individuazione di un significato preciso dell'attributo in questione da parte degli studiosi.

Tra questi spicca un primo tentativo, ormai risalente nel tempo, da parte di uno studioso tedesco del XIX secolo, Karl Ludwig Arndts, secondo cui, in alcuni passi relativi al '*concorsus causarum*' ed al '*legatum debiti*', il termine *inutilis* non assumerebbe un significato giuridico bensì economico. Alluderebbe cioè non già all'inefficacia del negozio ma al vantaggio economico per il legatario. Rilevante corollario di questa impostazione è che anche a fronte di un legato *inutilis* il beneficiario avrebbe comunque potuto esercitare la relativa azione⁴⁰³.

Tale tesi però non ha convinto ed è stata fin da subito criticata pressoché unanimemente dalla dottrina⁴⁰⁴.

⁴⁰² C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in "Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania" n.s. III, 1948-49, 227. Analogamente anche A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche" 3.10, 1959-1962, 23 e R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 49.

⁴⁰³ Cfr. sul punto K.L. Arndts, *Zur Lehre vom Schuldvermächtnis*, in "Gesammelte civilistische Schriften", II, Stuttgart 1873, 539 ss..

⁴⁰⁴ Si leggano in proposito i copiosi riferimenti bibliografici in R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 49-50 n.224.

Successivamente l'accento definitorio è stato per lo più posto sottolineandosi il carattere teleologico della terminologia in esame, a partire da un vecchio studio di Cicala.

Secondo questo studioso, un'accezione "quasi-tecnica" dei termini *utilis*, *inutilis* e derivati è quella "in cui i termini stessi vengono adoperati ad offrire l'apprezzamento del valore dei negozi giuridici. Non occorre spendere molte parole, per dimostrare come anche qui siamo di fronte ad un'altra manifestazione del principio fondamentale dell'*utilitas*: quando si volle determinare il valore del negozio, si considerò questo dal punto di vista del momento dello scopo, si guardò cioè, se esso, nella vita giuridica, apparisse o no fornito di un grado qualsiasi di utilità, e lo si dichiarò rispettivamente *utile* o *inutile*, secondoché esso fosse o pur no abile a far conseguire al soggetto gli scopi da lui avuti di mira"⁴⁰⁵.

Su questa linea, alcuni hanno poi sostenuto, con diverse sfumature, che *inutilis* "in linea di massima doveva designare il negozio che restava senza effetto"⁴⁰⁶, oppure "il negozio semplicemente inefficace o il negozio privo di

⁴⁰⁵ F.B. Cicala, *Il concetto dell'utile' e sue applicazioni nel diritto romano*, Milano 1910, 27.

⁴⁰⁶ A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 116, che però precisa come tale inefficacia non vada intesa nel senso "della nostra inefficacia in senso ampio. Come si è visto, anche in diritto giustiniano, la sfera di applicazione del termine *inutilis* è senz'altro più limitata: in diritto classico lo era ancor più, dato che la qualifica *inutilis* non era usata in relazione alle ipotesi in cui un negozio valido *iure civili* risultasse inefficace attraverso mezzi pretorii" (ivi, p.97).

effetti in quanto tarato da un vizio più grave (...) da vedere caso per caso”⁴⁰⁷, ovvero “la inidoneità al raggiungimento dell’effetto tipico”⁴⁰⁸.

Altri si sono invece ‘arresi’, affermando che di fronte “alla fluidità dell’espressione, priva di valori stabili, costanti, è forse opportuno limitarsi ad uno spoglio delle fonti teso a registrare in concreto, nelle singole ipotesi negoziali, un suo eventuale alternarsi con altri termini più o meno omogenei nel rappresentare il tipo (o il grado) di invalidità”⁴⁰⁹.

A tale stregua, può essere interessante costatare come in tutta una serie di passi si verifici un ricorrente impiego sostanzialmente vicendevole dei termini *nullus* ed *inutilis* sia in relazione alla *stipulatio* che al *legatum*.

Occorre premettere al riguardo che, come già più volte evidenziato, la terminologia usata dai giuristi romani non è di per sé stessa pienamente affidante. “Basti pensare che più di quaranta termini sono adoperati per indicare i negozi che comunque non producono i loro effetti o perché affetti da semplice inefficacia o perché tarati da vizi più gravi”⁴¹⁰. Molto spesso, anzi, i negozi sono esaminati esclusivamente sotto l’aspetto pratico e cioè dal punto di vista della

⁴⁰⁷ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 14.

⁴⁰⁸ G. Archi, ‘*Utilis*’ e ‘*inutilis*’ nelle fonti giuridiche, in “*Labeo*” 9, 1963, 264.

⁴⁰⁹ R. Quadrato, *Sulle tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 50.

⁴¹⁰ Cfr. in proposito L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 237 (dopo si parla di più di trenta termini) e F. Hellmann, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München 1914, *passim* (con un elenco di oltre quaranta espressioni). Si consideri anche M. Brutti, *Invalidità (storia)*, in “*Enciclopedia del diritto*” XXII, Milano 1972, 565.

produzione degli effetti, senza preoccuparsi se l'eventuale mancanza di effetti derivi o meno da invalidità del negozio"⁴¹¹.

I termini in questione ricorrono peraltro con frequenze piuttosto irregolari⁴¹², anche se i vari autori mostrano di uniformarsi ad una fraseologia comune sul significato della quale, almeno allo stato delle fonti in nostro possesso, non pare vi fossero contrasti tra i giuristi⁴¹³.

Ciò premesso, e venendo ora esemplificare l'assunto circa l'uso 'fungibile' dei due termini, si può notare agevolmente che il '*legatum debiti*', disposto in favore del creditore ma privo di interesse per questi, è qualificato nelle fonti più spesso come *inutilis* ma anche come *nullus*⁴¹⁴.

⁴¹¹ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 14.

⁴¹² *Inutilis* risulta maggiormente attestato rispetto a *nullus*. E' possibile farsi un'idea generale sul punto consultando la silloge di F. Hellmann, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, 9 ss. e 25 ss. (per *nullus*); 117 ss. e 139 ss. (per *inutilis*), che va integrata con il *VIR* s.v. *inutilis* (III, 1, 906-908) e *nullus* (IV, 1, 306-319).

⁴¹³ Questa è la posizione di A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 28-41. Un cenno in questo senso anche da parte di R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, 50.

⁴¹⁴ Quanto ad *inutilis* si consideri D.30.29 (*Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam*): '*Sin autem neque modo neque tempore neque condicione neque loco debitum differatur, inutile est legatum*'; D.34.3.11 (*Iulianus libro trigesimo sexto digestorum*): '*Si debitor fideiussorem suum ab herede suo liberari iusserit, an fideiussor liberari debeat? Respondit debere. Item quaesitum est, an, quia mandati actione heredes tenerentur, inutile legatum esset, quemadmodum inutile legatum est quod debitor creditori suo legat. Respondit <respondi>, quotiens debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione (...)*'; D.34.3.25 (*Paulus libro decimo quaestionum*): '*(...) Quod si centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum, quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum (...)*'; D.35.2.1.10 (*Paulus libro singulari ad legem Falcidiam*): '*Si quis creditori suo quod debet legaverit, aut inutile legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur, aut si (propter repraesentationis puta commodum) utile erit, lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit*'. Per *nullus*, invece, si veda D.23.3.29 (*Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum*): '*Cum pater dotem pro filia promittit et dotem legat, si quidem marito legavit, videndum est, an legatum valeat, et non puto valere: nam cum creditori debitor legat id quod debet, nullum legatum est (...)*' e D.30.75.1 (*Ulpianus libro quinto disputationum*):

Quanto alla *stipulatio*, invece, v'è un passo in cui i due lemmi ricorrono addirittura nel corpo dello stesso paragrafo⁴¹⁵.

Né rileva in alcun modo il fatto che risulti qui attestato l'avverbio *inutiliter* al posto del corrispondente aggettivo *inutilis*, in quanto lo scambio 'de quo' è assai frequente nelle fonti⁴¹⁶.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la '*stipulatio alteri*', di cui si parla nel frammento da ultimo citato, viene qualificata *inutilis* da alcune fonti mentre in altre il divieto relativo alla medesima viene espresso con il principio '*alteri stipulari nemo potest*'⁴¹⁷.

'Si mihi quod Titius debet fuerit legatum neque Titius debeat, sciendum est nullum esse legatum. Et quidem si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum: nam et si quid [quod] ego Titio debeo ei legavero quantitate non adiecta, constat nullum esse legatum, cum, si decem quae Titio debeo legavero nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non peremit legatum, ut in legato dotis Iulianus respondi'.

⁴¹⁵ Si tratta di D.12.1.9.4 (*Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*): '*Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse*'.

⁴¹⁶ Su questo aspetto specifico mi limito a rinviare alle argomentazioni, con dovizia di riscontri testuali 'ad hoc', di R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. Quasi nullus nella giurisprudenza romana, 52-53 e nn.242-249.

⁴¹⁷ Sul primo fronte si può citare Gaio III 103: '*Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus*'; D.45.1.110 pr. (*Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium*): '*(...) ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum non augeat meam partem*' e D.45.1.126.2 (*Paulus libro tertio quaestionum*): '*(...) sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur (...)*'. Sull'altro, invece, D.45.1.38.17 (*Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum*): '*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur (...)*'; C.8.38(39).3 pr. (*Diocletianus et Maximianus, a.290*): '*(...) alteri cuius iuri subiectus non est aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest*'; I.3.19.4: '*Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit (...)*'; I.3.19.19: '*Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest (...)*'.

Tutto ciò non significa peraltro che i due termini siano perfettamente sovrapponibili in quanto 'ontologicamente' equivalenti.

Non va trascurata in proposito la valenza 'di genere' relativa al concetto di inefficacia cui allude l'attributo *inutilis*. "Il che naturalmente non esclude che a volte tale qualificazione sia data a negozi che siano anche invalidi. Il più comprende il meno. Ogni negozio nullo è per ciò stesso privo di effetti, come quello inefficace, ma evidentemente non si può dire l'inverso e cioè che ogni negozio inefficace sia anche invalido, e quindi dal fatto che a volte nelle fonti si parli di negozi *inutiles* anche in relazione a negozi nulli non si potrà arguire che tutti i negozi definiti *inutiles* siano nulli"⁴¹⁸.

Ciò chiarito in linea generale, è il momento adesso di procedere all'analisi di alcuni aspetti specifici, a mio avviso particolarmente interessanti, concernenti il concetto di *inutilis* desumibili dalla ricca casistica presente nelle fonti.

2. La 'stipulatio inutilis' nelle 'Institutiones' di Gaio.

Alla stregua delle coordinate generali che ho succintamente richiamato or ora in sede introduttiva, inizierei l'esposizione 'per species' della materia concernente talune significative ricorrenze dell'attributo *inutilis*, e delle forme linguistiche ad esso equivalenti, dalle 'Institutiones' gaiane.

⁴¹⁸ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 13.

Si tratta infatti di un'opera che riveste un'indubbia ed assoluta centralità nell'ambito delle fonti in nostro possesso, in quanto allo stato risulta essere l'unico prodotto della giurisprudenza classica pervenutoci "nella sua strutturazione originaria, anche se non nella sua integrità"⁴¹⁹.

Questa sua peculiarità la rende pertanto un 'osservatorio' privilegiato, ancorché limitato, per visionare la dinamica dei fenomeni giuridici ivi trattati, compresi naturalmente gli aspetti lessicali.

Nella specie, un'attenta disamina dell'uso che Gaio fa dell'aggettivo *inutilis* si rivela necessaria o quanto meno assai 'utile' alla luce di alcune prese di posizione alquanto 'recise' espresse in merito da parte della dottrina.

Mi riferisco in particolare a Cesare Sanfilippo. Questi, nel suo saggio '*Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*', si occupa di alcuni nodi problematici concernenti i celebri paragrafi gaiani circa l'efficacia novativa parziale di alcuni tipi di '*stipulationes inutiles*'⁴²⁰.

In quest'ambito, lo studioso costata innanzi tutto che Gaio qualifica la '*stipulatio post mortem vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*' avvalendosi nei citati paragrafi dell'aggettivo *inutilis* "che, in verità, nelle fonti giuridiche romane, ha una gamma piuttosto estesa di accezioni. Ma se ci limitiamo ad osservare l'uso che ne fa Gaio nelle sue Istituzioni e precisamente

⁴¹⁹ A. Masi, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, in "Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano)", Milano 1981, 133. Su questo tema specifico cfr. R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 12 ss..

⁴²⁰ Il riferimento è ovviamente a Gaio III 176-179.

in relazione alla *stipulatio*, ci appare evidente che tale termine, entro i detti limiti, ha sempre il significato di nullo⁴²¹. Sulla base di tale asserita identità semantica tra *inutilis* e *nullus* Sanfilippo solleva il suo primo “problema: come una *stipulatio* nulla può produrre novazione?”⁴²².

Ora, in linea generale ho già avuto modo di notare più volte come l’uso di *inutilis* per definire sovente il negozio inefficace non escluda, di per sé, che il medesimo termine possa ben essere impiegato ad indicare anche i negozi che oggi definiremmo ‘invalidi’. “Il più comprende il meno”⁴²³.

Questa osservazione abbastanza ‘intuitiva’, assai ‘incisiva’ e in quanto tale non priva di una sua intrinseca ragionevolezza, deve essere però supportata da una puntuale e completa analisi testuale ai fini di una sua piena conferma che smentisca la predetta ‘identità’ postulata da Sanfilippo.

A questo proposito, giovandomi del prezioso ausilio lessicografico del Zanzucchi, noto innanzi tutto che l’aggettivo *inutilis* viene adoperato da Gaio numerose volte ed in contesti diversi⁴²⁴.

Più precisamente, nell’intero corpo delle ‘*Institutiones*’ *inutilis* ricorre in tutto ventitré volte, a fronte delle settantanove occorrenze di *nullus*. Dieci di queste si riscontrano nella seconda parte del libro II, in tema di diritto delle

⁴²¹ C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 227-228.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 13.

⁴²⁴ Alludo a P.P. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Milano s.d., s.v. *inutilis* e *inutiliter*.

successioni, tra cui otto in relazione al *legatum* e due a proposito del *testamentum*. Le restanti tredici attengono al libro III, nella parte dedicata al diritto delle obbligazioni, quasi tutte in associazione alla *stipulatio*, salvo un caso ove *inutilis* viene usato per qualificare il '*mandatum post mortem*'⁴²⁵.

A questi passi bisogna aggiungere altre undici ricorrenze del corrispondente avverbio *inutiliter*, visto il frequente interscambio tra aggettivo ed avverbio che spesso si riscontra nelle fonti⁴²⁶.

Di queste, tre riguardano il *testamentum*, cinque il *legatum*, una il *fideicommissum* e l'ultima l'*intentio* in un '*iudicium legitimum*' replicato dopo una precedente '*litis contestatio*'⁴²⁷.

⁴²⁵ I luoghi delle '*Institutiones*' in cui *inutilis* ricorre sono: II 147, 196, 198, 212, 218², 220, 244, 248, 269; III 97, 97a, 98², 99,100², 102, 103², 104, 158, 176.

⁴²⁶ In particolare, per quanto riguarda la *stipulatio*, si può citare un passo delle '*Institutiones*' giustiniane che presenta l'aggettivo laddove nei corrispondenti passi dei '*Digesta*' figura l'avverbio: cfr. I.3.19.2: '*Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel rem cuius commercium non habuit, vel rem suam, dari quis stipuletur. nec in pendenti erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest et commercium adipisci stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est. item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa de quibus supra dictum est sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. ac ne statim ab initio talis stipulatio valebit 'Lucium Titium cum servus erit dare spondes?' et similia: quia natura sui dominio nostro exempta in obligationem deduci nullo modo possunt' vs D.7.9.1.7 (Ulpianus libro septuagensimo nono ad Sabinum): '*Sed quod diximus id quod inde exstabit restitutu iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius (inutiliter enim rem suam stipulari videretur), sed stipulatur restitutu iri quod inde exstabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit'*; D.45.1.82 pr. (Ulpianus libro septuagensimo octavo ad edictum): '*Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane rem meam mihi restitui recte stipulari videor'*; D.45.1.83.5 (Paulus libro septuagensimo secundo ad edictum): '*Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit (...)*'.*

Alla luce di queste emergenze testuali non stupisce, innanzi tutto, l'uso di *inutilis* – *inutiliter* per lo più in relazione al *legatum* ed alla *stipulatio*, trattandosi di due autentici 'archetipi' nell'ambito delle figure negoziali romane⁴²⁸.

In particolare, per quanto riguarda gli atti tra vivi, la *stipulatio* esaurisce come detto quasi tutte le ricorrenze di *inutilis* nelle '*Institutiones*', salvo l'esempio isolato del mandato '*post mortem*' del mandatario (III 158).

Si tratta, partitamente, della *stipulatio* che risulta *inutilis*: per impossibilità giuridica (III 97) e fisica (III 97a) dell'oggetto; perché sottoposta a condizione impossibile (III 98); perché avente ad oggetto una '*res stipulatoris*' (III 99); perché contratta '*post mortem stipulatoris vel promissoris*' (III 100); per mancata congruenza tra domanda e risposta (III 102); perché conclusa a favore di un terzo (III 103); perché intervenuta tra un soggetto in potestà e l'avente potestà su di lui (III 104); perché '*novationis iure*' contratta '*a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*' (III 176).

Tra questi vi sono senza dubbio dei casi che oggi collocheremmo sicuramente sotto l'egida della nullità, come quelli concernenti l'impossibilità giuridica o fisica dell'oggetto ovvero la fattispecie qualora sia sottoposta a condizione impossibile.

Non si può trascurare, però, che nell'elenco figura anche la '*stipulatio post mortem*' (III 100 e 176), di cui non è assolutamente predicabile la nullità.

⁴²⁷ Le ricorrenze di *inutiliter* nelle '*Institutiones*' di Gaio sono: II 118, 123², [229 rubr.], 229, 232, 235, 238, 241, 261; III 181.

⁴²⁸ Su questo aspetto si veda R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. Quasi nullus nella giurisprudenza romana, 48 e nn.214-215.

Se così fosse non si comprenderebbe, infatti, la sua capacità di produrre l'effetto sia pure soltanto 'rescindente' nel caso della novazione (III 176), nonché la sua idoneità ad essere garantita da una *sponsio* e da una *fidepromissio* (III 119), dato che '*ei, quod nullum est, nihil accedere potest*' (IV 151), come già più volte sottolineato⁴²⁹.

Queste considerazioni risultano peraltro avvalorate, già dal punto di vista strettamente testuale, in forza della contestuale ricorrenza dei due attributi, *inutilis* e *nullus*, in alcuni paragrafi delle '*Institutiones*', come quello sulla novazione.

Nel primo, come ormai ampiamente noto, spicca la chiara giustapposizione 'in contrappunto' tra la '*stipulatio inutilis*', pur in grado di produrre l'effetto 'negativo', cioè estintivo della precedente, e l'*obligatio nulla*', vale a dire il mancato effetto 'positivo', l'obbligazione che non sorge.

Una siffatta giustapposizione contestuale dei due lemmi compare poi, sia pure in modo più 'sfumato', anche in alcuni altri paragrafi gaiani⁴³⁰.

In questi casi, tutti attinenti al diritto successorio, all'*inutilis* o all'*inutiliter* relativi al *legatum* ed al *testamentum* si affianca *nullus* in accezione puramente 'negativa' e in ogni caso extragiuridica: '*nullo modo*' (II 218), '*nulla enim alia res quam hereditaria deducitur*' (II 220), '*quod nullas vires habiturum foret*' (II 244), '*nullo iam filio impedimento*' (II 123).

⁴²⁹ Cfr. sul punto particolarmente l'analisi svolta *supra* nel settimo paragrafo del secondo capitolo: "Nullus ed inutilis in Gaio III 176: esegesi e problematiche".

⁴³⁰ Si tratta di tre paragrafi con *inutilis* – *nullus* (Gaio II 218, 220, 244) ed uno con *inutiliter* – *nullus* (Gaio II 123).

Questa casistica, apparentemente poco significativa e per lo più trascurata dalla critica, si rivela a ben vedere assai illuminante, in quanto concorre a sottolineare ulteriormente la valenza ‘connotativa’ qualificante di *inutilis* a fronte di quella meramente ‘denotativa’ di *nullus* in chiave puramente negativa, ed in questo senso puramente ‘ontologica’⁴³¹.

Ne emerge un ruolo assai poliedrico e duttile per il predicato *inutilis*, quale vero e proprio ‘significante’ suscettibile di assumere diversi ‘significati’ e svolgere vari ruoli sulla scena di quella che oggi si usa definire ‘patologia negoziale’. Si tratta allora di un attributo qualificativo in chiave ‘funzionale’, che lascia impregiudicata una sua precisa caratterizzazione all’interno delle nostre moderne categorie, un vero e proprio ‘iperonimo’ o anche un ‘Oberbegriff’.

Risulta quindi smentita la piena equiparazione tra *inutilis* e *nullus* nel linguaggio gaiano delle ‘*Institutiones*’, sostenuta da Sanfilippo⁴³².

3. Tra ‘*stipulatio inutilis*’ e ‘*stipulatio non existens*’: opinioni e contrasti dottrinari.

La ricostruzione del ruolo di *inutilis* in accezione ‘funzionale’ e polivalente non è stata invero sempre pacificamente accolta dalla dottrina romanistica.

⁴³¹ Uno spunto, sia pure non approfondito, in questo senso si può cogliere in A. Masi, *Il negozio ‘utile’ o ‘inutile’ in diritto romano*, 91: “Nelle Istituzioni di Gaio, infatti, il termine *nullus* non si trova mai riferito ad un negozio giuridico: si dice, se mai, proprio in Gai. 3, 176, in un caso in cui la *stipulatio* è *inutilis*, *posterior obligatio nulla est*”.

⁴³² In posizione apertamente critica verso le posizioni di Sanfilippo si schiera S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 8 ss..

Non è mancato infatti chi ha cercato di delimitarne il campo di applicazione teorizzando, nell'ambito dell'invalidità negoziale romana, una distinzione tra '*stipulatio inutilis*' e '*stipulatio non existens*'.

A questo proposito, con particolare riguardo ai più volte citati paragrafi gaiani in tema di novazione e di garanzie personali⁴³³, Ludwig Mitteis ha sostenuto doversi distinguere, tra i negozi nulli, quelli propriamente nulli da quelli inesistenti. Mentre questi ultimi non avrebbero prodotto alcun effetto i primi avrebbero potuto determinare effetti negativi - estintivi o costituire un idoneo presupposto per una *sponsio* o una *fidepromissio* valide⁴³⁴.

Nello specifico, lo studioso tedesco si riferisce soprattutto alle '*Institutiones*' di Gaio, ove notava che *inutilis* "wird (...) mit Vorliebe gebraucht für Vermögensgeschäfte, und zwar auch hier wieder mehr für die formalen des Jus civile, wie Stipulation, Legat, Erbeinsetzung"⁴³⁵.

In quest'ottica la distinzione era pertanto connaturata all'antico '*ius civile*', in seno al quale, come detto, i suoi tipici negozi formali, quand'anche non avessero realizzato il loro scopo, avrebbero avuto 'spesso' effetti negativi o

⁴³³ Il riferimento è ovviamente a Gaio III 119 (per le garanzie personali) e III 176 (per la novazione).

⁴³⁴ Si consideri sul punto L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, 249 ss.. Per illustrare la sua teoria ricostruttiva l'autore si rifà alla distinzione canonistica tra il '*matrimonium nullum*' ed il '*matrimonium non existens*': "Der nicht existierende Akt vermag gar keine, auch keine negativen Wirkungen zu erzeugen; der existierende kann negative Wirkungen zurücklassen".

⁴³⁵ L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, 249.

addirittura positivi, come nei già ricordati casi, rispettivamente, della novazione⁴³⁶ e delle garanzie personali tramite *sponsio* e *fidepromissio*.

Non solo, un negozio *inutilis* sarebbe stato inoltre suscettibile di 'convalescenza' o di *confirmatio*⁴³⁷ ovvero avrebbe potuto essere reso efficace con mezzi pretori. In tutti questi casi si sarebbe adoperato il termine *inutilis* in quanto *nullus* sarebbe risultato inappropriato.

In questi termini è sintetizzabile la tesi formulata da Mitteis, ripresa poi, più o meno integralmente, da altri autorevoli studiosi.

Tra questi, Kniep pone l'accento sul fatto che i negozi semplicemente nulli, cioè *inutiles*, potevano sortire anche effetti positivi, come si evincerebbe dalla riconosciuta possibilità di essere garantiti mediante *sponsio* e *fidepromissio* in Gaio III 119. Secondo lui, questo paragrafo gaiano non potrebbe che essere affiancato a quello sull'efficacia novativa parziale di alcuni tipi di '*stipulationes inutilis*' (III 176), alla luce dell'identità dei casi citati dal giurista in ambedue i luoghi. Anzi, la stessa capacità novatoria della *stipulatio inutilis* deriverebbe dall'ammissibilità nei medesimi casi della garanzia, riconosciuta già in epoca repubblicana⁴³⁸.

⁴³⁶ Sotto questo profilo Mitteis considera l'opinione 'eretica' di Servio Sulpicio, ricordata in Gaio III 176, come un tentativo di emancipazione dalla vecchia dottrina. Su questo aspetto si veda anche specificamente F. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I: L'autonomia classica della sponsio*, Napoli 1937, 8 n.2.

⁴³⁷ Per una critica circa l'affermata distinzione delle due ipotesi, che non trova un diretto riscontro nelle fonti, cfr. A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 90 n.243.

⁴³⁸ Si consideri in proposito F. Kniep, *Gai Institutionum Commentarius tertius*, Jena 1917, 182, 395. Critica puntualmente le tesi sostenute da questo autore C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 229-230.

Anche Flume riprende la distinzione tra negozi nulli e negozi inesistenti, senza attribuirle però carattere generale ma ammettendone l'applicazione in singoli casi, tra cui quello della novazione⁴³⁹.

In quegli stessi anni anche Emilio Betti si pone sulla scia di Mitteis, parlando di effetti negativi o aberranti e citando a questo proposito l'esempio della vendita posta in essere dal pupillo 'sine tutoris auctoritate'⁴⁴⁰.

“Quest'ultimo caso, però, (...) non può ridursi in alcun modo alla distinzione del Mitteis fra negozi inesistenti e nulli. Si tratta, come del resto dice lo stesso Betti, di un negozio *claudicante*, il cui particolare regolamento non può essere perciò utilizzato ai nostri fini”⁴⁴¹.

Malgrado tali autorevoli epigoni, tuttavia, questa ipotesi ricostruttiva di Mitteis ha suscitato anche notevoli contrasti⁴⁴².

Quanto al problema dell'efficacia novativa parziale di certi tipi di 'stipulationes inutiles', di cui al più volte considerato paragrafo III 176 delle

⁴³⁹ Mi riferisco a W. Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932, 66 ss., il quale significativamente nota che Gaio “jedoch auch terminologisch die Kategorie der *inutiles stipulationes* nicht noch einmal unterteilt” (p.67).

⁴⁴⁰ Si veda sul punto E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1947², 181-182. L'esempio citato nel testo è tratto da D.19.1.13.29 (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*): ‘*Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat*’.

⁴⁴¹ C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 231.

⁴⁴² Su questo fronte si annoverano F. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I: L'autonomia classica della sponsio*, 8 ss.; Id., *Le garanzie personali dell'obbligazione*, Roma 1940, 78 ss.; C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 228 ss.; F. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*, Napoli 1959², 39; F. Pastori, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 110 ss., 118 ss., 136; A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 79-83, 90-96; S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 5 ss..

'*Institutiones*' di Gaio, la tesi dello studioso tedesco rappresenta comunque "indubbiamente il più serio tentativo fatto sinora per trovare una spiegazione del fenomeno sul piano dommatico e su di esso giova quindi soffermarsi attentamente"⁴⁴³.

In chiave critica occorre notare, innanzi tutto, che l'or ora ricordato paragrafo gaiano sulla novazione, in una con la di poco precedente trattazione relativa alla garanzia di alcune '*stipulationes inutiles*' mediante *sponsio* e *fidepromissio*, rappresenta ad un tempo il fulcro ed il limite di questa teoria.

Costei si basa infatti esclusivamente su questi due passi "sicché l'argomentazione si riduce a rivestire di terminologia moderna il fenomeno descritto da Gaio"⁴⁴⁴.

Nello specifico poi neanche i citati passi delle '*Institutiones*' consentono di suffragare pienamente la bipartizione nullità – inesistenza sostenuta da Mitteis.

A questo proposito si può notare come nel paragrafo sulla novazione anche la '*stipulatio a servo*' possa ben essere qualificata "sistematicamente' *inutilis*. Depone in tal senso il fatto che Gaio se ne occupa subito dopo la

⁴⁴³ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 5. Prima di Mitteis si ricorda infatti soprattutto la tesi di A. Schmidt, *Zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte*, Leipzig 1888, 18 ss., secondo cui l'effetto estintivo delle '*stipulationes inutiles*' si sarebbe prodotto a titolo di sanzione per l'atto anti-giuridico. Tale posizione riecheggia, pur senza farla espressamente propria, la vecchia teoria dell'invalidità come sanzione, ormai respinta dalla quasi totalità degli studiosi. Tra questi ultimi si può citare C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 231 e G. Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano 1955, 63 ss..

⁴⁴⁴ C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 228.

trattazione di altri tipi di stipulazioni espressamente qualificate inutili introducendone il riferimento con le parole *'non idem iuris est'*, che “stanno bene soltanto se si voleva distinguere entro una categoria sola”⁴⁴⁵.

Questa osservazione di De Martino viene confermata dal dato, assolutamente inoppugnabile nella sua evidenza testuale, secondo cui Gaio, nell'ambito della sua trattazione dei vizi della *stipulatio*, qualifica espressamente come *inutilis*, tra le altre, anche la stipulazione del servo⁴⁴⁶.

“Come superare il rilievo che Gaio non conosce dommaticamente una differenza tra *stipulatio non existens* e *stipulatio inutilis*? In III. 97 ss. il giurista adduce come esempi di *stipulationes inutiles* tanto casi di invalidità sostanziale del negozio (impossibilità della prestazione, condizione impossibile, promessa della cosa propria, promessa *post mortem dari*), o di invalidità derivanti da incapacità di agire (stipul. del furioso, del pupillo senza l'autorità del tutore, della donna sottoposta a tutela), quanto di assoluta inesistenza del negozio (incongruenza fra domanda e risposta, *stipulatio* del muto e del sordo, del servo, della persona *in mancipio* e della *filia familias*, compresa la moglie *in manu*, *stipulatio* per una persona alla cui potestà lo stipulante non fosse

⁴⁴⁵ F. De Martino, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, 80. In questo senso cfr. anche F. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I: L'autonomia classica della sponsio*, 9 e A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 81.

⁴⁴⁶ Il riferimento è a Gaio III 104: *'Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. Servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est non sulum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli'*.

soggetto o fra la persona sottoposta ad una potestà familiare e il titolare della potestà medesima)⁴⁴⁷.

Alla luce di questa ricca esemplificazione è chiaro, quindi, come *inutilis* sia usato da Gaio in relazione ad una vasta ed eterogenea gamma di ipotesi e non certo nell'accezione assai più 'ristretta' teorizzata da Mitteis.

Nel paragrafo sulle garanzie (III 119) si dubita, peraltro, che la '*stipulatio a servo*' possa fungere da premessa per una *sponsio* o una *fidepromissio* valide. Il che, a prescindere dall'esatto significato di tale *quaestio*, incrina comunque l'asserito parallelismo tra questo passo e quello sulla novazione⁴⁴⁸.

In entrambi, inoltre, il fenomeno rispettivamente descritto appare tutt'altro che la regola, visto che Gaio sottolinea con l'avverbio *interdum* il prodursi, sia dell'effetto meramente 'rescindente' ad opera di alcuni tipi di '*stipulationes inutiles*', sia dell'effetto positivo consistente nella possibilità, per le medesime stipulazioni, di essere garantite da una *sponsio* e da una *fidepromissio*.

Il carattere esemplificativo di questa casistica, sottolineato in ambedue i paragrafi dal *veluti*, accentua ulteriormente il suo essere 'di specie', sicché, a rigore, vi potrebbero ben essere delle ipotesi di '*stipulationes inutiles*' prive anche di questo limitato effetto 'negativo'. Questo si porrebbe però in contrasto con l'uso ritenuto da Mitteis⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ F. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I: L'autonomia classica della sponsio*, 9.

⁴⁴⁸ In questo senso si esprime anche A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 82.

⁴⁴⁹ Si rammenti in proposito Gaio III 119: '*Nam illi (i.e. sponsores e fidepromissores) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non*

Del resto, dal modo stesso in cui si esprime Gaio sembra emergere come l'essere *inutilis* sia in realtà più un ostacolo che la preconditione per il prodursi dei descritti effetti.

Gaio descrive infatti l'estinzione, *interdum*, della prima stipulazione '*novationis iure*' malgrado (*licet*) la seconda sia *inutilis*, sottolineando con la concessiva, che ritorna anche nel paragrafo sulle garanzie (*quamvis*), il carattere 'singolare' della fattispecie. Anche la sintassi del periodo sanziona pertanto la valenza di limite attribuita dal giurista al predicato *inutilis*.

Manca da ultimo anche il secondo termine della diade, che dovrebbe fungere da contraltare ad *inutilis* nell'ottica di Mitteis, e cioè *nullus*, mai usato da Gaio nelle '*Institutiones*' in relazione ad un negozio giuridico se non per negarne la stessa consistenza 'ontologica'⁴⁵⁰.

Pure l'espressione '*non existens*' non risulta attestata nelle fonti sicché va senz'altro combattuta "principalmente l'idea che la giurisprudenza classica avesse distinto dommaticamente vari tipi di invalidità del negozio"⁴⁵¹.

fuert obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur e Gaio III 176: '*Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est (...)*'.

⁴⁵⁰ Quanto alle occorrenze 'negoziali' si tratta di Gaio II 258 ('*nullis stipulationibus*'); Gaio III 106 ('*nullum negotium*'); Gaio IV 119 ('*nullum pactum conventum de non petenda pecunia*'). Ne ho trattato analiticamente *supra*, soprattutto nel quinto paragrafo del secondo capitolo: "*Nullus* ed espressioni simili nelle '*Institutiones*' di Gaio".

⁴⁵¹ F. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I: L'autonomia classica della sponsio*, 11.

Ciò chiarito con specifico riguardo alle due fattispecie gaiane, non bisogna però dimenticare che nelle fonti si ravvisano anche altri casi in cui un negozio di trasferimento, pur non producendo il naturale effetto traslativo, determina tuttavia l'estinzione del diritto in capo al trasferente, che ne è il necessario presupposto.

Già Karlowa aveva posto l'accento su questo fenomeno, citando una serie di casi in aggiunta ai paragrafi gaiani sulla novazione, senza offrirne una spiegazione sul piano dogmatico del tipo di quella poi enunciata da Mitteis ma limitandosi ad una mera ricognizione empirica⁴⁵².

La casistica da lui enucleata è la seguente:

a) '*In iure cessio hereditatis*' da parte dell'*heres legitimus post aditionem*': l'*hereditas*, come tale, non si trasferisce, i debiti rimangono intatti mentre i crediti si estinguono⁴⁵³;

b) '*In iure cessio usufructus*' dall'usufruttuario ad un terzo '*non dominus*': l'usufrutto non si trasferisce ma si estingue per il cedente consolidandosi in capo al nudo proprietario⁴⁵⁴;

⁴⁵² Alludo a O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 738 ss..

⁴⁵³ Cfr. Gaio II 35-37 e '*Tituli ex corpore Ulpian*' XIX, 14.

⁴⁵⁴ Si veda D.23.3.66 (*Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium*). In proposito occorre ricordare, però, che Gaio II 30, e poi anche Giustiniano (I.2.4.3), adottano una soluzione diversa, optando per l'inefficacia totale del negozio. Come già notato, ciò lascia ragionevolmente ipotizzare un trattamento differenziato nel tempo, dalla primigenia versione di Pomponio, che potrebbe risalire a Quinto Mucio, alla successiva fatta propria da Gaio e poi anche da Giustiniano. Si è anche pensato però ad un contrasto 'sincronico' tra le due scuole di giuristi dei Sabiniani e dei Proculiani. Per le relative e puntuali indicazioni bibliografiche rinvio a C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 237 n.30.

c) *'In iure cessio tutelae'* dal *'tutor cessicius'* ad un estraneo: la tutela non si trasferisce al cessionario ma ritorna al suo legittimo titolare⁴⁵⁵;

d) *Manumissio* del servo comune da parte di uno soltanto dei condomini: il servo non acquista la libertà e la quota del disponente si estingue, andando ad accrescere quella degli altri proprietari⁴⁵⁶.

A tale stregua si può anche citare il caso della manomissione di uno schiavo soggetto a pegno o a usufrutto in favore di un terzo, con identico risultato estintivo della posizione giuridica del disponente, nonché, sulle orme di Emilio Betti, la già ricordata vendita posta in essere dal pupillo *'sine tutoris auctoritate'*⁴⁵⁷.

Quest'ultimo caso è però chiaramente eterogeneo rispetto agli altri, vertendosi in tema di effetti obbligatori soltanto unilaterali sì da concretare il cosiddetto *'negoziio claudicante'*.

Con la sua ricognizione casistica Karlowa prescinde comunque, come detto, da qualsiasi tentativo di ermeneusi dogmatica né si interroga in ordine ai motivi cui sia da ricondurre la peculiare modulazione di effetti di queste fattispecie.

⁴⁵⁵ Si consideri Gaio I 170 e *'Tituli ex corpore Ulpiani'* XI, 7.

⁴⁵⁶ Le fonti al riguardo sono: *'Tituli ex corpore Ulpiani'* I, 18; *'Pauli Sententiae'* IV, 12, 1; *'Fragmentum Dositheanum'* 10.

⁴⁵⁷ Per il primo caso citato cfr. *'Tituli ex corpore Ulpiani'* I, 19; *'Fragmentum Dositheanum'* 11; per il secondo D.19.1.13.29 (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*).

“Constatare che a volte l’estinzione di un precedente rapporto era presupposto necessario per il nascere di un nuovo rapporto non significa spiegare perché un negozio che dovrebbe raggiungere entrambi gli effetti ne raggiunga invece uno solo e tanto meno significa spiegare il perché produca solo gli effetti negativi e non anche quelli positivi e come ciò possa avvenire”⁴⁵⁸.

Si pone pertanto il problema di rinvenire la giustificazione tecnica dell’effetto puramente negativo, consistente nella perdita del diritto del cedente senza il correlativo acquisto da parte del cessionario⁴⁵⁹.

In proposito occorre notare, innanzi tutto, come la maggior parte di queste fattispecie concernano la ‘*in iure cessio*’, e cioè il negozio formale di trasferimento della proprietà consistente in un’originaria reale ‘*rei vindicatio*’ sulla scia della risalente ‘*legis actio sacramento in rem*’⁴⁶⁰.

“Entrano in giuoco, a codesto riguardo, due distinti fattori, l’uno rappresentato dal congegno mediante cui opera la *in iure cessio* e l’altro rappresentato dalla caratteristica del rapporto su cui essa è chiamata ad operare: a) per quanto concerne il primo, basti tener conto che nella *in iure cessio* il momento finale (traslativo) trova il suo fondamento nel previo momento abdicativo, quale è per l’appunto identificabile nello stesso atto del «cedere» (*Weichen*), vale a dire nell’astenersi dall’opporre, contrariamente al proprio

⁴⁵⁸ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 6-7.

⁴⁵⁹ Per alcuni tentativi di spiegazione maggiormente risalenti si veda C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 231-233.

⁴⁶⁰ Per questi profili si legga la classica trattazione di E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1942, 396.

onere, una propria *contravindicatio* alla *vindicatio* dell'altra parte; b) per quanto concerne il secondo, è facile osservare che la circostanza saliente sta nella inidoneità (tale almeno nella situazione data) dei rapporti in questione ad essere oggetto di trasferimento. Mettendo in correlazione questi due aspetti, è presto rinvenuta la giustificazione dell'effetto negativo: il fatto è che la non trasferibilità del rapporto, se è d'ostacolo alla produzione dell'effetto finale (trasferimento), non esclude per contro la esistenza, in capo al disponente, di un grado di legittimazione sufficiente per la efficace messa in opera del momento abdicativo"⁴⁶¹.

Quanto poi alle ipotesi di manomissione, la medesima impostazione può senz'altro essere invocata per la '*manumissio vindicta*', strutturalmente coincidente con una normale '*in iure cessio*' ed analoghe ragioni legate alla valenza 'formale' dell'atto possono essere addotte per gli altri tipi 'civili' (cioè la '*manumissio censu*' e quella *testamento*)⁴⁶².

E' chiaro comunque che questi esempi ricordati da Karlowa non riguardano affatto la distinzione tra negozi inesistenti e negozi nulli postulata da Mitteis, in quanto nei citati casi l'*in iure cessio*', come atto formale processuale, non è nulla ma, contrario, perfettamente valida.

⁴⁶¹ S. Tondo, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in "Novissimo Digesto Italiano" VIII, Torino 1962, 998, che, in ordine alla possibile enucleazione in chiave autonoma del momento abdicativo rispetto al traslativo cita D.41.2.18.1 (*Celsus libro vicensimo tertio digestorum*): '(...) *Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre*'. Analoga nella sostanza l'analitica opzione ricostruttiva di C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 233-238 (che si rifà alle precedenti spiegazioni di Solazzi e di Perozzi).

⁴⁶² Per questi aspetti si consideri C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, 238 n.22 e S. Tondo, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, 998 n.8.

4. Tra *'ius civile'* e *'ius honorarium'*: il caso della *'stipulatio contra bonos mores'* in D.45.1.61.

Chiarita così l'inconsistente distinzione tra negozio 'nullo' e negozio 'inesistente', con particolare riguardo alla diade *inutilis* vs *'non existens'* teorizzata da Mitteis, e per l'effetto 'riguadagnata' la polivalente prospettiva di *inutilis* in chiave 'funzionale', desidero adesso soffermare l'attenzione su un altro profilo di particolare rilievo.

Si tratta dell'uso dei termini *utilis* ed *inutilis* nell'ambito dei rapporti tra *'ius civile'* e *'ius honorarium'*, in relazione alla fattispecie, davvero 'esemplare', della *'stipulatio contra bonos mores'* recepita in D.45.1.61⁴⁶³.

Ora, su questa peculiare tipologia di *stipulatio* sotto condizione illecita mi sono già intrattenuto specificamente, dedicandole un apposito paragrafo del precedente capitolo⁴⁶⁴.

Il suo motivo principale di interesse è costituito, come si ricorderà, dalla simultanea presenza nelle fonti di due regimi di invalidità della fattispecie tra loro logicamente 'contraddittorii', e cioè tanto la validità *'iure civili'* e l'invalidità *'iure honorario'* quanto l'invalidità alla stregua dello stesso *'ius civile'*⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Cfr. D.45.1.61 (*Iulianus libro secundo ad Urseium Ferocem*): *'Stipulatio hoc modo concepta: "si heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio'*.

⁴⁶⁴ Si tratta dell'ottavo paragrafo del secondo capitolo: "La *stipulatio* sotto condizione illecita e le 'contraddizioni' presenti nelle fonti".

⁴⁶⁵ Quanto al primo regime mi limito a citare, *'exempli gratia'*, D.45.1.97.2 (*Celsus libro vicensimo sexto digestorum*): *"Si tibi nupsero, decem dari spondes?" causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a*

Conformemente alla tesi sostenuta dalla migliore dottrina⁴⁶⁶, la spiegazione di tale illogica compresenza è da ravvisare nello sviluppo diacronico dal 'dualismo' tra '*ius civile*' e '*ius honorarium*', proprio del diritto classico, alla loro *consonantia* nel diritto giustiniano⁴⁶⁷, che oblitera da ultimo la bipartizione classica contaminando le fonti in più punti con tracce del sistema unitario finale.

Di tale 'stratificazione' offre un'evidente e direi quasi 'plastica' testimonianza i due frammenti di Ulpiano e di Pomponio, che figurano consecutivamente sempre nel titolo '*De verborum obligationibus*' del Digesto⁴⁶⁸.

Qui, come già visto, alla generalizzazione giustiniana 'intrusa' nel frammento ulpiano, ove "forse non vi ha neppure una parola del giurista

muliere eo modo non in dotem stipulatus est' e D.45.1.134 pr. (*Paulus libro quinto decimo responsorum*): '*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*'; quanto al secondo si rammenti C.8.38(39).2 (*Imp. Alexander A. Menophilo, a.223*): '*Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium ferisse, ratas non haberi constat*' e D.45.1.26 (*Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum*): '*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*:'.

⁴⁶⁶ Mi riferisco principalmente a F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, Perugia 1922.

⁴⁶⁷ Riprendo il termine letteralmente da I.2.10.3: '*Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi (...)*'.

⁴⁶⁸ Cfr. D.45.1.26 (*Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum*): '*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*:' e D.45.1.27 pr. (*Pomponius libro vicensimo ad Sabinum*): '*Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari*'.

classico. E l'intervento dei compilatori è attestato altresì dal 'generaliter'⁴⁶⁹, si giustappone l'esemplificazione pomponiana con l'affermazione finale della 'denegatio actionis'. "Interpolando l' 'et' ed allacciando il brano al fr. 26, in cui avevano introdotto il domma della nullità assoluta del diritto civile, i Giustiniani evidentemente hanno inteso dire soltanto, che da 'stipulatio' turpe l'azione non competesse neppure"⁴⁷⁰.

Ciò premesso, il termine tecnico privilegiato per esprimere la posteriore invalidità unificata sotto l'egida dello 'ius civile' è *nullus* o espressioni a questo affini, come si evince dall'or ora richiamato frammento ulpiano ed anche da un altro assai significativo passo di Pomponio, parimenti pressoché integralmente interpolato⁴⁷¹.

Su queste basi è possibile analizzare adesso il brano di Giuliano citato in apertura.

⁴⁶⁹ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 60.

⁴⁷⁰ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 62.

⁴⁷¹ Il riferimento è a D.45.1.19 (*Pomponius libro quinto decimo ad Sabinum*): 'Si stipulatio facta fuerit: "si culpa tua divortium factum fuerit, dari?", nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa'. Su questo passo, sicuramente rimaneggiato nella prima parte, ove si adotta la posteriore 'soluzione' unitaria giustiniana, come anche nella seconda, per l'incoerente affermazione circa la validità della medesima *stipulatio*, appena prima dichiarata *nulla*, in caso di coincidenza della pena privata inflitta con quella legale, si veda soprattutto F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 62-64 (con conformi indicazioni bibliografiche relative alla precedente dottrina) e H. Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in "Studi in onore di Pietro Bonfante" IV, Milano 1930, 108.

Qui il giurista adrianeo, più o meno negli stessi anni di Pomponio⁴⁷², considera un caso di '*stipulatio contra bonos mores*', nella specie quella '*si heredem me non feceris, tantum dare spondes*', considerandola 'tout court' *inutilis*, appunto perché conclusa '*contra bonos mores*'.

In questo testo, così come si presenta oggi ai nostri occhi nella sua fattura letterale, è chiaro, innanzi tutto, che *inutilis* viene impiegato nell'accezione di *nullus*, a significare la radicale invalidità della fattispecie, conformemente all'ampia valenza 'funzionale' di *inutilis* già più volte sottolineata.

Ciò detto, più o meno tutti gli autori che se ne sono occupati hanno dubitato della genuinità di questo frammento sia da un punto di vista formale che sostanziale.

Per la forma colpisce, '*in primis*', l'andamento desultorio del periodo, con il soggetto *stipulatio* ripetuto 'a chiasmo' in apertura ed in chiusura ed i due *est* troppo ravvicinati⁴⁷³.

Quanto alla sostanza, invece, le opinioni della dottrina si dividono fondamentalmente tra chi muove dalla asserita genuinità del riferimento ai '*boni mores*' per contestarne il conseguente 'radicale' regime invalidante alla stregua

⁴⁷² Per alcune dettagliate e preziose informazioni sulla cronologia dei due autori, corredate di ulteriori numerose indicazioni bibliografiche, si consideri R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità*. Quasi nullus nella giurisprudenza romana, 47-48 n.213.

⁴⁷³ Concordano su questi aspetti formali S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 43, 1922, 290 n.2 e F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 59.

del solo *'ius civile'*⁴⁷⁴, e chi, per converso, contestando tale riferimento come interpolato, dubita della genuinità della sola proposizione causale finale introdotta dal *quia* sino alla fine⁴⁷⁵.

In particolare Messina Vitrano, la cui opinione sul punto mi sembra davvero ineccepibile, anche alla luce del già trattato e poc'anzi ricordato sviluppo diacronico del regime della *'stipulatio contra bonos mores'*, nota che "il dogma quindi della nullità assoluta *' iure civili '* della stipulazione sotto gravame turpe fu intruso nel frammento dai Giustiniani: Giuliano, almeno sostanzialmente, doveva scrivere così: « *Stipulatio hoc modo concepta: ' si heredem me non feceris, tantum dare spondes? ' iure civili utilis est, sed praetor actionem denegat, quia contra bonos mores est haec stipulatio »*"⁴⁷⁶.

Inutilis attesterebbe, quindi, in questo passo la rielaborazione postclassica in chiave *'sintetica'* del regime di invalidità di questa *stipulatio*, che per il diritto classico era limitata soltanto allo *'ius honorarium'*.

⁴⁷⁴ Tra questi si annoverano F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 59-60; H. Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, 108 e A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 52-58.

⁴⁷⁵ In quest'altro gruppo si possono ricordare C. Longo, *Corso di diritto romano : parte generale: fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti*, Milano 1937, 130-131 e G. Cicogna, *A proposito di condizioni immorali*, in "Studi senesi" 54, 1940, 78-79. S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, 290 n.2, propende invece per la classicità, nella sostanza, della decisione di Giuliano, visto che "d'altra parte la nullità di convenzioni successorie apparisce in altre leggi". Mezger, d'altra parte, pur considerando postclassica l'espressione *'contra bonos mores'* e ritenendo quindi la proposizione causale finale *'stark verdächtig'*, non si pronuncia decisamente, visto che la terminologia romana relativa all'inefficacia è *'so schwankend'* (cfr. H.R. Mezger, *Stipulationen und letztwillige Verfügungen "contra bonos mores" im klassisch-römischen und nachklassischen Recht*, Marienburg 1929, 13 ss., 30, 40-41).

⁴⁷⁶ F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 59-60. Aderisce a questa ricostruzione del frammento, considerandola la più convincente, A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 57.

Una indiretta ma chiara conferma di ciò è rinvenibile in un altro brano di Giuliano, pervenutoci nel titolo *'Ad legem Falcidiam'* del Digesto, ove il medesimo giurista qualifica *'quasi inutile'* il legato inefficace *'ab initio'* ovvero paralizzabile con il mezzo pretorio della *'denegatio actionis'*⁴⁷⁷.

Che questo passo sia genuino, con particolare riguardo al *'quasi inutile'*, lo si evince con ogni evidenza dalla versione greca dei *'Basilici'*, ove del *quasi* non v'è traccia⁴⁷⁸. In quest'ambito, peraltro, lo scolio Κυρίλλου fonde il citato frammento di Giuliano con quello precedente di Celso, tralasciando ogni riferimento alla *'denegatio actionis'*, ad ulteriore conferma della genuinità del sistema *'duale'* classico⁴⁷⁹.

"D. 45, 1, 61 confermerebbe quanto risulta da D. 35, 2, 51 e nello stesso tempo mostra come in diritto giustiniano la sfera di applicazione del termine *inutilis* abbracciava anche ipotesi in relazione alle quali, almeno all'epoca di Giuliano, non doveva essere usata questa qualificazione"⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Cfr. D.35.2.51 (*Iulianus libro sexagesimo primo digestorum*): *'Nec interest, utrum ab initio quasi inutile fuerit an ex accidenti postea in eum casum pervenisset legatum, ut actio eius denegaretur'*, da leggere insieme al precedente D.35.2.50 (*Celsus libro quarto decimo digestorum*): *'Non est dubium, quin ea legata, a quibus heres summovere exceptione petitorum potest, in quartam ei imputentur nec ceterorum legata minuant'*.

⁴⁷⁸ Basta leggere in proposito *'Basilici'* 41.1.49-50 (Heimbach 4, 113): *'μή. Κέλσου. Όσα ληγάτα κερδαίνει ό κληρονόμος, εκβάλλων τούς ληγαταρίους παραγραφῆ, λογίζονται αὐτῶ εἰς φαλκίδιον. ν'. Ίουλιανοῦ. Εἴτε ἐξ ἀρχῆς ἦσαν ἀνυπόστατα, εἴτε μετὰ ταῦτα γενόμενα· οἶω γάρ δήποτε τρόπῳ παρακατασχεθῶσι, λογίζονται αὐτῶ εἰς φαλκίδιον'*.

⁴⁷⁹ Si tratta dello scolio a *'Basilici'* 41.1.49 (Heimbach 4, 113): *'Κυρίλλου. Τά ὑπὸ παραγραφῆν ληγάτα οὐκ ἀριθμοῦνται εἰς μείωσιν οὐσίας, εἴτε ἐξ ἀρχῆς ἄχρηστα ἦ, εἴτε ὕστερον ἀσθενῆ (...)'*.

⁴⁸⁰ A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 57-58.

5. Generalizzazione del termine *inutilis* in C.8.38 (*De inutilibus stipulationibus*).

Il passo di Giuliano, recepito in D.45.1.61 poc'anzi analizzato, comprova chiaramente, attraverso la manipolazione testuale subita, la successiva estensione dell'ambito applicativo dell'aggettivo *inutilis*, atto a ricomprendere anche casi di invalidità '*iure honorario*' di negozi perfettamente validi dal punto di vista dello '*ius civile*'.

Che si tratti di una rielaborazione, comunque successiva al suo autore, del tenore letterale originario del brano in questione lo si evince con chiarezza, innanzi tutto, dalle numerose testimonianze delle fonti, in precedenza citate, che attestano il regime 'duale' (i.e. validità '*iure civili*' - invalidità '*iure honorario*') dei negozi '*contra bonos mores*' in diritto classico⁴⁸¹.

Vi è poi l'altro frammento dello stesso Giuliano, da ultimo considerato, ove il giurista ricorre alla locuzione '*quasi inutile*' per qualificare il legato

⁴⁸¹ Si rammentino sul punto, tra gli altri, D.45.1.97.2 (*Celsus libro vicensimo sexto digestorum*): "*Si tibi nupsero, decem dari spondes?*" *causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est* e D.45.1.134 pr. (*Paulus libro quinto decimo responsorum*): '*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*'.

paralizzabile nei suoi effetti ad opera della ‘*denegatio actionis*’ di marca pretoria⁴⁸².

L’impiego di *inutilis* in tale amplissima accezione deve pertanto essere ascritto quanto meno all’epoca postclassica.

A questo proposito mette conto evidenziare che in epoca giustiniana l’attributo *inutilis* connotava certamente ormai anche casi di invalidità ‘*iure honorario*’.

Ne costituisce una chiara riprova una costituzione di Diocleziano e Massimiano, contenuta nel titolo del ‘*Codex*’ giustiniano significativamente rubricato ‘*de inutilibus stipulationibus*’⁴⁸³.

Si afferma qui che da una *stipulatio* contratta ‘*dolo vel metu adhibito*’ sorge sì un’*actio* ma la relativa *petitio* può essere contrastata processualmente ‘*per doli vel metus exceptionem*’⁴⁸⁴.

Da questo rescritto si deduce quindi nitidamente come i giustiniani qualificassero come *inutilis* una *stipulatio* valida ‘*iure civili*’ ma ‘annullabile’ tramite lo strumento pretorio dell’*exceptio*.

⁴⁸² Mi riferisco a D.35.2.51 (*Iulianus libro sexagesimo primo digestorum*): ‘*Nec interest, utrum ab initio quasi inutile fuerit an ex accidenti postea in eum casum pervenisset legatum, ut actio eius denegaretur*’.

⁴⁸³ Cfr. C.8.38.5 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aquilinae*, a.290): ‘*Dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit, per doli tamen vel metus exceptionem submoveri petitio debet*’.

⁴⁸⁴ A questo riguardo C. Longo, *Note critiche in tema di violenza morale*, in “*Bullettino dell’Istituto di diritto romano*” 42, 1934, 115, ha sostenuto che la versione originaria del brano recasse la menzione soltanto dell’*exceptio doli* mentre l’*exceptio metus* sarebbe frutto dell’intervento dei compilatori, che l’avrebbero aggiunta per completezza.

Si tratta di un aspetto particolare di una tendenza più generale, riscontrabile anche nelle *'Institutiones'* giustiniane, ove tutti i profili in vario modo 'patologici' della *stipulatio*, figura contrattuale ormai assunta per le sue caratteristiche a vero e proprio 'paradigma' negoziale, vengono trattati simultaneamente nel paragrafo parimenti intitolato *'de inutilibus stipulationibus'*⁴⁸⁵.

Ciò chiarito, sarebbe a questo punto assai interessante riuscire a determinare il periodo in cui la *stipulatio* oggetto della costituzione diocleziana è stata considerata *inutilis* al punto da 'giustificare' la collocazione sistematica del *'Codex'*.

Più in particolare bisognerebbe capire se una rubrica *'de inutilibus stipulationibus'* fosse già contenuta nei Codici Gregoriano o Ermogeniano, da cui, vista la datazione, dovrebbe essere stato estratto il discusso rescritto⁴⁸⁶.

Superato questo primo aspetto, peraltro non risolvibile alla luce dello stato delle fonti in nostro possesso, occorrerebbe poi dimostrare che il medesimo testo fosse contenuto proprio nella stessa rubrica così ipoteticamente ricostruita.

“Allo stato delle fonti sembra dunque impossibile determinare l'epoca in cui la *stipulatio* a cui si riferisce C. 8, 38, 5 ha potuto essere qualificata *inutilis*,

⁴⁸⁵ Si tratta di I.3.19 (*'De inutilibus stipulationibus'*).

⁴⁸⁶ Propende per la provenienza della costituzione diocleziana in oggetto dal Codice Ermogeniano anche A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 61, richiamandosi sul punto agli studi di G. Rotondi, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *"Scritti giuridici"*, I, Pavia 1922, 120-121, 132, 144.

pur dovendosi riconoscere che almeno fino ad una certa epoca questa qualificazione non le era applicata⁴⁸⁷.

6. La *stipulatio* condizionata tra utilità ed inutilità.

Definita così la latitudine applicativa dell'attributo *inutilis* anche in chiave diacronica, desidero adesso soffermare l'attenzione sulla figura della *stipulatio* sottoposta a condizione, soprattutto per vagliare la bontà di alcune autorevoli posizioni dottrinali circa l'uso dei termini *utilis* ed *inutilis* in relazione a questa fattispecie.

Mi riferisco, in particolare, alla tesi di Archi secondo cui “se (...) il negozio condizionato, *pendente condicione*, non può chiamarsi *utilis*, ciò nondimeno esso non sarà mai qualificato nelle fonti come *inutilis*”⁴⁸⁸.

Limitando qui l'attenzione alle fonti principali in tema di *stipulatio* non mi sembra, in verità, che tale opinione sia fondata.

Inizierei l'analisi muovendo da un frammento di Paolo, contenuto nella specifica ‘*sedes materiae*’ del Digesto⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ A. Masi, *Il negozio ‘utile’ o ‘inutile’ in diritto romano*, 61.

⁴⁸⁸ G. Archi, *Condizione nel negozio giuridico, a) Diritto romano*, in “*Enciclopedia del diritto*” VIII, Milano 1961, 749.

⁴⁸⁹ Alludo a D.45.1.132 pr. (*Paulus libro quinto decimo quaestionum*): ‘*Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset. Quaero, si postmodum domo eum propulerit vel moriens nihil ei testamento reliquerit, an stipulatio committetur, et quid intersit, utrum filius an alumnus vel cognatus agentis fuerit. Praeterea quaero, si filium suum quis legitime in adoptionem dederit et ita, ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit eumque pater adoptivus exheredaverit vel emancipaverit,*

In questo brano il giurista severiano prospetta un caso affine ad un'*adoptio*, consistente in una *traditio* di un *filius* ad un altro soggetto che lo accoglie con sé, assumendo l'impegno di pagare una determinata somma di denaro '*si eum aliter quam ut filium observasset*'.

Ciò premesso, si chiede innanzi tutto se questa *stipulatio* diventi esigibile ('*an stipulatio committetur*'), qualora in seguito il promittente abbia cacciato di casa il ragazzo o morendo non gli abbia riservato alcunché nel testamento, ovvero se importi una differenza il fatto che il medesimo 'adottato' sia il *filius* piuttosto che l'*alumnus* o il *cognatus* dello stipulante.

Si domanda poi se nell'ipotesi di un'*adoptio* vera e propria un'analogha *stipulatio* sarebbe stata esigibile ove il '*pater adoptivus*' avesse diseredato o emancipato l'adottato.

Prima di fornire la risposta puntuale a questi interrogativi Paolo afferma: '*stipulatio utilis est in utroque casu: igitur, si contra conventionem factum sit, committetur stipulatio*'.

*an stipulatio committatur. Respondi: stipulatio utilis est in utroque casu: igitur, si contra conventionem factum sit, committetur stipulatio. Sed videamus primum in eo, qui legitime adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit vel emancipaverit: haec enim pater circa filium solet facere: igitur non aliter eum quam ut filium observavit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus, si et meruit exheredari? Emancipatus plane et hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut, si eum emancipasset vel exheredasset, certum quid promitteret. Quo tamen casu commissa stipulatione potest quaeri, an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso? Maxime, si patri naturali heres extitisset, an victo deneganda est ex stipulatu actio? Sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari victo filio, nec ipsi deneganda erit debita pecuniae executio. In eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat haec conceptio "si eum aliter quam ut filium observasset", non prospicio: an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is, qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio iure in eo, qui haec non fecit, dicit supervacuo: dici tamen poterit commissam esse stipulationem'. Sul passo si vedano le indicazioni bibliografiche citate da A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 107 n.291.*

E' questa la parte più importante del frammento ai fini che qui più interessano, in quanto vi si afferma che anche in pendenza della condizione la *stipulatio* può essere considerata *utilis*.

In verità l'intero brano non è andato esente da vari sospetti di alterazione ed in effetti non è del tutto chiaro nella parte finale.

Anche l'or ora citato periodo centrale è stato ritenuto in contrasto con il prosiegua mentre l'*in utroque casu* è stato anche inteso come facente riferimento alle opzioni alternative prospettate dalla fattispecie concreta analizzata⁴⁹⁰.

Quest'ultima esegesi non mi sembra particolarmente convincente in quanto non consente di spiegare chiaramente la connessione con l'*igitur – quod* immediatamente seguente.

Il periodo appare piuttosto scandire bene due momenti diversi: quello della *stipulatio* in pendenza della condizione, che viene qualificata comunque *utilis*; quello, poi, dell'eventuale violazione dell'impegno assunto, che determina l'esigibilità della *stipulatio* (*igitur, si contra conventionem factum sit, committetur stipulatio*)⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Cfr. in proposito la Glossa *'in utroque casu' a.h.l.*: *'id est cum expulit, vel nil reliquit. Item cum exheredavit, vel emancipavit (...)*' e gli altri riferimenti alla 'scettica' dottrina in A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 108.

⁴⁹¹ In questo senso si orienta anche A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 108.

Alla luce di questo frammento paolino risulta chiaro, pertanto, come l'attributo *utilis* possa non implicare l'immediata efficacia del negozio cui si riferisce.

A questo riguardo può essere citato anche un frammento di Ulpiano, estratto sempre dal medesimo titolo '*De verborum obligationibus*'⁴⁹².

Si afferma qui che una *stipulatio* assoggettata ad una condizione impossibile '*cum in faciendum concipitur*' risulta inefficace. Diversamente, qualora l'evento impossibile venga dedotto come condizione negativa ('*si in coelum non ascenderit*'), allora '*utilis et praesens est et pecuniam creditam continet*'. In quest'ultimo caso, cioè, la *stipulatio* è *utilis* e può essere immediatamente efficace come se fosse stata contratta pura, senza attendere l'ultimo istante di vita del promittente⁴⁹³.

Mi sembra chiaro infatti che il soggetto dell'ultimo periodo sia la *stipulatio* e non la *condicio* perché, a tacer d'altro, non si vede come quest'ultima possa riferirsi al '*pecuniam creditam continet*' della parte finale⁴⁹⁴.

La considerazione distinta di '*utilis et praesens*' da parte di Ulpiano mi pare una ulteriore conferma del fatto che un negozio *utilis* possa non essere considerato immediatamente efficace e quindi esigibile.

⁴⁹² Mi riferisco a D.45.1.7 (*Ulpianus libro sexto ad Sabinum*): '*Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi "si in caelum non ascenderit": nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet*'.

⁴⁹³ In questo senso accogliendo la lezione *ascenderis* proposta da Haloander (cfr. l'apparato dell'edizione critica di Krüger *a.h.l.*).

⁴⁹⁴ In senso conforme anche A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 111-112. *Contra VIR V*, 1589, 25-26.

In proposito, andrei più cauto, invece, nel giudizio relativamente a due altri brani, uno di Pomponio e l'altro di Marciano⁴⁹⁵.

Nel primo si sostiene che è *utilis* la *stipulatio* condizionata avente ad oggetto la cosa propria, '*si condicionis existentis tempore mea non sit*'; nell'altro, che può essere costituita in garanzia *utiliter* una cosa altrui '*si debitoris facta fuerit*'.

In entrambi, infatti, la connessione rispettivamente di *utilis* e di *utiliter* ad un momento successivo rispetto alla stipula rende più sfumato il giudizio su questi passi anche se, nel frammento di Marciano "si ha effettivamente l'impressione che la qualificazione *utiliter* si riporti al momento in cui la *res* viene *obligata* e non già a quello in cui la condizione si avvera"⁴⁹⁶.

Il termine *utilis* risulta invece impiegato in un'accezione sicuramente diversa da Ulpiano in un altro passo⁴⁹⁷.

Si fa il caso qui di un crollo di alberi '*vi tempestatis*' dal fondo del vicino da cui derivi un danno alle viti o alle messi o agli edifici confinanti. In questo frangente l'opinione riferita di Viviano è che una *stipulatio* '*si quid arborum*

⁴⁹⁵ Il riferimento è a D.45.1.31 (*Pomponius libro vicesimo quarto ad Sabinum*): '*Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit*' e a D.20.1.16.7 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): '*Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit*'.

⁴⁹⁶ A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 110.

⁴⁹⁷ Alludo a D.39.2.24.9 (*Ulpianus libro octogesimo primo ad edictum*): '*Item apud Vivianum relatum est, si ex agro vicini arbores vi tempestatis confractae in meum agrum deciderint eoque facto vitibus meis vel segetibus nocent vel aedificia demoliunt, stipulationem istam, in qua haec comprehenduntur "si quid arborum locive vitio acciderit", non esse utilem, quia non arborum vitio, sed vi ventorum damnum mihi datum est. Plane si vetustate arborum hoc fiebat, possumus dicere vitio arborum damnum mihi dari*'.

locive vitio acciderit non sia *utilis* in quanto *'non arborum vitio, sed vi ventorum damnum mihi datum est'*.

E' chiaro quindi che *'non esse utiliem'* assume in questo caso ben altro significato, come già intuito dal glossatore Martino, che lo interpretava nel senso di *'inefficacem: i. inefficacem hoc casu: quia ex ea non poterit agi'*.

Il riferimento è pertanto all'impossibile azionabilità del mezzo in giudizio alla luce delle concrete caratteristiche della fattispecie, difforme dalla previsione dedotta nella *stipulatio*.

Tutto ciò chiarito, non resta che considerare da ultimo il profilo 'negativo' successivo, se cioè venisse qualificato *inutilis* un negozio che risultava inefficace per il mancato avverarsi della condizione.

In proposito può bastare qui la citazione di un frammento di Gaio, in cui a fronte di una *stipulatio* alternativa *'si mihi sub condicione aut Titio pure'* si considera *inutilis* *'tota stipulatio, nisi in meam personam condicio extiterit'*⁴⁹⁸.

E' dunque possibile fornire una risposta positiva anche all'ultimo quesito sollevato.

⁴⁹⁸ Cfr. D.45.1.141.7 (*Gaius libro secundo de verborum obligationibus*): *'Sed rursus mihi quidem pure aut Titio sub condicione stipulari possum. Contra vero si mihi sub condicione aut Titio pure, inutilis erit tota stipulatio, nisi in meam personam condicio extiterit, scilicet quia, nisi quod ad me vim acceperit obligatio, adiectio nihil potest valere. Hoc tamen ita demum tractari potest, si evidenter apparet pure Titii persona adiecta: alioquin cum ita stipulor: "si navis ex Africa venerit, mihi aut Titio dari spondes?" Titii quoque persona sub eadem condicione adici videtur'.*

7. Il caso della ‘*stipulatio praepostera*’.

Terminata la trattazione di alcune tra le più significative fattispecie in tema di *stipulatio* sottoposta a condizione sospensiva a cavallo tra *utilis* ed *inutilis*, è ancora sul ‘doppio binario’ della *stipulatio* e della condizione che intendo porre l’accento adesso, enucleandone un ulteriore profilo assai peculiare.

Mi riferisco alla figura della ‘*stipulatio praepostera*’ o ‘*praepostere concepta*’, e cioè un tipo di *stipulatio* condizionata, così definita perché si caratterizza per il fatto di invertire l’ordine ‘naturale’ tra il verificarsi dell’evento e l’adempimento della prestazione, anteponendo il secondo al primo⁴⁹⁹.

La nozione di questo istituto è contenuta in un paragrafo delle ‘*Institutiones*’ giustinianee, che ne offre un esempio oltre ad un succinto ma significativo *excursus* storico⁵⁰⁰.

Si afferma qui che una *stipulatio* formulata in modo da impegnare *hodie* il promittente ad effettuare la prestazione dovuta ‘*si navis ex Asia venerit*’ un tempo era *inutilis* perché ‘*praepostere concepta*’. Successivamente, dapprima

⁴⁹⁹ Del resto già lo stesso etimo dell’aggettivo *praeposterus* rinvia ad un sovvertimento ‘ossimorico’ della realtà, evocando il significato di ‘*inverso ordine facta, perversa, cum scilicet aliquid prius fit, quod post fieri debuit*’ (in questi termini E. Forcellini – V. De-Vit, *Lexicon totius Latinitatis*, Prato 1868, IV, 812).

⁵⁰⁰ Si tratta di I.3.19.14: ‘*Item si quis ita stipulatus erat: ‘si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?’ inutilis erat stipulatio, quia praepostere concepta est. sed cum Leo inclitae recordationis in dotibus eandem stipulationem, quae praepostera nuncupatur non esse reiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat huiusmodi conceptio stipulationis*’.

Leone, limitatamente alla materia dotale, e poi Giustiniano *'in omnibus'* ne riconobbero la validità.

Da questo brano una parte importante della dottrina ha ritenuto di desumere l'esatta nozione di questa figura, che sarebbe stata identica nel diritto classico e nel diritto giustiniano: "in siffatte stipulazioni si poneva avanti il pagamento, cioè si voleva un pagamento immediato, sebbene l'obbligazione, per la sua natura condizionale, fosse esposta a non esistere"⁵⁰¹.

In realtà il quadro delle fonti in argomento si presenta più articolato e complesso, consentendo di ricostruire uno sviluppo dell'istituto della *'stipulatio praepostera'* in chiave diacronica, dal diritto classico a quello giustiniano.

Già il corrispondente passo della pressoché coeva *'Parafrasi'* di Teofilo consente di arricchire sul punto la scarsa trattazione giustiniana⁵⁰².

⁵⁰¹ F. Vassalli, *Di talune clausole con riferimento al «dies mortis» nel legato e nella stipulazione*, in *"Studi di diritto romano"* III 1, Milano 1960, 302-303. Per altre puntuali indicazioni bibliografiche cfr. A. Masi, *Stipulatio praepostera*, in *"Bullettino dell'Istituto di diritto romano"* 63, 1960, 183 n.5.

⁵⁰² Il riferimento è a *'Theophili Paraphrasis'* 3.19.14: "Ἀχρηστος καὶ ἡ *praepostéra* ἐπερώτησις, οἷον ἐάν τις ἐπερωτήσῃ·«ἐάν ἡ ναὺς αὐριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας σήμερόν μοι δοῦναι ὁμολογεῖς;» ἄχρηστος δέ ἐστιν ἡ ἐπερώτησις, ἐπειδὴ οὐ δεῖ τὴν δόσιν πρεσβυτέραν εἶναι τῆς ἐκβάσεως τῆς αἰρέσεως, ἀλλὰ μεταγενεστέραν. ἀλλ' ἐπειδὴ Λέοντος διάταξις ἐστιν ἐπὶ τῆς προικὸς τὴν *praepostéran* δεχομένη ἐπερώτησιν, διὰ τοῦτο ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς δίκαιον ἐνόμισεν εἶναι ὥστε ἐπὶ πάσης ἐπερωτήσεως τὸ τοῦ *praepostéru* πάθος ἐπιγινόμενον μὴ ἀναιρεῖν τὴν ἐνοχίην. *praepostéra* γάρ ἐστιν ἐπερώτησις καὶ οὕτως ἐάν εἴπω·«ὁμολογῶ δώσειν σοι σήμερον δέκα νομίματα, ἐάν αὐριον *Títios* γένηται ὑπάτος». ἤγουν ἐπὶ τῆς προικὸς, ἐάν εἴπῃ ὁ ἀνὴρ τῇ γυναικί·«ὁμολογῶ μελλούσῃ σοι τελευτᾶν διδόναι τὴν προῖκα, ἐάν ἄπαις τελευτήσῃς». ἡ μὲν γὰρ δόσις εἰς τὸν τῆς ζωῆς ἀνάγεται καιρὸν, ἡ δὲ ἔκβασις τῆς αἰρέσεως, τουτέστι τῆς ἀπαιδίας (εἶπε γὰρ·«ἐάν ἄπαις τελευτήσῃς») εἰς τὸν μετὰ τελευτῆν ἀναφέρεται χρόνον. ἤρρεσεν οὖν οὐ μονο ἐπὶ προικὸς ἀλλὰ καὶ ἐπ' ἄλλης οἵαςδήποτε ἐπερωτήσεως τὸ *praepósteron* συμβαῖνον μὴ ἀκυροῦν τὴν ἐπερώτησιν'.

Il celebre *Antecessor* ripropone qui innanzi tutto l'esempio delle '*Institutiones*', in cui il promittente si impegna a dare oggi sebbene la *stipulatio* sia condizionata al giungere della nave dall'Asia domani, scandendo peraltro meglio con quest'ultima precisazione, assente nel manuale giustiniano, lo stacco temporale tra i due momenti.

Precisa poi che questo negozio è ἀχρηστος, poiché in una *stipulatio* sottoposta a condizione la dazione dovuta dal debitore deve seguire e non già precedere il verificarsi dell'evento dedotto in condizione.

Segue l'accento alla riforma in tema di dote operata dall'imperatore Leone, generalizzata successivamente da Giustiniano. Questi interventi normativi sono richiamati anche in calce al passo, dopo altri due esempi di '*stipulatio praepostera*'.

Il primo di questi consiste nella promessa di dare dieci oggi, qualora Tizio domani diventi console. Il secondo, in ambito dotale, vede un marito impegnarsi a restituire la dote alla moglie in procinto di morire, qualora ella muoia senza figli.

Quest'ultima *stipulatio* è *praepostera* in quanto, come spiega subito appresso il giurista, la dazione va effettuata quando la donna è ancora in vita mentre la condizione va ricondotta ad un momento successivo alla morte di lei.

L'esempio da ultimo citato in materia dotale mostra quindi con chiarezza come ai fini della configurazione di una '*stipulatio praepostera*' non fosse necessaria la previsione di una prestazione immediata a fronte della successiva

eventuale verifica dell'evento condizionale, nell'ottica delle or ora ricordate posizioni dottrinali⁵⁰³, ma bastasse la mera anteriorità della stessa, anche di un solo istante.

Ciò chiarito, occorre notare a questo punto l'andamento un po' desultorio di questo brano teofilino, in cui spicca il presente ἐστίν con cui viene qualificata ἄχρηστος la *stipulatio* nel primo esempio citato, cui seguono le altre due fattispecie, al primo legate da un significativo γάρ di connessione. Prima di quest'ultime, e subito dopo, si colloca l'accenno alle riforme di Leone e di Giustiniano.

Queste spie grammaticali e sintattiche evidenziano come Teofilo molto probabilmente abbia tenuto presente e riprodotto una fonte pregiustiniana, che ha poi provveduto ad aggiornare sulla base delle 'Institutiones', visto che la parte relativa alle riforme imperiali appare ivi non ben amalgamata con il resto della trattazione⁵⁰⁴.

“Da quanto si è detto si deve dedurre che: 1) l'esempio contenuto in Inst. 3, 19, 14 (... *hodie dare spondes?*) non è stato formulato dai compilatori, ma era già contenuto in una trattazione anteriore; 2) anche prima dell'epoca in cui fu redatta la Parafrasi delle Istituzioni, perché una *stipulatio* condizionata incorresse nella *reprehensio praeposteri*, era sufficiente che il *promittens* si

⁵⁰³ Cfr. *supra* gli autori citati in n.105.

⁵⁰⁴ Su questi rilievi si considerino le acute osservazioni di A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 186-188.

fosse impegnato ad adempiere in un momento precedente a quello in cui poteva verificarsi la condizione⁵⁰⁵.

Del resto, che proprio questa fosse la configurazione strutturale della ‘*stipulatio praepostera*’ anche in diritto classico è possibile appurarlo grazie a tre significativi frammenti estratti dal Digesto.

Tra questi particolare importanza riveste il primo in ordine di tempo: un passo tratto dalle ‘*Quaestiones*’ di Africano⁵⁰⁶.

Si prospetta qui una *stipulatio*, con la quale il *promittens* si impegna a versare alla controparte ‘*dena in annos singulos*’ da oggi, se Tizio diventerà console.

Verificatasi la condizione dopo un triennio, ci si chiede, a questo punto, ‘*non immerito*’ se sia dovuta la prestazione anche per gli anni trascorsi prima del verificarsi dell’evento condizionale.

Il *responsum* di Giuliano, riferitoci dal suo allievo Africano⁵⁰⁷, considera questa *stipulatio* come *utilis* anche per il triennio trascorso prima dell’ascesa di Tizio al consolato. L’impegno assunto dal debitore è da intendersi, infatti, nel

⁵⁰⁵ A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 187-188.

⁵⁰⁶ Si tratta di D.45.1.64 (*Africanus libro septimo quaestionum*): ‘*Huiusmodi stipulatio interposita est: "si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?" post triennium condicio exstitit: an huius temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur. Respondit eam stipulationem utilem esse ita, ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam condicionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intellegatur, ut sententia eius sit talis: tunc cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur*’.

⁵⁰⁷ Per questo riferimento a Giuliano, implicito nel frammento, alla luce dello stretto legame dell’opera di Africano con quella del suo maestro, si veda A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 189 e n.20.

senso di corrispondere la prestazione anno per anno, anche in relazione agli anni intercorsi tra la stipula ed il verificarsi della condizione '*tunc cum Titius consul factus fuerit*', cioè soltanto quando quest'ultima si sia realizzata.

Il problema qui sollevato sottende, implicitamente ma chiaramente, il divieto della '*stipulatio praepostera*' e viene risolto, in buona sostanza, sulla base di una '*quaestio voluntatis*', dell'interpretazione, cioè, della volontà delle parti per come si è espressa nella concreta '*conceptio verborum*' di questa *stipulatio*.

“Dal passo si deve inoltre dedurre che, secondo Giuliano ed Africano, se il *promittens* non si fosse esplicitamente impegnato ad adempiere le prestazioni relative al *triennium praeteritum* solo quando si fosse verificata la condizione, riguardo a tali prestazioni, la *stipulatio* sarebbe stata *inutilis* (evidentemente perché *praepostere concepta*)”⁵⁰⁸.

Questa soluzione deve poi essersi affermata e consolidata in quanto la ritroviamo, in età severiana, in un frammento di Paolo, che la riproduce all'esito di un'identica fattispecie, senza porsi più alcun dubbio in merito⁵⁰⁹.

I dubbi interpolazionistici agitati da una parte anche autorevole della dottrina su questi due brani non sembrano in verità particolarmente probanti⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 189.

⁵⁰⁹ Mi riferisco a D.45.1.126 pr. (*Paulus libro tertio quaestionum*): '*Si ita stipulatus fuero: "si Titius consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes?", post triennium condicione existente triginta peti potuerunt*'.

⁵¹⁰ Si considerino in argomento i puntuali riferimenti bibliografici riportati da A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 190 nn.22-25.

Nello specifico, l'andamento problematico del passo di Africano ed il fatto che la '*stipulatio praepostera*' non fosse più considerata *inutilis* nell'età di Giustiniano, come si è visto in apertura, sembrano deporre chiaramente per la loro genuinità sostanziale⁵¹¹.

V'è, inoltre, un altro frammento di Paolo, che conferma ulteriormente la classicità della soluzione 'giuliana' adottata nel frammento di Africano⁵¹².

Si rappresenta qui il caso di una '*stipulatio usurarum*', affiancata ad un mutuo, mediante la quale il mutuatario si impegna a corrispondere all'altra parte, '*si quo anno non solvisset*', una quota aggiuntiva di interessi sull'intera somma mutuata '*ex die qua mutuatus est*'.

Si tratta, quindi, di una fattispecie analoga nella sostanza a quella rappresentata nei due frammenti poc'anziconsiderati.

Divenuta esigibile la *stipulatio* dopo alcuni anni, si sollecita sul punto un rescritto dell'imperatore Marco Aurelio, che esorta il mutuatario ad adire il '*praeses provinciae*' affinché riduca il negozio controverso '*ad modum iustae exactionis*'.

⁵¹¹ Per la genuinità si schiera decisamente anche A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 191-192.

⁵¹² Alludo a D.22.1.17 pr. (*Paulus libro singulari de usuris*): '*Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum, et redditus per aliquot annos usuris mox stipulatio commissa esset, divus Marcus Fortunato ita rescripsit: "Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget". Haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura*'.

A questo punto, Paolo interpreta il rescritto nel senso che l'oggetto della *stipulatio* debba essere ridotto sì da limitare l'aggravio di interessi soltanto dal giorno dell'inadempimento e non già, come pattuito, dal momento della stipula (*'sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura'*).

E' chiaro, allora, che senza l'intervento 'in riduzione' del magistrato preposto la *stipulatio* sarebbe stata perfettamente efficace anche per gli anni precedenti al verificarsi della condizione d'inadempimento. Non è pertanto possibile considerarla una '*stipulatio praepostera*', altrimenti non si sarebbe posto il problema della sua riconduzione '*ad modum iustae exactionis*' perché sarebbe stata considerata inesorabilmente *inutilis*.

“Dal passo si ricava che, prima ancora dei Severi, e precisamente sotto Marco Aurelio, la soluzione di Giuliano e di Africano, dettata dall'esigenza di salvare, nel caso che si è visto, la *stipulatio* facendo perno sulla volontà delle parti, aveva finito col prevalere. Si comprende pertanto come D. 22, I, 17 pr. abbia un'importanza determinante al fine di sostenere la genuinità di D. 45, I, 64 e D. 45, I, 126 pr.”⁵¹³.

Se questa è la situazione propria del diritto classico, ogni impedimento alla configurabilità della '*stipulatio praepostera*', dopo la parziale riforma di

⁵¹³ A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 194.

Leone, viene definitivamente rimosso da Giustiniano, con una costituzione che ci è stata tramandata nel 'Codex'⁵¹⁴.

Si sancisce qui il definitivo superamento del divieto '*in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis*', in nome del primato della volontà dei contraenti, '*exactione videlicet post condicionem vel diem competente*'.

Indipendentemente dalla '*conceptio verborum*' concretamente formulata dalle parti, si consente quindi la piena azionabilità di questa *stipulatio*, al verificarsi della condizione ed a partire dal momento in cui si è assunto l'impegno ('*post condicionem vel diem*')⁵¹⁵.

La qualificazione *inutilis*, qui adottata nella abituale lata accezione giustiniana (come si evince dalla contrapposizione con il *valeat* usato sia nel testo della costituzione sia nel paragrafo delle '*Institutiones*'), non può pertanto che venire meno⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Si tratta di C.6.23.25 (*Imp. Iustinianus A. Menae pp., a.528*): '*Praeposteri reprehensionem, quam novella constitutio in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus, ut tali exceptione cessante et stipulatio et alii contractus et testatoris voluntas indubitate valeat, exactione videlicet post condicionem vel diem competente*'.

⁵¹⁵ Per questa interpretazione della clausola '*vel diem*' mi rifaccio in particolare alla posizione di A. Masi, *Stipulatio praepostera*, 207-208.

⁵¹⁶ A sottolineare l'ampiezza della sfera di applicazione dei termini *utilis* ed *inutilis* in relazione alla *stipulatio* significativa appare la citazione di un passo della 'Parafraresi' di Teofilo, che non trova riscontro nel testo delle '*Institutiones*' di Giustiniano. Mi riferisco a '*Theophili Paraphrasis*' 3.19 pr.: 'Τῶν ἐπερωτήσεων αἱ μὲν εἰσι χρήσιμοι, αἱ δὲ ἄχρηστοι. Ἄλλ' αἱ μὲν χρήσιμοι πολλαί, αἱ δὲ ἄχρηστοι ὀλίγαι. Δεῖ τοίνυν εἰπεῖν περὶ τῶν ὀλίγων· ἐντεῦθεν γὰρ τὸ πλῆθος εἰσόμεθα τῶν χρησίμων'.

8. Sviluppi postclassici: la 'Novella Theodosiana 9'.

Sin qui ho cercato di evidenziare il ruolo sempre più 'onnicomprensivo' conferito nel corso del tempo all'attributo *inutilis* fino alla configurazione delle poc'anzi considerate categorie generali '*de inutilibus stipulationibus*' del 'Codex' e delle '*Institutiones*'⁵¹⁷.

V'è peraltro un testo postclassico, risalente al V sec. d.C., che sembrerebbe adombrare una distinzione di carattere generale tra negozi nulli e negozi inesistenti. Si tratta di un brano tratto da una Novella del 439 d.C., la '*Novella Theodosiana 9*'⁵¹⁸.

Quest'ultima fu emanata per impedire ai *curiales* di eludere il divieto di assumere l'amministrazione di beni altrui, posto a loro carico da una precedente costituzione del 382 d.C.⁵¹⁹.

Si ricava, infatti, da questa Novella che i *curiales* aggiravano il divieto prendendo in locazione i beni che non potevano gestire.

Alla luce di ciò, visto che '*conductionem namque speciem esse procurationis certissimum est*', per evitare ulteriori infrazioni si afferma ora esplicitamente il divieto per i curiali di prendere in locazione fondi altrui e la

⁵¹⁷ Si rammentino in proposito C.8.38 e I.3.19.

⁵¹⁸ E' possibile leggerne il lungo testo integrale in F. Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi 'iuris civilis' sotto condizione illecita*, 56-57.

⁵¹⁹ Cfr. al riguardo C.Th.12.1.92 = C.10.32.34 (*Imppp.Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Floro pp., a.382*): '*Si quis procurationem facultatum suarum curiali crediderit esse mandandam, totius dignitatis exceptione depulsa gravissima poena plectetur. Ille vero, qui immemor libertatis et generis infamissimam suscipiens vilitatem existimationem suam servili obsecundatione damnaverit, tradatur exsilio*'.

confisca dei beni eventualmente assunti ciò nonostante (*'sancimus conducendi quoque fundos alienos licentiam curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari'*).

Così precisata la parte precettiva specifica del provvedimento imperiale, prima di tornare nel merito della vicenda dei *curiales*, da ultimo proibendo loro di *'fidem suam pro conductoribus fundorum interponere'*, compare nel testo una parte di tenore generale, che trova un riscontro pressoché identico, salve due lievissime varianti, in una costituzione conservataci nel *'Codex'*⁵²⁰.

In quest'ambito giova in particolare concentrare l'attenzione sulla parte centrale: *'ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile debere esse quod factum est'*.

Attraverso la contrapposizione *inutilia* vs *'pro infectis'* si intende qui affermare la radicale nullità di ogni atto compiuto in contrasto con norme

⁵²⁰ Mi riferisco a C.1.14.5 (*Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp., a.439*): *'Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere proibente. 1. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis latori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. 2. Secundum praedictam itaque regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est nec stipulationem eiusmodi tenere nec mandatum ullius esse momenti nec sacramentum admitti'*. Il resto della Novella viene invece sunteggiato in C.4.65.30 (*Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp., a.439*): *'Curialis neque procurator neque conductor alienarum rerum nec fideiussor aut mandator conductoris existat. Alioquin nullam obligationem neque locatori neque conductori ex huiusmodi contractu competere sancimus'*.

proibitive, lasciando quasi intendere che fosse predicabile una graduazione di intensità tra l'inutilità e la vera e propria inesistenza del negozio (*'non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur'*).

Sulla base di questa parte, peraltro, va ricordato che una parte della dottrina ha fondato il superamento, da parte della Novella, della celebre distinzione 'ulpiana' tra *'leges perfectae'*, *'minus quam perfectae'* e *'imperfectae'*⁵²¹.

In realtà, però, così opinando il concetto di inesistenza verrebbe a dilatarsi enormemente sino a ricomprendere l'intero novero degli atti compiuti in spregio alla legge.

Soprattutto, poi, la portata della distinzione in oggetto sfuma sensibilmente non appena si passa alla lettura del periodo immediatamente seguente: *'Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus'*. Il che induce a ripensare l'intera ricostruzione alla luce dello scarso rigore terminologico della novella⁵²².

In ogni caso, se si prende in considerazione la versione greca dei 'Basilici', che si ricollega alla Novella in esame attraverso la costituzione recepitata, come detto, in C.1.14.5, non si può non notare come il riferimento alla

⁵²¹ Alludo alla posizione di F. Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (thèse), Paris 1902, 128-129 e di G. Baviera, *Leges imperfectae, minus quam perfectae et perfectae*, in "Scritti giuridici" I, Palermo 1909, 204-205.

⁵²² Analoghe considerazioni sul punto sono formulate da A. Masi, *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, 85.

locuzione '*pro infectis*' scompaia del tutto sia dal testo greco che dallo scolio corrispondente⁵²³.

“La soppressione di tale precisazione, che doveva apparire, in definitiva, evidente, può essere posta in relazione con il permanere della concezione della sostanziale coincidenza delle sfere di applicazione dell'inesistenza e dell'inefficacia, pur nella consapevolezza della rilevanza della distinzione dei rispettivi piani”⁵²⁴.

9. Conclusioni.

Terminata la trattazione di alcuni profili particolarmente significativi relativi all'uso degli attributi *utilis* ed *inutilis* riscontrabili nelle fonti in chiave diacronica, desidero adesso tirare le fila delle argomentazioni svolte in questa parte enucleandone in sintesi gli snodi salienti.

Muovendo dal diritto dell'epoca classica, già le '*Institutiones*' di Gaio mostrano nitidamente l'impiego di *inutilis* in un'ottica che ho definito 'qualificativa', volta a 'connotare' le figure negoziali cui accede in una prospettiva marcatamente teleologico-funzionale, oggi diremmo di 'inefficacia'.

⁵²³ Cfr. in proposito 'Basilici' 2.6.10 (Scheltema – Van der Wal A I, 76): 'Μηδὲν παρὰ τὴν τῶν νόμων ἔννοιαν πραχθὲν ἐρρώσθω, ἀλλ' ἄχρηστον ἔστω, κἂν μὴ τοῦτο ἰδικῶς ὁ νομοθέτης ἐπήγαγεν. Ἄλλ' οὐτε ὄρκον ἐπενεχθέντα ἐκ τῆς τοιαύτης αἰτίας βουλόμεθα κῦρος ἔχειν. Ὁ δὲ τῆ διανοία τοῦ νόμου μαχόμενος οὐκ ἐκφεύξεται τὰς ἐγκειμένας τῷ νόμῳ τιμωρίας' e lo scolio τῆ ἐννοία a 'Basilici' 2.6.10 (Scheltema – Van der Wal B I, 30): 'Τῆ ἐννοία μᾶλλον καὶ οὐ τοῖς ῥήμασιν τοῦ νόμου προσέχομεν. Καὶ σημείωσαι, ὅτι πᾶν γινόμενον παρὰ τὴν δύναμιν τοῦ νόμου ἄχρηστόν ἐστιν'.

⁵²⁴ A. Masi, *Nullità (storia)*, in "Enciclopedia del diritto" XXVIII, Milano 1978, 865.

Ciò risalta maggiormente nei paragrafi in cui *inutilis* figura accanto a *nullus*, di cui accentua così la più volta rimarcata valenza 'ontologica', meramente 'denotativa' dell'inesistenza, giuridicamente intesa, della fattispecie.

Questo non significa, però, che *inutilis* e *nullus* non possano essere talvolta fungibili, in quanto la cifra 'di genere' del primo può senz'altro ricomprendere la *species* concretata dal secondo.

“Il più comprende il meno. Ogni negozio nullo è per ciò stesso privo di effetti, come quello inefficace, ma evidentemente non si può dire l'inverso e cioè che ogni negozio inefficace sia anche invalido, e quindi dal fatto che a volte nelle fonti si parli di negozi *inutiles* anche in relazione a negozi nulli non si potrà arguire che tutti i negozi definiti *inutiles* siano nulli”⁵²⁵.

A rimarcare ciò ho anche definito *inutilis* come un 'iperonimo' o un 'Oberbegriff', mutuando questi termini dalla scienza linguistica in quanto assai icastici.

Alla stregua di una tale configurazione è chiaro, allora, che la pur autorevolmente teorizzata distinzione tra la '*stipulatio inutilis*' e la '*stipulatio non existens*' appare priva di fondamento, anche prescindendo dalla mancata attestazione nelle fonti di questa seconda locuzione.

Proseguendo nell'analisi, è emersa poi una progressiva accentuazione del ruolo di *inutilis* nelle fonti postclassiche e giustinianee, di cui costituiscono esempi assai significativi la discussa interpolazione del frammento di Giuliano,

⁵²⁵ S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, 13.

recepita in D.45.1.61 in tema di '*stipulatio contra bonos mores*', e le due rubriche '*de inutilibus stipulationibus*' di C.8.38 e I.3.19, dalla decisa impronta 'categoriale'.

Il ruolo assai duttile di *utilis* ed *inutilis* si mostra anche nella fattispecie della *stipulatio* condizionata, in generale e nella *species* costituita dalla peculiare figura della '*stipulatio praepostera*', delle cui principali problematiche ho cercato di dare sinteticamente conto.

Da ultimo, la distinzione tra il negozio *inutilis* e quello *infectum*, che pare affiorare dalla '*Novella Theodosiana 9*', si è visto sfumare notevolmente alla luce di una lettura sistematica del passo, che ne evidenzia la notevole approssimazione linguistica, vieppiù accentuata dalla scomparsa di ogni riferimento alla locuzione '*pro infectis*' nella successiva versione dei 'Basilici'.

Osservazioni conclusive

Terminata così l'esposizione di questa ricerca, desidero adesso richiamare sinteticamente l'attenzione sugli snodi cruciali della trattazione, dato che una prima rassegna di conclusioni sono già state poste partitamente in calce ai singoli capitoli.

Innanzitutto, vorrei soffermarmi sulla peculiare impostazione di fondo di questo lavoro, basata su un paradigma di ricerca all'insegna dei due cardini della 'visione storica' e della 'visione integrata' del fenomeno giuridico.

La prima, alla luce di una ben precisa 'coscienza storica', consente di 'spiegare Omero con Omero', riprendendo il più volte citato adagio alessandrino di Aristarco di Samotracia.

La seconda permette, poi, di inquadrare l'oggetto dell'indagine nel suo preciso ed ampio contesto di riferimento, in un'ottica che ho definito 'culturalmente orientata'.

Ciò attraverso puntuali indici etimologico-lessicali e precisi richiami testuali, nonché mediante l'utilizzo di schemi tratti dalla moderna scienza linguistica di matrice strutturalistica: nella specie, il modello generale della comunicazione elaborato da Roman Jakobson, applicabile al diritto in quanto fenomeno essenzialmente linguistico.

Ne è emersa una concezione del predicato giuridico *nullus* inteso nel senso prettamente 'ontologico' di 'inesistente', alla luce della sua più autentica *ratio* etimologicamente connotata.

Questa concezione, in un certo senso, ‘palingenetica’ di *nullus* è stata poi pienamente suffragata da una puntuale analisi esegetica delle più significative fonti giuridiche, concernenti gli atti tra vivi, svolta nella seconda parte del lavoro, mirante, come da titolo, all’*applicatio iuris*’.

A fronte della valenza ‘ontologica’ di *nullus*, meramente ‘denotativa’ dell’inesistenza giuridica della fattispecie, i termini *utilis* ed *inutilis* costituiscono invece una categoria ‘qualificativa’ ampia e duttile, volta a riguardare il sostantivo cui si riferiscono dal punto di vista eminentemente teleologico-effettuale.

Avvalendomi ancora di una terminologia mutuata dalla scienza linguistica, ho parlato a questo proposito di un ‘iperonimo’ ovvero di un ‘Oberbegriff’, a sottolinearne la portata ‘di genere’: un ‘significante’ suscettibile di assumere diversi ‘significati’ alla luce dei vari contesti.

Queste, in estrema sintesi, le linee fondamentali della ricerca da me svolta, permeata dalla descritta ‘*nova methodus*’.

Alla luce di ciò, ed una volta di più, mi piace, pertanto, concludere rammentando da ultimo un pensiero di Marcel Proust, che considero sempre più ‘pregnante’:

“la vera via della ricerca non consiste nel cercare nuove strade ma nell’averne nuovi occhi”.

BIBLIOGRAFIA

- Meyerfeld, F.W.L.v., *Die Lehre von den Schenkungen nach römisches Recht*, Marburg 1837;
- Savigny, F.K.v., *System des heutigen römischen Rechts*, I-VIII, Berlin 1840-49 (trad. It., a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, Torino 1886-96);
- Arndts, K.L., *Zur Lehre vom Schuldvermächtnis*, in “*Gesammelte civilistische Schriften*”, II, Stuttgart 1873, 539-554;
- Schlossmann, S., *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig 1874;
- Karlowa, O., *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin 1877;
- Gradenwitz, O., *Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887;
- Schmidt, A., *Zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte*, Leipzig 1888;
- Hellmann, F., *Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Freiburg-Leipzig 1900;
- Ferrini, C., *Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici*, in “*Archivio giuridico*” LXVI, 1901, 201-225, poi in “*Opere di Contardo Ferrini*” III, Milano 1929, 357-383;
- Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901;
- Senn, F., *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae (thèse)*, Paris 1902;

- Hellmann, F., *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 23, 1902, 380-428; in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 24, 1903, 50-121;
- Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt 1906⁹ (trad. it., a cura di C. Fadda e E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, I, Torino 1925);
- Mitteis, L., *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, § 14, 236-255;
- Baviera, G., *Leges imperfectae, minus quam perfectae et perfectae*, in "Scritti giuridici" I, Palermo 1909, 199-224;
- Cicala, F.B., *Il concetto dell'utile' e sue applicazioni nel diritto romano*, Milano 1910;
- Renard, G., *L'idée d'annullabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge*, Paris s.d., 214-249, 327-364;
- Beseler, G.v., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen 1911;
- Mitteis, L., *Stipulation und Legat*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 32, 1911, 1-23;
- Hellmann, F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München 1914;

- Knip, F., *Gai Institutionum Commentarius tertius*, Jena 1917;
- Finzi, E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna 1920;
- Rotondi, G., *Problemi di diritto pubblico romano*, in “*Rivista italiana per le scienze giuridiche*” 64, 1920, 147 ss. (poi in “*Scritti giuridici*”, Pavia 1922, 370 ss.);
- Albertario, E., ‘*lustum pretium*’ e ‘*lusta aestimatio*’, in “*Bullettino dell’Istituto di diritto romano*” 31, 1921, 1-19;
- Solazzi, S., *L’origine storica della rescissione per lesione enorme*, Roma 1921 (estratto da “*Bullettino dell’Istituto di diritto romano*” 31, 1921, 51-87);
- Beseler, G., *Miscellanea critica*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 43, 1922, 428;
- Cugia, S., *La nullità parziale del negozio giuridico nel D.24.1 “de d. i. v. et u.”*, Napoli 1922;
- Messina Vitrano, F., *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I: I negozi ‘iuris civilis’ sotto condizione illecita*, Perugia 1922;
- Riccobono, S., *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 43, 1922, 262-397;
- Rotondi, G., *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in “*Scritti giuridici*”, I, Pavia 1922, 110-265;

- Messina Vitrano, F., *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, II: La compra dall'attore dell'obbietto litigioso fatta scientemente*, Messina 1924;
- Scialoja, A., *Nullità ed inefficacia*, in "Saggi di vario diritto" I, Roma 1927, 22-32;
- Betti, E., *Diritto romano e dogmatica odierna*, in "Archivio giuridico" XV, 1928, 129-150;
- Dumont, F., *Les donations entre époux en droit romain*, Paris 1928;
- Kelsen, H., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht)*, Tübingen 1928²;
- Schulz, F., *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 48, 1928, 197-284;
- Siber, H., *Römisches Recht, II: Privatrecht*, Berlin 1928;
- Albertario, E., *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in "Rendiconti dell'istituto lombardo" 62, 1929, 808 ss., poi in "Studi di diritto romano" I, Milano 1933;
- Mezger, H.R., *Stipulationen und letztwillige Verfügungen "contra bonos mores" im klassisch-römischen und nachklassischen Recht*, Marienburg 1929;

- Beseler, G.v., *Romanistische Studien*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 50, 1930, 38;
- Biondi, B., *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in “*Studi in onore di Pietro Bonfante*” IV, Milano 1930, 29-102;
- Ehrhardt, A., *Iusta causa traditionis*, Berlin 1930;
- Segré, G., *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in “*Scritti giuridici*” I, Cortona 1930, 193-357;
- Segré, G., *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione nel diritto romano e nel diritto moderno*, in “*Scritti giuridici*” I, Cortona 1930, 358-377;
- Siber, H., *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in “*Studi in onore di Pietro Bonfante*” IV, Milano 1930, 103-128;
- Beseler, G.v. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5, Leipzig 1931;
- Flume, W., *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932;
- Biondi, B., *Prospettive romanistiche*, Milano 1933;
- Siber, H., *Confirmatio donationis*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 53, 1933, 99-150;

- Betti, E., *Consapevole divergenza della determinazione causale*, in “*Bullettino dell’Istituto di diritto romano*” 42, 1934, 299-325;
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien 1934 (trad. it., a cura di R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952);
- Longo, C., *Note critiche in tema di violenza morale*, in “*Bullettino dell’Istituto di diritto romano*” 42, 1934, 68-128;
- Passerin d’Entrèves, A., *Il negozio giuridico: saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934;
- Schulz, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934 (trad. it., a cura di V. Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze 1946);
- Betti, E., *Diritto romano, I: Parte generale*, Padova 1935;
- Grosso, G., *Le clausole «si putaveris» «si aestimaveris» e simili nei fedecommessi, e la dottrina dell’arbitrium boni viri*, in “*Studia et documenta historiae et iuris*” 1, 1935, 83-107;
- De Martino, F., *Studi sulle garanzie personali, I: L’autonomia classica della sponsio*, Napoli 1937;
- Longo, C., *Corso di diritto romano*, Milano 1937;
- Aru, L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova 1938;
- Scialoja, V., *Negozi giuridici (Corso di diritto romano 1892-93)*, IV ristampa, Roma 1938, § 43-44;

- Aru, L., *Studi sul 'negotium imperfectum', I. La terminologia 'imperfectum' e l'efficacia del 'negotium imperfectum'*, in "Archivio giuridico" CXXIV, 1940, 3-53;
- Cicogna, G., *A proposito di condizioni immorali*, in "Studi senesi" 54, 1940, 48-94;
- De Martino, F., *Le garanzie personali dell'obbligazione*, Roma 1940;
- Falzea, A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941;
- Beseler, G.v., *Einzelne Stellen*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 45, 1945, 483;
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge 1945 (trad. it., a cura di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952);
- Lauria, M., *Ius civile - Ius honorarium*, in "Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini (Università di Pavia)", Milano 1946, 595-657;
- Betti, E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1947²;
- Beseler, G.v., *Einzelne Stellen*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 66, 1948, 601;
- Sanfilippo, C., "Mandatum post mortem", in "Studi in onore di Siro Solazzi", Napoli 1948, 554-567;

- Guarino, A., *Notazioni romanistiche – IV. Il “furiosus” e il “prodigus” nelle “XII tabulae”*, in *“Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania”* n.s. III, 1948-1949, 194-204;
- Sanfilippo, C., *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in *“Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania”* n.s. III, 1948-49, 225-246;
- Betti, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1950;
- Bobbio, N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *“Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”* IV, 1950, 342-367;
- Scognamiglio, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950;
- Solazzi, S., *Sull’obbligazione a termine iniziale*, in *“Iura”* I, 1950, 34-63;
- Betti, E., *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi dogmatica*, in *“Rivista italiana per le scienze giuridiche”* LXXXVIII, 1951, 94-133;
- Scognamiglio, R., *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *“Annuario di diritto comparato e di studi legislativi”* XXVII, 1951, 55 ss., poi in *“Scritti giuridici: 1.- Scritti di diritto civile”*, Padova 1996, 183-241;
- Dulckeit, G., *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, in *“Festschrift Fritz Schulz”* I, Weimar 1951, 148-190;

- Ascarelli, T., *Riflessioni in tema di titoli azionari, Personalità giuridica e società tra società*, in “*Banca, borsa e titoli di credito*”, I, 1952, 385-427;
- Solazzi, S., *La pendenza dei diritti nelle fonti romane*, in “*Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*” IV, Bologna 1953, 405-414;
- Ascarelli, T., *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V libro IV del nostro codice*, in “*Banca, borsa e titoli di credito*”, 1954, 372 n. 6;
- Ascarelli, T., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in “*Rivista di diritto commerciale*”, I, 1954, 245-270;
- Carnelutti, F., *Inesistenza dell’atto giuridico?*, in “*Rivista di diritto processuale*” 10, 1955, I, 208-211;
- Conso, G., *Il concetto e le specie d’invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano 1955;
- Ascarelli, T., *Inesistenza e nullità*, in “*Rivista di diritto processuale*” 11, 1956, I, 61-65;
- Biondi, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956;
- Gioffredi, C., *‘Pendenza’ e ‘sospensione’ dalle fonti romane alla dommatica odierna*, in “*Studia et documenta historiae et iuris*” 22, 1956, 113-157;
- Arangio-Ruiz, V., *Storia del diritto romano*, Napoli 1957⁷;
- Nicosia, G., *Exceptio utilis*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*” 75, 1958, 251-301;

- Ascarelli, T., *Personalità giuridica e problemi delle società*, ora in T. Ascarelli, “*Problemi giuridici*”, I, Milano 1959, 233-316;
- Bonifacio, F., *La novazione nel diritto romano*, Napoli 1959²;
- Calasso, F., *Il negozio giuridico*, Milano 1959;
- Criscuoli, G., *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*, Milano 1959;
- Archi, G., *La donazione: corso di diritto romano*, Milano 1960;
- Daube, D., *Utiliter agere*, in “*Iura*” 11, 1960, 69-148;
- Giorgianni, M., *Causa (dir. priv.)*, in “*Enciclopedia del diritto*” VI, Milano 1960, 547-576;
- Masi, A., *Stipulatio praeposterata*, in “*Bullettino dell’Istituto di diritto romano*” 63, 1960, 181-211;
- Mayer-Maly, T., “*Vulgo*” und *Vulgarismus*, in “*Labeo*” 6, 1960, 7-29;
- Vassalli, F., *Di talune clausole con riferimento al «dies mortis» nel legato e nella stipulazione*, in “*Studi di diritto romano*” III 1, Milano 1960, 253-318;
- Archi, G., *Condizione nel negozio giuridico*, a) *Diritto romano*, in “*Enciclopedia del diritto*” VIII, Milano 1961, 743-759;
- Metro, A., *La “Lex Aelia Sentia” e le manomissioni fraudolente*, in “*Labeo*” 7, 1961, 147-200;
- Pastori, F., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961;
- Popper, K.R., *The Poverty of Historicism*, London-Henley 1961³;
- Wolf, J.G., *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961;

- Zilletti, U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961;
- Arangio-Ruiz, V., «*Sponsio*» e «*stipulatio*» nella terminologia romana, in “*Bullettino dell'Istituto di diritto romano*” 65, 1962, 193-222;
- Masi, A., *Il negozio 'utile' o 'inutile' in diritto romano*, in “*Rivista italiana per le scienze giuridiche*” 3.10, 1959-1962, 21-117;
- Mayer-Maly, T., *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*, Graz-Köln 1962;
- Scognamiglio, R., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari 1962;
- Talamanca, M., *Revoca testamentaria e translatio legati*, in “*Studi in onore di Emilio Betti*” 4, Milano 1962, 179-348;
- Tondo, S., *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in “*Novissimo Digesto Italiano*” VIII, Torino 1962, 994-1003;
- Archi, G., ‘*Utilis*’ e ‘*inutilis*’ nelle fonti giuridiche, in “*Labeo*” 9, 1963, 263-265;
- Snell, B., trad. it. a cura di V. Degli Alberti e A. Solmi Marietti, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, Torino 1963;
- De Giovanni, B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli 1964;
- Garin, E., *L'umanesimo italiano*, Bari 1964²;
- Robleda, O., *La nulidad del Acto Jurídico*, Roma 1964;
- Di Paola, S., *Considerazioni su Gaio 3.176 (Novazione mediante stipulatio post mortem)*, in “*Studi in onore di B. Biondi*” I, Milano 1965, 395-416;

- Di Paola, S., *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, in “*Studi in onore di Gaetano Zingali*” III, Milano 1965, 641-659;
- Giuffrè, V., *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli 1965;
- 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;
- Di Paola, S., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966;
- Momigliano, A., *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, ora in Id., “*Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*”, I, Roma 1966, 285-302;
- Guarino, A., *Per la storia del 'contrarius consensus'*, in “*Labeo*” 14, 1968, 271-280;
- Pugliese, G., *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, Milano 1968;
- d'Alessandro, F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in “*Studi in memoria di Tullio Ascarelli*”, Milano 1969, 243-343;
- Rossi, P., *Storia e filosofia. Saggi sulla storiografia filosofica*, Torino 1969;
- Gandolfi, G., *In tema di inesistenza, invalidità, inefficacia*, in “*Labeo*” 16, 1970, 69-77;
- Irti, N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano 1970;

- De Francisci, P., *Note critiche intorno all'uso di categorie astratte nella storia del diritto romano*, in "Studi in onore di Edoardo Volterra" 1, Milano 1971, 1-48;
- Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, I, München 1971²;
- Brutti, M., *Invalidità (storia)*, in "Enciclopedia del diritto" XXII, Milano 1972, 560-575;
- Russell, B., trad. it. a cura di L. Pavolini, *Storia della filosofia occidentale*, I, Milano 1972²;
- Prosperetti, M., *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano 1973;
- Robleda, O., *Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano*, in "Studi in memoria di Guido Donatuti" III, Milano 1973, 1131-1155;
- Seiler, H.H., *Utile per inutile non vitiatur. Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht*, in "Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag", München 1976, 127-147;
- Bellomo, M., *Negozio giuridico (diritto intermedio)*, in "Enciclopedia del diritto" XXVII, Milano 1977, 922-932;
- Schiavone, A., *Negozio giuridico (diritto romano)*, in "Enciclopedia del diritto" XXVII, Milano 1977, 906-921;
- Kuhn, T., trad. it. a cura di A. Carugo, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino 1978⁴;
- Masi, A., *Novazione, a) Diritto romano*, in "Enciclopedia del diritto" XXVIII, Milano 1978, 767-774;

- Masi, A., *Nullità (storia)*, in “*Enciclopedia del diritto*” XXVIII, Milano 1978, 859-866;
- Burdese, A., *Atti delle persone: I vizi dell’atto giuridico in diritto romano*, in “*Atti del Colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*”, Roma 1979, 235-251;
- Quadrato, R., *Le Institutiones nell’insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979;
- Momigliano, A., *Le regole del giuoco nello studio della storia antica*, ora in Id., “*Sesto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*”, I, Roma 1980, 13-22;
- Masi, A., *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, in “*Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano)*”, Milano 1981, 129-138;
- Albanese, B., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982;
- Filanti, G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983;
- Quadrato, R., *Sulle tracce dell’annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983;
- Volterra, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1985;
- Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986;
- Watson, A., *La formazione del diritto civile*, Bologna 1986;
- Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987;

- Caprioli, S., *Rescissione (storia)*, in “*Enciclopedia del diritto*” XXXIX, Milano 1988, 933-966;
- Catalano, P., *Diritto e persone*, I, Torino 1990;
- Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990;
- Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990;
- Bretone, M. e Talamanca, M., *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari 1994²;
- Mazza, M., *Introduzione a M.I. Rostovtzeff, Per la storia economica e sociale del mondo ellenistico-romano. Saggi scelti (a cura di Tommaso Gnoli e John Thornton)*, Catania 1995, VII-LXXV;
- Ferri, G.B., *Appunti sull’invalidità del contratto (dal c.c. del 1865 al c.c. del 1942)*, in “*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*” 94, 1996, 367-394;
- Rossi, L.E., *Letteratura greca*, Firenze 1998;
- Mazza, M., *Il vero e l’immaginato. Profezia, narrativa e storiografia nel mondo romano*, Roma 1999;
- Di Marzio, F., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio*, in “*Giustizia civile*” II, 2000, 465-484;
- Satta, S. e Punzi, C., *Diritto processuale civile*, Padova 2000¹³;

- Jakobson, R., *Saggi di linguistica generale*, Milano 2002, 181-218 (già in Th.A. Sebeok [Ed.], *Style and Language*, New York-London 1960, 350-377);
- Ferri, G.B., *Il negozio giuridico*, Padova 2004²;
- Schiavone, A., *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005;
- Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006;
- Maddalena, P., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, lezione tenuta presso l'Istituto di diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma il 6 giugno 2012.

Indice delle fonti

Diritto romano

Fonti giuridiche

Fonti pregiustiniane:

GAIUS

'Institutiones'

I 3

128 n.298

I 37

78 n.174

79

80 n.180

82

119 n.274

120²

I 46

76 n.168

88 n.201

96 n.220

I 47

78 n.174

80 n.180

I 170	193 n.455
II 2-11	126 n.290-293
	131
II 11	118 n.270
	127 n.297
	129-130
	132 n.309
II 30	149 n.349
	192 n.454
II 30, 36, 37	119 n.274
II 35-37	192 n.453
II 66	135 n.317
II 82, 84	118 n.272
II 97	128 n.298
II 118	182 n.427
II 123	182 n.427
	183 n.430
II 147	124 n.287
	125 n.288
II 172	117 n.268

II 191	128 n.298
II 195	70 n.155
	91 e n.208
	135 n.318
II 196	124 n.287
II 198	124 n.287
II 200	135 n.318
II 212	124 n.287
II 218	124 n.287
	183 n.430
II 220	124 n.287
	183 n.430
II 229	182 n.427
II 232	182 n.427
II 235	182 n.427
II 238	182 n.427
II 241	182 n.427
II 244	124 n.287
	183 n.430
II 248	124 n.287

II 258	118 n.272
	191 n.450
II 261	182 n.427
II 269	124 n.287
III 84	90 n.204
III 86, 87	119 n.274
III 97	124 n.287
	189
III 97a	124 n.287
III 98	124 n.287
III 99	124 n.287
III 100	81 n.182
	121 n.281
	124 n.287
	141 n.333
	143 n.337
III 102	124 n.287
	141 n.333
III 103	1
	5 e n.8

	51 n.123
	124 n.287
	177 n.417
III 104	124 n.287
	141 n.333
	189 n.446
III 106	66 n.143
	79 n.177
	81 n.184
	118 n.272
	119 nn.273,275
	191 n.450
III 107-108	145 n.339
III 114	119 n.274
III 117	79 n.178
	80 n.181
	119 n.274
	120
	121
	143 n.335

III 119	118 n.272
	122 n.283
	144 n.338
	146
	185 n.433
	186
	190 n.449
III 119a	148 n.346
III 131	118 n.272
III 140	100 n.231
III 158	124 n.287
	143 n.337
III 176	2 e n.2
	81 n.183
	115 n.262
	118 n.272
	122 n.282
	124 n.287
	136 e n.319
	146

	183 n.429
	184 n.431
	185 n.433
	186 e n.436
	191 n.449
III 176-179	179 n.420
III 179	137 n.320
III 181	182 n.427
IV 38	90 n.204
IV 78	118 nn.272,273
IV 119	118 n.272
	191 n.450
IV 151	123 n.284
	145 n.340
EPITOME GAI	
I.1.5-6	80 n.180
FRAGMENTUM DOSITHEANUM	
10	193 n.456

11 193 n.457

PAULI SENTENTIAE

IV, 12, 1 193 n.456

SCHOLIA SINAITICA

4 157 n.364

TITULI EX CORPORE ULPIANI

I 15 80 n.180

I 18 193 n.456

I 19 193 n.457

XI 7 193 n.455

XIX 14 192 n.453

CODEX THEODOSIANUS

12.1.92 220 n.519

NOVELLA THEODOSIANA

9 220, 225

Fonti giustinianee:

CORPUS IURIS CIVILIS

'*Codex*'

1.14.5	221 n.520
	222
4.7.5	154 n.359
4.38.2	66 n.144
4.38.9	51 n.123
4.38.15	100 n.228
4.65.30	221 n.520
5.1.5.6	156 n.363
6.23.25	219 n.514
7.3.1	88 n.200
8.38	202
	220 n.517
	225
8.38(39).2	155 n.361
	197 n.465
8.38(39).3 pr.	177 n.417

8.38(39).4	156 n.362
8.38.5	203 n.483
	204
8.54(55).3	27 n.71
9.32	133
10.32.34	220 n.519
<i>'Digesta'</i>	
1.1.1 pr.	3 n.4
	33 n.85
1.1.1.1	34 n.86
1.1.2	17
	34 n.86
1.1.7.1	90 n.205
1.1.10.2	17
1.2.1	101 n.232
1.3.19	112 n.255
1.8.1 pr.	127 n.295
	131 e n.307
1.8.2 pr.	130 n.302

1.8.4.1	130 n.304
1.8.6.1	129 n.301
	130 nn.303-304
2.15.8.17	51 n.123
3.4.7.1	129 n.300
4.3.7.8	166 n.389
4.4.9.6	87
4.4.24.1	96 n.221
4.8.32.2	68 n.150
7.5.11	53 n.127
7.9.1.7	181 n.426
9.2.13.2	134 n.316
9.4.40	133 n.311
11.7.1	133 n.314
12.1.9.4	1
	5 e n.8
	51 n.123
	177 n.415
12.5	152
12.5.8	153 n.356

13.4.2.5	110 n.252
13.4.2.6	111 n.253
13.5.2.6	111
13.7.40 pr.	67 n.149
17.1.6.3	53 n.127
17.1.22.3	68 n.149
17.1.54 pr.	53 n.127
18.1.9	55
	104 n.237
18.1.11.1	53 n.127
18.1.15 pr.	54 n.127
18.1.35.1	99 n.227
18.2.14.3	68 n.149
18.5.2	166 n.390
	167
18.6.8 pr.	101 n.233
19.1.13.29	187 n.440
	193 n.457
20.1.16.7	209 n.495
21.1.43.9	103 n.234

22.1.17 pr.	217 n.512
	218
23.1.9	60 n.136
23.2.16 pr.	69 n.152
23.2.27	69 n.152
23.2.42.1	69 n.152
23.2.66 pr.	69 n.153
23.3.12 pr.	51 n.123
23.3.29	54 n. 127
	176 n.414
23.3.66	149 n.349
	192 n.454
24.1.3.1	69 n.152
24.1.31.4	51 n.123
24.1.32.20	51 n.123
24.1.32.24	57
24.1.32.27	58
24.1.46	59
24.1.49 pr.	51 n.123
24.1.65	60 n.136

26.8.1	61
26.8.2	61
29.2.47	66 n.144
30.29	176 n.414
30.75.1	176 n.414
34.3.11	176 n.414
34.3.25	176 n.414
35.2.1.10	176 n.414
35.2.50	201 n.477
35.2.51	166 n.389
	201 e n.477
	203 n.482
36.1.79(77).1	67 n.148
	69 n.153
39.2.24.9	209 n.497
39.6.1 pr.	108 n.248
39.6.2	108 n.247
39.6.7	105 n.240
39.6.16	106 n.242
39.6.32	106 n.243

	107 n.246
40.7.1.1	86 n.194
40.9.5.2	76 n.168
	78 n.173
	82 n.185
	93 n.213
40.9.13	86 n.196
40.9.16.4	86 n.196
40.9.17 pr.	69 n.153
40.9.18 pr.	84 n.191
40.9.25	83 n.188
40.16.3	71 n.158
	91 n.208
41.1.14 pr.	128 e n.299
41.1.33.2	134 n.315
41.2.18.1	195 n.461
41.3.15	133 n.314
41.3.27	63
	64 n.140
41.6.1.1	54 n.127

	65 n.141
41.9.1	62
	64 n.140
42.1.59.3	51 n.123
42.8.15	82 e n.186
	93 n.213
42.8.22	97 n.221
44.7.1.12	66 n.143
	79 n.177
	81 n.184
	119 n.275
45.1.7	208 n.492
45.1.18	162 n.379
	163
45.1.19	198 n.471
45.1.25	161
	162 n.377
	163
	165
	167

45.1.26	159 n.368
	197nn.465 e 468
45.1.27 pr.	159 n.369
	161
	197 n.468
45.1.31	209 n.495
45.1.38.17-23	5
45.1.38.17	27 n.71
	177 n.417
45.1.61	196 e n.463
	201
	202
	225
45.1.64	215 n.506
	218
45.1.82 pr.	181 n.426
45.1.83.5	181 n.426
45.1.97.2	151 n.351
	196 n.465
	202 n.481

45.1.110 pr.	177 n.417
45.1.115	109 n.249
	111
45.1.126 pr.	216 n.509
	218
45.1.126.2	177 n.417
45.1.132 pr.	205 n.489
45.1.134 pr.	152 n.353
	154
	155 n.360
	157
	197 n.465
	202 n.481
45.1.141.7	210 n.498
46.1.70.4	65
	119 n.275
46.2.1 pr.	138 n.322
46.4.13.6	71 e n.157
46.4.14	112 n.256
47.19	133

48.16.1.10	166 n.389
49.8.1 pr.	93 n.214
49.8.2 pr.	51 n.123
50.16.15	129 n.301
50.17.40	66 n.144

'Institutiones'

1.6 pr.	78 n.174
	80 n.180
1.7	88 n.200
2.1 pr.	130 n.303
2.1.6	129 n.301
	130 n.303
2.4.3	149 n.349
	192 n.454
2.10.3	161 n.376
	197 n.467
3.19	204 n.485
	220 n.517
	225

3.19.2	181 n.426
3.19.4	177 n.417
3.19.8	66 n.143
	79 n.177
	81 n.184
3.19.14	211 n.500
3.19.19	177 n.417
3.19.24	160 n.374
3.23.1	100 n.228
3.29.3	149 n.348

Fonti postgiustinianee:

BASILICORUM LIBRI

2.6.10	223 n.523
sc. <i>ad</i> 2.6.10	223 n.523
19.5.2	167 e n.394
41.1.49-50	201 n.478
sc. <i>ad</i> 41.1.49	201 n.479
43.1.25	167 e n.393

43.1.26	160-161 e n.375
43.1.131	157 e n.365

Fonti filosofico-letterarie

ANTICO TESTAMENTO

'Genesi'

1, 1	44 e n.104
------	------------

'Libro di Giosuè'

10, 12-14	43 e n.101
-----------	------------

'Libro dei Giudici'

6, 36-40	43 e n.102
----------	------------

AUTORI GRECI

Esiodo

'Teogonia'

vv.116-118, 123	44 e n.105
-----------------	------------

Anassimandro

(D.-K. 12.B.1, 89)

45 n.108

Parmenide e la Scuola eleatica

(D.-K. I, 28, 217-246)

45-46 e n.109

Anassagora

(D.-K. II, 59.A.1, 5)

46 e n.110

Platone

'Timeo'

45

Aristotele

'Metafisica'

A 983b 6-20

45 n.108

Epicuro

'Lettera a Erodoto'

38

46 e n.111

AUTORI LATINI

Lucrezio

'De rerum natura'

I 150

2 e n.3

I 149-150, 265-266

46 e n.112

Orazio

'Epistulae'

II 1, 156-157

41 e n.98

A. Gellio

'Noctae Atticae'

XIII 17, 1

3 e n.5

32-33 e n.84

Diritto intermedio

Glossatori:

Martino <i>ad</i> D.39.2.24.9	210
Accursio <i>ad</i> D.39.6.7	106 n.241
Glossa <i>ad</i> D.45.1.132 pr.	207 n.490

Diritto moderno

Codici:

‘Codice civile italiano’ (1942)

art. 2909	95 n.217
-----------	----------

‘Codice di procedura civile italiano’ (1940)

art. 404	95 n.217
----------	----------

Atti aventi forza di legge:

D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206

art. 36	6
---------	---

Sommario

Introduzione

La diade nullità-inutilità connotata in chiave

culturalmente orientata:

‘visione storica’ e ‘visione integrata’ del fenomeno giuridico 1

Capitolo primo

‘*Nova methodus*’. Sulla nullità nel diritto romano:

un modo nuovo per affrontare un problema antico

1. Premessa 5

2. La Pandettistica e l’esperienza del ‘diritto romano attuale’ 10

3. Fritz Schulz e l’‘*Isolierung*’ del diritto romano 15

4. Hans Kelsen e la dottrina pura del diritto 19

5. Un nuovo approccio alla tematica della nullità

in diritto romano: ‘visione storica’ e ‘visione integrata’

(‘Ὅμηρον ἐξ Ὁμήρου σαφηνίζειν’) 28

6. Il modello generale della comunicazione elaborato

da Roman Jakobson 34

7. Per una considerazione della nullità giuridica

in una più ampia ottica greco-romana 39

Capitolo secondo

'*Applicatio iuris*': la nullità in alcuni passi emblematici

delle fonti classiche

1. Premessa	48
2. Inesistenza e nullità: <i>nullus</i> nelle fonti giuridiche romane.....	53
3. Il problema delle ' <i>leges perfectae</i> '	72
4. La valenza del termine <i>imperfectum</i> nelle fonti concernenti gli atti tra vivi	98
5. <i>Nullus</i> ed espressioni similari nelle ' <i>Institutiones</i> ' di Gaio	113
6. Il concetto di ' <i>res nullius</i> ' in Gaio.....	125
7. <i>Nullus</i> ed <i>inutilis</i> in Gaio III 176: esegesi e problematiche	136
8. La <i>stipulatio</i> sotto condizione illecita e le 'contraddizioni' presenti nelle fonti	150
9. La ' <i>stipulatio quasi nulla</i> ' in D.45.1.25.....	161
10. Conclusioni.....	168

Capitolo terzo

La '*stipulatio inutilis*':

concetto ed esegesi della casistica più significativa

1. Premessa	170
2. La ' <i>stipulatio inutilis</i> ' nelle ' <i>Institutiones</i> ' di Gaio.....	178
3. Tra ' <i>stipulatio inutilis</i> ' e ' <i>stipulatio non existens</i> ': opinioni e contrasti dottrinari.....	184

4. Tra ‘ <i>ius civile</i> ’ e ‘ <i>ius honorarium</i> ’:	
il caso della ‘ <i>stipulatio contra bonos mores</i> ’ in D.45.1.61	196
5. Generalizzazione del termine <i>inutilis</i> in C.8.38	
(‘ <i>De inutilibus stipulationibus</i> ’).....	202
6. La <i>stipulatio</i> condizionata tra utilità ed inutilità	205
7. Il caso della ‘ <i>stipulatio praepostera</i> ’	211
8. Sviluppi postclassici: la ‘ <i>Novella Theodosiana 9</i> ’	220
9. Conclusioni.....	223
Osservazioni conclusive	226
Bibliografia	228
Indice delle fonti	244