



Patrizia Sciuto

**Ancora sull'uso di *rescindere* nell'esperienza
giuridica romana: sua definitiva qualificazione
giuridica nella prassi imperiale di età
postclassica**

**Working papers del Centro di ricerca sulle Tecnologie
Informatiche e Multimediali Applicate al Diritto (TIMAD)
7/2012**



Università degli studi di Catania
Centro di ricerca TIMAD
Via Gallo, 25 – 95124 CATANIA
Tel. +39 095 230855/230447
cr.timad@unict.it – www.timad.unict.it

© Patrizia Sciuto (2012)
Dipartimento Seminario Giuridico - Università di Catania
psciuto@lex.unict.it

ISSN 2279-770X
WP del Centro di ricerca Timad
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel. +39 095 230855 – Fax. +39 095 230447
cr.timad@unict.it – www.timad.unict.it

Patrizia Sciuto
Università di Catania

**Ancora sull'uso di rescindere nell'esperienza
giuridica romana: sua definitiva qualificazione
giuridica nella prassi imperiale di
età postclassica**

1. In lavori precedenti¹ abbiamo escluso che *rescindere* abbia raggiunto, nell'attività rescrittiva della cancelleria diocleziana e attraverso l'istituto della c.d. *laesio enormis*, una sua tipizzazione concettuale; l'analisi di alcune testimonianze delle fonti contenenti la locuzione in oggetto ha rivelato, invece – pur nella sua specificità connessa ad esprimere il risultato di un'impugnazione giudiziale –, un ampliamento della nozione, che arriverebbe a ricomprendere tutta una serie di forme di invalidazione, negoziale e processuale. Con gli imperatori successivi a Diocleziano, ciò sembra trovare una sua 'normalizzazione', evidenziandosi una sempre maggiore connessione del termine e più chiare similitudini con quel tipo di fenomeno che, secondo le moderne impostazioni, prende il nome di annullabilità ovvero – ma con le dovute cautele – di c.d. nullità relativa².

¹ SCIUTO, *Rescindere nella cancelleria diocleziana: determinazione concettuale del termine*, in *WP del Centro di ricerca sulle Tecnologie Informatiche e Multimediali Applicate al Diritto (TIMAD) 6* (2012) <http://www.timad.unict.it>

² Come abbiamo in altri contesti rilevato, l'impiego delle categorie giuridiche moderne da parte del giusromanista deve essere consapevole del rapporto esistente tra interpretazione degli istituti e loro ricostruzione storica, non potendosi prescindere, nell'uso di tali categorie, dall'esperienza 'storica' del giuridico, che le definisce concettualmente. SCIUTO, *Rescindere. Storia di una nozione giuridica. I. Dall'esperienza repubblicana alle soglie dell'età diocleziana* (Catania 2009) p. 8 ss.

2. Nelle costituzioni postdioclezianee raccolte all'interno del *Codex Iustinianus*, l'uso di *rescindere* continua ad essere vario e collegato a vicende distinte.

Per quanto riguarda, più specificamente, le fattispecie negoziali, possiamo prendere in considerazione, in primo luogo, alcuni testi concernenti la materia testamentaria.

Se spesso l'espressione considerata viene impiegata per indicare il risultato di una impugnazione avvenuta tramite ricorso alla *querella inofficiosi testamenti* – in cui l'inofficiosità, operante nel sistema della *querella-cognitio*, è divenuta criterio di invalidazione oggettiva dell'atto, rilevante *iure civili* –, come può ricavarsi da

C. 6.20.17 (Imp. Leo A. *Erythrio pp.*): *Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis, quocumque iure intestatae successionis, id est aut testamento penitus non condito vel, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querella mota rescisso, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur...* (a. 472)³,

³Il testo continua: *quam pater vel mater, avus vel avia, proavus proavia paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte aut pronepote sive pronepte, nulla discrezione intercedente, utrum in ipsas sponas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponos earum, ut per eos eadem in sponas donatio celebretur: ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur: emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum, quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur vel post emancipationem ab isdem adquisierint, collaturis*. La costituzione in esame farebbe parte di una più estesa legge leonina del 472 d.C. – di cui troviamo traccia nel codice giustiniano, oltre che in C. 6.20.17, in C. 5.9.6 e in C. 6.61.4 – in tema di *collatio dotis*, che costituisce la tappa finale di un processo di sviluppo caratterizzato da un rescritto di Antonino Pio – di cui abbiamo notizia attraverso D. 37.7.1 pr. [(Ulp. 40 *ad edictum*): *Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat honorum possessionem, lattame etsi non petat, conferre debet, si modo se bonis paternis misceat et hoc divus Pius Ulpio Adriano rescripsit etiam eam, quae non petierit honorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familias herciscundae posse compelli*] – e, in particolare, da un intervento di Gordiano, riportato in C. 6.20.4 (Imp. Gordianus A. *Marino*): *Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant: nec*

ma anche da interventi dello stesso Giustiniano, come, ad esempio

C. 3.28.32 (Imp. Iustinianus A. *Menae pp.*): *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur nec occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur ...* (a. 529),

ovvero

C. 3.28.34 pr. (Imp. Iustinianus A. *Iohanni pp.*): *Si quis filium suum exheredatum fecerit alio scripto herede, reliquerit autem ex eo*

dubium est profecticiam seu adventiciam dotem a patre datam vel constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse his etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantum modo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit (a. 239). Dalla testimonianza ulpiana si evince che l'*arbiter familiae erciscundae* poteva imporre la *collatio dotis* alla figlia, erede civile, anche se ella non avesse chiesto la *bonorum possessio*; dall'atto imperiale si ricava, inoltre, l'estensione della *collatio*, relativamente alla *dos profecticia*, anche a favore dei fratelli emancipati. Come risulta da C. 6.20.17, Leone I avrebbe poi stabilito che, sia nella successione *ab intestato*, sia in quella *contra testamento*, od anche nel caso in cui il testamento sia stato rescisso, i discendenti (emancipati o meno) avrebbero dovuto conferire all'asse ereditario la dote e la *donatio ante nuptias* ricevute dall'ascendente; considerato, inoltre, che per la prima si prevede la *collatio* anche relativamente alla successione di qualsiasi ascendente comune, la dote da conferire, qualora l'ascendente fosse stato il padre o l'avo paterno, sarebbe stata quella *profecticia*, mentre sarebbe stata quella *adventicia* se l'ascendente fosse stato la madre o l'avo materno, con i quali non sussiste alcuna parentela agnaticia; infine, la generica donazione, tanto se ricevuta all'atto dell'emancipazione quanto dopo di essa, sarebbe stata comunque oggetto di *collatio* per i figli emancipati. Sul testo e sulla sua ricostruzione, v. PRINGSHEIM, *Die collatio dotis an die emancipati*, in SDHI. 4 (1938) p. 533 ss.; GUARINO, *Collatio dotis*, in BIDR. 49-50 (1947) p. 273; BIONDI, *Il diritto ereditario romano* (Milano 1954) p. 442; SZLECHTER, *La «collatio dotis»*, in TR. 32 (1954) p. 167 ss.; BURILLO, *Sobre la 'collatio emancipati'*, in SDHI. 31 (1965) p. 217; Voci, *Diritto ereditario romano I* (Milano 1967) p. 769 ss. Più di recente, SCARCELLA, *La legislazione di Leone I* (Milano 1997) p. 132 ss., sottolinea come questa normativa, per cui tutti i discendenti sono posti sullo stesso piano, risenta dell'influenza «della direttiva cristiana dell'eguaglianza di tutti gli uomini in quanto figli dello stesso padre», mentre l'esplicito richiamo all'equità, come giustificazione dell'intervento, sia il riflesso della «concezione cristiana che fa dell'*aequitas* una condizione della giustizia»; in questo modo, l'estensione, da parte di Leone I, della *collatio descendantium* a favore di tutti i fratelli e le sorelle, tenderebbe alla «realizzazione dell'*aequitas* attraverso l'attuazione del principio dell'eguaglianza fra tutti i discendenti, superando l'orientamento dei precedenti imperatori cristiani che, in tema di successione ereditaria, avevano già cercato di ottenere una equiparazione totale tra i due sessi» (p. 135 s.).

nipote vel vivum vel in ventre nurus suae constitutum, deliberante vero scripto herede filius decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata omne adiutorium nepotem dereliquit. nec enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit contra patris sui testamentum dereliquit, quia postea et adita est ab extraneo hereditas et supervixit avo pater eius, ut neque ex lege Vellaea possit in locum patris sui succedere et rescindere testamentum. et hoc nonnulli iuris consulti in medio proponentes inhumane reliquerunt ... (a. 531)⁴,

ancora più interessante ci appare, per quest'epoca, il suo utilizzo in

C. 1.7.4 (Imp. Theodosius et Valentinianus AA. *Basso pp.*):
Apostatarum sacrilegum nomen singulorum vox continuae accusationis incisset et nullis finita temporibus huiuscemodi criminis arceatur indago. 1. Quibus quamvis praeterita interdicta sufficient, tamen etiam illud iteramus, ne, postquam a fide devierint, testandi aut donandi quippiam habeant facultatem. sed nec venditionis specie facere legi fraudem sinantur, totumque ab intestato Christianitatem sectantibus propinquis petissimum deferatur. 2. In tantum autem contra huiuscemodi sacrilegia

⁴ Soprattutto quest'ultimo testo viene considerato, per alcuni, esemplificativo del fatto che, in età giustiniana, sia la *querella i.t.* che la *hereditatis petitio* venissero «concepiti in un rapporto di consequenzialità, o meglio di subordinazione, l'una rispetto all'altra», tanto che la definizione dell'inofficiosità doveva precedere necessariamente la rivendica del patrimonio ereditario; da ciò non può comunque ricavarsi, in maniera inconfutabile, che la *querella* fosse una semplice causa della petizione di eredità e non un'azione autonoma. Cfr. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana* (Milano 1996) pp. 143-144. Diversamente, VOCI, *Diritto ereditario romano II* (Milano 1963) pp. 734-735, sottolinea come, non essendovi nel processo *extra ordinem* la necessità di distinguere le azioni esperite dall'erede necessario, sia la *q.i.t.* che la petizione di eredità potevano essere trattate assieme dal giudice, con un'unica pronuncia finale che definisse entrambe le questioni; il che, nella pratica, portava ad un avvicinamento tra i due istituti ma non alla loro fusione, data la diversità di presupposti della prima rispetto alla seconda. Di conseguenza, «la definizione più esatta sarebbe stata quella di due azioni distinte (esperibili insieme quando il convenuto fosse stato possessore dell'eredità), ma in rapporto di subordinazione tra di loro»: per cui, risolto l'aspetto della inofficiosità, il giudice avrebbe potuto poi immediatamente decidere quello della *hereditatis petitio*. E però, sempre secondo Voci, a «questa definizione teoricamente più esatta non si attiene l'età di Giustiniano: la *querela* diviene una delle *causae* per cui si può agire con l'*hereditatis petitio*: vale a dire, perde la propria autonomia, e serve solo a qualificare particolarmente la *hereditatis petitio*».

perpetuari volumus actionem, ut universis ab intestato venientibus etiam post mortem peccantis absolutam vocem insimulationis congruae non negemus: nec illud patiemur obstare, si nihil in contestazione profano dicatur vivente perductum. 3. Sed ne huius interpretatio criminis latius incerto vagetur errore, eos praesentibus insectamur oraculis, qui nomine Christianitatis induti sacrificia vel fecerint vel facienda mandaverint: quorum etiam post mortem comprobata perfidia hac ratione plectenda est, ut donationibus testamentisque rescissis ii, quibus hoc defert legitima successio, huiusmodi personarum hereditate potiantur (a. 426).

Viene ribadita, nei confronti degli apostati⁵ – per il cui crimine non opera alcuna prescrizione⁶ –, l'applicazione di leggi proibitive già promulgate, con l'aggiunta di quella che vieta loro di testare o di donare. La limitazione della *testamenti factio* attiva e della capacità di donare intende tutelare, da eventuali diseredazioni, i membri della famiglia dell'apostata che continuano a professare la religione cristiana: per cui, anche dopo la sua morte, questi ultimi potranno proporre l'accusa, affinché vengano rescissi i testamenti e le donazioni da lui compiute, e l'eredità sia loro devoluta *ab intestato* (*legitima successio*). La costituzione prende in considerazione il caso in cui si aggiri il divieto normativo, ricorrendo a vendite fittizie che – celando la natura gratuita dei trasferimenti conclusi *donandi* o *mortis causa* – danno luogo ad

⁵ Si ritiene che debba trattarsi di ebrei o samaritani – convertiti al Cristianesimo e poi tornati alla religione d'origine – con parenti cristiani ortodossi. Cfr. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani alla luce delle fonti storico-letterarie, ecclesiastiche e giuridiche II* (Milano 1988) p. 731, il quale precisa che «il sistema di prova adottato per verificare se l'accusato era veramente apostata ... mostra che la costituzione, almeno nel suo testo originale, aveva presente in particolare il Cristiano tornato al paganesimo. Tuttavia il carattere generale dell'inizio della costituzione ed il richiamo a precedenti costituzioni, ci fa ritenere che essa avesse valore generale e comprendesse ... anche i casi del ritorno di Ebrei o Samaritani alla religione d'origine».

⁶ L'eccezionale gravità dell'apostasia fa sì che i privati possano sollevare l'accusa contro i sacrileghi senza alcun limite temporale e, allo stesso modo, incita i funzionari imperiali (o i loro subalterni) a perseguirli senza sosta; il tenore della costituzione induce a ritenere che fosse ammissibile esperire entrambi i procedimenti, quello accusatorio e quello d'ufficio, previsti per reprimere tale illecito. Sul punto, cfr., da ultimo, PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)* (Milano 1996) p. 147 s.

ipotesi di frode alla legge⁷. L'invalidità di questi atti è provocata, quindi, dalla violazione di un precetto proibitivo che rende illecito il comportamento posto in essere: per questa via, le donazioni o i testamenti degli apostati risultano essere privi di valore sin dal loro sorgere e, di conseguenza, *rescindere* viene a qualificarsi come sinonimo di nullità⁸.

Ora, questa assimilazione sempre più frequente del termine con il fenomeno della nullità non esaurisce certamente, per questo periodo, tutti i suoi possibili impieghi, tanto che troviamo ancora utilizzata la locuzione per indicare l'eliminazione di atti formalmente idonei a produrre effetti. Ad esempio, in

C. 8.49(50).1 (Imp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. *ad Praetextatum pu.*): *Filios et filias ceterosque liberos contumaces, qui parentes vel acerbitate convicii vel cuiuscumque atrocis iniuriae dolore pulsassent, leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritae multare voluerunt* (a. 367),

dove gli imperatori richiamano l'applicazione delle leggi che prevedevano, quale punizione per i figli, le figlie e i discendenti che avessero offeso i genitori *vel acerbitate convicii vel cuiuscumque atrocis iniuriae*, la perdita della libertà immeritata, rescindendo così la loro emancipazione, di per sé valida e produttiva di conseguenze giuridiche.

Ed anche in

⁷ Per FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana* (Milano 1983) p. 228, «l'attenzione del legislatore, o, nel caso, della cancelleria, si rivolge all'efficace applicazione dei contenuti del testo e non alle ipotesi astratte della sua violazione, e per questo si offre a chi vi abbia interesse la possibilità di provare la simulazione della vendita».

⁸ Sempre FASCIONE, *Fraus legi* cit., p. 228, sottolinea come gli imperatori non parlino di nullità del negozio simulato ma di frode alla legge, secondo quella che era la dimensione classica, in quanto è la frode l'elemento che rileva nell'aver concluso un negozio simulato; «ma poiché la frode provoca la nullità di quanto è compiuto, ne consegue la nullità di ciò che è stato simulato», con la consequenziale apertura della successione legittima a favore di coloro che sono rimasti fedeli al credo cristiano.

C. 11.63(62).2 (Imp. Valentinianus et Valens AA. ad Germanianum comitem sacrarum largitionum): *Libertates, quas mancipii ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticis qui fundorum non sunt domini praestiterunt, rationales huiusmodi praecepti auctoritate rescindant* (a. 367),

in cui si dice che le libertà concesse ai *mancipii ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticis* da coloro che non sono *domini*⁹ dei fondi dovranno rescindersi *praecepti auctoritate*: i *rationales* sovrintendenti, in questi casi, avranno l'onere di rimuovere gli effetti derivanti dagli affrancamenti eseguiti.

Ma, se in entrambe le situazioni riferite, ci troviamo di fronte ad atti validi, è anche vero che il venir meno, nella pratica, del loro valore dipende ormai dall'applicazione di criteri obiettivamente definiti (perché derivanti da precetti normativi o in quanto esplicitati dagli interventi imperiali), criteri che, nel nuovo sistema di governo, non abbisognano più di alcuna intermediazione legittimante, come era quella pretoria, per trovare attuazione. Ed è proprio il superamento di questa intermediazione che, a nostro avviso, modifica l'accezione di *rescindere*: pur mantenendo inalterata la sua ampiezza di significati, infatti, l'espressione tende

⁹ Per BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero. III. La nuova proprietà*, in *Studi senesi* 56 (1942) p. 279, nella terminologia di questo periodo, la voce *dominium* e il correlativo *dominus* non designano più tecnicamente la proprietà, così come concepita dai giuristi classici, ma vengono utilizzati in «senso assoluto o in relazione a una cosa, per qualificare rapporti apparentemente dei più svariati». Sul punto, cfr. anche VOCI, *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero* (Padova 1989) p. 54, il quale rileva come l'uso di *domini* rivelerebbe una sorta di trascuratezza nella redazione della legge, senza alcuna attenzione alla qualificazione giuridica dell'enfiteuta, che è sicuramente un padrone ma, data la confusione terminologica, non si può dire se sia solo possessore o anche proprietario. Invece, BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi* (Napoli 1994) p. 93, ritiene di ricavare, proprio dalla costituzione del 367 e dal suo confronto con un'altra del 434 (C. 11.62.12) – che utilizza sempre *domini* in riferimento agli enfiteuti –, un cambiamento, in questo arco di tempo, della posizione di questi ultimi; più precisamente, nel periodo considerato, «le problematiche intorno alla costruzione giuridica della fattispecie dello *ius emphyteuticarium* sono soggette a numerosi interventi da parte delle cancellerie imperiali», interventi che, non essendo sempre univoci, a volte impediscono ai compilatori giustiniani di «uniformare in maniera organica le costituzioni», tenuto conto anche delle specificazioni in materia derivanti proprio dalla costituzione di Zenone del 476 (C. 4.66.1).

sempre più ad esprimere una forza invalidante di carattere oggettivo, acquisendo, per questa via, una sua maggiore specificità giuridica.

3. Questa caratteristica assunta da *rescindere* si riscontra soprattutto nell'impiego del termine in fattispecie non negoziali.

a) Nell'indicare l'abrogazione di disposizioni normative, anche di carattere religioso (casi di c.d. *rescissio actorum*):

C. 1.2.16 pr. (Imp. Zeno A. Sebastiano pp.): *Decernimus, ut antiquatis ac infirmatis funditus, quae contra ipsum orthodoxae religionis deum quodammodo facta sunt, in integrum restituantur universa, et ad suum ordinem revocentur, quae ante professionem nostrae mansuetudinis de orthodoxae religionis fide et sanctissimarum ecclesiarum et martyriorum statu firmiter obtinebant...¹⁰ ut cassatis et rescissis, quae per huiusmodi sceleratas iussiones aut pragmaticas sanctiones aut constitutiones impias sive formas subsecuta sunt, quae adivae recordationis retro principibus ante nostrum imperium, et deinceps a nostra mansuetudine indulta vel constituta sunt, super sanctis ecclesiis et martyriis, et religiosis episcopis et clericis aut monachis, inviolata servantur (a. 477).*

La costituzione intende ripristinare gli antichi privilegi e le disposizioni favorevoli alla chiesa ortodossa, eliminando ciò che in passato è stato compiuto contro di essa, reintegrandone i benefici e le prerogative esistenti prima della tirannide (di Basilisco). Nella prima parte del brano, la frase in *integrum restituantur universa ... quae ... de orthodoxae religionis fide et sanctissimarum ecclesiarum et martyriorum*

¹⁰ Il *principium* del testo continua: *his, quae contra haec tempore tyrannidis innovata sunt tam contra venerabiles ecclesias, quarum sacerdotium gerit beatissimus ac religiosissimus episcopus patriarcha nostrae pietatis pater Acacius, quam ceteras, quae per diversas provincias collocatae sunt, nec non et reverentissimos earum antistites seu de iure sacerdotalium creationum seu de expulsionem cuiusquam episcopi a quolibet illis temporibus facta seu de praerogativa in episcoporum concilio vel extra concilium ante alios residendi vel de privilegio metropolitano vel patriarchico sub isdem impiis temporibus, penitus antiquandis.*

statu firmiter obtinebant non sembra riferirsi alla *r.i.i.* quale mezzo tecnico processuale, perché l'espressione ci appare utilizzata per evidenziare lo scopo dell'ingerenza imperiale, reintegrativo appunto della condizione esclusiva della chiesa e dei suoi vescovi¹¹. Ai fini della nostra indagine, è poi interessante soffermarsi maggiormente sull'ultima parte del *principium* di C. 1.2.16 e sull'accostamento dei due termini, *cassatis et rescissis*, accostamento che induce ad identificare la *rescissio* nella *cassatio*, ma che, allo stesso tempo, si ricollega all'altro, *antiquatis ac infirmatis*, che si riscontra all'inizio del testo. Sembra evidente l'uso dei termini con valore sinonimico, rafforzativo dell'azione invalidante che si intende porre in essere: il che costituisce un altro motivo per escludere, almeno per ciò che attiene a *rescindere*, che si possa attribuire al termine, come alcuni hanno ritenuto in passato, una tipicità connessa a fattispecie (negoziali) determinate¹². Inoltre, da tale impiego si potrebbe invece ricavare che l'azione invalidante, quando viene espressa con *antiquatis ac infirmatis*, intenda evidenziare l'aspetto sostanziale dell'intervento di Zenone, mentre con *cassatis et rescissis* i compilatori abbiano voluto porre l'accento più sulle caratteristiche tecniche dell'attività abrogativa, concernente l'eliminazione di provvedimenti formali (quali *iussiones*, *pragmaticae sanctiones* e *constitutiones*) di natura autoritativa. In questi casi, *rescindere* assume una qualificazione giuridica orientata ad esprimere dei risultati forniti di una superiore forza cogente.

¹¹ Sul punto, cfr. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»* (Milano 1965) p. 162 s.

¹² In particolare, con riferimento ai contratti di compravendita viziati nel consenso o in ipotesi di c.d. *laesio enormis*. Cfr. CERAMI, Voce *Risoluzione*, in ED. (Milano 1989) p. 1279, per il quale, nell'età postclassica e giustiniana, si sarebbe avuto il consolidarsi dell'impiego di *rescindere* per indicare «la rimozione convenzionale del contratto di compravendita per vizio del consenso o per *laesio enormis*»; tesi a cui aderisce, più di recente, TUZOV, *La 'rescissio' della compravendita nel diritto romano tardoclassico e postclassico*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca II (Padova 2011), p. 861, che sposta al periodo epiclassico l'inizio di tale processo.

b) Relativamente a sentenze giudiziali:

C. 7.44.3 [CT. 4.17.1] (Impp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. *ad Probum pp.*): *Statutis generalibus iussimus, ut universi iudices, quibus reddendi iuris in provinciis permisimus facultatem, cognitis causis ultimas definitiones de scripti recitazione proferant. 1. Huic adicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis solemnitas requiratur* (a. 374).

Si stabilisce che i giudici, ai quali si sia attribuita la facoltà di amministrare la giustizia nelle provincie, dopo la *causae cognitio*, non solo mettano per iscritto ma diano anche lettura delle loro decisioni (*cognitis causis ultimas definitiones de scripti recitazione proferant*); di contro, le decisioni che siano solo pronunciate oralmente ma non scritte non potranno essere considerate delle sentenze ma dovranno rescindersi senza che sia necessario ricorrere all'appello. Il mancato rispetto dei requisiti formali prescritti dalla legge incide così tanto sulla loro sostanza da non farle venire ad esistenza: non rilevando come *sententiae* ma compiuti malamente (anche se per una svista, *perperam*), tali atti debbono considerarsi del tutto privi di valore (quindi, secondo la moderna terminologia, drasticamente nulli).

Per alcuni, *rescindere*, in questo caso, starebbe ad indicare la «dichiarazione di inesistenza» della sentenza¹³; per altri, «l'azione di accertamento (dichiarativo) della nullità» di essa, perché, in determinate circostanze, sarebbe stato comunque opportuno o addirittura necessario rimuovere «la mera apparenza di sentenza»¹⁴; da ultimo, vi è chi ha parlato di «uso impreciso di *rescindere* da parte della cancelleria imperiale»¹⁵, richiamando al riguardo le osservazioni sul testo fatte da

¹³ BRUTTI, Voce *Invalidità*, in ED. 22 (Milano 1972) p. 569.

¹⁴ 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) p. 312 s.

¹⁵ TUZOV, *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano: intorno ad una teoria della nullità*, in ZSS. 128 (2011) p. 199, secondo cui il rescritto avrebbe inteso solo

altri studiosi¹⁶. Ora, se da un canto saremmo d'accordo con coloro i quali sottolineano il dato dell'inutilità del ricorso all'appello per impugnare una sentenza che, non rivestendo la forma prescritta, viene considerata inesistente e, quindi, priva di valore, non comprendiamo però come il risultato dell'irrelevanza della stessa possa essere raggiunto 'automaticamente'¹⁷. In sostanza, se si esclude l'appello quale strumento attraverso il quale affermare tale irrilevanza, l'esito della *rescissio* (alla quale normalmente conduce proprio l'appello) presupporrà in ogni caso, a nostro avviso, una pronuncia di natura giudiziale. Quindi, nel rescritto, l'uso di *rescindere*, comprensivo ora anche della nullità della sentenza, non rifletterebe tanto lo stile del libello – ripreso dagli estensori della risposta imperiale, forse non tanto 'conoscitori' del diritto e dei suoi mezzi di tutela¹⁸ –, ma rimanderebbe ad una valutazione in sede processuale, comunque sempre necessaria, del valore giuridico dell'atto contestato. Il fatto che la sentenza non debba considerarsi tale a causa del difetto di forma costituisce un 'automatismo' che non può produrre conseguenze se non attraverso un accertamento, appunto dichiarativo, della inesistenza/nullità di quest'ultima¹⁹. Pertanto, il *rescindere*, impiegato per indicare tali conseguenze, esprimerebbe in ogni caso la componente

affermare che la sentenza era «nulla (inesistente) di per sé» e, quindi, sarebbe stato inutile rescinderla ricorrendo all'appello; per l'autore, l'irrelevanza della sentenza era stato ormai raggiunto automaticamente, il che rendeva «superfluo e perciò inutile» utilizzare questo strumento.

¹⁶ In particolare, da PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* (Milano 2000) p. 263 s., per il quale l'estensore del passo non avrebbe avuto chiara la nozione di nullità e dei suoi effetti, tanto che «mentre affermava ... che la decisione enunciata solo oralmente non meritava neppure il nome di sentenza e negava che per impedirne gli effetti fosse necessario l'appello, si rappresentava ... la reazione alla nullità come una *rescissio*, non dunque come mero accertamento dell'inesistenza, ma come invalidazione di qualche cosa di esistente».

¹⁷ Cfr., TUZOV, *La rescissio* cit. p. 199, che, come abbiamo visto, parla di sentenza nulla in quanto inesistente e di risultato desiderato dal richiedente (irrelevanza della sentenza) raggiunto in maniera automatica.

¹⁸ PERGAMI, *L'appello* cit., p. 263, e, soprattutto, TUZOV, *La rescissio* cit., p. 199.

¹⁹ In ordine a ciò, sulla stessa lunghezza d'onda ci appare sia RAGGI, *La restituito* cit., p. 290, quando parla di azione di accertamento della nullità, che BRUTTI, *Voce Invalidità* cit., p. 569, quando si esprime per la dichiarazione di inesistenza della sentenza.

decisionale imprescindibile dell'intervento autoritativo, inclusiva, a seconda delle fattispecie considerate, di elementi di nullità, per gravi difformità dell'atto (in termini attuali, accertamento dichiarativo di nullità), o di inefficacia, per vizi di minor rilievo (accertamento costitutivo di annullamento).

4. L'ampliarsi della nozione di *rescindere* – che tende a ricomprendere non solo la rimozione degli effetti di atti validi ma anche l'eliminazione di atti di per sé privi di valore –, già in parte avvertita sul finire dell'epoca classica²⁰ e, in particolare, nella prassi diocleziana²¹, mostra, per le età successive, l'acquisizione da parte del termine di una valenza concettuale che pur, non consolidandosi in maniera univoca²², diviene rappresentativa di profili di specificità tendenzialmente idonei ad esprimere diverse forme di invalidazione giuridica. La nuova realtà costituzionale ed il meccanismo straordinario della *cognitio* agevoleranno la formazione di criteri oggettivi di riferimento che, a differenza di ciò che accadeva in passato, tenderanno a limitare sempre di più la portata di interventi discrezionali (un tempo di appannaggio magistratuale) non direttamente imputabili all'autorità imperiale o ai suoi funzionari. In questo mutato contesto, *rescindere*, distaccandosi dalla sua originaria accezione soggettiva – condizionata dalla dicotomia intercorrente tra validità *iure civili* di un atto e sua inefficacia *iure praetorio* – raggiungerà una dimensione ontologica che, pur rievocando, in alcuni casi, il fenomeno moderno dell'annullabilità (o della c.d. nullità relativa), non si identificherà mai con essa né con le altrettanto conosciute categorie dell'invalidità negoziale, ma le ricomprenderà tutte. Con tale locuzione – a volte dichiarativa della nullità (o dell'inesistenza) di un atto o di una situazione giuridica ed altre volte impiegata per indicare la neutralizzazione di effetti negoziali – continuerà, invece, a darsi rilievo – così come avveniva, sotto altri profili, anche nel sistema formulare

²⁰ SCIUTO, *Rescindere* cit., p. 222 ss.

²¹ SCIUTO, *Rescindere nella cancelleria* cit., *passim*.

²² Per RAGGI, *La restitutio* cit., p. 311, come espressione di nullità.

precedente²³ – al momento della verifica, in sede processuale, del valore dell'atto contestato; e sarà proprio l'aspetto dell'intervento giudiziale, fondato su criteri obiettivi di impugnazione, a divenire, nel basso impero, l'elemento peculiare del *rescindere* e a delimitarne la definitiva nozione giuridica.

²³ SCIUTO, *Rescindere* cit., p. 115 ss.