

**NOZIONE FORMAZIONE
E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO
DALL'ETÀ ROMANA ALLE ESPERIENZE MODERNE
RICERCHE DEDICATE AL PROFESSOR FILIPPO GALLO**

ESTRATTO

VOL. I

JOVENE EDITORE 1997



PAOLO GARBARINO

ASPETTI E PROBLEMI DELL'INTERPRETAZIONE
DEL DIRITTO DOPO L'EMANAZIONE
DEL CODICE TEODOSIANO

(Osservazioni su Nov. Theod. 9 e Nov. Marc. 4)

Un'utile testimonianza su alcuni aspetti della concezione tardo-imperiale dell'interpretazione del diritto¹ è fornita da due costituzioni emanate dalla cancelleria orientale dopo la pubblicazione del Codice Teodosiano. Si tratta di Nov. Theod. 9 del 439 e Nov. Marc. 4 del 454, da cui i compilatori giustinianeî hanno ricavato due testi inseriti nel Codice al tit. *De legibus et constitutionibus principum et edictis* (C. 1,14), rispettivamente come C. 1,14, 5 e C. 1,14, 9, estrapolando dal loro contesto originario le parti esprimenti principi generali in tema di interpretazione.

Va subito detto che gli studiosi hanno per lo più esaminato e valutato gli estratti contenuti nel *Codex Iustinianus*, anche al fine di ricostruire la concezione più specificamente giustiniana dell'interpretazione del diritto, trascurando in parte l'analisi dei testi originali. Com'è noto la sintesi delle idee dominanti nella cancelleria del VI sec. su tale tema è rinvenibile in una famosa costituzione del 529, C. 1,14, 12², che chiude il titolo predetto e che, per la data di

¹ Sul tema v., in generale, GAUDEMET, *L'Empereur interprète du droit*, in *Festschrift Rabel*, II, Tübingen, 1954, 182 ss. (= *Études de droit romain*, I, Cernusco 1979, 388 ss.).

² Su cui v., per tutti, ARCHI, *Giustiniiano legislatore*, Bologna, 1970, 86 ss.; ID., *Sacratissimum templum iustitiae*, in *Le Pandette di Giustiniiano. Storia e fortuna di un codice illustre*, Firenze, 1986, 27 ss. (= *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano*², Cagliari, 1990, 328 ss.); BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore e interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, 26 ss.; GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index*, 1986, 1 ss;

emanazione non doveva essere presente nel *Novus Codex*. È perciò comprensibile che le enunciazioni contenute negli estratti delle due novelle, che dovevano essere già inclusi nella prima edizione del Codice³, possano essere per lo più lette come motivi in qualche modo anticipatori e preparatori della dottrina svolta poi compiutamente e consapevolmente da C. 1,14,12⁴.

Questo approccio è del tutto corretto e contribuisce anzi a chiarire un delicato snodo dell'ideologia imperiale giustiniana nel passaggio tra momento iniziale della compilazione (costituito dal *Novus Codex*) e i suoi più articolati e complessi esiti successivi.

D'altro canto è innegabile che tale lettura è, in qualche misura, semplificatrice e non del tutto soddisfacente, in quanto tende appunto a valutare unicamente in un'ottica giustiniana i principi in tema di interpretazione contenuti nelle due novelle (conformandosi così al loro "isolamento" dal contesto originale operato dai compilatori).

A mio giudizio occorre perciò mutare prospettiva e porsi di fronte al testo delle due novelle in un'ottica non più giustiniana, bensì post-teodosiana. Si tratta, in sostanza, di tentare di cogliere i nessi ed i collegamenti di Nov. Theod. 9 e Nov. Marc. 4 (e non già di C. 1,14,5 e C. 1,14,9) con il Codice del 438, collocando così le due costituzioni nell'ambito dello specifico sviluppo del sistema delle fonti del diritto nel periodo a ridosso della pubblicazione del Teodosiano (periodo di cui esse, per data di emanazione, storicamente fanno parte).

L'interesse di tale punto di vista emerge già da una prima considerazione: le due costituzioni, al di là della diversa materia trattata e delle specifiche questioni affrontate, sono accomunate dal fatto che intervengono entrambe per risolvere problemi scaturenti dall'applicazione e interpretazione di testi legislativi contenuti nel Teodosiano.

Così Nov. Theod. 9 (la cui rubrica recita: *Ne curialis praedium alterius conducat aut fideiussor conductoris existat*) condanna una prassi negoziale escogitata per aggirare la prescrizione di CTh 12,1,92 (a. 382), che vietava ai curiali di amministrare beni altrui⁵;

Id., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. (Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione)*, Torino, 1993, 169 ss.

³ Cfr. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, cit., 83 ss.

⁴ V. GALLO, *Interpretazione e formazione*, cit., 163 ss.

⁵ V. in merito *infra*.

Nov. Marc. 4 (*De matrimoniis senatorum*) interviene per precisare l'ampiezza dei divieti matrimoniali derivanti da una costituzione di Costantino (CTh, 4,6,3 del 336)⁶, escludendo che la proibizione di contrarre matrimonio con senatori e altri dignitari riguardi anche le donne povere (*pauperes*), purché ingenuae.

Non è questo ovviamente un caso isolato nella legislazione post-teodosiana. Anche molte altre novelle affrontano questioni scaturenti dall'applicazione di provvedimenti inseriti nel Codice.⁷ E del resto ciò appare del tutto naturale, posto che nel Teodosiano confluiscono le costituzioni emanate da Costantino in poi, vale a dire il materiale legislativo all'epoca di più viva attualità.

Nelle due novelle in esame vi è però qualcosa di più oltre il mero confronto con precedenti costituzioni codificate e la soluzione di specifici problemi applicativi. Vi è anche, e direi soprattutto, lo sforzo di giungere — al di là dei casi concreti affrontati — alla individuazione di regole generali cogenti, cui gli operatori del diritto (funzionari, giudici, avvocati) e gli stessi privati devono attenersi nell'interpretazione e conseguentemente nell'applicazione delle norme⁸.

Questo sforzo della cancelleria orientale, per essere pienamente compreso, va letto alla luce della codificazione di Teodosio II e di quello che essa volle significare e significò per l'ordinamento giuridico e il sistema delle fonti del tardo impero.

⁶ V. in merito *infra*.

⁷ Il tema non è stato oggetto di particolari indagini da parte degli studiosi e meriterebbe un approfondimento analitico, non possibile in questa sede; cfr., per qualche spunto, BONINI, *Appunti sull'applicazione del Codice Teodosiano*, in *Arch. giur.*, 1962, 121 ss.

⁸ GALLO, *op. ult. cit.*, 165, nota come i criteri enunciati da Marciano nella sua novella (e prima ancora da Costantino con CTh. 1,2,3 del 316 — ma io aggiungerei anche da Nov. Theod. 9), non fossero sufficienti, in quanto mancava ancora una precisa demarcazione tra l'*interpretatio libera* e quella riservata all'imperatore; in merito v. anche ARCHI, *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 123 ss. (= *ZSS R*, 1970, 40 ss.), che pone l'accento sull'atteggiamento recisamente negativo della cancelleria imperiale (sia occidentale, sia orientale) nei confronti di ogni interpretazione dottrinale e giudiziaria, spiegandolo, tra l'altro, con l'importanza e la funzione assunta dalle *leges generales* come fonti esclusive di produzione (e di interpretazione) del diritto; sul tema della connessione tra interpretazione e nuovo concetto di legge v. anche FASCIONE, "*Fraus legi*". *Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, 198 ss. (in relazione all'analisi di C. 1,14, 5).

In proposito si possono richiamare i risultati fondamentali delle ricerche di Archi, che hanno avuto il merito di approfondire gli scopi avuti di mira dai compilatori e i risultati raggiunti, calandoli nella realtà storica del V secolo⁹.

Ai nostri fini giova soprattutto insistere, riassuntivamente, sul motivo centrale della codificazione teodosiana: il perseguimento della certezza del diritto da conseguirsi in primo luogo attraverso una migliore conoscibilità delle norme¹⁰. Per raggiungere tale obiettivo i compilatori si muovono, com'è noto, sostanzialmente su due piani: quello della più agevole reperibilità delle costituzioni (realizzata anche ricorrendo allo strumento librario del *codex*¹¹) e quello della semplificazione del testo delle stesse¹². Dopo l'emanazione

⁹ V. soprattutto, ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976; *Problemi e modelli legislativi all'epoca di Teodosio II e di Giustiniano*, in *SDHI*, 1984, 341 ss. (= *Studi sulle fonti*, cit., 201 ss.); *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Atti Convegno Pavia 26-27 aprile 1985), Padova, 1987, 149 ss. (= *Studi sulle fonti*, cit., 177 ss., e anche *Estudios Iglestias*, I, Madrid, 1988, 70 ss.); *I principi generali del diritto. Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana*, in *SDHI*, 1991, 124 ss. Cfr., per visuali diverse, ALBANESE, *Sul programma legislativo esposto nel 429 da Teodosio II*, in *AUPA*, 1985, 253 ss. = *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, 1669 ss., e, da ultimo, SARGENTI, *Il Codice Teodosiano: tra mito e realtà*, in *SDHI*, 1995, 373 ss.

¹⁰ V., spec., ARCHI, *La certezza del diritto*, cit., 157 ss. (= *Studi sulle fonti*, cit., 186 ss.), in parziale dissenso con la diversa impostazione di VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Memorie Acc. Naz. dei Lincei, cl. Scienze Mor., Stor. e Filos.*, s. VIII, 1983, 242 s.; da ultimo cfr. VINCENTI, *Codice Teodosiano e interpretazione sistematica*, in *Index*, 1996, 111 ss.

¹¹ In merito v. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*², Torino, 1973, 67 ss.

¹² Cfr. i noti passi di CTh. 1,1,5 (la costituzione con cui nel 429 venne varato il primo progetto di compilazione): (...) *Ad tanti consummationem operis et contextendos codices — quorum primus omni generalium constitutionum diversitate collecta nullaque extra se, quam tam proferri liceat, praetermissa inane verborum copia recusabit, alter omni turis diversitate exclusa magisterium vitae suscipiet...*; CTh. 1,1,6 (con cui nel 435 si ordinò il secondo progetto): ... *et circumcisis ex quaque constitutione ad vim sanctionis non pertinentibus solum tus relinquatur. 1. Quod ut brevitate constrictum claritate luceat, adgressuris hoc opus et demendi supervacanea verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tributimus potestatem...*; Nov. Theod. 1 (con cui nel 438 venne emanato il Codice): 1. *Quod ne a quoquam ulterius sedula ambiguitate tractetur, si copia immensa librorum, si actionum diversitas difficultasque causarum animis nostris occurrat, si denique moles constitutionum divalium, quae velut sub crassa demersae caligine obscuritatis vallo sui notitiam humanis ingentis interclusit, verum egimus negotium temporis nostri et discussis tenebris compendio*

del Codice non si può più addurre a scusante dell'*ignorantia* la *copia immensa librorum* o la *nubes voluminum* (entrambe le espressioni sono contenute in Nov. Theod. 1), che fino ad allora avevano ostacolato la stessa reperibilità delle costituzioni¹³. Inoltre il testo dei provvedimenti imperiali è stato opportunamente accorciato ed emendato per ottenerne la massima chiarezza: non è dunque più giustificabile alcuna incomprendione (vera o presunta)¹⁴.

A compilazione avvenuta il problema della certezza del diritto assume dunque un nuovo profilo: si tratta di controllare e guidare in modo cogente¹⁵ l'applicazione concreta delle norme contenute nel Codice in modo da mantenere e difendere, contro le deviazioni della prassi, proprio quelle condizioni di certezza che si ritenevano, a torto o a ragione, ormai raggiunte¹⁶.

brevitatis lumen legibus dedimus, electis viris nobilibus exploratae fidei, famosae doctrinae, quibus delegata causa civilis officii, purgata interpretatione, retro principum scita vulgavimus, ne iurisperitorum ulterius, severitate mentita dissimulata inscientia... (...) 3. Quamobrem detersa nube voluminum, in quibus multorum nihil explicantium aetates adritae sunt, compendiosam divalium constitutionum scientiam ex divi Constantini temporibus roboramus...

¹³ ARCHI, *Sulla cosiddetta "massimazione" delle costituzioni imperiali*, in *SDHI*, 1986, 190 s. (*Studi sulle fonti*, cit., 134 s.) pone anche in evidenza che con la codificazione si voleva risolvere anche il problema dell'autenticità dei testi imperiali, di cui ci si intendeva valere.

¹⁴ Cfr. Nov. Theod. 1,1 (riportata alla nota 12); in questa stessa prospettiva assume un significato di grande interesse — come non ha mancato di rilevare ARCHI, *Teodosio II*, cit., 98 ss.; *Aspetti giuridici dell'Occidente posteodosiano*, in *Atti Acc. Rom. Costantiniana* (V Conv. Intern.), Perugia, 1983, 89 s. = (*Studi sulle fonti*, cit., 237 ss.) — una frase ritagliata dai compilatori da una più ampia costituzione del 391 e inserita come CTh. 1,1,2 nel titolo *De constitutionibus principum et edictis*, che apre il Teodosiano: *Perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus*; la solenne affermazione acquista una sua peculiare pregnanza se ricondotta al contesto della compilazione teodosiana e ai predetti scopi di certezza del diritto con essa perseguiti; per ampie critiche all'adeguatezza dei risultati ottenuti dai compilatori teodosiani v. però SARGENTI, *Il Codice Teodosiano: tra mito e realtà*, cit.

¹⁵ Il che implica e presuppone l'avvenuta totale sostituzione dell'attività interpretativa imperiale, di matrice autoritativa, all'*interpretatio* giurisprudenziale classica con le sue caratteristiche di duttilità e molteplicità di estrinsecazione.

¹⁶ ARCHI, *Teodosio II*, cit., 105, osserva che "nelle costituzioni costantinopolitane subito posteriori alla compilazione ritornano con frequenza i motivi di fondo di quest'ultima. Voglio dire che spesso ritorna la riaffermazione della linea politica seguita dal *Codex* a proposito delle fonti del diritto"; agli esempi citati (Nov. Theod. 7,3 pr.; 5,3, pr.; 8,1; 23, pr.: v., *ivi*, 105 s.) io aggiungerei — per i motivi addotti nel testo — anche Nov. Theod. 9.

Nov. Theod. 9 si colloca appieno nell'ambito di questo orientamento. Il principio legislativo da difendere è il divieto per i curiali di amministrare beni altrui (Nov. Theod. 9,1: *Curiales ne ad procurationem rerum alienarum accederent, cautum est providentissima sanctione...*), stabilito da una costituzione del 382 inserita nel Teodosiano (CTh. 12,1,92), la quale puniva il proprietario dei beni con la confisca degli stessi e il curiale con la deportazione¹⁷.

Nella prassi era invalso l'uso di stipulare contratti di locazione allo scopo di aggirare tale divieto (Nov. Theod. 9,1: *...cuius in fraudem conducendi eos sibimet usurpare licentiam sublimitatis tuae*¹⁸ *suggestione conperimus*). La novella respinge tale prassi come illecita, affermando che già la precedente legge ricomprendeva senza dubbio nel divieto anche la locazione (*...conductionem namque speciem esse procurationis certissimum est...*), e per evitare ogni incertezza ribadisce specificamente la proibizione per i curiali di condurre fondi altrui (*hac perpetuo lege valitura sancimus conducendi quoque fundos alienos licentiam curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari*); infine, per togliere ogni residuo spazio a possibili interpretazioni fraudolente della disposizione, aggiunge, a completamento, che anche la prestazione di garanzie personali è da considerarsi vietata (Nov. Theod. 9,4: *Sed quo omne fraudis semen per hanc legem curialibus radicitur amputetur, nec fidem suam pro conductoribus fundorum interponere concedimus curiales*)¹⁹.

¹⁷ *Si quis procurationem facultatum suarum curiali crediderit esse mandandam, totius dignitatis exceptione depulsa patrimonium eius quod crediterat curiali proscriptio fiscalis invadat. Ille vero, qui immemor libertatis et generis infamissimam suscipiens vitiatem existimationem suam servili obsecundatione damnaverit, deportationis incommodo sublugetur*, la costituzione è ripresa anche nel codice giustiniano (C. 10,32,34) con alcune modifiche: al posto della confisca si prevede una generica *gravissima poena* per il proprietario dei beni e l'esilio (*tradatur exilio*) per il curiale.

¹⁸ Il prefetto del pretorio *Florentius*, a cui la novella è diretta.

¹⁹ Tutte queste disposizioni della novella sono sinteticamente riassunte da Giustiano in C. 4,65,30: *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*. Sui problemi dell'affitto agrario nel tardo impero, nel cui ambito si colloca Nov. Theod. 9, v. VERA, *Strutture agrarie e strutture patrimoniali nella tarda antichità: l'aristocrazia romana fra agricoltura e commercio*, in *Opus*, 1983, 510 ss.

Queste disposizioni sono inserite in una, per così dire, cornice di carattere generale, la quale sarà per l'appunto estrapolata dai giustinianei e formerà il contenuto di C. 1,14,5.

Fa parte di tale cornice in primo luogo la frase con cui ha inizio la novella:

(Nov. Theod. 9, pr.) *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, ne poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententias scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat.*

Il tema d'esordio è quello della condanna della *fraus legi*²⁰, con affermazione di carattere generale, netta e recisa (ripresa poi fedelmente dai giustinianei²¹). La condanna è espressa con riferimento al fraudolento impiego dei *verba* della legge²², piegati a giustificare comportamenti negoziali contrari alla *voluntas* della stessa²³. Dunque il problema affrontato dalla cancelleria non è tanto quello della conoscibilità delle norme (ciò si poteva ritenere in linea di principio risolto con la codificazione²⁴), bensì quello dell'estensione e dei limiti dell'attività interpretativa dei sudditi, al fine di evitare il fraudolento aggiramento dei contenuti legislativi.

Lo spunto è dato, come si è già riferito, dagli espedienti negoziali escogitati dai curiali per eludere il menzionato divieto, e di

²⁰ Sulla nozione di *fraus legi* nel dominato v. FASCIONE, 'Fraus legi', cit., 238 ss., e spec. 244 ss. (a 198 ss., l'analisi di Nov. Theod. 9, condotta tenendo conto del testo di C. 1,14,5), nonché il cenno di BEHREND, *Die 'fraus legi'*, Göttingen, 1982, 109 s.

²¹ Con l'unica trascurabile modifica di *sententiam* al posto di *sententias* (*qui se contra iuris sententiam*), forse per la maggiore assonanza con il passo paolino riferito alla nt. seguente.

²² Cfr. Paolo *l. sing. ad legem Cinciam* D. 1,3,29: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumveniet*; in merito v. FASCIONE, *op.cit.*, specialmente 192 s.

²³ Cfr. Ulp. 4 *ad ed.* D. 1,3,30: *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ἠτιόν ἀπό διαβολας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*, su cui FASCIONE, *op. cit.*, specialmente 194 ss.

²⁴ A proposito dei *verba* v. CTh. 1,1,6,1: *Quod ut brevitate constrictum claritate luceat, adgressuris hoc opus et demendi supervacanea verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem, scilicet ut his modis unaquaeque illustrata constituto emineat.*

cui la novella tratta diffusamente nei due paragrafi seguenti (Nov. Theod. 9, 1 e 2) dedicati al merito della questione, chiusi dalla seguente frase:

(Nov. Theod. 9,2 in fine) *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrabunt lege contrahere prohibente.*

La sanzione della nullità dei negozi conclusi in contrasto con la proibizione di legge è formulata ancora nell'ambito dello specifico argomento affrontato dalla novella. La cancelleria è però consapevole della portata generale del principio²⁵, ed infatti si affretta a precisare:

(Nov. Theod. 9,2) *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...*²⁶

In sostanza il caso concreto ha dato lo spunto per una affermazione di carattere generale in ordine all'interpretazione delle norme proibitive (nell'ambito, qui, di rapporti privatistici): posto un divieto di contrarre, esso è da intendersi nell'accezione più ampia possibile (si esclude cioè la liceità di un'interpretazione restrittiva della norma proibitiva) e le conseguenze della sua violazione²⁷ si pongono sia sul piano sostanziale (nullità del negozio posto in essere dalle parti trasgredendo il divieto), sia sul piano processuale (assenza di qualsiasi

²⁵ E non a caso i giustinianeî in C. 1,14,5, dopo aver omesso la parte attinente al contenuto specifico del provvedimento (riassuntivamente, come detto, ripresa in C. 4,65,30), proseguono, senza introdurre correzioni al dettato novellare, proprio con la frase suddetta.

²⁶ La novella prosegue: *hoc est, ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerit facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile debere esse quod factum est. Sed et si quid fuerit subsequutum ex eo vel ob id quod interdicens factum est lege, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.*

²⁷ Su questi profili della novella v. MASI, *Il negozio "utile" o "inutile" in diritto romano*, Milano, 1962, 63 ss. (= *RISG*, 1959-1962, 83 ss.); DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 94 s.

tutela giurisdizionale²⁸). Tali conseguenze sono da considerarsi un effetto automatico della proibizione, anche se cioè il legislatore non abbia espressamente previsto la sanzione dell'invalidità, limitandosi ad enunciare il divieto (par. 3: *licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile debere esse quod factum est*).

Il caso concreto è stato verosimilmente considerato dalla cancelleria come un sintomo dei pericoli che potevano derivare da una prassi interpretativa non controllata. Il valore da difendere era quello dell'efficienza dello strumento legislativo quale regolatore della vita sociale (efficienza che era sentita come strettamente dipendente dalla certezza del diritto codificato). Si spiega così lo sforzo di giungere ad una regola generale che valesse in primo luogo per le *veteres leges*, cioè per quelle codificate, e che nel contempo si applicasse alle *novellae leges* che il legislatore via via stava emanando. La regola, come abbiamo visto, risponde ad un'esigenza di cautela meticolosa: si sancisce la massima valenza delle norme proibitive, anche nel caso in cui esse, per scelta o per imperfezione, non contengano l'enunciazione di alcuna sanzione. La cautela appare soprattutto orientata alla difesa più rigida della legislazione confluita nel Teodosiano²⁹. La cancelleria sembra cioè implicitamente consapevole che il materiale normativo contenuto nel codice da poco entrato in vigore, per l'eterogeneità, per le modalità di raccolta ed elaborazione dei testi e per la sua abbondanza, non è in grado di dare l'assoluta garanzia di essere esente da inconvenienti³⁰, quale la possibile esistenza di *leges imperfectae*³¹, o, ad un minor grado di gravità, di co-

²⁸ Cfr. Nov. Theod. 9,2: *Conductor itaque locatori vel contra locatori conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione*; 4. (...) *nec actionem quolibet pacto adversus eum fideiussorem competere locatori*; tale nozione sembra sottesa anche alla affermazione che ciò che è stato fatto trasgredendo la proibizione deve essere considerato *inutile* (v. par. 3 della novella).

²⁹ Ma naturalmente il dettato testuale della novella sembra attagliarsi altrettanto bene ai codici Gregoriano ed Ermogeniano nei limiti, peraltro discussi (v. ARCHI, *Teodosio II*, cit., 92 s. nt. 82), in cui essi potevano esser considerati raccolte di testi legislativi e non opere "giurisprudenziali".

³⁰ *Contra* FASCIONE, *op. cit.*, 202 nt. 37 (ma mi sembra a torto, alla luce dell'analisi della novella).

³¹ Si è anche osservato che la distinzione tra *leges imperfectae*, *minus quam perfectae* e *perfectae* è superata dalla novella, la quale renderebbe *perfectae* tutte le *leges*: così SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae (diss.)*, Paris, 1902, 128; BAVIERA, *Leges imperfectae minus quam perfectae e perfectae*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909, 224; MASI, *op. lc. citt.*; DI PAOLA, *op. lc. citt.*

stituzioni che nell'enunciare un divieto, per l'ambiguità della formulazione, lascino aperti spazi troppo larghi ad interpretazioni correttive o distorsive (come appunto era il caso di C.Th. 12,1,92).

Si noti anche l'insistenza con cui la novella, direttamente o indirettamente, fa riferimento ai *verba* dei testi legislativi (*verba legis amplexus; scaeva praerogativa verborum; licet legis lator nec specialiter dixerit*). Emerge da queste locuzioni un profilo specificamente testuale del problema interpretativo, vale a dire una particolare, se non esclusiva, attenzione al testo legislativo. Questa centralità del testo rispecchia il sistema delle fonti tardo-imperiale³² (e la stessa recente esperienza compilatoria³³): per la cancelleria l'interprete è posto sempre e necessariamente di fronte ad un testo, da cui deve fedelmente ricavare la *voluntas* del legislatore³⁴. È palese, direi, la distanza ormai incolmabile con la tradizionale concezione romana di *interpretatio*³⁵, e non pare lontana la posizione giustiniana che consapevolmente assegna ai consociati la mera, fedele, applicazione del diritto, riservandone la stessa interpretazione all'imperatore³⁶.

La scelta di dettare regole interpretative mediante lo strumento legislativo appare, in quest'ottica, del tutto appropriata. Il sistema è in sé chiuso e coerente³⁷: esso offre con lo stesso mezzo,

³² Che se pure vedeva presente la distinzione tra *ius ex scripto* e *ius ex non scripto* (v. esemplarmente, I. 1,2,3), tendeva, com'è noto, a circoscrivere entro stretti limiti gli spazi lasciati alla libera esplicazione della consuetudine (v. già Costantino con C. 8, 52 [53], 2): sul tema cfr, per tutti, GALLO, *Interpretazione e formazione*, cit., 202 ss.; 217 ss.

³³ Sul rapporto tra codificazione teodosiana, "reverenza" del testo e cultura religiosa cristiana coeva, v. le fini osservazioni di DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*², Torino, 1975, 134 ss.

³⁴ Nella stessa direzione può dirsi si ponga anche la stessa legge delle citazioni, quanto all'interpretazione delle opere della giurisprudenza classica.

³⁵ V., per un confronto tra la concezione tardo-imperiale di interpretazione e le precedenti esperienze romane, ARCHI, *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*, cit.

³⁶ Il riferimento è, ancora una volta, a C. 1,14,12, cui *adde Deo auctore*, 12 e *Tanta/Δέδωκεν* 19 e 21 (cfr. GALLO, *Interpretazione e formazione*, cit., 165 ss.).

³⁷ V. ARCHI, *I principi generali del diritto*, cit., 127 ss., che sottolinea come nel dominato e specificamente con la compilazione teodosiana, si sia raggiunta l'"unitarietà della produzione normativa attraverso la *maiestas* imperatoria"; cfr. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*³, Torino, 1996, 212 ss., che coglie nell'attività compilatoria teodosiana l'espressione dell'"esigenza della rigorosa formulazione normativa del rapporto gerarchico fra le diverse fonti del diritto", collocando Nov. Theod. 9 in tale contesto (ivi, 219).

la costituzione imperiale, sia le regole di comportamento, sia le regole di interpretazione di queste; il mezzo impiegato garantisce così la coerenza delle regole interpretative³⁸.

Il grado di attenzione e di consapevolezza della cancelleria orientale per il problema generale individuato ed affrontato da Nov. Theod. 9 trova conferma in un provvedimento emanato a distanza di poco più di un anno; si tratta di Nov. Theod. 7,2 (del 21 settembre 440), in materia di *praescriptio fori*³⁹, in cui ritornano i temi presenti in Nov. Theod. 9 (anche con significative corrispondenze terminologiche):

(Nov. Theod. 7,2, pr). *Omnes odiosae sunt fraudes et hae maxime quae legibus fiunt, quae contra commoditatem publicam exquiruntur. His itaque legum convenit auctoritatem obponi. Fori praescriptiones noxia quidam interpretatione suis adsertionibus aptare festinant, qui cinguli praerogativa iudicarias eludere posse cognitiones existimant, nescientes veteres quoque leges specialiter eiusmodi praescriptionibus et contractus et negotia gesta et delicta subtrahere nec pati eum...*

Lo schema concettuale è in tutto simile a quello di Nov. Theod. 9⁴⁰, sia pure espresso in modo riassuntivo: anche in questo caso la *fraus legi* è posta in diretta connessione con *interpretationes* ritenute elusive di *veteres leges* (con ovvio riferimento anche a costi-

³⁸ Parla di "mentalità legalistica" in relazione al primato della norma imperiale (scritta), BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, 359 ss.

³⁹ In generale, sulla *praescriptio fori*, v., per tutti, JONES, *The Later Roman Empire*, Oxford, 1964, I, 484 s = *Il tardo impero romano*, tr. it., II, Milano, 1974, 700 ss. Nov. Theod. 7,2 venne seguita due mesi più tardi da una costituzione, Nov. Theod. 7,3 (29 dicembre 440), in cui si precisava che la legge precedente era stata male interpretata e che essa non riguardava affatto la *praescriptio fori* dei soldati; il 6 marzo 441 intervenne infine Nov. Theod. 7,4 che accordava una limitata *praescriptio fori* agli ufficiali dei *magistri militum*: cfr. Id., *op.cit.*, I, 339 s. = *tr. it. cit.*, I, 416 s.; non mi pare però che Nov. Theod. 7,2 concerna soltanto i militari (come sostiene il J.), bensì che essa contenga misure di portata generale. Tutte queste novelle, insieme a Nov. Theod. 7,1 (del 20 gennaio 439) sono riprese dai giustinianei e variamente trasfuse in C. 3,23,2; 3,25; 7,62,33; 12,54(55), 3 e 5.

⁴⁰ Vi è qualche minima differenza di impostazione tra i due testi: ad esempio in Nov. Theod. 7,2 ricorre anche il motivo della *publica commoditas*, assente nell'altra novella.

tuzioni raccolte nel Teodosiano⁴¹: *nescientes veteres quoque leges et rell.*), ed è scientemente utilizzato lo strumento legislativo per opporvisi: *his itaque legum convenit auctoritatem obponi*. Ancora una volta spicca la centralità della *lex* come mezzo, direi esclusivo, cui si ricorre per fronteggiare problemi della prassi interpretativa (o che almeno sono presentati come tali dalla cancelleria).

Nov. Theod. 7,2 rappresenta dunque un buon esempio del consolidamento della rigida linea di politica legislativa in tema di interpretazione espressa da Nov. Theod. 9, a pochi mesi dall'emanazione di questa. Tale impostazione era destinata a durare nel lungo periodo: ne è significativa riprova l'emanazione, ad anni di distanza (quando sul trono imperiale non sedeva più Teodosio II), di Nov. Marc. 4, del 4 aprile 454⁴².

Anche in questo caso la novella concerne un problema specifico. L'*occasio legis* è data — come ricorda lo stesso provvedimento — da un dubbio interpretativo, sorto nel tribunale del prefetto del pretorio⁴³, in ordine ad un punto della costituzione di Co-

⁴¹ Per la *praescriptio fortis* dei militari v., ad es., CTh. 2,1,2 (a. 355), che la esclude per le controversie civili e per i *crimina* commessi dai soldati contro privati cittadini, e la ammette esclusivamente per reati commessi da privati contro i soldati, stabilendo che in tal caso il giudice sia il comandante militare da cui dipende il soggetto offeso dal reato (*in criminalibus etiam causis, si miles poposcerit reum, provinciae rector inquireat. Si militaris aliquid admisissae firmitur, is cognoscat, cui militaris rei cura mandata est*).

⁴² La novella risulta diretta al prefetto del pretorio Palladio; essa venne ripresa dai giustinianeî, che riportarono in C. 1,14,9 la parte della costituzione relativa in generale all'interpretazione del diritto, e in C. 5,5,7 la parte riguardante le proibizioni matrimoniali dei senatori, in entrambi i casi con modifiche testuali di un certo rilievo.

⁴³ Cfr. Nov. Marc. 4,1: *Magnificentia tua in causis omnibus terminandis rectum semper tramitem studens tenere iustitiae consuluit clementiam nostram super Constantinianae legis ea parte, in qua aliquid existere videtur ambiguum. (...) Exinde de matrimonio magnam dubitationem in iudiciis nasci tua adseruit celsitudo...* La novella marcianea non precisa quale fosse l'oggetto della causa che suggerì al prefetto Palladio di sollevare la questione; alla luce del testo costantiniano (CTh. 4,6,3, di cui diremo subito) oggetto di interpretazione della novella, avevano interesse ad impugnare le donazioni fatte dai senatori e da altri dignitari alle donne di bassa estrazione sociale ed ai figli da esse avuti sia i parenti del donante (*totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri*), sia il fisco in caso di inerzia dei primi; forse la causa ebbe origine dall'impugnazione di una tale donazione.

stantino CTh. 4,6,3⁴⁴, con cui si vietava ai senatori e ad altri dignitari di legittimare i figli avuti da donne di bassa estrazione sociale e fare donazioni ad essi ed alle loro madri⁴⁵. Il punto in questione riguardava l'interpretazione da darsi alla locuzione *vel humilis vel abiecta*⁴⁶ contenuta nella minuziosa elencazione delle donne a cui si applicava tale divieto; il prefetto chiedeva all'imperatore se con tali termini dovessero intendersi anche le donne povere, benché ingenuae (*exinde de matrimonio magnam dubitationem in iudiciis nasci tua adseruit celsitudo, utrumne haec nomina etiam ad pauperes ingenuas feminas referri debeant easque a matrimonio senatorum praescriptum legis excludeat*). La risposta di Marciano è sul punto⁴⁷ decisamente negativa e si basa su una ricostruzione della *ratio* complessiva del provvedimento di Costantino, che è letto come finalizzato a proibire i matrimoni⁴⁸ dei senatori (e degli altri dignitari in esso elencati) con donne indegne o per "vizio" di nascita (*nascendi decolor macula — originis turpitudinem*) o per vita vergognosa (*vita probrosis quaestibus dedita sordentibus — obscaenitate professionis*): la povertà, di per sé, non rientra in nessuna delle due categorie e dunque si stabilisce⁴⁹ esser lecito per i senatori e gli altri dignitari

⁴⁴ La legge, emanata il 21 luglio 336, è ripresa, con modifiche, da C. 5,27,1; le disposizioni costantiniane, già oggetto dell'interpretazione in senso riduttivo della novella marcianea, furono formalmente abrogate da Nov. 89,15 del 539 (quanto al divieto di legittimazione dei figli naturali) e da Nov. 117,6 del 542 (quanto al connesso divieto matrimoniale).

⁴⁵ Sul tema v., per tutti, LUCETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano, 1990, 17 ss. (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche); sulla novella marcianea cfr. anche GAUDEMET, *La personne. Droit et morale au Bas-Empire*, in *Atti VIII Conv. Acc. Rom. Cost.* (1987), Napoli, 1990, 81 s. = rist. anast. in *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, Napoli, 1992, 31 s.

⁴⁶ Per SOLAZZI, *Il concubinato con l'"obscurum loco nata"*, in *SDHI*, 1947-1948, 271 ss. = *Scritti di diritto romano*, V., Napoli, 1972, 62 ss., con opinione rimasta peraltro isolata, l'espressione contenuta in CTh. 4,6,3 è da considerarsi un glossema.

⁴⁷ La novella conferma invece la vigenza di tutte le altre disposizioni su tale materia sia della costituzione di Costantino sia successive (Nov. Marc. 4,4).

⁴⁸ La costituzione costantiniana poneva espressamente solo il divieto di legittimare i figli nati da tali unioni, il che comportava come conseguenza implicita il divieto matrimoniale di cui si tratta (v., in merito, LUCETTI, *op. cit.*, 19 nt. 27).

⁴⁹ Per ARCHI, *Sacratissimum templum iustitiae*, cit., 26 nt. 23 = (*Studi sulle fonti*, cit., 326 nt. 23), la novella non farebbe in realtà opera interpretativa, ma modificherebbe il divieto di Costantino, ormai riprovato dalla società: Marciano

ex ingenuis natas, quamvis pauperes, in matrimonium sibi adscire nullamque inter ingenuas ex divitiis et opulentiore fortuna esse distantiam.

La suddetta decisione è accompagnata da un'affermazione di carattere generale, posta all'inizio della novella⁵⁰, attinente all'interpretazione delle leggi proibitive:

(Nov. Marc. 4, pr.) *Leges sacratissimae, quae costringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescipto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur. Si quid vero in isdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri, ut omnis sanctionis removeatur ambiguum et in sua partem iuris dubia derivare litigatorum contentio alterna non possit, negotiorum quoque cognitores ac tribunalium praesides apertam definitionem legum secuti suspensis nutantibusque sententiis inter scita incerta non fluctuent. Plana enim et facilis ad pronuntiandum via patet iudici, quotiens non est illud ambiguum, iuxta quod necesse est iudiciaria*⁵¹.

La novella afferma la necessità dell'intervento dell'interpretazione imperiale⁵² per eliminare le eventuali ambiguità e oscurità contenute nelle leggi, chiarendo che ciò avviene in funzione della certezza del diritto da applicarsi in sede contenziosa. Nell'enunciazione di tale principio sono preminenti due profili (tra loro, del resto, strettamente connessi): quello della difesa della certezza del diritto e quello della centralità e vincolatività della legislazione imperiale.

Quanto al primo è sufficiente richiamare ciò che s'è detto in ordine agli scopi avuti di mira con la compilazione teodosiana. A quindici anni dall'entrata in vigore del Codice la cancelleria ribadisce la necessità di perseguire e difendere la certezza del diritto,

insisterebbe sul carattere interpretativo della sua legge per rispetto "della leggenda ormai formatasi del principe cristiano".

⁵⁰ La parte iniziale di Nov. Marc. 4, pr. è stata ripresa dai giustinianeî in C. 1,14,9 sino ad *oportet id imperatoria interpretatione patefieri*; il resto è stato omesso e sostituito dalla frase *duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari*, con cui si chiude la costituzione nel *Codex repetitae praelectionis*.

⁵¹ Il Meyer, nella sua edizione delle novelle post-teodosiane, propone di correggere *iudiciaria* con *iudicia dari* o altra locuzione simile.

⁵² Su questo aspetto di Nov. Marc. 4 v. GUZMAN, *Historia del "referimiento legislativo"*. *Derecho romano*, in *Sodalitas* (Scr. Guarino) VII, Napoli, 1984, 3499 ss.

ponendo in diretta relazione tale valore con il corretto e agevole svolgimento dell'attività giurisdizionale⁵³ (*plana enim et facilis ad pronuntiandum via patet iudici, quotiens non est illud ambiguum et rell.*). Rispetto alle costituzioni che hanno preparato ed accompagnato l'esperienza compilatoria vi è però qui una diversa connotazione del principio: nella novella non emerge più il problema della difficile reperibilità del materiale normativo imperiale (che evidentemente si considerava risolto con la pubblicazione del codice)⁵⁴, sottolineandosi unicamente l'aspetto della (eventuale) oscurità dei testi legislativi e delle conseguenti incertezze in sede di loro pratica applicazione. Da questo punto di vista Nov. Marc. 4 si pone nella stessa prospettiva di Nov. Theod. 9: difendere le condizioni di certezza del diritto sul piano della prassi, guidando l'applicazione concreta delle norme contenute nel codice con scelte interpretative univoche e cogenti. Questa esigenza spiega il ricorso allo strumento legislativo e la programmatica riconferma della centralità e vincolatività dello stesso (anche quando svolge funzioni meramente interpretative di norme già vigenti).

È questo il secondo profilo segnalato, che è presente nella novella marcianea laddove essa insiste che la legge imperiale è l'unico mezzo attraverso cui superare le ambiguità testuali, con esclusione di ogni altro tipo di approccio interpretativo. Da ciò discende che le eventuali oscurità non possono giustificare il mancato rispetto della legge (e non a caso Nov. Marc. 4 esordisce con la netta riaffermazione della necessità di osservare le *leges sacratissimae*), ma impongono di richiedere all'imperatore l'interpretazione, che noi chiameremmo autentica, del testo. Unicamente l'imperatore può dunque intervenire a sciogliere i dubbi, utilizzando a tal fine la *lex sacratissima*, la quale soltanto, per la coerenza che le è propria, può correttamente e definitivamente sostituire la norma ambigua.

⁵³ Cfr. specialmente Nov. Theod. 1,1, che peraltro sottolinea forse di più gli aspetti sostanziali rispetto a quelli processuali.

⁵⁴ Del resto, per quanto possiamo giudicare dal materiale legislativo giunto direttamente o indirettamente sino a noi, alla data di emanazione di Nov. Marc. 4 le costituzioni successive alla pubblicazione del Teodosiano non dovevano essere così numerose da riproporre tale problema (che verosimilmente era invece di nuovo di attualità all'inizio del regno di Giustiniano).

Certezza del diritto e centralità della norma imperiale si saldano dunque in una visuale che, come detto, è la stessa entro cui si muove Nov. Theod. 9. Entrambe le fonti affrontano problemi atinenti all'interpretazione e applicazione dei testi legislativi imperiali (sia pure sotto profili diversi) e li risolvono con una sorta di "appello all'ordine", ribadendo in merito la necessità di ricorrere esclusivamente allo strumento legislativo.

Il confronto fra le due costituzioni consente anche di evidenziarne la profonda reciproca coerenza. Nov. Marc. 4 si pone infatti pienamente all'interno della concezione della legge imperiale enunciata dalla novella di Teodosio, ribadendo il principio di indefettibilità delle costituzioni proibitive affermata da questa. La novella marceana giustifica proprio in base a tale principio la necessità di ricorrere all'imperatore per sciogliere i dubbi interpretativi. Sembra così esservi un rapporto di dipendenza logica e giuridica tra i due testi: la novella di Marciano presuppone l'esistenza del principio enunciato da Nov. Theod. 9 (si ricordi che quest'ultima stabiliva espressamente: *quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus*), lo accetta e ne fornisce un ulteriore complemento. Si tratta di un nesso di interdipendenza tra due costituzioni, che segnala, al di là della più vasta conformità ai canoni dell'assolutismo imperiale, l'esistenza di un approccio della cancelleria orientale al problema dell'interpretazione dei testi legislativi ormai consolidato e lineare. Si può aggiungere che nella formazione di tale orientamento un ruolo fondamentale va riconosciuto alla compilazione teodosiana, sia per aver condotto ad un chiarimento e ad una semplificazione nell'ambito della massa delle costituzioni imperiali in vigore, sia per aver con ciò suscitato o fatto venire alla luce una serie di concrete questioni applicative che hanno stimolato la cancelleria ad un riflessione più vasta sui problemi dell'interpretazione del diritto e l'hanno spinta ad una formulazione consapevole dei principi generali sopra esaminati.