

FRANCESCO SITZIA

**Legislazione, interpretazione e cavilli della prassi nelle Novelle giustiniane<sup>1</sup>**

Lezione tenuta presso l'Associazione di Studi Tardoantichi, Napoli 14 aprile 2010

Un vivo e sentito ringraziamento agli amici napoletani, in particolare al Preside Lucio De Giovanni, alla Direttrice del Dipartimento Carla Masi Doria e a tutti i colleghi che mi onorano con la loro presenza. Un saluto cordiale anche agli studenti dell' Ateneo Federico II. Ho accolto l'invito che mi è stato rivolto con grande piacere e chiedo scusa se le mie condizioni di salute nel corso dell'inverno appena passato mi hanno impedito di ritornare a riflettere in modo approfondito negli ultimi mesi sul tema oggetto del seminario odierno, per cui le cose che dirò sono frutto, in buona misura, delle ricerche che ho condotto nel corso dell'ultimo decennio. Di ciò mi scuso fin d'ora e vi ringrazio in quanto sono certo che dal dibattito potranno emergere soprattutto per me stimoli e suggerimenti in relazione a temi sui quali mi affatico da tempo e che continuano ad attirare la mia attenzione di studioso.

Il tema che, con l'amico De Giovanni, abbiamo scelto e che ricalca quello di una relazione da me tenuta proprio a Napoli in occasione del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, dell'ottobre 2001, riguarda il vivace rapporto dialettico che, come vedremo, si instaura tra attività legislativa ed interpretazioni della prassi in epoca giustiniana.

Si tratta di un tema in relazione al quale, com'è noto, non possiamo far ricorso alle testimonianze dirette della prassi: non possediamo, infatti, per il VI secolo nessuna fonte che sia anche lontanamente paragonabile alla Peira di Eustazio, giudice del tribunale dell'Ippodromo nella prima metà dell'XI secolo.

---

<sup>1</sup> Il presente testo riproduce quello della lezione da me tenuta a Napoli nei locali del Dipartimento di Diritto romano e Storia della Scienza Romanistica il 14 aprile 2010, su invito dell'Associazione di Studi Tardoantichi, nell'ambito degli incontri sul tema "Tarda antichità: metodologie di ricerca". Come il lettore potrà agevolmente rilevare, il testo riprende quello di alcuni miei precedenti contributi, ai quali il lettore potrà far riferimento per l'apparato bibliografico.: *Norme imperiali e interpretazioni della prassi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale di Napoli della Società Italiana di Storia del Diritto*, 18-19 ottobre 2001 (Napoli, Jovene, 2003), 277-324; *Novella 19: fra problemi di tecnica legislativa e cavilli della prassi*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo, II*, Napoli, 1997, pp. 319-36; *Giudici e legislatori: il divieto stabilito da Nov. 125 nella storia del diritto bizantino*, in (a cura di Baccari e Cascione) *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da Labruna, II, Napoli, 2006, 1403 ss.

Trattandosi del testo di una lezione rivolta agli studenti, ho ritenuto opportuno riportare alcune brevi citazioni delle Novelle non nel testo greco ma in quello latino dell'Authenticum.

Dovremo quindi ricavare le nostre conoscenze sulle tecniche argomentative attraverso le quali giudici ed avvocati giungono alla formulazione della sentenza o alla prospettazione delle ragioni dei propri clienti dalle testimonianze delle Novelle giustinianee nelle quali l'imperatore, assai spesso in polemica con la prassi giudiziaria, c'informa di alcune situazioni che avevano determinato la necessità di un suo intervento normativo, talvolta su materie che già avevano formato oggetto di recenti provvedimenti legislativi, evidentemente non graditi o la cui portata innovativa non era comunque stata pienamente colta nei tribunali.

Ovviamente queste testimonianze presentano un indubbio carattere unilaterale, in quanto l'imperatore tende il più delle volte a giustificare sostanzialmente sé stesso, addossando alla non corretta prassi dei tribunali dubbi ed incertezze che potevano, invece, trovare una loro ragion d'essere in difetti di tecnica normativa o in lacune ordinamentali; ciononostante, esse rivestono una particolare rilevanza in quanto, anche se indirettamente e parzialmente, ci è dato talvolta di conoscere l'*iter* argomentativo attraverso il quale si era giunti ad un'interpretazione e ad un'applicazione della norma che la cancelleria giudicava condivisibile o aberrante.

Possiamo prendere le mosse della nostra indagine chiedendoci se già alla base dei contrasti tra Giustiniano e la prassi giudiziaria possa ritrovarsi, almeno *in nuce*, una delle caratteristiche salienti che il Simon ha creduto di poter individuare nell'attività di Eustazio, cioè la circostanza che il giudice sembra riferirsi alle costituzioni imperiali soltanto come a materiale, per quanto di grande rilievo, per nutrire il suo personale convincimento. E' appena il caso di sottolineare come una simile concezione che vede nella legge "nur ein Argument unter anderen" appaia in evidente contrasto con le dichiarazioni programmatiche di Giustiniano che tutti ben conosciamo in materia d'*interpretatio*, qualunque sia il significato che ad esse s'intenda attribuire.

Una simile libertà del giudice può, invece, ben spiegarsi nell'XI secolo, allorquando il giudice stesso si trova dinnanzi ad un corpo normativo che non è direttamente attribuibile all'imperatore regnante e risulta composto da numerosi testi di epoche diverse (giustiniana, isaurica, macedone), all'interno dei quali numerose norme non appaiono più attuali.

Ed infatti, se andiamo ad esaminare le testimonianze delle nostre Novelle, ci rendiamo subito conto del fatto che giudici ed avvocati giustinianeî basano normalmente le loro argomentazioni sui testi normativi del *Corpus iuris*. Ovviamente sono di gran lunga prevalenti le citazioni del *Codex*, ma non mancano, come vedremo, alcune citazioni del Digesto. In questa ultima ipotesi non sembra che i richiami delle Novelle al Digesto siano "soltanto di segno culturale", come affermato da parte della dottrina.

Quanto osservato non significa, ovviamente, che la prassi dei tribunali si adeguasse alla volontà normativa di Giustiniano; significa soltanto che la battaglia che giudici ed avvocati conducono, specie nei confronti di innovazioni normative non gradite, deve essere condotta con strumenti più limitati di quelli a disposizione di Eustazio (e contro i quali l'imperatore tenterà di opporsi con la rinascita

dell'Università e la creazione della figura del Nomofilace). Si tratta, infatti, di una battaglia che deve essere combattuta principalmente con argomentazioni che facciano perno su una diversa ricostruzione della volontà imperiale, individuata sempre attraverso un ben preciso riferimento ad un testo legislativo: si tenta di eludere la norma mediante argomentazioni tratte dallo stesso o da altri testi normativi.

Veniamo quindi ad esaminare alcuni dei non pochi casi in cui lo strumento principale su cui fa leva la prassi è costituito proprio da un'interpretazione letterale, particolarmente puntigliosa ed assai spesso capziosa, dello stesso testo legislativo che ha introdotto una riforma non gradita.

Le prime testimonianze che possiamo prendere in considerazione sono quelle di Nov. 18,11 e Nov. 19. In esse si ricordano, infatti, i vari provvedimenti adottati da Giustiniano in tema di legittimazione dei figli naturali ed i vari tentativi escogitati dalla prassi per sfuggire, nei limiti del possibile, ad una riforma che, evidentemente, aveva incontrato significative resistenze a livello di applicazione pratica.

La prima costituzione richiamata risale al 17 settembre del 529 ed il testo ci è noto attraverso C. 5,27,10. Con essa Giustiniano stabilisce che, qualora si contragga legittimo matrimonio con una donna libera dalla quale si siano avuti dei figli in regime di concubinato, i figli nati successivamente al matrimonio debbano dividere il patrimonio paterno con i figli nati in precedenza in quanto anche questi ultimi devono intendersi legittimati in seguito alle nozze sopravvenute. Come risulta già dal secondo intervento imperiale, riportato in C. 5,27,11 dell'aprile 530, nella prassi si sviluppa una corrente interpretativa per la quale la norma non sarebbe stata applicabile nell'ipotesi in cui posteriormente al matrimonio non fossero nati (o non fossero sopravvissuti) figli legittimi. Ciò rende necessario l'ulteriore intervento legislativo, con il quale l'imperatore chiarisce che la norma si applica anche nell'ipotesi in cui nessun figlio sia nato posteriormente al matrimonio.

Pur non potendo conoscere con assoluta certezza e precisione gli *itinerari* argomentativi percorsi dagli avvocati per giungere ad una interpretazione restrittiva della riforma, conforme agli interessi dei loro clienti, essi possono, almeno in una certa misura essere ricostruiti sulla base delle nostre testimonianze e si prestano ad alcune considerazioni.

In primo luogo può osservarsi che problemi interpretativi possono nascere dalla circostanza che “il legislatore, anche quando detta norme di carattere generale ed astratto, continua spesso a legiferare prendendo lo spunto dal singolo caso che ha costituito l'*occasio legis* e tende ad evidenziare la *ratio* che lo ha indotto ad adottare una certa soluzione per quel caso, sottolineando la ragionevolezza del suo operato”. Nel nostro caso Giustiniano, ancora nel testo riportato nel *Codex*, sente la necessità di osservare “che i figli nati posteriormente al matrimonio hanno un debito di gratitudine nei confronti dei figli nati prima in quanto è stata la presenza di questi ultimi a indurre i genitori a rendere legittima la loro unione”.

Ciò ci mostra che, nonostante le indubbie abbreviazioni che i testi delle *constitutiones* hanno subito al momento del loro inserimento nel *Codex*, si è rimasti assai lontani, specie per le costituzioni giustinianee, da un'opera di massimazione in

senso moderno ed all'interno dei testi è rimasto assai più del mero principio giuridico. Nel nostro caso, come già aveva osservato il Bonini, la motivazione in esame viene utilizzata dagli avvocati per affermare che la norma si applica solo in presenza di figli legittimi, con un'interpretazione certamente capziosa, ma che trova un aggancio nella lettera della legge, anche se appare smentita dall'esame dell'intero testo normativo e da altre affermazioni dello stesso legislatore: basti qui ricordare il § 2 in cui Giustiniano sottolinea che il marito *qui postea vel donationem vel dotem conscripsit*, doveva necessariamente avere fin dall'inizio l'*adfectio maritalis* nei confronti della donna.

Non interessa in questa sede chiederci se ed in che misura nel nostro caso possa riscontrarsi un'effettiva manchevolezza di tecnica normativa, quanto, invece, tentare di comprendere come, nel quadro dell'esperienza giuridica del tempo, una legislazione con alcune caratteristiche potesse dar luogo a problemi interpretativi ed applicativi quali quelli evidenziati.

La prima considerazione che possiamo proporre è proprio quella relativa al rapporto tra caso concreto che ha dato origine alla norma e contenuto della norma stessa in un sistema profondamente diverso da quello classico. In questo ultimo, infatti, com'è noto, la norma introdotta da un rescritto imperiale per il singolo caso veniva ripresa e rielaborata ad opera della giurisprudenza che, enucleatane la *ratio*, ne estendeva quindi il campo di applicazione, inserendola nel sistema.

All'epoca di Giustiniano la situazione è profondamente cambiata, in quanto è lo stesso legislatore che assai spesso continua a prendere le mosse da un caso concreto ma nel contempo detta norme di portata assai più generale, senza che i due profili appaiano nettamente distinti. Ciò apre indubbiamente amplissimi spazi ad interpretazioni più o meno capziose della prassi, specie se si considera che questa ultima può abilmente sfruttare il principio del divieto d'interpretatio, tentando di restringere la portata applicativa della norma al solo caso preso in considerazione dal legislatore.

Sotto questo profilo Giustiniano appare vittima della sua stessa concezione del rapporto tra attività legislativa ed interpretativa, come appare dimostrato dagli stessi ulteriori interventi normativi sul nostro tema. Si consideri, infatti, la testimonianza di C. 5,27,11, cioè del primo degli interventi imperiali nella nostra materia tendenti a reagire ai tentativi di disapplicazione della riforma operati dalla prassi. L'imperatore, infatti, non si limita ad affermare un principio generale per cui in caso di susseguente matrimonio tutti i figli nati o concepiti anteriormente alla confezione dei dotalia instrumenta sono da considerarsi legittimi, ma continua a prendere in esame separatamente i singoli casi, soffermandosi a lungo sull'ipotesi di figlio concepito prima ma nato dopo la celebrazione del matrimonio

Come può facilmente osservarsi, ci troviamo dinnanzi ad un legislatore il cui linguaggio sembra tradire in modo evidente il timore di andare incontro ad ulteriori tentativi di disapplicazione da parte della prassi e che per evitare ciò tenta di individuare con assoluta precisione e di descrivere in modo analitico tutte le possibili varianti in cui la norma poteva trovare applicazione. Così, ad esempio, si specifica

che la norma è applicabile anche nell'ipotesi di un figlio maschio (*puer*) o di una figlia femmina (*puella*), concepiti anteriormente ma nati posteriormente al matrimonio

I pericoli ai quali il legislatore va incontro con l'adozione di questa tecnica normativa sono evidenti: basti qui osservare che il riferimento specifico ai figli ed alle figlie riguardante solo l'ipotesi di figli concepiti prima e nati dopo la confezione dei *dotalia instrumenta* poteva essere abilmente sfruttato dagli avvocati per sostenere che nel caso di figli nati prima del matrimonio la norma non si applicava alle figlie in quanto il legislatore, non solo in C. 5,27,10, ma anche in C. 5,27,11, si era limitato a parlare di *liberi*. Non solo, al § 3 lo stesso legislatore incorre poi nel medesimo errore già compiuto in C. 5,27,10 offrendo una motivazione che è valida solo in presenza di figli nati posteriormente al matrimonio, quando afferma essere assurdo “*si filii post dotem progeniti et anterioribus liberis adiutorium adferant, ipsum puerum vel puellam sibi opitulari non posse*”.

Come abbiamo già osservato, l'emanazione di C. 5,27,11 non fu sufficiente a superare i tentativi di disapplicazione provenienti dalla prassi, in quanto questa, *in quibusdam gentibus*, tentò di disapplicare la norma nell'ipotesi in cui il *pater* avesse già avuto figli legittimi nati da un precedente matrimonio con un'altra donna. Fu quindi necessario un ulteriore intervento imperiale, il cui contenuto ci è noto tramite Nov. 12,4 ed in cui il tono impiegato dall'imperatore, pur di reprimenda nei confronti della prassi, non appare eccessivamente severo. Giustiniano, infatti, sembra riconoscere che, pur avendo avuto fin dall'inizio certi intendimenti, con la costituzione in esame aggiunge qualcosa che serve a risolvere un'ipotesi non presa in considerazione nelle precedenti costituzioni.

Solo verso la fine del nostro testo ritroviamo, anche se nella forma di una domanda retorica, una considerazione che, per una mentalità moderna portata ad una configurazione generale ed astratta delle norme, poteva costituire una valida soluzione per risolvere una volta per tutte il braccio di ferro con la prassi: *quod enim aliud decernimus, cum sufficiat legitima et suorum appellatio sub potestate eos ostendere et dare etiam contra testamentum, quae leges praebent, et omnia habere quaecumque huiusmodi appellationem decent?*

Certo, un legislatore moderno si sarebbe limitato ad affermare fin dall'inizio che nell'ipotesi di *subsequens matrimonium* i figli dovevano essere considerati legittimi in tutti i casi e a tutti gli effetti, ma proprio Nov. 12,4 sembra dimostrare che l'ottica giustiniana continua a permanere diversa: è pur sempre attraverso un ulteriore intervento imperiale di carattere interpretativo che si chiarisce l'applicabilità del principio anche ad un caso che presenta un possibile elemento atto ad operare una *distinctio* rispetto a quello originariamente considerato. Ciò spiega, a mio avviso, anche il tono non particolarmente severo dell'imperatore: in fondo, è lo stesso Giustiniano a volere che dinnanzi ad un dubbio interpretativo la soluzione provenga dallo stesso imperatore.

Le considerazioni esposte mi sembrano confermate dalla testimonianza di Nov. 18,11 (a. 536), con la quale le disposizioni in tema di *legitimatio per subsequens matrimonium* vengono estese al caso di matrimonio con la liberta, anche se i figli

sono stati generati quando questa era ancora schiava. Come è stato giustamente osservato, l'imperatore sottolinea il carattere interpretativo della nuova norma, nonostante questa presenti un carattere parzialmente innovativo, escludendo, tra l'altro, la *legitimatio* nell'ipotesi di esistenza di figli legittimi nati da un precedente matrimonio. Ciò sembra, ancora una volta dimostrare che il legislatore non avverte chiaramente una distinzione netta tra interpretazione dichiarativa ed innovativa, continuando ad oscillare in modo significativo tra l'affermazione per cui un ulteriore intervento non sarebbe stato necessario se la prassi avesse interpretato correttamente il testo precedente e la tendenza a disciplinare, ancora una volta in modo analitico, l'ipotesi che aveva ingenerato dei problemi.

Un ultimo intervento imperiale in materia è, infine, quello contenuto nella Nov. 19, nella quale vengono richiamate le disposizioni di C. 5,27,10 e 11 e di Nov. 12,4, ma non si accenna a Nov. 18,11. Ancora una volta è la prassi, con le sue interpretazioni, a determinare l'intervento legislativo. L'imperatore ricorda, infatti, che il testo originario di C. 5,7,10 e 11 conteneva una clausola per cui le nuove norme dovevano applicarsi con efficacia retroattiva anche nelle ipotesi in cui i padri fossero morti in data anteriore a quella di emanazione di C. 5,27,10 (17-9-529). La clausola di retroattività non fu però inserita nel testo delle due costituzioni riportato nel *Codex* né ad essa si fece riferimento in Nov. 12,4; da ciò, a livello di prassi, si tentò di dedurre che le norme non erano più applicabili retroattivamente a coloro che fossero nati prima dell'emanazione di C. 5,7,10. Non mi sembra opportuno in questa sede soffermarmi sulle considerazioni addotte dall'imperatore per giustificare il suo operato e sulla loro capacità persuasiva. Mi interessa, invece, porre in evidenza che, secondo quanto riferito nel nostro testo, la prassi aveva basato le sue argomentazioni sulla soppressione della clausola di retroattività nei testi riportati nel *Codex*, osservando che essa doveva essere intesa come espressione della volontà imperiale di escludere il carattere retroattivo delle norme.

Una simile impostazione può certo apparire alquanto capziosa: tra l'altro, pur senza la clausola di retroattività, il testo contenuto nel *Codex* sembra riferirsi chiaramente anche ai figli nati prima dell'emanazione della norma e potrebbe al massimo ritenersi non applicabile alle ipotesi in cui anteriormente a tale data i padri fossero già morti e si fosse quindi già aperta la successione a vantaggio esclusivo degli altri figli legittimi o di ulteriori parenti. Nonostante ciò, o forse proprio per questo, essa ci segnala un problema che appare particolarmente pressante proprio in relazione alle materie sulle quali vi erano stati interventi di riforma in epoca giustiniana, cioè quello del rapporto tra le singole costituzioni ed il *Codex*, nonché quello della successione delle norme nel tempo.

Un ulteriore testo che appare di un certo rilievo per il nostro seminario è quello di Nov. 87, nel quale l'imperatore ricorda uno stratagemma escogitato dai curiali per eludere la norma che vietava loro le donazioni di immobili nonché di disporre per testamento per più di tre onces a favore di estranei alla curia. La costituzione è l'ultima di una serie d'interventi di Giustiniano in materia ed è particolarmente significativo che l'imperatore in Nov. 38, praef. 1 ricordi come i curiali, dinnanzi ai

precedenti interventi normativi, si fossero ingegnati ad escogitare una serie di artifici per vanificare le limitazioni stabilite nei loro confronti. Tentiamo allora di cogliere l'evoluzione di questo braccio di ferro tra Giustiniano ed i curiali, come risulta dalle testimonianze di Nov. 38 ed 87.

Purtroppo lo stato della questione non è del tutto chiaro in quanto non ci sono pervenute le costituzioni 4 e 5 del titolo 10,35 del *Codex*, ma solo la costituzione 3 (a. 528), con la quale Giustiniano aveva, tra l'altro, stabilito (§ 3) che in assenza di figli o figlie sposate a curiali, alla curia dovesse comunque pervenire un quarto del patrimonio. Come risulta da Nov. 38 praef., i curiali avevano eluso la norma dissipando in vita il loro patrimonio ed avevano utilizzato la norma di Zenone (C. 10,34,3) che permetteva loro le donazioni di *res immobiles vel mancipia rustica* senza necessità di decreto (essendo questo ultimo previsto solo per le compravendite).

Ciò aveva determinato la reazione imperiale che, come risulta da Nov. 38 praef. 2, aveva condotto ad una generalizzazione del divieto, sottoponendo a decreto di autorizzazione non soltanto le compravendite, ma anche le donazioni e tutti gli atti di alienazione di beni immobili. Neanche questa norma era però stata sufficiente, in quanto aveva dato luogo a numerose donazioni autorizzate *ex falsis causis*, e ciò aveva indotto l'imperatore a vietare del tutto le donazioni medesime (escluse le *donationes antenuptiales*). Infine, dinnanzi ad ulteriori tentativi, non meglio precisati, di elusione, si era stabilito in via generale che tre quarti del patrimonio dovessero comunque pervenire alla curia.

Quanto osservato si presta già ad alcune considerazioni: in particolare può osservarsi come una legislazione che appare diretta ad evitare i tentativi di elusione già posti in atto assai spesso non raggiunge l'obbiettivo voluto proprio perché il legislatore, condizionato da questi tentativi, si pone in un rapporto dialettico con la prassi e legifera in funzione del superamento del problema particolare, piuttosto che ripensando complessivamente l'intera materia. E' quindi del tutto naturale che la stessa prassi sia in grado d'individuare anche nella nuova norma quelle imperfezioni che le consentono di piegarla ai propri fini o di tentare di eluderla attraverso un'interpretazione letterale dei divieti.

Sotto questo ultimo profilo, la Novella 38, stabilendo dei divieti di carattere generale e riordinando complessivamente la materia, ci appare meno esposta ai rilievi che abbiamo formulato; ciononostante, essa diede luogo ad un tentativo di elusione, come appare chiaramente da Nov. 87. Si tratta di un tentativo di elusione assai sottile, forse proprio perché il testo della Nov. 38 si prestava meno ad essere manipolato dalle astuzie degli avvocati, che però, proprio per questo, ci dimostra, ancora una volta, che dinnanzi a fenomeni economici e sociali assai radicati la legislazione che li contrasti assai difficilmente riesce a raggiungere in pieno i suoi obbiettivi.

Orbene, la prassi basava in primo luogo le sue argomentazioni sulle disposizioni di C. 8,56,4, con la quale Giustiniano, risolvendo antichi dubbi, aveva stabilito che la *donatio mortis causa* potesse essere compiuta oralmente o per iscritto, con l'intervento di cinque testimoni. Come l'imperatore dichiara espressamente in Nov. 87 praef., la norma è espressione di un adeguamento del regime della *donatio mortis*

*causa* ai legati, per cui è verosimile che la prassi tentasse capziosamente di affermare che il divieto di donare e di disporre per testamento stabilito per i curiali non si applicasse alle *donationes mortis causa*, considerate come un *tertium genus*: né donazioni e neanche disposizioni testamentarie in quanto per esse era prevista la forma del codicillo.

La parte per noi più interessante dell'argomentazione è però quella in cui si afferma che la prassi aveva utilizzato le disposizioni di D. 39,6,13 per sostenere che nelle *donationes mortis causa* il donante poteva rinunciare totalmente alla revoca o inserire ogni altra clausola che a lui fosse sembrata opportuna. Nonostante che l'imperatore dichiarò espressamente che il principio fu stabilito dal dottissimo Giuliano, esso è da attribuire ad una nota di Marcello. Si legga, infatti, il testo di D. 39,6,13 (Iulianus, l. 17 digestorum).

Come può osservarsi, la prassi si basava verosimilmente sull'ultima parte della nota di Marcello nella quale il giurista afferma che la volontà del donante può atteggiarsi nel senso di escludere in ogni caso la *repetitio*. Non è questa certo la sede per discutere in modo astrattamente sistematico sulla compatibilità dell'opinione di Marcello con le tendenze giustiniane in tema di equiparazione delle *donationes mortis causa* ai legati: può solo rilevarsi che l'affermazione del giurista sembra partire dall'idea che la *donatio mortis causa* sia un atto *inter vivos*. Ciò che mi preme, invece, sottolineare è che la prassi nella sua disperata ricerca di un appiglio nei testi della compilazione, non avendo verosimilmente trovato alcuno spunto nelle costituzioni contenute nel *Codex*, non aveva esitato a far ricorso alla testimonianza di un passo del Digesto. Ciò ci consente indubbiamente di proporre alcune considerazioni.

In primo luogo può osservarsi che Digesto e Codice sono utilizzati congiuntamente senza che tra le due fonti si ponga una qualche differenza di piani: l'argomentazione della prassi si fonda, diremmo oggi, sul combinato disposto di quanto stabilito da Giustiniano in C. 8,56,4 e di quanto a suo tempo deciso da Giuliano (*rectius* Marcello), considerato alla stregua di un *legislator*.

Può, inoltre, osservarsi che nel *mare magnum* della Compilazione non doveva essere difficile per la prassi individuare uno o più frammenti che, opportunamente interpretati, anche se in modo capzioso, potessero essere piegati alle esigenze di parte. Il ricco materiale del *Corpus Iuris*, che nel corso dei secoli avrebbe offerto tante occasioni di riflessione a generazioni e generazioni di studiosi, sembra essere non meno prodigo di spunti anche per i contemporanei di Giustiniano che se ne servono per i loro scopi, assai spesso in contrasto proprio con le più significative riforme dell'imperatore.

Il ricorso ad una tale tecnica argomentativa richiama senza dubbio alcune considerazioni formulate da Dieter Simon, il quale, nella sua ricerca sulla Peira (p. 21), ha osservato che “Eustathios bringt mehrfach explizit zum Ausdruck, dass es von dem in Aussicht genommenen Urteil abhängt, welches Gesetz man für die Begründung heranziehen werde”. Una simile impressione mi sembra si ricavi anche nel nostro caso, con l'ovvia osservazione che in questo ci troviamo di fronte, non ad un giudice, che deve motivare giuridicamente una decisione che gli sembra giusta,

bensì a soggetti che devono individuare un meccanismo giuridico per eludere un divieto legislativo. Piuttosto, può rilevarsi che ancora una volta la prassi sembra argomentare prendendo le mosse da un'interpretazione assai formalistica e letterale del divieto legislativo: sono vietate le donazioni e le disposizioni testamentarie, quindi non sono vietate le donazioni *mortis causa*, in quanto Giustiniano ha stabilito che esse non sono assimilabili alle donazioni ma ai legati e non sono contenute in un testamento.

L'ultima testimonianza sulla quale intendo richiamare la vostra attenzione è quella di Nov. 108: un testatore nomina eredi i propri figli, stabilendo che, qualora uno di costoro (o un di lui erede) muoia senza discendenti, i beniereditari *quaecumque apud eum in tempore mortis invenirentur* (detratto ciò che dovuto in forza della legittima), siano restituiti agli altri figli superstiti o ai loro figli.

La successione si apre a favore di due figli, il primo dei quali vieta all'altro, che non ha figli, di *κεχρησθαι τοῖς πράγμασιν ὡς ταῦτα ἐλαττοῦντα*. L'intimato obietta, sulla base del testo della disposizione testamentaria, di essere tenuto a restituire solo ciò che si troverà nel patrimonio al momento della morte e ritiene quindi che non gli possa essere imposta alcuna limitazione in ordine alla gestione del patrimonio ereditario.

L'imperatore, nel sottolineare la necessità di un suo intervento normativo, ricorda in primo luogo un passo del libro 19 *Quaestionum* di Papiniano riportato in D. 36,1,56, nel quale il giurista, nel caso di fedecommesso *de residuo*, *permittit alienationes*, a meno che non si provi che esse sono state fatte *intervertendi fideicommissi gratia*. Ricorda quindi una costituzione dell'imperatore filosofo Marco Aurelio, riportata dallo stesso Papiniano in D. 36,1,56, con la quale era stato stabilito che nei *verba fideicommissi et boni viri arbitrium inesse*.

Alcune considerazioni possono farsi fin d'ora. Al contrario di quanto abbiamo osservato in Nov. 87, qui il testo non dice se la citazione di Papiniano era stata utilizzata dalla prassi, in particolare dal fratello senza figli; l'imperatore, anzi, pur lodando Papiniano, sembra sottolineare l'oscurità del suo pensiero (ma anche quindi, indirettamente, del passo del Digesto), allorquando afferma che il giurista, *ὡςπερ ἐξέπιτηδες ἐν αἰνίγματι*, aveva identificato le alienazioni proibite con quelle fatte *intervertendi fideicommissi gratia*. Né un chiarimento decisivo era dato dalla decisione di Marco Aurelio che operava un generico riferimento all'*arbitrium boni viri*.

Rimane comunque il fatto che Giustiniano avverte la necessità di legiferare proprio in quanto le disposizioni contenute nel Digesto non erano, a suo avviso, chiare, il che dimostra, da un lato che ancora nel 541 la cancelleria si riferiva al Digesto come ad un testo normalmente utilizzabile nella prassi giudiziale, dall'altro che essa manifesta una certa avversione nei confronti di affermazioni contenute nelle Pandette giudicate troppo generiche, e comunque non particolarmente precise e tali quindi la lasciare un ampio potere discrezionale all'organo giudicante. In un caso di questo genere, l'intervento legislativo appare necessario per evitare giudicati difformi o l'insorgere di dubbi che determinino continui interventi imperiali. Per le ragioni

esposte, la nuova norma non può che adottare un criterio più sicuro ed oggettivo quale quello quantitativo: l'erede potrà disporre di tre quarti dell'asse e dovrà restituire un quarto.

Occorre, peraltro, sottolineare che la nuova norma viene presentata non tanto come una novità assoluta quanto come una specificazione ed una precisazione di criteri preesistenti non sufficientemente chiari e definiti; non è, infatti, un caso che l'imperatore la dichiari applicabile non soltanto per il futuro, ma anche al caso che ha dato origine all'intervento imperiale. Ancora una volta, quindi, il confine tra interpretazione autentica, meramente dichiarativa, ed interpretazione innovativa appare assai labile.

Ai casi che abbiamo esaminato molti altri potrebbero aggiungersi. Mi sembra però che essi siano già significativi per comprendere alcuni dei limiti di fondo dei meccanismi di risposta del legislatore ai tentativi da parte della prassi di vanificare, nella sostanza, il contenuto delle riforme. Come abbiamo osservato, Giustiniano, infatti, il più delle volte, non risponde alla prassi con una norma di carattere generale ed astratto in cui tende a fissare, una volta per tutte, i nuovi principi ed i limiti astratti della loro applicabilità. Al contrario, egli entra in rapporto dialettico con la prassi, contestandole di aver frainteso il suo pensiero in relazione al caso controverso, ma cerca poi di evitare ulteriori problemi di disapplicazione individuando con precisione assoluta e descrivendo in modo analitico tutte le possibili fattispecie in cui la norma stessa deve trovare applicazione.

I pericoli ai quali il legislatore si espone adottando una simile tecnica normativa appaiono evidenti. Quanto più il discorso diviene analitico e dettagliato, tanto più sarà possibile alla prassi, come abbiamo avuto modo di osservare, individuare lacune ed escogitare cavilli che facciano leva sul tenore letterale delle norme. Non è un caso che, in relazione ad alcuni argomenti (legittimazione dei figli naturali e norme tendenti a limitare gli atti di disposizione dei beni da parte dei curiali, che abbiamo esaminato, ma anche, ad esempio, *status* dei nati da genitori di cui uno libero e l'altro *adscripticius*), Giustiniano sia costretto ad intervenire a più riprese e che ogni intervento, pur risolvendo il singolo problema che lo aveva determinato, sia destinato ad aprire nuovi fronti con la prassi.

Sotto questo profilo mi sembra si possa realmente affermare che l'imperatore, pur essendo in grado di vincere nei confronti della prassi le singole battaglie, sia però, in definitiva, destinato a perdere la guerra: nessun legislatore è in grado di individuare tutte le problematiche che emergeranno in seguito all'introduzione di un nuovo principio giuridico e di prevedere quindi una regolamentazione minuziosa e dettagliata di tutti i casi; meno che mai questo compito può essere assolto da un legislatore che si presenta ancora come l'erede di una tecnica di produzione normativa, quale quella dell'epoca classica, legata a meccanismi d'evoluzione dell'ordinamento in cui manteneva una funzione rilevante l'opera della giurisprudenza. Un tale rilievo appare ancor più evidente se si considera che, nello stesso tempo, Giustiniano è, invece, l'erede di una scienza giuridica particolarmente

raffinata ed in grado quindi di offrire alle parti processuali ed ai loro avvocati strumenti assai validi per individuare i difetti, anche minimi, della tecnica normativa.

E' solo nell'ottica che abbiamo testé delineato che mi sembra di poter condividere l'affermazione ricorrente in dottrina per cui la prassi trarrebbe spunto per le sue argomentazioni capziose da evidenti imperfezioni della tecnica legislativa giustiniana. Non si tratta, infatti, di valutare questa tecnica alla luce di parametri adottabili per un codificatore moderno, ma di tentare di comprendere come l'attività legislativa, pur nella nuova realtà che considera Giustiniano unico legislatore ed interprete, possa ancora risentire l'eco di modelli propri di un'epoca storica nella quale il discorso sulla produzione normativa imperiale s'inseriva in un sistema assai più complesso ed articolato sotto il profilo delle fonti del diritto.

Posto il problema in questi termini, il giudizio sulla legislazione novellare sarà forse un poco meno astrattamente severo e, soprattutto, potrà spiegarsi la necessità dei successivi interventi imperiali in relazione alle più rilevanti riforme: attraverso essi Giustiniano dovrebbe, infatti, realizzare quel coordinamento al sistema dei nuovi principi da lui introdotti, coordinamento che in epoca classica era assicurato dall'opera della giurisprudenza.

Se, come abbiamo visto, il risultato perseguito viene realizzato soltanto in parte, ciò deriva, a mio avviso, dalla circostanza che ad esso ben difficilmente può pervenirsi in via legislativa, meno che mai attraverso una legislazione minuziosa e di dettaglio che insegue le interpretazioni puntigliose della prassi e tenta nel contempo di prevenirle. Si veda, a questo proposito, tra le fonti già esaminate, la testimonianza di Nov. 18,11, con la quale Giustiniano, come abbiamo visto, estende le disposizioni in tema di *legitimatio per subsequens matrimonium* al caso di matrimonio con la liberta, anche se i figli sono stati generati quando questa era ancora schiava. Attraverso una norma, di cui l'imperatore sottolinea il carattere interpretativo, ma che presenta un carattere parzialmente innovativo, l'imperatore non si limita, infatti, a fissare, in modo analitico, gli elementi della fattispecie (assenza di precedenti figli legittimi, concessione alla liberta ed ai figli da lei nati del *ius anulorum aureorum* e della *restitutio natalium*). Memore di come la prassi aveva tentato di limitare in precedenza il campo d'azione della sua riforma, egli ritiene altresì necessario sottolineare che la legittimazione avrà luogo sia che nascano, sia che non nascano altri figli. Ma non basta, al termine del suo discorso il legislatore, che a questo punto sembra veramente ossessionato dal pericolo che la prassi possa distorcere il suo pensiero, sente la necessità di ribadire, in un contesto che non poteva, in verità, ingenerare alcun dubbio, che i figli di cui sta trattando e che, legittimati, cadranno sotto la potestà paterna, sono quelli nati anteriormente al matrimonio.

Abbiamo finora osservato come Giustiniano, nel tentativo di restringere al massimo l'attività interpretativa degli organi giudicanti, finisca in realtà per adottare una tecnica di produzione normativa che lo espone in modo impressionante ai cavilli della prassi. Giunti a questo punto è forse però necessario porsi il problema della stessa nozione d'*interpretatio* che emerge dalle *Novellae*, al di là delle dichiarazioni

programmatiche del legislatore contenute nella grande Compilazione. Si tratta di uno dei temi centrali per comprendere l'esperienza giuridica giustiniana nel suo complesso, in relazione al quale è stato posto in evidenza (Vincenti) che il nostro termine si presta ad indicare sia "un'attività propriamente innovativa del diritto vigente", sia "un'attività soltanto esplicativa, volta cioè a chiarire il significato di una disposizione", attività posta in essere da un soggetto in rapporto di subordinazione rispetto al testo normativo da interpretare

Ora, a me sembra non possano esservi dubbi sul fatto che, accettando una simile impostazione, il divieto d'*interpretatio* per il giudice non possa riguardare l'interpretazione meramente esplicativa, pena la paralisi di ogni attività giudiziaria. Mi sembra però che per meglio comprendere il pensiero di Giustiniano sia utile mutare la prospettiva e riconoscere col Lantella che per l'imperatore l'attività posta in essere dal giudice chiamato a svolgere le sue funzioni sulla base di testi normativi che il legislatore considera chiari ed immediatamente intelligibili non sia considerata, almeno tendenzialmente, vera e propria *interpretatio* ma mera "applicazione" della legge.

Nell'ottica di Giustiniano, quindi, l'*interpretatio*, riservata all'imperatore, riguarderebbe più propriamente soltanto l'attività volta a chiarire il significato di una proposizione normativa rimasta oscura all'organo giudicante, anche se forse, come tra breve avremo modo di osservare, questa stessa affermazione non riesce a cogliere pienamente la ricchezza di sfumature e la complessità dei problemi che le fonti novellari presentano. Da esse sembra, infatti, emergere una concezione di fondo in cui, nell'esercizio delle funzioni imperiali, l'attività di *interpretari* e di *condere leges* è percepita dal legislatore come un *continuum* all'interno del quale è assai difficile cogliere dei confini ben precisi.

Si consideri, ad esempio, il caso prospettato in Nov. 155 di una madre, tal Auxentia, nei cui confronti la figlia Marta chiede la *restitutio in integrum* in rapporto all'amministrazione tutelare, nonostante l'esistenza di un accordo con il quale la figlia stessa si era impegnata a non intentare alcuna azione. Gli avvocati di Auxentia basano la loro difesa sulle disposizioni di C. 2,41 (42),2 con le quali Giustiniano, risolvendo *veteres disputationes*, aveva negato in modo generale ed assoluto che potesse concedersi la *restitutio in integrum* nei confronti dei genitori e dei patroni (*sancimus nullo modo neque adversus parentes utriusque sexus neque adversus patronum vel patronam dari restitutionem*). Nonostante la chiarezza del divieto, formulato in termini tali da non lasciare alcun dubbio di carattere interpretativo, Giustiniano afferma in Nov. 155 che esso non riguarda chi, come Auxentia, aveva assunto la tutela della figlia ed aveva in seguito violato il giuramento di non passare a seconde nozze. L'imperatore concede quindi a Marta la *restitutio in integrum*, ricordando le disposizioni di C. 5,37,28,4 con le quali aveva stabilito che tutori e curatori, al momento della designazione, dovessero impegnarsi ad assumere *sine ulla dilatione* la *defensio* nei confronti dei pupilli e dei minori.

Utilizzando le nostre categorie concettuali, ci colpisce non tanto la soluzione adottata, quanto il modo di argomentare di Giustiniano, in particolare la circostanza che egli non abbia riconosciuto che nel nostro caso veniva ad introdurre una deroga al

divieto generale da lui stesso sancito. Certo, sul punto può, almeno in una certa misura, aver giocato l'orgoglio del legislatore che si rifiuta di ammettere le imperfezioni della sua produzione normativa, ma questa non mi sembra una ragione esaustiva, se consideriamo che altre volte l'imperatore ritorna senza alcun problema sui suoi passi.

A me sembra che, invece, nel nostro come in altri casi in cui l'esercizio della funzione legislativa appare inscindibilmente connesso alla risoluzione dei dubbi insorti in un processo, venga in considerazione un'idea dell'attività normativa imperiale nella quale non è possibile cogliere un confine netto tra attività interpretativa e potere di emanare nuove leggi. In particolare, sembra rientrare in una generica attività interpretativa anche quella con la quale si chiarisce, a prescindere dal tenore letterale della legge, se un certo principio legislativo sia adeguato anche ad un caso le cui peculiarità potrebbero suggerire una soluzione diversa. In quest'ottica, Giustiniano sembra ancora risentire di meccanismi di evoluzione del diritto su base casistica, piuttosto che presentarsi come il prototipo del moderno legislatore assoluto. Nell'esempio proposto, il limite di non applicabilità del divieto di chiedere la *restitutio* nei confronti delle madri che avessero assunto la tutela e fossero passate a seconde nozze viene, infatti, presentato come implicitamente contenuto fin dall'origine in C. 2,41,2: il caso sottoposto all'imperatore offre soltanto l'occasione di delimitare con precisione questo limite implicito.

Ancora più significativo mi sembra il caso di Nov. 159, con la quale Giustiniano stabilisce per il fedecommesso di famiglia il limite delle quattro generazioni. Detto limite viene, infatti, presentato, non come il risultato di un'innovazione sostanziale, ma come implicitamente contenuto nell'ordinamento vigente: non si può, infatti, ritenere che la volontà del testatore produca effetti in eterno e Giustiniano non fa altro che fissare un limite preciso al di là del quale essa non dovrà più essere rispettata.

Discorso analogo può farsi, altresì, per i casi, già da noi ricordati, di Nov. 108 e 18,11. Nel primo, come abbiamo visto, il limite di tre quarti imposto agli atti di disposizione dell'eredità gravata dal fedecommesso *de residuo* viene presentato non come il frutto di una nuova norma introdotta dal legislatore ma come una doverosa messa a fuoco di un limite, nella sostanza già esistente, anche se formulato in termini troppo generici.

Nel secondo caso Giustiniano afferma che le norme in tema di *legitimatio per subsequens matrimonium* si applicano anche ai figli della liberta, sottolineando il carattere interpretativo della norma (*cum utique recte conicientibus nostram intentionem et hoc fuerit iam sancitum*), ma introducendo un requisito ulteriore, assolutamente nuovo, costituito dall'assenza di figli legittimi nati da un precedente matrimonio.

L'elemento che accomuna tutti i casi che abbiamo esaminato mi sembra sia costituito dalla circostanza che in essi l'imperatore adotta l'ottica di chi pone in essere un'attività ricognitiva della norma, considerata preesistente, anche là dove realmente svolge un'attività creativa.

Ai moderni giuristi, abituati ad un sistema legale, ciò può forse apparire come

un comodo meccanismo per coprire lacune ed insufficienze del sistema e per consumare una violazione sostanziale (se non formale) del principio di irretroattività della norma. Non così però per Giustiniano, nel quale sembra sopravvivere, accanto alle nuove idee espressione di un sistema legale, l'idea di fondo di un sistema giurisprudenziale per cui la norma, anche quando viene modellata sulla base delle esigenze del caso, si presenta sempre come il risultato di un'attività ricognitiva, non come il frutto di un'attività creativa, più o meno arbitraria.

Rispetto al sistema classico, quello giustiniano si caratterizza, com'è ovvio, per la rilevante novità che la norma posta alla base della decisione non è più espressione di un diritto di formazione giurisprudenziale, ma viene ricavata da un testo legislativo preesistente, caratterizzato da un ben preciso tenore letterale, che viene piegato alle esigenze del caso, determinando così la convinzione, o meglio l'illusione, che non si crei nuovo diritto sostanziale ma ci si limiti ad applicare quello già esistente.

Il fenomeno della permanenza di una tecnica normativa con le caratteristiche che abbiamo delineato mi sembra possa essere meglio compreso alla luce dei risultati cui è giunto il Brogginì in un fondamentale saggio sulla retroattività in diritto romano. L'illustre studioso ha, infatti, posto in evidenza come, nel corso dell'epoca classica, mentre la *lex comiziale* tende a rispettare rigorosamente il principio di irretroattività sostanziale, l'editto del pretore si caratterizza per un'irretroattività soltanto processuale, in quanto non estende la sua efficacia ai rapporti processuali conclusi nel passato, ma si applica anche ai "*facta praeterita*, purché non abbiano già fatto oggetto di *actio*". Ad avviso del Brogginì, il principio di irretroattività processuale caratterizzerebbe, nel corso del Principato, anche "le statuizioni senatorie ed imperiali, legate alla soluzione di fattispecie concrete", mentre soltanto a partire dalla fine del IV secolo le costituzioni imperiali avrebbero presentato quei caratteri di generalità ed astrattezza che avrebbero reso necessaria l'applicazione normale del principio di irretroattività sostanziale.

Se riflettiamo sull'evoluzione storica prospettata dal Brogginì alla luce di quanto abbiamo finora osservato, mi sembra si possa affermare che nella legislazione imperiale continuano a sussistere, ben al di là del IV secolo, interventi normativi con caratteristiche diverse ed in relazione ai quali, quindi, lo stesso principio di irretroattività si atteggia in modo diverso. Negli interventi giustiniani che abbiamo ricordato, mi sembra, infatti, che, proprio per le ragioni individuate dal Brogginì, l'imperatore continui ad operare, pur all'interno del nuovo sistema legale, alla stessa stregua del legislatore del Principato, che, nel risolvere il caso, sente come unico vincolo quello della irretroattività processuale, in quanto l'intervento viene presentato come corretta soluzione di un dubbio interpretativo riguardante una norma considerata già esistente.

Attraverso l'utilizzazione di una tecnica di produzione normativa che presenta ancora alcune delle caratteristiche dei modelli legislativi del Principato, Giustiniano, in quanto *conditor* ed insieme *interpres legum*, tenta di recuperare quindi, almeno in parte, al nuovo sistema la flessibilità e la capacità di modellare il diritto sul caso concreto, che caratterizzavano il sistema classico. Come abbiamo più volte osservato, questo tentativo non appare sostanzialmente riuscito, in quanto è ormai assente dai

nuovi scenari la giurisprudenza, cioè proprio la grande protagonista che nel mondo classico aveva assicurato la coerenza e l'armonica evoluzione del sistema. Nel nuovo sistema un compito analogo dovrebbe essere affidato allo stesso imperatore che, infatti, tenta di svolgerlo attraverso il ricorso a continui interventi normativi, tendenti a chiarire e a precisare il proprio pensiero per arginare i cavilli di operatori giudiziari che prendono ormai inesorabilmente spunto proprio dalla lettera della legge. Ma, come abbiamo posto in evidenza, sono proprio le nuove caratteristiche di un sistema legale ad impedire che il tentativo abbia successo: la proliferazione delle leggi moltiplica, infatti, la possibilità di appigli testuali per una pratica che argomenta in via pressoché esclusiva sul testo della legge ma che mostra capacità insospettite di piegare questo testo alle più disparate esigenze delle parti processuali.

Anche sotto questo profilo, alcuni dei testi che abbiamo già preso in considerazione possono essere considerati illuminanti. Ad esempio, in Nov. 155 Giustiniano afferma che il divieto di chiedere la *restitutio in integrum*, pur formulato in C. 2,41,2 come assoluto, non si applica nei confronti di una tal Auxentia, in quanto madre che ha assunto la tutela e che è passata a seconde nozze. Ebbene, da quel momento la prassi potrà trovare un ulteriore spunto ai suoi cavilli, potendo sostenere, secondo le convenienze di parte, che il divieto non si applica a tutte le madri che abbiano assunto la tutela o, al contrario, alle sole madri che siano passate a seconde nozze.

Ancor più evidente il caso di Nov. 159, in cui Giustiniano afferma che il limite di quattro generazioni o successioni, stabilito per il fedecommesso di famiglia, si dovrà applicare solo nelle ipotesi in cui, come nel caso prospettato all'imperatore, l'ultimo degli eredi ha acquistato da un impubere. Non appare, invero, difficile ipotizzare i problemi che, anche ad una prassi meno abituata al cavillo di quella bizantina, una simile formulazione avrebbe potuto generare nell'ipotesi in cui il limite delle quattro generazioni o successioni fosse stato superato ma nessuno degli eredi fosse morto impubere: solo un ulteriore intervento imperiale avrebbe potuto chiarire se ed entro quali limiti il fedecommesso producesse ancora effetti.

Giustiniano appare quindi, almeno in una certa misura, prigioniero del sistema da lui stesso creato, che in tanto può funzionare secondo le sue aspettative solo se e nella misura in cui l'imperatore si faccia carico d'intervenire in prima persona in relazione anche al minimo dubbio interpretativo. Compito impossibile questo, anche per un legislatore come Giustiniano, che pur continua a rimanere caparbiamente legato, almeno in una certa misura, al progetto che affondava le sue radici nella grande Compilazione, ma le cui certezze sembrano descrivere nel lungo arco del suo regno una significativa parabola. All'imperatore orgoglioso del suo operato e pronto ad intervenire anche là dove, come talvolta egli stesso rileva (vedi, ad esempio, Nov. 18,11; 54 praef.), non ve ne sarebbe stato a stretto rigore bisogno, si sostituisce, infatti, nel corso del tempo un imperatore stanco del lungo braccio di ferro con la prassi che continua a seguire le sue strade. In questa ottica deve leggersi anche, a mio avviso, l'emanazione della Nov. 125 (a. 543), con la quale si vieta il ricorso da parte dei giudici all'imperatore e che ha dato luogo, anche di recente, ad un vivace dibattito dottrinale.

Ma questa è un'altra storia, e ho già abusato troppo a lungo della vostra pazienza, per cui non mi resta che concludere con considerazioni analoghe a quelle che ebbi modo di formulare in occasione del convegno napoletano della SISD e che nella tormentata situazione politico istituzionale del nostro Paese, pur riferite ad un'esperienza assai lontana nel tempo, quale quella giustiniana, mi sembrano ancora di sconcertante attualità. Intendo riferirmi al problema dei rapporti fortemente dialettici e talvolta aspramente conflittuali che nel corso della storia del diritto del mondo occidentale si sono instaurati tra i detentori del potere legislativo e di governo e coloro che, a vario titolo, sono stati chiamati ad intervenire nei complessi processi attraverso i quali il progetto normativo trova pratica attuazione, divenendo diritto vivente. A seconda delle varie epoche storiche questo incontro – scontro si è certo caratterizzato per equilibri costituzionali diversi e per il conseguente impiego di armi differenti: ciò che mi preme sottolineare a conclusione del mio discorso è che anche in quei contesti storici in cui un legislatore, forte della sua legittimazione (divina o popolare), ha ritenuto di dover fissare le regole del gioco, cercando di ridurre al minimo, se non addirittura di eliminare, il campo d'azione della controparte, l'interprete è comunque riuscito a conservare una certa autonomia del suo ruolo, riaffermandone il carattere sostanzialmente creativo, anche se talvolta celato, come abbiamo visto, sotto la maschera del più formale ed ossequioso rispetto della volontà dello stesso legislatore.