

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LXIII
(2020)

Estratto



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXIII
(2020)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3755-4
ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto delle linee-guida delineate dal "Committee on Publication Ethics" per la pubblicazione di lavori scientifici e in aderenza al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annalisediminariogiuridicoaupa.it>.

Composizione: Carla Degiacomi - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
† Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, Matteo Marrone (13.10.1929 – 8.4.2020) 1

ARTICOLI

- M. BRUTTI, Le violenze politiche e il valore del passato. Un'ipotesi su Giulio Paolo 19
- R. CARDILLI, L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale 85
- P. CERAMI, D. 12.4.16 (Cels. 3 *dig.*). Una controversa fattispecie negoziale 105
- P. GARBARINO, 'Sistema' e compilazione giustiniana 149
- M.A. LIGIOS, CIL. IV, 9591: riflessioni in materia di impresa di navigazione e di prassi commerciale marittima 189
- S. PULIATTI, Profili della responsabilità dei funzionari in età tardoimperiale 231
- A.S. SCARCELLA, Natura ed effetti dell'*adoptio servi* 249
- F. ZUCCOTTI, Sul preteso valore di «*condemnatio*» piuttosto che di «*intentio*» della clausola formulare «*quidquid dare facere oportet*». Osservazioni sulla trattazione gaiana delle «*partes formularum*» 277

NOTE

- F. MUSUMECI, Sugli ἀπόλιδες menzionati in due frammenti dei *Digesta* 295
- S. PIETRINI, La legittimazione dei figli naturali per *subsequens matrimonium* in un provvedimento imperiale del V secolo 317
- F. TERRANOVA, A proposito di un testo di Arcadio Carisio in tema di *quaestio per tormenta de servis* (D. 48.18.10.2) 331

VARIE

- B.H. STOLTE, D. 50.16 *De verborum significatione* in Byzantium 349

PAOLO GARBARINO
(Università del Piemonte Orientale)

‘Sistema’ e compilazione giustiniana

ABSTRACT

In his fundamental studies on the ‘system’ and ‘structure’ of law, Mario G. Losano repudiates the idea that the concept of ‘system’ can be used to define the Justinian compilation. In this work, A. attempts to prove the contrary, by subjecting the compilation works, specifically the Institutes, the Digest and the Code, to an analysis aimed at showing that the requirements identified by Mario G. Losano are applicable to them, in order for there to be an ‘internal system’ and an ‘external system’, respectively.

PAROLE CHIAVE

Sistema; sistema interno; sistema esterno; compilazione giustiniana.

‘SISTEMA’ E COMPILAZIONE GIUSTINIANEA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. ‘Sistema esterno’ e ‘sistema interno’. Scopi e limiti della presente indagine. – 3. Alla ricerca del ‘sistema interno’. – 4. Il ‘sistema interno’ giustiniano e la concezione del diritto: Celso vs. Kelsen nel pensiero di Filippo Gallo. – 5. Alla ricerca del ‘sistema esterno’: le fonti. – 6. Alla ricerca del ‘sistema esterno’: i requisiti. – 7. Alla ricerca del ‘sistema esterno’: considerazioni conclusive.

1. PREMESSA.

L’*opus magnum* di Mario G. Losano su ‘sistema e struttura nel diritto’¹ è ricchissimo di spunti di riflessione anche per il romanista che sia interessato a comprendere i problemi sistematici posti dalle fonti del diritto romano. Dedico perciò volentieri all’amico e Maestro queste osservazioni sparse, che tanto devono a tale suo lavoro. Premetto che esula dalle mie competenze un approfondimento di tipo teorico (nella misura in cui esso sia scientificamente proponibile in merito alle fonti giuridiche romane), ma sono ben consapevole che il rigore del filosofo giova anche a chi tenta di ricostruire il passato. Vorrei semplicemente impiegare alcune categorie generali ed astratte, elaborate e analizzate da Mario G. Losano, per saggiare se esse siano utili al fine di comprendere meglio – o, almeno, per descrivere meglio – il *Corpus iuris* giustiniano.

Parto da una prima considerazione. È ben nota la difficoltà di rendere in latino il termine greco σύστημα: lo stesso Losano avverte che il vocabolo non trova riscontro nella lingua latina (tranne che nel campo della musica e della metrica), anche per la tendenza ad evitare astrazioni tipica dei Romani;² tuttavia, Egli osserva: «l’assenza del termine ‘sistema’ nel latino classico non significa necessariamente l’assenza del concetto»;³ peraltro, pone in dubbio che si possa impiegare il termine in relazione al *Corpus Iuris*: «il parlare di ‘sistema’ a proposito della disposizione della materia in una compilazione romanistica è perciò un uso moderno (anzi, quasi un abuso del termine), dovuto probabilmente anche all’eco delle dispute ottocentesche [...]. Nel *Corpus iuris*, infatti, si intrecciano il filone editale (nel *Codice* e nel

* Il presente saggio è stato elaborato nell’ambito di una ricerca finanziata con il contributo dell’Università del Piemonte Orientale – Dipartimento di Studi Umanistici (Fondi F.A.R. 2017). Una sua versione ridotta è destinata agli Studi in onore di Mario G. Losano, in corso di pubblicazione.

¹ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 voll., Milano 2002.

² M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, Milano 2002, 12; cfr. E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis lexicon*, s.v. *systema*: σύστημα, *compages, constructio*. *Solet in scientiarum studiis adhiberi pro ingeniose excogitata rerum dispositione*, *systema: quo sensu tamen deest nobis Latini scriptores exemplum. Transfertur ad explicanda genera multorum tonorum musicalium*; cfr. anche s.v. *systematicus: ad systema pertinens ... systematica (carminum species) autem, quae ex plurimis metris, neque ex uno versu aut eodem colo vel commate continentur*.

³ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 18.

Digesto), il filone gaiano (nelle *Istituzioni*) e – nei singoli passi inseriti nella compilazione – le testimonianze di varie correnti. Su questo magma interviene poi l'attività di compilatori, cui era estraneo l'odierno rispetto filologico del testo: gli *emblemata Triboniani* (cioè le interpolazioni) inseriscono modi di ragionare bizantini in contesti dell'epoca classica ...».⁴ Losano richiama in proposito anche il pensiero teologico del 1500, secondo cui lo stesso termine 'corpus', impiegato per designare la raccolta giustiniana, alluderebbe alla natura di *aggregatum* della compilazione, il che esclude che possa considerarsi 'sistema'.⁵ Giudizi simili sono presenti anche tra gli studiosi di diritto romano. Per esempio Francisco Cuena Boy, in uno studio⁶ che non ha specificamente per oggetto la compilazione, ma che si pone l'obiettivo di valutare la rintracciabilità dell'idea di sistema in momenti essenziali dell'esperienza giuridica romana (Cicerone, la giurisprudenza repubblicana, le *Istituzioni* di Gaio, la dialettica *ius civile – ius honorarium*), giunge a conclusioni sostanzialmente coincidenti con quelle di Losano; Cuena Boy sostiene che è «muy dudoso que en ninguna fase de su desarrollo se haya aproximado *ex natura sua* a la imagen cabal del sistema jurídico de la Teoría del derecho contemporánea». ⁷ Sul versante opposto, Lelio Lantella, intraprende un'indagine sulla sistematica nel discorso giuridico romano, intesa come 'sistemazione' dell'esperienza giuridica attuata dal lessico giuridico e dall'informazione giuridica nella loro totalità, nonché da ogni tipo sequenza nel discorso giuridico.⁸ Il lavoro di Lantella non ha, però, per oggetto la compilazione giustiniana in quanto tale, ma segue, per lo più, una prospettiva storica di lungo periodo che tende a rintracciare linee sistematiche che si dipanano da una fase antica sino a Giustiniano.⁹ In tal modo si possono individuare linee sistematiche che perdurano nel tempo e improntano di sé sia il linguaggio giuridico sia le opere della letteratura giuridica, giungendo sino al *Corpus iuris*, ma ciò non pare ancora provare che la compilazione giustiniana, in quanto tale, si possa considerare 'sistema': le suddette linee sistematiche, per la loro pluralità e il loro reciproco intrecciarsi, paiono anzi indirettamente confermare il giudizio sopra riportato di Mario G. Losano, secondo cui la compilazione, in quanto *aggregatum*, non è, strutturalmente, riconducibile all'idea, moderna, di 'sistema'.¹⁰

⁴ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 21.

⁵ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 37. Va però ricordato che l'impiego del termine 'corpus' per designare la compilazione non risale ai giustiniani, ma è di gran lunga a loro successivo; la denominazione *Corpus iuris civilis* è divenuta, infatti, usuale dall'edizione di Dionigi Gotofredo pubblicata con tale titolo a Ginevra nel 1583: in merito v., per tutti, G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino 1965⁵, 502.

⁶ F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander 1998.

⁷ F. CUENA BOY, *Sistema* cit., 145.

⁸ L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano. Repertorio di strumenti per una lettura ideologica*, Torino 1975; ne riferisce M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 21-25.

⁹ Per esempio, nell'ambito della 'sistematica come sequenza del discorso giuridico', L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico* cit., 223 ss., propone di individuare una macrosequenza – intesa come ordine «secondo cui sono disposte le più estese aggregazioni che sono rilevabili in un discorso» – fonti, diritto sostanziale, diritto processuale, che partirebbe dai *Tripertita* di Sesto Elio Peto Cato (console nel 198 a.C. e censore nel 194 a.C.), e giungerebbe alle *Istituzioni* di Giustiniano per il tramite di quelle di Gaio; per una più ampia disamina di questa ipotesi ricostruttiva, mi si consenta di rinviare a P. GARBARINO, *Sistema e sequenze: esempi giustiniani*, in S. MASUELLI, L. ZANDRINO (a cura di), *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della Giornata di Studi in onore del professor Lelio Lantella* (Torino, 22 marzo 2013), Napoli 2014, 241-262.

¹⁰ A mio parere, molto opportunamente F. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 133 ss., distingue tra il problema della 'disposizione' degli argomenti, proponendo di impie-

Ora, la posizione di Losano – che ho cercato di esporre inevitabilmente in modo riassuntivo, ma spero fedele – appare per un verso del tutto corretta, in quanto pone l’accento, come detto, sulla formazione alluvionale, per successive stratificazioni, del materiale confluito nel *Corpus iuris* e dello stesso *Corpus iuris* come insieme, dall’altro lato, però, non sembra cogliere in pieno, a mio giudizio, la natura, assai complessa (e in parte, in ogni caso, sfuggente) della compilazione giustiniana.¹¹ A me pare che si debba percorrere un’altra strada e prendere in esame la compilazione nell’ottica specificamente giustiniana, chiedendosi quali fossero gli scopi dell’imperatore e dei suoi collaboratori nel progettare e realizzare un’opera così complessa e articolata. Può forse essere superfluo precisarlo, ma la prospettiva è, ovviamente, assai diversa a seconda che si adotti tale punto di vista, oppure si consideri la compilazione come un mero contenitore di materiale giuridico, da cui trarre le fonti per ricostruire istituti e nozioni giuridiche nel loro percorso storico, dall’età arcaica sino a quella moderna, in linea, peraltro legittimamente, con la sua varia, alterna ed estesa fortuna, sia in Occidente sia in Oriente, fino ai giorni nostri. Se si prescinde dal momento storico in cui essa venne ideata e realizzata, non ha forse neppure troppo senso porsi la domanda se sia da considerare ‘sistema’: sembra, in tal caso, tutto sommato condivisibile il giudizio – che lo stesso Losano pare accettare – secondo cui la compilazione sia un *aggregatum* di natura magmatica, in cui si intrecciano vari, per così dire, ‘sistemi’ precedenti (in particolare quello editale, quello istituzionale, quello dei *Digesta* della giurisprudenza classica), senza assurgere alla dignità di ‘sistema’ essa stessa.¹² Nelle pagine che seguono tenterò, dunque, di verificare se il concetto di ‘sistema giuridico’ elaborato da Mario G. Losano, sia applicabile alla compilazione nella prospettiva, giustiniana, d’anzi precisata.

gare per designarla la parola ‘*dispositio*’, e le questioni ‘sistematiche’ o relative alla ‘sistematica’; per Orestano «l’idea di ‘sistema’ è infatti solo una delle soluzioni date modernamente, e sotto determinati presupposti, al ‘problema della disposizione’, che è un problema permanente, e quindi d’ogni tempo, qualunque idea si abbia del diritto e dei suoi contenuti» (*ivi*, 133); d’altro canto, sempre per Orestano, l’idea, moderna, di ‘sistema’ «vorrebbe consentire l’inquadramento e la trattazione di qualsiasi argomento giuridico in base a criteri astrattamente precostituiti o razionalmente determinabili» (*ivi*, 134). È chiaro che l’impostazione di Mario G. Losano appartiene a questa seconda declinazione; come cerco di spiegare anche nel testo, il tentativo di indagine che qui presento cerca di procedere tenendo strettamente conto delle coordinate teoriche da quest’ultimo proposte.

¹¹ Sulla compilazione giustiniana la letteratura è sterminata, mi limito a rinviare, per un’ottima sintesi, a R. BONINI, *Introduzione allo studio dell’età giustiniana*, Bologna 1985, 19-71 = (dir.) M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1979, 724-754; nell’ambito della romanistica è ormai un classico G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970. Quanto al Digesto, ricordo qui, per completezza, la teoria c.d. delle masse, presentata da Bluhme in un saggio del 1820; sul tema v., per tutti e in generale, R. BONINI, *Introduzione* cit., 34-42; nello specifico, cfr. D. MANTOVANI, *Digesto e masse Bluhmiane*, Milano 1987; T. HONORÉ, *Justinian’s Digest. Character and Compilation*, Oxford 2010; da ultimo, anche per il rinvio a ulteriore bibliogr., D. MANTOVANI, *Costantinopoli non è Bologna. La nascita del Digesto tra storiografia e storia*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, 105 ss. Neppure la teoria di Bluhme – che ha un concreto riscontro nel Digesto – può essere invocata a sostegno del carattere sistematico della compilazione: in primo luogo essa riguarda il solo Digesto e non anche il Codice, le Istituzioni e le Novelle; inoltre, la divisione in masse delle opere consultate e le correlative conseguenze nell’ordine dei frammenti all’interno di ciascun titolo, non si traducono in una scansione sistematica e predeterminata degli argomenti; quest’ultima, infatti, dipende in primo luogo dalla sistematica editale, che sta alla base dell’ordine degli argomenti contenuti nel Digesto; inoltre, sovraordinata alla sistematica editale, vi è, come vedremo *infra* nel testo, la suddivisione in sette parti dell’opera, progettata e attuata dai giustiniani.

¹² M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 21.

2. 'SISTEMA ESTERNO' E 'SISTEMA INTERNO'. SCOPI E LIMITI DELLA PRESENTE INDAGINE.

Occorre, a questo punto, introdurre una distinzione fondamentale, quella tra 'sistema esterno' e 'sistema interno'. Seguiamo sul punto – pur con inevitabili semplificazioni – Mario G. Losano, il quale precisa che il primo è «il sistema delle proposizioni scientifiche descrittive una certa realtà», mentre il secondo è «il sistema insito nella specifica materia, oggetto di una certa scienza».¹³ Quindi 'sistema esterno' ha il carattere della descrizione ed è proprio della scienza giuridica; esso è costituito dalla totalità delle «proposizioni giuridiche che descrivono un certo ordinamento giuridico», collegate da un nesso logico, di talché «gli elementi di cui è formato il sistema esterno sono proposizioni descrittive».¹⁴ Il 'sistema interno', invece, è formato dalla «totalità delle norme giuridiche di un certo ordinamento», collegate da un nesso «specificamente giuridico», di talché «gli elementi di cui è formato il sistema interno sono proposizioni prescrittive».¹⁵ Losano rileva come spesso nel linguaggio ordinario si tenda a confondere o, meglio, a non distinguere le due nozioni, le quali invece divergono quanto ai contenuti, anche se sono basate su un'omogeneità di fondo: individuano entrambe il fenomeno 'sistema', inteso genericamente come «una totalità coordinata di elementi».¹⁶ Questa ambiguità che caratterizza l'uso del termine 'sistema' e della correlativa nozione, può essere evitata – secondo Losano – sostituendo 'sistema esterno' con 'struttura come *terminus ad quem*' e 'sistema interno' con 'struttura come *terminus a quo*':¹⁷ nel primo caso «la struttura è il fine cui tende l'attività del giurista, per facilitare l'apprendimento o la comprensione della materia», nel secondo «è dalla struttura che prende le mosse l'attività del giurista».¹⁸ Per Losano la struttura è «il nesso che unisce i singoli elementi costitutivi d'uno di questi due sistemi»;¹⁹ riguarda perciò la relazione fra le cose. Per comprenderne meglio il significato, Losano usa la metafora della 'costruzione': «a livello di linguaggio ordinario, 'struttura' coincide con 'costruzione', 'coordinamento' ecc., e 'struttura come *terminus ad quem*' è la costruzione scientifica realizzata dal giurista, mentre 'struttura come *terminus a quo*' è l'edificio di norme da cui muove il giurista».²⁰ Continuiamo con questa metafora, a mio giudizio chiarificatrice anche per le considerazioni che poi faremo in ordine alla compilazione giustiniana: per Losano «alla base della nozione corrente di sistema esterno è il paragone inespresso fra il giurista e il costruttore che, unendo fra loro elementi diversi, innalza un edificio. Trasferito in campo giuridico, questo paragone rivela come il fautore della costruzione giuridica presupponga tacitamente che la realtà, oggetto della sua indagine, non presenti un ordine interno vincolante. Come il mucchio di mattoni ha una certa forma esteriore, ma può averne infinite altre, pur continuando ad essere un mucchio di mattoni, così le norme giuridiche si presentano al giurista in un ordine arbitrario, sul quale egli può liberamente intervenire».²¹

¹³ Per entrambe le citazioni, v. M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 168.

¹⁴ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 170.

¹⁵ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 170.

¹⁶ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 170.

¹⁷ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 171.

¹⁸ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 171.

¹⁹ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 168.

²⁰ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 171.

²¹ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 173.

Losano indica quali requisiti del sistema esterno la ‘coerenza’, la ‘completezza’, l’‘indipendenza’ e la ‘necessità’ (intesa come necessità «degli assiomi da cui si diparte il ragionamento logico»).²² L’analisi di questi requisiti è affrontata sul piano astratto della teoria generale, il che comporta che possano essere utilizzati per valutare un possibile, concreto ‘sistema’, solo con inevitabili adattamenti e scostamenti rispetto all’impostazione teorica. Con necessaria e, spero anche non imperdonabile, semplificazione, provo qui a riassumere il loro significato (sempre ai fini che mi sono prefisso). Per ‘coerenza’ si può intendere mancanza di contraddizioni (antinomie) all’interno del sistema; per ‘completezza’, la tendenziale esaustività e la consapevolezza del problema dell’esistenza di eventuali lacune, con la conseguente previsione delle modalità con cui esse possano essere superate; per ‘indipendenza’, l’inammissibilità della confusione tra proposizioni descrittive e proposizioni normative; per ‘necessità’, si intende la necessità di non mescolare proposizioni giuridiche con proposizioni di altre discipline, per esempio religiose o etiche.²³

Quanto al ‘sistema interno’ – o, secondo la proposta di denominazione losaniana, la ‘struttura come *terminus a quo*’ –, esso è «una struttura insita nell’oggetto studiato»,²⁴ sicché lo studioso ha il compito di scoprire e descrivere la struttura già data; dunque il sistema è, appunto, il ‘*terminus a quo*’. Anche in questo caso è efficace la metafora della costruzione: «il giurista che affronta il diritto positivo con la convinzione che al suo interno esista già un ordine, una struttura, cioè un sistema, opera non più come il muratore che combina secondo un suo piano i mattoni ammicchiati, bensì come l’archeologo, che dai confusi frammenti dissotterrati deve ricostruire un arco o un frontone preesistente. Il singolo frammento di edificio, in quest’ultimo caso, non ha più un valore autonomo, ma acquista senso e importanza dal suo inserimento in un piano che preesiste, questa volta, nella realtà stessa (e che l’archeologo deve soltanto “ripensare”). Fuori di metafora, nella concezione del sistema giuridico interno le singole norme giuridiche hanno significato in quanto parte d’una certa struttura, cioè di un sistema di relazioni fra norma e norma. Queste relazioni hanno però un carattere puramente formale...».²⁵ Il riferimento al carattere ‘puramente

²² M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., XXV.

²³ Giova riportare la sintesi dello stesso Losano, come sempre lucida ed esaustiva: «un sistema consta di *assiomi* (punti di partenza indiscussi) e di *teoremi* (conclusioni tratte dagli assiomi applicando la logica). I requisiti degli assiomi d’un sistema esterno sono la *coerenza*, la *completezza*, e l’*indipendenza*; qualcuno vi aggiunge anche la *necessità*. a) *Coerenza* significa che gli assiomi devono essere compatibili, cioè che non devono contraddirsi. Nel contesto giuridico, questo requisito esige che il sistema esterno giuridico non contenga *antinomie*. b) *Completezza* significa che dal sottoinsieme degli assiomi si possono dedurre tutti i teoremi del sistema e, simmetricamente, che non è ammissibile un teorema non deducibile da un assioma del sistema. La completezza si riferisce solo agli assiomi; non è invece necessario che da essi vengano definitivamente dedotti tutti i possibili teoremi... La completezza ha conseguenze importanti per il diritto: poiché i teoremi (proposizioni della scienza giuridica) devono descrivere solo ciò che è negli assiomi (norme giuridiche) del sistema, il requisito della completezza conduce al *positivismo giuridico*. Ma alla completezza teorica fa spesso riscontro l’incompletezza reale degli ordinamenti positivi: sorge così il problema delle *lacune* ... c) *Indipendenza degli assiomi* significa che ogni assioma non deve essere deducibile da un altro assioma. Si tratta di un corollario della definizione di assioma: un assioma deducibile da un assioma è infatti un teorema. d) *Necessità* degli assiomi significa che essi devono essere i soli necessari per dedurre il sottoinsieme dei teoremi. Nel diritto questo requisito (più estetico che logico) esprime però l’esigenza di non mescolare assiomi diversi, per esempio quelli giuridici con quelli religiosi o ideologici» (M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 195).

²⁴ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, II, Milano 2002, 2.

²⁵ M.G. LOSANO, *Sistema*, II cit., 5.

formale' delle relazioni tra le norme comporta poi che, per Losano, il pensiero di Hans Kelsen sia «l'esempio più tipico di tentativo di individuare un sistema interno al diritto».²⁶

Con la breve, e certo incompleta, sintesi sopra delineata della ben più ampia riflessione di Losano su 'sistema' e 'struttura' nel diritto, ho cercato di fissare alcune coordinate generali, in base alle quali tentare un'analisi della compilazione giustiniana alla luce dei concetti richiamati. Lo scopo, come già detto, è di saggiare l'esattezza e la condivisibilità dell'affermazione secondo cui non sarebbe possibile parlare per essa di 'sistema', trattandosi – come riportato – di un 'aggregatum' o, anche, di un 'magma' privo, dunque, dei caratteri necessari per assurgere a 'sistema'. È forse superfluo aggiungere ancora che non si ha qui la pretesa di affrontare il tema con un approccio teorico/filosofico. D'altronde sarebbe ingenuo pensare di sottoporre la compilazione giustiniana a un esame puramente astratto – basato, per esempio, sugli stringenti requisiti della moderna logica formale – figlia, come essa è, di un ben preciso momento storico e oggetto di una secolare opera interpretativa e applicativa. Credo però che chiedersi se e in che senso possa essere considerata un 'sistema', sia una domanda utile per comprenderne meglio 'struttura' e 'funzione' e per tentare di rispondere almeno a qualcuno dei tanti interrogativi che essa ancora pone.

3. ALLA RICERCA DEL 'SISTEMA INTERNO'.

La teoria kelseniana della dottrina pura del diritto, in base alla quale la validità delle singole norme giuridiche è fondata sull'unica 'norma fondamentale' di ogni ordinamento giuridico, è utilizzabile anche per comprendere un'esperienza giuridica antica come quella giustiniana? O tentare un'operazione di questo genere comporta un anacronismo illogico, posto che la teoria di Kelsen è stata elaborata in una realtà storica moderna (ormai non più vicinissima nel tempo, ma, sul punto, non mi pare che nella contemporaneità vi siano stati mutamenti davvero significativi), nella quale, per esempio – e a tacer d'altro – è ben radicata l'idea astratta di 'stato', diversamente dal mondo antico, in cui la comunità politica – anche, per molti versi, l'impero tardoantico – sembra avere struttura e funzioni non confrontabili con lo stato moderno? La complessità di questo problema consente, in questa sede, di tentare di dare una risposta che tenga conto soltanto delle coordinate teoriche essenziali elaborate dallo stesso Kelsen, per vagliare se alla luce di esse si possa comunque parlare della presenza di un 'sistema interno', sotteso o, comunque, coincidente con la compilazione giustiniana. Non si tratta, perciò, di valutare l'intrinseca efficacia e congruità di tali coordinate al fine di descrivere e/o definire il diritto antico, nella specie, giustiniano (o, anche, il diritto tout court), bensì, più semplicemente, di applicarle a quest'ultimo, in modo da chiarire se esso abbia caratteristiche tali da rientrare nei parametri elaborati e proposti da Hans Kelsen, così da integrare un 'sistema interno' secondo la prospettiva di Mario G. Losano.

Possiamo partire dalla constatazione che, come è ben noto, Kelsen riteneva che la sua 'reine Rechtslehre', data la sua astrattezza, prescindesse per definizione da qualsiasi contesto storico e quindi potesse/dovesse essere applicabile a qualsiasi esperienza giuridica. Ai nostri fini una significativa riconferma di questa convinzione – o impostazione – kelseniana può essere riscontrata in un esempio, con il quale Kelsen intende meglio spiegare il significato della norma fondamentale:

«Il significato della norma fondamentale è specialmente chiaro nel caso in cui un or-

²⁶ M.G. LOSANO, *Sistema*, II cit., 37.

dinamento giuridico non viene mutato per via legale, ma viene sostituito con un ordinamento nuovo per mezzo di una rivoluzione; analogamente l'essenza del diritto e la comunità da questa costituita si presentano nel modo più chiaro quando è posta in questione la loro esistenza. In uno stato monarchico un gruppo di uomini tenta, mediante un brusco rovesciamento, di porsi al posto del governo legittimo e di cambiare il governo, finora monarchico, in repubblicano. Se ciò riesce, cioè se cessa l'ordinamento antico e comincia ad avere efficacia il nuovo, nel momento in cui l'effettivo comportamento degli uomini (per i quali l'ordinamento ha pretesa di validità) non corrisponde più all'antico, ma in generale al nuovo, ci si comporta allora con questo come con un ordinamento giuridico, cioè si concepiscono gli atti compiuti in esecuzione di questo come atti giuridici e fatti che lo ledono come violazione di diritto. Si presuppone allora una nuova norma fondamentale, non più quella che delega come autorità legislatrice il monarca, ma quella che delega invece il regime rivoluzionario. Se al contrario questo tentativo fallisse, perché il nuovo ordinamento istituito rimane inefficace, e non gli corrisponde l'effettivo comportamento dei destinatari delle norme, allora l'atto che si è compiuto non dev'essere considerato come prolungazione di una costituzione, ma come reato di alto tradimento; non come posizione del diritto, ma come violazione del diritto e, beninteso, del vecchio ordinamento la cui validità presuppone la norma fondamentale che delega il monarca come autorità creatrice del diritto».²⁷

Ho voluto riportare questa lunga citazione, sia come riprova, ovvia, del fatto che per Kelsen la sua teoria era applicabile a ogni esperienza giuridica, a prescindere dalla sua collocazione nel presente o nel passato, sia perché mi pare che l'esempio ben si addica all'età giustiniana, ove un tentativo di rivoluzione vi fu (certo non per instaurare una forma di governo repubblicano), tentativo che fallì con la conseguenza, appunto, che i suoi promotori furono condannati per alto tradimento (per *crimen maiestatis*).²⁸ Il passo è rilevante, anche perché menziona «il monarca come autorità creatrice del diritto», con il che Kelsen sembra voler sostenere che nei governi monarchici in cui vige l'assolutismo, la *Grundnorm* è da identificarsi nello stesso monarca in quanto 'autorità creatrice del diritto'.

Senza voler approfondire la questione sul piano strettamente teorico (il che non sarei in grado di fare), mi limito a prendere lo spunto dal passo di Kelsen citato in precedenza per tentare di verificare se l'equivalenza sopra evidenziata (*Grundnorm* = monarca), sia valida anche per l'esperienza storico-giuridica giustiniana, con particolare riferimento alla compilazione.

In primo luogo sembra del tutto ovvio che le opere che costituiscono la compilazione abbiano contenuto giuridico, o, meglio, abbiano contenuto normativo, con il che non si può escludere a priori la loro eventuale riconducibilità alla teoria kelseniana. È bensì vero che, talora, alcuni tratti non sembrano propriamente appartenere alla categoria della norma giuridica, così come noi la conosciamo (penso, in particolare e in via esemplificativa, alla parentesi storica costituita dall'Enchiridion di Pomponio ripreso nel Digesto), così come l'impostazione casistica delle opere giurisprudenziali è lontana dal modello di 'norma' che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (il che in linea di principio potrebbe

²⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. di R. TREVES, Torino 1970, 99 s.

²⁸ Mi riferisco, com'è ovvio, alla rivolta c.d. della Nika, descritta soprattutto da Procopio, *B. Pers.*, 1.24; in merito, anche per il rinvio ad altre fonti, v., per tutti, P. MARAVAL, *Giustiniano. Il sogno di un impero cristiano universale*, tr. it., Palermo 2017, 147 ss.; per un'interpretazione che pone in luce i sottesi aspetti politico-costituzionali della rivolta, v. C. GIZEWSKI, *Zur Normativität und Struktur der Verfassungverhältnisse in der späteren römischen Kaiserzeit*, München 1988, 148 ss. e *passim*.

far sorgere dei problemi in merito alla qualificazione della compilazione come ‘sistema interno’), ma è altrettanto vero che la volontà giustiniana era quella di raggruppare nelle varie parti della compilazione tutto il diritto vigente, indipendentemente dalle caratteristiche formali e intrinseche con le quali si presentava il materiale normativo. Tale volontà emerge in maniera trasparente nella decisione di dare valore di costituzione imperiale alle Istituzioni giustiniane, che sono, di conseguenza, al tempo stesso manuale di insegnamento (il che giustifica la presenza in esse di nozioni storiche) e norma giuridica imperiale. Lo afferma esplicitamente la costituzione *Imperatoriam* con cui il 21 novembre del 533 sono pubblicate, prima ancora del Digesto: si leggano in proposito questi due tratti della costituzione:

3. (...) *ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis, accipiant, et quod in priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat.*

6. *Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt, et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*

Al di là dell'intervento personale di Giustiniano, che esplicitamente dichiara di aver letto ed esaminato con attenzione quella che noi potremmo definire la bozza dell'opera, è rilevante che qui l'imperatore dichiara di aver espressamente voluto dare piena forza di costituzione (*plenissimum nostrarum constitutionum robur*) al manuale approntato dai suoi tre collaboratori, sicché gli studenti di giurisprudenza potranno iniziare il loro corso universitario apprendendo dalla *vox principalis*, per così dire dall'eloquio stesso dell'imperatore, i *prima legum cunabula*, così come chiuderanno il loro corso con lo studio del Codice, dunque delle costituzioni imperiali. Il carattere di costituzione imperiale attribuito alle Istituzioni²⁹ (indipendentemente dalla forma del discorso in larga parte descrittiva e non precettiva) ne sancisce indubbiamente il valore normativo, alla stregua di qualsiasi altra costituzione emanata da Giustiniano stesso o dai precedenti imperatori.

È altrettanto significativo che la stessa scelta sia adottata per il Digesto: la costituzione *Tanta/Δέδωκεν*, con cui l'opera viene emanata, afferma che tutto il contenuto della raccolta – con le modifiche e gli adattamenti in essa inseriti – è da considerarsi come proveniente direttamente dalla volontà imperiale (*Tanta/Δέδωκεν*, 10 ... *ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum...*). Di conseguenza i frammenti raccolti – pur mantenendo, per rispetto nei confronti degli antichi, l'attribuzione al giurista che ne era stato autore³⁰ – sono definiti *leges* ed è espressamente stabilita la loro equiparazione alle costituzioni imperiali e, conseguentemente, la loro pari efficacia normativa, diversamente da quanto accadeva prima con la legge delle citazioni.³¹

²⁹ Cfr. anche c. *Tanta/ Δέδωκεν*, 11 *in fine*.

³⁰ Cfr. c. *Tanta/ Δέδωκεν*, 10.

³¹ Cfr. CTh. 1.4.3: (...) *Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus.*

Tantal/Δέδωκεν 20: *Cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*

Il termine *lex* è, dunque, impiegato nel linguaggio giuridico giustiniano per indicare in maniera indifferenziata tutte le norme contenute nella compilazione, siano esse effettivamente di origine imperiale, siano esse di origine giurisprudenziale. Esempari, in proposito, sono le frasi conclusive sempre della costituzione *Tantal/Δέδωκεν*:

23. *Leges autem nostras, quae in his codicibus, id est institutionum seu elementorum et digestorum vel pandectarum posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu, praesentis duodecimae indictionis tertio kalendas ianuarias, in omne aevum valituras et una cum nostris constitutionibus pollentes et suum vigorem in iudiciis ostendentes in omnibus causis, sive quae postea emergerint sive in iudiciis adhuc pendent nec eas iudicialis vel amicalis forma compercutit (...). Bene autem properavimus in tertium nostrum consulatum et has leges edere, quia maximi dei et domini nostri Ihesu Christi auxilium felicissimum eum nostrae rei publicae donavit, cum in hunc et bella Parthica abolita sunt et quieti perpetuae tradita, et tertia pars mundi nobis adcrevit (post Europam enim et Asiam et tota Libya nostro imperio adiuncta est) et tanto operi legum caput impositum est, omnia caelestia dona nostro tertio consulatui indulta.* 24. *Itaque omnes iudices nostri pro sua iurisdictione eisdem leges suscipiant et tam in suis iudiciis quam in hac regia urbe habeant et proponant...*

Ora, il termine *lex/leges* indica, in età giustiniana e in questo contesto, la norma giuridica in quanto emanata dal sovrano, in un’ottica di ovvia applicazione dell’assolutismo imperiale nell’ambito di un sistema di governo che riservava all’imperatore la funzione di unico creatore del diritto (ed anzi di unico creatore e interprete del diritto),³² sicché ai sudditi era lasciata la mera applicazione del diritto vigente, stabilito appunto dall’imperatore stesso, senza alcuno spazio al riconoscimento di una loro eventuale partecipazione alla formazione dello stesso, sia pure solo nel campo residuale della consuetudine (Giustiniano avrebbe limitato, a quel che sembra, l’efficacia della consuetudine solo ai casi di *consuetudo secundum legem*).³³ I passi sopra richiamati della costituzione *Tantal/Δέδωκεν* testimoniano

³² Cfr. C. 1.14.12 (a. 529), su cui, anche per ulteriori richiami a dottrina e fonti, P. GARBARINO, *Note su C. 1.14.12 e il Novus Codex*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, III, Tricase 2016, 247 ss.

³³ Così, F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della compilazione*, Torino 1993, 217 ss.; decisiva in proposito sarebbe l’interpolazione con cui i giustiniani, accogliendo nel *Codex* una costituzione di Costantino del 319, C. 8.52 (53).2, avrebbero affiancato la *lex* alla *ratio* come limite di efficacia della consuetudine (*Consuetudinis usque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*): cfr. F. GALLO, *Interpretazione e formazione* cit., 203 ss. Il dato è però discusso: cfr., in merito, la sintesi di F. GORIA, *La teoria della consuetudine nell’Ecloga Basilicorum (sec. XII)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, 161 ss. (ora in *Diritto romano d’Oriente. Scritti scelti di Fausto Goria*, Alessandria 2016, 619 ss., da cui cito), che in proposito osserva: «Per verità una simile conclusione [i. e. che in età giustiniana si potesse ricorrere alla consuetudine solo se espressamente richiamata dalla legge o riconosciuta come vincolante dall’imperatore], pur se poteva apparire il logico sbocco di alcune prese di posizione della cancelleria imperiale, non è mai tratta esplicitamente dalle nostre fonti ed è improbabile che si fosse imposta nella pratica» (ivi, 161 = 620). D’altro canto, anche se Giustiniano avesse ammesso la *consuetudo praeter legem*, o, addirittura, quella *contra legem*, non verrebbe, a mio giudizio,

della riconduzione di tutto il diritto stratificato nei secoli, di matrice non esclusivamente imperiale ma anzi, peculiarmente, giurisprudenziale, alla *voluntas* imperiale, che lo sussume in sé dando ad esso valore di *lex*, nella forma risultante dal lavoro di spoglio e di adattamento affidato ai compilatori.

Si tratta, com'è ovvio, di una diretta conseguenza e applicazione del principio autocratico su cui si basava il potere dell'imperatore. Non interessa qui rimarcare la giustificazione che si dava di tale principio, cioè se esso si basasse su un mandato del popolo – sia pure risalente nella storia – o su una investitura divina (nella compilazione si trovano entrambe queste giustificazioni, ma, a mio parere, per Giustiniano era la seconda che prevaleva, essendo la prima una semplice memoria storica),³⁴ preme piuttosto ricordare l'affermazione contenuta nelle fonti giuridiche secondo cui *quod principi placuit legis habet vigorem* (giustificata dall'aver l'imperatore ricevuto il potere dal popolo)³⁵ o, nella dimensione dell'origine divina del potere, quella che asserisce che Dio ha inviato agli uomini l'imperatore come legge animata, sottoponendo così le leggi all'imperatore medesimo (o, meglio, alla *imperatoris fortuna*).³⁶ Sulla base di queste due asserzioni, compresenti, come s'è detto, nella compilazione giustiniana, Francesco De Martino ha osservato: «Queste solenni dichiarazioni non possono essere intese nel senso che la volontà dell'imperatore era legge, ma nel senso più pregnante e concreto che essa era fonte della legge e che perciò l'ordinamento giuridico dipendeva tutto dal sovrano», con la conseguenza, tuttavia, che «una volta posta in essere la legge essa esisteva e perciò anche l'imperatore doveva osservarla».³⁷ Si tratta di una interpretazione che mi sembra assai rilevante ai nostri fini: se la volontà dell'imperatore è fonte della legge, anzi unica fonte della legge, ne risulta che le norme giuridiche sono tali, hanno cioè il carattere della cogenza, in tanto in quanto siano diretta emanazione della volontà imperiale (come le costituzioni, ivi comprese le Novelle, che nel *Corpus Iuris* hanno una posizione a sé stante) o siano comunque da essa fatte proprie, come accade per le fonti di origine giurisprudenziale proprio con il Digesto e con le Istituzioni. Si può qui

posta in discussione l'impostazione kelseniana che individua nel sovrano la *Grundnorm* che regge il 'sistema' normativo: la norma consuetudinaria è valida ed efficace in tanto in quanto ammessa come fonte del diritto dal sovrano e tale riconoscimento può estendersi fino al punto di ammettere la stessa abrogazione per via consuetudinaria di una norma di diritto scritto: cfr. H. KELSEN, *Lineamenti* cit., 104.

³⁴ Cfr. P. GARBARINO, 'Lex de imperio' o 'Deo auctore'? *Giustiniano e il fondamento del potere imperiale*, in *Legal Roots* 7, 2018, 237-271.

³⁵ D. 1.4.1. pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*, frase ripresa anche dalle Istituzioni giustinianee (I. 1.2.6), con il verbo *conferat* significativamente volto al passato (*concessit*); cfr. c. *Deo auctore*, 7.

³⁶ Nov. 105.2.4: Πάντων δὲ δὴ τῶν εἰρημένων ἡμῖν ἢ βασιλέως ἐξήρησθω τύχη, ἢ γε καὶ αὐτοὺς ὁ θεὸς τοὺς νόμους ὑπέθηκε νόμον αὐτῆν ἔμψυχον καταπέμψας ἀνθρώποις (trad. Auth. *Omnibus enim a nobis dictis imperatoris excipitur fortuna, cui et ipsas deus leges subiecit, legem animatam eum mittens hominibus*).

³⁷ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1975², 222; si apre qui il tema della c.d. *solutio legibus* dell'imperatore, che non è possibile approfondire in questa sede: in merito v., per tutti, F. GALLO, *Per il riesame di una tesi fortunata sulla "solutio legibus"*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli 1984, 651 ss. [ora in F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula Selecta*, Padova 1999, 317 ss.]; noto soltanto che nella compilazione è presente sia l'affermazione che l'imperatore è *legibus solutus* (v., in particolare, Ulp. 13 *ad l. Iuliam et Papiam* D. 1.3.31, sia l'affermazione, contraria, che egli ne è sottoposto (v., spec., C. 1.14.4 del 429, su cui, da ultimo, G. PURPURA, *La compilazione del Codice Teodosiano e la Lex Digna*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, V, Milano 2010, 163 ss.).

intravedere uno schema che può essere accostato a quello kelseniano della dottrina pura del diritto, sopra richiamato, che pone la Grundnorm come fondamento della validità delle norme giuridiche: significativa, in proposito, la seguente asserzione di Hans Kelsen: «Una pluralità di norme forma un’unità, un sistema, un ordinamento quando la sua validità può essere ricondotta a un’unica norma come fondamento ultimo di questa validità. Questa norma fondamentale (*Grundnorm*), come fonte comune, costituisce l’unità nella pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento. L’appartenenza di una norma a un determinato ordinamento dipende solo dal fatto che la sua validità possa essere ricondotta alla norma fondamentale che costituisce questo ordinamento».³⁸

Si può perciò concludere che la compilazione giustiniana può essere considerata espressione di un ‘sistema interno’, nel senso losaniano della locuzione, se si seguono i parametri essenziali della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen. In proposito sono, a mio giudizio, due i punti di vista principali:

- la compilazione è coerente con un ‘sistema’ giuridico interno costruito a partire dall’idea che l’imperatore sia unico creatore e interprete del diritto, di talché la *voluntas* imperiale funge da Grundnorm del ‘sistema’ stesso;

- la compilazione è testimonianza e, insieme, attuazione di tale ‘sistema’, perché è ideata, ordinata e realizzata sulla base di tale presupposto, tanto che la varietà di fonti in essa raccolte (varietà che sta certamente alla base del giudizio di *aggregatum* asistemico di cui è stata oggetto), sono ricondotte tutte alla *voluntas* imperiale e sono considerate formalmente espressione di tale *voluntas*, con la conseguenza che la loro valenza normativa è fatta dipendere in via esclusiva dalla *voluntas* imperiale stessa, superando in tal modo, sul piano formale, la molteplicità e varietà anche storica delle fonti selezionate e raccolte.

4. IL ‘SISTEMA INTERNO’ GIUSTINIANO E LA CONCEZIONE DEL DIRITTO: CELSO VS. KELSEN NEL PENSIERO DI FILIPPO GALLO.

Nell’ambito degli studi romanistici l’accostamento tra sistema giuridico giustiniano e reine Rechtslehre kelseniana non è una novità. Esso, in particolare, è stato prospettato da Filippo Gallo nell’ambito dei suoi studi volti a proporre una generale «rifondazione della scienza giuridica»³⁹ tramite il recupero dell’«eredità perduta del diritto romano».⁴⁰ Per il compianto Maestro il nucleo essenziale di tale ‘eredità perduta’ è espresso, in maniera sintetica ed essenziale ma efficace, nella famosa definizione del diritto di Celso, *ius est ars boni et aequi*, riferita nel passo ulpiano con cui i giustiniani danno inizio al Digesto (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.pr.).⁴¹

³⁸ H. KELSEN, *Lineamenti* cit., 95.

³⁹ È il sottotitolo dell’opera a cui faccio qui riferimento: F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010; segno dell’interesse destato dal libro sono, tra l’altro, la traduzione cinese, pubblicata nel 2012 (*Fa Lu Ke Xue de Chong Xing Jiang Gou. Chong fie Er Shu Dao Ka Er Seng*, a cura di L. ZHANG, Beijing 2012) e quella spagnola, pubblicata nel 2015: F. GALLO, *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*, Buenos Aires 2015).

⁴⁰ Cfr. F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit., 21 ss.; v., anche, F. GALLO, *L’eredità perduta del diritto romano*, in *Index* 40, 2012, 533 ss.

⁴¹ *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* La prima analisi della definizione celsina nell’opera del Maestro torinese risale al 1987: F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, SDHI 53, 1987, 7 ss. (= *Opuscula selecta* cit., 553 ss.); per ulteriori approfondimenti che si dipartono da questa prima ricerca, v., per es., F. GAL-

Gallo interpreta in maniera innovativa la riferita definizione celsina di *ius* (ritenendo, tra l'altro, che essa sia una definizione reale e non nominale, come talora postulato in dottrina), ponendo in luce, da un lato, l'attributo dell'artificialità del diritto (il diritto in quanto *ars*) che essa dovrebbe delineare, e, dall'altro lato, il fatto che Celso – secondo Gallo – definisca il *ius* non come insieme di norme giuridiche, ma, in estrema sintesi, come metodo di produzione di norme giuridiche che abbiano un contenuto corrispondente al *bonum et aequum*, a razionalità ed eguaglianza proporzionale.⁴² Una definizione di diritto che enfatizzi nel *definiens*, come elemento essenziale del *definiendum* (*ius*), la prospettiva della produzione del diritto anziché soltanto il prodotto ottenuto (e cioè la norma giuridica o, al più, l'insieme di norme che costituiscono, come si dice comunemente oggi, l'ordinamento giuridico), è, per Gallo, in profonda antitesi con le moderne concezioni del fenomeno giuridico, le quali, in larghissima parte costruite sul concetto di normatività del diritto, censurano, di conseguenza, l'elemento essenziale della produzione dello stesso; esse non tengono conto perciò della 'causa' del diritto, vedendo solo l'effetto che esso produce, vale a dire la norma. In questo modo Filippo Gallo individua, appunto, un'eredità perduta del diritto romano, che è riproposta come chiave per una rifondazione della stessa scienza giuridica e, nello stesso tempo, come schema alternativo a una formazione soltanto autoritativa del diritto: per Gallo occorrerebbe muoversi nel senso di ridimensionare la formazione 'verticale' delle norme (che vede protagonista assoluto il legislatore che le cala dall'alto) per recuperare una modalità di formazione 'orizzontale', che veda il riconoscimento di una partecipazione alla produzione del diritto diffusa nel tessuto sociale. Se si vuole ragionare in termini romanistici, si potrebbe parlare di una riappropriazione da parte del *populus* del contenuto della delega al legislatore (a Roma l'imperatore) del potere di porre nuove norme, delega che è tuttora sottostante ai sistemi parlamentari che caratterizzano tutte le democrazie. Si tratta di una proposta forse utopica,⁴³ ma che ha l'indubbio merito di valorizzare l'esperienza giuridica romana relativa alla formazione extrautoritativa del diritto, considerandola come uno schema fecondo e attuale, i cui meccanismi – pur a distanza di tanti secoli – potrebbero condurre a ripensare, o, meglio, a rifondare il modo stesso di concepire il diritto e di interpretarlo.⁴⁴

Ora, per Gallo la cesura, mai più ricomposta, tra la concezione romana del diritto, di matrice extrautoritativa (per l'appunto sintetizzata, a suo giudizio, dalla definizione celsi-

LO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Diritto@Storia* 7, 2008 (= a cura di A. TRISCIUOGGIO, *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), Napoli 2009, 83 ss.); *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 631 ss.; *Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'*, in *TSDP* 8, 2015, 1 ss. (= a cura di L. GAROFALO, *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 249 ss.).

⁴² V. in merito l'analisi, nello stesso tempo acuta e partecipe, di L. LANTELLA, *Ars boni et aequi. Ricordo di Filippo Gallo*, in Roma e America. *Diritto romano comune* 40, 2019, 481 ss.; cfr. ID., *Per una sintesi del pensiero del Professor Gallo in tema di definizione celsina del diritto*, in F. GORIA, R. WEIGMANN (a cura di), *Due maestri del diritto. Filippo Carlo Gallo e Gastone Cottino*, Torino 2016, 47 ss.; per una recentissima approfondita critica all'interpretazione che Gallo dà della definizione celsina, v. P. CERAMI, *'Ius est ars boni et aequi'. Un riesame della definizione celsina*, in *AUPA* 62, 2019, 37ss.

⁴³ L. LANTELLA, *Ars boni et aequi* cit., 488 s., ritiene che la ricerca di Filippo Gallo sia «importante e coraggiosa: importante, perché tesa a recuperare presenza e senso (culturale e istituzionale) a fondamenti pericolosamente rimossi; coraggiosa, perché in contrasto radicale con un granitico e diffuso sentire».

⁴⁴ Le considerazioni che precedono riprendono, in parte, quanto espongono in uno scritto in memoria del Maestro in corso di pubblicazione in *Diritto@Storia* 17, 2019.

na, ovviamente nell’interpretazione che Egli ne dà)⁴⁵ e quella odierna, di stampo normativistico, è da collocarsi nell’esperienza antica: essa è una diretta conseguenza del progressivo accentramento del potere nelle mani dell’imperatore e ha la sua realizzazione più compiuta e consapevole nell’età giustiniana. La concezione assolutistica del diritto di Giustiniano, così come si palesa in modo coerente sia in numerose espresse affermazioni contenute nella sua legislazione, sia nella stessa realizzazione e nelle stesse finalità del *Corpus iuris*, si pone in opposizione con la tradizione storico-giuridica che affondava le sue radici nella sovranità popolare e, sul piano delle fonti, nel riconoscimento della partecipazione collettiva alla produzione del diritto sia tramite le *leges* approvate *suffragio*, sia, *rebus ipsis et factis*,⁴⁶ tramite la formazione consuetudinaria nella sua peculiare declinazione romana della *receptio moribus*.⁴⁷ Secondo Filippo Gallo, Giustiniano era perfettamente consapevole di aver reciso il legame – in modo definitivo, come mostrerà la storia successiva – con la suddetta tradizione, così da dichiarare di aver posto in essere, realizzando la compilazione, una vera e propria *legum permutatio*,⁴⁸ con la conseguenza, perseguita e dichiarata, di concentrare il potere di creare e interpretare il diritto nella sola figura dell’imperatore. Le conseguenze di tale scelta giustiniana giungono, per Gallo, fino ai nostri giorni e giustificano pienamente la comparazione tra la dottrina pura del diritto e la suddetta *legum doctrina* giustiniana; la prima, anzi, può essere messa utilmente in relazione con la seconda, proprio perché, pur a distanza di secoli, ne condivide la stessa impostazione concettuale di fondo. Per Gallo «i cardini della dottrina pura del diritto possono così riassumersi: essa ha come unico ed esclusivo oggetto il diritto, configurato come sistema di norme, e ne persegue esclusivamente la conoscenza, con radicale esclusione di ogni valutazione, che ne comprometterebbe la purezza».⁴⁹ Il confronto con Giustiniano è, a suo giudizio, assai significativo: «i due cardini [suddetti] affondano la loro radice nella *legum doctrina* giustiniana, secondo cui i soli testi, ad un tempo legislativi e scolastici, dei quali potevano e dovevano servirsi i professori di diritto nell’insegnamento (il solo compito ad essi spettante), come pure i giudici e i funzionari imperiali, nell’esercizio delle rispettive funzioni, erano le raccolte apprestate dall’imperatore e le nuove *leges* da lui emanate, delle quali era richiesta e alle quali era circoscritta la conoscenza ..., con la rigida preclusione di ogni

⁴⁵ Interpretazione non da tutti accolta: cfr. P. CERAMI, *Ius est ars boni et aequi*, cit., 52 ss.

⁴⁶ Il riferimento testuale è al pensiero di Giuliano, tramandato in *Giul. 84 dig. D. 1.3.32*, oggetto di reiterate analisi da parte del Maestro: v. F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1,3,32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?*, in *BIDR* 104-105 (1991-1992), 1 ss.; ID., *Interpretazione e formazione* cit., 55 ss.

⁴⁷ Fondamentale, in proposito, il capitolo III (significativamente intitolato «L’interpretazione-recezione come fenomeno unitario: esplicazioni concrete e limiti») del menzionato libro sull’interpretazione e la formazione consuetudinaria: F. GALLO, *Interpretazione e formazione* cit., 81 ss.

⁴⁸ L’espressione è contenuta in c. *Omnem*, 11: *Incipite igitur legum doctrinam eis dei gubernatione tradere et viam aperire quam nos invenimus, quatenus fiant optimi iustitiae et rei publicae ministri et vos maximum decus in omne saeculum sequatur: quis vestris temporibus talis legum inventa est permutatio, qualem et apud Homerum patrem omnis virtutis Glaucus et Diomedes inter se faciunt dissimilia permutantes: χρῦσsea χαλκείων, ἐκατόμβοια ἐννεαβοίωv*; v. F. GALLO, *La legum permutatio giustiniana: rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione. Introduzione al tema*, in P.-I. CARVAJAL, M. MIGLIETTA (a cura di), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, II, Alessandria 2011, 527 ss.; ID., *Celso e Kelsen* cit., 2 ss.; cfr. M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la ‘legum permutatio’ giustiniana*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 3 ss.

⁴⁹ F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit., 96.

attività valutativa, ritenuta una sorta di sacrilegio». ⁵⁰ Se pure vi è una differenza tra la *legum doctrina* giustiniana e la dottrina kelseniana, consistente nel fatto che l'elaborazione dottrinale è inclusa dalla prima nel sistema delle *leges*, mentre per la seconda essa è estranea al sistema normativo, tuttavia, per Filippo Gallo, l'impostazione di fondo delle due *doctrinae* è sovrapponibile: «nell'insieme la dottrina pura del diritto riproduce l'impostazione assolutistica della *legum doctrina* giustiniana, secondo cui era preclusa a tutti, salvo che all'imperatore, la valutazione del diritto e l'imperatore non incontrava limiti nel porlo e nell'elaborarlo. Nella dottrina kelseniana si rinvergono, infatti, sia l'esclusione della valutazione del diritto, sia il potere, riconosciuto al legislatore, di prescrivere legittimamente, con l'osservanza delle forme debite, qualsivoglia comportamento, anche disumano, criminoso, insensato. Appare palese la contrapposizione con l'antico sistema a base democratica, che si era formato nell'età repubblicana e venne sottratto, con successo perdurante ancora al presente, all'attenzione della scienza giuridica, dalla grande riforma giustiniana, raffigurata come *legum permutatio*». ⁵¹

Mi pare che dalla sintesi, pur incompleta, che ho delineato nelle pagine precedenti, emerga un primo dato incontrovertibile: la proposta interpretativa di Filippo Gallo e la correlativa critica all'impostazione kelseniana sono in primo luogo il portato di un'analisi storica di lunghissimo periodo, che comprende l'esperienza giuridica romana, o meglio parte da essa, per giungere alla contemporaneità. In una ricerca dei dati essenziali e caratterizzanti la concezione del diritto, è posto l'accento su una frattura fondamentale, costituita dalla *legum doctrina* giustiniana, che separa la storia del diritto in un prima e in un dopo: prima, per Gallo agisce ed è al centro dell'esperienza giuridica romana il diritto inteso come *ars* finalizzata al *bonum et aequum*, che ha tra le sue principali esplicazioni la piena operatività dei modi non autoritativi di produzione delle norme giuridiche (*receptio moribus*, consuetudine, *interpretatio prudentium*, in una certa prospettiva anche il *ius edicendi* magistratuale); dopo, al contrario, la produzione di norme si concentra nella figura dell'imperatore, che assume in sé anche il compito esclusivo di interpretarle. La perdita di un sistema pluralistico di fonti, anche non autoritative, del diritto, fa sì che la concezione celsina sia abbandonata (ancorché ricordata nel Digesto) e che prevalga l'idea del diritto come insieme di norme date dall'imperatore e/o espressamente dichiarate tali dalla *voluntas* imperiale. Questo principio sta alla base della compilazione giustiniana, la quale, operando una scelta ragionata delle fonti precedenti di diversa natura (in particolare gli scritti giurisprudenziali) ancora in vigore, cancella definitivamente l'ultima residua eredità del passato pluralismo, per affermare, consapevolmente, un'idea strettamente unitaria e gerarchica del diritto. Per Filippo Gallo la posizione giustiniana ha prevalso nel lungo periodo e si è tramandata fino al presente, assumendo – com'è ovvio – forme diverse, rimanendo tuttavia ferma l'idea che il diritto sia esclusivamente un insieme di norme che un legislatore sovrano emana e impone in modo unilaterale (ancorché sulla base di un mandato popolare). In questa prospettiva si inserisce perfettamente – secondo Gallo – la dottrina di Kelsen, la quale sarebbe sovrapponibile alla *legum doctrina* giustiniana, in quanto enuncerebbe in modo astratto e generale i caratteri essenziali di qualsivoglia 'sistema' giuridico in tanto in quanto erede e continuatore dell'impostazione normativo-assolutistica giustiniana.

Possiamo ora ritornare al problema iniziale, se, cioè, la compilazione giustiniana si possa considerare o meno un 'sistema interno'. Come s'è visto, il giudizio che ha portato a

⁵⁰ F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit., 96 s.

⁵¹ F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit., 97 s.

dare una risposta positiva, si basa sulla possibile applicazione della dottrina kelseniana alla compilazione medesima. Credo che si possa ora escludere che sia viziato da anacronismo illogico il percorso argomentativo tentato per sostenere che la compilazione sia configurabile come un ‘sistema interno’. L’analisi del pensiero di Filippo Gallo ha, infatti, evidenziato, come vi siano dei forti elementi di contiguità e di sovrapposibilità, se non addirittura di ampia identità, tra la *legum doctrina* giustiniana e la dottrina pura del diritto, di talché anche sul piano storico – della storia di lungo e lunghissimo periodo – l’accostamento è del tutto giustificabile. So bene che analisi di questo genere sono soggette agli strali degli storicisti puri, non infrequenti tra i romanisti, che ammettono solo approcci scientifici fondati su una totale immedesimazione (dichiarata, ma, a mio giudizio, irrealizzabile) dello studioso con l’epoca oggetto delle sue ricerche. Essi escludono, perciò, del tutto ogni profilo di possibile comparazione o, quanto meno, ne contestano l’affidabilità e l’utilità. A me pare, tuttavia, che proposte interpretative come quella di Filippo Gallo – pur contestabile su tanti aspetti specifici – siano non solo di per sé da tenere in attenta considerazione, ma indichino anche una stimolante via percorribile da chi studia il diritto romano, perché tentano, in modo fecondo, di re-instaurare un rapporto tra il diritto romano e il presente, alla ricerca, appunto della sua «eredità perduta».

Quanto al considerare la compilazione giustiniana come un ‘sistema interno’, penso che su tale conclusione non abbia influenza la critica a Kelsen proposta da Filippo Gallo: se si pone come criterio quello kelseniano, si hanno molteplici elementi per sostenere che la compilazione – ma, possiamo aggiungere, l’intero ordinamento giuridico giustiniano, anche così come si sviluppa con la compilazione delle Novelle – si configuri come ‘sistema interno’. Piuttosto, se si accettano le argomentazioni di Gallo, potrebbe sorgere il serio dubbio che prima di Giustiniano non si possa affatto parlare dell’esistenza nell’esperienza romana di un ‘sistema interno’, dato ovviamente come presupposto il criterio kelseniano di giudizio. Si apre qui un’ulteriore prospettiva problematica, che non è possibile in questa sede approfondire. Al di là degli usi generici della parola ‘sistema’ (per esempio nelle comuni e diffuse espressioni, quali ‘il sistema giuridico romano’, ‘il sistema giuridico imperiale’, ‘il sistema giuridico tardo-repubblicano’ e così via), è possibile dare una interpretazione di ‘sistema’, diversa da quella kelseniana, così che sia utilmente impiegabile per descrivere l’esperienza giuridica romana prima di Giustiniano? Oppure la nozione di ‘sistema interno’ è legata in maniera inscindibile ed essenziale al pensiero di Kelsen, di talché si può tranquillamente concludere che prima di Giustiniano non sia possibile parlare di ‘sistema interno’ (se non reinterpretando in modo radicale il significato di tale sintagma)? Senza dare una risposta a queste domande, vorrei solo proporre una suggestione: forse potrebbe essere di una certa utilità, sondare se la condizione di inesistenza, ipotetica, di ‘sistema’ – dunque uno stato di ‘asistematicità’ – non rappresenti meglio l’esperienza giuridica romana pregiustiniana, nelle sue fasi varie e anche molto diversificate. La fluidità, elasticità, adattabilità, concretezza, ma anche contraddittorietà (si pensi soltanto al c.d. *ius controversum*), sottese a una tale condizione, sembrerebbero, a prima vista, meglio esprimere i caratteri della storia giuridica romana, rispetto alla rigidità dell’assolutismo giustiniano; con il che il cerchio sembra chiudersi: dall’assolutismo giustiniano alla dottrina pura del diritto di Kelsen il passo è più breve di quel che sembra; non è così, se si vogliono recuperare gli elementi caratterizzanti il diritto romano prima della cesura imposta da Giustiniano.

5. ALLA RICERCA DEL 'SISTEMA ESTERNO': LE FONTI.

Tenterò ora di verificare se e in che misura il *Corpus iuris* possa essere considerato un 'sistema esterno'. A prima vista questo interrogativo può sembrare paradossale, giacché la compilazione non è frutto del lavoro scientifico di uno studioso, ma è una raccolta ufficiale, composta da varie opere, preparate da una commissione di esperti, alle quali l'imperatore ha attribuito valore normativo. In un certo senso si può perciò affermare che essa sia stata il prodotto del legislatore (l'imperatore) e non di un giurista. Vedremo, però, come questa obiezione possa essere, forse e almeno in parte, superata.

Nel percorso che stiamo per intraprendere, siamo aiutati dal fatto che Giustiniano ha esplicitato il suo disegno nelle varie costituzioni con cui ha ordinato la redazione delle opere della compilazione e con cui ha emanato queste ultime, precisando metodi, scopi, risultati attesi, risultati ottenuti.⁵² Sembra chiaro che vi può ben essere uno scarto tra le dichiarazioni di principio e la realtà effettuale cui esse alludono. Ma, in ogni caso, i 'programmi' enunciati dall'imperatore in dette costituzioni, trovano riscontro complessivo – e non di rado specifico – nelle opere che esse preannunciano e accompagnano. Va aggiunto, ancora, che è del tutto verosimile che tali 'programmi' fossero condivisi dai collaboratori di Giustiniano, che presero parte alle commissioni cui di volta in volta fu affidato il lavoro di compilazione, *in primis* dal *quaestor sacri palatii* Triboniano,⁵³ che sappiamo ebbe un ruolo decisivo nella redazione del Digesto.⁵⁴ Si può perciò ritenere, con buon grado di probabilità, che le tecniche impiegate dai compilatori nel realizzare il progetto e le scelte concrete sul piano della selezione, modifica/adattamento e distribuzione del materiale normativo fossero state in larga parte suggerite all'imperatore dai suoi collaboratori, i quali peraltro avevano trovato in Giustiniano stesso un interlocutore sicuramente attento e, a sua volta, propositivo.⁵⁵ Tutto ciò sembra indicare che la compilazione – al di là della forma assolutistica del governo imperiale, che comporta che ogni decisione venga attribuita formalmente all'imperatore – sia stata in generale il prodotto di quella che noi oggi chiameremmo 'classe dirigente', la quale, a livello di amministrazione centrale, era sicuramente fornita di una cultura giuridica di prim'ordine, trasmessa da scuole prestigiose.⁵⁶ Più nello specifico, le commissioni via via preposte alla redazione delle varie parti della compilazione erano composte da ministri, funzionari di vario grado, avvocati, professori di diritto.⁵⁷ Al concreto lavoro di

⁵² Sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana v., per tutti, M.G. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano 1973, 121-135 (ora in EAD., *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 100-114); EAD., *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, Torino 1983.

⁵³ Su Triboniano v., per tutti, T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978.

⁵⁴ Lo riconosce esplicitamente Giustiniano in c. *Tantal/Δέδοκεν*, 9.

⁵⁵ Giustiniano più volte rimarca come egli abbia seguito da vicino i lavori e come la commissione abbia sottoposto al suo esame i dubbi e le incertezze: v. per esempio in relazione al Digesto, c. *Tantal/Δέδοκεν*, pr.: *nostra quoque maiestas semper investigando et perscrutando ea quae ab his componebantur, quidquid dubium et incertum inveniebatur, hoc numine caelesti erecta emendabat et in competentem formam redigebat. Omnia igitur confecta sunt domino et deo nostro Ihesu Christo possibilitatem tam nobis quam nostris in hoc satellitibus praestante.*

⁵⁶ V., da ultimo, l'accurata ricostruzione di D. MANTOVANI, *Costantinopoli cit.*, 105 ss.

⁵⁷ Sui collaboratori di Giustiniano a livello delle cariche imperiali di vertice (questura e prefettura), v., per tutti, la sintesi di R. BONINI, *Introduzione cit.*, 103-116 = M. TALAMANCA (dir), *Lineamenti cit.*, 775-

redazione sono stati chiamati perciò degli esperti, oggi diremmo dei tecnici, che hanno lavorato, come sappiamo, con varie modalità di interazione, dividendosi anche in sotto-commissioni; in un caso – le Istituzioni – il lavoro è stato affidato a una commissione ristretta formata da Triboniano e da due *antecessores*, Teofilo e Doroteo. Mi sembra che da ciò emerga una prima caratteristica che consente di ritenere non illogico il quesito sulla configurabilità della compilazione come ‘sistema esterno’: la compilazione è frutto di un lavoro collettivo di giuristi (è, ovviamente, indifferente che un ‘sistema esterno’ sia costruito da un singolo studioso o da più studiosi che lavorino in collaborazione), i quali hanno predisposto le singole opere che la costituiscono come fossero una sorta di ‘progetto’ destinato ad assumere valore normativo solamente con la ‘recezione’ da parte dell’imperatore, il quale, a sua volta, ha conferito loro tale valore con le apposite costituzioni con cui le ha promulgate.

A ben vedere, perciò, vi è più di un profilo di simiglianza tra il lavoro dello scienziato del diritto e quello dei compilatori giustiniani: anche questi ultimi si pongono di fronte al complesso delle norme giuridiche tramandate dal passato per elaborare, partendo da esse, un insieme caratterizzato quanto meno da completezza e coerenza. In proposito si può utilmente richiamare la metafora del costruttore, che già conosciamo, che Losano usa per chiarire il concetto di ‘sistema esterno’: «alla base della nozione corrente di sistema esterno è il paragone inespresso fra il giurista e il costruttore che, unendo fra loro elementi diversi, innalza un edificio. Trasferito in campo giuridico, questo paragone rivela come il fautore della costruzione giuridica presupponga tacitamente che la realtà, oggetto della sua indagine, non presenti un ordine interno vincolante».⁵⁸ In effetti, i compilatori giustiniani si trovavano innanzi a una realtà giuridica complessa e articolata, per non dire magmatica, ricca di contraddizioni, nell’ambito della quale era stato fatto ordine solo parzialmente con le raccolte private e ufficiali di costituzioni imperiali che erano però ferme al 439, data di entrata in vigore del Codice Teodosiano. La mancanza di «un ordine interno vincolante» è particolarmente rilevante per gli scritti giurisprudenziali antichi, che per la loro stessa caratteristica presentavano la maggior parte di incoerenze e contraddizioni⁵⁹ e anche una maggiore difficoltà di reperimento;⁶⁰ né la c.d. Legge delle citazioni era sufficiente a mettere ordine in essi.

783; D. MANTOVANI, *Costantinopoli* cit., 111, opportunamente solleva perplessità su un presunto ruolo centrale dei professori nella commissione di redazione del Digesto, sottolineando come essi fossero in minoranza (quattro, rispetto a due funzionari e undici *patroni causarum*).

⁵⁸ M. G. LOSANO, *Sistema*, II cit., 2.

⁵⁹ La locuzione, non romana, *ius controversum*, pare particolarmente efficace a descrivere lo stato di tali fonti, ma, per quel che mi risulta, essa è impiegata solo in riferimento al periodo in cui la giurisprudenza partecipava ancora attivamente alla produzione del diritto, e non, invece, per l’età tardoantica. A me pare, tuttavia, che la locuzione *ius controversum* possa efficacemente descrivere le conseguenze derivanti dall’impiego delle fonti giurisprudenziali in età tardoantica, pur in un assetto per così dire ‘statico’ di tali fonti (e non ‘dinamico’ come accadeva in precedenza).

⁶⁰ Lo stesso Giustiniano riconosce che le fonti giurisprudenziali utilizzate nei processi erano alquanto ridotte, anche perché introvabili, e che di molte opere antiche si conosceva appena il nome: c. *Tantal* Δέδοκεν, 17: *Mirabile autem aliquid ex his libris emerit, quod multitudo antiqua praesente brevitate paucior invenitur. Homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant vel propter inopiam librorum, quos comparare eis impossibile erat, vel propter ipsam inscientiam, et voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur. In praesenti autem consummatione nostrorum digestorum et tantis leges collectae sunt voluminibus, quorum et nomina antiquiores homines non dicimus nesciebant, sed nec umquam audiebant.*

Nonostante le suddette condizioni relative all'impiego e alla stessa conoscibilità delle fonti⁶¹ (ma forse, paradossalmente, ciò costituì un vantaggio), i margini operativi dei compilatori nella costruzione del 'sistema' furono piuttosto ampi, anche se, ovviamente, ebbe un peso la tradizione 'sistemica' sia dei codici precedenti, sia delle opere giurisprudenziali. Vedremo meglio fra breve come le finalità stesse del lavoro di compilazione, esplicitate nelle costituzioni introduttive, possano essere considerate allo stesso tempo dei limiti per i compilatori, ma anche dei criteri di fondo su cui si basò il lavoro redazionale; di conseguenza, nella nostra prospettiva, possiamo dire subito che tali criteri costituiscono gli elementi che giustificano il giudizio positivo alla domanda se la compilazione integri un 'sistema esterno'.

Un'ultima questione, per così dire preliminare, riguarda il fatto che per Losano il 'sistema esterno' deve possedere il carattere della descrizione, proprio della scienza giuridica, ma non quello della normatività, di talché esso è formato da 'proposizioni giuridiche descrittive' collegate tra loro, e non già da 'proposizioni giuridiche prescrittive'. A me pare che il requisito della descrittività non sia affatto estraneo alle opere della compilazione, ma costituisca anzi un loro tratto distintivo. Non si deve, tra l'altro, dimenticare che tali opere sono state predisposte anche per fungere da materiale di insegnamento per i giovani che studiavano nei corsi ufficiali di giurisprudenza. Lo esplicita in modo programmatico la c. *Omnem*, con cui Giustiniano riforma tali studi, distribuendo tra i vari anni di studio le opere della compilazione: si inizia, ovviamente, con le Istituzioni, per poi passare al Digesto (trentasei libri del quale sono affrontati in aula, mentre gli ultimi quattordici sono affidati allo studio a casa), per concludere, al quinto e ultimo anno, con l'apprendimento del Codice.⁶² Le stesse Istituzioni sono state ideate come manuale elementare, ma, al contempo, Giustiniano attribuisce ad esse il valore di costituzione imperiale (c. *Imperatoriam*, 6: *plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accomodavimus*). Mi pare che questa duplice caratteristica – normativa e descrittiva insieme – non escluda a priori che la compilazione possa esser considerata alla stregua di un 'sistema esterno', pur riconoscendone la peculiarità piuttosto singolare e forse unica, vale a dire che ad essa è attribuito al contempo valore normativo e funzione didattica.⁶³ Non per caso, dunque, è lasciato spazio a un linguaggio propriamente descrittivo, sia ovviamente e in larghissima parte nelle Istituzioni, sia anche nel Digesto. In quest'ultimo, come già osservato, in alcuni tratti prevale la descrittività, come, esemplarmente, nel tit. *De origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium* D. 1.2, che riporta, oltre a un breve frammento tratto dal commentario di Gaio alle Dodici Tavole (D. 1.2.1), il lungo frammento di storia del diritto del (o dal?) *liber singularis enchiridii* di Pomponio. Ma, a ben vedere, è gran parte del materiale giurisprudenziale in esso raccolto che sembra adattarsi poco al concetto che noi abbiamo di 'linguaggio normativo': tale materiale, infatti, è

⁶¹ Giustiniano ci informa, peraltro, che fu grazie a Triboniano che furono messe a disposizione della commissione molte opere antiche che erano ignote anche agli *eruditissimi*: v. c. Tanta/Ἐδόκειν, 17: *Antiquae autem sapientiae librorum copiam maxime Tribonianus vir excellentissimus praebeuit, in quibus multi fuerant et ipsis eruditissimis hominibus incogniti, quibus omnibus perlectis, quidquid ex his pulcherrimum erat, hoc semotum in optimam nostram compositionem peruenit.*

⁶² Sulle scuole e la riforma dell'insegnamento del diritto attuata da Giustiniano, v., per tutti (anche per ulter. bibliografia), A.M. GIOMARO, *Quattro passi fra le scuole (e le scuole di diritto) nella tarda antichità*, Urbino 2019, 198 ss.

⁶³ Si noti che tale peculiarità è richiamata da F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit., 96 s., per segnalare una differenza tra la *legum doctrina* giustiniana e la dottrina di Kelsen.

costituito per lo più da frammenti tratti da opere casistiche o, comunque, rispecchia in larga parte l'impostazione casistica delle opere giurisprudenziali antiche; ne consegue che la norma non è quasi mai enunciata in modo diretto ed esplicito, ma è deducibile dal caso e dalla soluzione che di esso è data. Da questo punto di vista si potrebbe non infondatamente ritenere che il testo del Digesto sia in larghissima parte caratterizzato da enunciati descrittivi e non propriamente normativi, o, meglio, che la normatività di tali enunciati non sia espressa in modo diretto tramite comandi, ma in modo indiretto, tramite la descrizione dei casi e la soluzione che i giuristi ne danno. È sufficiente questa caratteristica per affermare che la compilazione, pur essendo a tutti gli effetti una raccolta di norme, possiede il requisito della descrittività che Losano pone come requisito essenziale per aversi un ‘sistema esterno’? Vorrei lasciare ancora aperto questo interrogativo, per tentare di dare una risposta solo dopo un più analitico approfondimento sul lavoro svolto dai compilatori. Mi rendo conto che da un punto di vista logico tale requisito o è presente oppure non lo è, con le ovvie conseguenze. Tuttavia osservo, sommessamente, che la realtà storica mostra – e non solo in questo caso – una molteplicità di aspetti che ben difficilmente consentono di ricondurla in maniera perfetta e priva di contraddizioni a uno schema teorico precostituito. Così, le opere giurisprudenziali antiche, nel loro insieme, costituivano fonte del diritto in età tardoantica ed erano protagoniste della «quotidianità forense»,⁶⁴ attraverso la *recitatio* di brani tratti da tali opere ad iniziativa delle parti: spettava, poi, al giudice trarre da essi la norma ritenuta idonea a risolvere la controversia; solo nel 426, con la c.d. Legge delle citazioni, l'autorità imperiale detta alcune regole volte a porre dei criteri estrinseci per limitare – o, forse meglio, guidare – l'attività interpretativa del giudice, senza però disconoscere il valore normativo di tali opere. Ne risulta che le regole giuridiche che disciplinavano la vita dei cittadini ed erano, pertanto, applicate nei tribunali, si presentavano in una veste formale ben diversa da quella moderna; come vedremo più avanti, esse spesso erano caratterizzate da una esposizione ‘descrittiva’, tipica della letteratura giurisprudenziale, e non ‘prelettiva’, tipica, invece, della forma in cui si presentano oggi le norme.

Non rimane che riconoscere questa peculiarità, o difficoltà che sia, e sottolineare il carattere senza dubbio ‘ibrido’ delle opere della compilazione, rispetto al rigore dello schema losaniano. In ogni caso, a mio giudizio, vale la pena proseguire nel percorso argomentativo alla ricerca del ‘sistema esterno’, tenendo conto di questa sorta di scarto tra il modello teorico e la realtà storica.

Va, ancora, precisato che nel prosieguo saranno prese in considerazione solo le Istituzioni, il Digesto e il *Codex repetitae praelectionis*; saranno perciò escluse le Novelle. In sostanza l'esame riguarderà le opere espressamente frutto del lavoro dei compilatori: solo esse, a ben vedere, formano una ‘compilazione’ in senso proprio, in quanto oggetto di un lavoro progettato e coordinato di raccolta, scelta ed elaborazione.⁶⁵ Le Novelle, che intro-

⁶⁴ L'espressione è di D. MANTOVANI, *Per una ricerca delle strutture nascoste della legislazione tardoantica*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Le strutture nascoste della legislazione tardoantica. Atti del convegno Rhedis (Pavia 17-18 marzo 2016)*, Bari 2019, 16, il quale insiste sulla centralità dei libri dei giuristi come parte integrante dell'ordinamento tardoantico (14 ss.), di talché le costituzioni imperiali, scientemente, «si inserivano in un tessuto costituito dal diritto classico» (16).

⁶⁵ Cfr. c. *Tantal* Δέδοικεν, 12: *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus, id est institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur: omnipotenti deo et hanc operam ad hominum sustentationem piis obtulimus animis uberesque gratias maximae deitati reddidimus, quae nobis praestitit et bella feliciter agere et honesta pace perpotiri et non tantum nostro, sed etiam omni*

ducono innovazioni legislative successive all'emanazione del *Codex repetitae praelectionis*, non sono state oggetto di un simile lavoro (che Giustiniano, peraltro, sembra aver previsto, ma non ha comunque realizzato)⁶⁶ e ci sono state tramandate da raccolte private, pressoché tutte nella loro versione originale redatta per lo più in greco. Pertanto esse non fanno propriamente parte del progetto compilatorio, così come sono state tramandate sino a noi, e non possono perciò essere prese in valutazione alla fine dell'accertamento dell'eventuale configurabilità di un 'sistema esterno'.⁶⁷

Veniamo, ora, all'esame, ai fini indicati, delle già ricordate costituzioni introduttive. In proposito è persino superfluo osservare che in questa sede non si intende approfondire in modo completo ed esauriente i tanti problemi posti dalla redazione delle opere che compongono il *Corpus iuris* (problemi che sono stati d'altronde affrontati da insigni romanisti e su cui continua vivace il dibattito scientifico). A costo di una certa ripetitività e di una presentazione, per così dire, didascalica, vorrei, molto più semplicemente, porre in evidenza alcuni punti essenziali per cercare di rispondere al quesito menzionato. Forse è anche opportuno avvertire che molte delle informazioni che si porranno in evidenza con la diretta citazione delle fonti, sono ben note ai romanisti. È tuttavia parso opportuno soffermarsi testualmente su di esse, prendendole in esame in ordine cronologico, sia perché non sono probabilmente conosciute da chi non è specialista di diritto romano, sia perché si vuole dare di esse una lettura, come detto, il più possibile orientata al quesito posto, mentre in genere esse sono prese in considerazione, per lo più, al fine di proporre una ricostruzione storica delle vicende che hanno portato alla redazione delle singole opere che costituiscono il *Corpus iuris*.

La prima opera cui Giustiniano pone mano è una nuova raccolta di costituzioni imperiali, che sostituisca i codici precedenti ancora in vigore, vale a dire i due codici privati Gregoriano ed Ermogeniano e quello Teodosiano, e racchiuda in sé anche le nuove costituzioni emanate dopo la pubblicazione di quest'ultimo (che risaliva al 438 d.C.). Con la costituzione *Haec quae necessario* del 13 febbraio 528,⁶⁸ viene nominata un'apposita commissione con tale incarico. Ecco come vengono descritti i compiti della commissione:

c. Haec quae necessario, 2: Quibus [i.e. i commissari] specialiter permisimus resecatis tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris aliqua divisione adiuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abie-

aevo tam instanti quam posteriori leges optimas ponere.

⁶⁶ V. c. Cordi, 4, in fine: *hoc etenim nemini dubium est, quod, si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum, hoc a nobis et constituatur et in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur.*

⁶⁷ Semmai esse sono la testimonianza del fatto che il diritto vigente non può essere cristallizzato in un'opera immutabile, ma è sempre suscettibile di mutamenti; lo riconosce lo stesso Giustiniano, quando ammette che il diritto degli uomini è soggetto a perpetue variazioni, perché si presentano sempre nuove situazioni non ancora regolate; in tal caso, però, è all'imperatore che occorre rivolgersi, per stabilire le nuove norme: cfr. c. *Tantal Δέδοκεν*, 18: *Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere.*

⁶⁸ Su questa costituzione informazioni di base in P. PESCANI, *Haec quae necessario*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1962, VIII, 83-84.

runt, certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus, novellis etiam constitutionibus leges componere et congruis subdere titulis, adicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigebat, colligentes vero in unam sanctionem, quae in variis constitutionibus dispersa sunt, et sensum earum clariorem efficientes (...).

L'imperatore concede espressamente ai commissari il potere sia di tralasciare le costituzioni cadute in desuetudine, sia di intervenire direttamente sul testo delle costituzioni, modificandolo e rimuovendo le parti superflue, sia di eliminare doppioni o costituzioni tra loro in contraddizione, sia, infine, di riunire in un unico testo disposizioni sullo stesso argomento sparse in vari provvedimenti. Lo scopo è quello di redigere leggi chiare e brevi, tratte dai tre codici precedenti e dalle successive novelle (*certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus, novellis etiam constitutionibus, leges componere*) e di distribuirle in titoli adatti (*et congruis subdere titulis*). Emerge qui con chiarezza l'idea di una distribuzione 'ragionata' e non casuale del materiale legislativo, idea che, d'altronde, era debitrice delle precedenti esperienze compilatorie, sia private sia ufficiali. La novità più rilevante sta nel fatto che si intende compilare una raccolta che comprenda solo le costituzioni imperiali in vigore, in ciò distinguendosi dal Codice Teodosiano,⁶⁹ in cui erano state raccolte *omnes edictales generalesque constitutiones vel in certis provinciis seu locis valere aut proponi iussae* (così le parole iniziali di CTh. 1.1.6, la costituzione del 435 con cui Teodosio II varò il secondo progetto di codificazione, poi realizzato), con la conseguenza che era lasciato all'interprete di stabilire se una determinata costituzione fosse da considerare ancora in vigore ed entro quali limiti.⁷⁰ I requisiti, almeno, della completezza e della coerenza sembrano perciò presenti tra i risultati che i compilatori devono raggiungere.

Il nuovo Codice viene rapidamente redatto e viene pubblicato con la c. *Summa rei publicae* del 7 aprile 529.⁷¹ La costituzione richiama i criteri assegnati ai commissari per il lavoro di redazione e ribadisce lo scopo precipuo che ne aveva suggerito la compilazione: agevolare il lavoro dei giudici, compromesso dall'eccessivo numero delle costituzioni in vigore e dalla loro oscurità,⁷² sempre peraltro nell'ambito dell'applicazione nel processo della *recitatio*,⁷³ a cura delle parti, dei passi legislativi o giurisprudenziali ritenuti rilevanti o co-

⁶⁹ Sul Codice Teodosiano e sul dibattito in merito alle sue caratteristiche e alle sue funzioni, sempre fondamentale G.G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976; cfr., più di recente, con discussione della precedente letteratura e impostazioni in parte divergenti, J.F. MATTHEWS, *Laying Down the Law. A Study of the Theodosian Code*, New Haven-London 2000; A.J.B. SIRKS, *The Theodosian Code*, Friedrichsdorf 2007; G. PURPURA, *La compilazione del Codice Teodosiano* cit., 163 ss.

⁷⁰ In merito mi si consenta il rinvio a P. GARBARINO, *Appunti sulla Lex Quisquis (CTh. 9,14,3)*, in BIDR 107, 2013, 153 ss.; v. anche U. VINCENTI, *Codice Teodosiano e interpretazione sistematica*, in Index 24, 1996, 111 ss.

⁷¹ Per informazioni di base sulla costituzione, v. P. PESCANI, *Summa rei publicae*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1971, XVIII, 927 s.

⁷² V. c. *Summa rei publicae*, 1: *Sed cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus relatarum quam post eorum confectionem posterioribus temporibus adiectarum ad brevitatem reducendo caliginem earum rectis iudicium definitionibus insidiantem penitus extirpare, ad hoc commune praestandum beneficium deo praesule prono animo nos dedidimus et electis viris gloriosissimis tam doctrina legum quam experientia rerum studioque pro re publica indefesso et laudabili proposito polientibus sub certis finibus magnum laborem commisimus (...).*

⁷³ Sulla prassi della *recitatio* e le sue implicazioni v., per tutti, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2011⁸, 369-371; V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane*

munque utili per la soluzione della controversia. È riferita alla *recitatio* la disposizione di c. *Summa rei publicae*, 3, secondo la quale, dopo la pubblicazione del nuovo codice, le parti processuali e i loro avvocati dovranno citare soltanto costituzioni tratte dalla nuova raccolta: incorreranno nel *crimen falsi*, qualora trasgrediscano, utilizzando testi non in essa presenti; potranno tuttavia aggiungere brani tratti dalle opere dei giuristi antichi (*cum sufficiat earundem constitutionum nostri codicis recitatio adiectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites*).⁷⁴ Quanto a questi ultimi, la regolamentazione della loro *recitatio* è verosimilmente ancora affidata alla c.d. Legge delle citazioni,⁷⁵ emanata nel 426 e già contenuta nel Codice Teodosiano (CTh. 1.4.3),⁷⁶ la quale, come si sa, dettava regole abbastanza precise per superare le inevitabili contraddizioni contenute nell'insieme delle opere dei giuristi.

È opportuno, ora, spendere qualche parola sull'uso del termine 'codex' per indicare le raccolte normative. Il termine 'codex' allude, in prima battuta, al tipo di supporto librario impiegato, il 'libro' come noi lo intendiamo, composto di tante pagine di pergamena, rilegate, che possono essere lette una di seguito all'altra, in contrapposizione al rotolo di papiro (il 'volumen').⁷⁷ Il 'codex', come strumento librario, possiede una serie di vantaggi non indifferenti rispetto al rotolo di papiro: agevola grandemente il reperimento dei testi normativi, anche al fine suddetto della *recitatio*, garantisce meglio l'autenticità dei provvedimenti che si intendono citare, consente anche di reperire con maggiore facilità le norme rilevanti per la soluzione di una certa fattispecie: la divisione in titoli (raccolti a loro volta in libri), ciascuno dei quali dedicato a un apposito argomento, orienta in modo evidente il lettore e gli facilita la ricerca. Non a caso, perciò, Giustiniano impiega il termine *codex* in riferimento sia al 'Codex' propriamente detto (la raccolta delle costituzioni imperiali, che assume per l'appunto tale denominazione), sia al Digesto, sia alle Istituzioni.⁷⁸ Si può rin-

e tardoimperiali di una prassi tardoantica, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), a cura di V. MAROTTA ed E. STOLFI, Roma 2012, 357 ss. (anche per il rinvio a ulter. bibliogr.).

⁷⁴ Su c. *Summa rei publicae*, 3, cfr. M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II, 1, Perugia 2001, 84-89.

⁷⁵ Il dato è deducibile dal papiro di Ossirincò (*P. Oxy.* 1814), che riporta un indice delle costituzioni comprese in alcuni titoli del libro I del *Novus Codex*, da cui risulta la presenza di un titolo *De auctoritate iuris prudentium* (come 1.15), che comunemente si ritiene dovesse contenere la Legge delle citazioni; cfr., in argomento, G.G. ARCHI, *Giustiniano* cit., 83-85; R. BONINI, *Introduzione* cit., 23.

⁷⁶ La costituzione, emanata a Ravenna e quindi probabilmente occidentale, è, in realtà, il frammento di un molto più ampio provvedimento legislativo, in quanto è *iungenda* a varie altre costituzioni riportate sia nel Teodosiano sia nel solo Codice di Giustiniano, le quali si occupano, tra l'altro, di definire caratteristiche e portata delle *leges generales* (C. 1.14.3), di limitare l'efficacia dei rescritti ai casi da essi espressamente risolti (C. 1.14.2), di vietare l'emanazione di rescritti *contra ius* (C. 1.19.7): cfr., per un'accurata analisi delle circostanze, anche politiche, nelle quali la costituzione fu emanata G. PURPURA, *La compilazione del Codice Teodosiano*, cit.; in merito ancora fondamentale F. DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino 1975², 100-109 e *passim*; cfr. E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in MAL 380, 1983, 185 ss.

⁷⁷ Sul tema v., per tutti, anche per rinvio a ulteriore bibliografia, F. DE MARINI, C. LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 2001³, 57-61; M. BRETONE, *Storia del diritto romano* cit., 369-371.

⁷⁸ V., per es., c. *Summa*, 3: *sed solis eidem nostro codici insertis constitutionibus uti* (per il Codice); c. *Deo auctore*, 8: *nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia...aliquem sibi vindicet locum* (in relazione al progetto del Digesto); c. *Tanta/Δέδοκεν*, 23: *leges autem nostras, quae in his codicibus, id est institutionum seu elementorum et digestorum vel pandectarum posuimus...*

tracciare proprio in quest’uso di ‘*codex*’ il significato tecnico di ‘opera che raccoglie norme giuridiche’, il solo, o comunque il più pregnante, significato oggi rimasto nel linguaggio del diritto per la parola italiana ‘codice’ (o per quella francese o inglese ‘code’), erede del latino *codex*. È chiaro, però, che l’impiego di ‘*codex*’ nel senso indicato non è affatto risolutivo per comprendere se la compilazione abbia o meno il carattere di ‘sistema’ (giuridico). Tuttavia emerge da quest’uso terminologico, un aspetto del tutto concreto di ciò che, in prima approssimazione, possiamo già chiamare ‘sistema’: le norme giuridiche – nel *Codex* propriamente detto, le costituzioni imperiali, nel Digesto i brani tratti dalle opere degli antichi giuristi, nelle Istituzioni, sotto forma di narrazione didattica – sono distribuite in un ordine predeterminato anche al fine di agevolarne il reperimento. Ancor più rilevante è il fatto che il *novus Codex*, com’è implicitamente affermato nella stessa c. *Summa rei publicae*, 3, contenga tutte le costituzioni imperiali da ritenersi in vigore, dunque risponda al requisito della ‘completezza’, che è elemento costitutivo di qualsiasi ‘sistema’. Giustiniano, d’altro canto, nella successiva costituzione *Deo auctore*, con cui ordina nel dicembre del 530 la compilazione del Digesto, ricorda espressamente che il nuovo Codice risponde anche al criterio della coerenza:

c. *Deo auctore*, 1: ... *primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidare tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni superuacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium.*

La *congregatio* in un unico ‘codice’ – precisa Giustiniano – è stata fatta in modo, tra l’altro, di evitare inutili ripetizioni e contraddizioni (la *discordia* definita *iniquissima*), che, evidentemente, per l’imperatore allignavano prima dell’emanazione del *novus Codex*.⁷⁹

Con la suddetta c. *Deo auctore*⁸⁰ Giustiniano procede, come detto, ad ordinare la compilazione avente per oggetto gli scritti dei giuristi antichi:

c. *Deo auctore*, 2: ... *omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere...*⁸¹

Si tratta di un obiettivo assai ambizioso, di un’impresa mai tentata prima e di enorme difficoltà, come la stessa c. *Deo auctore* non manca di sottolineare.⁸² La commissione deve raccogliere in un unico codice quanto è disperso nei volumi di tanti autori e correggerlo, evitando ripetizioni e contraddizioni: *nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta* (c. *Deo auctore*, 4). Giustiniano ha già progettato la struttura dell’opera; lo precisa in questo tratto della costituzione, che mi pare alquanto significativo:

⁷⁹ Cfr. c. *Imperatoriam* 2: *et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentum ereximus consonantiam...*

⁸⁰ Sulla c. *Deo auctore*, v. la sintesi di G. SCHERILLO, *Deo auctore*, in NNDI, 5, Torino 1960, 490.

⁸¹ Cfr., anche c. *Deo auctore*, 4: *Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, ..., libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat.* Si noti che questi compiti sono dettati come un ordine imperiale (*iubemus*), che ha anche la valenza di attribuire ai compilatori un potere che spetterebbe all’imperatore quale, ormai, unico legislatore.

⁸² V. c. *Deo auctore*, 2: *quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis uidebatur.*

c. Deo auctore, 5. *Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit, ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat...*

Tutto il *ius antiquum* deve essere raccolto in cinquanta libri, a loro volta divisi in *certi tituli*, seguendo lo schema già utilizzato per il *novus Codex* e quello dell'editto perpetuo (*tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem*). Il materiale tratto dagli scritti degli antichi giuristi dovrà essere organizzato come se si dovesse costruire il santissimo tempio della giustizia: *oportet eam* (cioè la *materia* ricavata dall'esame degli antichi testi) *pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare...*⁸³ Il concetto è ribadito al momento della pubblicazione del Digesto in c. Tanta/Δέδοκεν, 20, che definisce la raccolta *iustitiae Romanae Templum*.⁸⁴ Per chiarire il risultato che vuole raggiungere, Giustiniano ricorre qui alla metafora della costruzione, la stessa che Losano impiega per spiegare la nozione di 'struttura' del sistema (in particolare, di quello esterno), intesa come insieme dei nessi che uniscono i singoli elementi costitutivi del sistema stesso.

I compilatori dovranno eliminare dagli antichi testi ogni prolissità, superfluità o imperfezione, in modo che ne risulti un *opus moderatum* e *pulcherrimum* (c. Deo auctore, 7); in particolare, essi dovranno perseguire la più stringente coerenza, in modo che nell'opera non sussista alcuna antinomia:

c. Deo auctore, 8: *Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.*

Per Giustiniano i due codici, il *novus Codex* propriamente detto e il Digesto, dovranno contenere tutto il diritto vigente: *ideoque iubemus, duobus istis codicibus omnia gubernari, uno constitutionum, altero iuris enucleati et in futurum codicis compositi* (c. Deo auctore, 11); egli, però, già prevede che a questi due primi, si aggiunga un terzo 'codice', in forma di manuale istituzionale destinato all'insegnamento⁸⁵ (ma, come si sa, avente anch'esso forza di legge).⁸⁶

⁸³ La metafora del tempio potrebbe spiegare anche la scelta di dividere l'opera in cinquanta libri: sembra che il numero cinquanta alluda alle finestre di S. Sofia (che dovrebbero però essere solo quaranta), le quali si trovano alla base della cupola e danno luce all'interno della chiesa: i cinquanta libri del Digesto avrebbero dunque analoga funzione: fare luce sul *ius antiquum*, troppo a lungo immerso nell'oscurità. Quanto al numero cinquanta si può anche ricordare che cinquanta sono i giorni che trascorrono dalla Pasqua alla Pentecoste, giorno in cui si ebbe l'effusione dello Spirito Santo sugli apostoli; secondo la tradizione ebraica la festa di Shavuot, che si potrebbe rapportare alla Pentecoste cristiana perché è fissata cinquanta giorni dopo la Pasqua, celebra il ringraziamento per il raccolto, ma anche per il dono della Legge, che Dio diede a Mosé con l'apparizione sul monte Sinai. Sulla base cristiana della simbologia del Digesto v. R. KNÜTEL, *Christliche Zahlensymbolik im Digestenplan*, in ZSS 113, 1996, 422-430.

⁸⁴ *Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, iussimus et hoc in primordiis digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legis latoribus quibusque libris eorum et quot milibus hoc iustitiae Romanae templum aedificatum est.*

⁸⁵ V. c. Deo auctore, 11: *...vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem obtinens, ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam.*

Il manuale è pubblicato, in effetti, il 21 novembre 533, poche settimane prima dell’emanazione del Digesto, con la c. *Imperatoriam*; come si è già osservato, Giustiniano precisa che egli stesso ha letto e attentamente esaminato l’opera prima della sua pubblicazione e, soprattutto, che ha a essa attribuito l’identico valore di una costituzione imperiale:

c. *Imperatoriam*, 6.... *et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*

Il Digesto viene pubblicato con la costituzione bilingue *Tanta/Δέδωκεν*, del 16 dicembre 533.⁸⁷ Il provvedimento ricorda in primo luogo il lavoro già svolto di raccolta delle costituzioni imperiali, sottolineandone i caratteri ‘sistematici’:

c. *Tanta/Δέδωκεν*, pr. *Erat enim mirabile Romanam sanctionem ab urbe condita usque ad nostri imperii tempora, quae paene in mille et quadringentos annos concurrunt, intestinis proeliis vacillantem hocque et in imperiales constitutiones extendentem in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque idem simile in ea inveniatur et ne geminae leges pro rebus singulis positae usquam appareant.*

Giustiniano pone in evidenza, ancora una volta, che la redazione del *novus Codex* è stata elaborata evitando accuratamente contraddizioni e ripetizioni, così da ottenere *una consonantia* (*in unam reducere consonantiam*). Ordinate le costituzioni imperiali, si è poi passati al *maximum opus*, vale a dire la redazione del Digesto:

c. *Tanta/Δέδωκεν*, 1. *Et principales quidem constitutiones duodecim libris digestas iam ante in codicem nostro nomine praefulgentem contulimus. Postea vero maximum opus adgre-dientes ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta eidem viro excelso [vale a dire Triboniano] permisimus tam colligere quam certo moderamini tradere.*

Il compito affidato al *quaestor sacri palatii* Triboniano – come Presidente, diremmo oggi, della commissione – è stato, dunque, quello di raccogliere (*colligere*) le opere dei giuristi del passato, ormai confuse e disperse (*ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta*), e tramandarle, dando ad esse un certo qual ordine sistematico (*certo moderamini tradere*).⁸⁸ A opera compiuta, Giustiniano ne sottolinea l’interna coerenza e la distribuzione, in una struttura organica:

⁸⁶ Sul punto v. *infra* nel testo.

⁸⁷ Si tratta di due testi ufficiali distinti, uno in latino e l’altro in greco, con i quali venne pubblicato il Digesto; essi hanno alcuni tratti in parte non coincidenti; tradizionalmente vengono citati come unica costituzione (appunto come c. *Tanta/Δέδωκεν*), considerando la seconda la traduzione in greco della prima; il punto è però dibattuto in dottrina; In merito si può rinviare alle voci, distinte, di P. PESCANI, *Tanta*, in NNDI, 18, Torino 1971, 1035-1040 e di G. SCHERILLO, *Dedoken*, in NNDI, 5, Torino 1966, 311 s.; v., ora, ampiamente, T. WALLINGA, *Tanta/Δέδωκεν. Two introductory constitutions to Justinian’s Digest*, Groningen 1989. Seguo la prassi tradizionale e cito la suddetta costituzione, qui e altrove, indicando sia l’*incipit* del testo in latino, sia quello del testo in greco.

⁸⁸ In *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, a cura di S. SCHIPANI, Milano 2005, 40, l’ultimo passo riportato è tradotto nel seguente modo: «E invero, già in precedenza, abbiamo riunito le costituzioni imperiali ordinandole in dodici libri, nel codice che rifulge del nostro nome. In seguito, d’altro canto, affrontando una grandissima opera, abbiamo affidato alla stessa personalità eccelsa

c. *Tantal/Δέδωκεν*, 1. ...*et in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est et omnes ambiguitates decisae nullo seditioso relicto. Nomenque libris imposuimus digestorum seu pandectarum, quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas et quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperunt, in centum quinquaginta paene milia versuum totum opus consummantes. Et in septem partes eos digessimus, non perperam neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes.*

Il materiale raccolto risulta, così, distribuito in cinquanta libri (così come era stato previsto da c. *Deo auctore*, 5), a loro volta divisi in sette parti, non a caso e senza ragione (*non perperam neque sine ratione*), ma tenendo conto della natura e della scienza dei numeri (*in numerorum natura et artem respicientes*), così da costruire una divisione in parti loro conforme (*et consentaneam eis divisionem partium conficientes*).⁸⁹

Giustiniano precisa, più avanti, il carattere e gli scopi degli interventi sui testi degli antichi giureconsulti: si trattava – fermo il rispetto nei loro confronti, tanto che ciascun frammento riporta il nome dell'antico giurista che ne è autore – di eliminare il superfluo, di evitare contraddizioni⁹⁰ ed inesattezze, affinché le regole fossero formulate in modo correttissimo:

c. *Tantal/Δέδωκεν*, 10. *Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum aut minus idoneum visum est, vel adiectionem vel*

il compito sia di raccogliere nella loro integrità le opere dell'antichità più ricche di scienza, le quali erano pressoché sconvolte e smembrate, sia di dar loro un determinato ordine» (trad. F. Gorla); invero, l'espressione *certo moderamini tradere* sembra avere un certo grado di ambiguità, giacché *moderamen*, se pure può esprimere il concetto di 'ordine', ha anche il significato di 'governo', 'direzione' (v., in tal senso, E. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, a.h.v., «il mezzo di guidare e dirigere, governo»); di conseguenza la predetta espressione potrebbe anche voler indicare che a Triboniano venne permesso dall'imperatore di trasmettere le opere giurisprudenziali, avendogli conferito un certo qual potere di direzione dell'impresa. Potrebbe rafforzare quest'ipotesi di lettura, il fatto che nell'immediato prosieguo la costituzione sottolinea ed enfatizza il ruolo dell'imperatore nell'impartire le istruzioni per la compilazione dell'opera: *Sed cum omnia percontabamur, a praefato viro excelso suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam tricenis centena milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere. Quod caelesti fulgore et summae trinitatis favore confectum est secundum nostra mandata, quae ab initio ad memoratum virum excelsum fecimus, et in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est et omnes ambiguitates decisae nullo seditioso relicto. Nomenque libris imposuimus digestorum seu pandectarum, quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas et quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperunt, in centum quinquaginta paene milia versuum totum opus consummantes. Et in septem partes eos digessimus, non perperam neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes*; è evidente che nel passo si vuole precisare che il protagonista dell'impresa è Giustiniano e che Triboniano ha seguito i *mandata* imperiali.

⁸⁹ Sugli aspetti simbolici di queste divisioni interne del Digesto, v., per tutti, con rinvii alla precedente letteratura, J. CAIMI, *Numeri simbolici cristiani per Digesto 50.17*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino 1999, 71-82.

⁹⁰ Sull'assenza di contraddizioni nell'opera, Giustiniano ritorna anche, più avanti, in c. *Tantal/Δέδωκεν*, 15: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.*

deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. Et ex multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum (...).

Si noti che Giustiniano mette l’accento sul fatto che tra le molte regole simili o in contraddizione insite nelle tante opere di giuristi del passato, se n’è scelta una sola, quella ritenuta più corretta (*ex multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est*), attribuendole l’*auctoritas* di un provvedimento emanato dallo stesso imperatore, come se essa traesse origine dalla volontà imperiale (*unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum*). Dunque, i brani escerpiti dagli scritti giurisprudenziali antichi sono da considerare alla stregua di costituzioni imperiali.

L’ultimo punto della c. *Tanta/Δέδωκεν* su cui è opportuno soffermare l’attenzione, è l’esplicita ammissione che il diritto è soggetto a mutazioni, giustificate dal presentarsi di nuove esigenze:

c. *Tanta/Δέδωκεν*, 18. *Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, Augustum implore-tur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere.*

Nel caso che si verificano situazioni non ancora regolate dalle leggi (*negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata*), ci si dovrà rivolgere all’imperatore, che è stato preposto da Dio a governare le *res humanae*, affinché egli intervenga stabilendo misure e regole idonee ad affrontare le novità (*ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere*). Si tratta di un’ovvia conseguenza della concezione assolutistica del potere imperiale, inteso come derivante da Dio, in base alla quale il potere normativo è riservato esclusivamente all’imperatore. S’è n’è già vista una manifestazione nella cura con cui Giustiniano precisa che i compilatori hanno modificato il testo delle costituzioni imperiali e degli scritti dei giuristi su suo espresso mandato, sicché i frammenti, modificati rispetto al loro tenore originale e inseriti nel Digesto, sono da considerare come se fossero opera dello stesso imperatore:⁹¹

c. *Deo auctore*, 6. (...) *ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. (...).*

Si tratta di una giustificazione in perfetta linea con la concezione assolutistica del potere

⁹¹ Anche se contrastano con la loro versione originale: lo precisa c. *Deo auctore*, 7, in fine: *et in tantum volumus eadem omnia, cum reposita sunt, obtinere, ut si aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem in compositione inveniantur, nullum crimen scripturae imputetur, sed nostrae electioni hoc adscribatur*. Il fatto che Giustiniano si preoccupi di fugare questo dubbio, potrebbe essere indizio che nella cultura giuridica dell’epoca, e forse nella stessa corte, vi era chi sollevava obiezioni sulla legittimità di interventi di tal genere sui testi degli antichi giuristi: cfr., in merito, P. GARBARINO, ‘*Lex de imperio*’ cit., 263-268.

imperiale propria di Giustiniano, che giunge sino all'affermazione che l'imperatore non è soltanto l'unico creatore del diritto, ma ne è anche unico interprete. Così si esprime anche un'importante costituzione, C. 1.14.12,⁹² emanata nel 529, pochi mesi dopo la pubblicazione del *novus Codex* e poi inserita nella seconda edizione del Codice in conclusione e a suggello del titolo C. 1.14 *De legibus et constitutionibus principum et edictis*:

C. 1.14.12.3. *Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitata[m] haberi. Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet.*

Dunque, per Giustiniano le norme giuridiche contenute nella compilazione non sono suscettibili di 'interpretazione', ma solo di mera applicazione. Questo rigido canone dell'assolutismo è alla base del divieto di qualsiasi tipo di interpretazione dei testi del Digesto – a eccezione delle traduzioni letterali in greco, di brevi annotazioni e di richiami a passi paralleli – enunciato da c. *Tanta/Δέδωκεν*, 21⁹³ (qui, in modo significativo, Giustiniano definisce *perversiones* le *legum interpretationes*), che riprende, sul punto, quanto già affermato in C. 1.14.12 e in c. *Deo auctore*, 17: di conseguenza, in caso di dubbi, occorre rivolgersi all'imperatore, il solo a cui è concesso di creare diritto e di interpretarlo.⁹⁴ Lo scopo, espressamente proclamato, è quello di evitare l'insorgenza di nuove confusioni nella normativa, nemiche della giustizia e della celerità dei giudizi.

La compilazione si chiude con la seconda edizione del Codice,⁹⁵ resa necessaria dal gran numero di costituzioni emanate da Giustiniano durante i lavori di redazione del Digesto e delle Istituzioni, che aveva determinato il precoce invecchiamento del *novus Codex*. Nella c. *Cordi*,⁹⁶ che pubblica tale seconda edizione, si pone in evidenza il lavoro 'sistematico' che la commissione (presieduta sempre da Triboniano) ha svolto per distribuire i nuovi testi normativi, che circolavano in maniera disordinata, all'interno della struttura dell'opera:

c. *Cordi*. 2. *Sed cum novellae nostrae tam decisiones quam constitutiones, quae post nostri codicis confectionem latae sunt, extra corpus eiusdem codicis divagabantur et nostram providentiam nostrumque consilium exigere videbantur ...*

3. *... easdem constitutiones nostras decerpere et in singula discretas capitula ad perfectarum*

⁹² Su di essa mi si consenta il rinvio a P. GARBARINO, *Note su C. 1.14.12 cit.*, 247 ss.

⁹³ *Hoc autem quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci kata poda dicunt), et si qui forsitan per titulorum subtilitatem adnotare maluerint et ea quae paratitla nuncupantur componere. Alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne veritas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus.*

⁹⁴ Peraltro in dottrina è stato anche sostenuto che il divieto di *commentarios adnectere* avrebbe riguardato soltanto l'inserimento di commenti esplicativi all'interno degli stessi testi codificati, onde evitare l'insorgenza di dubbi sul tenore letterale dei medesimi: così H.J. SCHELTEMA, *Das Kommentarverbot Justinian*, in TR 45, 1977, 307-331, seguito ora, per esempio, da S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino* (tr. it. a cura di P. BUONGIORNO), Torino 2015, 55-57.

⁹⁵ Sulla quale v., per tutti, A.M. GIOMARO, *Il 'Codex repetitae praelectionis'*, Roma 2001.

⁹⁶ Sulla c. *Cordi*, v. la sintesi di G. SCHERILLO, *Cordi*, in NNDI, 4, Torino 1959, 852.

constitutionum soliditatem competentibus supponere titulis et prioribus constitutionibus eas adgregare.

Anche in questo caso la commissione è stata espressamente autorizzata a eliminare le costituzioni superflue e a introdurre tutte le modifiche necessarie, in modo da raggiungere la massima chiarezza dei testi, consentendo così una lettura coordinata con quanto contenuto nel Digesto e nelle Istituzioni.⁹⁷ Un esempio significativo, pur se scontato, del lavoro di coordinamento tra la seconda edizione del Codice e il Digesto, sta nell’espunzione della c.d. Legge delle citazioni – quasi sicuramente presente, come detto, nella prima edizione dell’opera –, ormai non più in vigore dopo la pubblicazione del Digesto; al contempo, in sua sostituzione, vengono inserite nel Codice sia la c. *Deo auctore*, con cui era stata ordinata la redazione del Digesto, sia la c. *Tanta/Δέδωκεν* (nella sola versione latina) con cui esso era stato pubblicato.

6. ALLA RICERCA DEL ‘SISTEMA ESTERNO’: I REQUISITI.

Nel corso della rassegna precedente, ho cercato di presentare i punti a mio parere più rilevanti per tentare di rispondere all’interrogativo se – e in che misura – il *Corpus iuris* possa essere considerato ‘sistema esterno’. È superfluo avvertire che i punti suddetti rispecchiano gli orientamenti di Giustiniano, i suoi propositi progettuali e, anche, la sua visione del potere imperiale in rapporto alla produzione e creazione del diritto. Potrebbe, perciò, esservi uno scostamento più o meno significativo tra tali enunciazioni programmatiche e ciò che è stato effettivamente compiuto. Va, però, detto che dal confronto tra le enunciazioni dell’imperatore e l’opera così come è giunta sino a noi, si ricava che il *Corpus iuris* è stato realizzato rispettando in larghissima parte le direttive date nelle costituzioni che ordinano la redazione delle diverse opere, sicché, sul piano sia della costruzione sistematica delle sue componenti, considerate singolarmente e nel loro insieme, sia della concezione del diritto che sta alla loro base, le enunciazioni poste prima in evidenza non sono smentite da quanto è stato concretamente attuato.⁹⁸ Ci si potrebbe semmai porre delle domande sull’effettivo impatto del *Corpus iuris* sulla concreta vita giuridica; in particolare, se e in che misura i testi degli antichi giuristi conservati nel Digesto fossero

⁹⁷ Cfr. c. Cordi, 3: *Supra dictis itaque magnificis et prudentissimis viris permisimus haec omnia facere et, si qua emendatione opus fieret, hanc facere non titubante animo, sed nostra auctoritate fretos, constitutiones vero superfluas vel ex posterioribus sanctionibus nostris iam vacuatas, vel si quae similes vel contrariae inveniuntur, circumducere et a prioris codicis congregatione separare et tam imperfectas replere quam nocte obscuritatis obductas nova elimationis luce retegere, ut undique non solum institutionum et digestorum via dilucida et aperta pateret, sed etiam constitutionum nostri codicis plenum iubar omnibus clareat, nulla penitus nec simili nec diversa nec inusitata relicta, cum nemini venit in dubium, quod repetita praelectio probavit, hoc satis validum satisque esse formosum. (...).*

⁹⁸ Per quanto riguarda il Digesto, uno scostamento rispetto al progetto iniziale può essere riscontrato nel fatto che c. *Deo auctore* 4 aveva previsto che fossero utilizzati gli scritti dei soli giuristi *quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarum legum sacratissimi principe praebuerunt*, con possibile riferimento allo *ius respondendi ex auctoritate principis*, mentre nell’opera confluiscono anche frammenti di scritti di giuristi che non lo ebbero; nella c. *Tanta/Δέδωκεν* non si trova alcun esplicito cenno a tale estensione, né, tantomeno, alcuna giustificazione di essa, limitandosi il testo a constatare che sono stati scelti giuristi (*legislatores e commentatores*) ritenuti degni di un’opera così importante e che gli imperatori precedenti qualificarono come tali: c. *Tanta/Δέδωκεν*, 20a: *Legis latores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati ...*

impiegati nei processi,⁹⁹ posto, tra l'altro, che la lingua parlata nell'impero romano d'oriente era in larghissima prevalenza il greco e non il latino;¹⁰⁰ così, pure, se e in che misura l'insegnamento superiore del diritto rimanesse fedele ai testi ufficiali, o se ne discostasse, poiché sappiamo che le lezioni si svolgevano in greco su traduzioni approntate dai professori.¹⁰¹ Tutti questi aspetti, però, non mi sembra che possano avere rilievo decisivo sulla ricostruzione che sto qui proponendo.

Ciò chiarito, passo a esporre alcune considerazioni riassuntive ricavabili dalle fonti prima evidenziate, partendo dalla nozione di 'sistema esterno', nella sua declinazione nei quattro requisiti della 'coerenza', 'completezza', 'indipendenza' e 'necessità'.

Iniziamo dai primi due, che non mi sembra pongano particolari problemi:

– 'coerenza': Giustiniano ritorna più volte sull'interna coerenza delle singole opere della compilazione, sia come obiettivo da raggiungere (per. es. c. *Deo auctore*, 8, in cui si prescrive che il Digesto debba essere privo di antinomie), sia come risultato pienamente raggiunto: per es., quanto al *novus Codex*, c. *Tanta/Δέδωκεν*, pr., in cui si usa l'espressione *una consonantia* per descrivere tale risultato; o, quanto al Digesto, c. *Tanta/Δέδωκεν*, 10 e 15, in cui sottolinea che si è eliminato il superfluo dagli scritti degli antichi giuristi e si è avuto cura di evitare le contraddizioni, presenti con frequenza nel magma delle opere giurisprudenziali;

– 'completezza': la compilazione deve contenere tutto il diritto vigente, opportunamente coordinato e rivisto; di conseguenza viene espressamente vietato l'uso di fonti giuridiche (siano esse costituzioni imperiali, siano scritti di giuristi), che non siano contenute in essa (cfr. c. *Tanta/Δέδωκεν*, 19).¹⁰²

Entrambi sono, dunque, presenti nel progetto ed entrambi si ritengono esser stati realizzati nella compilazione.

⁹⁹ Riassume i dubbi in proposito, R. BONINI, *Introduzione cit.*, 42-46, cfr., S. TROYANOS, *Le fonti cit.*, 88, secondo cui, anche prima della morte di Giustiniano, «dei *Digesta* e del *Codex* [...] era fatto minimo uso, a causa della loro limitata utilità pratica; ma anche quando erano utilizzati, i loro insegnamenti erano basati non sull'originale, ma su epitomi (*summae*) [...]»; inoltre si dubita sull'effettiva diffusione delle opere della compilazione in tutte le province dell'impero, anche quelle più remote: v. ID., *op. cit.*, 68. D'altro canto va anche ricordato che lo stesso Giustiniano afferma che prima della redazione del Digesto il numero delle opere giurisprudenziali effettivamente impiegate nei processi era piuttosto ridotto (cfr. c. *Tanta/Δέδωκεν*, 17; v. anche *supra* nt. 60).

¹⁰⁰ Non per caso è in greco il testo ufficiale di gran parte delle *Novellae* (in particolare, quelle inviate a Giovanni di Cappadocia); sembra, comunque, che nella corte di Giustiniano vi fosse un contrasto tra i fautori dell'impiego del greco nella redazione delle costituzioni e i difensori del latino (verosimilmente Triboniano); in merito, v. E. STEIN, *Deux questeurs de Justinien et l'emploi des langues dans ses nouvelles*, in *Opera minora selecta*, Amsterdam 1968, 359 ss.; G. DAGRON, *Aux origines de la civilisation byzantine langue de culture et langue d'Etat*, in *Revue Historique* 241, 1969, 36 ss.; 42 ss.; T. HONORÉ, *Tribonian cit.*, 134 ss.; in generale, sul tema della lingua d'uso nell'impero romano d'oriente nel secolo VI e sull'impiego del latino e/o del greco nei testi giuridici, v., anche per il rinvio a ulteriore bibliogr., C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo*, Torino 2016, 1 ss.

¹⁰¹ Sull'insegnamento del diritto in età giustiniana, v., per tutti, con rinvio a fonti e letteratura, S. TROYANOS, *Le fonti cit.*, 57 ss.

¹⁰² (...) *Hasce itaque leges et adorate et observate omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus. Nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab isdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus una cum iudice, qui ei audientiam accommodabit, poenis gravissimis laborare.*

Restano gli altri due requisiti, ‘indipendenza’ e ‘necessità’, sui quali invece occorre soffermarsi un poco di più. Iniziamo da ‘necessità’. Come si ricorderà,¹⁰³ per Losano questo requisito esprime «l’esigenza di non mescolare assiomi diversi, per esempio quelli giuridici con quelli religiosi o ideologici».¹⁰⁴ Si tratta di un requisito forse meno essenziale degli altri tre, tanto che lo stesso Losano afferma che esso ha impronta più estetica che logica.¹⁰⁵ In ogni caso, è ben noto che la legislazione imperiale tardoantica si caratterizza dalla presenza di non pochi interventi normativi imperiali su tematiche di tipo religioso, per cui potrebbe sorgere il dubbio che il requisito suddetto possa non essere rispettato. In realtà la presenza di tematiche religiose è diretta conseguenza del rilievo imprescindibile che il cristianesimo assume nell’Impero dopo Costantino. Non per caso i primi tredici titoli del primo libro del Codice giustiniano raccolgono le costituzioni in argomento religioso, precedendo anche le costituzioni in tema di fonti del diritto che occupano i titoli dal quattordicesimo in poi, quasi a voler rimarcare la priorità che la fede cristiana ha assunto nella stessa organizzazione giuridica dell’Impero.¹⁰⁶ A titolo meramente esemplificativo si può richiamare la prima costituzione che apre il Codice, la *Lex Cunctos populos* del 380, la quale proclama solennemente che la sola *religio* dell’Impero è quella cristiana:

C. 1.1.1.pr. *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostulum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari maiestate et sub pia trinitate credamus.*¹⁰⁷

Si tratta di un provvedimento ampiamente discusso dagli studiosi.¹⁰⁸ In questa sede mi preme esclusivamente notare che l’affermazione teologica relativa al dogma della trinità è contenuta in un testo dal valore squisitamente giuridico: essa è sussunta in una legge imperiale, per poter imporre, per così dire, in maniera coattiva la *fides chatolica* ortodossa ai sudditi dell’impero. Ho voluto soffermarmi brevemente su questa costituzione, per mostrare come le proposizioni di tipo religioso – in questo caso potremmo parlare anziché di dogma, di assioma, seguendo la terminologia formale di Mario. G. Losano – non hanno una

¹⁰³ Cfr. *supra*, par. 2.

¹⁰⁴ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 195.

¹⁰⁵ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 195.

¹⁰⁶ Ne è la prima significativa testimonianza il fatto che il Codice Teodosiano dedica un intero libro, il XVI e ultimo, alle costituzioni che riguardano temi religiosi (in merito v., per tutti, L. DE GIOVANNI, *Chiesa e Stato nel Codice teodosiano. Alle origini della codificazione nei rapporti Chiesa-Stato*, Napoli 2001); Giustiniano, con scelta sistematica di evidente grande rilevanza, apre il suo Codice con gli stessi temi.

¹⁰⁷ La costituzione prosegue nel seguente modo: 1. *Hanc legem sequentes christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpsimus, ultione plectendos.* Il testo del provvedimento è ripreso dai giustiniani da CTh. 16.1.2, con la sola omissione della frase *nec conciliabula eorum ecclesiarum nome accipere*, inserita nel testo del Teodosiano tra *infamiam sustinere* e *divina primum vindicta*.

¹⁰⁸ Cfr., anche per il rinvio a ulteriore bibliogr., E. DOVERE, *ius principale e chatolica lex*², Napoli 1999, 180 s. e nt. 128; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 241 s.

loro autonomia o una loro separatezza rispetto allo strumento giuridico in cui sono inserite e al correlativo linguaggio. È un dato che può essere constatato anche nelle altre costituzioni di argomento religioso riportate dal Codice. Si può perciò affermare che il requisito della necessità, come sopra definito, è rispettato dai testi contenuti nella compilazione, di talché non può essere messo in discussione da questo punto di vista il carattere di ‘sistema’ attribuibile a quest’ultima.

Passiamo ora a ‘indipendenza’.¹⁰⁹ Sul piano teorico-giuridico essa consiste, fondamentalmente, nella inammissibilità della confusione tra proposizioni descrittive e proposizioni normative. Ora, posto che la compilazione è una raccolta normativa, essa non dovrebbe contenere, per definizione, proposizioni descrittive; se ciò accadesse, se cioè si constatasse la compresenza sia di proposizioni descrittive sia di proposizioni normative, se ne dovrebbe inferire che non sarebbe valutabile, a rigore, come ‘sistema esterno’, il quale, per Losano, deve essere composto solo da proposizioni descrittive. A me pare, però, che questa netta separazione tra piano scientifico-descrittivo e piano normativo rifletta in maniera forse troppo stringente la condizione attuale dell’esperienza giuridica, caratterizzata dalla divisione e formale impermeabilità tra scienza e legislazione, tra chi studia le norme e chi ha il potere di porle. Nell’esperienza storica, in particolare in quella romana, non è dato riscontrare una siffatta separazione, almeno sino a Giustiniano. Il fatto che un formante assai significativo e probabilmente a lungo prevalente sia quello giurisprudenziale, rende difficilmente utilizzabile il requisito della ‘indipendenza’ come sopra definito. Un ordinamento giuridico che preveda come fonte del diritto le *sententiae et opiniones* dei giuristi (Gai. 1.7), che dia spazio, nella sua lunga storia, a modalità extra autoritative di formazione del diritto, che conducono a configurare lo *ius* come ciò che *sine scriptum venit compositum a prudentibus* (Pomp. *l. sing. enchir.* D. 1.2.2.), ovvero, in una consimile prospettiva, a definire *ius civile* ciò che *sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (Pomp. *l. sing. enchir.* D. 1.2.2.12), non sembra poter distinguere in maniera categorica tra il linguaggio giuridico prescrittivo e quello descrittivo. Entrambi sono, nella realtà storica, presenti e contribuiscono a connotare, in maniera spesso inscindibile, il contenuto di una fonte del diritto peculiare come quella giurisprudenziale. Ciò accade non soltanto nei periodi in cui i giuristi partecipano attivamente alla formazione del diritto, ma anche – ed è un rilievo essenziale nel discorso che stiamo svolgendo – quando, con il passaggio all’assolutismo imperiale, esaurita tale funzione, è l’insieme delle opere giurisprudenziali tramandate che assume valore normativo a fianco delle costituzioni imperiali. A un ordinamento in cui una parte almeno delle norme (e, direi, comunque una parte cospicua) è espressa da fonti di tal genere, non sembra applicabile la rigida distinzione tra proposizioni descrittive e proposizioni normative, proprio perché nelle opere giurisprudenziali, per lo stesso genere letterario cui esse appartengono, non v’è separazione tra le une e le altre; spettava, perciò – come abbia-

¹⁰⁹ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 204, precisa che in senso teorico generale l’indipendenza degli assiomi di un sistema consiste nella indeducibilità degli assiomi da altri assiomi, trattandosi di «elementi ultimi, semplici e indiscutibili»; formulato in questo modo il principio di indipendenza è, però, inapplicabile in un sistema ‘giuridico’ esterno, perché porterebbe alla conseguenza, assurda sul piano sostanziale, che le norme non potrebbero stabilire il contenuto di altre norme e, sul piano formale, che le norme non potrebbero derivare la loro validità da altre norme (come, invece, sostiene la teoria kelseniana); di fronte a questa difficoltà, M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 204 s., propone questa reinterpretazione del requisito dell’indipendenza: «in termini giuridici, questo requisito individua un altro dei punti cruciali della scienza del diritto, cioè l’inammissibilità della confusione tra proposizioni descrittive e proposizioni normative, e, in particolare, l’impossibilità formale del passaggio dall’essere (Sein) al dover essere (Sollen) e viceversa, tipica della dottrina pura del diritto».

mo già visto – all’interprete/operatore del diritto, in particolare nei processi, individuare la norma e applicarla, traendola, appunto, dalla letteratura giurisprudenziale. Questa intrinseca indistinguibilità ha, tra l’altro, come conseguenza significativa, che le stesse opere non solo costituivano fonte del diritto, ma nello stesso tempo erano anche impiegate nell’insegnamento del diritto.¹¹⁰ Inoltre, il complesso degli scritti giurisprudenziali aveva in sé – direi quasi inevitabilmente – oscurità e contraddizioni, conseguenza, sia del cospicuo numero di opere tramandate, sia soprattutto delle diversità di opinioni espresse dai giuristi. La c.d. Legge delle citazioni, aveva sì prescritto delle regole per risolvere le contraddizioni insite nelle fonti che si potevano presentare nei processi, ma non forniva ancora una soluzione definitiva, sia perché lasciava ancora ampio spazio alla libera scelta del decisore, sia perché non garantiva l’applicazione della stessa soluzione a casi simili che si presentassero in processi diversi.

A ben vedere, Giustiniano quando decide di procedere alla compilazione del Digesto si trova esattamente innanzi alla situazione ora brevemente descritta. La scelta di far redigere un’opera che realizzasse una scelta di passi tratti dagli scritti dei giuristi antichi e che fosse caratterizzata da ‘coerenza’ e ‘completezza’ appare rivoluzionaria, perché introduce una spaccatura netta con l’esperienza giuridica precedente. Tuttavia i compilatori non potevano prescindere dalla tipologia di fonti su cui erano chiamati a lavorare. Pur procedendo a una scelta guidata dai criteri, come detto, della ‘coerenza’ e della ‘completezza’, la natura intrinseca degli scritti giurisprudenziali non poteva essere stravolta; in particolare, i frammenti escerpti conservarono il loro carattere di fondo che era, in genere, descrittivo e non prescrittivo (tanto che in un passo del Digesto, il brusco passaggio dal primo carattere al secondo è solitamente considerato indizio di possibile interpolazione). Così anche, seguendo una tradizione secolare, Giustiniano continuò a prevedere che le opere della compilazione avessero anche una funzione didattica. Questa decisione può esser stata anche favorita dal predetto carattere descrittivo delle opere giurisprudenziali, che indubbiamente ha maggiore efficacia sul piano didattico, oltre che da un comprensibile rispetto di una radicata consuetudine nell’insegnamento del diritto. Non è perciò un caso, che le costituzioni imperiali, connotate per lo più non dalla descrittività ma da esplicita prescrittività, siano affrontate nell’ultimo anno di corso, come dispone la riforma giustiniana degli studi giuridici,¹¹¹ dopo aver assimilato le Istituzioni e larga parte del Digesto. Proprio la loro impostazione prescrittiva, anche quando hanno carattere casistico, contribuisce a rendere didatticamente meno facile il loro apprendimento, oltre al fatto che in genere presuppongono la conoscenza degli istituti fondamentali, che trovano la loro enunciazione nelle opere giurisprudenziali e, in particolare, nei manuali istituzionali.

Alla luce delle precedenti considerazioni sembra perciò inapplicabile alla compilazione il criterio della ‘indipendenza’ secondo l’impostazione di Mario G. Losano. Ciò è sufficiente a escludere che la compilazione si possa considerare un ‘sistema esterno’? Forse la risposta potrebbe essere positiva, se si ragionasse, certo in maniera rigorosa, esclusivamente con criteri, come quelli proposti da Losano, che sono strettamente dipendenti dalle caratteristiche formali che ha assunto oggi l’esperienza giuridica nella sua duplice declinazione scientifica e normativa. La separatezza tra l’una e l’altra, almeno negli ordinamenti giuridici continentali, è un dato costante e basilare: le fonti del diritto, per lo più previste e disciplinate

¹¹⁰ D. MANTOVANI, *Per una ricerca sulle strutture nascoste* cit., 19, mette l’accento sul ruolo delle scuole di diritto, ben attive in tutta l’età tardoantica sino a Giustiniano, come essenziale anello di congiunzione tra «il sapere elaborato dagli antichi *prudentes*» e la vita giudiziaria e negoziale.

¹¹¹ V. c. *Omnem*, 5.

costituzionalmente (come nel nostro Paese), sono ben distinte dalla c.d. dottrina, la quale in linea formale (e, per lo più, anche sostanziale) non partecipa alla formazione del diritto. Ora, l'origine di questa separatezza va individuata in particolare nell'opera di compilazione giustiniana (a me pare che in questo Filippo Gallo abbia ragione), anche se è stata preparata dalla lenta trasformazione del Principato in un regime di monarchia assoluta. Al momento della compilazione, tuttavia, i giustinianeî avevano di fronte un quadro delle fonti ereditato da un passato secolare, il cui nucleo forse centrale e comunque determinante, era composto dagli scritti dei giuristi antichi. Per la loro stessa natura, pur nella diversità dei generi letterari giurisprudenziali (per esempio: raccolte di casi, commenti, monografie, manuali), essi erano contraddistinti dal carattere della descrittività, che ne rendeva del tutto peculiare il loro impiego come fonti del diritto. I compilatori giustinianeî, nel loro lavoro di scelta, di estrapolazione e sistemazione ordinata dei frammenti tratti da tali scritti, non potevano cancellare tale carattere, coesistente a tali fonti. O, meglio, il lavoro necessario per ricavare il semplice precetto dai testi giurisprudenziali era probabilmente troppo complesso e arduo perché lo potessero affrontare con successo (d'altro canto ciò avvenne solo a secoli di distanza, quando iniziò in Europa la fase delle codificazioni). Si sarebbe dovuto abbandonare del tutto un modo tradizionale di rapportarsi con le fonti giurisprudenziali: un passo che, verosimilmente, la cultura giuridica giustiniana non era in grado di affrontare. Diverso è il caso delle costituzioni imperiali. Già nei codici precedenti era stata riportata di esse soltanto la parte precettiva,¹¹² mentre erano state eliminate, in particolare, le parti narrative, consistenti, per lo più, nelle prefazioni in cui spesso si faceva riferimento all'*occasio legis*.¹¹³ Per la redazione del suo *Codex*, Giustiniano mantiene questa scelta semplificatrice,¹¹⁴ anche se nell'attività legislativa ordinaria, come ricaviamo dalle novelle, continua a emanare costituzioni ampie e articolate, con apposite parti introduttive dedicate soprattutto a illustrare i presupposti dell'intervento normativo.

Tornando al Digesto, va ribadito che esso segna, comunque, una profonda separazione rispetto alle modalità con cui le fonti giurisprudenziali erano in precedenza affrontate e utilizzate. Ne è segno formale determinante il fatto che, come visto, Giustiniano dà ai brani raccolti nell'opera il nome e conseguentemente l'efficacia di *leges*, equiparandoli in toto alle costituzioni imperiali. Viene così indicata una linea di sviluppo dell'ordinamento giuridico, in cui non è più dato spazio né a forme extraautoritative di creazione del diritto, né, addirittura, alla stessa interpretazione del diritto, riservata, come sappiamo, all'imperatore. Da un lato, dunque, stanno le norme imperiali, dall'altro i sudditi che le devono pedis-

¹¹² Cfr., per il Teodosiano, CTh. 1.1.5 (relativa al primo progetto): *post haec, ut constitutionum ipsa etiam verba, quae ad rem pertinent, reserventur, praetermissis illis, quae sancienda rei non ex ipsa necessitate adiuncta sunt*: CTh. 1.1.6 (relativa al secondo progetto, poi realizzato): *pr. ... et circumcisis ex qua[que] constitutione ad vim sanctionis non pertinentibus solum iu[s] relinquatur*. 1. *Quod ut brevitae constrictum claritate luc[e]at, adgressuris hoc opus et demendi supervacanea verba et a[di]ciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem...*

¹¹³ Sulla forma delle costituzioni imperiali e sulla distinzione sostanziale tra testo originale e testo accolto nei codici, ancora fondamentale E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, II, Firenze 1971, 821 ss.

¹¹⁴ Cfr. c. *Haec quae necessario*, 2: *...resecatis tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris aliqua divisione adiuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus, novellis etiam constitutionibus leges componere...*; v., anche, c. *Summa*, 1.

sequamente applicare. Nel corso della storia questa distinzione radicale subirà attenuazioni e trasformazioni, ma rimarrà come dato di fondo: le norme e chi ha il potere di crearle, da un lato, e coloro che le devono applicare, dall’altro lato, sono su due piani ben distinti e separati e, in linea di principio, non reciprocamente comunicanti (tranne per il residuo spazio accordato, in varia misura a seconda degli ordinamenti, alla consuetudine). L’interpretazione dottrinale sarà, di conseguenza, meramente ricognitiva e formalmente non potrà partecipare alla formazione del diritto. Ne deriva che al legislatore sarà riservato il linguaggio prescrittivo, alla dottrina quello descrittivo. In tal modo si può comprendere, a mio giudizio, l’assunto di Mario G. Losano secondo cui per aversi ‘sistema esterno’ è necessario il requisito dell’‘indipendenza’, vale a dire che nel linguaggio con cui il ‘sistema’ è enunciato, è inammissibile la confusione tra proposizioni prescrittive e proposizioni descrittive: alla scienza giuridica – di cui il ‘sistema esterno’ è un prodotto – è riservato l’uso di proposizioni descrittive, essendo illogico che essa impieghi proposizioni prescrittive, le quali, di per sé, in un contesto di discorso giuridico-scientifico avrebbero comunque valenza descrittiva e non potrebbero mai assumere, per definizione, efficacia prescrittiva.

7. ALLA RICERCA DEL ‘SISTEMA ESTERNO’: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Le considerazioni sopra svolte potrebbero portare a concludere che chiedersi se la compilazione sia configurabile anche come ‘sistema esterno’, conduca a una insuperabile aporia. Ritengo, però, che la questione vada affrontata in una prospettiva non solo teorica, ma anche e soprattutto storica. Mi sembra che il punto centrale debba essere, ancora una volta, il fatto che la compilazione giustiniana chiuda un’epoca e contemporaneamente ne apra una nuova, le cui conseguenze giungono sino ai nostri giorni (e, probabilmente, l’elaborazione del requisito dell’‘indipendenza’ come connotante il ‘sistema esterno’ – che sopra ho cercato di commentare – è una di esse). Per comprendere questo passaggio è, a mio giudizio, essenziale distinguere con precisione, da un punto di vista anche formale, i compiti della commissione preposta alla compilazione e la funzione svolta dall’imperatore. Nel loro lavoro di raccolta, scelta, adattamento, dei passi dei giuristi e delle costituzioni imperiali, i compilatori svolgono un lavoro del tutto assimilabile a quello di un giurista che, partendo dalle norme, intenda costruire una struttura (‘struttura come *terminus ad quem*’), finalizzata a facilitare l’apprendimento o la comprensione della materia. Il valore normativo è però attribuito alle opere che compongono la compilazione da uno specifico provvedimento imperiale, che le approva e le rende cogenti per tutti i sudditi. Sono cioè le varie costituzioni che pubblicano via via il primo Codice (c. *Summa rei publicae*), le Istituzioni (c. *Imperatoriam*), il Digesto (c. *Tanta/Δέδωκεν*) e, infine, la seconda edizione del Codice (c. *Cordi*), che conferiscono loro valore normativo, e ciò in linea con la dottrina dell’assolutismo imperiale professata da Giustiniano. Ne risulta che sul piano delle distinte competenze, il lavoro dei compilatori è senz’altro assimilabile a quello del giurista che «mette ordine in una realtà caotica» come insegna Losano.¹¹⁵ Il risultato che essi presentano all’imperatore è, da questo punto di vista, assimilabile a un ‘sistema esterno’, pur accogliendo contestualmente proposizioni, in astratto, sia descrittive sia prescrittive. Soltanto la definitiva approvazione dell’imperatore attribuisce a quel risultato, considerato sia singolarmente sia nel suo insieme, valore normativo cogente, trasformando così la compilazione in un ‘sistema interno’.

Il passaggio non è solo formale. Non si tratta soltanto di un mero atto con cui l’impe-

¹¹⁵ M.G. LOSANO, *Sistema*, I cit., 170.

ratore dà forza di legge a testi che hanno, peraltro, un contenuto normativo peculiare, perché mantengono, per esempio, le caratteristiche descrittive – e quindi anche didattiche – delle opere giurisprudenziali. È un cambio radicale di paradigma. La compilazione, per definizione, è completa e coerente. Dunque, con la sua entrata in vigore viene abolita – in linea di principio – ogni residua discrezionalità nella ricerca e nell'individuazione della norma da applicarsi al caso concreto, discrezionalità che, in precedenza, dipendeva dalla stratificazione secolare delle fonti del diritto, sia di tipo autoritativo, come le costituzioni imperiali, sia di tipo extraautoritativo quali quelle di matrice giurisprudenziale. A ben vedere, il c.d. *ius controversum*, che permane nell'età tardoantica sia pure in una dimensione per così dire statica (perché non era più alimentato dal dibattito giurisprudenziale), avrebbe potuto consentire ai pratici di adattare a nuove esigenze le regole giuridiche tramandate, pur senza la presenza di una giurisprudenza guida come in epoca classica. L'intervento dell'imperatore, chiamato ancora spesso in sede giudiziaria a dire una parola definitiva sulle controversie, avrebbe potuto continuare a costituire il necessario consolidamento di interpretazioni nuove o diverse delle regole antiche. La politica ostile, fin da Costantino, a continuare a dare valore generale alle soluzioni adottate nell'attività rescrittiva dell'imperatore,¹¹⁶ può aver aggravato la percezione di incertezza del diritto e aver accentuato, quindi, la sensazione, forse inevitabile, di inadeguatezza delle fonti e macchinosità nel loro uso, contribuendo a rafforzare la richiesta di riforme volte a semplificare e a fare chiarezza anche attraverso lo strumento codificatorio.

Giustiniano vuole dare una soluzione definitiva (o pretesa tale) ai tanti problemi posti dalle fonti del diritto, realizzando una compilazione che ha lo scopo di eliminare dalle stesse ogni ambiguità o contraddizione. Ciò significa, anche e forse soprattutto, pretendere di eliminare ogni residua discrezionalità nell'applicazione delle norme giuridiche. Per realizzare ciò l'imperatore agisce in due fasi distinte: la fase della elaborazione delle raccolte di norme e il momento della loro promulgazione. Ora, a mio giudizio la prima fase conduce alla costruzione di un 'sistema esterno'. Ricordo che Mario G. Losano ribadisce, più volte, che il 'sistema esterno' è «una costruzione intellettuale che mette ordine in una realtà caotica; è una rete conoscitiva che si sovrappone al suo oggetto».¹¹⁷ Ridotto alla sua essenza, il concetto di 'sistema esterno' descrive in maniera efficace il risultato del lavoro dei compilatori, anche se non possiede, per le ragioni storiche che ho tentato di spiegare, tutti i requisiti, che la teoria generale del diritto oggi pretende da esso, quale, nello specifico quello della 'indipendenza'. Ciò posto, con la promulgazione, le opere della compilazione – o, meglio, la compilazione (Istituzioni, Digesto e Codice) nel suo insieme – danno vita a un 'sistema interno'. Come detto, si attua in questo modo un cambio di paradigma, se si vuole qualificabile anche con l'espressione *legum permutatio* su cui ha insistito Filippo Gallo nei suoi ultimi studi,¹¹⁸ che introduce una nuova concezione del diritto e dà inizio a una nuova storia, che porta, con un filo non sempre ininterrotto ma che a un primo esame sembra consequenziale, al prevalere nella contemporaneità di un 'sistema giuridico interno' che nei suoi tratti essenziali si presenta come erede della scelta giustiniana e, al contempo,

¹¹⁶ Su questo tema v. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Paris 1979, 35 ss.; cfr., da ultimo, D. MANTOVANI, *Sulle tracce dei rescripta richiesti dai privati nella tarda antichità*, in *Tesseræ Iuris* 1, 2020, 9 ss., che osserva come, in ogni caso, continuasse copiosa l'emanazione di rescritti imperiali, conformi allo *ius*, su sollecitazione di privati (ma, sappiamo, anche di comunità cittadine o di corporazioni o di altre pubbliche aggregazioni), la cui efficacia era circoscritta, però, soltanto ai casi per i quali erano concessi.

¹¹⁷ M.G. LOSANO, *Sistema*, II cit., 2.

¹¹⁸ Cfr. *supra*, nt. 48.

corrisponde allo schema formale elaborato da Kelsen nella sua dottrina pura del diritto.

Il cambio di paradigma accennato sembra anche contrassegnare due diverse concezioni del diritto: la prima, anteriore alla compilazione, è caratterizzata dalla a-sistematicità, dalla mancata costruzione di un 'sistema' giuridico, sia 'interno' sia 'esterno' (nel senso, ovviamente, losaniano dei termini), forse dalla stessa mancanza dell'esigenza di avere un 'sistema' o di elaborarlo, diremmo oggi, scientificamente. La seconda, che prende avvio con la compilazione, è caratterizzata, invece, dalla sistematicità, dalla necessità e, direi, dalla coerenza del 'sistema'. Ancora una volta, se questa ricostruzione è esatta, l'età giustiniana e, in particolare, il *Corpus Iuris*, segnano la fine definitiva del diritto antico, e l'inizio in campo giuridico della modernità.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220