

CAPITOLO III

LE FONTI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Fonti di produzione e fonti di cognizione. – 2. Ordinamenti chiusi e ordinamenti aperti. – 3. Elenchi di fonti di produzione. – 4. Periodizzazione di diritto privato. – 5. Diritto arcaico: i *mores maiorum* e i pontefici. – 6. Diritto arcaico: la legge delle XII Tavole. – 7. Diritto arcaico: leggi e plebisciti. – 8. Diritto preclassico: i pretori, la buona fede e il *ius gentium*. – 9. Il diritto preclassico: l'editto del pretore e il diritto onorario. – 10. Diritto preclassico: rapporti tra *ius civile* e *ius honorarium*. – 11. Diritto preclassico: la giurisprudenza. – 12. Diritto classico: il principe e la giurisprudenza. – 13. Diritto classico: il principe, i senatoconsulti e le costituzioni imperiali. – 14. Diritto classico: accentramento delle fonti nelle mani del principe. – 15. Diritto postclassico: *leges* imperiali e consuetudine. – 16. Diritto postclassico: *iura*. – 17. Diritto postclassico: i *codices*. – 18. La compilazione giustiniana: il Digesto. – 19. La compilazione giustiniana: Istituzioni, Codice e Novelle.

1. Fonti di produzione e fonti di cognizione

Fonte in senso naturalistico indica la vena d'acqua corrente, la sorgente; tale termine si carica facilmente di valori metaforici: nelle discipline storiche, fonti sono le testimonianze sugli avvenimenti indagati, che ne documentano la ricostruzione (ad esempio, testi letterari, epigrafici, papirologici, monete, resti archeologici); nella cultura giuridica, fonti sono gli atti o, più in generale, gli eventi da cui scaturisce il diritto.

Si parla in proposito di **fonti di produzione** del diritto, intendendo tutti quei mezzi attraverso i quali è possibile creare il diritto, i modi che portano alla nascita delle norme giuridiche.

Si è soliti distinguere fonti di produzione in senso materiale, cioè gli organi da cui vengono prodotte le norme (oggi, in primo luogo, il Parlamento; in diritto romano il popolo, il pretore, l'imperatore), e fonti di produzione in senso formale, per indicare il risultato dell'attività dei predetti organi (la legge, l'editto, la costituzione imperiale).

La fonte di produzione originaria delle norme giuridiche è la costituzione (politica), cioè la convenzione, esplicita o tacita, dei consociati che sta alla base dell'organizzazione statale.

Diverso è il concetto di **fonti di cognizione** del diritto, termine col quale si indica ogni mezzo che consenta di conoscere forme e contenuti del diritto: possono essere rappresentate dall'estrinsecazione delle stesse fonti di produzione (la principale fonte di cognizione delle leggi è oggi la Gazzetta ufficiale), oltre che da tutti gli elementi, diretti e indiretti, dai quali può derivare la conoscenza di una norma (per conoscere le consuetudini vigenti in un dato momento storico si possono consultare le raccolte di usi presenti presso le Camere di Commercio).

La principale fonte di cognizione (in senso sia giuridico che storico) del diritto romano è il *Corpus iuris civilis*: senza quest'iniziativa dell'imperatore Giustiniano probabilmente la massima parte del patrimonio giuridico romano sarebbe andata perduta.

Per il periodo più antico le nostre conoscenze sono basate essenzialmente sulla tradizione, cioè sul racconto degli avvenimenti presentato dagli storici latini e greci vissuti in età repubblicana o del principato (Livio, Dionigi di Alicarnasso, Plutarco, Diodoro Siculo). Tale tradizione non sempre è degna di affidamento, perché spesso soggetta a falsificazioni e ad anticipazioni storiche dettate dall'orgoglio della *civitas*.

Per gli ultimi due secoli della Repubblica si può contare anche su qualche ritrovamento epigrafico e su fonti letterarie (comici: Plauto e Terenzio; grammatici: Varrone; tecnologi: Catone il Censore; oratori: Cicerone), la cui interpretazione presenta però notevoli ambiguità.

2. Ordinamenti chiusi e ordinamenti aperti

Le norme possono essere introdotte in più forme e da differenti autorità; in ogni ordinamento esistono varie fonti, di cui una prevale sulle altre, senza esaurire però tutto l'ordinamento; in base al tipo di fonti più rilevanti si distinguono ordinamenti chiusi e ordinamenti aperti.

Ordinamenti chiusi, o legislativi, sono quelli nei quali le norme nascono in massima parte da disposizioni scritte, emanate dall'autorità a ciò competente; in questi sistemi abbiamo un diritto legislativo, codificato. Le norme nascono *astratte*, cioè dirette a regolare un numero indefinito di casi, *generalmente*, indirizzate a un numero illimitato di persone, e *precostituite*, riguardanti

solo casi futuri. In tal modo è assicurata – almeno in teoria – la certezza del diritto, ma l'ordinamento è più rigido, più lento a rinnovarsi.

Gli ordinamenti più evoluti privilegiano le prescrizioni astratte, formulate in maniera generale e impersonale; gli ordinamenti dell'Europa continentale sono tutti a base legislativa, anche se negli ultimi anni stanno acquistando sempre maggior valore le sentenze dei giudici.

Di questo tipo era anche il sistema del diritto romano dell'ultima epoca, nel quale l'unica fonte ancora vitale erano le *leges*, intese come costituzioni emanate dall'imperatore.

Ordinamenti aperti, o casistici, sono quelli in cui le norme nascono per lo più come risposta al singolo caso che si presenta e per il quale non è ancora prevista una regola di condotta. In questi sistemi giuridici le norme, al loro primo sorgere, sono *specifiche*, cioè dettate per un numero determinato di casi, *particolari*, valgono per alcune persone, e *successive*, nascono dopo che il caso pratico si è posto all'attenzione dell'interprete. Quella che nasce come risposta singola e successiva al caso concreto si può trasformare, col tempo, in norma generale.

In questi ordinamenti non vi è solo la possibilità di creare rapidamente la norma per esigenze nuove, ma anche quella di mutare la disciplina già individuata, in considerazione delle specificità del caso concreto. Si ha, dunque, maggior duttilità e adattabilità del diritto; vige una maggior equità, cioè una giustizia adeguata per il caso singolo, tuttavia, il diritto è più incerto, perché può accadere di non conoscere preventivamente la norma che si applicherà al proprio caso.

Gli ordinamenti aperti possono a loro volta essere di tre tipi:

a) **consuetudinari**: la consuetudine è la più antica fonte del diritto e consiste nel comportamento uniforme e inveterato che i consociati adottano nella convinzione di obbedire a un imperativo giuridico. Gli ordinamenti meno evoluti hanno di solito come formante principale la consuetudine; tale era anche il diritto romano dell'epoca più antica, in cui le norme si desumevano dai *mores maiorum* (usanze degli anziani), i quali però cominciarono presto a essere oggetto di *interpretatio* da parte del collegio sacerdotale dei pontefici, primi giuristi nella storia;

b) **giudiziali**: nel diritto a base giudiziaria la norma scaturisce soprattutto dall'autorità dei precedenti giudiziari, dalle sentenze dei giudici emanate per casi analoghi. Tipico esempio di ordinamento giudiziale è quello di *common law*, in cui i precedenti giudicati non predeterminano la decisione, ma forniscono lo strumento per pervenirvi, tenendo conto del principio precedente-

mente fissato, la *ratio decidendi*, e del caso specifico al quale esso deve essere applicato,

c) **giurisprudenziali**: il diritto giurisprudenziale¹ è quello prodotto dalla dottrina dei giuristi, esperti privati che, pur non avendo alcun rapporto organico con la pubblica amministrazione, hanno l'autorità di interpretare e modificare il diritto vigente; tale autorità è loro riconosciuta dalla comunità sul presupposto delle capacità scientifiche dimostrate. Si tratta di un modello molto importante nell'esperienza romana di epoca preclassica e classica.

3. Elenchi di fonti di produzione

All'inizio del nostro codice civile vi sono alcuni articoli che hanno lo scopo di dettare delle disposizioni sulla legge in generale; l'art. 1 indica in ordine gerarchico quelle che sono le fonti del diritto italiano:

- 1) le leggi;
- 2) i regolamenti;
- 3) le norme corporative;
- 4) gli usi.

In realtà, questo elenco è impreciso e incompleto, perché è stato emanato nel 1942, sotto l'ordinamento fascista, al quale facevano espresso riferimento le norme corporative, che vennero abrogate già nel 1943; d'altro lato, nel 1948 si è aggiunta, in posizione suprema, la Costituzione, alla quale sono seguite poi varie leggi costituzionali.

Il quadro delle fonti del diritto attuali è poi più variegato, in quanto sia le Regioni a statuto speciale (a partire dalla Regione Siciliana istituita nel 1946), sia le Regioni ordinarie (previste dalla Costituzione, ma istituite in concreto solo nel 1970) possono emanare nelle materie di loro competenza – riguardanti molte importanti politiche pubbliche – *leggi regionali*, dotate di efficacia e regime giuridico corrispondenti a quelli delle leggi statali, sia pure in un quadro di complessiva supremazia della normativa statale a garanzia dell'unità dell'ordinamento.

All'elenco occorre aggiungere, inoltre, le molteplici norme di origine eu-

¹ Bisogna prestare attenzione al fatto che oggi per giurisprudenza si intende l'insieme delle sentenze dei giudici di merito e di Cassazione, mentre il sapere degli studiosi del diritto è chiamato dottrina.

ropea (trattato, regolamenti, direttive), che talora hanno un'efficacia preminente rispetto a quella delle leggi statali.

Senza parlare poi delle sentenze di Cassazione che vengono sempre più spesso considerate un importante elemento tramite il quale non solo conoscere il diritto vigente, ma anche farlo evolvere.

È dunque evidente come anche nel nostro ordinamento di tipo legislativo la situazione delle fonti sia molto più complessa di quello che potrebbe apparire a un primo superficiale sguardo; per averne una piena comprensione è necessaria una visuale a 360 gradi e un'ampia conoscenza storica.

Non deve, perciò, stupire che anche per i romani a un certo momento l'elenco delle fonti di produzione del diritto comprendesse molteplici figure, che si intersecavano nella loro efficacia secondo modalità di non immediata comprensione.

Possediamo due elenchi di fonti del diritto romano.

Il primo è contenuto nelle **Istituzioni di Gaio**, un manuale elementare di diritto privato, scritto verso la metà del II secolo d.C. da un giurista del quale sappiamo molto poco; si ipotizza che visse in una provincia orientale e che in vita non fosse conosciuto, ma il suo manuale ebbe grande successo nei secoli successivi, perché era un'opera di sintesi semplice e piana, che venne molto apprezzata in un'epoca di impoverimento culturale e giuridico come fu quella postclassica. Abbiamo molte tracce dell'ampia diffusione delle Istituzioni di Gaio in tutto l'impero romano²; quella più importante è costituita da un manoscritto palinsesto rinvenuto nella biblioteca capitolare di Verona e contenente il testo dell'opera quasi per intero³: si tratta dell'unica opera di un giurista classico che ci sia pervenuta integralmente e che ci permetta perciò di conoscere lo stato del diritto della sua epoca senza successive manipolazioni (presenti, come vedremo, nei testi del Digesto).

² Il testo fu preso a modello per le Istituzioni di Giustiniano e una sua epitome fu utilizzata nella *lex Romana-Visigotorum*, emanata da Alarico II nel 506, ad uso dei cittadini romani dell'impero visigoto. Il ritrovamento in Egitto di vari frammenti papiracei e pergamenacei contenenti il testo delle Istituzioni di Gaio, nonché la scoperta dei *Fragmenta Augustodunensia* – un manoscritto rinvenuto ad Autun, in Francia, che contiene parte di una sua modesta e prolissa parafrasi scritta tra il IV e il V secolo – provano che anche in queste parti dell'impero il manuale era utilizzato.

³ Nel 1816 lo studioso tedesco Barthold Georg Niebuhr notò che in un codice pergamenaceo contenente le *Lettere* di San Girolamo affiorava una scrittura precedente, la quale era stata abrasa alcuni secoli più tardi per potervi sovrascrivere il testo religioso; con l'ausilio di reagenti chimici si riuscì a leggere la scrittura sottostante e riportare così alla luce il testo delle Istituzioni di Gaio.

Il manuale è diviso in 4 libri, nei quali è esposto in sintesi tutto il sistema del diritto privato romano, secondo uno schema tripartito in *personae*, *res*, *actiones*: nel primo libro si parla dei rapporti personali, dalla divisione tra schiavi e liberi alle varie condizioni in cui possono trovarsi i liberi; nei libri secondo e terzo si tratta delle *res*, intese come cose corporali (la proprietà) e cose incorporali, cioè tutti gli altri rapporti patrimoniali, sia reali, sia obbligatori, sia di successione ereditaria; infine, nel quarto libro vengono illustrate le *actiones*, cioè la materia del processo civile.

Tale schema di distribuzione della materia rappresenta il prototipo di tutti i successivi manuali di diritto privato, da quello di Giustiniano agli attuali, con la suddivisione in rapporti personali e di famiglia, successioni, diritti reali, obbligazioni, tutela dei diritti; anche lo schema di base adottato dal nostro codice civile non si allontana molto dal modello gaiano⁴.

All'inizio delle Istituzioni di Gaio è presente un breve preambolo sulle fonti di produzione del diritto, nel quale si dice che «gli ordinamenti giuridici del popolo romano sono costituiti da leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni dei principi, editti dei magistrati competenti, responsi dei giuristi» (*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatoconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*: Istituzioni di Gaio 1.2).

Come si nota a prima vista, si tratta di un ampio elenco di fonti di vario tipo, alcune riconducibili a sistemi chiusi, altre a sistemi aperti e non tutte inquadrabili in schemi adottati dagli odierni ordinamenti giuridici; inoltre, all'epoca in cui Gaio scriveva, alcune delle fonti elencate non erano più produttive di nuovo diritto, ma vengono ricordate perché gran parte delle norme da esse create era ancora in vigore.

Il secondo elenco di fonti di produzione del diritto è contenuto nelle **Istituzioni di Giustiniano**, scritte nel 529 d.C. seguendo lo schema di quelle di Gaio; l'elenco è molto simile al primo: «il nostro diritto deriva da fonti scritte e non scritte, come presso i Greci: delle leggi, alcune sono scritte, altre non scritte. Diritto scritto è la legge, sono i plebisciti, i senatoconsulti, gli ordini dei principi, gli editti dei magistrati, i responsi dei giuristi. Da una fonte non

⁴ Questa è la struttura del codice civile italiano:

I Delle persone e della famiglia

II Delle successioni

III Della proprietà

IV Delle obbligazioni

V Del lavoro

VI Della tutela dei diritti

scritta proviene il diritto confermato dall'uso. Invero i costumi durevoli, convalidati dal consenso degli utenti, imitano la legge». (*Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: ton vómon oi mèn éggrafoi, oi dè ágrafoi. Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium. ... Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*: Istituzioni di Giustiniano 1.2.3 e 9).

La principale differenza è costituita dalla preliminare distinzione tra diritto scritto – le cui fonti coincidono con quelle elencate da Gaio – e diritto non scritto, che consiste nella consuetudine.

4. Periodizzazione di diritto privato

Prima di procedere alla spiegazione delle singole fonti di produzione elencate da Gaio e da Giustiniano è necessario introdurre una scansione temporale; la storia del diritto romano occupa, infatti, un arco di tempo così lungo che vi è la necessità di scandirlo in periodi, i quali hanno per oggetto in particolare i cambiamenti subiti dal fenomeno giuridico-sociale.

Proponiamo, dunque, una scansione temporale collegata con le modificazioni dell'assetto socio-economico e con lo sviluppo della giurisprudenza. Si tratta di una scelta di punti critici, che indicano il chiudersi di una fase e l'aprirsi di un'altra, tenendo sempre presente che ogni divisione in periodi è convenzionale e artificiosa: non si tratta di svolte ad angolo retto, ma semmai curve; nessun taglio netto separa una fase dalla precedente e molti istituti giuridici si ereditano dalla fase precedente.

Fissiamo queste date convenzionali per poter dialogare con una certa precisione relativamente al diritto dei singoli periodi:

754-242 a.C.: diritto arcaico (monarchia fino al 509, poi repubblica)

242 a.C.-23 a.C.: diritto preclassico (repubblica)

23 a.C.-235 d.C.: diritto classico (principato)

235 d.C.-565 d.C.: diritto postclassico (dominato)

5. Diritto arcaico: i *mores maiorum* e i pontefici

Possediamo poche fonti di cognizione che ci permettano di conoscere bene il diritto di quest'epoca più antica, in gran parte la ricostruzione è indiziaria. Possiamo comunque dire che nella prima fase della storia romana la società era basata su di un'economia prima pastorale, poi agricola, ed esisteva solo lo *ius civile*, cioè il diritto dei *cives Romani* (all'epoca detti anche *Quirites*, da cui il termine arcaico *ius Quiritium*), valido per i soli cittadini romani; al suo interno sono conosciute poche regole, dominate da una notevole formalità e rigidità.

All'inizio tutto si svolge con forme solenni, a volte simboliche, perché la rigorosa forma dell'atto rendeva chiaro che cosa le parti volessero e quali effetti si producessero; i formulari avevano la massima importanza, al punto che il minimo errore produceva la nullità del negozio giuridico o la perdita della lite.

Per dirimere i conflitti che scaturivano tra i cittadini ci si basava sull'elaborazione di consuetudini giuridiche che erano già patrimonio della popolazione: erano detti *mores maiorum* (costumi degli antichi) e costituivano un ordinamento non scritto fatto di regole di comportamento risalenti a precedenti abitudini.

Poiché in quell'epoca l'ordine giuridico era strettamente collegato agli elementi religiosi, si riteneva che gli antichi costumi potessero essere conosciuti e interpretati solo dai sacerdoti: i costumi degli antenati, ritenuti sacri e immutabili, erano padroneggiati solo dagli esperti del collegio pontificale. Perciò, non si possono identificare i *mores maiorum* con la consuetudine intesa nel senso moderno (comportamento generalizzato e reiterato tenuto con la convinzione della sua obbligatorietà): le regole giuridiche, infatti, non derivavano dal tacito consenso del popolo, ma dall'azione riflessa di esperti ai quali era riconosciuta la competenza e la capacità di rivelare il diritto.

Secondo Livio, il collegio sacerdotale del pontificato venne istituito dal secondo re di Roma, Numa Pompilio, col compito essenziale di costituire un servizio pubblico di consultazione. I pontefici venivano chiamati a esprimere la loro autorevole opinione su tutti gli atti più importanti della vita cittadina; davano il loro responso sulla liceità e sulla forma richiesta per un atto ancora da compiere o risolvevano il quesito circa la liceità o meno di un atto già compiuto.

Anche i privati cittadini si rivolgevano ai pontefici per sapere quale fosse l'atto più adatto per ottenere certi effetti, in quale preciso modo lo si dovesse

effettuare, quando lo si potesse compiere (vi erano infatti dei *dies nefasti* in cui non si potevano svolgere attività giuridiche). Se si trattava di un intervento di routine, esso era svolto dal delegato annuale del collegio; se invece la richiesta implicava problemi nuovi, la questione era presentata alla riunione plenaria del collegio.

L'opera di questi interpreti, formalmente considerata ricognitiva – in quanto consisteva nell'estrapolare dalla massa fluida dei *mores* principi e regole da applicarsi ai casi concreti –, sostanzialmente era creativa. Si può dunque dire che i primi studiosi e pratici del diritto (*iuris prudentes*) siano stati i pontefici: con la loro attività diretta a dare responsi ai privati – attività riassunta coi verbi *agere* (dare indicazioni sul mezzo processuale migliore da utilizzare), *cavére* (individuare lo strumento negoziale adatto al problema esposto), *respondére* (fornire consigli e informazioni in generale sull'interpretazione di un dato fatto) – essi spesso non si limitavano a far conoscere un diritto già esistente, ma avevano anche la possibilità di introdurre nuove norme.

Tra l'*interpretatio* dei pontefici e il processo attuale di interpretazione vi è una notevole differenza: per noi l'interpretazione ha il compito di migliorare la conoscenza del diritto vigente, mentre quella del pontefice romano serviva a trarre dalle antiche consuetudini la regola per rapporti nuovi sviluppati nell'evoluzione storica. Si trattava di un'interpretazione costantemente evolutiva del diritto, che lo veniva man mano sviluppando e arricchendo di nuovi istituti, pur nel solco dei principi tradizionali. In tal modo, si formò un embrionale insieme di regole interpersonali, con particolare riferimento alla famiglia, alle successioni, alla proprietà e ai modi di acquistarla; in questa società primitiva, eminentemente agricola, il debito rappresentava un'eccezione e veniva configurato come un vincolo di soggezione personale.

Osserviamo, in conclusione, che anche oggi, quando il caso da risolvere non possa essere inquadrato in alcuna delle norme esistenti, l'interprete può ricavare la norma giuridica desumendola da un insieme di concetti non scritti, che si presume siano a fondamento del sistema giuridico (quando «una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»⁵).

⁵ Art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.

6. Diritto arcaico: la legge delle XII Tavole

Nell'epoca di graduale consolidamento della costituzione repubblicana si inasprì il conflitto tra patriziato e plebe; all'interno di questa lotta si colloca l'episodio fondamentale della redazione delle XII Tavole. La crescente insoddisfazione plebea per il monopolio patrizio del potere sfociò, infatti, nell'idea di provvedere a una codificazione del diritto vigente, vista come la miglior garanzia per le libertà dei cittadini: la redazione scritta delle norme ne avrebbe permesso una più semplice e ampia conoscenza, ponendo un limite all'arbitrio dei pontefici, che erano tutti di estrazione patrizia e che conservavano memoria della propria attività in archivi segreti, ai quali avevano accesso solo gli stessi pontefici.

Un testo scritto e pubblicato avrebbe potuto essere conosciuto da tutti e avrebbe vincolato molto di più l'attività dell'interprete.

Dopo aver inviato una delegazione ad Atene, e probabilmente in varie città greche d'Italia, per conoscere le leggi lì vigenti, nel 451 a.C. vi fu un temporaneo mutamento costituzionale, in quanto si trasmise il potere ai *decemviri legibus scribundis*, un collegio composto di 10 membri, tutti patrizi, che aveva il compito di comporre il testo delle leggi da presentare poi all'assemblea popolare per l'approvazione. Per garantire il libero svolgimento di questo incarico si sospesero tutte le altre magistrature cittadine, patrizie e plebee.

Tale collegio provvide alla redazione di dieci tavole di leggi, ne pubblicò il testo nel luogo delle assemblee, in modo che i cittadini ne potessero prendere conoscenza, discuterne e manifestare pubblicamente le loro obiezioni. Messo a punto in tal modo un testo definitivo, questo venne presentato al comizio centuriato, che lo approvò, ed entrò così in vigore.

Sembrava, tuttavia, che fosse necessaria la redazione di altre due tavole per portare a compimento la redazione di tutto il diritto romano: solo componendo un *corpus omnis Romani iuris* (corpo di tutto il diritto romano), si sarebbe trasformato il precedente ordinamento consuetudinario in ordinamento a base legislativa, con la conseguenza che i pontefici sarebbero stati interpreti solo della legge, e non più dei *mores*, e le successive innovazioni si sarebbero dovute adottare per via legislativa.

Nel 450 a.C. venne eletto un secondo decemvirato composto anche da plebei, il quale però avrebbe rivelato una certa propensione a governare in modo tirannico, tentando di non abbandonare la carica alla scadenza prevista: ne sarebbe derivata una sommossa e il ripristino delle strutture costituzionali repubblicane. Le due tavole composte da questo secondo decemvira-

to vennero approvate dal popolo, ma in gran fretta, senza una preventiva discussione pubblica; per questo motivo, e perché contenevano anche norme contrarie ai plebei, come la conferma del divieto di matrimonio tra patrizi e plebei, vennero chiamate tavole inique.

Le XII Tavole furono definite da Cicerone *fons omnis publici privatique iuris* (fonte di tutto il diritto pubblico e privato): in effetti, esse condensavano in un unico testo (peraltro piuttosto breve) il diritto pubblico (costituzionale, penale, amministrativo) e tutto il diritto privato, corredato dalle relative norme processuali.

Ne conosciamo il contenuto solo attraverso fonti indirette, citazioni o parafrasi di autori più tardi, spesso non giuristi; sappiamo che lo stile delle norme era lapidario, si trattava di massime secche e sintetiche in prosa ritmica; la lingua usata era arcaica, tanto che in alcuni casi era incomprensibile già per i Romani della fine della repubblica, che continuavano comunque a imparare a memoria i versetti delle XII Tavole.

Questa codificazione rimarrà l'unica per un millennio, durante il quale il diritto si evolverà per strade diverse dai codici.

A partire dal 449 a.C., dunque, gli antichi *mores* avranno valore di norme solo se recepiti nelle tavole della legge e nella forma in cui vi sono stati inclusi; inoltre, solo la legge potrà produrre nuovo diritto. In questo modo, il monopolio dei pontefici aveva ricevuto un duro colpo; bisognava pur sempre rivolgersi all'autorità di un interprete per sapere come comportarsi nelle varie ipotesi concrete, tuttavia, dal momento che ora il diritto era scritto, chiunque poteva proporre spiegazioni e commenti delle norme.

Dopo l'approvazione delle XII Tavole la giurisprudenza non è più fonte diretta del diritto, ma per vie traverse essa continua a svolgere un ruolo fondamentale nella sua elaborazione ed evoluzione. Chiamando la loro attività *interpretatio legis*, i giuristi attribuiscono ai loro ritrovati la stessa efficacia della legge; il parere di un giurista può essere diretto non solo ad applicare il diritto già esistente, ma anche a introdurre istituti nuovi e, se tale parere viene applicato dal magistrato o dal giudice e viene poi ripetuto da altri giuristi, ecco che la nuova soluzione diventa diritto vigente.

7. Diritto arcaico: leggi e plebisciti

Già durante la monarchia si incontrano delle *leges regiae*, interventi normativi del re, per lo più con contenuto riferito al diritto sacro; dall'epoca re-

pubblicana comincia ad acquistare importanza la *lex publica* o *rogata*, provvedimento approvato dalle assemblee popolari su proposta (*rogatio*) di un magistrato.

A partire dal 287 a.C. i plebisciti, cioè norme votate dall'assemblea della plebe su proposta di un magistrato plebeo, che in origine vincolavano solo i plebei, vengono equiparati alle vere e proprie *leges* e acquistano quindi efficacia per tutto il popolo romano.

La principale sfera di competenza della legge è quella dell'organizzazione politica della *civitas* e della soluzione dei problemi sociali di vita collettiva; nel campo della materia privatistica per tutto il periodo repubblicano leggi e plebisciti hanno svolto un ruolo molto limitato; non vi si fece mai ricorso per creare nuovi istituti, ma solo per apportare ritocchi alla disciplina già vigente o per sopprimere determinate figure giuridiche. Perciò, l'influenza dello strumento legislativo sull'evoluzione dello *ius civile* fu molto limitata e vi si fece ricorso solo per introdurre riforme di dettaglio alle quali non poteva pervenire l'interpretazione dei giuristi.

8. Diritto preclassico: i pretori, la buona fede e il *ius gentium*

Dalla metà del III secolo a.C. si assiste a un'enorme espansione economica di Roma e alla contemporanea creazione di una società mercantile e di un grande stato imperiale; da una piccola città-stato retta da un'economia agricola si era passati alla capitale di un'entità politica dominante su terre e mari, animata da grandi traffici internazionali che necessitavano di strumenti giuridici rivoluzionari.

Tramite le antiche fonti non si riusciva a soddisfare queste pressanti esigenze e adeguare il diritto alle nuove forme e concezioni di vita, perché tramite le leggi non si potevano introdurre profonde riforme e l'interpretazione dei giuristi, vincolata dalla lettera delle XII Tavole, non poteva esprimere appieno la propria forza creativa.

In quest'epoca il mondo romano riuscirà ad arricchirsi di nuovi istituti e a liberarsi dall'antico formalismo grazie all'attività di una magistratura, la pretura. Il pretore urbano era stato creato già nel 367 a.C., come collega minore dei consoli, quindi magistrato *cum imperio*, eletto dai comizi centuriati con carica annuale. Aveva lo stesso *imperium* dei consoli, ma una *potestas* minore, di modo che era soggetto al loro diritto di veto; era stato introdotto per alleggerire i consoli della specifica competenza di esercitare la *iurisdictio inter*

cives (giurisdizione tra cittadini), cioè di determinare la norma da applicare al rapporto concreto sottoposto alla sua cognizione.

Nell'ambito dell'antico processo delle *legis actiones* tale attività giurisdizionale era fortemente limitata dall'esistenza di precisi rituali ritenuti immutabili nelle parti essenziali: il rito diceva tutto e non si poteva modificare, perciò il pretore urbano si limitava a verificare la regolarità del suo compimento, la capacità delle parti e l'inesistenza di un altro processo o sentenza sulla stessa controversia. La struttura formale delle azioni consentiva al magistrato soltanto di controllarne la corretta esecuzione, senza possibilità di intervenire a impostare la controversia quando il caso lo richiedesse.

L'antico processo poteva essere utilizzato solo dai cittadini romani; nel momento in cui i Romani cominciano a intrattenere relazioni commerciali con cittadini di altre comunità si pone il problema di individuare un organo giurisdizionale che potesse risolvere le eventuali controversie che sorgessero dall'esecuzione di tali rapporti. A questo scopo venne istituito nel 242 a.C. un secondo **pretore**, detto **peregrino** perché aveva la *iurisdictio inter cives et peregrinos* (giurisdizione tra cittadini e stranieri) oppure anche *inter peregrinos* (tra stranieri).

Dal momento che non poteva utilizzare le antiche forme processuali, egli organizzò una tutela giurisdizionale sulla base del proprio *imperium* (potere di dare ordini con la possibilità di farli eseguire), al quale le parti si sottomettevano volontariamente, perché era meglio avere la possibilità che un terzo imparziale decidesse la loro lite piuttosto che non avere nessuno a cui rivolgersi per far valere le proprie pretese.

Il pretore peregrino, dopo aver ascoltato attore e convenuto, dava istruzioni al giudice privato e garantiva lo svolgimento del processo e l'esecuzione della sentenza con i propri mezzi coercitivi. Queste istruzioni prendono il nome di *formulae*; il pretore dava dunque una formula, cioè uno scritto contenente il programma di giudizio, che indicava gli elementi della controversia e attribuiva al giudice il potere di giudicare. Si trattava di un documento molto breve, nel quale era indicato il nome del giudice ed erano sintetizzati i termini giuridici della controversia, così come concordati tra le parti e il magistrato.

Si viene così a creare una nuova forma processuale, il processo formulaire; esso non apparteneva al *ius civile* perché non era un prodotto diretto delle sue fonti, ma faceva parte dell'ordinamento giuridico romano, perché il pretore era un magistrato romano.

Il fondamentale criterio normativo che serviva all'individuazione delle regole da applicarsi ai rapporti deferiti al pretore peregrino era la *fides bona*, cioè la *fides* del *bonus vir*, dell'uomo medio.

Il concetto di *fides* è molto risalente nella storia del diritto romano: in origine si trattava di una promessa fondata su un patto religioso, espresso con la stretta della mano destra e garantito da una dea omonima. Siccome esso era un concetto proprio della società romana, ai rapporti litigiosi in cui almeno una delle parti fosse straniera non poteva applicarsi la *fides* propria dei cittadini romani: era perciò necessario uniformare il concetto facendo riferimento a un modello di correttezza standard, appunto quello dell'uomo medio, quello che il nostro codice civile chiama buon padre famiglia⁶, il quale rispetta lealmente le regole del gioco (sul tema v. cap. V).

Ben presto i cittadini romani iniziarono a chiedere di utilizzare i nuovi strumenti nati nella pretura peregrina anche per i rapporti tra loro; inoltre, il pretore urbano cominciò a introdurre azioni formulari per i cittadini anche dove era già possibile una tutela tramite *legis actio*, perché spesso le situazioni soggettive erano garantite dal vecchio processo in modo inadeguato e indiretto. Perciò, anche il pretore urbano, senza contestare la formale autorità dello *ius civile*, iniziò ad adottare strumenti processuali diversi da quelli delle antiche *legis actiones*.

Per circa un secolo il processo formulare convive con quello delle *legis actiones*, le quali vengono però applicate sempre meno, perché scaturenti da un diritto ormai vecchio e inattuale, e perciò vissuto come iniquo.

I rapporti tutelati con azioni di buona fede furono riconosciuti efficaci in Roma anche se compiuti da stranieri: essi vengono a costituire lo *ius gentium*, un complesso di norme e istituti di diritto privato valevoli anche nei rapporti tra Romani e stranieri. In questo insieme la giurisprudenza, pressata dalle esigenze del commercio, ricomprese anche alcuni istituti non solenni nati nel precedente *ius civile* (*stipulatio*; mutuo; *traditio*) necessari nelle relazioni commerciali di ogni giorno: la giustificazione fu che si trattava di negozi esistenti, con strutture e modalità analoghe, anche presso altri popoli. Questa generale comunanza dello *ius gentium* si ritenne fondata su una sorta di ragione naturale, onde l'idea che lo considera quale patrimonio di fondo comune a tutti i popoli.

⁶ Molti sono gli articoli del nostro codice civile che richiamano questa figura astratta di riferimento, importante per stabilire la misura della diligenza esigibile da un debitore: cfr. artt. 1176; 1227; 1587; 1710; 1768; 1804; 1838; 1957; 2104; 2148 cod. civ.

9. Il diritto preclassico: l'editto del pretore e il diritto onorario

All'inizio, quando il pretore concedeva uno dei suoi rimedi, ad esempio accordava un'azione, lo faceva con *decretum*, una formula in concreto concessa per il caso particolare; presto però il pretore ritenne opportuno prevedere in via generale i rimedi che intendeva concedere normalmente a chi gliene facesse richiesta e cominciò a emanare un *edictum perpetuum*, detto così perché aveva valore per tutto l'anno della sua carica.

In tal modo, la *iurisdictio* del pretore non si esplicava in modo incontrollato, perché all'inizio dell'anno di carica il pretore rendeva pubblico l'editto, nel quale erano indicati i criteri secondo i quali avrebbe esercitato la propria attività; con ciò egli fissava un'autolimitazione preventiva all'esercizio discrezionale del proprio potere precettivo.

Malgrado la presenza dell'editto perpetuo, il pretore poteva sempre concedere *ex decreto* per un singolo caso rimedi non previsti nell'editto annuale e poteva anche nel corso dell'anno aggiungere nuove formule, con un editto repentino.

Gran parte del programma giurisdizionale si trasmetteva da pretore a pretore, di modo che venne formandosi un nucleo fondamentale, detto editto tratatizio, che si consolidò progressivamente, correggendosi e arricchendosi di nuove previsioni.

Tutto ciò permetteva una costante aderenza alle esigenze concrete che si presentavano nella prassi giudiziaria, in un gioco alterno di conservazione e innovazione. La presenza dell'editto assicurava la continuità e la coerenza nell'esercizio della giurisdizione, ma permetteva la flessibilità e l'apertura alle innovazioni di anno in anno, almeno fino al 130 d.C., quando il termine *edictum perpetuum* venne a indicare l'editto codificato una volta per tutte, come vedremo più avanti (§ 14).

L'editto conteneva azioni civili, che il pretore non poteva non inserire nell'editto per dare tutela a situazioni già difese con le *legis actiones*; azioni pretorie, concesse dal pretore per situazioni nuove, i cui estremi erano indicati in una clausola edittale che precedeva la formula; eccezioni, cioè difese del convenuto, tutte pretorie; mezzi più di imperio che di giurisdizione, cioè strumenti complementari basati sul potere di comando del pretore.

Dalla formula degli strumenti pretori si ricavava il diritto sostanziale: in ciò consisteva l'attività creativa, seppur in maniera indiretta, del diritto da parte del pretore. Al pretore, come a tutti gli altri magistrati, non competeva costituzionalmente alcun potere normativo, egli non poteva quindi dal punto

di vista formale creare nuovi rapporti giuridici sostanziali; tuttavia, egli divenne il signore incontrastato del processo formulare, nel quale esercitava la giurisdizione con amplissima discrezionalità. Utilizzando i mezzi processuali – concedendone di nuovi, denegando i vecchi o modificandoli – il pretore indirettamente veniva a sanzionare e disciplinare anche i rapporti sostanziali, facendo sorgere una fondata aspettativa di una parte e un vincolo nell'altra.

Dalla promessa del mezzo processuale si induceva la regolamentazione sostanziale dei rapporti giuridici. L'uso di pubblicare le formule nell'editto rafforzava la tendenza alla tipizzazione delle stesse: a ogni formula processuale venne a corrispondere biunivocamente un diritto riconosciuto sul piano sostanziale.

Nacque così lo *ius praetorium* o più in generale lo *ius honorarium*, per comprendere anche le norme create dagli altri magistrati giurisdicenti: edili curuli e governatori delle provincie.

Negli ultimi tempi della repubblica questa fonte di normazione divenne prevalente su tutte le altre, poiché costituiva il sistema più efficace per lo sviluppo e la trasformazione del diritto romano.

Ricordiamo, infine, che il pretore era sempre guidato dalla giurisprudenza, ormai per lo più laica, la quale è la vera mente creatrice del nuovo processo, nato proprio in funzione del metodo e del ruolo che la giurisprudenza intendeva svolgere nella gestione, interpretativa e creativa, del diritto.

In definitiva, il magistrato funzionava come strumento per la realizzazione dei progetti pensati ed elaborati dai giuristi; la pretura fu sempre e solo la voce, non la mente: come i magistrati con funzioni politiche furono sempre, nei loro interventi di ampio respiro, voce del senato, così i magistrati giurisdicenti furono voce dei giuristi.

10. Diritto preclassico: rapporti tra *ius civile* e *ius honorarium*

Dall'attività dei magistrati giurisdicenti nasce lo *ius honorarium*, un complesso di norme che regola la comunità dei cittadini; esso non è *ius civile* perché deriva da fonti diverse rispetto a quelle tradizionali. In questo periodo il diritto privato romano non è un ordinamento unitario, ma risulta composto da vari sistemi, che interferiscono reciprocamente l'uno con l'altro. La nozione di base è quella dello *ius civile*, diritto proprio della *civitas*; lo *ius honorarium* sta per definizione fuori dal *ius civile*, lo integra o addirittura lo corregge.

I due insiemi di norme sono tra loro autonomi, quasi incomunicabili: il magistrato non può introdurre norme di *ius civile*, né può abrogarle; del resto, le norme del diritto civile devono essere prese in considerazione dal pretore per poter ottenere concreta applicazione processuale.

Tra i due ordinamenti vi è, però, un'intima solidarietà: il diritto onorario è detto viva voce del diritto civile perché ha la funzione di migliorare, integrare e correggere il diritto civile⁷.

La preminenza teorica spetta comunque allo *ius civile*: lo *ius honorarium* non può mai sostituire il diritto civile, perché esso può essere abrogato o modificato solo da una delle sue fonti; l'eventuale atto correttivo operato dal pretore sarà sempre una decisione concreta, non un fatto di produzione normativa. Tuttavia, senza il pretore, lo *ius civile* è pura teoria.

Questa prevalenza ideale dello *ius civile* si riduce al principio per cui le sue regole si applicano automaticamente (*ipso iure*), mentre se una parte vuole avvalersi di un beneficio proveniente dal *ius honorarium* deve farne espressa richiesta in via di eccezione (*ope exceptionis*); una volta osservati questi limiti formali, sarà lo *ius honorarium* a prevalere nella pratica.

All'opera di coordinamento dei due sistemi contribuisce la giurisprudenza, svolgendo attività di interpretazione su entrambi.

11. Diritto preclassico: la giurisprudenza

Nell'ultimo secolo della repubblica, il sapere giuridico comincia ad affermarsi sempre più come sapere specialistico e a rivendicare la propria au-

⁷ Molto nota è la definizione di Papiniano: il diritto pretorio è quello che i pretori introdussero allo scopo di agevolare, integrare o correggere il diritto civile (*ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*: Papinianus 2 *definitionum* D. 1.1.7 pr.). Con la funzione adiutoria (*adiuvandi*) il pretore agevola l'applicazione di un istituto civile, introducendo una tutela più efficace per fattispecie già disciplinate dal diritto civile; con la funzione integrativa (*supplendi*) introduce una regolamentazione nuova diretta a colmare lacune; con la funzione correttiva (*corrigendi*) si ha l'eliminazione di aspetti insoddisfacenti, paralizzando l'applicazione di alcune regole del diritto civile che nel caso concreto porterebbero a risultati iniqui. Il pretore è guidato in ogni sua attività dall'*aequitas*, cioè dalla giustizia del caso concreto; lo *ius civile* di per sé non è mai iniquo, è la sua applicazione in presenza di determinate circostanze che può portare a conseguenze ingiuste: in queste ipotesi la norma civile viene disapplicata e sostituita da una norma pretoria.

tonomia dal potere politico: il legame dei giuristi con il ceto politico dirigente, prima molto stretto, è divenuto ora più problematico e complesso e la provenienza sociale dei giuristi eterogenea.

Alla precarietà degli ordinamenti politici la giurisprudenza contrappone la fiducia nella propria dottrina, all'interno della quale cominciano ad emergere singole personalità di giuristi. L'attività del giurista si viene specificando e articolando in un complesso di compiti: a quello tradizionale di dare responsi, se ne affiancano altri, pratici, didattici e letterari, correlati e complementari rispetto ai primi.

Da una tradizione giurisprudenziale prevalentemente orale si passa a un sapere giuridico riversato in tipici generi letterari: i giuristi scrivono opere sistematiche di *ius civile*; commenti all'editto del pretore; scritti problematici, costituiti da raccolte organiche di casi; letteratura teorico-pratica.

Forte è in quest'epoca l'influenza del pensiero greco e in particolare della dialettica. La tecnica interpretativa utilizzata per la ricostruzione del significato e del valore di atti normativi, negoziali e processuali si basa ora su due principi cardine: la volontà e l'equità, per evitare che *summum ius* divenga *summa iniuria*.

12. Diritto classico: il principe e la giurisprudenza

All'inizio dell'epoca classica, la materia del diritto privato rappresentava ormai un monopolio assoluto dei giuristi, che la elaboravano e la rendevano pubblica con i loro responsi e libri; tuttavia, i giuristi operavano come privati cittadini, la loro autorità dipendeva solo dal riconoscimento sociale della loro capacità professionale. Per questo motivo, non potevano essere controllati da un capo di stato che cercasse di accentrare ogni potere nelle proprie mani; l'unico mezzo sarebbe stato quello di ricondurre il diritto privato a un sistema legislativo. Sembra che Cesare avesse in mente il progetto di effettuare una sistemazione del diritto civile, una nuova codificazione, sul modello di un'idea prospettata anche da Cicerone.

Come in ogni questione, Augusto affronterà anche questo problema con maggior diplomazia: egli si mostra rispettoso nei confronti della giurisprudenza e abbandona il progetto di codificazione. Introduce, tuttavia, una onorificenza (*ius publice respondendi ex auctoritate principis*), una specie di patente che egli conferiva ai giuristi di maggior fama e valore. Augusto, dunque, non elimina l'*interpretatio prudentium* dal catalogo delle fonti, ma si

garantisce un qualche controllo su di essa, facendo considerare i responsi dei giuristi da lui selezionati come una manifestazione mediata della volontà imperiale. In tal modo, l'attività dei giuristi, prima libera da vincoli e qualifiche ufficiali, cominciò a essere collegata all'autorità imperiale.

Durante tutta l'epoca classica, sarà ancora operante una giurisprudenza autorevole e attenta alle esigenze della nuova società, anche se essa sarà sempre più vicina all'imperatore e i giuristi più importanti faranno parte prima del *consilium principis* e poi delle più importanti cancellerie imperiali.

13. Diritto classico: il principe, i senatori e le costituzioni imperiali

Augusto si serve molto dello strumento della *lex publica* per intervenire sul diritto privato, facendosi diretto promotore delle riforme di suo interesse; al contempo, inizia a riconoscere valore normativo ai senatori, per compensare il senato della perdita di potere politico.

Questa potestà normativa ha, però, vita molto breve, dura solo per il I e l'inizio del II secolo d.C., trasformandosi ben presto nell'acclamazione dell'*oratio principis in senatu habita* (discorso del principe tenuto in senato), che costituisce a sua volta una delle possibili manifestazioni della costituzione imperiale.

Il fatto che sopravvivano gli organi repubblicani pone dei limiti al principe: in teoria non gli sarebbero spettate delle competenze legislative o giudiziarie, non rientrando esse tra i poteri che gli furono attribuiti. Nella pratica, tuttavia, si viene affermando l'efficacia normativa di una serie di atti posti in essere dal principe nell'esercizio di svariate funzioni non specificamente legislative, atti che vengono indicati unitariamente col nome di *constitutio principis* (costituzione del principe). Essi vengono equiparati alla legge, perché l'imperatore è politicamente preminente e la sua volontà si impone per forza autonoma: Ulpiano dice che ciò che piace al principe ha forza di legge (*quod principi placuit legem habet vigorem*).

Le costituzioni imperiali potevano avere sia carattere generale che particolare; le prime – *edicta*, atti normativi rivolti ai *cives* o a tutti gli abitanti dell'impero, e *mandata*, istruzioni a carattere amministrativo indirizzate ai funzionari, dalle quali indirettamente si possono ricavare norme vincolanti per tutti – ebbero scarsa influenza sul diritto privato durante l'epoca classica.

Molto maggiore fu l'incidenza delle costituzioni a carattere particolare. Si parla di *rescripta* o *epistulae* per indicare risposte date per iscritto dal-

l'imperatore, o meglio dalla sua cancelleria, a quesiti posti da privati – in questo caso abbiamo un rescritto, cioè una risposta data in calce alla domanda – o da magistrati e funzionari imperiali – in questo caso si risponde con un'epistola, cioè un'apposita lettera. *Decreta* sono, invece, delle vere e proprie sentenze emanate dall'imperatore nell'ambito del nuovo processo, la *cognitio extra ordinem*, sentenze che possono contenere dei principi di diritto nuovi. Si tratta di statuizioni che attengono al singolo caso: poiché però concernono spesso casi di dubbia soluzione o per i quali si sentiva l'esigenza di una nuova regolamentazione, la decisione imperiale può risultare innovativa rispetto al diritto vigente; per il fatto poi che si tratta di soluzioni provenienti dalla stessa cancelleria imperiale, la loro efficacia tende ad assumere indiscusso valore di precedente, finendo così col tempo per avere generale efficacia vincolante.

Questo genere di costituzioni imperiali prenderà gradualmente il posto del responso del giurista; del resto, sempre più spesso i giuristi cominceranno a essere a capo della cancelleria imperiale, quindi emaneranno i loro responsi attraverso la bocca dell'imperatore.

14. Diritto classico: accentramento delle fonti nelle mani del principe

La sovrapposizione del potere personale del principe alle istituzioni repubblicane aveva comportato una profonda modificazione nei modi di produzione del diritto e nella concezione dei rapporti tra essi, pur senza fratture traumatiche; nel corso del principato si verifica un lento processo di accentramento di tutti i poteri nelle mani dell'imperatore, compreso quello di creare diritto.

Resta vitale l'idea che l'evoluzione del diritto sia prevalentemente legata all'*interpretatio*, ma si comincia a considerare l'imperatore come l'interprete più autorevole, la cui *auctoritas* legittima anche il valore dei responsi degli altri giuristi.

Già prima della fine del I secolo d.C. cessa completamente la legislazione comiziale, anche perché le assemblee del popolo non vengono più riunite. All'inizio del II secolo d.C. anche i senatoconsulti si riducono a mera acclamazione di eventuali proposte presentate in senato dallo stesso imperatore.

Intorno al 130 d.C. la produzione di nuove norme di *ius honorarium* viene ricondotta nelle mani dell'imperatore; il principe Adriano ordina, infatti,

una ‘codificazione dell’editto’: da quel momento in avanti l’editto sarà perpetuo, nel senso che sarà sempre uguale di anno in anno, salvo modifiche che ritenga di introdurre lo stesso imperatore.

L’istituzione dello *ius respondendi* e la crescente burocratizzazione della giurisprudenza non incidono sulla struttura interna del metodo scientifico dell’interpretazione, anzi la giurisprudenza del principato perviene a una insuperabile maestria tecnica. La giurisprudenza di quest’epoca e il diritto da essa prodotto, ricco di istituti e ispirato a un elevato senso di giustizia (*humanitas*), vengono chiamati classici, per la purezza di forme e per la perfezione tecnica raggiunta; il metodo di questi giuristi viene additato come un modello universale. Questo è il diritto al quale faremo principalmente riferimento nel seguito delle spiegazioni.

15. Diritto postclassico: *leges imperiales* e consuetudine

Verso la fine del principato (235 d.C.) l’imperatore era rimasto l’unica fonte ancora viva di diritto e le sue costituzioni erano state equiparate alla legge. Nell’età del Dominato si afferma la concezione secondo la quale l’imperatore era l’unico che poteva non solo creare, ma anche interpretare il diritto e la costituzione imperiale rimane l’unica fonte viva di diritto, chiamata direttamente *lex*; la fonte di produzione più importante sono ora le costituzioni a carattere generale, in particolare gli editti.

Siamo nell’epoca dell’assolutismo monarchico, in cui l’unica autorità è quella dell’imperatore, è scomparsa anche la finzione di conservare le magistrature repubblicane; l’amministrazione ha una struttura rigidamente burocratica e la tendenza di ogni burocrazia è di esercitare il monopolio del diritto, di codificarlo e di garantirne la rigorosa applicazione ed esecuzione.

Anche se si tratta di un periodo di decadenza, quest’epoca ha il merito di aver semplificato il diritto romano, universalizzandolo e rendendone possibile quella che sarà la sua seconda vita.

Unica altra fonte vitale del diritto che si affianca alle *leges*, ma in posizione subordinata, è la consuetudine, cioè l’osservanza generale, spontanea e costante per lungo tempo di un comportamento da parte di una collettività con l’*opinio iuris atque necessitatis*, cioè la convinzione di obbedire a una norma giuridica. Già durante l’epoca classica le era stata riconosciuta una certa rilevanza, soprattutto in ambito provinciale, in base all’idea per cui si tratterebbe di un modo tramite il quale il popolo manifesta tacitamente la pro-

pria volontà. Nell'epoca postclassica fu proprio il trionfo della legge scritta a dare nuovo spazio alla consuetudine, come mezzo per adattare alle necessità sociali un diritto altrimenti troppo rigido; tuttavia, l'unica consuetudine produttiva di diritto poteva essere quella *secundum legem*, non anche quella *contra legem*.

16. Diritto postclassico: *iura*

Per quanto riguarda i giuristi, la libera e autonoma esplicazione di una interpretazione del diritto effettuata tramite attività rispondente e scientifico-letteraria non era più adeguata allo statalismo imperante e alla decadenza culturale in atto; scompare dunque quell'attività che era stata il fulcro del sistema finora in vigore, un sistema che si era in massima parte evoluto e determinato al di fuori di una fissazione in regole legislative, per la cui elaborazione, interpretazione e attuazione fondamentale era stata la guida della scienza giuridica.

Gli esperti del diritto non sono ora più in grado di svolgere questo compito perché non vi sono più giuristi degni di questo nome, ma solo anonimi burocrati della cancelleria imperiale e oscuri maestri di scuola. Si constata perciò un notevole scadimento del livello tecnico e scientifico, siamo in un'epoca di decadenza per il diritto privato e per la scienza giuridica: si parla di epoca postclassica proprio perché essa si distacca dalla precedente tradizione giurisprudenziale.

Dal momento che mancano validi collaboratori, pure nelle costituzioni imperiali diminuisce il momento della razionalità, la legislazione si imbarbarisce anche dal punto di vista linguistico.

La nuova produzione legislativa, inoltre, si limita a introdurre norme sparse, senza alcuna completezza e organicità e non riesce a colmare il vuoto lasciato dalla scomparsa della giurisprudenza. Non si è più in grado di regolare un istituto in tutti i suoi aspetti: di qui gravi lacune, pentimenti, seguirsi infruttuoso di disposizioni sullo stesso argomento.

Si continua, perciò, a utilizzare il materiale giuridico del passato, perché senza di esso molte controversie non si sarebbero potute risolvere: *ius o iura* è il termine con cui in epoca postclassica vengono indicati gli scritti della precedente giurisprudenza, in quanto essi rappresentavano lo *ius* preesistente.

L'ordinamento giuridico è ora costituito da quanto è stabilito negli *iura*, salvo che esso non sia stato modificato da successive *leges*.

Alla base dell'ordinamento giuridico rimaneva, dunque, tutto il complesso dell'antico diritto romano ancora vigente in quanto non risultasse abrogato dalle *constitutiones* ed esso era conoscibile attraverso le opere della giurisprudenza precedente, considerate sintesi e veicolo del materiale giuridico del passato, visto nel suo insieme.

Le opere della giurisprudenza classica in quest'epoca sono però difficilmente conoscibili e dominabili da operatori di scarsa e superficiale preparazione scientifica; diventa perciò pressante l'esigenza di semplificare l'uso pratico di un complesso di opere vaste e complicate, all'interno delle quali si riscontrano spesso divari di opinioni che solo un attento e approfondito studio poteva comporre in unità. Indispensabile è anche adeguare il contenuto delle opere classiche alle mutate condizioni socio-economiche.

L'unica via per utilizzare tale materiale era quella di servirsi di compendi che rendessero facilmente conoscibile, riducessero e semplificassero radicalmente tutto il materiale ancora utilizzabile nella pratica dei processi. Un'attività tipica degli anonimi autori postclassici fu proprio quella di compilare delle edizioni di *iura* adatte alle esigenze contemporanee, cioè espresse in modo semplice e apodittico; gli operatori giuridici di quest'epoca furono più degli editori che degli interpreti.

Questi compendi cercano di soddisfare quel forte bisogno di sintesi, di completezza e semplificazione, che porterà anche alla scomparsa di tutti gli istituti superflui, quelli che perseguono funzioni già tutelate più adeguatamente con altri strumenti e quelli ormai desueti. Tali opere furono fondamentali anche perché all'epoca non vigeva il principio *iura novit curia* (il tribunale conosce il diritto da applicare), ma erano le parti che dovevano portare a conoscenza del giudice il diritto di cui chiedevano l'applicazione.

17. Diritto postclassico: i *codices*

Molto grave è anche il problema della conoscenza delle *leges*, che vengono emanate con frequenza e a volte in modo caotico; in molti casi non si avevano copie affidabili dei testi legislativi e la certezza del diritto era messa a dura prova; si cominciò dunque a comporre delle raccolte private di costituzioni imperiali, chiamate codici.

Prima che un testo giuridico, il codice è un materiale scritto, cioè il libro come lo intendiamo noi oggi. Infatti, *codex* all'epoca significava libro composto di fogli spianati di pergamena, in contrapposto al *volumen* (rotolo)

paperaceo, che aveva costituito il supporto materiale per tutti gli scritti dell'epoca classica. Il passaggio dal *volumen* al *codex* indica anche un mutamento psicologico: mentre il mondo classico aveva privilegiato l'oralità nella trasmissione del sapere, ora il testo scritto nel *codex* è l'espressione simbolica di una cultura basata su di un discorso scritto e di una comprensione autoritativa del testo.

I primi testi a essere pubblicati su questo nuovo supporto furono proprio le raccolte di costituzioni imperiali, che perciò presero il nome dal materiale sul quale erano scritte, da cui si è tramandato ai giorni nostri il nome di codici.

Conosciamo due codici compilati da giuristi privati alla fine del III secolo d.C., il Codice Gregoriano e il Codice Ermogeniano; Teodosio II nel 438 emanò la prima compilazione ufficiale di costituzioni imperiali, il Codice Teodosiano, e attribuì valore ufficiale ai due codici precedenti, togliendo al contempo ogni efficacia alle costituzioni non comprese nei codici.

Il codice Teodosiano ebbe larga e durevole diffusione, soprattutto in Occidente, dove non venne soppiantato da quello di Giustiniano.

18. La compilazione giustiniana: il Digesto

Nel VI secolo d.C. l'impero romano d'Oriente era ormai uno stato di cultura ellenica, nel quale si avvertiva un distacco sempre più crescente dal mondo classico, anche per quel che riguarda il diritto; eppure proprio in quest'epoca ebbe vita un poderoso tentativo di restaurazione della romanità, sia dal punto di vista giuridico che politico-militare: *iura et arma* avevano reso potente il popolo romano, quindi per ricostruire le condizioni del dominio mondiale di Roma bisognava consolidare il diritto e l'esercito. Questi intenti sono perseguiti da Giustiniano, imperatore dal 527 al 565.

In quel torno di tempo si erano venute a creare le condizioni politiche e tecniche per elaborare una nuova sintesi della cultura giuridica romana: nel corso del V secolo gli studi giuridici avevano avuto un notevole impulso, soprattutto in Oriente, anche se erano rimasti privi di originalità nei risultati e fondati più che altro sulla conoscenza degli scritti degli autori classici, tenuti in grande considerazione. Giustiniano poté così circondarsi di validi collaboratori in grado di realizzare il suo ambizioso progetto.

Venne emanato innanzitutto un Codice che raccogliesse tutte le costituzioni imperiali ancora in vigore; fu pubblicato nel 529 con una costituzione che vietò di utilizzare ancora i vecchi codici, sotto pena di falso.

Subito dopo iniziarono i lavori che portarono alla composizione dell'opera più importante e difficile da realizzare, un'ampia compilazione di *iura* che verrà chiamata **Digesta** (dal verbo *digerere*, cioè digerire, comporre in ordine) o **Pandectae** (dal verbo greco *pandechomai*, raccolgo tutto complessivamente).

Dopo aver emanato una serie di provvedimenti diretti a risolvere alcune contraddizioni e problemi di fondo presenti nelle opere dei giuristi classici (dette *quinguenta decisiones*), nel 530 Giustiniano affidò il compito di procedere alla redazione del Digesto a Triboniano – *quaestor sacri palatii* (ministro della giustizia) e principale consulente giuridico dell'imperatore, il quale possedeva una grande biblioteca giuridica, con attendibili edizioni dei classici –, che si scelse come collaboratori due professori di Costantinopoli (Teofilo e Cratino), due di Berito (Doroteo e Anatolio), undici avvocati di Costantinopoli e il *comes sacrarum largitionum* (ministro delle finanze) Costantino.

Questa commissione selezionò 2000 testi (circa 3 milioni di righe), li scompose e li riaggregò per argomento, componendo così un'antologia sistematica di brani tratti da opere di 39 giuristi, quasi tutti operanti tra il I e il III secolo d.C.

La compilazione segue l'ordine sistematico dell'editto perpetuo, il quale non ha una logica ferrea, ma è una successione tradizionale di argomenti; i temi trattati riguardano soprattutto il diritto privato. Ne risultò un'opera di 50 libri, divisi in titoli, all'interno dei quali sono inseriti i brani dei giuristi, di cui si ricorda il nome e l'opera da cui è tratto il frammento.

L'incarico assegnato ai compilatori era molto complesso, perché dovevano creare un corpo di norme che avesse valore per il loro tempo, ma per redigerlo dovevano trarre la materia da fonti che risalivano in gran parte a epoche lontane e che si richiamavano a modi di creazione e di applicazione del diritto ormai superati.

Oltre al lavoro di drastica riduzione del materiale a disposizione, per rendere applicabile al sistema socio-economico del VI secolo materiale giuridico risalente ad almeno tre secoli prima, i compilatori eliminarono tutti gli istituti caduti in desuetudine sostituendoli con quelli nuovi, estesero l'applicazione delle soluzioni dettate per un caso particolare a tutti i casi simili e cercarono, senza riuscirci bene, di eliminare le controversie presenti tra le opinioni dei vari giuristi classici. Così, come farà dire a Giustiniano, otto secoli più tardi Dante, «d'entro le leggi trassi il troppo e il vano», l'imperatore eliminò cioè dal diritto ciò che era in sovrabbondanza e inutile (Paradiso 6.12).

L'approccio casistico tipico dei giuristi classici non poteva, però, essere eliminato; per questo motivo il Digesto somiglia più a un'odierna raccolta di

sentenze che a un moderno codice e ha una dimensione sproporzionata per un'opera legislativa.

Il Digesto venne pubblicato il 16 dicembre 529 con la costituzione *De confirmatione Digestorum (Tanta o Dedoken)* ed entrò in vigore il 30 dicembre di quell'anno. Da quel momento nessuno era più autorizzato a citare opere giurisprudenziali, tranne i frammenti riportati nel Digesto.

La funzione del Digesto era quella di portare alla luce i contenuti migliori del diritto romano fissandoli per l'eternità; si trattava di un testo che avrebbe dovuto concludere la storia del diritto, in quanto contenente il diritto universale ed eterno. Poiché il Digesto rappresentava un ordinamento che si avvicinava alla perfezione, il suo testo doveva restare intangibile; bisognava evitare che venisse corrotto, anche involontariamente, dall'intervento di ulteriori interpretazioni: Giustiniano proibì perciò ogni commento, consentendo solo la traduzione letterale (indispensabile per un pubblico di lingua greca) e la compilazione di indici, richiami dei testi e sommarie spiegazioni dei titoli. Ordinò inoltre la distruzione di tutto il materiale giuridico preesistente: tutto il diritto si trovava ora nella sua compilazione.

La polemica contro il sistema giurisprudenziale raggiungeva così il suo apice, esaltando l'imperatore come legge vivente. Opere di commento cominciarono, però, a essere composte dagli stessi compilatori e il Digesto è sicuramente il libro che ha avuto più commenti nella storia della letteratura giuridica.

19. La compilazione giustiniana: Istituzioni, Codice e Novelle

Quasi contemporaneamente al Digesto venne pubblicato un libro di **Istituzioni** destinato alla *cupida legum iuventus* (gioventù desiderosa di leggi): si trattava di un manuale ufficiale per le scuole di diritto, composto da Triboniano, Teofilo e Doroteo. Presenta la medesima sistematica delle Istituzioni di Gaio, dalle quali è preso anche gran parte del materiale; altri passi sono tratti dalle Istituzioni di Fiorentino, Marciano, Paolo e Ulpiano; alcuni passaggi sono direttamente opera dei compilatori, che espongono le riforme di Giustiniano e riassumono le sue costituzioni.

Il testo è scritto in modo da offrire un discorso continuo, che idealmente lo stesso imperatore indirizza agli studenti e ai sudditi. Al manuale è attribuita altresì forza di legge.

L'anno successivo venne emanata una seconda edizione del **Codice** (*codex repetitae praelectionis*); essa si era resa necessaria, sia per ricompre-

dervi l'abbondante legislazione degli anni immediatamente successivi al primo codice, sia per coordinare il Codice col Digesto e le Istituzioni, entrati nel frattempo in vigore.

Dopo il 534 Giustiniano continuò a legiferare e aveva in mente di effettuare una raccolta ufficiale delle nuove costituzioni, ma il proposito non fu mai attuato; ci sono pervenute delle raccolte private, di cui la più importante è la Collezione greca o Marciana che contiene 168 Novelle (*leges*).

I testi delle **Novelle** sono più ampi e stilisticamente ridondanti, perché non hanno subito il processo di massimazione, essendo mancata una raccolta ufficiale. Esse rivelano inoltre un mondo diverso da quello delle altre parti della compilazione, ponendo in primo piano il problema dello Stato e delle sue strutture.

Ancor prima di aver terminato i lavori per la compilazione di Digesto e Istituzioni, Giustiniano comincia a dedicarsi alla seconda impresa che si era proposto e in breve tempo riesce a riconquistare parecchi territori che erano stati occupati dalle popolazioni barbariche.

Dopo la riconquista dell'Italia nel 554, il papa Vigilio chiese a Giustiniano dei provvedimenti per restaurare la legge e l'amministrazione; Giustiniano emanò allora una *pragmatica sanctio pro petitione Vigilii*, con cui stabiliva che dovessero aver vigore in Italia tutte le parti della sua compilazione; perciò, cominciarono a circolare anche in Occidente copie della compilazione, le quali saranno la base per la rinascita giuridica del basso medioevo.

La compilazione di Giustiniano conclude cronologicamente ogni storia del diritto romano e ha una duplice importanza: dal punto di vista dello studio storico delle fonti giuridiche essa costituisce il punto di arrivo delle vicende di tali documenti, nel senso che la conoscenza odierna di gran parte del materiale romano è condizionata dal lavoro di raccolta, selezione e riordinamento compiuto dai collaboratori di Giustiniano.

Allo stesso tempo, la compilazione riuscì a salvare e a trasmettere alla cultura giuridica medievale e moderna l'eredità del pensiero giuridico romano, risultando fondamentale per la successiva costruzione dei diversi sistemi di diritto privato che, dall'età medievale fino al secolo XIX, furono in vario modo basati sulle fonti raccolte da Giustiniano.

Il complesso della compilazione prende il nome di *Corpus iuris civilis* in epoca medievale, per distinguerlo dal corpo del diritto canonico, e compare per la prima volta sul frontespizio con l'edizione di Gotofredo (1583).

