

PARTE PRIMA

I

LA CODIFICAZIONE GIUSTINIANEA DEL IUS ROMANUM COMMUNE*

1. *Universalismo del diritto romano e unità della categoria giuridica di persona*

a. Per Roma, nella riflessione storica di Livio, il momento decisivo del conflitto in cui «non per un giorno solo, ma per sempre [...] l'orbe terrestre sarebbe stato il premio della vittoria», costituisce il momento della decisione su chi *iura gentibus daret*. Questo significato si collega alla fondamentale consapevolezza di aver dovuto «indossare armi pie e giuste»¹, nel quadro di una concezione che aveva *Iuppiter* sia al vertice e all'origine dell'ordinamento cittadino², sia, come «esi-

* Pubblicato in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, 645 ss., come §§ 1 e 2 del saggio *I codici latinoamericani della "transfusión" del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della "mezcla" e 'codici tipo'* (tr. spagn. in *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, a cura di A. LEVAGGI, Buenos Aires, 1992, 15 ss.), e qui riprodotto con alcune modifiche formali dei titoli, e del testo, soprattutto per includervi parti presenti in nota, o per tradurvi o parafrasarvi delle fonti.

¹ Liv. 30,32,1-2: *non in unum diem, sed in perpetuum, si felicitas adesset, victores; Roma an Carthago iura gentibus darent [...] Neque enim Africam aut Italiam, sed orbem terrarum victoriae praemium fore* (è da notare il parallelismo dell'uso dell'espressione *iura dare* per l'unificazione di una moltitudine in un popolo in Liv. 1,8,1-2: *rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, [Romulus] iura dedit*); 30,31,4: *pia ac iusta arma induere*.

² Cfr. per es. Liv. 1,12,4: *Iuppiter, tuis – inquit [Romulus] – iussus avibus hic in Palatio prima urbis fundamenta ieci*. «Nella tradizione della regalità romulea si trovano non solo concreti elementi storici (e forse un desiderio di spiegazione storica), ma anche la radicata esigenza, religiosa e giuridica, di porre a chiusura dell'ordina-

stenza inter-etnica», vigilante sul sistema giuridico-religioso di cui erano già, «virtualmente», parte anche gli altri popoli³.

b. Nella ricerca delle cause della straordinaria espansione di Roma, lo storico greco Dionigi di Alicarnasso indica il fatto che, per il diritto romano, fin anche ogni schiavo poteva diventare un cittadino romano⁴. Effettivamente la *manumissio* costituisce lo strumento giuridico, a disposizione di ogni *paterfamilias*⁵, in cui si esprime la radicale apertura del *populus*, quale «moltitudine riunita, trasformata in società dal consenso sul diritto e dalla comunione di ciò che le è utile»⁶, ad accogliere altri uomini trasformandoli in *cives*⁷, prescin-

mento romano (visto storicamente in movimento) una totale ed esclusiva volontà divina. È questo soprattutto il motivo per cui Romolo compie da sé la sua inaugurazione, e questa è una scelta divina (e non una approvazione): egli preesiste all'ordinamento e lo genera per volontà divina» (P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino, 1960, 585).

³ Cfr. per es. Cic., *de Nat. Deorum*, 1,116: *Est enim pietas iustitia adversus deos; o la formula della indictio belli*, in Liv. 1,32,10: *Audi Iuppiter, et tu, Iane Quirine, diique omnes coelestes vosque, terrestres, vosque, inferni, audite: ego vos testor populum illum – quicumque est nominat – iniustum esse neque ius persolvere*. «Dunque lo *ius* era considerato [dai Romani] vincolante anche il popolo straniero [...] come (virtualmente) valido per tutti i popoli» (P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 37 e 43). Con riferimento alle parole di Livio citate nel testo, tale 'virtualità' spiega l'apparente contraddizione fra *iura* che devono essere «dati» e che pur già vincolano il popolo straniero costituendo il presupposto della qualificazione giuridica sia della sua condotta sia, di conseguenza, delle armi romane.

⁴ Dion. Halic. 1,9,3 («i Romani operarono per divenire col tempo il popolo più grande [...] concedendo asilo presso di loro con liberalità a chi ne avesse bisogno, concedendo la cittadinanza a coloro di cui si erano impadroniti in cambio del comportamento valoroso dimostrato in guerra, e dando il diritto di cittadinanza agli schiavi manomessi, senza disprezzare nessuno» [trad. it. di F. Cantarelli, Milano, 1984]); v. anche 4,22,4-24.

⁵ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I Diritto di famiglia*, rist. Milano, 1963, 219-231; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 38-56.

⁶ Cic., *de Rep.* 1,25,39: *Est igitur – inquit Africanus – res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*; v. anche nello stesso senso il notissimo Cic., *de Rep.* 1,32,49: *quid est civitas, nisi iuris societas*; e Liv. 1,8,32 cit. *supra*, n. 1. Sulla concezione del *populus*, cfr. P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974.

⁷ È inutile sottolineare che la cittadinanza poteva essere acquisita anche in altri

dendo da ogni preesistente vincolo di sangue o riferimento di comune *origo* territoriale ⁸ (l'*adoptio/adrogatio*, in relazione alla possibilità di accogliere un nuovo membro in una *familia*, esprime la stessa apertura anche in questa pluralità di persone «che sono collocate nella potestà di una sola o per natura o per diritto») ⁹.

L'esposizione del diritto delle *Institutiones* di Gaio, che comincia con l'esame di quello relativo alle *personae*, riunite in una categoria giuridica unitaria, che include ogni uomo a prescindere dalle suc-

modi, oltre alla *manumissio* ad opera di un cittadino; essa poteva venir concessa a singoli o a comunità: cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 3, rist. Tübingen, 1952, 132 ss.; ALBANESE, *Le persone* cit., 180-191. Per il «perenne superamento delle frontiere etniche» che guida «la politica di conferimento della cittadinanza», e per la «consapevolezza [di ciò] degli scrittori romani», cfr. CATALANO, *Linee del sistema* cit., 27 e n. 46.

⁸ «Si la cité romaine naît à Rome, elle n'est pas tributaire d'une attache territoriale», secondo le parole di J. GAUDEMET, *Les Romains et les 'autres'*, in *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza e universalità, Da Roma alla Terza Roma*. Collezione diretta da P. Catalano e P. Siniscalco. Studi - II, Napoli, 1984, 8.

È opportuno notare che ad es. il MOMMSEN, (*Römisches Staatsrecht*, cit., 824-825) aveva osservato che nella terminologia giuridica romana non esiste un termine che indichi puntualmente «l'effettivo territorio dello Stato», ed aveva considerato ciò una «lacuna»; ma, se sotto il profilo del rilevamento di un dato di fatto l'osservazione è filologicamente esatta, errata è la conclusione, perché, come ha sottolineato P. CATALANO, *Alcuni sviluppi del concetto giuridico di Imperium Populi Romani*, in *St. Sassaesi*, 8, Milano, 1980-81 (= *Cultura iberica e diritto romano*, a cura di S. SCHIPANI), 22-24, non si tratta di una «lacuna», bensì di una radicale differenza fra lo Stato moderno, per il quale il territorio è elemento essenziale, a fianco a governo e popolazione (si noti: popolazione, non 'popolo') e *Imperium*, così come anche *res publica, civitas*.

⁹ D. 50,16,195,2: *iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae*. Cfr. ALBANESE, *Le persone* cit., 218-237; BONFANTE, *Corso* cit., 18-52. Sottolinea quest'ultimo autore che l'adozione è «l'aggregazione di un nuovo membro a un consorzio politico-religioso, con eguali diritti e doveri», così come, a proposito della *manumissio*, rileva: «ciò che il magistrato non può fare senza la cooperazione dei comizi in ordine al peregrino libero e congiunto eventualmente alla città col vincolo dell'ospizio e del *foedus*, può farlo senz'altro il privato rispetto al servo. Ora questa facoltà non si comprende se non, di nuovo, richiamando la natura politica della famiglia romana e il carattere sovrano del *paterfamilias*». (Per una analisi della *patria potestas*, attenta a non chiuderla nella prospettiva dello *ius privatum*, e nello stesso tempo idonea a superare taluni schematismi dell'impostazione del Bonfante, cfr. G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984).

cessive divisioni¹⁰, e secondo una priorità sottolineata da Ermogeniano («per gli uomini tutto il diritto è statuito»)¹¹, è quindi un esemplare sforzo di traduzione nei termini di un discorso sistematico-didattico, di tale, ora accennato, grande movimento unificatore di uomini attraverso il diritto che è ben radicato fin dal remoto *principium*, e che, nella *Constitutio Antoniniana de civitate* del 212, compie uno dei più noti passi della realizzazione di Roma come *communis patria*¹² di tutti gli uomini.

2. Le fonti dei iura populi Romani (dalle origini a Giustiniano) verso la codificazione

a. Livio ci attesta la concezione secondo cui le XII Tavole erano «fonte di tutto il diritto pubblico e privato»; costituivano un *corpus omnis Romani iuris*¹³. «Il concetto di *ius Romanum* ha una funzione sistematico-storica di unificazione degli *iura Romana* in divenire espansivo»¹⁴, e ciò è significativamente allacciato alla realizzazione di un *corpus* legislativo, ordinato dal popolo¹⁵, ed includente il principio secondo cui al popolo stesso compete un pieno potere di porre diritto¹⁶.

¹⁰ Gai. 1,8.9.10.12.48.49.142. Cfr. *infra*, Cap. V, § 3.D.; adde S. SCHIPANI, *Prime osservazioni sulle basi per un 'codice tipo' delle persone per l'America Latina*, in *La persona en el sistema jurídico latinoamericano (Principios para un Código Civil Tipo)*. Congreso Bogotá, Bogotá, 1995, 19 ss.

¹¹ D. 1,5,2: *hominum causa omne ius constitutum est*.

¹² Cfr. già Cic., *de Leg.* 2,2,5, ed anche Plin., *N.b.* 3,3,39, e, fra i giuristi solo più tardi: Callistrato in D. 48,22,18; Modestino in D. 27,1,6,11.

¹³ Liv. 3,34,6-7.

¹⁴ P. CATALANO, *Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto, 533-536*, in *La nozione di 'Romano'* cit.; v. anche ID., *Do ius Romanum ao Sistema romanista. Notas para uma pesquisa*, in *Seminários de direito romano na Universidade de Brasília: realizados em 1981 e 1982*, Brasília, 1984, 95.

¹⁵ Liv. 3,34,5: *eas leges habiturum populum Romanum, quas consensus omnium [...] iussisse*.

¹⁶ Liv. 7,17,12: *in XII Tabulis legem esse, ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset* (Tav. 12,5); v. anche Liv. 9,34,7: *id ius esse, quod postremo populus iussisset*.

Questa «grossa realtà delle XII Tavole», che incontriamo all'inizio della repubblica, e grazie alla quale si realizza in essa una base di uguaglianza ed unità nel contrasto patrizio-plebeo che configura e dinamizza la nuova costituzione della *civitas*, fa sì che «tra la metà del V e la metà circa del III sec. a.C., il diritto romano fu – si può ben dire – un diritto codificato»¹⁷.

Quando poi «questo complesso organico di norme esprime in sintesi il diritto vigente»¹⁸ viene ad essere superato contenutisticamente da nuove norme, pur nel nuovo «immenso cumulo di leggi, ammucciate le une sulle altre», esso continua a costituire ugualmente fonte, modello e oggetto di riflessione e proposta¹⁹.

b. Pomponio, dopo aver riconosciuto alle XII Tavole il ruolo di strumento con cui, «cacciati i re», la *civitas* «si fonda con le leggi»²⁰, a questa rifondazione pone come in qualche modo parallela l'opera con la quale, nel II secolo a.C., i giuristi Publio Mucio, Bruto e Manilio *fundaverunt ius civile*²¹.

In tale momento, il lavoro della giurisprudenza venne cioè a superare sia la semplice raccolta unificatrice delle leggi, sia l'affiancamento a queste di un commento²², e passò ad organizzare i dati normativi

¹⁷ G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in *Index*, 14, Napoli, 1986, 19-20. Cfr. anche A. GUZMÁN BRITO, *El desarrollo de la idea de fijación del derecho en Roma*, in *Semanas de Estudios Romanos*, Valparaíso, 1977, 100-105.

Per gli obbiettivi dell'unità ed uguaglianza del popolo, v. sempre ad es. Liv. 3,31,7: *legum latores, qui utrisque* (cioè: alla plebe ed ai patrizi) *utilia ferrent quaeque aequandi libertatis essent, sinerent creari*; 3,34,3: *omnibus iura aequasse*, ecc.; per altri profili posti in luce dalle fonti (v. in generale Liv. 3,9-57; Dion. Halic. 10, 1-60; Diod. Sic. 12,23-26; Cic., *de Rep.* 2,36-37,61-63; Pomponio D. 1,2,2,3. 4. 24), cfr. sintesi in S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana. Prima parte*, Milano, 1981, 180 ss.

¹⁸ PUGLIESE, *Spunti e precedenti* cit., 19.

¹⁹ Liv. 3,34,6: *decem tabularum leges perlatae sunt, quae nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatum legum cumulo, fons omnis publici privatique iuris est*.

²⁰ D. 1,2,2,3.4.

²¹ D. 1,2,2,39 su cui cfr. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 2^a ed., 1982, 257-268; L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino, 1979, 50-58.

²² Sempre secondo Pomponio, Sesto Papirio *leges [regiae] sine ordine latae in*

riconosciuti come tali dagli stessi giuristi. Questo lavoro fu poi scientificamente strutturato da Quinto Mucio che *primus ius civile constituit generatim*²³, che plasmò cioè per primo quel metodo sistematico-costitutivo nell'elaborazione del diritto con cui la giurisprudenza assurse, in modo irreversibile per il diritto romano, a quel suo specifico ruolo ambivalente di principio ordinatore del diritto sia autonomo sia indispensabile ad ogni altro principio ordinatore; ruolo il cui presupposto strutturale assunto è una società di liberi e uguali, che in esso trova la propria coerente espressione e ne costituisce la forza²⁴.

c. Nel contesto dell'espansione della prima elaborazione sistematico-costitutiva del diritto ad opera della giurisprudenza, nei contrasti della fine della repubblica in cui matura una nuova organizzazione politica, abbiamo la notizia che Cesare avrebbe concepito il progetto di «ridurre il diritto civile a certezza e misura, e raccogliere in pochissimi libri, dall'immensa e sparsa abbondanza di leggi, le migliori e necessarie»²⁵. Poi maturano effettivamente alcune leggi coordinatrici

unum composuit, ma non de suo quicquam ibi adiecit (D. 1,2,2,2; v. anche 2,36); Gneo Flavio aveva redatto le *legis actiones*, ed anche lui *nec de suo quicquam adiecit* (D. 1,2,2,7); Sesto Elio, nei suoi *Tripertita* aveva invece aggiunto una *interpretatio*, così che tale opera viene già qualificata *cunabula iuris* (D. 1,2,2,7.38). Cfr. LANTELLA, *Le opere cit.*, 47-61.

²³ D. 1,2,2,41. LANTELLA, *Le opere cit.*, 59; e *infra*, Cap. VI, § 1.

²⁴ Quanto alla indispensabilità del lavoro della giurisprudenza, sempre Pomponio, nel tracciare la *origo iuris atque processus*, osserva: *bis legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem* (D. 1,2,2,5), e conclude: *ita in civitate nostra [...] aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (D. 1,2,2,12); egli poi aggiunge che il diritto è reso effettivo dai magistrati e, di conseguenza, dopo aver fatto conoscere la *origo iuris atque processus*, deve trattare di essi (*quia per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?*); ma dopo ciò deve trattare dei giuristi *quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (D. 1,2,2,13).

Cfr. LANTELLA, *Le opere cit.*; G. GROSSO, *Premesse generali allo studio del diritto romano*, 4^a ed., Torino, 1960, 67-105. Per l'aderenza di un simile metodo ad una società di *patres familias/cives* uguali sovrani e possidenti, cfr. per tutti L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 36-58. Per una qualificazione-classificazione dell'esperienza giuridica romana, che così inizia, come «diritto giurisprudenziale», cfr. LOMBARDI, *Saggio sul diritto cit.*, 1-78, e rilievi critici di F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1971, 9-15.

²⁵ Suet., *Iul.* 44,2: *ius civile ad certum modum redigere atque immensa diffusaque*

di vasti complessi normativi preesistenti o dell'intero ordinamento di alcuni municipi e colonie ²⁶.

d. In tale contesto, mentre la lex Cornelia del 67 a.C. operava una prima stabilizzazione dell'*edictum* ²⁷, anche a questo si estendeva l'elaborazione sistematica del diritto ad opera di Aulo Ofilio ²⁸. Poco dopo inoltre, a seguito della soppressione delle *legis actiones* disposta dalla lex Iulia del 17 a.C., l'*edictum perpetuum* stesso veniva a contenere, oltre alla previsione dei mezzi pretorii di tutela giurisdizionale, anche quella dei mezzi di tutela di diritti fondati sullo *ius civile*. Esso così veniva a costituire «l'ordinato elenco di tutti gli interessi privati che, in base al *ius civile-ius gentium* e all'editto stesso potevano ottenere tutela giuridica durante l'anno in corso [...] Si può dire allora che l'editto non costituì soltanto un fattore di ordine e un preciso punto di riferimento per il disparato materiale giuridico del tempo, ma svolse anche una parte delle funzioni di un codice» ²⁹.

e. I giuristi, col loro quotidiano paziente lavoro di migliorare e sistemare il diritto, inglobano nella proprie stabilizzazioni dottrinarie le norme prodotte frammentariamente dal Senato e poi soprattutto dal Principe ³⁰, combinandole al complesso che elaborano con

legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros; per una eventuale attenzione al problema da parte di Pompeo, cfr. Isid. Hisp., *Etym.* 5,1,5. Cfr. GUZMÁN BRITO, *El desarrollo* cit., 107-112, che sottolinea il rapporto fra «el plan cesariano de reducir el derecho civil ad certum modum» ed i «diseños científicos de la época, teorizados, entre los romanos, por Cicerón» (su questi, cfr. cenno *infra*, n. 34). Un rapporto fra Ofilio e il progetto di Cesare, ben più stretto del convergere di tendenze accennato, viene proposto da F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli, 1984, 131 ss.

²⁶ Si pensi ad es. alle: lex Iulia iudiciorum publicorum; lex Iulia et Papia; lex Coloniae Genitivae Iuliae; lex Malacitana; lex Salpensana. Cfr. PUGLIESE, *Spunti e precedenti* cit., 21.

²⁷ Ascon., in *Cornelianam* I (CLARK, 59): *ut praetores ex edictis suis 'perpetuis' ius dicerent*; Dio Cass., 36,40.

²⁸ Cfr. D. 1,2,2,44. Cfr. LANTELLA, *Le opere* cit., 52.

²⁹ PUGLIESE, *Spunti e precedenti* cit., 23. V. anche GUZMÁN BRITO, *El desarrollo* cit., 112-114; F. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore*, in AA.VV., *La certezza del diritto*, Milano, 1987, 96.

³⁰ Cfr. 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*, Firenze, 1971, 1096, osserva: «i giuristi si servono di tali brani e di

la propria perizia, ed in cui sviluppano e coordinano altresì quanto da altre fonti è stato prodotto, che così viene tendenzialmente tutto unificato. «Il diritto che ne derivò non fu costituito da un accostamento atomistico di singole soluzioni particolari, la cui applicazione a nuovi casi fosse possibile, solo se essi potessero in certo modo farsi combaciare con quello inizialmente risolto. I giuristi interpretarono e rielaborarono la soluzione di casi concreti [...], immaginarono altri casi [...], traendone in sostanza regole e principi»³¹.

Nel complesso vario delle loro opere, ora analitiche e problematiche, ora più definitorie ed assiomatiche³², da un lato pare assumano un ruolo centrale quelle che costituiscono grandi stabilizzazioni del commento ricostruttivo casuistico e ordinato di formule ed istituti di vasti settori del diritto prodotto da diverse fonti (si pensi soprattutto ai grandi commentari *ad edictum*, *ad Sabinum*, i *Digesta*, ecc.)³³.

tali citazioni [sc. delle costituzioni imperiali] nella loro opera di costruzione del diritto riducendo e traducendo in regole precise e in principi generali gli ordini, le istruzioni, le decisioni imperiali emanati per singole specie, dando a risoluzioni di casi isolati e concreti portata di norma generale e di principio astratto e coordinando al sistema giuridico le norme e i principi da essi individuati e formulati».

³¹ PUGLIESE, *Spunti e precedenti* cit., 22, che puntualizza altresì la differenza, di cui sottolinea l'«importanza», fra diritto «casistico-giurisprudenziale» e diritto «casistico-giudiziario», perché il primo «porta l'impronta della giurisprudenza». Infatti, «l'epoca classica fu indubbiamente caratterizzata da un tale numero e da una tale rilevanza di precetti particolari e concreti da non trovare confronto nell'esperienza dei sistemi romanizzati moderni; ma ad essi facevano, per così dire, da contrappeso altrettanti e altrettanto importanti precetti generali e astratti» (p. 31). La giurisprudenza così ci «ha insegnato [a] sapere risalire in senso verticale dal particolare al generale e dal generale (*mores*, XII Tav., altri atti normativi, editto pretorio, ecc.) al particolare, sapere anche stabilire collegamenti orizzontali tra particolare e particolare, generale e generale; sapere quindi mettere le basi di un sistema, articolato ed elastico; sapere infine temperare le ragioni della logica con le esigenze della giustizia». Cfr. anche F. HORAK, *Dogmática e Casuística no Direito Romano e nos direitos modernos*, in *Revista de Direito Civil, Impresarial e Agrario*, 28, São Paulo, 1984, 82-90.

³² Commenti *ad edictum*, *Digesta*, *Responsa*, *Quaestiones*, *Disputationes*, *Regulae*, *Definitiones*, *Differentiae*, *Sententiae*, *Opiniones*, ecc. Cfr. per tutti F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; E. PÓLAY, *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*, Szeged, 1979; LANTELLA, *Le opere* cit.; F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987.

³³ Sottolinea il carattere di «fijación del derecho» dell'opera di Ulpiano, GUZMÁN BRITO, *El desarrollo* cit., 115-116.

D'altro lato appaiono altresì, come in altri settori del sapere, delle opere istituzionali, sistematico-didattiche, destinate alla diffusione degli elementi della materia ³⁴, nelle quali si realizza, proprio per rispondere a tale scopo, sia l'elaborazione di un sistema espositivo articolato in alcuni pochi *genera*, primo fra i quali è posto quello della *persona*, permanente ed efficace concetto giuridico unificatore pur di fronte alle diseguaglianze profonde che dividono nelle contingenze storiche quella società presupposta come costituita da uguali; sia una prevalenza e concentrazione di definizioni, regole e principi, e si orienta la prospettiva di loro ulteriore generalizzazione ³⁵.

Nel corso del Principato, le possibilità del lavoro scientifico della giurisprudenza si esplicano variamente in rapporto all'oggetto dell'*interpretatio* stessa e il diritto prodotto da ogni altra fonte viene assorbito e fuso nelle sue opere ³⁶, tanto che poi è conosciuto pressoché solo attraverso di esse, che in età successiva verranno a costituire i *iura*. Sola, la giurisprudenza coltiva però l'elaborazione della teoria delle fonti ponendo in primo piano la *lex*, ed il suo principio ordinatore, la volontà del popolo, attraverso cui inquadra l'altra produzione normativa, a cominciare dalle *constitutiones principis* per finire col *ius moribus receptum* ³⁷; su tale stessa linea, essa interpreta il punto di rife-

³⁴ Sull'impulso a *ius civile in artem redigere* per la istruzione del *perfectus orator* da parte di Cicerone alla fine della repubblica, e sul confluire di un tale tipo di istanza didattica solo in un momento successivo nella cultura giuridica unendosi ad altra linea di impostazione sistematica, cfr. *infra*, Cap. VI, § 2.

³⁵ Cfr. *infra*, Cap. VI, § 3. (Per talune accentuazioni dei dati e tendenze di fondo del sistema proprie dell'opera istituzionale e della sua destinazione alla formazione di nuovi giuristi, v. in particolare *ivi* B).

³⁶ Sulla «tensione verso l'unità» che, grazie al lavoro dei giuristi romani supera la pluralità dei diversi «ordinamenti» e complessi di norme, ma pur la tiene presente così da non cadere negli «astrattismi oltranzistici di tanta parte degli attuali giuristi», cfr. incisivamente G. GROSSO, *Problemi e visuali del romanista*, in *St. Koschaker*, 1, Milano, 1954, 495-512; ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1967, 27-85; ID., *Premesse generali* cit. alla n. 24, *passim* e particolarmente 134-138.

³⁷ Cfr. rispettivamente Gai. 1,5; Pomponio in D. 1,2,2,12; Papiniano in D. 1,1,7; Ulpiano in D. 1,4,1 pr.; e Giuliano in D. 1,3,32,1; non a questo principio è invece ricondotta la *consuetudo* di cui in C. 8,52(53),1 (a. 224) e in Ulpiano in D. 1,3,33,34, salvo poi da un tentativo di Ermogeniano (D. 1,3,35), ed a cui si riferiscono le posteriori attenzioni degli imperatori. Cfr. F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI*, 48, Roma, 1982, 413-454; ID., *Interpretazione e formazione consuetudinaria*

ramento della *lex XII Tabularum*, quale modello, quasi polo complementare della propria attività, che fonda la *civitas* con le leggi, e che, solo grazie ad essa riesce a conservare tale ruolo con valore attuale ³⁸.

f. La crisi del III secolo e le innovazioni del IV vedono mutare l'incisività del ruolo che la giurisprudenza riesce a svolgere: di fronte al crescere in ogni senso delle *constitutiones*, essa continua il suo lavoro limitandosi a ricompilarle e ordinarle senza alcun commento ³⁹, producendo quei *corpora* di *leges* (Gregorianum e Hermogenianum) che nel V secolo troviamo designati *codices*, con temine che viene così usato «per indicare non solo il 'libro', bensì soprattutto il contenuto» ⁴⁰. Di fronte all'alluvionale produzione di costituzioni imperiali ed alla concessione di privilegi attraverso l'*interpretatio* da esse attuata ⁴¹, l'eredità della giurisprudenza anima altresì la preoccupazione di arginare il pericolo di arbitrio legato ad una efficacia oltre il singolo caso di tali provvedimenti particolari, che i giuristi non sono più in grado di coordinare, e porta ad elaborare la categoria delle *leges generales*, che sole dovrebbero aver potere di produrre diritto ⁴².

del diritto, Torino, 1971; ID., *La consuetudine nel Diritto romano*, in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*, Roma, 1979, 98-112.

³⁸ Pomponio in D. 1,2,2,4 cit., e il significato dei commenti ad esse di Labeone (Gell., *N.A.* 1,12,18; 6,15,1; 20,1,13), e poi Gaio (*Pal.* 1, coll. 242-246).

³⁹ Le costituzioni erano distribuite in libri e titoli, e all'interno di questi erano disposte in ordine cronologico; probabilmente erano abbreviate; cfr. L. WENGER, *Die Quellen des Römischen Rechts*, Wien, 1953, 534-536; VOLTERRA, *Il problema del testo* cit.

⁴⁰ PUGLIESE, *Spunti e precedenti* cit., 25. Cfr. CTh. 1,1,5; v. anche A. GUZMÁN BRITO, *Codex*, in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors*, Pamplona, 1987, 603-606.

⁴¹ Cfr. la costituzione di Costantino del 316, in CTh. 1,2,3.

⁴² Cfr. le costituzioni di Costantino, del 315, in CTh. 1,2,2, e di Valentiniano III e Teodosio II, del 426, in C. 1,14,2,3; 19,7; 22,5, e del 446, in C. 1,14,8. La determinazione della categoria non era per altro semplice e «è abbastanza discutibile la distinzione di Valentiniano, che toglie carattere di generalità alle costituzioni emanate per determinate città, province o corpora» (F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 5, 2^a ed., Napoli, 1975, 474). Sul diverso indirizzo di Giustiniano, che, in relazione alla compilazione del *Codex*, attribuisce *vim generalis constitutionis* anche a quelle che tali non fossero dall'inizio, v. Haec, quae necessario 2; Summa 3, e che poi, nel 529, afferma il valore vincolante generale per i *decreta* e *rescripta* nel contesto della negazione di tale valore agli *exempla* dei giudici, v. C. 1,14,12; 7,45,13. Cfr. in generale, WENGER, *Die Quellen* cit., 431-434.