

I

Introduzione

1. *Fonti del diritto in età arcaica e repubblicana*

In epoca arcaica, la struttura socio-economica degli insediamenti umani presenti nel territorio del *Latium vetus*, dove sorgono Roma e le altre comunità latine, si fonda sulla produzione agricola e sulla pastorizia. È assai probabile che sui territori pianeggianti e acquitrinosi che costeggiavano il Tevere nei dintorni dell'isola Tiberina sorgessero, da età assai risalente e imprecisabile, villaggi formati da contadini e agricoltori, i *pagi*, legati da comuni interessi economici e pratiche rituali e di culto, nonché da medesime credenze religiose. Dall'aggregazione di tali comunità rustiche nasce, intorno alla metà del secolo VIII a.C., il nucleo più antico di Roma. Guidata da un capo, il *rex*, con l'ausilio di un consiglio di anziani, i *patres* (in cui è riconoscibile il primo nucleo del senato), la comunità si regge su costumanze familiari e sociali ispirate all'assoluto rispetto per gli avi. Il tradizionalismo arcaico si fonda sul senso di continuità con il passato e garantisce identità e futuro alla nascente realtà civica; i cittadini ritengono fondamentali valori come l'osservanza dei *mores maiorum*, gli usi degli antenati, e appare spiccato il loro senso di dedizione al gruppo di appartenenza. Perciò, come accade in altre civiltà arcaiche del Mediterraneo, sono nettamente prevalenti sul singolo gli interessi dei clan parentali e della città-stato.

Origini di Roma

In questa prima fase i membri della comunità, i *cives*, osservano una fitta rete di precetti in cui si può scorgere il nucleo originario del *ius*, inscindibilmente legato alla sfera magico-sacrale del *fas*. Il controllo dei comportamenti dei cittadini è affidato ai pontefici, sacerdoti ai quali spettano compiti fondamentali: organizzano il calendario, stabiliscono i giorni *fasti* e *nefasti*, elaborano le formule propiziatricie per le invocazioni agli dèi, curano i rituali sacri; infine, quali custodi della memoria collettiva, registrano gli eventi più importanti come guerre, vicende politiche, fenomeni naturali (p. es. carestie o eclissi). In Roma antica la religione è anche e soprattutto un fenomeno sociale e politico; i pontefici garantiscono la *pax deorum* e interpretano i voleri degli dèi, fungendo da intermediari con i concittadini; tale ruolo di mediazione è reso efficacemente dalla etimologia di *pontifex*, 'costruttore di ponti' (da *pontem* e *facere*), ovvero – secondo

I pontefici

un'altra interpretazione – colui che è in grado di 'aprirsi una strada nelle foreste'.

Oralità, formalismo e superstizione caratterizzano la mentalità arcaica, tesa costantemente a interpretare i 'segni' della natura per penetrare i voleri delle divinità. Quali esperti nella sfera del sacro, i pontefici stabiliscono ciò che è lecito (*fās*) e ciò che non lo è (*nefās*). Ma accanto alle relazioni dei *cives* con il mondo divino vi sono bisogni pratici da soddisfare. I romani devono fare testamento, acquistare schiavi, lavorare la terra, prendere moglie: queste e tante altre occupazioni della vita pratica pongono problemi, che solo la rigorosa individuazione dei precetti applicabili può risolvere. In primo luogo perciò i pontefici elaborano i congegni verbali e le pratiche rituali, che i cittadini devono compiere affinché si producano determinati effetti; in secondo luogo, quali depositari della *memoria* collettiva, mettono al servizio dei cittadini la loro *sapientia*, rispondendo ai quesiti più vari, relativi alla conformità di una data attività al *ius*: lo strumento di comunicazione è il *responsum*, la 'risposta' pontificale data al cittadino. Nell'attività rispondente i pontefici interpretano i *mores maiorum* ed elaborano la *scientia iuris*.

Responsa dei pontefici | Il *responsum* è dotato allo stesso tempo di autorità e di autorevolezza, provenendo da una carica sacerdotale altissima, in cui si concentra la conoscenza del divino e dell'umano; il *ius* tocca entrambe le sfere. Esso scaturisce dai *mores*, remote costumanze che nella convinzione radicata della comunità esprimono una disciplina fondata sulla 'natura delle cose', in armonia con il senso della patria e della tradizione e con l'esigenza imprescindibile della *pax deorum*. Sotto questo aspetto, i *mores* sono considerati in grado di rivelare le linee di un ordine naturale e universale, immanente e sovraordinato alla realtà fenomenica, trascendente la stessa volontà divina.

I mores |

Leges regiae | Per tutta l'epoca regia, dalla mitica fondazione ad opera di Romolo (754 o 753 a.C.) fino alla cacciata dell'ultimo re, Tarquinio il Superbo, avvenuta agli inizi del VI secolo a.C., l'ordinamento giuridico di Roma si fonda sui *mores*. Tra gli autori antichi si fa menzione anche delle *leges regiae*, complessi normativi che sarebbero stati emanati dai monarchi succedutisi nel governo cittadino in questa fase più risalente (i primi quattro re sono di origine latino-sabina, gli ultimi tre di stirpe etrusca). Sono però controverse l'esistenza e la natura di queste leggi, ed è impensabile una loro netta distinzione dai *mores*. Con qualche fondamento si potrebbe supporre che la sedimentazione dei precetti consuetudinari desse luogo, in molti casi, a fenomeni di 'recezione' da parte del *rex*, nel senso che questi avrebbe emanato ordinanze di contenuto identico ai *mores*, allo scopo di rafforzarne il valore giuridico. È anche discussa la natura di altre statuizioni di valore limitato, come le delibere adottate dalle singole *gentes*, i *decreta gentilitia*, che ovviamente riguardavano solo i membri della *gens*; le testimonianze a nostra disposizione sono però scarse e non toccano tematiche di rilievo.

È da sottolineare l'importanza delle *gentes* nel processo di assestamento della realtà istituzionale di Roma in quest'epoca, con la formazione di un ceto dirigente composto dai membri più autorevoli delle stesse. A questa prima fase, corrispondente grosso modo alla monarchia latino-sabina, segue un nuovo assetto politico

con l'avvento dei re etruschi, quando si accentua il dispotismo monarchico e si assiste alla massiccia immissione in senato di altri *patres familiarum*, nonché all'ascesa al potere di nuovi ceti emergenti, le c.d. *minores gentes*, slegate dalle antiche aristocrazie gentilizie.

Secondo la tradizione, dopo l'espulsione di Tarquinio il Superbo e dei suoi figli, in séguito alla grave offesa arrecata a Lucrezia e la conseguente rivolta dei cittadini romani, nel 509 a.C. s'instaura l'ordinamento repubblicano con i primi due consoli, Bruto e Collatino. Stando alle testimonianze a nostra disposizione, il passaggio dal governo di un solo uomo a quello di una coppia di magistrati, i *consules* (detti anche *praetores*), sarebbe stato repentino, ma non mancano indizi in senso contrario, tanto che alcuni studiosi ipotizzano che la transizione alla nuova forma di organizzazione politico-istituzionale avvenisse in tempi lunghi e in modo graduale. Le vicende complesse, in gran parte oscure di questa prima fase non possono essere oggetto di analisi in questa sede; deve però essere ricordato quel fondamentale complesso normativo composto da una commissione di dieci uomini, i *decemviri legibus scribundis*, noto con il nome di Legge delle XII Tavole (= XII Tab.).

Genesi della Repubblica

Probabilmente frutto di pressioni da parte della plebe, e sotto l'influenza di modelli greci, questo codice venne emanato negli anni centrali del V secolo, tra il 451 e il 450 a.C., e diede vita a un testo formato da precetti normativi di carattere generale e uniforme (pur se non riguardanti tutti i settori dell'ordinamento). Le disposizioni si limitavano a raccogliere e riordinare le regole consuetudinarie e le costumanze operanti tra i cittadini in una società ancora primitiva, caratterizzata dal lavoro agricolo e da nuclei familiari tendenzialmente autarchici; ma la novità assoluta fu la scrittura, che attribuì certezza alle norme da osservare. Si privò in tal modo il collegio dei pontefici del monopolio esercitato sull'elaborazione e interpretazione del *ius* per mezzo della funzione rispondente e di una comunicazione di natura oracolare e dogmatica.

Le XII Tavole

Agli inizi del IV secolo, probabilmente nel 390 a.C., il codice, inciso su tavole lignee o bronzee, andò perduto a causa di un incendio, durante il sacco della città ad opera dei Galli. Ugualmente però i contenuti vennero tramandati e 'aggiornati' nel tempo. Per molti secoli i romani riconobbero in esso – come scrisse Livio in età augustea – la fonte di tutto il diritto sia pubblico che privato¹. La nostra conoscenza è solo frammentaria e indiretta, grazie alle citazioni sparse nella letteratura di età repubblicana e imperiale. Sappiamo che erano disciplinati i principali rapporti di scambio e trasferimento dei diritti sulle *res*, compresi quelli *mortis causa*; inoltre i rapporti di famiglia, alcuni gravi crimini, gli antichi riti processuali delle *legis actiones*. I precetti erano espressi in forma stringata e con andamento ritmico, tale da favorirne la memorizzazione immediata, anche tramite esercizi di cui è rimasta qualche traccia nelle testimonianze letterarie (la c.d. 'mnemotecni-

¹ Liv. 3.34.6.

ca': un'arte ben conosciuta e praticata nelle società antiche, dominate dalla oralità e dall'economia dei mezzi scrittorii).

Il popolo e i comitia | Ben presto sulle XII Tavole comincia a svilupparsi una *interpretatio* – in un primo momento da parte dei pontefici, successivamente ad opera di giuristi laici – finalizzata, da un lato, a trarre dagli antichi precetti nuova linfa per l'attività respondente, dall'altro alla creazione di discipline adeguate alle istanze di una civiltà in continua espansione. Contemporaneamente continua il processo di consolidamento del regime repubblicano che, almeno formalmente, ha il suo fulcro nel popolo e nella organizzazione comiziale: il popolo si riunisce in assemblee cittadine, tra cui le più importanti sono i *comitia centuriata*, che dalle originarie funzioni militari assumono un ruolo centrale per molti aspetti della vita politica di Roma. In primo piano è la funzione legislativa. Divisi in cinque classi in base alla ricchezza posseduta, i cittadini riuniti nel *comitiatus maximus* votano le leggi su proposta (*rogatio*) del magistrato; se approvate, prendono il nome di *leges rogatae*. Compiti analoghi vengono assegnati ai *comitia tributa*. Con la *lex* si riconosce al popolo la potestà di *iubere*, di 'ordinare'; tra la Repubblica e il Principato, sarà Ateio Capitone ad affermare che «la legge è il comando generale del popolo o della plebe su proposta magistratuale»². È significativo che il giurista estendesse tale potestà alla plebe, ricordando l'equiparazione alle leggi dei plebisciti – le *delibere plebee* – avvenuta nel 287 a.C. con la *lex Hortensia*.

Il pretore | Un altro pilastro dell'ordine repubblicano, com'è noto, è costituito dal pretore. Si concentra nella figura di questo magistrato la giurisdizione, prima affidata al re e successivamente, con la caduta della monarchia, ai consoli. Il pretore, eletto annualmente nei *comitia centuriata*, era titolare di *imperium* alla pari dei consoli, pur se con minore *potestas* date le sue competenze specifiche; venne istituito nel 367 a.C. con le *leges Liciniae Sextiae*, tendenti ad un complessivo riassetto delle strutture repubblicane. Con queste leggi si attuò il celebre compromesso patrizio-plebeo, di cui parla anche Livio³: la carica della pretura venne riservata ai patrizi, ma in cambio i plebei ottennero la possibilità di accedere al consolato. Alla figura del *praetor urbanus*, preposto alla giurisdizione tra cittadini, fu affiancata nel 242 a.C. quella del *praetor peregrinus*, creata per far fronte alle sempre più frequenti controversie tra cittadini e stranieri, dovute alla crescente espansione di Roma e al suo affermarsi come potenza commerciale sui mercati del Mediterraneo. Ciascuno dei due pretori esercitava indipendentemente le proprie funzioni in base alle competenze assegnate, tuttavia anche i cittadini potevano rivolgere le proprie istanze al *praetor peregrinus* e avvalersi della tutela giudiziaria offerta da costui.

L'editto pretorio | Il ricorso all'editto da parte dei pretori non dovette avere, in origine, una cadenza fissa e periodica, ma attuato secondo opportuni

² Gell. 10.20.2.

³ Liv. 6.42.10.

tà, quando le circostanze e i problemi sorti nella prassi lo richiedessero. Fu probabilmente tra il II e il I secolo a.C. che la cadenza si stabilizzò: all'inizio dell'anno di carica il pretore – titolare come gli altri magistrati del *ius edicendi*, ossia della facoltà di emanare disposizioni – pubblicava nel foro il programma annuale della sua giurisdizione: un formidabile strumento giuridico, in quanto si configuravano nell'editto specifici mezzi processuali (*actiones, exceptiones, in integrum restitutiones, cautiones* e così via) da impiegare per far valere diritti e poteri, o per far osservare obblighi e doveri, in una vasta serie di ipotesi accuratamente delineate. La peculiarità di tali previsioni sta nel fatto che il pretore non enunciava statuizioni astratte di carattere sostanziale, ma disegnava situazioni concrete in cui avrebbe fornito tutela giudiziaria a coloro che gliene avessero fatto richiesta, concedendo precisi rimedi processuali di varia natura in base alle circostanze del caso. Si formò così un cospicuo insieme di figure aventi ciascuna una propria fisionomia, diversa per origine e operatività dall'antico *ius civile* ma non in contrasto con esso. Tale massa precettiva, chiamata *edictum perpetuum* perché destinata a restare in vigore per tutto il periodo annuale di esercizio della carica, non era immutabile, anzi si aggiornava anno dopo anno, mantenendo in vita le ipotesi che avevano dato buoni risultati durante il periodo precedente ed escludendo quelle risultate, alla prova dei fatti, inutili o inadeguate.

Al coagulo di disposizioni che si trasmettevano da pretore a pretore (c.d. *edictum tralaticium*), altre se ne aggiunsero in modo 'alluvionale' e puntiforme. Di tale massa facevano parte anche le statuizioni che il pretore adottava non al momento in cui entrava in carica, ma per far fronte a istanze e circostanze emerse in séguito e su cui egli doveva provvedere (c.d. *edictum repentinum*). L'ampia e variegata mole di disposizioni pretorie prese il nome di *ius honorarium*, «diritto nascente dalla carica [magistratuale]».

In un testo famoso che leggiamo nella pagina iniziale del Digesto, il ruolo di questo diritto fu quello di «aiutare, integrare o correggere» il diritto civile per il pubblico interesse (*ius honorarium* | *ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*)⁴: l'affermazione era di Papiniano, scritta in età severiana (tra la fine del II secolo d.C. e gli inizi del III), quando si era ormai esaurita l'energia creativa che aveva segnato l'attività dei pretori dal momento della loro istituzione fino al primo Principato. Ma senza dubbio l'opinione del giurista rifletteva una considerazione più risalente.

Dal momento in cui si consolidò il diritto pretorio, si costituirono due complessi normativi fondamentali per la disciplina giuridica dei rapporti tra privati: da un lato il *ius civile* (| *ius civile* |), formato dagli antichi *mores*, dalle XII Tavole e dalla *interpretatio* pontificale, dai *responsa* dei giuristi, dalle *leges comiziali* e dai plebisciti ad esse equiparati; dall'altro appunto il *ius honorarium*,

⁴ D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *def.*).

che agiva direttamente sul piano processuale offrendo non solo ai *cives* ma anche agli stranieri, nei rapporti tra loro e con i cittadini, efficace protezione giudiziaria in numerosissime ipotesi. Cosicché fu chiamato *ius gentium*, «diritto delle genti», quella parte di *ius honorarium* applicabile anche ai *peregrini*.

A tali fonti di produzione del diritto occorre aggiungere i *senatusconsulta*, le delibere del senato, alle quali si attribuì efficacia normativa pur se in maniera indiretta, in quanto fissavano indirizzi politico-giuridici vincolanti direttamente solo i magistrati titolari della *iurisdictio* (in età successiva si riconobbe a tali delibere forza di legge, come ricorda Gaio, accennando che ciò era stato oggetto di discussione)⁵.

La pluralità di fonti di produzione giuridica, qui delineata in modo sommario, caratterizza dunque l'esperienza giuridica repubblicana. La struttura dell'ordinamento nazionale appare stratificato su vari livelli, con un nucleo di diritto arcaico rappresentato dai *mores*, sul quale s'innestano nel corso dei secoli, espandendosi di continuo, esperienze eterogenee, che si integrano producendo discipline giuridiche differenti. «Il coesistere di strati giuridici diversi», scrive Wolfgang Kunkel, «...è un fenomeno a cui i nostri occhi stentano ad abituarsi. Esso è il risultato di una crescita naturale, solo raramente intralciata da una pianificazione razionale...»⁶. L'ordinamento romano forgia i propri assetti normativi nella fucina di vicende storiche e politiche assai complesse.

2. Fonti del diritto in età imperiale

Il 13 gennaio del 27 a.C. Ottaviano dichiara in senato di voler deporre il comando, in quanto l'opera di pacificazione di Roma era stata da lui condotta a termine, dopo i terribili anni di violenze e di guerre civili in cui erano stati assassinati Cesare, alle idi di marzo del 44 a.C., e Cicerone, nel dicembre del 43. La grande battaglia navale di Azio del 31 a.C. si era conclusa con la rovinosa sconfitta di Antonio e il suicidio di costui e della regina Cleopatra. Il 16 gennaio si svolge una nuova seduta in senato, e ad Ottaviano è conferito il titolo di *Augustus*.

La 'rivoluzione' augustea | Nasce il Principato. Un potere enorme, dal comando militare alla gestione delle finanze, dal governo su popoli e territori immensi al controllo capillare sulle istituzioni pubbliche, si concentra nelle mani di un solo uomo. In tale scenario il carisma personale gioca un ruolo di assoluta centralità e l'*auctoritas*, l'autorevolezza del principe, è alla radice del nuovo corso. Augusto però, consapevole dei sentimenti repubblicani vivissimi tra i suoi concittadini e intenzionato a non fare la stessa fine di Cesare, procede formalmente solo alla restaurazione del precedente regime. Il nuovo potere si nasconde dietro la facciata dell'antico edificio da rimettere in sesto, e il *princeps*, il

⁵ Gai 1.4.

⁶ W. Kunkel, *Linee di storia giuridica romana* (= *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, 1972⁶), Napoli 1973, p. 113.

«primo cittadino», appare come colui che è stato chiamato dalla sorte e dagli dèi a sostenere il rinato ordine repubblicano.

Il sottile disegno politico si attua dunque senza traumi, e già dopo la morte di Augusto, avvenuta nel 14 d.C., con Tiberio e gli altri principi che si succedono al governo di Roma, si assesta il regime da poco instaurato. Muta in profondità l'organizzazione degli uffici pubblici, con nuove figure di funzionari che dipendono dal principe, e delle casse finanziarie, con la creazione di una struttura parallela amministrata dall'imperatore, il *fiscus*, che si affianca all'*aerarium populi romani* risalente alla Repubblica; vengono meno i principi della gratuità e dell'annualità delle cariche pubbliche, e lentamente perdono importanza – fino all'esautoramento di ogni potere effettivo – i pilastri su cui per secoli si era retto l'ordinamento repubblicano: le assemblee popolari, le magistrature, il senato. Tali strutture formalmente sopravvivono, ma in realtà non hanno più alcuna autonomia; declinano le vecchie fonti di produzione giuridica e si fa sempre più spazio l'emergente diritto imperiale. Si forma così, dal I secolo d.C. in poi, dopo il *ius civile* e il *ius honorarium*, il terzo strato del diritto romano, quello imperiale, destinato a prevalere sugli altri modi di formazione dell'ordinamento fino a sostituirli. Vediamo in che modo.

La circostanza per cui l'imperatore viene ad attuare, nel tempo, uno stretto controllo sull'intera produzione del diritto è conseguenza della concentrazione nelle sue mani del potere politico; ma questo processo è graduale e non immediatamente percepibile. Inizialmente il principe si limita a esercitare la sua personale influenza sui modi consueti di produzione giuridica, ma la sua ingerenza determina il tramonto delle fonti proprie dell'ordine repubblicano: dalla fine del I secolo d.C non si hanno più testimonianze di leggi votate dai comizi popolari. L'ultima legge comiziale conosciuta è approvata sotto Nerva, tra il 96 e il 98; l'editto pretorio si cristallizza in un assetto stabile qualche decennio più tardi, con Adriano, che governa tra il 117 e il 138; il senato è ormai sotto il controllo imperiale. Occorre aggiungere, per quanto riguarda quest'ultimo organo, che tanto ampia fu l'influenza esercitata dal principe, che a partire dal II secolo invalse l'uso, durante le sedute senatorie, di approvare supinamente le proposte normative (*orationes*) avanzate o sostenute da costui, cosicché il reale testo normativo era costituito non dalla delibera senatoria ma dalla volontà resa manifesta nella *oratio principis*.

La produzione del diritto

Accanto al progressivo svuotamento dei modi ordinari di formazione del diritto, si afferma gradualmente l'idea che il principe possa emanare in prima persona atti aventi efficacia normativa. Già nella funzione della *cura legum et morum* attribuita ad Augusto era compresa la facoltà di indirizzare proposte di leggi popolari e di delibere senatorie rispettivamente ai comizi e al senato; a ciò ben presto si aggiunge l'esercizio diretto del potere legislativo. Sotto questo profilo è istruttivo un prezioso testo epigrafico rinvenuto a Roma nel 1347 da Cola di Rienzo: si tratta della *lex de imperio Vespasiani*, attestante il conferimento del potere al principe da parte di popolo e senato. Il documento attribuiva a Vespasiano, che governò Roma tra il 69 e il 79, vari

Lex de imperio Vespasiani

poteri (tra cui il diritto di concludere trattati internazionali e convocare il senato), ma è rilevante in particolare, per quanto qui interessa, la facoltà riconosciuta all'imperatore di agire per il bene della *res publica* anche senza osservare le leggi e i plebisciti esistenti, e conseguentemente di adottare le decisioni ritenute necessarie, da tener ferme come se fossero state emanate su ordine del popolo o della plebe. Si ratificava così tutto ciò che l'imperatore avesse disposto, in quanto egli agiva nell'interesse supremo della *res publica*; e questa sua attività poteva tradursi nell'adozione di misure normative. Siamo nella seconda metà del I secolo, ed è evidente il rovesciamento di prospettiva rispetto agli ideali repubblicani ancora appassionatamente sostenuti, poco più di un secolo prima, da Cicerone. Più tardi, alcuni noti giuristi avrebbero giustificato tale visione 'autocratica' mediante il ricorso ad una presunta delega (ovviamente una finzione) conferita all'imperatore dalla legge. Così Gaio: «... avendo lo stesso imperatore ricevuto il comando supremo attraverso la legge»⁷; e Ulpiano, in modo più preciso: «... avendo il popolo, con la legge regia approvata circa il comando supremo del principe, a lui, e in lui, conferito ogni proprio imperio e potestà»⁸.

Costituzioni imperiali | Vediamo dunque in concreto quali sono i provvedimenti normativi, le c.d. *constitutiones*, che il principe aveva facoltà di emanare. Potevano essere di cinque tipi. In primo luogo gli *edicta*: disposizioni indirizzate al popolo, che dovevano valere per tutto l'Impero (a volte però per una sola provincia o città); in secondo luogo i *mandata*, istruzioni inviate ai funzionari dell'amministrazione imperiale. Queste tipologie avevano in comune il carattere della generalità. Le restanti tre invece miravano, in modi differenti, a risolvere casi specifici: i *decreta* erano le sentenze emanate nell'esercizio della funzione giurisdizionale, svolta dal principe, in materia sia penale sia civile, in unica o ultima istanza; i *rescripta* erano le risposte date alle richieste di privati, che si erano rivolti all'imperatore con *libelli* o *preces* per ottenere da lui un parere su una questione di diritto, nel corso di un processo o al fine di promuoverlo. Il parere imperiale era vincolante, purché ovviamente i fatti esposti corrispondessero al vero. Infine le *epistulae*, pareri scritti, anch'essi vincolanti, dati a magistrati e funzionari imperiali in risposta a quesiti giuridici sottoposti da costoro al principe.

Nei primi due secoli e mezzo dell'età imperiale l'ordinamento romano si regge, in sostanza, sulle *constitutiones principum* e sui *responsa prudentium*, le risposte o pareri dei giuristi. I *responsa prudentium* furono espressione di una straordinaria attività di interpretazione del *ius civile* e del *ius honorarium*, che diede luogo ad un fenomeno imponente e costante di sviluppo di indirizzi tendenti a risolvere i molteplici problemi nascenti da casi pratici. In tale prospettiva si comprende come la *interpretatio prudentium* possa essere concepita tanto in senso dinamico, quale attività creativa 'aperta' e sempre pronta a percorrere nuove strade, quanto

⁷ Gai 1.5.

⁸ D. 1.4.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*) = Inst. 1.2.6.

in senso statico, come insieme di opinioni consolidate. Sul piano della produzione giuridica, il rapporto tra imperatori e giuristi non fu senza contrasti, tuttavia nel complesso appare proficuo ed equilibrato, specie quando giuristi autorevoli furono chiamati a far parte del *consilium principis*.

Nel suo manuale Gaio descriveva il tessuto giuridico del suo tempo ponendo insieme, l'una accanto all'altra, le fonti che componevano i *iura populi romani*: leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni imperiali, editti magistratuali, risposte dei giuristi⁹; e precisava che le risposte dei giuristi erano i pareri e le opinioni di coloro ai quali era stato concesso di «costruire» il diritto. Gaio ricordava anche un rescritto adrianeo, per il quale se e quando si fosse consolidato, tra i giuristi ai quali era stato concesso il «diritto di rispondere» (*ius respondendi*), un dato orientamento, esso sarebbe divenuto vincolante per tutti; qualora invece i dissidi fossero proseguiti, il giudice sarebbe stato libero di scegliere a propria discrezione¹⁰.

All'incirca dalla seconda metà del terzo secolo d.C. viene meno la forza creativa della giurisprudenza romana. I maestri dell'età severiana – Papiniano, Paolo e Ulpiano, autori di una sterminata produzione scientifica – non lasciano allievi della loro statura. La cesura con i modi 'classici' della formazione del diritto è netta, tuttavia la scienza giuridica non muore di colpo, ma continua a vivere nell'oscuro anonimato delle cancellerie imperiali. La prassi del responso cede il passo a quella del parere concesso dagli uffici della burocrazia centrale; il fenomeno si manifesta in pieno con Diocleziano. Fritz Schulz osserva che il radicale cambiamento della struttura della scienza giuridica romana fu dovuto alla tendenza innata di ogni burocrazia a concentrare lo sviluppo del diritto nel monopolio di un ufficio centrale, assicurandone, per mezzo di un'efficace azione di controllo, la rigorosa applicazione¹¹. Emerge la tendenza alla semplificazione, alla formazione di regole semplici e chiare. Il *ius controversum* è sostituito dal *ius receptum*: se la vocazione del diritto dei giuristi era stata per la discussione e il confronto tra le opinioni, ora interessa semplicemente il risultato finale, la disciplina applicabile. Cosicché gli uffici imperiali possono far ricorso al vecchio responso, ma solo per trarne una regola.

Tale prospettiva, che potremmo definire legalitaria, si traduce nella composizione di raccolte di precetti e principi, di prontuari ad uso della prassi, in cui il pensiero giurisprudenziale, in versione 'volgarizzata', serve a disciplinare o a rafforzare le soluzioni che interessano alla cancelleria. La letteratura giuridica si appiattisce, spuntano parafrasi ed epitomi in cui le opinioni degli antichi maestri sono trattate come enunciazioni precettive sedimentate: un rovesciamento dell'impostazione classica.

⁹ Gai 1.2.

¹⁰ Gai 1.7.

¹¹ F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (= *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953² = *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961), trad. it. a cura di Nocera, Firenze 1968, p. 475.

Tra queste operette ricordiamo i *Fragmenta Vaticana* (= F. V.), conservati in un palinsesto della Biblioteca Vaticana, e la *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, detta anche *Lex Dei* (= Coll.): entrambi consistono in raccolte di brani di giuristi (*iura*) e di leggi imperiali (*leges*). Esistono poi trattatelli composti con materiali provenienti da giuristi classici: i *Tituli ex corpore Ulpiani* (= Tit. ex corp. Ulp.), le *Pauli Sententiae* (= P. S.), l'*Epitome Gai* (= E. G.), riassunti semplificati, talvolta anche parafrasati. I *Fragmenta Augustodunensia* (= Fr. August.) sono una parafrasi con commento delle Istituzioni di Gaio, rinvenuta in un palinsesto della biblioteca di Autun e opera di un ignoto maestro di origine occidentale. Gli *Scholiasinaitica* (= Sch. Sin.), scoperti in un monastero sul monte Sinai e provenienti forse dalla scuola di Berito, costituiscono un insieme di scolii e chiose in lingua greca ai libri XXXV-XXXVIII del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano. Infine, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (= Cons.) costituisce un articolato parere formulato da un anonimo giureconsulto della fine del V secolo d.C., che per il suo scritto si servì di alcune costituzioni imperiali e delle *Pauli Sententiae*.

Nelle versioni semplificate tradite da queste raccolte, i testi dei giuristi (*iura*) erano usati nella prassi giudiziaria come fonti del diritto insieme alle costituzioni (*leges*). Le opinioni degli antichi *prudentes* avevano lo stesso valore delle norme imperiali e potevano essere invocate nel corso di un processo, al fine di ottenere dal giudice una pronuncia conforme alle ragioni fatte valere dalle parti. Era la

Prassi della recitatio | prassi della c.d. *recitatio*, in cui però non dovevano mancare abusi e contraffazioni, ed è significativa in merito la testimonianza resa da Ammiano Marcellino¹². Una legge proveniente dalla cancelleria ravennate di Valentiniano III venne emanata il 7 novembre del 426 allo scopo di riordinare la

Legge delle citazioni | prassi della *recitatio*: si stabilì quali fossero i giuristi le cui opere potevano essere usate nei tribunali. Era consentito citare gli scritti di Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino, nonché di tutti i giuristi menzionati da costoro, purché fosse provata l'autenticità delle opere attraverso il confronto dei manoscritti. Qualora le opinioni fossero state in contrasto avrebbe prevalso la maggioranza ovvero, in caso di parità, l'opinione di Papiniano; altrimenti avrebbe deciso il giudice in base al suo prudente apprezzamento.

Codici Gregoriano ed Ermogeniano | Dalla fine del III secolo si assiste anche ad alcune iniziative, prima per opera di privati, poi degli imperatori, tendenti alla raccolta di *leges*, l'altra grande fonte di produzione giuridica di quest'epoca. Due compilazioni private di costituzioni, entrambe realizzate sotto Diocleziano, sono i Codici Gregoriano ed Ermogeniano, che non sono giunti fino a noi, ma i cui contenuti ci sono noti, almeno in parte, attraverso le leggi romano-barbariche e le antologie miste di *iura* e di *leges* di cui si è parlato. Il primo raccoglie rescritti da Settimio Severo in poi (forse anche da Adriano), il secondo un gruppo di rescritti diocleziane dei anni 293-294. Entrambi verranno usati ampiamente nella prassi giudiziaria e negli ambienti di scuola.

¹² Amm. Marc. 30.4.5-19. Cfr. anche P.S. 5.25.4 e 9.

La prima raccolta ufficiale di costituzioni venne pubblicata nel 438. I lavori per la composizione erano iniziati un decennio prima: nel 429 Teodosio II aveva nominato una commissione per l'attuazione di un grandioso progetto, che prevedeva la stesura di due codici: nel primo, che avrebbe dovuto avere finalità didattiche, sarebbero rientrate le norme da Costantino in poi, purché dotate di carattere generale. Non era necessario che le costituzioni riportate fossero tutte vigenti; il fine scolastico avrebbe giustificato la conoscenza dei precetti pur se desueti. Nel secondo, al contrario, avrebbero dovuto trovare posto solo le norme in vigore, tratte dal primo codice e dai precedenti, il Gregoriano e l'Ermogeniano; e si stabilì che la stesura avvenisse anche con l'aiuto delle opere dei giuristi classici. Negli intenti imperiali, il *Codex Theodosianus* (= CTh.) avrebbe dovuto indicare a tutti «le condotte da seguire e quelle da evitare» (*sequenda omnibus vitandaque monstrabit*)¹³.

Il Codice Teodosiano

L'ambizioso programma non vide mai la luce, e dopo qualche anno venne sottoposto ad una profonda revisione. Nel 435 fu varato un progetto più limitato, attribuendo alla nuova commissione l'incarico di raccogliere in un codice unico tutte le norme generali da Costantino in poi; ad essa vennero riconosciuti, inoltre, ampi poteri d'intervento sui testi normativi, con facoltà di eliminare le parole superflue, aggiungere le necessarie, modificare le ambigue e correggere le incongrue¹⁴. Tuttavia, nelle rinnovate linee del progetto codificatorio non vi era più traccia dei *tractatus et responsa prudentium*, il cui impiego era stato previsto nel 429. Era questo l'elemento di novità del codice che venne poi composto: si delineava una gerarchia di fonti fino a quel momento inconcepibile, in cui all'ultimo posto erano collocati i *responsa prudentium* (intendendo per questi non i pareri ma gli scritti dei giuristi). Dal primo gennaio del 439 il nuovo codice entrò ufficialmente in vigore in Oriente e in Occidente. Dopo la sua pubblicazione furono emanate altre costituzioni dallo stesso Teodosio II, le *Novellae Theodosianae* (= Nov. Theod.); altre *novellae* sono di Valentiniano III (= Nov. Valent.). Questa ulteriore produzione ci è pervenuta attraverso raccolte non ufficiali.

Riforma del progetto nel 435

Circa un secolo più tardi, gli indirizzi teodosiani tendenti a concentrare il potere normativo nella persona dell'imperatore furono proseguiti da Giustiniano. Dell'opera codificatoria di questi si è già parlato, quindi ci limiteremo a puntare l'attenzione su un profilo, peraltro della massima importanza, riguardante la raccolta dell'antico pensiero giurisprudenziale nel Digesto. Tale progetto venne annunciato il 15 dicembre del 530 con la *Const. Deo Auctore*: si rendeva noto al mondo bizantino l'intento di costruire un monumentale edificio, che avrebbe escluso per sempre il ricorso a testi diversi da quelli inclusi nella grandiosa antologia. Il pensiero dei *prudentes* andava selezionato, corretto e recepito in un contenitore ufficiale, l'unico al quale sarebbe stato lecito riconoscere la forza di un diritto in vigore.

¹³ CTh. 1.1.5.

¹⁴ CTh. 1.1.6.1.

L'autorità dei testi giurisprudenziali – autorità da intendersi come possibilità di applicazione pratica – nasceva però da una finzione: l'impiego di quei testi come diritto vigente era assicurata dal crisma della maestà suprema dell'imperatore: era 'come se' l'elaborazione svolta dai *prudentissimi viri* fosse stata profusa «dalla bocca divina» di costui¹⁵. In tal modo appariva legittimo giustificare sia l'incondizionata concentrazione del potere normativo nelle mani del principe, sia la facoltà accordata ad alcuni esperti di diritto di correggere i testi dei *prudentes*.

Tre anni dopo, il 16 dicembre del 533, Giustiniano proclamò che la sua impresa era compiuta e ritornava sul punto già affrontato tre anni prima affermando, in un punto cruciale della *Const. Tanta*, che esclusivamente alla *Augusta auctoritas* era concesso «sia creare sia interpretare le leggi» (*leges et condere et interpretari*)¹⁶. Nelle prospettive imperiali, la nuova opera avrebbe cancellato per sempre la *verbositas* dei giuristi, suscettibile di generare confusione e di offuscare i contenuti del diritto, il quale veniva ora racchiuso in un unico grande contenitore. Giustiniano attuava così una forma d'intervento che incideva in profondità su un pensiero sedimentato da secoli. Sotto tale profilo, il Digesto è testimonianza illustre e cospicua di una svolta epocale: a una raccolta di brani di giuristi classici venne attribuita la patente di diritto ufficiale, insinuando però tra le pieghe del testo giuridico gli orientamenti del mondo bizantino.

3. Ius controversum

Più volte, nel corso delle pagine che precedono, si è parlato dell'importanza del pensiero giurisprudenziale come fattore di sviluppo dell'ordinamento romano. Esso accompagna lo svolgimento storico della civiltà romana per un arco temporale vastissimo, lungo almeno sette secoli. Tale periodo però appare ancora limitato, se si consideri l'influenza esercitata da quel pensiero sulle esperienze giuridiche successive, dalla visione del Digesto come 'diritto imperiale' fino alle tante elaborazioni svolte in età medioevale e moderna. Ma anche con lo sguardo fermo alla storia di Roma, la riflessione giurisprudenziale appare come una forza intellettuale straordinaria, senza eguali nella tradizione giuridica dell'intera umanità. È parso dunque utile dedicare qui uno spazio specifico a tale scienza, benché nella consapevolezza dell'impossibilità di dare, in poche pagine, la pur minima idea di una grandezza e complessità incomparabili. E tra i vari profili che potrebbero essere presi in esame, è sembrato opportuno privilegiare quello della controversialità, che rappresenta un carattere peculiare del pensiero giurisprudenziale romano.

¹⁵ Const. Deo Auctore 6.

¹⁶ Const. Tanta 21.

«Chiamiamo controverso il diritto, quando all'interno di un ordinamento giuridico in vigore si contrappongono, intorno ad un problema, punti di vista differenti»¹⁷. Così Andreas Bertalan Schwarz, un grande storico del diritto della prima metà del secolo scorso, definì il *ius controversum*. Un diritto instabile e iperstabile allo stesso tempo, nella visione di Dieter Nörr¹⁸: instabile, perché non era sicuro che un dato indirizzo espresso da un giurista trovasse applicazione in casi analoghi; ma per la medesima ragione 'iperstabile', perché un dato orientamento, per quanto inizialmente discusso, poteva consolidarsi fino a diventare uniforme e pacifico. Perciò instabilità non significava arbitrio, ma capacità di adeguamento al caso concreto e di rinnovamento nel travaglio quotidiano del giurista; come pure, 'iperstabilità' non voleva dire immobilità, bensì idoneità di un principio a fungere da criterio-guida ispiratore di (eventuali) applicazioni ulteriori.

Diritto 'instabile' e 'iperstabile'

Tutto ciò è in linea con la funzione principale, ma non l'unica, del giurista, quella di «dare responsi», *respondēre*. Cicerone scriveva che se qualcuno gli avesse chiesto chi dovesse intendersi per giureconsulto, egli avrebbe risposto che era colui che fosse esperto nel *respondēre, àgere, cavēre*¹⁹. L'*àgere* è l'agire processuale, sfera in cui i giuristi elaborano le formule necessarie per l'introduzione e lo svolgimento del giudizio; nell'*Enchiridion* – un'operetta scritta nel II secolo d.C. da Sesto Pomponio, in cui si delineano i tratti salienti della storia delle magistrature e della giurisprudenza – si ricorda che in origine esse erano di competenza del collegio pontificale²⁰. Il *cavēre* consiste invece nell'allestire i congegni verbali necessari ai privati per compiere affari e concludere contratti; specie in epoche dominate dal formalismo, solo con l'osservanza di precisi protocolli gestuali e orali i privati possono soddisfare le loro esigenze, ottenendo gli effetti giuridici desiderati.

Àgere

Cavēre

Ma l'arte del giureconsulto si rivela in pieno nel responso dato pubblicamente ai cittadini. 'Rispondere' alle sollecitazioni e alle domande rivolte da costoro su infinite questioni, non solo giuridiche, è per l'esperto di diritto, esponente di un ceto di notabili e di un'oligarchia politico-economica, una funzione aristocratica e, insieme, un dovere civico: egli pone la sua sapienza al servizio della comunità, stringe relazioni e amicizie, genera intorno a sé consenso e clientele: quanto gli serve per intraprendere carriere pubbliche, il *cursus honorum*. Il giureconsulto appare circondato da *clientes* e discepoli. I suoi *responsa* formano, mediante l'apprendimento orale e la discussione, nuove generazioni di giuristi, ai quali il maestro non trasmette un corpo di dottrine da recepire supi-

Respondēre

¹⁷ A.B. Schwarz, *Il diritto controverso dei giuristi romani* (= *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, II, hrsg. von Niedermeyer und Flume, Weimar, 1951), trad. it. a cura di A. Lovato, in *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011², p. 173.

¹⁸ D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, p. 16.

¹⁹ Cic. *de or.* 1.48.212.

²⁰ D. 1.2.2.6 (Pomp. *l. sing. ench.*).

namente, ma le tecniche di un sapere ermetico e i modi per ‘fare’ diritto, prospettando metodi e soluzioni da cui possono schiudersi nuovi orizzonti.

Dal caso alla regola, attraverso il *respondēre*: un pensiero in movimento, al cui centro è l’analisi del caso e della *quaestio* da esso generata. Tra maestro e allievi potevano nascere discussioni, con cui comprendere i meccanismi argomentativi delle scelte suggerite per il caso prospettato. Pasquale Voci osserva che il responso ha due anime: serve da soluzione al caso singolo, ma è anche proposta di soluzioni eguali, o analoghe, per il futuro²¹. Perciò il giureconsulto romano non tende a costruire un apparato di precetti; piuttosto, naviga nel mare aperto delle possibilità applicative, perseguendo quotidianamente il *bonum et aequum* mediante il ricorso a valori pure metagiuridici. Nel suo ragionamento è costante il richiamo a valutazioni ispirate a idee e parametri fatti di umanità, giustizia, opportunità, convenienza, autorità, ragionevolezza, equità e così via. Ma su questo punto dobbiamo ancora soffermarci.

Interpretatio prudentium

Come scrive Schulz, a Roma il popolo del diritto non è il popolo della legge²². In che senso? Sembra riflettere esattamente la mentalità romana l’immagine, suggerita da Pomponio, del giurisperito, grazie al lavoro del quale il diritto è in grado di migliorare giorno dopo giorno²³. Nella Roma antica il giurista è onnipresente, notava Jhering; davvero egli appare un ‘interprete’ (da *inter-pres*, mediatore, negoziatore) tra il vecchio e il nuovo, tra il principio già operante ed uno ancora da ‘inventare’ per soddisfare ulteriori, inesauribili istanze. Il lavoro del giureconsulto mira alla individuazione del probabile, del verisimile, mai del *verum* in assoluto, nella consapevolezza che tutto è perfetibile e che nessuna soluzione è mai quella definitiva: un’ottica in cui non esistono proposizioni immutabili, ma percorsi sperimentabili. Perciò la sua *interpretatio* è essa stessa diritto civile e può consolidarsi nel tempo. Chiariamo questo punto.

Le opinioni dei giuristi nella prassi

Appena fuori dal caso dal quale era scaturita – e al pari di altre proponibili – la soluzione elaborata dal giureconsulto era immersa in un circuito di opinioni e di valutazioni tecniche: un sapere specialistico, in cui l’autorevolezza andava necessariamente intesa come capacità di resistenza, nella dialettica potenzialmente inesauribile dell’*Applikation*. Mai un principio elaborato dai giuristi si sarebbe tradotto *tout court* in un precetto di portata generale e indiscutibile. Tale forza però poteva essere riconosciuta alla soluzione che, alla prova ripetuta dei fatti, fosse risultata come la migliore tra le strade praticabili per risolvere un dato problema. Così la possibilità di innovazioni si combinava senza sforzo con la stabilità del sistema, perché era l’innovazione stessa a divenire (ma solo eventualmente) stabile attraverso l’uso quotidiano: se ciò presupponeva il natu-

²¹ P. Voci, *Note sull’interpretazione del negozio giuridico in diritto romano*, in *Studi di diritto romano* I, Padova 1985, p. 617.

²² F. Schulz, *I principii del diritto romano* (= *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934), a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946 (rist. 1995), p. 6.

²³ D. 1.2.2.13 (Pomp. *l. sing. ench.*).

rale consolidarsi nel tempo, restava aperta anche l'ipotesi opposta, l'eventuale abbandono di un dato indirizzo e la scelta di altri percorsi, in base ad uno spontaneo processo di selezione. Scelta adeguata, solo se condivisa in futuro per casi analoghi.

Ciò spiega un fenomeno che, in una visione 'legalistica', potrebbe apparire paradossale. Nell'ottica giurisprudenziale, la certezza del diritto non deriva dall'imposizione della regola, bensì dalla previsione di meccanismi idonei alla soluzione dei conflitti interindividuali, restando impregiudicata la possibilità di seguire un indirizzo differente per un caso uguale a quello già deciso. Per dirla con una battuta: ai giuristi romani interessa, più che la regola in sé, 'la regola della regola', ossia come giungere ad una soluzione che sia configurabile come 'la più vera' nel senso di una sua maggior plausibilità rispetto ad altre, per quel problema e in quel momento, mai in assoluto. Perciò, per quanto sembri una contraddizione, nel diritto controversiale costituiscono *ius* applicabile tutte le opinioni, anche se, per ipotesi, eventualmente tra loro in contrasto.

Definita con enfasi da Ulpiano come «la conoscenza delle cose divine e umane, la scienza del giusto e dell'ingiusto»²⁴, la giurisprudenza si spiega lungo tutto l'arco della storia di Roma, dai *responsa* dei giuristi pontefici e dalla *interpretatio* svolta sulle XII Tavole fino ai grandi maestri dell'età severiana. Nei secoli muta però la fisionomia dei suoi protagonisti: al giurista-pontefice di epoca arcaica si sostituisce, in età repubblicana, il 'sapiente' laico e aristocratico, più tardi il consigliere del principe e l'alto funzionario dell'amministrazione centrale. Gli esponenti sono tanti: come dice Pomponio, «la scienza del diritto civile è stata professata da moltissimi e grandissimi uomini»²⁵.

In origine la prassi pontificale impone la segretezza. Tra i primi nomi vi sono quelli di Publio Papirio, che compose una raccolta delle leggi regie, e del suo allievo Appio Claudio il decemviro, che contribuì alla stesura delle XII Tavole²⁶. Alla medesima stirpe apparteneva Appio Claudio il Cieco (*Centemmanus*), censore nel 312 a.C. e due volte console, al quale si deve la realizzazione di grandi opere pubbliche come la Via Appia, che collegava Roma a Capua e a Benevento. Fu autore di un'opera dal titolo *De usurpationibus*, di cui è discusso il contenuto. Circa mezzo secolo più tardi un plebeo, Tiberio Coruncanio, console nel 280 a.C. e pontefice massimo nel 254, ebbe il merito di rompere la segretezza del collegio pontificale. Per primo iniziò a insegnare pubblicamente il diritto, e i suoi responsi «furono molti e memorabili»²⁷; «prima di lui, i giuristi pensavano di mantenere segreto il diritto civile, o solevano occuparsi di chi li consultava piuttosto che dedicarsi a chi voleva imparare»²⁸.

Primi giuristi

Laicizzazione del diritto

²⁴ D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 *reg.*).

²⁵ D. 1.2.2.35 (Pomp. *l. sing. ench.*).

²⁶ D. 1.2.2.36 (Pomp. *l. sing. ench.*).

²⁷ D. 1.2.2.38 (Pomp. *l. sing. ench.*).

²⁸ D. 1.2.2.35 (Pomp. *l. sing. ench.*).