



Radici storiche del diritto europeo
Collana diretta da Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci

Aldo Petrucci

Fondamenti romanistici di diritto privato



G. Giappichelli Editore

CAPITOLO I

LE FONTI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Le indicazioni contenute nelle opere istituzionali antiche. – 2. Leggi e plebisciti. – 3. Senatoconsulti. – 4. Editti dei magistrati ed il diritto onorario (*ius honorarium*). – 5. La giurisprudenza. – 6. Costituzioni imperiali. – 7. *Mores* e consuetudine. – 8. Le varie branche dell'ordinamento del Popolo Romano. – 9. Le codificazioni.

1. *Le indicazioni contenute nelle opere istituzionali antiche*

Prima di trattare il regime giuridico delle persone, delle cose e delle azioni, le Istituzioni di Gaio, scritte poco dopo la metà del II secolo d.C., forniscono in apertura (1.2) un'esposizione delle fonti di diritto, che nel loro insieme formano l'ordinamento del popolo romano (*iura populi Romani*). Si citano, nell'ordine, **leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni degli imperatori, editti dei magistrati**, che hanno il potere di emanarli, e **responsi dei giuristi**. Anche le Istituzioni di Giustiniano, promulgate nel 529, dopo aver spiegato le nozioni di diritto e di giustizia e parlato del diritto naturale (*ius naturale*), del diritto delle genti (*ius gentium*) e del diritto civile (*ius civile*), espongono le diverse fonti del diritto (1.2.3 ss.), distinguendolo fra diritto scritto e non scritto e riportando per il primo quelle già indicate da Gaio e per il secondo la **consuetudine**.

È, quindi, significativo che entrambe queste opere dirette alla educazione giuridica ritengano necessario cominciare da quali atti o fatti diano origine alle norme, che regolano i vari istituti, di cui si occupano successivamente. Di conseguenza, appare opportuno cominciare il nostro percorso prendendo in considerazione singolarmente ciascuna delle fonti appena menzionate.

2. Leggi e plebisciti

Per comprendere la centralità della legge all'interno degli elenchi ricordati nel § 1, dobbiamo brevemente soffermarci sulla **Legge delle Dodici Tavole** (*Lex Duodecim Tabularum*) del 450/449 a.C., approvata da un'assemblea popolare denominata **comizi centuriati**.

Le Dodici Tavole sono il più antico esempio di codificazione nell'esperienza romana, dove è redatto per iscritto e reso pubblico (e quindi conoscibile a tutti) un complesso importante di norme, alcune delle quali si limitavano a fissare il diritto già esistente, mentre altre introducevano profonde innovazioni. L'ordine sistematico all'interno delle varie Tavole non è esattamente conosciuto ed è stato oggetto di discussioni fin dall'epoca della Roma tardo-repubblicana, dal momento che le originali erano andate perdute con l'invasione gallica del 390 a.C.¹ e quelle in circolazione erano solo ricostruzioni fatte in seguito. Anche gli autori moderni si sono sforzati di determinare il contenuto di ciascuna tavola. Secondo le ipotesi più plausibili, la distribuzione per materia sarebbe stata la seguente:

Tavola I-III: norme sul processo privato;

Tavola IV: norme sulla famiglia;

Tavola V: norme sulla famiglia e sulle successioni ereditarie;

Tavola VI: norme sui rapporti negoziali e sulla proprietà, in particolare fondiaria;

Tavola VII: norme sui rapporti di vicinanza tra fondi;

Tavola VIII: norme su delitti e crimini;

Tavola IX: norme sul processo penale pubblico;

Tavola X: norme in materia funeraria;

Tavola XI-XII: norme su argomenti eterogenei di diritto pubblico e privato.

Si trattava in ogni caso di una codificazione incompleta, perché ne restavano fuori non poche regole, che continuavano ad avere un carattere consuetudinario e ad essere quindi conosciute e conservate in via esclusiva dal collegio sacerdotale dei Pontefici.

Nelle XII Tavole, però, era sancito anche il principio basilare dell'**acquisizione da parte delle assemblee popolari della potestà legislativa**, espressa dalle parole "tutto ciò che alla fine il popolo avesse ordinato, sarebbe stato diritto e ratificato come tale" (*Tab. XII.5*). Da quel momento, per tutta l'età repubblicana leggi e plebisciti vengono a porsi al vertice della gerarchia nel sistema delle fonti del diritto.

¹ Cfr. Tito Livio, *Ab Urbe condita* 6.1.2.

Come i Romani intendessero tali fonti lo sappiamo da **tre definizioni** offerte da altrettanti **giuristi del Principato**. La più antica è quella di Ateio **Capitone**, vissuto in età augustea, secondo il quale “la legge è un ordine generale (*iussum generale*) del popolo o della plebe, su proposta di un magistrato”², mentre la seconda proviene dalle Istituzioni di **Gaio** (1.3), dove la legge viene fatta consistere in “ciò che il popolo ordina e stabilisce” ed il plebiscito in “ciò che la plebe ordina e stabilisce”. Gaio, inoltre, precisa che i plebisciti in origine erano vincolanti solo per gli appartenenti alla classe sociale dei plebei, ma che, dopo l’approvazione della legge Ortensia nel 287 a.C., erano stati equiparati alle leggi, divenendo obbligatori per tutti.

Le due definizioni di Capitone e Gaio vengono a coincidere nei loro contenuti e corrispondono al concetto di legge e plebiscito affermatosi nell’assetto costituzionale della Repubblica. Gaio si limita alla sostanza, Capitone invece sottolinea il carattere generale ed astratto delle leggi, che ne esclude quelle speciali (i “privilegi”), e mette in risalto l’intervento necessario del magistrato, cui spetta l’iniziativa di proporle.

Diversa è la terza definizione dovuta a **Papiniano** agli inizi del III secolo d.C. e posta in apertura del titolo 1.3 del Digesto (D. 1.3.1), in base alla quale “la legge è un comune precetto, la volontà di uomini prudenti, la repressione dei delitti che si commettono spontaneamente o per ignoranza, un accordo comune della repubblica”. La sua definizione, in realtà, non riguarda propriamente la legge in senso tecnico, ma qualsiasi norma dell’ordinamento giuridico, ricalcando in modo quasi letterale quella di un oratore greco del IV secolo a.C., forse Demostene, che conosciamo grazie ad un altro giurista, Marciano (di poco successivo a Papiniano), in un passo collocato nel Digesto subito dopo a quello papiniano (D. 1.3.2). L’oratore greco, infatti, definisce la legge (*nómos*) come “invenzione e dono degli dei, decisione di uomini saggi, correzione di errori volontari ed involontari, convenzione comune della città”. Come si vede, siamo in presenza di una formulazione retorica, che Papiniano traspone in ambito romano giuridicizzandola, con l’intenzione di dare una qualificazione del diritto nel suo insieme e di imporne l’obbedienza.

Le **assemblee popolari detentrici del potere legislativo** erano tre: i **comizi centuriati**, i **comizi tributi** ed il **concilio della plebe**. I comizi centuriati, ordinati per classi censitarie, votavano per centuria (un’unità composta originariamente da cento persone) cominciando da quelle dei cittadini più ricchi, mentre i comizi tributi ed il concilio della plebe, strutturati secondo circoscrizioni territoriali, le tribù, votavano sulla base di esse. L’iniziativa legislativa dinanzi alle centurie spettava ai magistrati maggiori (dittatori, consoli e

² Essa ci è riportata dall’erudito latino del II secolo d.C. Aulo Gellio (*Noctes Atticae* 10.20.2).

pretori), davanti ai comizi tributi anche ai minori, per il concilio della plebe gli unici competenti erano i tribuni. Il proponente presiedeva.

Quanto al **procedimento di formazione**, il progetto di legge o plebiscito (detto *rogatio*) era redatto dal magistrato che poi l'avrebbe proposto, normalmente con l'assistenza di giuristi, oppure era preparato dal senato, soprattutto se il proponente agiva su impulso di quest'organo. L'attribuzione dell'iniziativa legislativa ai soli magistrati determinava l'impossibilità, da parte dell'assemblea riunita per votare, di effettuare aggiunte o emendamenti alle proposte presentate. Una volta approvati, leggi e plebisciti erano denominati con il gentilizio di chi li aveva proposti (ad es. leggi Sempronie per Tiberio e Caio Sempronio Gracco, leggi Giulie per Caio Giulio Cesare e per Caio Giulio Cesare Ottaviano Augusto).

Prima di essere sottoposto all'assemblea per essere votato, il progetto, scritto su tavole di legno o, in casi eccezionali, su tavole di bronzo, era reso noto alla comunità cittadina mediante un'affissione nel foro, chiamata "promulgazione" (*promulgatio*). Insieme alla pubblicazione del progetto era indicata la data di riunione dell'assemblea, fissata, di regola, dopo un termine entro il quale fossero compresi tre giorni di mercato, vale a dire tre settimane. In tale lasso di tempo il progetto era discusso in riunioni pubbliche informali, presiedute dal magistrato che ne era l'autore.

Il divieto di racchiudere in una sola proposta argomenti eterogenei (*rogatio per saturam*), introdotto probabilmente a seguito di una precedente prassi, è ribadito esplicitamente dalla legge Cecilia Didia del 98 a.C., che disponeva la nullità di leggi e plebisciti con tale carattere.

I comizi centuriati, data la loro origine militare, dovevano essere convocati nel Campo Marzio, mentre le assemblee tribute (concilio o comizi) erano adunate nel Foro. Le riunioni avevano luogo nei giorni "comiziali", stabiliti ogni anno nel calendario, e si svolgevano tra il sorgere ed il calare del sole. Una volta insediata l'assemblea, seguivano un'invocazione alle divinità ed un sacrificio, la lettura del progetto e la discussione finale sullo stesso e quindi si passava alla votazione. Le centurie l'effettuavano secondo l'ordine delle classi di censo, le tribù in base all'estrazione a sorte; il voto della centuria o della tribù era costituito dalla maggioranza dei voti espressi dai suoi componenti.

La votazione si è mantenuta palese fino alla seconda metà del II secolo a.C., quando, per evitare influenze indebite sulle assemblee, la legge Papiria *tabellaria* (131 a.C.) ha introdotto il voto segreto. Il cittadino lo scriveva su una tavoletta (la *tabella*, appunto) deponendola in un'urna: se era favorevole, si usavano le parole "come proponi" (*uti rogas*), se era contrario, "lascio all'antico" (*antiquo*).

La legge approvata era pubblicata secondo i modi, i tempi e nei luoghi indicati dalla stessa. A volte (almeno stando alle leggi epigrafiche pervenute-

ci) era incisa su tavole di bronzo affisse a Roma, non sempre nel medesimo luogo (tempio di Saturno, di Diana, Foro, Campidoglio), in Italia e nelle varie province. Una sua copia, fin dai tempi più risalenti, veniva conservata nell'erario per iniziativa dei magistrati o tribuni proponenti.

Dopo la fine della Repubblica, durante il Principato (31 a.C.-235 d.C.), malgrado Augusto (il primo imperatore, 31 a.C.-14 d.C.) abbia fatto spesso ricorso alla legislazione comiziale per introdurre importanti innovazioni soprattutto nei settori del diritto di famiglia, del processo privato e del diritto penale, la **funzione legislativa delle assemblee popolari viene rapidamente scomparendo** con i suoi successori, in favore, da un lato, dei senatoconsulti, dal momento che il senato acquisisce tale funzione su materie privatistiche nel corso del I secolo d.C., e, dall'altro, del principe, che in misura sempre crescente produce diritto attraverso i propri atti normativi (§ 6). Ed è proprio durante questo secolo che leggi e plebisciti cessano di essere approvati. L'ultima legge conosciuta è quella Cocceia agraria dell'epoca dell'imperatore Nerva (96-98 d.C.).

3. *Senatoconsulti*

Un'altra fonte del diritto, che vediamo sorgere agli inizi della Repubblica ed esistere per tutta la durata della stessa ed anche dopo, sono le **deliberazioni del senato o senatoconsulti** (*senatusconsulta*). La sua attività normativa si esplica nelle materie nelle quali tale organo aveva una competenza esclusiva o concorrente con quella delle assemblee popolari: culto, finanze e politica economica, ordinamento militare e condotta delle guerre, rapporti internazionali e ordinamento delle province, assegnazioni di terra e deduzione di colonie, ordinamento dell'Italia e delle province.

I senatoconsulti **non sempre** si configuravano come **fonti normative primarie**, perché, a volte, rivestivano il carattere di suggerimenti o istruzioni indirizzate ai magistrati, che provvedevano poi a tradurli in proposte da far approvare ad un'assemblea popolare, a volte, avevano natura di **provvedimenti normativi secondari**, con i quali si attuavano disposizioni legislative più generali.

La composizione di quest'organo era di **trecento membri**, scelti (dalla fine del IV secolo a.C.) dai censori normalmente tra gli ex-magistrati. La carica era vitalizia. Il **procedimento di approvazione di un senatoconsulto** avveniva, in via ordinaria, così. Il senato non poteva autoconvocarsi, ma doveva essere riunito da un magistrato che aveva la facoltà di farlo (dittatore, console, pretore e tribuno della plebe) in un luogo chiuso "inaugurato" (cioè consacrato dagli Auguri), di solito la curia o un tempio, ed i suoi lavori erano a

porte aperte. La seduta era presieduta dal magistrato convocante, che, seguendo un ordine del giorno, presentava le proposte da discutere. Nel caso in cui entro il tramonto la discussione non si fosse esaurita, la seduta veniva aggiornata. Dopo la trattazione, le singole proposte erano votate con un sistema detto *per discessionem*, dove i favorevoli si disponevano da un lato del presidente ed i contrari dall'altro, effettuando poi la conta.

Rispetto alle leggi ed ai plebisciti i **senatoconsulti**, anche quando erano fonti del diritto primarie, si trovavano in una **posizione subordinata** per gran parte dell'età repubblicana, con la ovvia conseguenza che un senatoconsulto non avrebbe potuto abrogare o modificare una legge, mentre era vero il contrario. Questa **subordinazione viene meno** a partire dagli **inizi del I secolo a.C.**, quando il senato assume il potere di annullare con senatoconsulto tutte le leggi ed i plebisciti non conformi all'ordinamento costituzionale.

Nel Principato, come ci dice Gaio³, ai **senatoconsulti** si attribuisce **un valore uguale alla legge**, e ciò si spiega perché, con l'avvento della nuova forma di governo, il senato perde le funzioni di governo e amministrative dell'epoca repubblicana ed è controllato giuridicamente e politicamente dal principe (l'imperatore), che ne sceglie, in via diretta o indiretta, i membri, lo presiede e ne orienta le delibere. La perdita del potere normativo nelle materie, originariamente di sua competenza, viene compensata con la funzione legislativa nel settore del diritto privato, portando le delibere senatorie a sostituirsi, non senza contrasti, a leggi e plebisciti.

Se, in una prima fase, il senatoconsulto è molto spesso sollecitato dall'imperatore, che però rimette ai senatori di fissarne i contenuti, con Adriano (117-138 d.C.) nasce la prassi del "**discorso tenuto dall'imperatore in senato**" (*oratio principis in senatu habita*), definitivamente affermatasi sotto la dinastia dei Severi (193-235 d.C.), l'ultima del Principato. All'inizio in questo discorso si indicavano al senato le linee di fondo alle quali si sarebbe dovuto attenere il successivo senatoconsulto, lasciandogli ancora un certo margine di autonomia decisionale; gradualmente, però, le indicazioni imperiali vengono a coincidere con il vero e proprio testo del senatoconsulto, relegando così il ruolo dei senatori a dargli un puro rivestimento formale, senza apportare modifiche.

4. *Editti dei magistrati ed il diritto onorario (ius honorarium)*

Durante il III secolo a.C. si viene sviluppando un'altra importante fonte del diritto, questa volta limitatamente al diritto privato, consistente **nell'at-**

³ Gaio, *Inst.* 1.4.

tività giurisdizionale (*iurisdictio*) del **pretore urbano** (istituito nel 367 a.C.), del **pretore peregrino** (istituito nel 242 a.C.), dei **governatori delle province** e, sia pure in misura minore, degli **edili curuli** (istituiti anch'essi nel 367 a.C.).

In età monarchica (754/753-509 a.C.) e repubblicana (509-31 a.C.) l'esercizio della **giurisdizione** da parte di questi magistrati non si esprimeva nel condurre l'istruzione probatoria e nel pronunciare la sentenza, bensì nella corretta instaurazione della controversia davanti al loro tribunale (*in iure*), con il rigoroso rispetto del rito e delle forme previste nel più antico processo (quello chiamato *per legis actiones*) e con la determinazione in una formula scritta delle pretese di chi agiva e delle difese del chiamato in giudizio nel processo detto, appunto, formulare. La valutazione delle prove e la decisione finale era rimessa ad un giudice privato (*iudex* o *arbiter*) o ad un collegio di giudici privati (*recuperatores*), scelti dal magistrato stesso con l'accordo delle parti.

Il complesso di norme giuridiche, di carattere processuale, contenuto nei loro editti costituisce il "**diritto onorario**" (*ius honorarium*), così denominato per essere una branca di **diritto privato creato dai magistrati**⁴, contrapposta, fino a tutto il III secolo d.C., a quell'altra branca privatistica chiamata "**diritto civile**" (*ius civile*), in quanto derivante dagli antichi usi e costumi (*mores*), dalle leggi, plebisciti, senatoconsulti e, come si vedrà tra poco (*infra*, § 5), anche dall'interpretazione della giurisprudenza. I **rapporti** fra queste **due branche** di un **unico ordinamento di diritto privato** implicano che il diritto onorario non possa abrogare quello civile, bensì lo possa "supportare, integrare o correggere a fini di pubblica utilità"⁵, mettendo in luce, da un lato, una formale prevalenza del secondo sul primo, ma, dall'altro, anche la possibilità per il diritto onorario di disapplicare o di modificare gli effetti delle norme del diritto civile.

Le regole create dai magistrati nell'esercizio della giurisdizione sono incluse in un **editto**, che essi emanano all'inizio del loro anno di carica e che è destinato a valere per tutta la sua durata. Nel corso di tale periodo il contenuto dell'editto iniziale si sarebbe potuto aggiornare mediante aggiunte, dette "editti repentini" (*edicta repentina*), adottati in occasione di situazioni concrete non previste. Il termine editto, infatti, indicava non solo il "documento" nel suo complesso, ma anche le sue singole parti. Tale possibilità di intervento durante la carica viene esclusa nel 67 a.C. tramite una legge Cornelia, che la vieta.

Il successore nella magistratura avrebbe potuto cambiare integralmente le disposizioni del proprio editto rispetto a quelle del predecessore. Ma ciò non

⁴ Come dice il giurista Pomponio in un passo del suo Manuale riportato in D. 1.2.2.10.

⁵ Secondo quanto afferma il giurista Papiniano, 2 *def.* in D. 1.1.7.1.

avviene, ed anzi tutte quelle che, nella loro applicazione pratica, avevano dato buona prova di sé erano normalmente confermate e trasmesse da un pretore all'altro. A seguito di questa prassi, quindi, una parte sempre crescente dell'editto va lentamente a stabilizzarsi e a costituire il c.d. "**editto tralatizio**" (*edictum tralaticium*), facilitando non poco il compito di una sua redazione definitiva in età imperiale.

Con più specifico riguardo agli **editti pretori**, originariamente esisteva una **marcata differenza** tra quello **urbano** e **peregrino**, perché si trattava di due diverse attività giurisdizionali, una per le liti tra cittadini, dove si seguiva il procedimento più antico e formale (denominato *per legis actiones*), e l'altra per le liti tra cittadini e stranieri, per le quali si applicava un processo più agile e libero, quello formulare. Con la legge EbuZIA (approvata probabilmente intorno al 120 a.C.) e le due leggi Giulie di Augusto del 17 a.C., il secondo finisce per prevalere e sostituirsi al primo, determinando la fine della separazione tra le due giurisdizioni e conseguentemente dei due editti (Cap. VI, § 7).

Date le caratteristiche appena descritte, a ragione il diritto onorario è considerato il canale di un flusso creativo di norme giuridiche, che scorre parallelamente allo svolgersi della vita economica e sociale, al punto che nel I secolo a.C. si sostituisce alle XII Tavole come testo per la formazione dei giuristi⁶.

Nel Principato, per tutto il I secolo d.C. gli editti dei magistrati giurisdicenti, che si sono rapidamente uniformati, continuano a rappresentare una fiorente fonte del diritto, registrando un inaridimento solo agli inizi del II, a causa della crescente estensione del potere normativo dell'imperatore e dell'ascesa del ruolo della giurisprudenza.

La sistemazione definitiva per gli editti pretorio e degli edili curuli ha luogo intorno al 130 d.C., quando l'imperatore Adriano incarica il giurista Salvio Giuliano di realizzarla. Il risultato è l'**Editto perpetuo** (*Edictum perpetuum*), che è immodificabile se non con costituzione imperiale, ammettendosene però l'interpretazione analogica. Nello stesso torno di tempo trova una forma stabile e permanente anche l'**editto dei governatori provinciali**.

5. La giurisprudenza

L'esperienza giuridica romana è l'unica civiltà del mondo antico che conosce una **classe professionale di giuristi**, tenuta in una elevatissima considerazione sociale e politica. I più antichi esponenti sono stati i **Pontefici**,

⁶ Come ci fa sapere Cicerone nel *De legibus* 1.5.16-17.

che, fin dal periodo monarchico (terminato nel 509 a.C.), esercitavano il monopolio della conoscenza e della conservazione del diritto. Anche dopo la pubblicazione delle XII Tavole⁷, resta nelle mani di questo collegio l'**interpretazione** delle norme codificate e non codificate, dando avvio alla creazione di un **sistema del "diritto civile"** (*ius civile*)⁸, nel significato indicato nel paragrafo precedente.

Questa attività dei Pontefici, esplicita in forma orale, non va intesa solo come una mera ricognizione ed applicazione del diritto vigente, bensì anche come produttiva di un diritto nuovo, partendo da principi e regole già esistenti. La sapienza pontificale ha costituito il primo nucleo della scienza del diritto (*scientia iuris*) ed è stata tramandata mediante formulari rituali e rigidamente predeterminati (onde facilitarne l'apprendimento mnemonico), e risposte (*responsa*) sui più importanti casi risolti, comunicate a voce agli interessati, ma raccolte per iscritto negli archivi del collegio.

Una **svolta** si registra tra la fine del IV e la metà del III secolo a.C.: i due eventi che la tradizione ritiene cruciali si hanno quando, nel 314 a.C. **Gneo Flavio**, lo scriba del Pontefice Appio Claudio, rende pubblici (d'accordo con lui) i formulari delle azioni ed il calendario e quando, negli anni centrali del III secolo a.C., il Pontefice Massimo **Tiberio Coruncanio** (di famiglia plebea ed asceso alla carica nel 254 a.C.) comincia a dare responsi pubblicamente, permettendo così una più ampia conoscenza e diffusione della scienza giuridica⁹.

Questi suoi responsi non ci sono pervenuti, ma la profondità dell'innovazione è evidente, in quanto da quel momento qualunque uditore avrebbe potuto conoscere il metodo di interpretazione ed elaborazione del diritto seguito dal collegio dei Pontefici.

E così si spiega perché, agli inizi del II secolo a.C., la **giurisprudenza** ormai "**laicizzata**" prosegue nell'opera di creazione e sviluppo del sistema di diritto civile sul canovaccio delle XII Tavole e della loro interpretazione data dai Pontefici, da un lato, e delle poche leggi e plebisciti in materia privatistica, dall'altro, per andare incontro alle esigenze di una società in profonda e rapida trasformazione.

Nell'**assistenza cautelare** prestata ai privati le attività da essi svolte sono sinteticamente riassunte nei tre verbi *respondere*, *agere* e *cavere*. Con il primo verbo, il riferimento è ai responsi, che il giurista rilascia ai suoi interlocutori, al fine di trovare la soluzione più idonea a casi concreti, mentre con gli altri due termini si allude, rispettivamente, all'indicazione del tipo di azione o di

⁷ V. *supra*, § 2.

⁸ Cfr. ancora le parole del Manuale di Pomponio in D. 1.2.2.5-6.

⁹ Del primo evento disponiamo della duplice testimonianza di Livio (*Ab Urbe condita* 9.46.1-5) e di Pomponio nella parte del Manuale riprodotta in D. 1.2.2.7. È ancora quest'ultimo a parlarcene dell'attività di Tiberio Coruncanio in D. 1.2.2.35 e 38.

schema negoziale più opportuno per far valere le proprie ragioni in giudizio o per realizzare il miglior assetto dei propri interessi¹⁰.

Ma il loro intervento volto alla creazione di nuove regole si esplica anche nelle consulenze (*consilia*) ai **magistrati** nell'esercizio della loro attività giurisdizionale, favorendo così l'evoluzione dello stesso "diritto onorario".

Tra le **figure dei giuristi** degli ultimi due secoli della Repubblica¹¹ ricordiamo innanzitutto **Sesto Elio Peto** (console nel 198 a.C.), la cui opera, i *Tripartita* (letteralmente la "Tripartizione"), rappresenta il più antico tentativo di esposizione sistematica del diritto, basata sulla sua suddivisione in tre parti: la prima racchiudeva una versione aggiornata, ma fedele del testo decemvirale, la seconda i risultati più rilevanti dell'interpretazione datane dai Pontefici e la terza, infine, i formulari delle più antiche azioni (le *legis actiones*).

Successivamente una particolare importanza è riconosciuta a **Publio Mucio Scevola, M. Giunio Bruto e Manio Manilio**, tutti esponenti della nobiltà senatoria, vissuti nell'ultima parte del II secolo a.C., perché sono ritenuti i veri "fondatori del diritto civile" (*ius civile*) nel senso che lo consolidano su basi scritte, partendo dal metodo casistico dei responsi pontificali ed elaborandolo secondo criteri razionali e logici, che traggono dal pensiero greco.

I due giuristi di maggior spicco dell'età repubblicana sono, però, **Quinto Mucio Scevola**, figlio di Publio, e **Servio Sulpicio Rufo**, che esercitano la propria professione nel corso del I secolo a.C. A **Quinto Mucio** si deve la prima ordinazione sistematica di tutto il "diritto civile" in un'opera di diciotto libri, dove il criterio fondamentale seguito è quello dell'impiego della tecnica genere/specie (*genus/species*), propria della speculazione filosofica greca (in particolare stoico).

Servio Sulpicio Rufo, attivo nei decenni centrali del I secolo a.C. (è stato console nel 51), è esaltato come "il principe del diritto civile"¹² per la magistrale applicazione della scienza dialettica alla conoscenza del diritto, trasformandola in "scienza del diritto civile" (*ars iuris civilis*). Di lui sappiamo che aveva redatto 180 libri, che però non ci sono giunti; parte del loro contenuto, comunque, lo conosciamo attraverso gli allievi della sua scuola, tra cui Alfenio Varo, Aulo Ofilio e Aufidio Namusa. Costoro hanno anche contribuito ad arricchire le **tipologie di opere giuridiche**, con i primi commentari all'editto pretorio, i primi "digesti" (*digesta*), consistenti in raccolte ordinate di pareri su casi, e le prime trattazioni teorico-didattiche su specifici argomenti.

¹⁰Di queste forme in cui si traduceva l'assistenza cautelare ci parla Cicerone, *De oratore* 1.48.212.

¹¹Le cui notizie ci provengono in larga misura sempre dal Manuale di Pomponio in D. 1.2.2.38 ss.

¹²Così Cicerone nella sua opera *Brutus* 41.151.

Nel **Principato** (31 a.C.-235 d.C.) la giurisprudenza come fonte normativa vive la sua stagione di maggior splendore, tant'è che si è soliti designarla con il termine "classica". I giuristi mantengono a lungo nelle proprie mani l'interpretazione del diritto, data la loro competenza ed autorevolezza, ma si trasformano. Se formazione e metodi non si distaccano fundamentalmente da quelli della tarda Repubblica, il giurista "indipendente", membro della classe senatoria, favorito ancora da Augusto, cede progressivamente il posto al **giurista funzionario** e componente del Consiglio imperiale, valendo di più le capacità professionali rispetto alla nascita. Cambia anche lo scenario cui si rivolge l'opera della giurisprudenza, passando dal più ristretto ambito cittadino ed italico all'intero mondo imperiale, con la conseguenza che, dopo il I secolo, i giuristi provengono soprattutto dalle fila del ceto equestre, molto spesso di origine africana ed orientale.

Si costituisce, inoltre, **un solido collegamento tra essi ed il potere imperiale**, che si esplica in due direzioni: attraverso il "**diritto di dare responsi pubblicamente in base all'autorità del principe**" (*ius publice respondendi ex auctoritate principis*), che rappresentava un privilegio concesso dagli imperatori, e la **partecipazione diretta al Consiglio del principe** ed alle **cariche dell'amministrazione imperiale**.

Il **primo istituto** è un'invenzione di Augusto, che aveva voluto creare un nesso tra le normali attività cautelari ed interpretative dei giuristi e la propria "autorità" (*auctoritas*), al fine di rendere superiori i pareri di chi avesse ricevuto questo privilegio. E la ragione più stringente, che lo aveva indotto ad introdurlo, consisteva nella necessità di far fronte al fenomeno della "**controversialità**" del diritto di provenienza giurisprudenziale (*ius controversum*), che avrebbe altrimenti minato non poco le esigenze di certezza. Questo fenomeno, risalente già alla metà del II secolo a.C., aveva comportato che i giuristi si erano a volte divisi nel dar vita a norme dirette a risolvere casi identici o simili, motivandole diversamente e confutando, in tutto o in parte, i ragionamenti altrui. Si erano, quindi, elaborate normative confliggenti tra loro per regolare medesime situazioni.

Benché pensato da Augusto, il primo ad averlo utilizzato in concreto è stato il suo successore Tiberio (14-37 d.C.), che lo ha conferito al giurista Massurio Sabino¹³. Ai suoi tempi, infatti, si era manifestata in tutta la sua gravità l'incertezza discendente dal "diritto controverso", con lo sviluppo di **due separate scuole di pensiero giuridico**, indicate come **Proculiani** e **Sabiniani** (o Cassiani). I due fondatori, Labeone della prima e Capitone della seconda, vivono in età augustea, ma il contrasto fra i loro seguaci si acuisce durante il I e gli inizi del II secolo d.C. Alla base c'erano un differente modo di

¹³ Come ci fa sapere il Manuale di Pomponio in D. 1.2.2.48.

creare il diritto: Capitone parte dall'accettazione di quanto proveniva dalla tradizione, mentre Labeone pone al centro la capacità di innovare, connessa alle qualità dell'ingegno ed alla fiducia nella propria dottrina.

Perciò tendenzialmente, sulle orme dei capiscuola, i Sabiniani risalgono volentieri al passato, commentando, anche criticamente, i giuristi precedenti e dell'altra scuola; nei Proculiani, invece, manca quest'attenzione e prevale l'interesse per elaborare soluzioni più pragmatiche e slegate dal passato¹⁴.

Con l'imperatore **Adriano** (117-138 d.C.) queste contrapposizioni si vanno superando a seguito di **tre suoi interventi** mirati. Il primo è quello di restaurare l'originario carattere del "diritto di dare responsi pubblicamente", conferendolo solo ai giuristi più meritevoli, anziché ai più servili, mentre il secondo regola gli effetti verso i giudici dei pareri dei giuristi, ai quali era stato attribuito il suddetto diritto. Se fra costoro vi fosse stata unanimità, la norma indicata avrebbe dovuto essere applicata come una legge; in caso di dissenso, il giudice era libero di seguire il parere che avesse voluto¹⁵. Il terzo intervento consiste nell'**ammissione stabile al Consiglio del principe** dei più eminenti giuristi, al fine di trattare congiuntamente tutti i casi e le questioni più rilevanti e, naturalmente, di cercare di comporre le eventuali soluzioni contrapposte.

È questo il volano per una sempre più massiccia **partecipazione** diretta dei giuristi **all'amministrazione imperiale**, cominciata già nel I secolo d.C. con l'affidamento ad essi dei più importanti uffici della Cancelleria imperiale, incaricati di elaborare i rescritti e le epistole in risposta ai quesiti dei privati o dei magistrati e funzionari. Ed ancora, proprio a partire da Adriano, il numero delle costituzioni imperiali di questo tipo si intensifica, raggiungendo quello dei responsi dei giuristi stessi, fino a soppiantarli quasi del tutto in età severiana.

Nella **letteratura giuridica**, tra il I e i decenni iniziali del III secolo d.C., spiccano i grandi **commentari**: Masurio Sabino ne fa uno di "diritto civile", redigendo un'opera in tre libri sulla falsariga dei diciotto di Quinto Mucio, mentre Salvio Giuliano, come detto (§ 4), raccoglie e consolida il "diritto onorario". Il loro lavoro viene completato dai grandi commentari dei successivi giuristi (come Pomponio, Ulpiano, Paolo), grazie ai quali i due sistemi sono conosciuti ed utilizzati dai compilatori del Digesto di Giustiniano.

Oltre ai commentari, fioriscono altre tipologie di scritti, che, pur nella loro grande varietà, costituiscono un'evoluzione ed articolazione dei generi già affermatasi sul finire della Repubblica: *a) opere di carattere casistico-pro-*

¹⁴Delle vicende relative alle due scuole le maggiori informazioni le troviamo sempre nel Manuale di Pomponio in D. 1.2.2.47 ss.

¹⁵Gaio, *Inst.* 1.7.

blematico (come raccolte di epistole, responsi, questioni e digesti), dove l'attenzione si concentra sulla specificità delle singole fattispecie vere o fittizie; *b*) **opere didascaliche ed introduttive** (istituzioni, manuali, raccolte di definizioni e regole), rivolte all'insegnamento ed alla formazione dei giuristi, fornendo nozioni elementari e principi basilari (in antitesi alla letteratura casistica); la più nota, per esserci giunta direttamente (al di fuori cioè della Compilazione di Giustiniano) e in modo quasi integrale, sono le **Istituzioni** (*Institutiones*) di **Gaio**, riscoperte nel 1816 in una pergamena della biblioteca capitolare di Verona e modello per le successive Istituzioni di Giustiniano; *c*) infine, **opere su singole materie**, come monografie su determinati istituti; scritti sui compiti di magistrati e funzionari imperiali o sul fisco ed altre strutture amministrative.

6. Costituzioni imperiali

Gaio, vivendo nel Principato, indica, come abbiamo visto nel § 1, le **costituzioni imperiali** come fonti del diritto prima degli editti dei magistrati e dell'interpretazione dei giuristi. Questa fonte nasce con Augusto (31 a.C.-14 d.C.), quando il principe comincia ad operare anche direttamente nella produzione del diritto e, con il passare del tempo, il suo intervento si fa via via più penetrante ed invasivo. Secondo le indicazioni dei giuristi¹⁶, i suoi atti normativi si articolano in **più tipi** che differiscono, a seconda dei contenuti: quando comprendono disposizioni di osservanza generale, abbiamo gli **editti** (*edicta*) e i **mandati** (*mandata*); in caso di statuizioni relative a casi concreti, siamo in presenza di **decreti** (*decreta*), **rescritti** (*rescripta*) ed **epistole** (*epistulae*).

Gli **editti** provengono dal diritto di emanarli (*ius edicendi*) connesso al potere di imperio (*imperium*), di cui è titolare l'imperatore, dettando disposizioni generali ed astratte nelle più disparate materie ed avendo come destinatari un gruppo o categoria determinati, una regione o provincia o anche tutti gli abitanti dell'Impero¹⁷. Normalmente gli imperatori non ricorrono a questo strumento per creare norme di diritto privato, preferendo a tal fine optare, dapprima (soprattutto con Augusto), per la legislazione comiziale e, in seguito, per i senatoconsulti.

¹⁶ Come Gaio, *Inst.* 1.5 e Ulpiano, 1 *inst.* in D. 1.4.1.1.

¹⁷ Come esempi possiamo ricordare l'editto con cui Caracalla estende la cittadinanza romana a tutti i sudditi nel 212 d.C. e gli editti di Augusto agli abitanti di Cirene del 7-6 a.C., sulla scelta dei giudici nei processi penali pubblici.

I **mandati** consistono in istruzioni indirizzate dal principe a magistrati e funzionari imperiali. Spesso sono utilizzati per introdurre, indirettamente, anche veri e propri cambiamenti nell'ordinamento giuridico, in particolare, nei settori penale ed amministrativo, imponendo un certo comportamento ai magistrati e funzionari imperiali che li dovevano applicare.

I **decreti** sono sentenze definitive (o non definitive) pronunciate dal principe in collegamento alle sue funzioni giurisdizionali, in unica istanza o in appello, con le quali, pur decidendo su singole fattispecie, si sono frequentemente introdotte rilevanti innovazioni.

Nel genere dei **rescritti** si comprendono anche le **epistole**. Queste ultime sono la risposta del principe alla comunicazione di un magistrato o di un funzionario, che gli chiedono una soluzione a casi concreti. I rescritti in senso stretto contengono la risposta dell'imperatore alle richieste di privati su specifiche questioni, che si redigevano in calce alle richieste stesse.

Nei suoi provvedimenti a carattere particolare l'imperatore risolveva solamente la questione giuridica proposta, subordinandola alla veridicità dei fatti avanzati dal richiedente. E quindi tali costituzioni erano vincolanti solo per la fattispecie trattata, ma, data la provenienza imperiale, le regole enunciate tendevano ad assumere carattere generale

Gaio assegna alle costituzioni imperiali valore di legge (*legis vicem optinere*), rilevando che mai si era dubitato di ciò, in quanto il popolo, con la **legge sul conferimento dell'imperio** (*lex de imperio*), aveva trasferito al principe il proprio potere legislativo¹⁸. L'equiparazione tra costituzioni imperiali e leggi sulla base delle stesse ragioni è evidenziata anche da altri giuristi¹⁹. Va in ogni caso ricordato che, dietro molte costituzioni, vi era la mano di famosi giuriconsulti, vincolati al potere imperiale in quanto membri della Cancelleria, del Consiglio del principe o titolari dei più alti gradi della burocrazia (§ 5).

7. *Mores e consuetudine*

Le Istituzioni gaiane omettono ogni riferimento alla **consuetudine**, ma che essa fosse allora una **fonte del diritto non scritto** è indubbio, configurandosi come un'evoluzione degli antichi usi e costumi (*mores*), risalenti all'età monarchica (e, a volte, anche prima). Diversamente, le Istituzioni giustiniane (1.2.9) ne parlano in modo esplicito. Già in precedenza i giuristi del II secolo d.C. avevano equiparato la consuetudine alla legge, ammetten-

¹⁸ Cfr. Gaio, *Inst.* 1.5.

¹⁹ V. il Manuale di Pomponio in D. 1.2.2.12 e quanto dice Ulpiano, 1 *inst.* in D. 1.4.1 pr.

do non solo quella c.d. **suppletiva** (*praeter legem*), diretta cioè ad integrare le lacune dell'ordinamento e a regolare settori non disciplinati, ma anche quella c.d. **abrogativa** (*contra legem*), mediante la quale si eliminavano dall'ordinamento norme di origine legislativa in forza di un preciso ragionamento.

Poiché le leggi erano vincolanti solo in quanto approvate per decisione del popolo (riunito in assemblea), anche quelle prescrizioni, che il popolo di fatto osservava senza essere scritte, lo avrebbero vincolato, non rilevando se lo stesso manifestasse la propria volontà con un voto oppure mediante comportamenti e fatti. Era perciò ammesso che le leggi fossero abrogate non solo da una legge successiva, ma anche per tacito consenso di tutti mediante desuetudine²⁰.

Per fungere da fonte del diritto la consuetudine deve presentare **due requisiti**: uno **oggettivo**, dato dalla costante ed inveterata ripetizione di un comportamento da parte dei consociati (la *diuturnitas*) ed uno **sogettivo**, consistente nella convinzione della sua obbligatorietà (la *opinio iuris ac necessitatis*).

8. Le varie branche dell'ordinamento del Popolo Romano

Al termine del Principato (235 d.C.) si possono ormai cogliere le tappe di un processo storico, in cui si passa progressivamente da una **molteplicità di fonti del diritto**, che producono rami dell'ordinamento paralleli ed operanti su piani diversi, ad una **tendenziale unicità** connaturata alla centralità assunta dalla posizione del principe come organo di vertice legislativo, amministrativo e giudiziario, nella nuova forma istituzionale dell'Impero assoluto (284-565 d.C.).

Comunque, fino a tutto il III secolo d.C. permane una separazione, ereditata dall'età repubblicana, tra il "**diritto civile**" (*ius civile*), il "**diritto onorario**" (*ius honorarium*) ed il "**diritto delle genti**" (*ius gentium*), quest'ultimo inteso come una normativa comune a tutti i popoli o, in senso più stretto, come un "diritto degli affari internazionali". Tuttavia, la giurisprudenza, dopo la redazione dell'Editto perpetuo (§ 4), giunge a sviluppare una **più ampia concezione di "diritto civile"**, che ingloba anche quello onorario, come un diritto proprio di una certa comunità in contrapposizione a quello condiviso da più popoli (*ius gentium*). Una particolare attenzione suscita, invece, un'ulteriore categoria, quella del **diritto naturale** (*ius naturale*), al punto che le Istituzioni di Gaio lo pongono a fondamento del "diritto delle genti"²¹,

²⁰ È il ragionamento sviluppato da Salvio Giuliano, 84 *dig.* in D. 1.3.32.1.

²¹ Gaio, Ist. 1.1, dove si dice che il diritto delle genti (*ius gentium*) è formato da quel complesso di norme ed istituti condivisi da Romani e stranieri, avendo come base la ragione naturale (*naturalis ratio*).

mentre il giurista Ulpiano (1 *inst.* in D.1.1.1.3) ne parla come il diritto che la natura ha insegnato a tutti gli esseri viventi (e non esclusivamente al genere umano), quale quello relativo all'unione del maschio e della femmina ed alla procreazione ed allevamento dei figli.

In tal modo Ulpiano accoglie un concetto di diritto naturale, dove non rileva la natura o la ragione dell'uomo, bensì la comunanza dei precetti a uomini e ad altri animali. Nonostante la possibilità, insita in questa concezione ulpiana, di far leva sulla prospettiva giusnaturalistica per criticare ed eventualmente correggere un diritto positivo che fosse venuto meno ai valori di giustizia ed equità, nella realtà ciò non avviene, in quanto **non si elabora** mai una "**dottrina dei diritti umani**" per l'assenza di un individualismo in grado di fare affermare tali valori sul piano della politica e del diritto.

9. *Le codificazioni*

Alla fine del III secolo d.C., la proliferazione delle costituzioni imperiali e la loro sostituzione alle altre fonti, i problemi derivanti dal volgarismo giuridico, cioè dall'incontro tra il diritto romano ufficiale e i diritti locali degli abitanti delle province divenuti cittadini romani con l'editto di Caracalla del 212, le difficoltà di conoscere ed applicare le normative vigenti sono tra le cause principali, che determinano la **nascita delle codificazioni**. L'idea non proviene dagli uffici della Cancelleria imperiale, bensì da ambienti dediti alla formazione giuridica e dalle esigenze della prassi, rivolgendosi innanzitutto agli atti normativi dell'imperatore. La precipua funzione dei codici è dunque quella di mettere ordine nella legislazione imperiale attraverso una sua raccolta sistematica, che la renda certa e la coordini, eliminando le norme abrogate, desuete e contraddittorie ed assolvendo così quel ruolo che era stato in precedenza espletato dai giuristi.

La codificazione più antica, che incarna questa idea, è il **Codice Gregoriano** (*Codex Gregorianus*), il cui autore è un giurista di nome Gregorio o Gregoriano della scuola di diritto di Berito (Beirut), che lo ha realizzato negli anni 292-293 d.C., durante il regno di Diocleziano (284-305). Tale Codice è arrivato fino a noi solo in parte, ma, in base ai dati che sappiamo, si articolava in almeno quattordici libri, suddivisi in titoli, organizzati per argomento e con una rubrica posta all'inizio che lo indicava, e all'interno di ogni titolo le costituzioni erano raccolte secondo una numerazione progressiva e (presumibilmente) cronologica. L'ordine sistematico di esposizione delle materie seguiva lo schema dei libri dei digesti dei giuristi classici, schema in gran parte corrispondente a quello dell'editto del pretore. Le costituzioni

che vi erano comprese andavano sicuramente da Adriano (117-138 d.C.) fino al 292.

Di poco successivo è il **Codice Ermogeniano** (*Codex Hermogenianus*), sempre ricordato insieme al Gregoriano e redatto, secondo l'opinione oggi prevalente, dal medesimo giurista della fine del III secolo, autore di un'Epitome del diritto (*epitome iuris*), di cui si conservano vari frammenti nel Digesto di Giustiniano. Con entrambe le sue opere, infatti, Ermogeniano intendeva realizzare l'obiettivo pratico di fornire agli operatori giuridici e, in primo luogo, ai funzionari imperiali, un quadro sintetico del diritto vigente ai suoi tempi. Nel Codice, che ci è pervenuto anch'esso solo per stralci, erano certamente incluse le costituzioni dioclezianee (essenzialmente rescritti) degli anni 293-294 d.C., rappresentando così un aggiornamento del Gregoriano, benché non si escluda che ne comprendesse anche alcune di quest'ultimo in funzione di raccordo tra norme, al fine di renderlo rispondente alle esigenze pratiche cui era indirizzato. L'Ermogeniano risulta suddiviso solo in titoli, con una rubrica relativa all'argomento e dove le costituzioni sono riportate secondo un ordine progressivo e (presumibilmente cronologico).

Le due codificazioni, pur essendo private e non ufficiali, rivestono un **ruolo grandissimo**. Non solo per tutto il IV secolo la loro esistenza rende inutile un qualunque progetto di Codice ufficiale, ma, anche quando questo viene poi redatto (il Codice Teodosiano del 438), si preferisce non toccarle, optandosi, invece, per la strada della loro continuazione, con l'inclusione nel nuovo Codice solo delle costituzioni degli imperatori posteriori (da Costantino, partendo dal 312, in poi). I due Codici, inoltre, vengono attualizzati da anonimi annotatori, che ne realizzano varie edizioni (almeno tre), aggiungendovi alcune costituzioni di epoche successive, fino al 365.

Ben presto, inoltre, nell'educazione e a livello pratico, Gregoriano ed Ermogeniano vengono considerati come un unico corpo normativo integrato, che incontra una vasta diffusione e sopravvive fino al Codice di Giustiniano del 529, che ne decreta l'abolizione. La chiave del loro successo si spiega anche per la facilità di accesso alla legislazione imperiale che permettevano, eliminando la necessità di consultarla presso gli archivi ufficiali ed agevolandone la ricerca per via dell'ordine sistematico seguito.

Infine, va osservato che, per la prima volta, si impiega per una raccolta normativa il termine codice (*codex*), utilizzato fino ad allora per indicare un tipo di libro (con pagine che si girano) in contrapposizione al volume (*volumen*), che invece si srotolava.

Parallelamente alle due codificazioni ora viste, si redigono, ancora da parte della **scienza giuridica privata** (soprattutto pratici e professori), alcune opere per raccogliere ed ordinare in modo sistematico le normative contenute negli scritti dei giuristi del Principato, definite complessivamente con il

termine *iura* (i “diritti”), allo scopo di semplificarne la conoscenza e l’applicazione: le **Sentenze di Paolo** (*Pauli Sententiae*), risalenti, nel loro nucleo centrale, alla fine del III secolo o agli inizi del IV, i **Titoli dal corpo normativo di Ulpiano** (*Tituli ex corpore Ulpiani*, detti anche Epitome di Ulpiano), riscoperti nel XVI secolo e così chiamati dalle prime parole del manoscritto, e l’**Epitome di Gaio**.

Durante il IV secolo si realizzano, ancora in via privata, **anche opere di raccolta e coordinamento** tra costituzioni imperiali (*leges*) e normative di origine giurisprudenziale (*iura*), sempre con finalità pratiche, tra cui ricordiamo i **Frammenti Vaticani** (*Vaticana Fragmenta*) e la **Collazione di leggi di Mosé e romane** (*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*).

Rispetto alle iniziative private, si devono attendere i primi decenni del V secolo per un **intervento ufficiale** del potere imperiale sulla questione dell’ordinazione ed utilizzo delle norme di origine giurisprudenziale. Con una costituzione del 426 l’imperatore d’Occidente **Valentiniano III** (425-455) riduce drasticamente il numero delle opere dei giuristi, che si possono allegare nei processi, stabilendo una gerarchia tra di loro (da qui il nome di **“Legge delle citazioni”** datogli dalla dottrina moderna).

In essa, da noi conosciuta attraverso il Codice Teodosiano (v. oltre), si dispone che si potevano far valere solo le opere di **cinque giuristi**: Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino e che, in caso di contrasto di opinioni sul medesimo punto di diritto, doveva essere seguita l’opinione della maggioranza; ove invece vi fosse parità, prevaleva quella di **Papiniano** e, se quest’ultimo non si era espresso, al giudice si lasciava libertà di decidere secondo la propria discrezione. Quanto agli altri giureconsulti, era previsto che le loro opinioni potessero essere citate solo se menzionate dai cinque giuristi sopra indicati e confermate attraverso un confronto con i testi originali²². La scelta dei cinque giuristi non è occasionale, ma corrisponde ad un criterio preferenziale ormai da tempo seguito dalla pratica.

Di gran lunga più importante è il **Codice Teodosiano** (*Codex Theodosianus*), pubblicato nel 438 a Costantinopoli ed entrato in vigore nelle due Parti dell’impero nel 439, dopo che era stato letto anche nel senato di Roma ed approvato per acclamazione. Il Teodosiano si compone di sedici libri, che contengono le costituzioni di carattere generale relative a tutte le branche dell’ordinamento giuridico: il diritto privato (libri II-V e parte del libro VIII); le fonti del diritto ed il diritto amministrativo relativo alle competenze, alla gerarchia ed ai privilegi dei funzionari pubblici (libro I e VII e parte dell’VIII); il diritto militare (libro VII); il diritto criminale (libro IX); il diritto finanziario e fiscale (libri X e XI); il diritto relativo alle corporazioni (libri

²² Cfr. il testo in *CTb*. 1.4.3.

XII-XV) ed il diritto ecclesiastico (libro XVI). La sua struttura ricalca quella del Gregoriano e dell'Ermogeniano, in quanto tutti i libri si suddividono in titoli ed ogni titolo tratta l'argomento indicato nella rubrica. Le costituzioni erano state distribuite nei titoli secondo l'ordine cronologico e, a volte, ripartite fra più titoli, se trattavano di argomenti diversi. I loro testi potevano essere riassunti o variati con modifiche ed aggiunte, al fine di eliminare contraddizioni ed ambiguità.

Il grado più elevato di **codificazione del diritto nell'esperienza romana** si raggiunge al suo termine, con **Giustiniano** (527-565), imperatore di Oriente, con la realizzazione di tre diverse opere: il **Codice** (*Codex Iustinianus*), il **Digesto o Pandette** (*Digesta seu Pandectae*) e le **Istituzioni** (*Institutiones*), grazie al fondamentale apporto di una scienza giuridica di elevato livello.

Il primo ad essere composto ed approvato è il **Codice**, in dodici libri, che sostituisce integralmente i tre precedenti (Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano), estrapolando da essi le costituzioni ancora vigenti ed aggiungendovi quelle successive fino a Giustiniano stesso, secondo la consueta sistematica di divisione in libri e titoli, ordinati per argomenti indicati dalla rubrica, e comprensivi dei testi dei vari provvedimenti disposti cronologicamente, abbreviati e adattati alle esigenze del momento. Quasi tutte le costituzioni raccolte hanno una "iscrizione" (*inscriptio*), che indica l'imperatore da cui provengono ed il destinatario, ed una "sottoscrizione" (*subscriptio*), dove si registrano la data ed il luogo di emanazione. Le materie trattate, come per il Teodosiano, variano dal diritto privato, al pubblico, all'amministrativo, al fiscale ed all'ecclesiastico.

Del Codice di Giustiniano si sono realizzate due edizioni: la prima nel 529, che non ci è giunta, perché sostituita completamente dalla seconda del 534, promulgata per coordinare il Codice con le altre due parti della codificazione, Digesto e Istituzioni, approvati nel 533.

Il **Digesto o Pandette**, ordinato in cinquanta libri, rappresenta la più grande opera di codificazione delle norme racchiuse nelle opere della giurisprudenza (*iura*), grazie alla quale noi conosciamo la maggior parte dei risultati delle attività dei giuristi fra il II secolo a.C. ed il III secolo d.C. Il sistema espositivo segue quello dell'Editto perpetuo e l'ordine è lo stesso del Codice: ogni libro (ad eccezione del 30, 31 e 32) si articola in titoli, con una rubrica, dove sono raccolti in progressione numerica i frammenti delle opere dei giuristi indicati per nome nella "iscrizione".

La composizione del Digesto supera completamente la logica della Legge delle citazioni, come sottolinea in modo chiaro lo stesso Giustiniano nella costituzione del 530²³, con la quale si dispone il piano dell'opera: l'imperatore, infatti, comanda di leggere i libri di diritto degli antichi giuristi, ricono-

²³ Si tratta della costituzione *Deo auctore*, così chiamata dalle prime parole del suo testo.

scendo a tutti pari dignità ed eguale posizione, e di racchiudere in un'unica raccolta le normative in essi contenute, dopo averle emendate ed attualizzate alle esigenze del tempo.

Il lavoro è completato in tre anni e la promulgazione avviene nel 533 con una costituzione bilingue (in latino e greco)²⁴, dove, oltre a distinguere il suo interno in sette parti per favorirne l'apprendimento, se ne indica la principale finalità, che è quella di mettere fine all'incertezza del diritto esposto dai giuristi. È proprio, per evitare tale rischio, l'imperatore vieta ogni commentario ai testi così raccolti, salvo la possibilità di tradurli in greco secondo lo stesso ordine (i "*paratitla*") e di scriverne gli indici sempre in lingua greca (i "*katà poda*"). Non si deve, infatti, dimenticare che la popolazione dell'Impero d'Oriente usava comunemente questa lingua, anziché il latino.

Per ultimo, la redazione delle **Istituzioni** puntava, invece, al profilo dell'**educazione giuridica**, fornendone le basi elementari, da completarsi in seguito con lo studio del Digesto e del Codice. Lo schema espositivo riproduce il modello delle Istituzioni di Gaio, in quattro libri, secondo l'ordine: diritto relativo alle persone (persone e famiglia), diritto relativo alle cose (proprietà, diritti reali, successioni ed obbligazioni) e diritto relativo alle azioni (processo). L'incarico di scriverle è affidato ad una commissione ristretta di soli tre membri: il "questore del sacro Palazzo" Triboniano come supervisore ed i professori di diritto Teofilo (di Costantinopoli) e Doroteo (di Berito/Beirut). La loro caratteristica precipua è di essere, allo stesso tempo, un manuale per apprendere i rudimenti del diritto ed un testo normativo. Anche le Istituzioni sono promulgate nel 533.

Ma, per quanto grandiosa ed atta a riordinare tutto il diritto esistente, anche la codificazione di Giustiniano necessitava di continui aggiornamenti, che sono puntualmente effettuati negli ultimi trent'anni del suo regno (535-565) con successive costituzioni, dette Nuove costituzioni o semplicemente **Novelle** (*novellae constitutiones* o *novellae*), in quanto l'imperatore era l'unico creatore ed interprete del diritto. Alcune di queste Novelle sono state successivamente racchiuse in **compilazioni private**, di cui ci restano la **Raccolta delle 168 Novelle**, detta anche "greca" (perché sono redatte in greco); l'**Autentico** (*Authenticum*) con 134 costituzioni, tradotte in latino dall'originale in greco, e l'**Epitome di Giuliano** (*Epitome Iuliani*) con 124 costituzioni, non nel testo originale, ma riassunte in latino.

La codificazione di Giustiniano si estende anche all'Italia, dopo la sua riconquista a seguito della vittoriosa guerra contro i Goti (535-553), mediante una costituzione del 554, ma non alle altre *ex*-province europee dell'Impero d'Occidente. Tuttavia, nella stessa Italia essa "scompare", non trovando più

²⁴ Citata, sempre in base alle sue prime parole, come *Tanta – Dédokén*.

effettiva applicazione fino alla sua “riscoperta” nell’XI secolo presso la neofondata Università di Bologna (1088). Da quel momento viene ad **assumere un significato immenso**, rappresentando una base per tutta la tradizione giuridica occidentale anche in quei Paesi (come l’Inghilterra), che se ne sono poi in buona misura distaccati.

Come risalta da quanto abbiamo detto, le sue tre parti ufficiali (Codice, Digesto e Istituzioni) condividono non pochi aspetti con l’**idea di codice moderna**, sorta con il Codice civile francese, approvato da Napoleone nel 1804. Identiche sono le finalità di riordinare ed esporre sistematicamente l’ordinamento vigente, reagendo a precedenti situazioni di incertezza e confusione, identico è il ruolo fondamentale svolto dai giuristi, ma le codificazioni attuali si occupano di singole branche dell’ordinamento giuridico (civile, penale, commerciale, procedura civile e procedura penale, etc.), mentre le tre opere promulgate da Giustiniano si distinguono non per la materia trattata, bensì per la diversità di origine delle norme (il Codice per la legislazione imperiale, il Digesto per le regole elaborate dai giuristi) e per le finalità (prevalentemente formative per le Istituzioni).