

*A Bernardo Albanese
con affetto e gratitudine*

Matteo Marrone

Istituzioni
di Diritto Romano

PALUMBO

21. Fonti di produzione e fonti di cognizione
22. Le fonti di produzione. *Mores maiorum* e consuetudine
23. Le *leges* e i plebisciti
24. Gli editti dei magistrati, i senatori, i *constitutiones principum* e la *cognitio extra ordinem*
25. La giurisprudenza
26. Le fonti di cognizione. Il *Corpus iuris civilis*
27. Le fonti di cognizione al di fuori del *Corpus iuris*

§ 21. *Fonti di produzione e fonti di cognizione*

Si suole distinguere, con riguardo al diritto oggettivo, tra fonti di produzione e fonti di cognizione. Per fonti di produzione si intendono gli atti o comunque gli eventi che producono il diritto oggettivo, da cui cioè il diritto oggettivo scaturisce; per fonti di cognizione, qualsiasi materiale che ci fa conoscere il diritto oggettivo qual è: nel nostro caso, quale fu.

In proposito giova notare che, nell'esposizione che precede e in quella che segue, si è parlato e si parlerà di fonti ora in un senso ora nell'altro, e più spesso senza precisare. Ogni volta però il contesto è tale che nessun dubbio è possibile: ché quando si discorre, ad esempio, di fonti del *ius civile* va da sé che si pensa a fonti di produzione; quando invece si dice, ad esempio, che dalle fonti, o dalle nostre fonti, emerge questa o quella concezione si pensa a fonti di cognizione.

§ 22. *Le fonti di produzione. Mores maiorum e consuetudine*

Fonti di produzione del diritto romano furono: i *mores maiorum* e la consuetudine, le *leges (datae e rogatae)* e i plebisciti, gli editti dei magistrati, i senatori, i *constitutiones imperiales*, la giurisprudenza.

Mores maiorum e consuetudine. I giureconsulti romani discorrevano di *inveterata consuetudo*, 'antichissima consuetudine', di *iura quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata*, 'diritto che si era formato per lunga consuetudine ed era stato osservato per moltissimi anni': caratterizzavano pertanto la consuetudine in relazione alla lunga osservanza (senza precisarne la durata) e sottolineavano ancora che essa, poiché presuppone il consenso dei consociati, è il risultato della *tacita civium conventio*, 'tacito accordo tra i cittadini'.¹ Corrisponde pertanto sostanzialmente

1. Cfr. D. 1.3.32.1 (Iul. 84 *dig.*), D. 1.3.33 (Ulp. 1 *de off. procon.*), D. 1.3.35 (Hermog. 1 *iuris epit.*), Gai 3.82.

alla concezione romana ciò che tradizionalmente si suole tra gli studiosi moderni richiedere al fine di configurare una consuetudine in senso giuridico: l'osservanza generale e costante per lungo tempo di un comportamento da parte di una collettività e, al contempo, la convinzione dei suoi componenti di obbedire a una norma giuridica ('*opinio iuris atque necessitatis*').

Il codice civile italiano preferisce, in proposito, parlare di usi, e stabilisce che «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia in quanto sono da essi richiamati» (art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale, cosiddette preleggi).

Diverso era il valore riconosciuto alla consuetudine nel diritto romano. Vengono in considerazione, al riguardo, *mores maiorum* e *consuetudo*, che vanno tenuti distinti sia con riguardo al contesto storico in cui rispettivamente si posero, sia con riguardo all'efficacia che vi fu attribuita.

I *mores maiorum* erano i costumi giuridici dei *maiores*, dei più antichi Romani, dei remoti antenati, tanto risalenti nel tempo da non conservarsi memoria della loro origine. Di *mores* era costituito il *ius Quiritium* (p. 22) e sui *mores* erano fondati quegli istituti, precetti e negozi del più antico *ius civile* di origine non legislativa né giurisprudenziale.² Rappresentarono la parte più cospicua del *ius civile* e mai se ne pose in discussione l'efficacia, neppure nei casi in cui non se ne intendeva più la ragion d'essere, la *ratio*.³

Altro fu il rilievo che si diede alla *consuetudo*, la quale riguardò più che altro – come sembra – le popolazioni provinciali.⁴ Ad esse Roma era andata estendendo la cittadinanza romana (*infra*, p. 210 s.), ma l'estensione della cittadinanza comportava, insieme a vantaggi di vario ordine, l'automatica estensione del diritto romano. Senonché non poche comunità provinciali opposero resistenza all'applicazione di principi che sentivano estranei alle proprie tradizioni giuridiche. Da qui la questione del valore da attribuire alle consuetudini provinciali. All'uopo i giuristi classici (la prima testimonianza in proposito è di Salvio Giuliano, II sec. d.C.) accostarono *mores* e consuetudini – fenomeni del resto simili nell'essenza – e, capovolgendo il processo storico relativo al rapporto tra *mores* e *leges* (sulle *leges* v. più avanti), consci dell'autorità indiscussa dei *mores*, proclamarono l'efficacia di *mores* e consuetudini (provinciali e non) purché in materie o comunque su punti non regolati da *leges*, senatoconsulti e costituzioni imperiali (*ius scriptum*).⁵

2. Ai *mores* sono fatti espressamente risalire, tra l'altro, la *patria potestas* (Ulp. D. 1.6.8 pr.), la *poena parricidi* (Modest. D. 48.9.9 pr.), l'interdizione del prodigo (Ulp. 27.10.1), certi precetti relativi alla *legis actio per pignoris capionem* (Gai 4.26), alla giurisdizione (Iul. D. 2.1.5), al lutto (Ulp. D. 3.2.11.1) e anche il divieto di donazione tra coniugi.

3. Cfr. D. 1.3.20 (Iul. 55 dig.): *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.*

4. Si vedano D. 1.3.32 pr. (Iul. 84 dig.), D. 1.3.34 (Ulp. 4 de off. procons.), C. 8.52.1 (Alex., a. 224), C. 8.10.3 (Alex., a. 224).

5. Cfr. D. 1.3.32 (Iul. 84 dig.), D. 1.3.33 (Ulp. 1 de off. procons.), D. 1.3.35 (Hermog. 1 iuris epit.), D. 1.3.36 (Ulp. 7 ad Sab.). Su *ius scriptum*: I. 1.2.3-9 (dove, per vero, sono detti *ius*

Riconosciuta in tal modo l'efficacia della consuetudine al di fuori della legge (*praeter legem*) e al contempo affermata, sia pure con questo limite, l'equiparazione della *consuetudo* alla *lex* – riconosciuta quindi pure essa fonte di *ius civile* –, Giuliano (in D. 1.3.32.1, Iul. 84 dig.) giustificò la soluzione adottata con un argomento che faceva leva sulla volontà popolare: anche la consuetudine è, come la *lex (publica)*, manifestazione della volontà del popolo: la *lex* manifestazione espressa, la consuetudine manifestazione tacita.

Di contro, a Roma si negò sempre efficacia alla cosiddetta consuetudine *contra legem*: ancora nel 319 l'imperatore Costantino (in CI.8.52.2) lo ribadirà con energia.

Una menzione a sé è necessaria per la desuetudine, da intendersi come pura e semplice mancata applicazione di un istituto o di una norma non perché contraddetti o violati ma perché non utilizzati o comunque non invocati per lungo tempo. I Romani considerarono il fenomeno alla stregua di una sostanziale abrogazione. Così, ad esempio, per quanto riguarda: le due più antiche forme di testamento – *calatis comitiis* e *in procinctu* –, per secoli non adoperate essendosi ad esse preferito il testamento *per aes et libram* (Gai 2.103: *illa duo genera testamentum in desuetudinem abierunt*); l'*usus* come modo di acquisto della *manus* (Gai 1.111: *ipsa desuetudine obliteratum est*); la successione *ab intestato* dei *gentiles* (Gai 3.17: *in desuetudinem abiisse*); le azioni nossali contro i *filiis familias* (I. 4.8.7: *nova ... hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit*).

§ 23. Le leges e i plebisciti

Col termine *lex* erano designate, in età arcaica, pronunzie orali e solenni. Poteva trattarsi di *leges privatae* o *leges publicae*.

Le *leges privatae* erano manifestazioni di volontà di privati nell'ambito di certi negozi, con funzione analoga, nella sostanza, a quella delle nostre clausole contrattuali. Ne incontreremo alcune più avanti, a proposito di *mancipatio* (p. 132).

In questo luogo interessano le *leges publicae*, che erano fonti di *ius civile*. Di esse si può propriamente parlare a partire da alta età repubblicana. Potevano essere *leges datae* o *leges rogatae*: in ogni caso disposizioni a carattere normativo e vincolante per la generalità dei cittadini. La loro efficacia derivava dal fatto di essere collegate, direttamente o indirettamente, alla volontà popolare (da qui la denominazione di *lex publica*: v. più in alto, p. 31).

Le *leges datae* presupponevano che il popolo (con *lex rogata*) avesse delegato a un magistrato di legiferare: erano pronunciate dinanzi al popolo dallo stesso magistrato delegato, e in tal modo acquistavano immediata efficacia.

scriptum anche i *responsa prudentium*; ma v. Pomp. D. 1.2.2.5 e 2.12, in parte riprodotti più avanti, nt. 19).

Sembra che sia stata una *lex data* la famosa legge delle Dodici Tavole (*lex XII tabularum*), degli anni 450-451 a.C., emanata dai *decemviri* (i *decemviri legibus scribundis*, magistrati straordinari appositamente eletti) per quanto riguarda le prime dieci tavole, dai consoli Valerio ed Orazio per quanto riguarda le ultime due. Le vicende della formazione di questa legge vanno inquadrare in quelle relative alle lotte tra patrizi e plebei che caratterizzarono i primi tempi della repubblica. Le tavole di bronzo su cui erano state scritte andarono distrutte nell'incendio che Roma subì ad opera dei Galli nel 387 a.C. I Romani però ne conservarono memoria: i precetti della legge si tramandarono – dapprima oralmente, come sembra – di generazione in generazione e molti di essi ci sono stati trasmessi dagli scrittori latini, giuristi e non. Il testo della legge delle XII Tavole si è così potuto in buona parte ricostruire. Scritta ovviamente in un latino arcaico essa ebbe carattere integrativo, spesso solo di conferma, rispetto ai *mores*, che vi figurano presupposti. Fu tuttavia sempre considerata con venerazione, al punto che Livio (3. 34.6) ne parla come del 'fondamento di tutto il diritto, pubblico e privato' (*fons omnis publici privatique iuris*).

A parte la legge delle XII Tavole, assai maggiore rilievo delle *leges datae* ebbero, per il diritto privato, le *leges rogatae*. Queste venivano dal magistrato (console, pretore, etc.) soltanto proposte. Il magistrato 'rogava', interrogava cioè, il popolo riunito in assemblea (*comitia centuriata* o *tributa*) e che egli aveva in precedenza appositamente convocato. L'assemblea avrebbe potuto approvare o non.⁶ Una volta approvata – e sempre che il testo fosse stato ratificato dal Senato con la sua *auctoritas*⁷ – la proposta diveniva *lex* (e prendeva nome dal magistrato proponente).

Se le *leges rogatae* approvate dal popolo composto di patrizi e plebei erano vincolanti per gli uni e gli altri, i plebisciti – *plebis scita* – votati dalla plebe soltanto (nei *concilia plebis*, convocati dai tribuni della plebe), obbligavano dapprima i soli plebei.⁸ Ma una *lex Hortensia*, del 286 a.C. (quando i patrizi erano ormai una sparuta minoranza), equiparò i plebisciti alla *leges* rendendoli così obbligatori per tutti, patrizi compresi. Quanto meno da allora, nell'ambito del diritto privato, si fece ricorso prevalentemente a plebisciti, peraltro spesso qualificati dagli scrittori latini, anche giuristi, come *leges* (fu in effetti un plebiscito, ad es., la notissima *lex Aquilia de damno: infra*, p. 406).

Alle *leges publicae* delle quali s'è detto possono essere accostate le più antiche *leges regiae* – in materia religioso-sacrale, di diritto criminale, organizzazione del-

6. Ogni singola unità assembleare chiamata a votare (*centuria* nei *comitia centuriata*, tribù nei *comitia tributa*) rispondeva *uti rogas* (VR) se approvava, *antiqua probo* (A) se rigettava la proposta.

7. Ma una *lex Publilia Philonis* del 339 a.C. stabilì che l'*auctoritas senatus* dovesse essere manifestata prima, non dopo il voto popolare.

8. Secondo la tradizione, *concilia plebis*, plebisciti e tribuni della plebe furono riconosciuti a Roma quali istituzioni cittadine sin dai primi tempi della repubblica, nel 494 a.C., di seguito alla prima secessione plebea sul Monte Sacro.

la famiglia, condizione delle persone, disciplina dei funerali – che la tradizione ci dice essere state approvate dai comizi curiati su proposta del *rex* (e che, raccolte da Sesto Papirio, costituirono il *ius Papirianum*) ma che più verosimilmente furono, al di fuori da ogni delega, emanazioni proprie del *rex* – talvolta magari confermate di *mores* –, dallo stesso *rex* semplicemente comunicate al popolo.

Già all'apogeo della costituzione repubblicana non si avranno più, a Roma, *leges datae* di carattere generale.⁹ *Leges rogatae* e plebisciti continueranno a essere emanati, invece, anche oltre l'età repubblicana (assai intensa fu l'attività legislativa comiziale promossa da Augusto). L'ultima *lex publica* della quale si ha notizia – una *lex agraria* – è dei tempi di Nerva (96-98 d.C.).

Il contenuto di *leges* e plebisciti, fonti di *ius civile* (della legge delle XII Tavole si è già detto), ci è noto per lo più indirettamente, in larga misura per quanto ne leggiamo negli scritti a noi pervenuti dei giuristi classici.

Giova osservare infine che le *leges* e i plebisciti – poche decine per il diritto privato – ebbero carattere qua e là integrativo dei *mores*, intervennero su singoli punti, e mai innovarono interi settori.

§ 24. *Gli editti dei magistrati, i senatoconsulti, le constitutiones principum e la cognitio extra ordinem*

Gli editti dei magistrati. Degli editti del pretore e degli altri magistrati con *ius edicendi* s'è già detto prima (p. 27 ss.), a proposito del diritto onorario.

I senatoconsulti. Il *consilium* era una delle funzioni del Senato romano. I relativi *consulta* – i *senatusconsulta*, quindi – divennero all'occorrenza, durante la repubblica, vere e proprie direttive vincolanti per i magistrati cui erano rivolte. Questa prassi è attestata però, finché durò la repubblica, per settori diversi dal diritto privato. Dal I secolo d.C. furono emanati senatoconsulti anche nell'ambito privatistico, che finirono per diventare atti precettivi direttamente rivolti ai cittadini. Furono presto classificati tra le fonti del diritto, con lo stesso valore delle *leges*: come le *leges*, pertanto, fonti di *ius civile*.

Il *ius civile* che ne scaturiva fu detto *ius novum*, in contrapposizione al *ius civile* antico (*ius vetus*) rispetto a cui – specie nel campo del diritto ereditario – i senatoconsulti introdussero sensibili novità.¹⁰

L'attività legislativa del Senato, quindi, si manifestò durante il principato, quando quella delle assemblee popolari, come sappiamo, si andava esaurendo sino a scomparire del tutto alla fine del I secolo d.C. Nella sostanza, pertanto, il Senato, sotto il profilo considerato, prese il posto delle assemblee popolari.

9. Salvo che con riguardo a *municipia*, colonie e province.

10. Ad es., a proposito di responsabilità del convenuto nella petizione di eredità, di successione intestata tra madre e figli, di legati, di fedecommessi: v. ogni volta a suo luogo. Su *ius novum* (e *extraordinarium*) v. peraltro quanto si osserva più avanti, p. 43, e ivi nt. 13.

Tante volte era l'imperatore, o un suo legato, a fare al Senato la proposta di senatoconsulto, mediante *oratio*; e non accadeva mai che il Senato negasse l'approvazione. Il senatoconsulto che ne derivava, pertanto, era emanazione del Senato solo formalmente: nella sostanza era espressione della volontà del principe. È per ciò che, nelle fonti, molti senatoconsulti sono detti *orationes*, con aggiunta l'indicazione dell'imperatore proponente: un senatoconsulto proposto da Marco Aurelio poteva esser semplicemente indicato, ad es., come *oratio divi Marci*, un altro proposto da Settimio Severo, *oratio Severi*, e così via.

L'attività legislativa del Senato, nei fatti, si andò estinguendo durante la stessa età classica; venne meno del tutto intorno alla metà del III secolo.

Il contenuto di gran parte dei senatoconsulti in materie privatistiche – che furono per vero relativamente pochi – ci è noto per lo più indirettamente, attraverso le relative notizie e commenti quali si leggono tuttora negli scritti dei giuristi classici giunti sino a noi (*infra*, p. 51, 53).

Le constitutiones principum e la cognitio extra ordinem. *Le constitutiones principum* erano i provvedimenti imperiali, ora a contenuto normativo generale ora relativi a concreti casi giuridici particolari, che gli imperatori andarono emanando sin dai primi tempi del principato.

Quale ne sia stato il fondamento costituzionale non è chiaro. Certo è che mai si dubitò del loro valore vincolante per tutti gli abitanti dell'impero (Gai 1.5). Verosimilmente, più che ragioni formali – che peraltro i giuristi non mancarono di proporre (Gai 1.5 invoca la *lex de imperio*, con la quale si conferivano i poteri all'imperatore) –, dovettero al riguardo avere peso determinante il potere politico e l'autorità carismatica del *princeps*. Sta di fatto che il giurista Gaio classificò le costituzioni imperiali tra le fonti del diritto, alla stregua delle *leges* e con lo stesso valore di esse (Gai 1.2 e 5). Non sorprende quindi che Papiniano (in D. 1.1.7 pr.) le abbia incluso tra le fonti del *ius civile*.¹¹ L'equiparazione delle costituzioni imperiali alle *leges* fu poco dopo energeticamente ribadita da Ulpiano (in D. 1.4.1 pr.; cfr. I. 1.2.6): *Quod principi placuit, legis habet vigorem* ('Quel che stabilì il principe ha efficacia di legge').

Le constitutiones principum – ripetiamo – potevano avere carattere generale o particolare: erano a carattere generale *edicta* e *mandata*, a carattere particolare *decreta*, *rescripta* ed *epistulae*.

Gli *edicta* erano atti normativi indirizzati a tutti gli abitanti dell'impero, con efficacia duratura nel tempo (diversi, quindi, dagli editti dei magistrati repubblicani che avevano durata annuale e in forza dei quali gli stessi magistrati autolimitavano la propria attività futura). *Mandata* erano istruzioni che l'imperatore rivolgeva ai propri alti funzionari (era solo indirettamente, pertanto, che dai mandati risultavano norme vincolanti per tutti). *Edicta* e *mandata* durante l'età classica ebbero poca incidenza sul diritto priva-

11. Nel passo di Papiniano, per vero, si parla di *decreta principum* ma certamente in un'accezione generica corrispondente a *constitutiones principum*.

to. Assai maggiore fu l'importanza dei *decreta* e, soprattutto, di rescritti ed *epistulae*.

I *decreta* erano sentenze che l'imperatore, giudicando *extra ordinem*, emanava su istanza degli interessati in ordine a liti in corso, in grado di appello o eventualmente in primo grado.

Poteva accadere che a rivolgersi all'imperatore, prospettando il caso controverso e chiedendo come dovesse essere deciso, fosse una sola delle parti in lite. L'imperatore faceva annotare la risposta in calce all'istanza: si parlò al riguardo di *rescripta*. Se a chiedere il parere su una lite in corso era il magistrato o funzionario imperiale al quale la lite stessa era stata deferita, l'imperatore rispondeva con *epistulae*. Ebbene, *rescripta* ed *epistulae* – d'ora innanzi, per brevità, parlerò solo di *rescripta*, intendendo eventualmente anche *epistulae* – nei casi considerati erano vincolanti per l'organo giudicante una volta accertato che i fatti prospettati all'imperatore e sulla cui base questi aveva espresso il rescritto corrispondevano al vero.

Nell'emettere decreti e rescritti l'imperatore si atteneva al diritto vigente. A volte però, per ragioni di equità, di adeguamento a nuove concezioni ed esigenze o comunque per ragioni di politica legislativa, se ne discostava; e non di rado, nel contesto del decreto o, più spesso, del rescritto, l'imperatore aveva cura di enunciare il principio di diritto che aveva ispirato la sua decisione.

Avvenne così che, sebbene decreti e rescritti riguardassero particolari casi concreti e avessero quindi efficacia limitata ad essi, tuttavia, per l'autorità dell'organo da cui emanavano (l'imperatore), il principio di diritto in essi contenuto veniva applicato ogni qual volta si prospettavano fattispecie uguali a quelle su cui il principe si era pronunciato.¹²

Il *ius* che scaturiva dalle costituzioni – si è già detto – fu presto considerato *ius civile*; ma i principi nuovi che esso poneva – nuovi anche rispetto a quelli del diritto pretorio –, la singolarità della sua formazione, l'*auctoritas* dell'imperatore cui tale *ius* faceva capo e, non per ultimo, il fatto che il più delle volte questo *ius* operava nell'ambito di un tipo di processo diverso da quello ordinario, nell'ambito cioè della *cognitio extra ordinem* (*infra*, p. 110 s.), fecero sì che esso apparve agli stessi classici un complesso a sé: onde fu detto qualche volta *ius novum* (come quello dei senatoconsulti contrapposto a *ius civile vetus*), qualche altra volta *ius extraordinarium*. Si tratta di espressioni che appaiono nelle fonti alquanto raramente e che non pare siano state adoperate con generali intenti sistematici.¹³

12. In maniera analoga, si ritiene oggi affatto naturale che i giudici di merito, pur senza esservi tenuti, si adeguino ai principi di diritto espressi nelle sentenze della Corte di Cassazione. Per l'equiparazione, specificamente, di decreti, rescritti ed *epistulae* alle *leges*, si veda D. 1.4.1.1 (Ulp. 1 *inst.*): *Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat*.

13. Questa è la ragione per la quale non se n'è discusso nel capitolo dedicato al *ius* e alle sue qualificazioni.

È peraltro evidente, nella denominazione *ius extraordinarium*, il riferimento alla *cognitio extra ordinem* dove – come si disse – il nuovo *ius* aveva modo di trovare più frequenti applicazioni. Ora nella prassi della classica *cognitio extra ordinem*, pure quando a decidere erano organi diversi dall'imperatore – suoi diretti delegati e, in ogni caso, funzionari imperiali –, si formarono, anche a prescindere dall'intervento diretto del *princeps*, regole ed istituti nuovi, vuoi di natura processuale vuoi di natura sostanziale. Ebbene, pure ad essi si addice la qualifica di *ius extraordinarium*. Anche la prassi giudiziaria della *cognitio extra ordinem* va quindi annoverata tra le fonti del diritto romano dell'età classica.

In questa età – l'abbiamo visto – si esaurì l'attività legislativa comiziale e, con la codificazione dell'editto, venne meno l'impulso creativo del pretore. L'imperatore – la cui attività legislativa si manifestava già sostanzialmente attraverso i senatoconsulti – interveniva direttamente con le sue *constitutiones*, ora in via generale (con editti e mandati) ora in occasione di controversie tra privati (con decreti e rescritti) ma in ogni caso con effetti creativi di diritto oggettivo. Siamo in un'epoca in cui è al contempo operante una giurisprudenza attiva, autorevole e attenta alle esigenze della nuova società.

Sul finire dell'età classica la giurisprudenza esaurì il suo ruolo, e si estinse pure l'attività legislativa del Senato. L'imperatore, pertanto, rimase la sola fonte viva del diritto. Tra le costituzioni imperiali (dette ormai anche *leges*) furono gli *edicta* – o *constitutiones generales* – a costituire la fonte di produzione di gran lunga più importante. Decaddero invece, sotto questo profilo, le altre *constitutiones*, compresi i rescritti,¹⁴ che erano stati durante l'età classica, e fino a Diocleziano, la parte più viva e cospicua del diritto (privato) imperiale.

Sono molte centinaia le costituzioni imperiali che ci sono pervenute o del cui contenuto abbiamo comunque notizia: tante attraverso gli scritti dei giuristi classici, che ne riferivano e le interpretavano, ma la maggior parte per mezzo dei *codices*, soprattutto il Codice Teodosiano e, ancor di più, il *Codex repetitae praelectionis*, parte integrante – come si vedrà – del *Corpus iuris civilis* giustiniano.

§ 25. La giurisprudenza

Della scienza del diritto a Roma s'è avuto modo di accennare più volte; né è mancata occasione di citare il pensiero di questo o quel giureconsulto. Adesso la scienza del diritto viene in considerazione quale fonte di produzione del diritto. Si discorre in proposito di *interpretatio prudentium*, interpretazione cioè dei (*iuris*) *prudentes*, degli esperti del diritto, detti anche, con riferimento ai pareri (*consulta*) che erano soliti esprimere, *iuris consulti*, giu-

14. Non del tutto, però: i rescritti rimasero e mantennero significato quali atti d'una speciale procedura, quella appunto *per rescriptum*.

reconsulti. Giurisprudenza (*iurisprudentia*) pertanto è un termine che è stato e sarà ancora adoperato da noi nel suo significato genuino, sostanzialmente corrispondente alla nostra 'dottrina' (è estraneo alle fonti romane e alla tradizione romanistica il significato di giurisprudenza invalso presso teorici e pratici del diritto vigente, per cui si contrappone dottrina a giurisprudenza, per giurisprudenza intendendo il risultato dell'interpretazione del diritto oggettivo quale si desume dalle sentenze degli organi di giurisdizione).

Ebbene, desterà sorpresa in chi conosce anche approssimativamente la realtà giuridica di oggi trovare la giurisprudenza – o la dottrina, se si preferisce – tra le fonti del diritto oggettivo; ché oggi il giurista è un privato il quale, come qualsiasi altro privato, non emana norme giuridiche; le interpreta sì, ma la sua interpretazione rappresenta solo l'opinione di un esperto, opinione che, per quanto autorevole, mai sarà di per sé vincolante per nessuno.

Diversamente stavano le cose a Roma, dove non solo i giuristi ebbero una posizione sociale di particolare prestigio ma dove pure le concezioni e i principi sulla produzione del diritto erano meno rigidi, più sfumati che da noi e, in ogni caso, diversi.

I primi giuristi a Roma furono i pontefici: costituivano una casta e, in età arcaica ebbero, tra l'altro, il monopolio della conoscenza e interpretazione del diritto, che gestivano in un'atmosfera di segretezza. Ad essi si rivolgevano i cittadini per conoscere quale fosse il *ius*. L'interpretazione del *ius* da parte dei pontefici rimase aderente alla lettera del precetto o dell'atto negoziale considerati. Essi tuttavia accrebbero il *ius civile* e ne consolidarono le strutture perché diedero di *mores* e *leges* una interpretazione creativa nella misura in cui, con l'apparenza di interpretare, da istituti e precetti esistenti ricavarono istituti nuovi (v. a proposito di *adoptio*, *emancipatio*, *testamentum per aes et libram*). Tanto reclamava la povertà di schemi e strutture del *ius civile* e i pontefici furono sensibili alle esigenze che ne derivavano.

Con la fine dell'età arcaica, ammessi i plebei al pontificato (*lex Ogulnia*, del 300 a.C.), una volta che il primo pontefice plebeo, Tiberio Coruncanio, cominciò a discutere in pubblico le ragioni dei responsi,¹⁵ essendo stati divulgati intanto da Gneo Flavio, scriba di Appio Claudio Cieco, i formulari di *legis actiones* e di negozi, si spezzò il monopolio pontificale del diritto (che aveva subito un primo colpo con la legge delle XII Tavole). La giurisprudenza laica che cominciò ad operare si pose dapprima, per quanto riguarda il tipo di attività, sulla scia dei pontefici. Ma presto all'attività consultiva (ormai priva di solennità e segretezza) si aggiunsero l'insegnamento (nel significato più alto) e la composizione di opere giuridiche.

Possiamo qui prescindere dall'attività di insegnamento (che costituiva spesso la premessa di opere giuridiche) e soffermarci brevemente sulle altre attività.

15. Cfr. D. 1.2.2.35 e 2.38 (Pomp. *l. sing. enchir.*): ... *ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur ... Post hos fuit Tiberius Coruncanus, ut dixi, qui primus profiteri coepit.*

Pure i giuristi laici, come già i pontefici, davano gratuitamente pareri (*responsa*) che, se emessi da giuristi qualificati, godevano di tale considerazione che il giudice chiamato a decidere sulla questione per cui il responso era stato emesso vi si sarebbe generalmente conformato. Il prestigio della classe dei giureconsulti andò crescendo gradualmente dal II secolo a.C. in poi, tant'è che Augusto ritenne di dovere conferire a giureconsulti di fama – e l'esempio di Augusto fu seguito dai successori – il *ius respondendi ex auctoritate principis*, sì che il responso avesse una sua particolare *auctoritas*, come se a risolvere la questione fosse stato lo stesso principe. Onde non solo era vincolante per il giudice riguardo al caso concreto, ma finiva pure per essere applicato ogni qualvolta il caso si fosse riproposto negli stessi termini tra altri soggetti.¹⁶

Interessa meno sotto l'aspetto formale – ma ha grande significato per la sostanza – l'attività consultiva, dai giuristi direttamente svolta nei confronti di magistrati e – quel che più conta – nei confronti dello stesso imperatore, del cui *consilium* essi furono spesso chiamati a far parte.

I giuristi svolsero pure attività letteraria, scrissero cioè opere giuridiche, e fu soprattutto in queste che, a partire dagli ultimi decenni del II secolo a.C., essi si manifestarono scienziati del diritto. In che senso fecero scienza del diritto s'è accennato più in alto, p. 5. Adesso occorre ulteriormente osservare che i giureconsulti, a Roma, pur avendo molti di essi spiccata e distinta personalità, non usavano ostentare originalità (all'occorrenza addirittura la mimetizzavano). Le loro opere, per la quasi totalità, possono essere classificate secondo pochi generi fondamentali. A noi basta qui fare riferimento ai manuali elementari con funzioni didattiche (più spesso *Institutiones*), emblematici per chiarezza e sforzo sistematico; e a pochi altri tipi di opere più complesse ed ampie: i commentari *ad Quintum Mucium*, *ad Sabinum*, *ad edictum*, e le opere di casistica. I *libri ad Quintum Mucium* e *ad Sabinum* erano centrati sul *ius civile* e trattavano sistematicamente la materia secondo l'ordine e i modelli proposti rispettivamente da Quinto Mucio e da Masurio Sabino. Struttura diversa ebbero i *libri ad edictum*: in essi il giurista trattava sistematicamente la materia giuridica nell'ordine dell'editto pretorio che andava sistematicamente illustrando. Nelle opere di casistica – *libri responsorum*, *epistularum*, *quaestionum*, *disputationum* – si proponevano direttamente, si discutevano e si andavano risolvendo – raggruppati in un certo ordine, che più spesso era quello edittale – casi particolari. Allo stesso genere appartenevano i *Digesta* (da *digerere*, ordinare), che si distinguevano dalle altre opere di casistica per la maggiore ampiezza e per il fatto che, pur redatti fondamentalmente secondo l'ordine dell'editto del pretore, si estendevano a tutto il diritto privato.

Almeno qualche cenno è necessario alle figure di alcuni giuristi. Di Giunio Bruto, Publio Mucio e Manio Manilio, vissuti nella seconda metà del II

16. Poteva accadere – ma doveva accadere raramente – che sullo stesso punto si dessero pareri difformi. Al riguardo Gaio (I.7) precisa che *responsa prudentium legis vicem optinent solo se in unum sententiae concurrunt*; e aggiunge: *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: id rescripto divi Hadriani significatur*.

secolo a.C., si disse che fondarono il *ius civile* (*fundaverunt ius civile*: Pomp. D. 1.2.2.39): il senso di questa espressione è oggetto di discussioni tra gli studiosi. Bisogna credere ad ogni modo che con questi giuristi sia iniziata una qual certa elaborazione scientifica del diritto, pure se è vero che a proporre per primo una trattazione sistematica del *ius civile* fu Quinto Mucio Scevola, console nel 95 a.C., nei suoi 18 *libri iuris civilis* (che costituirono – se n'è fatto cenno poco più su – il modello dei commentari *ad Quintum Mucium* di alcuni dei giureconsulti classici). Servio Sulpicio Rufo, pure lui giurista tra i più famosi, celebrato da Cicerone, fu autore di 180 *libri*. Ebbe larga schiera di discepoli (tra essi Alfeno Varo che, nei suoi 40 *libri digestorum*, riprodusse numerosi responsi del Maestro). Nello stesso periodo visse Aquilio Gallo, autore, tra l'altro, di quell'espedito negoziale che va sotto il nome di *stipulatio Aquiliana* (*infra*, p. 523 s.), noto anche per avere avuto un ruolo di primo piano nella proposizione, nell'editto pretorio, del *iudicium de dolo* (*infra*, p. 150).

I primi tempi dell'età classica furono caratterizzati dall'antagonismo tra due *sectae* di giuristi: i sabiniani e i proculiani. Le ragioni di fondo del contrasto non sono chiare. Non pare, ad ogni modo, che a dividere sabiniani e proculiani stessero, alla base, diversi orientamenti generali né, tanto meno, differenti pregiudiziali ideologiche. Capostipite dei sabiniani fu Ateio Capitone, giurista non eccelso. Certo assai più eminente fu Masurio Sabino, da cui la scuola prese il nome, autore di quei *tres libri iuris civilis* presi a modello dai giuristi successivi nei commentari *ad Sabinum*. Altri giuristi di scuola sabiniana, che devono essere almeno nominati, sono Cassio Longino, Giavoleno Prisco ed Aristone. Pure sabiniano fu Salvio Giuliano.

Capostipite dei proculiani fu Marco Antistio Labeone, giureconsulto insigne e fiero (fu avverso al nuovo regime che Ottaviano Augusto andava instaurando): maestro tra i più autorevoli, le sue dottrine ebbero vasta eco e largo seguito tra i giuristi contemporanei e successivi. Ma non da lui la scuola prese nome bensì da Proculo, che gli succedette nella guida di essa. Tra gli esponenti proculiani di maggiore spicco si ricordano ancora Pegaso, Nerazio e Giuvenzio Celso figlio.

Per tutto il I secolo d.C., e ancora per buona parte del II, i giuristi furono o proculiani o sabiniani. A sanare il dissidio fu Salvio Giuliano, sabiniano, autore tra l'altro di *Digesta* in 90 libri, che godette tanto prestigio che Adriano – come si ricorderà (v. *supra*, p. 28) – gli affidò il compito di comporre il testo definitivo dell'editto pretorio. Di non minore livello il contemporaneo Giuvenzio Celso figlio (già ricordato come proculiano), carattere aspro ma giurista fine e di ampia e profonda dottrina.

Pure nel II secolo vissero Gaio e Pomponio, due giuristi tra i più conosciuti, in passato, a torto però, giudicati minori. Gaio è noto soprattutto – ma più ai posteri che ai contemporanei – come l'autore di un fortunato manuale di *Institutiones*, di esemplare chiarezza, ricalcato da Giustiniano nelle sue *Institutiones* e giunto a noi quasi per intero e senza intenzionali alterazioni (v. il § che segue): l'unica opera della giurisprudenza classica che ha goduto questa sorte (ma Gaio scrisse anche *Commentari ad legem XII Tabularum*, ad

edictum provinciale, Res cottidianae, etc.). Di Pomponio ci è pervenuto, tra l'altro (in D. 1.2.2), un ampio squarcio del *liber singularis enchiridii*,¹⁷ un'opera nella quale l'autore, unico tra i giuristi romani (almeno per quanto ne sappiamo), tracciò una sorta di storia del diritto romano, che è per noi fonte preziosa di conoscenza della storia della costituzione, del pensiero e della cultura giuridica di Roma sin dalle origini. Di Pomponio abbiamo anche moltissimi ampi frammenti di opere del tipo di quelle che usavano scrivere i giuristi del suo tempo (*libri ad Quintum Mucium, ad Sabinum, ad edictum*).

A cavallo tra il II e il III secolo visse Papiniano, ritenuto per lungo tempo il maggiore tra i giuristi romani, scrittore conciso e ragionatore sottile, autore soprattutto di ampie opere di casistica (*libri quaestionum e responsorum*). La sua tragica fine (fu fatto uccidere da Caracalla per essersi rifiutato di giustificare il fratricidio) lo rivela uomo di alto sentire e raro senso morale.

Sul finire dell'età d'oro della giurisprudenza romana troviamo Paolo e Ulpiano, morti durante l'impero di Alessandro Severo (222-235). Con essi l'impulso creativo si avvia all'esaurimento: scrissero opere giuridiche tra le più ampie, soprattutto commentari *ad Sabinum* e *ad edictum* – rispettivamente in 16 e 78 libri Paolo, in 50 e 81 libri Ulpiano –, in sostanza, vaste enciclopedie giuridiche nelle quali si riassume e viene portato a conclusione il complesso travaglio di pensiero delle precedenti generazioni di giuristi.

Non si può tacere infine di Africano, discepolo di Giuliano; di Ulpio Marcello, autore, come Giuliano, di *Digesta*, scrittore chiaro ed originale (visse sotto Antonino Pio e Marco Aurelio); di Cervidio Scevola, molto celebrato dai contemporanei, maestro di Papiniano. Della stessa epoca ma di minore livello sono Fiorentino, Trifonino e Callistrato; dell'età dei Severi: Marciano, Macro e Modestino, quest'ultimo discepolo di Ulpiano. Agli inizi del IV secolo visse Ermogeniano.

Della produzione giurisprudenziale romana abbiamo, oltre le Istituzioni di Gaio, pervenuteci direttamente e quasi per intero, ancora migliaia di frammenti, molti dei quali di notevole ampiezza, specie quelli di Paolo e Ulpiano. Ce li hanno trasmessi soprattutto i *Digesta* di Giustiniano. Il pensiero dei giuristi, pertanto, ci è in larga misura noto. Sul punto ancora più avanti, nel § che segue.

La giurisprudenza fonte di produzione del diritto. Dopo queste scarse notizie sui giureconsulti, riprendendo il filo del nostro discorso, occorre dire della giurisprudenza quale fonte del diritto. S'è detto più su dell'interpretazione creativa da parte dei pontefici. La successiva giurisprudenza laica – agguingiamo adesso – impresse presto alla propria opera connotazioni diverse. Il riconoscimento dei rapporti di buona fede e la formazione del *ius honorarium* (p. 25 s., 27 ss.) avevano fatto venire meno i problemi legati alla povertà di strutture dell'antico *ius civile*, sì che non si avvertì più l'esigenza di una interpretazione creativa del tipo di quella pontificale che dall'esistente derivasse

17. *Enchiridii* è genitivo di *enchiridium*, dal greco ἐγκυρίδιον, un termine che corrisponde al nostro 'manuale'.

nuovi istituti. Avvenne così che la giurisprudenza laica, forte d'una più profonda preparazione di base, conseguente al più maturo ed affinato contesto culturale di cui era partecipe, si volse, con espressa coscienza dei propri metodi, verso una interpretazione del *ius* che tenesse conto, oltre che della lettera, della *ratio* e della potenzialità (*vis ac potestas*) delle norme.¹⁸ Essa pervenne così ad intenderne la portata ora in senso più stretto di quello che la lettera della norma faceva pensare (interpretazione restrittiva) ora in senso più ampio (interpretazione estensiva); assai di frequente ricorse alla cosiddetta interpretazione analogica, la quale comporta l'applicazione d'una norma a fattispecie diversa ma simile rispetto a quella nella norma stessa contemplata.

Sin qui siamo ancora nell'ambito di una interpretazione cui pure gli odierani operatori del diritto sono legittimati, un'interpretazione che accerta la portata della norma, non la crea. Ma i maggiori tra i giuristi romani, preclassici e classici, svolsero pure un'interpretazione creativa, sia pure di tipo diverso rispetto a quella pontificale. Essi infatti ebbero l'autorità di affermare sì che valessero come *ius* nuovi principi giuridici non ancorati al precedente *ius*. S'è visto, ad es. (*supra*, p. 26), come la giurisprudenza preclassica sia pervenuta al riconoscimento di effetti civili ai rapporti di buona fede, con la conseguenza di recepire nel *ius civile* criteri di valutazione e principi sino allora estranei allo stesso *ius civile*. Sappiamo pure (cfr. p. 38 s., 41, 42) che la giurisprudenza classica affermò l'equiparazione alle *leges* di senatoconsulti, costituzioni imperiali e consuetudine. Gli esempi si potrebbero moltiplicare; tantissimi altri ne incontreremo ancora nel corso dell'esposizione.

Orbene, se a tanto si aggiunge quanto sappiamo sui *responsa* (e sul *ius respondendi*) dei giureconsulti, non potrà meravigliare più nessuno il fatto di vedere comparire la giurisprudenza romana tra le fonti di produzione del diritto. Furono gli stessi giuristi romani a considerarla tale: fonte di produzione ora del solo *ius civile* – fino al punto di identificare, con Pomponio, *ius civile* e *interpretatio prudentium*¹⁹ – ora, più in generale, dei *iura populi Romani*.²⁰

V'è ancora un punto da considerare. Dalla metà del III secolo non si ha più quasi notizia di opera scientifica di giuristi. In età postclassica, d'altronde, gli scritti dei classici furono oggetto di altissima considerazione tanto che erano invocati nei tribunali a sostegno delle ragioni dell'una o dell'altra parte; e i giudici vi si attenevano. La naturale difformità di punti di vista tra giurista e giurista fece sentire l'esigenza di una regolamentazione, e nel 426 gli imperatori Valentiniano III e Teodosio II, con la cosiddetta legge delle citazioni (che sembra per vero di provenienza occidentale e quindi, in effet-

18. Cfr. D. 1.3.11-25; in particolare D. 1.3.17 (Cels. 26 dig.): *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

19. D. 1.2.2.5 (Pomp. *l. sing. ench*): ... *hoc ius* (scil. *civile*), *quod sine scripto venit compositum a prudentibus*...; D. 1.2.2.12 (id. *id.*): ...*ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*... È verosimile che Pomponio, nei testi citati, facesse riferimento ai *mores* (arg. ex *sine scripto*) e che scorgesse nella giurisprudenza l'unica autorità per la loro individuazione.

20. Come fonti di *ius* vengono indicati ora i soli *responsa prudentium* ora, in generale, l'*auctoritas prudentium*: Gai 1.2 e 1.7; D. 1.2.2.5 e 2.12 (Pomp. *l. sing. ench.*), D. 1.1.7 pr (Papin. 2 *defin.*).

ti, del solo Valentiniano), stabilirono che i giudici dovessero attenersi soltanto alle soluzioni adottate da Ulpiano, Paolo, Papiniano, Modestino e Gaio (e giuristi da questi citati); che in caso di difformità prevalesse l'opinione della maggioranza; che in caso di parità prevalesse la soluzione di Papiniano (gli studiosi moderni parlano, al riguardo, con espressione suggestiva, di tribunale dei morti). Giustiniano poi, circa un secolo dopo, raccolse nelle Pandette, o *Digesta*, gli scritti dei giuristi classici – ormai detti anche *iura* – e la raccolta, per il valore di diritto vigente ad essa espressamente conferito, ebbe al contempo significato storico e pratico.

Ecco quindi che, in età postclassica e giustiniana, la giurisprudenza classica (e preclassica, per quanto di essa richiamato e non contraddetto dai classici) fu considerata una fonte di produzione del diritto nel senso più proprio (pure se una fonte non più viva ed attiva).

§ 26. Le fonti di cognizione. Il *Corpus iuris civilis*

È fonte di cognizione del diritto ogni materiale che ci consente di conoscerne forme e contenuti.²¹

La principale fonte di cognizione del diritto privato romano è il *Corpus iuris civilis*. Con questa denominazione si indica, dal sec. XVI in poi, la monumentale compilazione di *iura* (giurisprudenza classica) e *leges* (costituzioni imperiali) compiuta nel VI secolo d.C. su iniziativa di Giustiniano (che ebbe tra i suoi collaboratori soprattutto Triboniano), poi completata con le *leges* dallo stesso imperatore emanate dopo il 534. Senza questa iniziativa il ricco patrimonio giuridico romano, assai probabilmente, sarebbe andato in massima parte perduto.

Il *Corpus iuris civilis* – tornato alla piena luce in Occidente in tutte le sue parti dopo il X secolo – consta di quattro parti distinte, che gli editori sono soliti proporre nel seguente ordine: *Institutiones*, *Digesta* (o *Pandectae*), *Codex*, *Novellae*.

Le *Institutiones* (= I.), in quattro libri,²² sono la parte più breve e semplice della compilazione giustiniana: furono pubblicate (con la costituzione *Imperatoriam*, così detta dalla parola iniziale) nel novembre del 533; sono scritte in forma di discorso diretto che l'imperatore tiene ai giovani che si avviano agli studi giuridici (*cupida legum iuventus*); hanno quindi funzione didattica (e insieme forza di legge); ricalcano il sistema delle Istituzioni

21. Anche questo argomento viene qui trattato in modo estremamente sintetico e nei tratti essenziali essendo pure esso oggetto di studio precipuo nei tradizionali manuali di Storia del Diritto Romano.

22. Ogni libro è diviso in titoli (con una rubrica per titolo che ne indica il contenuto), pressoché tutti i titoli sono divisi in paragrafi. Si citano con la I maiuscola, sicché, ad es., I. 3.23.1 vuol dire: *Institutiones Justiniani*, libro 3, titolo 23, paragrafo I (il primo paragrafo di ogni titolo è indicato con pr. = *praefatio* o *principium*; sicché l'indicazione di § 1 corrisponde, in effetti, al secondo paragrafo del titolo; e così via per gli ulteriori paragrafi).

di Gaio, a cui attingono largamente pure per il contenuto; attingono anche ad altre opere istituzionali di giuristi classici (Fiorentino, Marciano, Ulpiano; pure utilizzate le *Res cottidianae* di Gaio) e numerosi sono i riferimenti a costituzioni di Giustiniano. Va da sé che il materiale classico utilizzato venne adattato alle esigenze dell'opera nella quale fu inserito e, se del caso, mutato pure nella sostanza (per adeguarlo al diverso stato di diritto).

I *Digesta* (o *Pandectae*) (= D.), in 50 libri, sono la parte di maggior pregio del *Corpus iuris* (e la più estesa). Ordinata nel 530 (con la costituzione *Deo auctore*), l'opera fu compiuta nel 533 (e pubblicata con la costituzione *Tanta*). È, in sostanza, una grande antologia giuridica che raccoglie brani tratti da opere di giuristi classici (*iura*, o *ius vetus*, come pure si diceva allora) organizzati per materia (l'ordine è fondamentalmente quello dell'editto pretorio).²³ V'è qualche raro passo di giurista repubblicano (soprattutto Quinto Mucio): il pensiero dei giuristi repubblicani, peraltro, era spesso ricordato dai classici e molti dei brani relativi compaiono nel Digesto. Come si è già avuto occasione di ricordare, ai *Digesta* fu data forza di legge.

Anche per questo motivo, oltre che per esigenze di compilazione, i brani dei giuristi classici utilizzati per la formazione dei *Digesta* furono spesso modificati o, come si dice in linguaggio filologico, interpolati: a volte solo per la forma (per esigenze di compilazione), altre volte anche per la sostanza sì da adeguare il brano allo stato del diritto vigente al tempo di Giustiniano. L'opera di adeguamento sostanziale dei frammenti classici al diritto giustiniano non fu perseguita sistematicamente: per ciò, e perché il contenuto degli scritti dei classici dovette apparire in buona parte compatibile col diritto giustiniano (pure se erano trascorsi tre secoli dal tempo degli ultimi classici), i passi dei giuristi accolti nei *Digesta* possono dirsi in buona parte affidanti dal punto di vista della sostanziale corrispondenza al dettato originario.²⁴

23. L'opera è in 50 libri, ogni libro (ad eccezione dei libri 30, 31 e 32) è diviso in titoli (ogni titolo ha una rubrica che ne indica il contenuto), all'interno dei titoli si susseguono i frammenti, i brani cioè dei giuristi (ogni frammento è preceduto da una *inscriptio*, che indica l'autore e l'opera da cui il fr. è tolto), i frammenti più ampi sono stati divisi dagli interpreti medievali in paragrafi (come nelle *Institutiones* il primo paragrafo è indicato con pr.). I *Digesta* (o *Pandette*) si citano con la D. maiuscola; onde, ad es., D. 2.14.1.3 vuol dire: *Digesta*, libro 2, titolo 14, fram. 1, paragr. 3 (e D. 30.24.4 vuol dire: *Digesta*, libro 30, fram. 24, paragr. 4). Per il significato di *Digesta* v. più in alto, p. 46. *Pandette* deriva dal greco πᾶν δέχομαι; fa quindi riferimento al carattere enciclopedico dell'opera (che 'raccoglie tutto').

24. Ad eccezione, naturalmente, dei riferimenti ad istituti nel diritto giustiniano scomparsi: soprattutto *mancipatio*, *in iure cessio*, altri negozi solenni del *ius civile antiquum*, processi per *legis actiones* e per *formulas*. Questo è oggi il convincimento dei più tra i romanisti. Dalla fine dell'800, invece, s'era andata formando l'opinione, divenuta presto generale e ancora assai diffusa sino ad oltre la metà del secolo scorso, per cui i testi giurisprudenziali delle *Pandette* sarebbero stati in larga misura profondamente alterati nella sostanza. Molte delle alterazioni, peraltro, sarebbero state pregiustiniane; che i compilatori si sarebbero avvalsi di testi alterati in età postclassica. Riguardo a quest'ultimo punto giova osservare che ancora oggi l'idea di alterazioni pregiustiniane è largamente condivisa; solo che si pensa più che altro a rifacimenti (epitomi e parafrasi) tali da incidere sulla forma e non sulla sostanza.

Veniamo ora al *Codex* (= CI.; o anche solo C.). Già nel 528, l'anno dopo la sua ascesa al trono, Giustiniano aveva ordinato con la costituzione *Haec quae necessario* la compilazione di un *novus Codex* che raccogliesse costituzioni imperiali. L'opera fu portata rapidamente a termine nel 529 (e pubblicata con la costituzione *Summa rei publicae*) anche perché i compilatori poterono utilizzare i precedenti codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano (su cui più avanti). Ma durante la compilazione dei *Digesta* Giustiniano aveva emanato altre costituzioni di diritto privato. L'imperatore ordinò pertanto un altro *Codex* che comprendesse pure queste. Esso fu pubblicato nel 534 (con la costituzione *Cordi*) ed ebbe la denominazione di *Codex repetitae praelectionis*: rappresenta l'unico *Codex* giustiniano pervenutoci (il primo - il *novus Codex* - è andato perduto). È diviso in 12 libri, a loro volta divisi in titoli (con una rubrica che ne indica il contenuto); all'interno dei titoli le costituzioni raccolte seguono l'un l'altra in ordine cronologico (le più antiche sono di Adriano).²⁵ Anche le costituzioni del *Codex*, quando si ritenne necessario, furono interpolate dai compilatori (ovviamente non quelle di Giustiniano) ma pure in ordine al *Codex* si pensa ormai dai più che il materiale ivi raccolto sia in buona parte sostanzialmente genuino.

Le *Novellae* (= Nov.) sono le costituzioni di Giustiniano emanate successivamente al *Codex repetitae praelectionis*. Furono raccolte dopo la morte dell'imperatore.²⁶

§ 27. Le fonti di cognizione al di fuori del *Corpus iuris*

Al di fuori del *Corpus iuris* abbiamo anzitutto le Istituzioni di Gaio (= Gai), scoperte nel 1816 in un codice palinsesto²⁷ della biblioteca capitolare di Verona: il manoscritto è del V secolo, l'opera gaiana è leggibile per oltre quattro quinti. È l'unica opera della giurisprudenza classica giunta a noi quasi per intero e senza alterazioni intenzionali. Possiamo quindi coglierne perfettamente l'articolazione, i passaggi, i nessi. È divisa in quattro libri: il primo dedicato alle *personae*, il secondo e il terzo alle *res*, il quarto alle *actiones*.

25. Ciascuna costituzione è preceduta dall'indicazione dell'imperatore a cui appartiene e del destinatario (*inscriptio*) ed è spesso seguita dall'indicazione del luogo e della data di emissione (*subscriptio*). Le costituzioni più lunghe sono divise in paragrafi (come nelle *Institutiones* e nei *Digesta* il primo paragrafo è indicato con pr.). Ad es., CI. 5.12.30.1 (o anche C. 5.12.30.1) vuol dire: *Codex Iustinianus*, libro 5, titolo 12, costituzione 30, paragr. 1.

26. Sono giunte a noi tre raccolte private di Novelle: la più ampia e attendibile ne contiene 168, fu composta in Oriente sotto Tiberio II (578-582), comprende pure poche costituzioni di Giustino II e di Tiberio II.

27. Codice palinsesto è un codice riutilizzato dopo l'abrasione della scrittura precedente. Nel codice veronese, dove sono le Istituzioni gaiane, erano state successivamente scritte le lettere di San Girolamo.

Tituli ex corpore Ulpiani (= Ulp.): con questa denominazione ci è pervenuto²⁸ un ampio squarcio di un'opera di Ulpiano che gli studiosi hanno identificato col *liber singularis regularum* di questo giurista (di cui abbiamo molti passi nel Digesto e altrove) e che presenta notevoli affinità di forma e di sostanza con le Istituzioni di Gaio.

Fragmenta Vaticana (= Fr. Vat.): sono 341 frammenti, parte di una più ampia raccolta compiuta tra il IV e il V secolo. Si tratta di testi di Papiniano, Paolo ed Ulpiano e di costituzioni imperiali.²⁹

Lex Dei, o *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* (= Coll.): opera di un privato, che procede alla comparazione di leggi mosaiche e romane. Composta pure essa, verosimilmente, tra il IV e il V secolo, contiene, per quanto ci riguarda, *iura* (testi di Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paolo e Modestino, gli stessi della legge delle citazioni) e *leges* (costituzioni imperiali).³⁰

La *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (= Cons.) era verosimilmente una raccolta di pareri di un oscuro giurista provenzale del V secolo: riproduce costituzioni imperiali e alcuni passi delle *Sententiae* di Paolo.³¹

Lex Romana Wisigothorum, o *Breviarium Alaricianum*: ampia compilazione fatta eseguire da Alarico II re dei Visigoti nel 506 ad uso dei cittadini romani dell'impero visigotico (Spagna e Francia occidentale), da allora sempre nota in Occidente. Ci tramanda numerosi passi delle *Sententiae* di Paolo (= Paul. *Sent.*), un'opera questa di modesta mole ampiamente rielaborata in età postclassica prima ancora di essere utilizzata dai compilatori visigotici e che si è potuta in buona parte ricostruire grazie anche agli altri passi della stessa contenuti in altre fonti, soprattutto nei *Digesta* giustiniane (oltre che nella *Consultatio*, nei *Fragmenta Vaticana*, nella *Collatio*). Pure compreso nel *Breviarium Alaricianum* è il *liber Gai*, o *epitome Gai*, un rifacimento postclassico in due libri delle Istituzioni di Gaio. Il *Breviarium* contiene ancora un responso di Papiniano nonché numerose costituzioni imperiali in massima parte tratte dai precedenti codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano (con l'indicazione della provenienza), a noi non giunti direttamente ma in gran parte restituiti appunto in base alla *Lex Romana Wisigothorum* (e ad altre fonti, tra le quali, ancora una volta, *Fragmenta Vaticana*, *Collatio*, *Consultatio*).

Il *Codex Gregorianus* (= C. Greg.) era una raccolta privata di costituzioni imperiali, soprattutto rescritti, ordinati per materia, da Adriano a Diocleziano.³² Di poco successivo è il *Codex Hermogenianus* (= C. Herm.), rac-

28. Si trova nella biblioteca vaticana, in un manoscritto del X secolo (*Codex Vaticanus Reginae* 1128); fu edito per la prima volta nel 1549.

29. Furono scoperti in un codice della biblioteca vaticana nel 1821.

30. La *Collatio*, nota in Occidente durante l'alto medioevo, andò perduta dopo il mille. Scoperta in Francia nel 1544, fu poi edita a Parigi nel 1573.

31. L'opera è stata edita per la prima volta in Francia (dal Cuiacio) nel 1564.

32. Per vero, la più antica costituzione tra quelle a noi note del codice Gregoriano è di Settimio Severo: ma il confronto con il codice giustiniano ha fatto pensare che pure il compilatore del Gregoriano avesse raccolto (e ordinato) rescritti a partire da Adriano.

colta privata di più recenti rescritti diocleziani non compresi nel Gregoriano. Il ben più ampio *Codex Theodosianus* (= C. Th.) era stato fatto compilare nel 438 dall'imperatore Teodosio II e contiene, ordinate per materia, costituzioni imperiali (di carattere generale: *constitutiones generales*) da Costantino allo stesso Teodosio.

Le Istituzioni di Gaio, come s'è detto, non danno luogo a sospetti di alterazioni intenzionali.³³ Molti degli altri testi giurisprudenziali classici giunti a noi al di fuori della compilazione giustiniana, invece, sono stati più o meno profondamente alterati in età postclassica ma generalmente solo per la forma: in ogni caso il loro grado di affidabilità sostanziale è ben maggiore rispetto ai passi del Digesto, essendo essi comunque esenti da interpolazioni giustiniane. Sicuro affidamento di sostanziale genuinità danno poi, in linea di massima, i testi delle costituzioni imperiali che abbiamo fuori del *Codex* di Giustiniano. Pertanto, pure se in quantità affatto esigua rispetto ai testi del *Corpus Iuris*, le fonti giuridiche pregiustiniane costituiscono, quando possibile, un punto di riferimento prezioso per la ricostruzione del diritto classico (ed eventualmente preclassico).

Possiamo qui prescindere da altre fonti giuridiche minori di cognizione del diritto romano privato,³⁴ e ricordare ancora soltanto che ci sono pervenuti direttamente frammenti di *leges*, senatoconsulti, costituzioni imperiali,³⁵ e inoltre vari documenti, privati e non, di interesse giuridico: contratti, testamenti, qualche rara sentenza, etc.³⁶

Un cenno, infine, alle fonti letterarie. In proposito basti osservare che i tanti riferimenti al diritto privato che si leggono nei testi della letteratura latina non giuridica³⁷ (Plauto, Catone il Vecchio, Varrone, Cicerone, Livio, Valerio Massimo, Quintiliano, Gellio, Festo, etc.), se sotto il profilo della genuinità non danno luogo a problemi, suscitano tante volte perplessità e discussioni per quanto riguarda esattezza, puntualità e talora persino obiettività.

Capitolo III

Il processo

33. In passato, per vero, non sono mancati autori che hanno avanzato sospetti in ordine alla genuinità pure delle Istituzioni gaiane così come trasmesse dal codice veronese.

34. Per esse si può fare rinvio ai *Fontes iuris Romani antejustiniani, pars altera (Auctores)*, a cura di G. Baviera.

35. Cfr. *Fontes iuris Romani antejustiniani, pars prima (Leges)*, a cura di S. Riccobono.

36. Cfr. *Fontes iuris Romani antejustiniani, pars tertia (Negotia)*, a cura di V. Arangio-Ruiz.

37. Qualche volta, altresì, della letteratura greca. Devono essere ricordati qui anche gli scritti degli agrimensori (*gromatici*), preziosi per lo studio soprattutto di azioni divisorie e servitù.