

## CAPITOLO I

### DIRITTO E FONTI

1. Premessa. Ragioni di uno studio
2. Il 'diritto romano'
3. Le fonti. Costumi e leggi
4. Il sistema pretorio
5. Le norme dell'impero
6. La giurisprudenza
7. Fonti postclassiche. Le codificazioni
8. La compilazione giustiniana
9. Partizioni del diritto



## 1. *Premessa. Ragioni di uno studio*

Negli esordi dei testi didattici elementari di diritto romano non è raro rinvenire un nucleo più o meno esteso di considerazioni volte a spiegare al discente perché nelle Facoltà di Giurisprudenza si studia tale diritto, un diritto storico privo di pratica applicazione. Talora pare anche di cogliere una sorta di percepibile rammarico, quasi che questo compito sia un po' un onere aggiuntivo da cui tanti altri docenti di materie giuridiche non sono toccati: lo studio del diritto civile – per esempio – si giustifica comunque d'acchito perché c'è un codice di quasi tremila articoli che ha valore di legge accompagnato da una marea di altre norme pure in vigore, e lo stesso può dirsi per la gran parte delle discipline che figurano nell'ordine degli studi giuridici, visti, in modo pressoché esclusivo, in chiave professionalizzante.

Ma il diritto romano?

La risposta, va subito ammesso, non si presenta facile, e ciò per due principali ordini di considerazioni.

Il primo è legato al fatto che sarebbe assai più agevole rivolgersi – e certo si sarebbe più rapidamente compresi – a chi con il diritto romano e con le altre componenti della formazione giuridica nel suo complesso ha già preso un non marginale contatto. In questo caso basterebbe far leva sul dato acquisito di un'esperienza solo, per certi aspetti, da disvelare incanalandola verso la risposta al quesito.

In secondo luogo, complessità a parte, la risposta è articolata – o forse ci sono molteplici risposte – e richiederebbe per ciò stesso uno spazio che in genere l'economia, sempre un po' tirannica, interna a un manuale non consente di attribuirle.

Confidando che già un poco le ulteriori pagine di questo libro e soprattutto, più in generale, il dipanarsi degli studi giuridici appena iniziati siano in grado di circostanziare in qualche misura tale risposta e di arricchirne il contenuto, ci sentiremmo di proporre alcuni brevi spunti di riflessione.

diritto e  
Storia

Innanzitutto vediamo perché si studia la storia del diritto.

Perché, prodotto dall'uomo e per l'uomo – a differenza delle leggi fisiche nate con il mondo e insuscettibili di cambiamento –, il diritto nasce e vive nella storia e in essa trova le proprie radici e le proprie ragioni. Per lo stesso motivo il diritto muta nel tempo – a volte con significativi ritorni: prima del 1970 in Italia non c'era il divorzio, presenza costante come vedremo lungo tutto l'arco della storia giuridica di Roma –, e nello spazio – si pensi alla poligamia, sempre estranea alla nostra tradizione ma altrove praticata. Il diritto avulso dalla storia perde dunque la sua intrinseca relatività, rimane privo di spessore e di ragioni: si imparano così la lettera e il contenuto della norma ma non il suo perché, la si riduce – più o meno inconsapevolmente – un dato assiomatico che scende dall'alto, che si autogiustifica: un dato, in ultima analisi, che è più arduo discutere con cognizione di causa. La storia del diritto si pone così anche come irrinunciabile coscienza critica.

diritto  
romano e  
diritti antichi

Sì, ma perché lo studio proprio del diritto romano?

Perché, unico diritto dell'antichità sistemato dai suoi stessi giuristi, il diritto romano, dopo avere retto per secoli lo Stato che lo ha espresso e che, come impero, ha assunto una dimensione universale estendendosi a pressoché tutto il mondo allora conosciuto, una volta codificato nel VI secolo d.C. da Giustiniano imperatore, ha costituito dall'inizio dello scorso millennio la base del diritto della nuova dimensione imperiale europea e in tale direzione – anch'esso fenomeno irripetibile di ultravalenza e transnazionalità – ha segnato tutta la storia giuridica dell'Europa continentale, penetrando poi nelle sue grandi codificazioni (il codice civile prussiano del 1794, il codice civile francese del 1804, il codice civile austriaco del 1811, il codice civile tedesco del 1900) e di conseguenza nelle loro rispettive filiazioni (fortemente debitore al modello francese è il codice civile italiano del 1865, predecessore di quello vigente).

I testi giuridici romani della compilazione giustiniana (§ 8), in particolare quelli raccolti nel Digesto, costituiscono un patrimonio inesauribile di scienza del diritto. Improntato al metodo casistico, cioè alla soluzione del caso concreto – a sua volta fonte di dogmi e regole –, il modo di operare dei giuristi romani rivela una raffinatezza tecnica che si coniuga con duttilità alla ricerca della soluzione equitativa in grado di contemperare le opposte esigenze e di graduare gli interessi in gioco; incline, per ciò stesso, anche al supera-

mento del dogma in vista di un obiettivo di economicità. Pur con vari gradi di consapevolezza (e magari, in qualche caso, non disposto a riconoscerlo), il giurista moderno ragiona ancora in buona misura con i nessi e i percorsi logici di quegli interpreti.

Un ultimo punto, quasi un corollario.

La nuova realtà europea, che tutti stiamo vivendo da vicino e che si mantiene carica di promesse, pone anche, inevitabilmente, alcuni problemi altrettanto rilevanti. In un sistema da tempo avviato verso una moneta unica e connotato dalla libera circolazione delle persone e dei beni, la ricerca, se non di un diritto unitario, di alcune fondanti categorie giuridiche – o, se si vuole, di moduli interpretativi – comuni, si presenta come un obiettivo improcrastinabile.

Anche a chi si accosta soltanto ora alle tematiche giuridiche appaiono di immediata evidenza i nodi connessi ai matrimoni misti, alla filiazione, al divorzio, alle successioni a causa di morte, ai rapporti obbligatori; nodi che tanto più preoccupano in quanto la dimensione economica dell'Europa unita, ormai solidamente strutturata, resta ancora in gran parte priva di uno statuto giuridico, e le soluzioni di specifica competenza del giurista finiscono per essere delegate in pianta stabile – con esiti altrettanto facilmente intuibili – a chi giurista non è.

Si tratta – mette conto precisarlo – di un problema assai complesso, sul quale il dibattito, sempre attuale, assume talora toni accesi per le radicate persuasioni scientifiche coinvolte, e che quindi, riassunto in poche righe, rischia di uscirne banalizzato.

Basti qui dire, facendo leva sul poco che si è anticipato, che comunque si intenda risolvere questo problema – un diritto comune positivo (magari settoriale) creato *ex novo*? una rivalutazione del diritto comune di matrice romanistica e canonistica che segnò il condiviso retroscena giuridico dell'Europa nel tardo medioevo e nell'età moderna? il recupero di una comune scienza giuridica (e questa, tracciata dal Cannata, è forse la più affidante strada da percorrere)? –, il diritto romano, grande radice dell'esperienza giuridica continentale, costituisce a tale fine un sicuro punto di riferimento, in grado comunque di mettere allo scoperto quel 'filo rosso' che segna il minimo comune denominatore sotteso a ogni tentativo unificante.

E così, ci sentiamo di concludere, quell'Europa che senza il diritto romano non presenterebbe certo i connotati che le conosciamo, dal diritto romano può ancora ricevere un significativo contributo alla propria fisionomia civile.

diritto  
romano e  
attuale  
assetto  
europeo

## 2. Il 'diritto romano'

Oggetto della trattazione sono le nozioni fondamentali, relative agli interessi dei privati, dell'ordinamento giuridico storicamente identificato come 'diritto romano'.

Diremo anzitutto della nozione di diritto, dello studio istituzionale, dei confini temporali della materia.

nozione  
del diritto

La definizione di diritto è problematica, e comunque oggetto di specifiche discipline, che indagano sui caratteri della norma giuridica, su ciò che la distingue da altre regole di condotta, sul suo rapporto con l'organizzazione statale.

La difficoltà di una definizione sta nella ovvia relatività del concetto: il diritto è come lo si intende. Potrebbe essere anche messa in discussione la sua autonomia, perlomeno nei termini abituali alla nostra esperienza.

L'autonomia del diritto non è di tutte le epoche e di tutte le culture. È del mondo occidentale, e della sua struttura economica, la necessità di un "diritto calcolabile" (Weber). E a questa gli schemi del diritto romano hanno offerto il paradigma. Diversamente in altre culture il fenomeno giuridico si svolge all'interno di una esperienza religiosa od etica. Nel mondo ebraico il diritto nell'interpretazione rabbinica è inscindibile dalla storia e dalla teologia. Nell'Islam lo si vive come uno degli aspetti dell'esperienza religiosa. Nell'induismo il diritto è compreso nel *dharmā*, la "parte" assegnata ad ogni persona, con le sue facoltà e obblighi, in cui si fondano parimenti nozioni come religione dovere e giustizia.

la definizione  
di Celso

I romani, che pure hanno introdotto l'autonomia del sapere giuridico, non elaborarono teorie astratte intorno al diritto. L'unica definizione, conservata nel Digesto (1.1.1 pr.), risale al giurista Celso (II secolo d.C.). Per essa il diritto (*ius*) è la tecnica del buono e del giusto (*ars boni et aequi*).

Da questa brevissima formula si può desumere quale sia lo scopo e lo strumento operativo del diritto.

Lo scopo è il raggiungimento del buono e del giusto, che significa ricercare l'uguaglianza di trattamento senza rinunciare a strumenti flessibili di adeguamento per la miglior soluzione del caso concreto.

Lo strumento è la tecnica (*ars*) del giurista, il complesso di conoscenze a lui peculiari al fine di creare, interpretare e applicare il

diritto. Proprio questa tecnica perfezionata rappresenta un dato unico dell'esperienza romana, che ha permesso al diritto di affermarsi come sapere autonomo, prerogativa di una classe qualificata di esperti (i giureconsulti: *iuris consulti*, *iuris prudentes*).

A 'diritto' corrisponde in latino il termine '*ius*' (il vocabolo italiano deriva dal medievale '*directum*').

*ius*:

Una etimologia di *ius* è offerta dal giurista Ulpiano (D. 1.1.1 pr.) che lo fa derivare da *iustitia*. Le spiegazioni etimologiche degli antichi, in molti casi inesatte, non sono mosse da rigore filologico, ma da fini illustrativi. Sotto questo profilo l'accostamento di Ulpiano è uno dei tanti esempi della tensione, talora enfatica talora sincera, del diritto verso l'etica, già presente nella definizione di Celso.

*Ius*, come il corrispondente vocabolo italiano, indica tanto il diritto oggettivo, cioè l'insieme delle norme vigenti, quanto il diritto soggettivo, vale a dire la facoltà accordata da una norma del diritto oggettivo di esigere una condotta da altri. In alcune lingue i concetti sono espressi da vocaboli diversi (ad esempio nella lingua inglese *law* e *right*).

diritto  
oggettivo e  
soggettivo

*Ius* appare ancora in senso di vincolo (ad esempio, di parentela o di affinità). Al plurale indica l'ordinamento e in una certa epoca gli scritti dei giureconsulti (*iura*).

vincolo

Un non meno importante significato è quello di 'rito', 'procedimento', cui si collega l'ulteriore accezione di *ius* come luogo dove si amministra la giustizia (ad esempio nella *in iure cessio* [cap. V § 8]). È anzi possibile che il valore processuale di *ius* abbia preceduto quello sostanziale, potendosi individuare una evoluzione per cui *ius*, dapprima significante il rituale del procedimento, abbia poi indicato il luogo in cui esso si svolgeva (tribunale), e solo successivamente le norme sostanziali di diritto, che in quel luogo trovava soddisfazione.

procedimento.

Vedremo, in conclusione di capitolo (§ 8), le classificazioni del diritto più rilevanti ai nostri fini, a cominciare da quella, che orienta la nostra indagine, tra diritto pubblico e diritto privato.

Lo studio del diritto può essere diversamente graduato.

lo studio  
istituzionale

In apertura delle sue *Institutiones*, l'imperatore Giustiniano afferma che nello studio del diritto (ma il discorso vale per ogni disciplina) l'allievo è destinato alla desistenza o all'eccessiva fatica qualora la materia non venga esposta inizialmente in forma piana e semplice (I. 1.1.2).

Esigenze didattiche hanno spinto i romani, sulle orme dei greci, che per l'informazione scientifica elementare utilizzavano *téchnai* ed *encheirídia*, alla redazione di manuali istituzionali (da *institùere*: iniziare a una disciplina). Oltre che in materia giuridica, ne incontriamo in altri settori.

Così M. Fabio Quintiliano (I secolo d.C.) condensa le sue esperienze di insegnamento per i giovani votati alla carriera dell'oratore nei 12 libri di *Institutiones Oratoriae*; e Cecilio Firmiano Lattanzio (III-IV secolo d.C.), dopo la conversione, espone i fondamenti della dottrina cristiana nelle *Divinae Institutiones*.

Particolarmente ricca fu la fioritura di testi istituzionali in materia giuridica, funzionali ad un aspetto dell'attività dei giuristi romani, vale a dire l'insegnamento.

Vari giuristi scrissero manuali e trattazioni elementari: così autori di Istituzioni furono Gaio (redattore di fortunate *Institutiones* che furono poi di modello alla citata opera di Giustiniano), Callistrato, Fiorentino, Paolo, Ulpiano, Marciano. Altri scrissero libri di regole, manuali, definizioni, da cui traspare un intento di avviamento allo studio elementare.

oggetto delle  
Istituzioni

Attualmente, nell'ambito delle materie 'storiche', le Istituzioni di diritto romano enunciano i principi fondamentali del diritto privato (§ 8). La differenza con la Storia del diritto romano è data dall'oggetto, che nella Storia è il diritto pubblico.

Anche se non traspare dall'etichetta, le Istituzioni sono una materia storica, a prescindere dal tasso dogmatico della trattazione, giacché il diritto romano non è più un diritto positivo.

Analogamente tuttavia ripropongono quale oggetto di studio, come nell'impostazione civilistica, i grandi settori del diritto privato: persone e famiglia, diritti reali, successioni, obbligazioni.

A questi il diritto romano aggiunge, come inscindibile, il diritto processuale. Questo non è solo strumento per la realizzazione del diritto soggettivo, ma è condizione per la sua stessa esistenza. Un diritto senza azione corrispondente è impensabile. Non è altro l'azione, dice il giurista Celso, che il diritto di ottenere in giudizio quanto è dovuto (vedi cap. III § 1); il diritto soggettivo in tanto esiste, in quanto possa contare su un idoneo strumento processuale.

Va aggiunto che la compenetrazione tra elemento sostanziale e processuale è dovuta al fatto che l'organo giurisdizionale per eccel-

lenza, il pretore, raggiunge fini sostanziali attraverso l'utilizzazione di mezzi processuali, creando, proprio nel momento dell'amministrazione della giustizia, una inscindibile corrispondenza.

Il carattere storico della materia trattata richiede la fissazione dei limiti cronologici.

arco  
temporale

Il diritto romano si identifica primariamente con la storia giuridica di una entità politica, ma la sua sopravvivenza ad essa carica il termine di ulteriori significati. Ne consegue che se è ben identificabile il momento iniziale dell'esperienza giuridica 'romana', non altrettanto lo è quello della sua conclusione.

Per quanto riguarda il primo punto, è evidente che di diritto romano non si può parlare avanti l'esistenza dell'entità politica Roma (la data convenzionale è il 754-753 avanti Cristo). La metà dell'VIII secolo a.C. e periodi limitrofi non riservano però molto allo storico del diritto.

inizio

Se origine di Roma e inizio dell'esperienza giuridica romana devono teoricamente coincidere, più complessa, per le ragioni esposte, è la determinazione del momento della conclusione.

conclusione:

Per questo potrebbe essere proposta, analogamente, una data 'politica': quella della caduta dell'impero romano.

con la fine di  
un'entità  
politica?

Puramente convenzionale, e irrilevante per il diritto, viene fissata per l'impero romano d'Occidente nel 476 d.C., anno in cui, deposto Romolo Augustolo, Odoacre dichiarò di governare in nome dell'imperatore d'Oriente, dove l'impero romano sopravvive, seppur faticosamente, per quasi un millennio. Solo alle soglie dell'Età moderna (1453), l'invasione turca cancella la civiltà bizantina, erede, in quel contesto, della romanità.

Il diritto che là per secoli si utilizza è tuttavia un diritto che, pur sulla base di quello romano, si è sviluppato con caratteri peculiari, volgarizzato nella lingua d'Oriente, il greco, e ormai lontano dall'evoluzione europea.

L'idea dell'impero romano rinasce tuttavia nell'Europa del medioevo. Il Sacro Romano Impero, che incarna il mito dell'impero romano e sopravvive fino al 1806 e non rinnega gli strumenti offerti dal diritto romano, è però ormai in una realtà diversa e inconfondibile.

L'impraticabilità delle consuete date politiche di scansione potrebbe portarci al tentativo di identificare il termine di sopravvivenza del diritto romano con la sua vigenza o addirittura con la sua persistenza come condizionante sostrato giuridico.

In Oriente il diritto romano, seppure nella forma romano-bizantina, accompagna la vita dell'impero e sopravvive alla dominazione turca. Fino al 1941 vige in Grecia il *Manuale* di Costantino Armenopulo, che rappresenta di quel diritto l'estrema semplificazione.

In Occidente i barbari conquistatori utilizzano, quantomeno per i sudditi romani, leggi romane. La conoscenza delle norme giustiniane, mai perduta interamente durante l'alto Medioevo, rifiorisce a Bologna, con Irnerio e i Glossatori, e offre all'Europa una comune base giuridica. Dal lavoro sulle fonti romanistiche scaturiscono le esperienze codificatorie contemporanee, dal *Code Napoléon* fino al codice del 1942. Le norme romane furono diritto vigente in Germania fino al 1900 e continuano a vivere, seppur marginalmente, in ordinamenti contemporanei.

Il diritto romano non è mai stato definitivamente rinnegato, ma è sempre sopravvissuto in forma varia, in accordo coi tempi. Tuttavia il suo innegabile processo di storicizzazione, e la necessità di differenziarlo rispetto ad altri settori di discipline storico giuridiche, impongono ovviamente una data convenzionale.

con la  
morte di  
Giustiniano.

Nessuna è più carica di significato di quella della morte dell'imperatore d'Oriente Giustiniano, il 565 d.C.

Egli riprese e rielaborò precedenti esperienze di secoli e le consegnò, in forme autoritative e concluse, ai posteri. Rielaborare, rivivere, studiare il diritto romano ha significato, per gli uomini delle età successive fino ai contemporanei, riprendere in modo determinante se non quasi esclusivo (almeno fino alla scoperta delle Istituzioni di Gaio) il lascito di quell'imperatore.

Il diritto romano si è per secoli identificato con l'opera legislativa di Giustiniano: il *Corpus Iuris Civilis*, come a partire da Gotofredo (secolo XVI) fu definitivamente chiamato.

divisione in  
periodi:

Le vicende del diritto romano coprono così, dalla metà dell'VIII secolo a.C. alla morte di Giustiniano (565 d.C.), un arco di ben tredici secoli. Anche se i mutamenti nel mondo antico avvengono secondo ritmi ben diversi dai nostri, a chiunque non sfugge la complessità e varietà di situazioni che si prospettano. Di rilievo anche la diseguale distribuzione delle testimonianze di quel passato, che ne permettono la ricostruzione.

Nell'arco di tanti secoli tutto muta in varia misura: dall'economia alle forme costituzionali, dai confini alle idee.

Si operano così in dottrina divisioni per periodi, scandendoli tramite date di grande significato. Ne possono essere proposte varie, ugualmente valide, purché però le si consideri puramente strumentali.

Assai seguita è la partizione condotta sulla base di cinque periodi: arcaico, preclassico, classico, postclassico, giustiniano.

Il periodo arcaico andrebbe dagli inizi alle leggi Licinie Sestie del 367 a.C. (di grande importanza costituzionale: creano tra l'altro un organo autonomo, la pretura, per l'amministrazione della giustizia) o al più tardi alla metà del III secolo a.C. (il 242 è data di istituzione del *praetor peregrinus* [§ 3]).

arcaico

Il periodo preclassico va fino al sostanziale mutamento costituzionale (dalla repubblica al principato) instaurato da Augusto (27 a.C.).

preclassico

Il periodo classico va da Augusto sino alla fine della dinastia dei Severi (235 d.C.) ovvero al termine dell'anarchia militare, quando l'ascesa di Diocleziano (284 d.C.) impone un nuovo mutamento costituzionale.

classico

Infine il periodo postclassico indica tutto l'arco residuo. Da questo però si isola l'epoca giustiniana (dal 527 al 565 d.C.) per la caratterizzazione dovuta al peculiare ruolo svolto dall'imperatore Giustiniano come legislatore.

postclassico  
giustiniano.

Lo Stato arcaico, in cui si attua il mutamento costituzionale da monarchia a repubblica, si fonda su un'economia rurale, povera di mezzi e assistita da pochi strumenti giuridici. Il diritto si fonda dapprima sulle usanze (*mores*), garantite dall'interpretazione della classe sacerdotale. Nella scarsità delle fonti, un dato di grande rilievo per la storia del diritto in Roma: la legge delle XII tavole.

*flash* sui vari  
periodi

Nel periodo preclassico si ha il perfezionamento e poi la crisi delle istituzioni repubblicane. Roma ha l'egemonia nel Mediterraneo, il mare dei tre continenti. L'economia dei traffici e dei commerci accoglie nuovi istituti giuridici. L'interpretazione del diritto si laicizza ed ha grande sviluppo. L'attività giurisdizionale del pretore permette il superamento dei limiti posti dal formalismo e dalle ristrettezze dell'antico *ius civile*.

Il periodo classico si apre con la silente rivoluzione di Augusto, che pur rispettando formalmente le istituzioni repubblicane pone le basi per l'affermarsi di un nuovo organo, il *princeps* ("primo", da cui principato), in cui si incentra la direzione dello Stato. Roma è

ormai potenza mondiale, identificabile dall'“assenza di ogni serio rivale alle frontiere” (Grant).

Nell'impero emerge il principe come creatore di diritto; i giuristi elaborano in termini compiuti e conclusivi la scienza giuridica. Nella parte centrale del II secolo d.C. vive Gaio, l'autore delle *Institutiones*, l'unico risultato di quell'attività a noi integralmente pervenuto.

Alla fine del periodo, l'universalità di Roma si esprime tramite la concessione da parte di Antonino Caracalla, con l'Editto che porta il suo nome ovvero *Constitutio Antoniniana* (212 d.C.), della cittadinanza a tutti, o quasi, gli abitanti dell'impero.

Nel mondo postclassico dalle crisi politiche ed economiche si origina l'indebolimento dell'impero, mentre la visione del mondo muta col cristianesimo: legittimato da Costantino (313 d.C.), trionfa con Teodosio I (380 d.C.). L'imperatore diviene monarca assoluto, non è *princeps* ma *dominus* (da cui dominato) ed accentra in sé il potere normativo. Si spezza definitivamente l'unità dell'impero (395 d.C.), preludio alla fine dell'impero d'Occidente (476 d.C.). La tendenza alla codificazione interpreta, sul piano normativo, la resistenza alla dissoluzione. In Oriente l'imperatore Giustiniano, regnante dal 527 al 565 d.C., lascia ai posteri il *Corpus Iuris Civilis*.

### 3. Le fonti. Costumi e leggi

fonti di  
produzione

All'inizio delle Istituzioni (1.2), Gaio (II secolo d.C.) enuncia che l'ordinamento giuridico romano deriva da leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni dei principi, editti dei magistrati, responsi dei giuristi, fornendoci, secondo la nostra terminologia, l'elenco delle 'fonti di produzione'.

fonti di  
cognizione

Per fonti di produzione si intendono quei meccanismi che pongono in essere la norma, laddove con l'espressione 'fonti di cognizione' si indicano i mezzi che permettono di venirne a conoscenza.

Di importanza soprattutto teorica nel nostro sistema (nella legge, che tende a identificarsi con l'ordinamento, si realizza insieme il carattere di fonte di produzione e di cognizione), la distinzione è di grande rilievo per il mondo antico. La conoscenza della norma è infatti dovuta a tutti i mezzi che, attraverso i secoli, portano qualche elemento per una ricostruzione di quel diritto (opere di giuristi e

codici, ma anche citazioni di letterati, iscrizioni, papiri, ecc.).

Riservandoci di richiamare a suo luogo le fonti di cognizione in quanto mezzo per la ricostruzione istituzionale del diritto romano (in primo luogo le Istituzioni di Gaio e il *Corpus Iuris*), dobbiamo anzitutto delineare i caratteri e l'evoluzione delle fonti di produzione.

L'esperienza romana delle origini ha carattere consuetudinario. Si fonda sui *mores*, le usanze, comportamenti che i membri della comunità cittadina tengono da tempo immemorabile riguardo alla sfera giuridica. La convinzione della necessità dell'ossequio a queste regole si appoggia sulla tradizione, sul fatto che gli avi le seguivano. Sono principi connaturati alla *civitas*, un "ordinamento già dato" (Talamanca), che non trae, diversamente da altri ordinamenti, direttamente la sua origine da regole religiose.

Quello dei *mores* è un ordinamento non scritto, consuetudinario, laddove la legge si identificherà con la norma scritta. Non necessariamente questa è in condizione di preminenza. Nel più antico diritto (*ius civile*), *mores* e *leges* coesistono su un piano paritario, e la giustificazione dello scritto non si basa su una sua supposta superiorità, ma sulla più valida certezza che questo rappresenta per le classi che hanno ottenuto con lunghe lotte i cambiamenti nelle leggi sanciti.

A distanza di secoli il rapporto tra legge e consuetudine muterà. Nel mondo postclassico si afferma una mentalità che identificando il diritto con la legge (dietro cui c'è l'autorità assoluta dell'imperatore) vede nella forma necessariamente scritta della legge la suprema manifestazione legislativa.

In un mondo che ha emarginato l'oralità e in cui domina la volontà di un monarca assoluto, la norma consuetudinaria, ancorché viva, appare in secondo piano (vedi I. 1.2.9: *legem imitantur*, "imitano la legge"). Così Costantino l'ammette in via sussidiaria, quando non sopraffaccia la ragione o la legge; la norma è accolta da Giustiniano in C. 8.52(53).2.

Con questo imperatore le "leggi" (nel senso di norme) sono scritte o non scritte (I. 1.2.3), ma il rapporto è tra loro mutato, e la norma consuetudinaria è, almeno quantitativamente, marginale. Appare ora chiaramente definita, acquisita consapevolmente all'ordinamento, scomposta nei suoi due elementi: quello oggettivo, il comportamento giuridicamente rilevante protratto nel tempo, e quello

il diritto consuetudinario

soggettivo, la convinzione di ottemperare, così facendo, a una regola di diritto.

la legge

La legge si introduce nel mondo fermo degli antichi *mores* come strumento dell'adeguamento. Le sue emersioni più antiche sono prettamente politiche, determinate dal bisogno di 'parità' della classe plebea.

Essa tocca di preferenza il diritto pubblico, come l'assetto costituzionale della *civitas*, la funzione delle magistrature, la repressione criminale. Rare le leggi che interessano il diritto privato (si ritiene che non più di una trentina, per tutto il periodo repubblicano, siano state le leggi interessanti il settore privatistico e il diritto processuale), tendenzialmente concentrate per periodi e per materie.

Legge (*lex publica*) è la statuizione approvata dal popolo riunito nei comizi su proposta di un magistrato avente la facoltà di convocare l'assemblea (*lex rogata*); talora anche direttamente emanata da lui su delega (*lex data*).

Le leggi sono perfette (*perfectae*) se, vietando di fare qualcosa, annullano l'atto ad esse contrario; meno che perfette (*minus quam perfectae*), se, per la trasgressione al divieto, non annullano l'atto ma infliggono una pena; imperfette (*imperfectae*), se non annullano né puniscono.

il plebiscito

Formalmente distinto dalla legge è il plebiscito, vale a dire la deliberazione della plebe, convocata in assemblea (*concilium plebis*), su proposta del tribuno.

La distinzione tra legge e plebiscito esaurisce in pratica la sua rilevanza successivamente alla *lex Hortensia* del 286 a.C. Da questa data infatti, le deliberazioni della plebe vincolano tutto il popolo e non solo i plebei, come in precedenza.

A ricordare la natura di un provvedimento sta di regola la sua denominazione: i due nomi indicano una legge, presentata insieme dai due consoli; un nome segnala un plebiscito, su proposta del tribuno. Nella pratica tuttavia il termine *lex* servì e serve per indicare l'una o l'altro indifferentemente.

la legge delle  
XII tavole

In posizione affatto singolare è la legge delle XII tavole, che segna l'inserimento della legislazione scritta nell'ordinamento.

Con *lex XII tabularum* non si indica una sola norma ma un complesso di disposizioni di vario contenuto, in certo modo un codice di leggi, se vogliamo assumere questo termine nel significato di *cor-*

*pus* legislativo e non in quello di raccolta organica e sistematica.

Nonostante gli appunti della critica ai racconti della tradizione, sembrano degne di fede le notizie relative alla data e alle circostanze dell'emanazione. Su iniziativa dei plebei, interessati a una legislazione scritta e riformatrice, furono inviati ambasciatori in Grecia per studiarne le leggi (e l'influenza ellenica pare dimostrata). In seguito, sospese le ordinarie magistrature, venne istituito un collegio di dieci membri (decemvirato), alla cui attività seguì poi, dopo varie peripezie, l'emanazione della legge (449 a.C.).

La *lex* fu sempre costantemente punto di riferimento, e non solo per i giuristi. Al di là di ogni iperbole o strumentalizzazione successiva, le XII tavole rappresentano "il primo punto fermo nella storia del diritto romano" (Kunkel) e ancora all'epoca di Giustiniano qualcosa di esse vive nel sistema.

Il testo originario delle XII tavole non ci è pervenuto. Tuttavia la rilevanza della legge determinò non solo giuristi ma anche autori di letteratura, filosofia, antiquaria, ecc., a inserire nelle loro opere frequenti citazioni.

In base a quelle testimonianze, i moderni ne hanno variamente tentato la ricostruzione (qui seguita quella in *FIRA I*, pp. 21 ss.). Il contenuto dovrebbe in complesso esser vicino all'originale, anche se non precisabile con certezza è il tenore di ogni singola tavola e le sequenze dei materiali al suo interno. Esse non trattano, e del resto ogni delimitazione è storicamente improponibile, del solo diritto privato, ma di varie specie di rapporti interessanti la *civitas*.

Il termine polisemantico di *ius civile* si addice in primo luogo al complesso normativo risultante dagli antichi *mores*, consegnati all'oralità, e dalle disposizioni, recettive o innovative, della legge delle XII tavole.

Questo diritto, formalistico e oscuro, ha i suoi custodi nei pontefici, uno dei collegi componenti la classe sacerdotale.

A loro bisogna ricorrere se si vuole sfuggire ai pericoli di un formalismo che riveste ogni atto giuridico. Loro è il potere di interpretare, che l'appartenenza al ceto patrizio indirizza necessariamente in senso conservatore.

La naturale tendenza arcaica all'interpretazione letterale e l'indirizzo conservatore dei depositari della tecnica giuridica non favoriscono certamente un'evoluzione, che deve attendere la laicizzazione della giurisprudenza (§ 5). Tuttavia può riscontrarsi anche una

l'interpretazione del  
*ius civile*

interpretazione di tipo creativo, in grado di porre in essere istituti nuovi, come nel caso della emancipazione (cap. II § 6).

#### 4. *Il sistema pretorio*

i pretori

Il 367 a.C. è data importante per l'evoluzione del diritto romano. Viene creata un'apposita magistratura, la pretura, con il compito di amministrare la giustizia tra cittadini romani. A questo *praetor urbanus* farà sèguito più tardi, nel 242 a.C., un *praetor peregrinus*, avente il compito di amministrare la giustizia tra stranieri e tra cittadini romani e stranieri. Il pretore non è giudice, non emettendo sentenze, non è legislatore, non potendo formalmente far leggi né abrogarle; rappresenta però un passaggio obbligato sulla via della realizzazione delle attese giuridiche.

l'editto

Il pretore emana un programma: l'*edictum*', all'inizio della sua carica annuale. L'editto, prima orale (*edictum* da *dicere*), poi scritto, annuncia quali indirizzi egli seguirà nell'esercizio della sua giurisdizione. Particolari esigenze possono poi condurre all'emanazione di un editto in corso d'anno (*edictum repentinum*) o ad interventi di concessione o diniego di tutela in rapporto a singole circostanze (*decreta*).

Il magistrato, che pure incarna l'aspetto innovativo del sistema, è tendenzialmente conservativo verso l'opera dei predecessori: i pretori infatti si orientano a riprodurre l'editto che abbia fatto buona prova, creando un insieme (*edictum tralaticium*) destinato ad essere riprodotto tendenzialmente immutato.

Nel 130 d.C., secondo la tradizione, il giureconsulto Salvio Giuliano, estintasi sotto il principato l'attività creatrice del pretore, diede all'editto la sua forma definitiva: *edictum perpetuum* (cioè stabile: in un senso diverso da quello assunto anticamente, quando *perpetuum* stava a indicare la sua vigenza per tutto il periodo di carica dell'emanante).

il pretore  
di fronte  
al diritto  
civile ...

Al termine dell'evoluzione storica, le fonti (Papiniano D. 1.1.7.1; vedi anche Gai. 3.25) affermano che il diritto pretorio fu introdotto per confermare, integrare, correggere il *ius civile*. Esiste una funzione 'sussidiaria' rispetto al diritto civile (il restante ordinamento), ovviamente implicata nella funzione giurisdicente. Ma si riconosce al pretore anche la facoltà di correggere, vale a dire di modificare, il

che non è in contrasto con la affermata incapacità del pretore di porsi come diretto abrogatore del sistema normativo dato.

Egli infatti, in linea con la sua collocazione ‘costituzionale’ e le proprie attribuzioni, si avvale di meccanismi indiretti, che non toccano altre prerogative, né mettono formalmente in discussione la supremazia della norma civilistica.

Questa possibilità di modifica del sistema attraverso la pratica e il quotidiano esercizio dell’ufficio è dovuta innanzitutto alla posizione centrale che il magistrato assume nelle vicende processuali.

A ben vedere, all’inizio della sua attività, nel IV secolo a.C., i poteri del pretore si scontrano con un sistema processuale pressoché impermeabile alle modifiche. Vige infatti, come ci racconta Gaio (4.10 ss.), il sistema delle *legis actiones* (cap. III § 2 ss.).

Il sistema delle ‘azioni di legge’ è caratterizzato da un rigido formalismo, che limita ogni eventuale tendenza all’innovazione.

Il magistrato è di fatto un moderatore, restando consegnata a preordinate e non modificabili formule ogni esperienza processuale.

Proprio allo spietato formalismo Gaio (4.30) attribuisce la ragione del decadere del processo *per legis actiones*, cui decisamente si affianca, a metà del II secolo a.C., il processo formulare, poi praticamente forma esclusiva a partire da Augusto, anche se, a determinare la crisi dell’antica forma processuale, furono verosimilmente gli eventi che portarono all’affiancamento al *praetor urbanus* del *praetor peregrinus*.

A quest’epoca Roma sta attuando la trasformazione da potenza locale a Stato mediterraneo. L’Urbe accoglie molti stranieri che negoziano tra loro e con i romani.

Le azioni di legge, inaccessibili ai peregrini, sono impraticabili. Nasce allora il processo *per formulas*, poi esteso alle controversie tra romani, che ripropone la divisione in due fasi dell’antico processo ma che ne ripudia il formalismo e offre al magistrato possibilità ignote a quel procedimento (cap. III § 5).

Nel processo *per formulas* il pretore, sentite le richieste dell’attore e le controaffermazioni del convenuto, fissa i termini della controversia in uno schema verbale, la formula. Fissati così i termini della lite con la *litis contestatio*, che chiude la fase *in iure* (davanti al magistrato), si apre la fase *apud iudicem* (davanti al giudice), un privato scelto dalle parti, che sulla base delle prove addotte, condannerà o assolverà secondo il suo parere (*sententia*).

... e al  
sistema  
processuale

conseguenze  
innovative

Gli ampi margini di manovra sulla formula accrescono considerevolmente i poteri del pretore. Egli non solo può, avvalendosi delle sue facoltà, concedere o meno l'azione, ma può anche estendere la tutela a situazioni di fatto che il *ius civile* non prevedeva (azioni *in factum*), legittimando, con l'accordarle tutela, una figura negoziale, così come può bloccare una pretesa dell'attore dando rilievo in via di eccezione a un fatto in precedenza non riguardato dall'ordinamento.

Nel primo caso si creano figure nuove. Nell'ipotesi del deposito la tutela pretoria operò sulla base del dato di fatto che altrimenti non avrebbe avuto rilevanza, facendolo divenire un obbligo giuridico (Gai. 4.47).

Nel secondo caso il meccanismo dell'eccezione consente di valorizzare determinati comportamenti, secondo esigenze inesprese nell'antico diritto. Possono essere così fatti valere i vizi della volontà (errore, violenza, dolo) irrilevanti in precedenza ma che ora consentono di bloccare le pretese dell'attore, vanificando di conseguenza anche il rapporto viziato sottostante.

Il pretore si conforma alla realtà fattuale anche attraverso il ricorso all'analogia (azioni utili, adattate a situazioni simili a quelle per cui furono originariamente costituite), oltretutto alle già vedute azioni *in factum*. Egli adegua così, con i suoi mezzi, il diritto alla realtà sociale che muta, al più basso livello di formalismo.

Attraverso il pretore (peregrino) si recepiscono a Roma figure nuove, derivate dalla prassi commerciale, mentre i rapporti deformalizzati determinano la esigenza e il rilievo della buona fede.

Facendosi interprete dei tempi, il pretore si rivolge alla tutela di situazioni sfavorite, per il mancato adeguamento a solennità o regole non più sentite da una società in evoluzione.

Di esigenze non contemplate dall'antico sistema si fa ad esempio interprete il pretore nel campo del diritto ereditario. L'indifferenza verso i figli emancipati, l'eccessivo rigore formale nella confezione del testamento, l'irrilevanza del vincolo di parentela in linea femminile, sono ora rifiutati dalla società romana.

Questo implica un nuovo ordine successorio. Tuttavia il pretore non può operare modificando il sistema civilistico, il che può essere solo della *lex* o degli atti di normazione che "sono in luogo di legge" (*legis vicem obtinent*), non può intervenire sulla nozione di erede, ma può creare situazioni analoghe e difenderle.

Ecco allora la *bonorum possessio*, attribuzione dei beni ereditari a vari fini, talora a favore dello stesso erede per diritto civile, talora a favore di altri (cap. VII § 3).

La situazione derivante dalla *bonorum possessio* consente l'utilizzazione di tutti gli strumenti a tutela del possesso, e, col decorso del tempo, l'acquisto, per usucapione, della proprietà quiritaria.

Naturalmente questa duplicità di sistemi (diritto civile, diritto pretorio) non può sempre proporsi senza urti o frizioni. Se talora il meccanismo pretorio avvolge come una ragnatela i principi civilistici inglobandoli senza contrasti, altra volta si crea una situazione conflittuale che, per restare nel campo del diritto ereditario, vede contrapposti un *bonorum possessor* e un erede: l'uno protetto dal meccanismo pretorio, l'altro legittimato dalla norma civilistica, che in partenza prevale.

Tuttavia, anche quando la prevalenza del diritto pretorio non si realizza immediatamente, l'intervento del magistrato è il segno di un disagio che si tradurrà poi in norme formalmente legislative o ad esse equiparate (senatoconsulti, costituzioni imperiali).

La redazione definitiva dell'Editto (*edictum perpetuum* nella nuova accezione), che si compie sotto Adriano, è l'atto che chiude anche formalmente una involuzione iniziata già da tempo, con il mutamento delle strutture costituzionali e il conseguente ridimensionamento del ruolo del pretore. Del resto, ormai ogni attività normativa va, direttamente o indirettamente, ricondotta al *princeps* e così anche l'Editto perpetuo.

Tuttavia il 'diritto pretorio' manterrà la sua identità. Nelle Istituzioni di Giustiniano le regole di diritto onorario, in forza della loro diversa origine storica, sono ancora tenute distinte dai principi civilistici. Non estraneo a questo perdurare della dicotomia diritto civile - diritto pretorio così al di là della sua reale sopravvivenza storica fu l'influsso della giurisprudenza classica, sostanza del Digesto, che su quella partizione aveva impostato molto della propria scienza.

crystal-  
lizza-  
zione  
dell'Editto

## 5. Le norme dell'impero

Con Augusto si realizza il passaggio dalla repubblica al principato. In modo prudente e ispirato il primo imperatore svuota dall'interno, sotto l'apparenza della restaurazione, le strutture costitu-

il nuovo  
assetto  
costituzionale

zionali repubblicane per realizzare la preminenza di uno (il *princeps*).

Ovviamente il mutamento costituzionale si riflette sulle fonti di produzione del diritto: saranno così destinati ad esaurirsi i modi legati all'assetto precedente: *leges publicae* ed *edicta* dei magistrati. Prenderà corpo il potere normativo del senato, peraltro sotto il controllo dell'imperatore; mentre la volontà di questi si manifesterà direttamente attraverso le *constitutiones*.

Rispetto al precedente sistema la continuità viene dalla giurisprudenza che, seppur condizionata, prosegue nella sua opera volta all'elaborazione scientifica e alla soluzione del caso pratico, che è, come vedremo, fonte di diritto.

ultravalenza  
della *lex*

Prima di scomparire come fonte viva, la legge ha, sotto Augusto, un momento di intensa riviviscenza. Servendosi dello strumento comiziale, il *princeps* realizza, al solito, la propria volontà riformatrice nel massimo rispetto degli strumenti preesistenti. Ecco allora ad esempio le *leges Iuliae*, che innovano profondamente in vari settori.

In seguito, dopo l'intensa stagione augustea, il ricorso alla *lex* si attenua e scompare. L'ultima legge, in materia agraria, è emanata sotto Nerva (96 d.C. circa).

i senato-  
consulti

Il principato vede affermarsi di un potere normativo del senato. Questo organo fu per lungo tempo estraneo all'esercizio di quella funzione legislativa che le sue caratteristiche potrebbero istintivamente suggerire a chi rifletta sulla funzione di un'assemblea negli attuali sistemi politici.

Tra le attribuzioni senatorie vi è quella di fornire ai magistrati direttive politiche in forma di consiglio (*senatus consulta*). Formalmente non vincolante, esso costituisce un forte strumento di pressione.

Il passaggio del senatoconsulto da parere preventivo dato al magistrato sulla proposta di legge ad atto di normazione diretto si attua verosimilmente coll'avvento del principato, dovendosi, in un primo periodo, riscontrare ancora un meccanismo indiretto per cui la volontà di normazione del senato si attua tramite il diritto onorario.

Le incertezze sull'affermazione di un autonomo potere normativo del senato sembrano riflettersi sul testo delle Istituzioni di Gaio (circa metà II secolo d.C.) per cui il senatoconsulto tiene luogo di legge, benché se ne sia discusso (Gai. 1.4).

I termini di questa discussione ci sfuggono; significativamente

tuttavia, svariati decenni più tardi, nel giurista Ulpiano (D. 1.3.9) ogni eco di quella problematica è spenta: *non ambigitur senatum ius facere posse* (“non si dubita che il senato possa fare diritto”).

All'indiscussa qualificazione del senatoconsulto come fonte normativa corrisponde, in progresso di tempo, uno svuotamento del ruolo dell'organo protagonista.

Già nel I secolo d.C. la delibera del senato appare preceduta da una proposta imperiale, manifestata, di persona o tramite altri, dal *princeps* davanti all'assemblea. Questa *oratio principis* diviene, per effetto della evoluzione del sistema in senso monocratico e autoritario e la conseguente perdita di autorità del senato, il vero oggetto sostanziale della delibera onde sovente all'*oratio principis* e non al provvedimento formale (senatoconsulto) fanno riferimento gli stessi giuristi. (Col dominato l'*oratio* sarà poi, anche formalmente, autonomo atto di normazione imperiale). All'epoca di Giustiniano il senatoconsulto, ancora ricordato tra le fonti del diritto (I. 1.2.5) è, al pari dell'*edictum* magistratuale, fonte che appartiene alla storia.

(l'*oratio principis*)

La volontà normativa del *princeps*, vero padrone dello Stato, si attua mediante le *constitutiones*, termine introdotto per indicare globalmente, in forza della comune provenienza, atti di diversa forma ed efficacia.

le costituzioni imperiali:

Gaio afferma che non si dubitò mai del valore normativo delle costituzioni (1.5). Il giurista continua collegando il potere normativo imperiale a una *lex de imperio*, certamente riscontrabile all'epoca di Vespasiano, con cui il popolo delega all'imperatore ogni potere (*omne suum imperium et potestatem*: Ulpiano D. 1.4.1 pr.).

Questa tuttavia è una spiegazione formale, che sul piano del 'diritto costituzionale' sottolinea una mai negata continuità con le attribuzioni del popolo in materia legislativa, nonché politica, in quanto cela gli aspetti autoritari del sistema dietro un atto formale di delega. Il fondamento del potere normativo imperiale, agli inizi del principato, starebbe nella capacità del *princeps* di porsi al di sopra del sistema, di presentarsi superiore a tutto e a tutti in forza della sua *auctoritas*: *auctoritate omnibus praestiti*, dice di se stesso Augusto nella sua autobiografia politica (*Res gestae* 34).

Nell'*auctoritas*, “fatto carismatico, di origine extracostituzionale, metagiuridica” (Mazza), andrebbe trovata la giustificazione iniziale del principe legislatore, anche se, in rapporto ad atti rivolti a porre norme generali e astratte (editti, mandati), si può concretamente far

inizialmente riferimento all'*imperium proconsulare maius et infinitum* (potere illimitato sulle province e sull'esercito, implicante il *ius edicendi*) che già Augusto si era saggiamente procurato insieme alla *tribunicia potestas*.

Le costituzioni imperiali sono di diversi tipi. Prescindendo dalle *orationes (in senatu)*, di cui si è detto, e anche *in castris* come il privilegio per i militari in Frag. Vat. 195) si distinguono *edicta, mandata, decreta, rescripta, epistulae*.

editti Gli editti, fondati sul *ius edicendi*, attributo dell'*imperium*, ripropongono lo schema dell'editto dei magistrati, sia nella struttura del provvedimento che nella modalità di pubblicità (affissione).

Si differenziano tuttavia per ragioni sostanziali. Mentre l'editto del pretore rappresenta un programma, l'indicazione di criteri, cui egli dovrà conformarsi nella giurisdizione, l'editto imperiale impone norme generali e astratte, rivolte immediatamente a tutti i soggetti: magistrati, funzionari, sudditi.

Ulteriormente, l'editto del magistrato vale per la durata della carica di chi lo ha emanato (salva la consuetudine per il successore di recepire quegli orientamenti che abbiano fornito buona prova), mentre l'editto del *princeps*, per il suo carattere di astrattezza e generalità, vale anche per i successori, fino a fatti abrogativi.

Nonostante la loro importanza complessiva, gli *edicta* hanno nel principato un significato piuttosto scarso per il diritto privato.

mandati Più rilevanti, per l'ambito privatistico, sono i mandati, istruzioni dell'imperatore ai propri funzionari e ai governatori delle province, in forza dell'*imperium proconsulare*.

Benché Gaio e Giustiniano non le menzionino tra le *constitutiones*, forse per il loro carattere interno, esse, per contenuto ed efficacia, vanno ricomprese tra le costituzioni.

Teoricamente, essendo i mandati destinati al singolo sottordinato, la loro efficacia avrebbe dovuto cessare col venir meno del titolare dell'ufficio, sennonché, dall'uso di conservarli in fascicoli, articolati per le varie categorie di funzionari, nacque una raccolta (*liber mandatorum*) che finì con l'imporsi come un insieme stabile di istruzioni.

decreti Il decreto (in senso stretto; talora indica ogni intervento sul caso singolo) è la pronuncia dell'imperatore che opera nella veste di giudice. A lui possono rivolgersi i privati o i magistrati affinché dall'alto della sua posizione di preminenza decida, in primo e unico

grado o, come più spesso accade, in appello, su una controversia pendente in sede giudiziale. La sua decisione si può innestare su un procedimento formulare come su un procedimento svolgentesi nella nuova forma *extra ordinem*.

L'imperatore, sollecitato, rende giustizia ai sudditi attraendo così definitivamente il processo nell'orbita pubblica, in forza anche dell'affermarsi della nuova procedura straordinaria caratterizzata dallo svolgimento del processo dall'inizio alla fine davanti a un magistrato di carriera con ampi poteri di tipo inquisitorio (cap. III § 13).

Il suo intervento si lega alla caratteristica dell'appellabilità delle sentenze, sconosciuta al processo formulare, connessa al concetto di gerarchia (tra l'imperatore e gli altri giudici, e fra questi).

Il decreto si inserisce talora nella *routine*, limitandosi ad applicare il diritto vigente; altre volte invece deve misurarsi con l'oscurità e l'incertezza delle norme. In questo caso l'imperatore, decidendo, crea veramente il principio di diritto, che, collegandosi alla sua autorità, verrà pienamente ad assumere valore di legge. Per quanto infatti la decisione valga solo per il caso concreto, la sostanza della pronuncia costituisce, come afferma un retore del II secolo d.C., Frontone (*Epist. ad M. Caesarem* 1.6.2), un '*exemplum*' da cui gli altri giudici, in forza dell'autorità imperiale, eviteranno di discostarsi, condizionando i giuristi e le ulteriori decisioni imperiali.

Il *rescriptum* è la risposta dell'imperatore a quesiti scritti rivolti da privati; l'*epistula* è la risposta a una richiesta proveniente da funzionari o magistrati. A parte il diverso destinatario, il che implica differenze formali, entrambe perseguono lo stesso scopo: risolvere una questione di diritto.

rescritti ed  
epistole.

In un caso il funzionario, incerto su un punto di diritto generalmente in ordine a una causa pendente innanzi a lui, richiede un decisivo chiarimento in funzione della decisione; nell'altro i privati invocano, per mettere fine a una controversia, una risposta. Questa viene data sempre in forma condizionale, subordinata alla veridicità dei fatti esposti.

Anche i rescritti, che sono gli esempi più frequenti di *constitutiones*, non estendono la loro immediata efficacia al di là del caso concreto. Tuttavia, al pari dei *decreta*, l'autorità del disponente finisce col dare alle decisioni su casi singoli il valore di precedente cui conformare ogni ulteriore decisione, e quindi valore di legge.