

Il sistema delle fonti di produzione del diritto nell'antico ordinamento giuridico romano

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

a cura del dott. Mario Tocci

1. Cenni preliminari. 2. Le singole fonti di produzione del diritto nel dettaglio. 2.1 Le leggi (leges publicae). 2.2 I plebisciti. 2.3 I senatoconsulti. 2.4 Gli editti dei magistrati 2.5 Le costituzioni imperiali [2.5.1 Gli edicta 2.5.2 I mandata 2.5.3 I rescripta 2.5.4 I decreta] 3. Conclusioni: il problema della qualificabilità dei responsa prudentium come fonti di produzione giuridica 4. Bibliografia

1. Cenni preliminari

L'ordinamento giuridico dell'antica Roma, quale apparato dotato di un alto e apprezzabile grado di compiutezza e completezza, si fonda su un robusto sistema di fonti di produzione del diritto.

Diversamente tuttavia dagli ordinamenti giuridici contemporanei, tale sistema non contempla un rapporto gerarchico tra le varie fonti in guisa che alcune siano subordinate o sovraordinate ad altre.

Tutte le fonti del diritto sono poste sullo stesso piano: la loro forza vincolante - come ha opportunamente affermato il professore Giovanni Negri - risiede nel fatto che essi si basano sul consenso popolare.

Complessivamente, gli elenchi delle fonti di produzione del diritto riportati nelle opere manualistiche delle Institutiones di Gaio e Giustiniano menzionano le leges, i plebisciti, i senatoconsulti, gli editti dei magistrati e le costituzioni imperiali; ad essi bisogna comunque aggiungere i mores maiorum.

2. Le singole fonti di produzione del diritto nel dettaglio

Si cercherà ora di esaminare le singole fonti di produzione del diritto romano nel dettaglio, al fine di metterne in evidenza tutte le caratteristiche essenziali e salienti.

2.1 Le leggi (leges publicae)

Sul significato della nozione di legge, il giurista Gaio afferma:

Gai Institutiones, I, 3: ... lex est quod populus iubet atque constituit...

Gai Institutiones, I, 3: ... la legge è ciò che il popolo ordina e stabilisce...

Le leggi integrano difatti deliberazioni aventi contenuto normativo, adottate dal popolo riunito nei comitia centuriata e ratificate dal senato (sebbene con lo scorrere del tempo la ratifica dei patres passa a riguardare non più il provvedimento già assunto bensì la proposta di provvedimento da sottoporre ai comitia medesimi).

Prima di proseguire nel discorso, è doveroso precisare che le *leges* di cui si sta ora disquisendo siano le *leges publicae* (leggi pubbliche); esse sono infatti contrapposte alle *leges privatae* (letteralmente leggi private), statuizioni di promanazione eminentemente privatistica, integranti quindi le clausole di qualsiasi contratto di diritto privato.

Il procedimento approvativo delle leggi, quindi, si snoda attraverso vari stadi, i quali tutti prevedono il coinvolgimento delle assemblee summenzionate ma, perverso, anche di un qualsiasi magistrato (dal momento che la titolarità del potere di iniziativa legislativa ossia di presentazione di una proposta di legge spetta esclusivamente ai magistrati).

I comitia centuriata vengono convocati (sempre da un magistrato, che nell'ipotesi dell'esercizio della funzione legislativa da parte dell'assemblea è verosimilmente lo stesso proponente della legge) con apposito provvedimento (*edictum*, ossia editto, da non confondere con l'omonima fonte tra breve trattata) in un giorno distante dalla sua emanazione di almeno un *trinundinum* (un periodo di tempo, cioè, comprensivo dello svolgimento di tre mercati - le *nundinae* - e quindi ammontante a ventiquattro giorni, atteso che il mercato si tenga ogni otto giorni) e indicato nel calendario quale *dies comitalis* (dunque non nefasto ma neppure fasto se riservato al compimento di altre specifiche attività).

Contestualmente all'emanazione dell'editto di convocazione, è altresì diffuso (mediante affissione pubblica) il testo della proposta di legge (*rogatio*) approntato (e preliminarmente ratificato dal senato, a partire dalla media era repubblicana): ciò affinché ogni cittadino possa conoscere il suo contenuto e riflettere sulla posizione in cui determinarsi a riguardo.

Nel giorno stabilito, alla mezzanotte, il magistrato convocante prende gli auspici, ossia interroga le divinità onde accertare la loro favorevole disposizione all'espletamento degli adempimenti comiziali; all'esito favorevole di simile operazione, dunque, egli rivolge al popolo in modo solenne l'invito a deliberare.

Si passa così alla votazione.

Gli storici dell'epoca tramandano che la modalità di voto resta fino alla fine del terzo secolo a.C. quella orale: ciascun membro dei comitia è chiamato a formulare il proprio intendimento innanzi ad appositi funzionari, i *rogatores*, deputati a segnare tanto le posizioni favorevoli quanto quelle contrarie; una serie di leggi che si succedono a partire dal 139 a.C. (le cosiddette *leges tabellariae*), tuttavia, instaura

gradualmente il voto scritto e segreto, da fornire attraverso la deposizione di una tavoletta cerata (tabella) - contrassegnata dall'abbreviazione U (stante per la locuzione *uti rogas*, ossia "che si approvi") in caso di orientamento favorevole - o da quella A (stante per la locuzione *antiquo*, ossia "desidero mantenere le cose nella situazione attuale") in caso di orientamento contrario - in una piccola urna (cista), sotto il controllo e destinato allo scrutinio di altri funzionari, rispettivamente i custodes e i diribitores.

Una volta approvate, per diventare esecutive, le leggi sono sottoposte alla ratifica del senato (almeno fino alla media era repubblicana, allorché i patres esercitano il potere di ratifica sulle proposte e quindi l'approvazione comiziale rende la legge subito esecutiva).

Dal punto di vista strutturale, ciascuna legge si compone di una parte iniziale (*praescriptio*), di una seconda centrale (*rogatio*, per traslato) e di una terza conclusiva (*sanctio*).

La *praescriptio* contiene tutte le indicazioni non essenziali relative all'iter seguito dalla legge (ad esempio, il nome del magistrato proponente e il giorno di riunione dei comizi).

La *rogatio* reca il dettato squisitamente normativo.

La *sanctio* compendia l'insieme delle clausole tendenti ad assicurare il rispetto del dettato normativo e le disposizioni di coordinamento con le altre leggi.

Ogni legge viene designata con il *nomen gentilicium* (e talvolta anche con il *cognomen*) aggettivizzato del magistrato proponente e l'indicazione della materia regolamentata (si guardi - giusto per offrire qualche esempio - alla *Lex Hortensia de plebiscitiis* o alla *Lex Valeria de provocatione*).

In realtà, tuttavia, le prime leggi pubbliche contemplate dall'antico ordinamento giuridico di Roma sono le *leges regiae*, così definite perché presumibilmente proclamate dal rex innanzi all'antica assemblea dei *comitia curiata* a seguito di una preventiva approvazione senatoria (in virtù di un meccanismo verosimilmente analogo a quello coinvolgente il senato e i *comitia centuriata* nella fase storica repubblicana).

Possono poi individuarsi anche le *leges datae*, regolamenti di carattere amministrativo emanati in modo unilaterale da un magistrato per disciplinare tutti gli ordinamenti periferici (colonie, municipi e province). Bisogna però accennare anche alle *leges duodecim tabularum* (ossia "le leggi delle dodici tavole"), che - a dispetto della denominazione - sono sì statuizioni pubbliche ma non risultano quale frutto di un procedimento articolato tra assemblee comiziali e senato bensì costituiscono il risultato di un'elementare regolamentazione dei rapporti sociali tra i membri dell'antico ordinamento giuridico romano.

La paternità delle *leges duodecim tabularum* è dibattuta nella critica moderna e contemporanea: alla dottrina tradizionale (tuttora comunque dominante) - la quale ha sostenuto che le leggi in questione sarebbero state opera dei decemviri, deputati effettivamente (come testimonia lo storico Livio) a dar corso

a una profonda riforma delle strutture statali romane - si è recentemente affiancata la tesi di altri insigni studiosi - tra tutti, Lambert e Pais - secondo cui esse formerebbero una raccolta via via consolidatasi nel tempo attraverso stratificazioni successive.

Orbene, chi scrive predilige (e non per comode ragioni di opportunità) le argomentazioni della dottrina dominante, in virtù del fatto (non trascurabile) - riferito sempre da Livio - che il testo delle *leges duodecim tabularum* venga pubblicato mediante affissione nel Foro - appunto su tavole, bronzee o lignee - a metà del quinto secolo a.C. dai consoli Valerio ed Orazio subito dopo la caduta dei decemviri.

Altra, conclusiva, notazione: le *leges duodecim tabularum* scaturirebbero (e io propenderei per simile orientamento) dalle continue sollecitazioni dei plebei, interessati - del resto al pari di tutte le classi sociali più deboli, come ha messo in evidenza il filosofo Max Weber - ad ottenere una codificazione finalizzata ad arginare il potere dei ceti più forti: insignificanti sono i rilievi secondo i quali con le *leges medesime* non scompaia il divieto di *conubium* (ossia di unione matrimoniale) tra patrizi e plebei, in virtù della considerazione inoppugnabile che i plebei stessi non mirino ad avere un corpo di leggi esclusivamente a propria tutela ma una base di diritto certo e codificato da arricchire poi in momenti posteriori con interventi adeguatamente favorevoli.

2.2 I plebisciti

Sul significato della nozione di plebiscito, il giurista Gaio afferma:

Gai Institutiones, I, 3: ... plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit...

Gai Institutiones, I, 3: ... il plebiscito è ciò che la plebe ordina e stabilisce...

I plebisciti sono allora statuizioni di natura legislativa, assunte dalla plebe attraverso i concilia plebis (le proprie assemblee rappresentative) su proposta dei propri magistrati (i tribuni plebis, tribuni della plebe); è noto che la plebe costituisca il ceto di più bassa estrazione sociale di cui si componga la cittadinanza romana.

Ho consapevolmente adoperato il termine di "statuizioni di natura legislativa", poiché fino all'emanazione della *Lex Hortensia de plebiscitiis* (avvenuta nel 287 a.C.) i plebisciti non hanno efficacia di vere e proprie *leges publicae* e non sembrano vincolare i patrizi; sarà infatti proprio con l'avvento della legge menzionata che tale efficacia risulterà compiutamente perfezionata.

Sembra tuttavia che con la *Lex Publilia Philonis* (rimontante al 339 a.C.), l'efficacia legislativa dei plebisciti possa raggiungersi previa ratifica senatoria dei medesimi.

Ogni plebiscito è indicato con il nome aggettivizzato del magistrato plebeo proponente (ma, dal 287 a.C., si procede con le stesse modalità di citazione delle leggi): ad esempio, *Plebiscitum Canuleium* ma anche *Lex Canuleia*.

2.3 I senatori

Sul significato della nozione di senatoconsulto, il giurista Gaio afferma:

Gai Institutiones, I, 4: ... senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit...

Gai Institutiones, I, 4: ... il senatoconsulto è ciò che il senato ordina e stabilisce...

I senatori sono quindi provvedimenti di natura vincolante emessi dal senato fin dall'epoca regia per regolamentare aspetti di pubblica amministrazione di particolare importanza.

E' da rilevare, comunque, che il carattere di efficacia obbligatoria dei senatori si afferma da un punto di vista formale solo in tarda età repubblicana: sostanzialmente esso è sempre sussistente, in virtù del primario ruolo rivestito dall'istituzione senatoria romana.

2.4 Gli editti dei magistrati

Gli editti (edicta) magistratuali sono fonti del diritto risalenti al periodo non anteriore alla metà del secondo secolo a.C. e contemplate anche in una prima parte della fase imperiale della storia di Roma.

Trattasi di documenti in cui ciascun magistrato, all'atto dell'insediamento, fissa e rende così pubbliche le linee programmatiche di ispirazione della propria opera.

Si forma così un autentico vademecum di regole provviste di valore giuridico ossia di principi di diritto.

Sotto un profilo squisitamente formale, le disposizioni edittali emanate da un magistrato non vincolano il successore; praticamente, però, tutti gli editti ripropongono - sebbene con alcune aggiunte originali - i medesimi principi ormai consolidati nel sistema (gli storici parlano di edictum tralaticium, ossia "autotramandantesi").

In virtù del continuo ed incessante rinnovarsi della prassi edittale, si forma nell'ambito dell'ordinamento giuridico di Roma caput mundi un complesso di norme di creazione e ispirazione prettamente pragmatiche (ius honorarium, così definito dalla parola honor ossia "carica magistratuale") anziché di natura astratta e potenziale (ius civile).

L'editto più importante resta comunque quello pretorio (dal momento che il pretore è il magistrato giurisdicente, deputato quindi a dirimere questioni di controversa soluzione attraverso il plasma di principi adattabili in modo peculiare a ciascuna di esse); senonché - a partire dal secondo secolo d.C. - riducendosi (fino alla quasi completa sparizione) la sfera di esercizio della giurisdizione del pretore, l'edictum in questione diviene inevitabilmente perpetuum (ossia "immutabile") perché va incontro a una cristallizzazione (che per alcuni studiosi contemporanei - quali il Nicosia - sarebbe la conseguenza di un fenomeno assolutamente naturale dovuto a fattori storici contingenti, mentre per altri - capeggiati dal

Guarino - rappresenterebbe il risultato di un'apposita opera di sistemazione affidata dall'imperatore Adriano al giurista Salvio Giuliano).

2.5 Le costituzioni imperiali

Le costituzioni imperiali (*constitutiones principum*) sono fonti normative direttamente promananti dall'imperatore e, quindi, proprie del solo periodo post-repubblicano della storia di Roma.

E' possibile individuarne quattro differenti tipologie: edita, mandata, rescripta e decreta.

2.5.1 Gli edita

Gli edicta (letteralmente "editti") integrano provvedimenti di portata generale, contenenti istruzioni e linee guida di ispirazione per tutti i magistrati impiegati nell'amministrazione dei territori provinciali.

La forma, a dispetto della sostanza, non è quella imperativa: piuttosto gli edicta si presentano come autorevoli consigli generosamente e magnanimamente offerti dal Princeps.

In un primo momento, l'efficacia degli edicta sembra essere limitata temporalmente alla durata della vita dell'imperatore emanante; più tardi, però, pare che il vigore di ciascun editto permanga anche oltre la morte dell'imperatore emanante.

2.5.2 I mandata

I mandata (letteralmente "mandati") costituiscono essenzialmente delle istruzioni inviate dall'imperatore ai propri funzionari periferici in merito alle modalità di conduzione ed esercizio della loro attività amministrativa.

Il contenuto dei mandata ha quindi carattere amministrativo, sebbene talvolta attraverso tali fonti vengano addirittura introdotti nell'ordinamento nuovi istituti (quali, ad esempio, il *testamentum militis*).

Anche il valore dei mandata sembra essere in un primo momento limitato: temporalmente alla durata della vita dell'imperatore emanante e soggettivamente rispetto ai soli destinatari; successivamente, tuttavia, anche queste limitazioni vengono presumibilmente a cadere.

2.5.3 I rescripta

I rescripta (letteralmente "rescritti") in senso ampio sono le risposte fornite dall'imperatore alle richieste di risoluzione di questioni giuridicamente controverse, avanzate dal giudice o dalle parti dei processi all'uopo incardinatisi; nella prima ipotesi si hanno le *epistulae*, nella seconda le *subscriptiones* (entrambe redatte dai funzionari dell'ufficio a *libellis*).

Il punto di diritto sancito dall'imperatore, inizialmente valevole soltanto per il caso concreto di riferimento, passa presto ad assumere efficacia per tutti i casi analoghi verificatisi in seguito; condizione

essenziale perché ciò accada è che i casi rimessi all'arbitrio del Princeps siano veri e non fittizi.

2.5.4 I decreta

I decreta (letteralmente "decreti") rappresentano le sentenze con cui il Princeps decide extra ordinem (ossia, in modo straordinario e dunque in deroga alle regole normalmente vigenti a riguardo dell'amministrazione della giustizia) le controversie sottoposte alla sua cognitio (ossia, alla sua cognizione) tanto in prima istanza quanto in grado di appello.

A differenza dei rescripta, i decreta non sono opinioni (ancorché giuridicamente vincolanti) ma vere e proprie sentenze; è chiaro poi che la differenza sostanziale tra le due citate fonti è pressoché impossibile da tracciare.

Nell'emanazione dei decreta, l'imperatore si avvale di un apposito organo di natura consultiva - il consilium principis - nato per impulso di Augusto e destinato ad essere formato prevalentemente da giuristi (ma anche da soggetti non propriamente "tecnici di diritto") di fiducia dello stesso imperatore; sotto il regno di Adriano (primo secolo d.C.), il consilium principis - prima organismo non permanente - si stabilizza e assume la diversa denominazione di auditorium (mutando anche la propria composizione, ora di soli giuristi e cavalieri, sempre di fiducia del potere) per poi fondersi in un altro gabinetto simile, il consistorium, con l'avvento di Diocleziano (terzo secolo d.C.).

3. Conclusioni: il problema della qualificabilità dei responsa prudentium come fonti di produzione giuridica

Desidero concludere il presente articolo con la trattazione della problematica relativa alla qualificabilità dei responsa prudentium come fonti di produzione giuridica contemplate nell'ordinamento dell'antica Roma.

In via preliminare sarà utile segnalare che i responsa prudentium - ovvero letteralmente i "risposti degli esperti, dei tecnici [di diritto] quindi dei giuristi - siano le opinioni espresse appunto dai giuristi in merito alla possibile risoluzione di questioni di controversa interpretazione".

Tuttora, in Italia, i critici discutono sull'ammissibilità o intollerabilità della funzione "nomopoietica" dei giudici (talvolta su impulso di avvocati o pubblici ministeri), alla luce del principio di rango costituzionale della divisione dei poteri, che assegna il ruolo di artefici e creatori del diritto solo ai legislatori e non anche ai magistrati.

Cercando di non far trasparire la tesi personalmente sostenuta a proposito, mi sforzerò di focalizzare la mia attenzione sul ruolo degli esperti di diritto nel sistema della Roma del passato.

Finché il ius risulta costituito dai mores maiorum, l'interpretazione dei pontefici (i più importanti sacerdoti dell'antica Roma, esistenti in numero di cinque fin dal periodo regio e aumentati poi a quindici

da Silla) - i primi iuris prudentes o periti - è di fatto l'unica fonte di produzione giuridica.

Ciò è documentato da vari letterati del tempo, tra cui il già citato Pomponio:

Pomp.(D. 1.2.2.6): ... et [iuris] interpretandi scientia... apud collegium pontificum [erat]...

Pomp.(D. 1.2.2.6): ... così l'arte dell'interpretazione del diritto è propria della classe dei pontefici...

In seguito, con l'avvento delle (seppur inizialmente rudimentali) codificazioni, i responsi dei giuristi restano vincolanti - pur non caricandosi di obbligatorietà - per l'autorevolezza socio-politica della classe pontificale; e i iudices ma anche i legislatori del tempo non sembrano tanto intenzionati a discostarsene, avvertendo il peso di orientamenti di tutto rispetto e sottoponendosi in caso contrario al concreto rischio di dannosissime e squalificanti figure barbine nell'ambito del contesto socio-professionale frequentato (ancora oggi, se ribalta o non segue una tesi autorevole sostenuta da un avvocato o da un qualsiasi esperto di diritto e quella poi si rivela apprezzabile e fondata, un giudice o un legislatore non ne acquisisce certo un guadagno in termini di immagine e stima professionale).

Inoltre - come ha sostenuto la professoressa Sergia Rossetti Favento - atteso che il diritto romano sia molto schematico e non alquanto dettagliato, ai responsa prudentium deve essere attribuito carattere vincolante quindi valore di fonti di produzione giuridica in quanto essi fungono da strumenti di collegamento e connessione tra la realtà fattuale e la teoria giuridica.

4. Bibliografia

Nicosia, Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma, Catania, 1971

De Martino, Storia della costituzione romana, Napoli, 1971

Milazzo, Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale - Princeps e procedure dalle Leggi Giulie ad Adriano, Napoli, 1999

Del Giudice, Dizionario Giuridico Romano, Napoli, 2000

<https://www.diritto.it/sistema-delle-fonti-produzione/>